



JURIDISKA FAKULTETEN

VID LUNDS UNIVERSITET

Frithiof Hallgren Wallin

EU-förenliga riktade ränteavdragsbe-
gränsningar – en möjlig realitet eller
fantasi

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Mats Tjernberg

Termin: HT23

Innehåll

Summary	4
Sammanfattning	5
Förord	6
Förkortningar	7
1 Inledning	9
1.1 Bakgrund	9
1.2 Syfte och frågeställningar	12
1.3 Metod och material	13
1.4 Avgränsningar	16
1.5 Forskningsläge	18
1.6 Disposition	19
2 Behovet av riktade ränteavdragsbegränsningar	20
2.1 Tilläggsdirektivet – En uppföljning av undantagsregeln	20
2.2 Riskområden enligt OECD	20
2.3 Sammanfattande kommentar.....	21
3 De svenska ränteavdragsbegränsningarna	22
3.1 Översiktligt om regleringen och dess syfte.....	22
3.2 2019 års riktade ränteavdragsbegränsningar.....	23
3.2.1 Huvudregeln.....	23
3.2.2 Undantagsregeln	24
3.2.3 Diskussion om begreppet skatteförmån.....	26
3.3 Sammanfattande kommentar.....	28
4 Förenlighet av hinder mot EU-rättens etableringsfrihet	30
4.1 Allmänt om EU-rätten och hinder mot etableringsfriheten.	30
4.2 Förhindrande av skatteflykt.....	32
4.2.1 Inledning	32
4.2.2 Närmare om rättfärdigande grunden att förhindra skatteflykt	33
4.3 Säkerställandet av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten och relationen mellan rättfärdigande grunderna...	36
4.3.1 Inledning	36
4.3.2 Innebörden av en ”väl avvägd fördelning av beskattningsrätten”	37
4.3.3 Mål C-446/03 Marks & Spencer.....	37
4.3.4 Närmare om rättfärdigande grunden att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten	39
4.4 Särskilt om proportionalitet och ändamålsenlighet.....	44

4.5	Sammanfattande slutsatser	45
5	Undantagsregelns förenlighet med EU-rätten	50
5.1	Inledning	50
5.2	Mål C-484/19 <i>Lexel</i> och 2013 års undantagsregel.....	50
5.2.1	Omständigheterna i målet och frågan till EU-domstolen	50
5.2.2	EU-domstolens bedömning.....	51
5.3	Husqvarna-målet och 2019 års undantagsregel.....	54
5.4	Närmare om innebörden av mål C-484/19 <i>Lexel</i>	55
5.4.1	Inledande ord	55
5.4.2	Oklarhet i prövningen av rättfärdigandegrunden att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten.....	55
5.4.3	Armlängdsprincipen som kriterium för rent konstlade eller fiktiva upplägg	59
5.5	Undantagsregeln och kravet på proportionalitet	60
5.6	Sammanfattande slutsatser	61
6	Armlängdsprincipens framtida betydelse	64
6.1	Det pågående målet C-585/22 Staatssecretaris van Financiën	64
6.2	Sammanfattande slutsatser	65
7	Analys och slutsatser	67
7.1	Inledande ord.....	67
7.2	Kan en anpassad undantagsregel tänkas bli förenlig med etableringsfriheten?	68
7.2.1	Utifrån rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt..	68
7.2.2	Utifrån en sammanvägning av rättfärdigandegrunderna	71
7.3	Särskilt gällande en anpassad undantagsregel och kravet på proportionalitet	77
7.4	Utgör en anpassad undantagsregel ett effektivt verktyg mot skatteundandragande?	77
7.4.1	Vid rättfärdigande enligt grunden att förhindra skatteflykt	77
7.4.2	Vid rättfärdigande enligt en sammanvägning av grunderna	80
8	Sammanfattande ord.....	82
	Källförteckning	84
	Rättsfallsförteckning	90

Summary

The right to deduct interest expenses is limited by the general and targeted interest deduction limitation rules, including the “exemption rule” in Chapter 24, Paragraph 18, subparagraph 2 of the Law on income tax. This rule excludes the right to deduct interest paid on intra-group loans if such loans have been made exclusively or almost exclusively for the purpose of obtaining a substantial tax benefit for the group. The purpose of the interest deduction limitations is to protect the tax base against aggressive tax planning through interest deduction schemes. The question of the compatibility of the exemption rule with EU law has been discussed for a long time. In HFD 2021 ref. 68, with reference to case C-484/19 (*Lexel*) concerning the 2013 exemption rule, the exemption rule in the 2019 limitations was declared incompatible with the freedom of establishment in relation to cross-border intra-group loans where group contribution rights would have applied if both companies were Swedish. The exemption rule was found to constitute a restriction, which could not be justified by the need to prevent tax evasion or to safeguard the balanced allocation of taxing rights. In addition, the exemption rule has been criticised in relation to the principle of proportionality.

However, there is an expressed interest in maintaining the exemption rule and fulfilling its original purpose. Accordingly, the government has commissioned a special investigator to make proposals on how the exemption rule can be adapted both with regards to EU law and to the fact that the purpose of the provision is to effectively counteract tax avoidance through interest deductions. The purpose of this thesis was to examine the legal possibilities for designing such an adapted exemption rule, for which seven questions were answered.

Looking at the case law of the Court of Justice of the European Union, including *Lexel*, the conclusion is that an adapted exemption rule may be justified if it is designed with regards to the justification based on the prevention of tax evasion, or by taking it into account together with the justification based on safeguarding the balanced allocation of taxing rights. Furthermore, the forthcoming judgment in case C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*) may play a role in this matter. However, these possibilities for achieving compatibility with EU law are narrow and the principle of proportionality poses additional challenges. An opinion from the CJEU is needed to provide clarity. The legislator's room for manoeuvre with regards to the effectiveness of the exemption rule is also narrow and depends to some extent on the outcome in *Staatssecretaris van Financiën*. The assessment of the effectiveness of the rule can be guided by the risk areas identified by the OECD for base erosion and profit shifting (BEPS) as a result of arrangements with interest deductions, and a possible justification by taking both of the grounds for justification into account seems to open up the greatest opportunities to design an adapted exemption rule that meets this need.

Sammanfattning

Rätten till avdrag för ränteutgifter begränsas genom den generella och de riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna, däribland undantagsregeln i 24 kap. 18 § andra stycket IL. Regeln gör undantag för avdragsrätt när ränta betalas på koncerninterna lån när sådana uppkommit uteslutande eller så gott som uteslutande för att koncernen ska erhålla en väsentlig skatteförmån. Ränteavdragsbegränsningarna syftar till att skydda den svenska skattebasen mot aggressiv skatteplanering genom upplägg med ränteavdrag. Frågan om undantagsregelns förenlighet med EU-rätten har varit på tapeten länge. Undantagsregeln i 2019 års ränteavdragsbegränsningar har i HFD 2021 ref. 68, med hänvisning till mål C-484/19 (*Lexel*) avseende 2013 års undantagsregel, förklarats vara oförenlig med etableringsfriheten i förhållande till gränsöverskridande koncerninterna lån där koncernbidragsrätt hade förelegat om bägge bolagen var svenska. Undantagsregeln har fastslagits utgöra ett hinder mot etableringsfriheten som inte kan motiveras sett till rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt, respektive att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Därutöver har undantagsregeln kritiserats i förhållande till det EU-rättsliga kravet på proportionalitet.

Det finns emellertid ett uttalat intresse av att undantagsregeln ska behållas och uppfylla dess ursprungliga syfte. Därav har regeringen uppdragit åt en särskild utredare att ge förslag på hur undantagsregeln kan anpassas med hänsyn till både EU-rätten och att bestämmelsen effektivt ska motverka skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag. Syftet med uppsatsen har varit att utreda vilka rättsliga möjligheter som finns för att utforma en sådan anpassad undantagsregel, för vilket sju frågeställningar har besvarats. Utredningen har genomförts med hjälp av rättsdogmatisk- och EU-rättslig metod.

Sett till EU-domstolens praxis, däribland *Lexel*, är slutsatsen att en anpassad undantagsregel möjligen kan rättfärdigas om den utformas med hänsyn till antingen rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt, eller sammanvägningen med rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Vidare kan det kommande avgörandet i mål C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*) komma att spela roll för frågan. Dessa möjligheter till att uppnå förenlighet med EU-rätten är emellertid snäva och kravet på proportionalitet innebär ytterligare utmaningar. Ett ställningstagande från EU-domstolen behövs för att erhålla klarhet. Lagstiftarens handlingsutrymme i fråga om att undantagsregeln samtidigt ska vara effektiv mot skatteundandragande är likaså snävt, och beror också till viss del på utfallet i *Staatssecretaris van Financiën*. De av OECD utpekade riskområdena för erodering av skattebasen och överflyttning av vinster (BEPS) till följd av upplägg med ränteavdrag kan vara vägledande för bedömningen av bestämmelsens effektivitet. Ett eventuellt rättfärdigande utifrån en sammanvägning av rättfärdigandegrunderna tycks öppna för störst möjligheter att utforma en anpassad undantagsregel som uppfyller detta behov.

Förord

Tiden i Lund och på juristprogrammet har varit såväl roliga som utmanande. Jag har många att tacka för att dessa år blev vad dem blev. Däribland vill jag tacka mina vänner Ian, Rasmus, Rebecka och William. Jag vill också rikta ett tack till min familj för all uppmuntran. Framför allt vill jag tacka Sara för all glädje och allt stöd. Slutligen vill jag tacka Mats Tjernberg för hans vägledning under tiden som jag skrivit detta examensarbete. Med dessa ord tar jag avsked från studierna.

Förkortningar

ATAD	Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CFC	Controlled Foreign Company
Dir.	Kommittédirektiv
Dnr	Diarienummer
EBIDTA	Earnings Before Interest Tax Depreciation and Amortization
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-kommissionen	Europeiska kommissionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Fi	Finansdepartementets promemoria
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OECD:s modellavtal	OECD Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017
Prop.	Regeringens proposition
P2D	Rådets direktiv (EU) 2022/2523 om säkerställande av en global minimiskattenivå för multinationella koncerner och storskaliga nationella koncerner i unionen

Ränte-/royaltydirektivet	Rådets direktiv 2003/49/EG om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royaltyer som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
Skatteflyktslagen	Lag (1995:575) mot skatteflykt
SRN	Skatterättsnämnden

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Beskattningen av aktiebolag sker enligt 13 kap. 2 § inkomstskattelagen (1999:1229) (IL) i inkomstslaget näringsverksamhet och den beskattningsbara inkomsten fastställs efter att bolagets skattepliktiga intäkter räknats av med de avdragsgilla kostnaderna.¹ Vad gäller avdragsgilla kostnader stadgas i 16 kap. 1 § första stycket första meningen IL huvudregeln att utgifter för förvärvandet och bibehållandet av inkomster är avdragsgilla som kostnad. Därutöver är även ränteutgifter avdragsgilla oavsett om dessa utgör sådana. Trots utgångspunkten att räntekostnader är avdragsgilla finns både generella och riktade ränteavdragsbegränsningsregler som gör undantag för detta. De riktade ränteavdragsbegränsningarna återfinns i 24 kap. 16-20 §§ IL. Reglerna har genom åren genomgått flera ändringar och reglernas förenlighet med unionsrättens etableringsfrihet har ifrågasatts vid upprepade tillfällen.² Framför allt är det den så kallade undantagsregeln, som idag hittas i 24 kap. 18 § andra stycket IL, som har vållat problem för lagstiftaren.³

De riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna infördes år 2009 ("2009 års regler") till följd av att Skatteverket hade identifierat särskilda skatteplaneringsupplägg, så kallade räntesnurror. En räntesnurra består i att det inom en koncern genomförs ett aktieförvärv som finansieras genom ett koncerninternt lån lämnat från ett lågbeskattat bolag. Uppläggen hade möjliggjorts sedan kapitalvinster på koncerninterna aktieförvärv blivit skattebefriade. Uppläggen ansågs sakna huvudsakligen affärsmässiga motiv och bestod i att utnyttja möjligheten att göra ränteavdrag i Sverige samtidigt som motsvarande ränteinkomst tagits upp i en annan stat till ingen eller enbart en låg beskattning. Givet att dessa skatteplaneringsupplägg beräknades reducera skatteunderlaget med åtminstone 25 miljarder kronor per år, och att lagen (1995:575) mot skatteflykt av HFD i de så kallade "Industrivärdendomarna"⁴ hade förklarats otillämplig i relation till förfarandena, fanns ett behov av en lagstiftningsåtgärd.⁵ Detta behov skulle 2009 års regler uppfylla, enligt vilka ränteavdrag förbjöds på koncerninterna lån som upprättats för finansieringen av koncerninterna aktieförvärv om inte vissa förutsättningar förelåg.⁶ Efter införandet av de riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna framgick det av Skatteverkets rapporter att det fanns kvar stora möjligheter till skatteundandragande genom skatteplanering med ränteavdrag. För att bättre tillgodose skyddet för

¹ Jfr Melz m.fl. (2023a) s. 239-241; Melz m.fl. (2023b) s. 341.

² Jfr Dahlberg (2021) s. 279; Dahlberg (2020) s. 238-239.

³ Jfr t.ex. mål C-484/19 (*Lexel*); HFD 2021 ref. 68; Dir. 2022:28 s. 4-7.

⁴ Se Dahlberg (2020) s. 215.

⁵ Se Prop. 2008/09:65 s. 1, 7-9, 30-31; Fi2008/4093 s. 22-23; RÅ 2007 ref. 84 och ref. 85. Jfr Dahlberg (2020) s. 215; Deij (2021c) s. 78-79; Melz m.fl. (2023b) s. 351. Jfr Melz, Nilsson & Norrman (2018) s. 471-472.

⁶ Se 24 kap. 10 d § i SFS 2008:1343; Deij (2021c) s. 79.

skattebasen skärptes reglerna år 2013 genom att inte längre enbart träffa koncerninterna lån som finansierade koncerninterna aktieförvärv, utan alla koncerninterna lån oaktat vad lånet avsåg finansiera.⁷

Redan vid ränteavdragsbegränsningarnas införande år 2009 lyfte remissinstanser frågan om reglernas förenlighet med etableringsfrihet.⁸ HFD fastslog emellertid år 2011 att reglerna inte skulle anses vara oförenliga med EU-rätten.⁹ Den utvidgning av ränteavdragsbegränsningarnas tillämpningsområde som genomfördes 2013 samt de tolkningssvårigheter som följde av bestämmelsernas utformning väckte ytterligare frågetecken avseende de riktade ränteavdragsbegränsningsreglernas förenlighet med etableringsfriheten.¹⁰

Avseende 2013 års ränteavdragsbegränsningar ("2013 års regler") klargjorde kommissionen 2014 genom ett motiverat yttrande till regeringen att reglerna ansågs oförenliga med etableringsfriheten.¹¹ År 2015 meddelade den svenska regeringen i sitt svar på den formella underrättelsen att 2013 års regler enligt regeringen inte var oförenliga med EU-rätten. Däremot angavs att reglerna eventuellt skulle komma att ändras eller slopas.¹² År 2019 infördes den generella ränteavdragsbegränsningen vilken innebar en betydlig begränsning av avdragsrätten. Därmed var det inte självklart att de riktade ränteavdragsbegränsningarna skulle anses nödvändiga. Ändock behölls de riktade ränteavdragsbegränsningarna då dessa menades vara motiverade för att skydda skattebasen mot risken för skatteundandragande, om än i snävad form. Det konstaterades nämligen återstå en möjlighet för bolag att genom skatteplanering undvika beskattning motsvarande det avdrag som medges genom den generella regeln.¹³ Kommissionen kom att rikta en kompletterande underrättelse även avseende 2019 års ränteavdragsbegränsningar ("2019 års regler"), vari i princip samma argument lyftes fram för reglernas oförenlighet med EU-rätten.¹⁴ Regeringen förnekade åter igen kommissionens kritik.¹⁵

EU-domstolen klargjorde till slut frågan rörande 2013 års undantagsregel i mål C-484/19 (*Lexel*) med konstaterandet att en tillämpning av bestämmelsen, mot gränsöverskridande koncerninterna lån där en koncernbidragsrätt hade förelegat om bägge bolagen hade varit hemmahörande i Sverige, är oförenlig med EU-rätten. Det hinder som undantagsregeln konstaterades utgöra

⁷ Se prop. 2012/13:1 s. 214-215, 271-272. Jfr Dahlberg (2020) s. 216; Ohlsson (2013) s. 104.

⁸ Se prop. 2008/09:65 s. 69-72. Jfr Ohlsson (2013) s. 105.

⁹ Se HFD 2011 ref. 90 I-V. Jfr Samuelsson (2012) s. 149; Dahlberg (2020) s. 241.

¹⁰ Jfr t.ex. Ohlsson (2013) s. 106-111; Andersson & Mauritzson (2015) s. 338; Dahlberg (2020) s. 216-217, 231.

¹¹ Se formell underrättelse – Överträdelse nr 2013/4206, Bryssel 26.11.2014, C(2014) 8699 final.

¹² Se Fi2014/4205.

¹³ Se prop. 2017/18:245 s. 171, 173-174. Jfr Melz (2023b) s. 351-352.

¹⁴ Se kompletterande formell underrättelse – Överträdelse nr 2013/4206, Bryssel 09.06.2021, C(2021) 2743 final.

¹⁵ Se Fi2014/04205.

mot etableringsfriheten kunde inte motiveras sett till rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt eller att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.¹⁶ HFD meddelade därefter dom i målet, HFD 2021 not. 10 ("Lexel-målet"), i enlighet med EU-domstolens avgörande då det ansågs klarlagt att en tillämpning av undantagsregeln skulle vara oförenlig med etableringsfriheten.¹⁷ Med anledning av avgörandet i *Lexel* följde naturligt frågan om förenligheten av 2019 års undantagsregel, som redan hade trätt i kraft, sett till etableringsfriheten.¹⁸ I det efterföljande målet HFD 2021 ref. 68 ("Husqvarna-målet") klarlade HFD att även 2019 års undantagsregel är oförenlig med etableringsfriheten i förhållande till gränsöverskridande koncerninterna lån där koncernbidragsrätt hade förelegat i en rent inhemsk situation. Med beaktande av undantagsregeln insnävning, konstaterades att vad EU-domstolen lyft i förhållande till 2013 års undantagsregel är överförbart vid bedömningen av 2019 års undantagsregel.¹⁹ Mot bakgrund av *Lexel* har i litteraturen ifrågasatts om det verkligen behövs riktade ränteavdragsbegränsningar vid sidan av den generella ränteavdragsbegränsningen.²⁰

I skrivande stund pågår en utredning av hur undantagsregeln kan anpassas eller utformas för att kunna behållas. Behovet av regeln ska däremot inte bedömas. Den särskilde utredaren har fått i uppdrag att ge förslag på detta med beaktande av EU-rätten och att undantagsregeln fortsatt ska motverka skatteundandraganden på ett effektivt sätt.²¹

Även om den pågående utredningen inte ska bedöma behovet av riktade ränteavdragsbegränsningar, är detta en intressant fråga. Den internationella skatterätten har genomgått en omfattande utveckling sedan ränteavdragsbegränsningarna infördes. EU:s roll på det direkta beskattningsområdet har hunnit bli en självklarhet men i spåren av digitaliseringen och covid-19 har än starkare aktörer som OECD och FN i stället klivit fram. Framför allt OECD:s arbete med att ta fram internationella standarder för dubbelbeskattningsavtal menas vara av vikt för utvecklingen.²² Tale har diskuterat om det med hänsyn till internationella skatteregelverk fortfarande finns plats för nationella riktade ränteavdragsbegränsningar. I sin utredning såg Tale främst till de EU-rättsliga direktiven ATAD, ränte-/royaltydirektivet och P2D och vikt lades vid

¹⁶ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 46, 57, 70, 77-78.

¹⁷ Se HFD 2021 not. 10 p. 22; Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 353.

¹⁸ Jfr Dahlberg (2021) s. 290-292.

¹⁹ Se HFD 2021 ref. 68 p. 27-37. Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 354.

²⁰ Se Dahlberg (2021) s. 292.

²¹ Se dir. 2022:28 s. 6-7.

²² Se Larsson (2023) 'Bolagsbeskattningen styrs av EU, OECD och FN' (<<https://www.far.se/aktuellt/far-bloggen/2023/november/far-bloggen-om-att-bolagsbeskattningen-styrs-av-eu-oecd-och-fn/>>) (hämtad 2023-11-18); Melz m.fl. (2023b) s. 525-529; Fall (2017) 'Digitaliseringen kräver smarta skatter' (<https://www.svensktnaringsliv.se/blogg/fokus-pa-skatterna/digitaliseringen-kraver-smarta-skatter_1176823.html>) (hämtad 2023-11-15); Dahlberg (2020) s. 372-374.

huruvida direktiven innebär en fullharmonisering vilken utesluter möjligheten att behålla nationella ränteavdragsbegränsningar. Likaså har han, med hänvisning till de risker för erodering av skattebaser och överflyttning av vinster (BEPS) som OECD pekat ut i förhållande till ränteavdrag, analyserat huruvida regelverken tillgodoser behovet av att motverka skatteundandragande med ränteavdrag. Tale slutsats är att det finns kvar ett behov av nationella riktade ränteavdragsbegränsningar, och han lyfter frågan om sådana regler med hänsyn till etableringsfriheten kan rättfärdigas och anses proportionerliga.²³ Angående den pågående utredningen av hur undantagsregeln kan ändras menar Tale dock att den särskilde utredaren står inför en utmanande uppgift.²⁴

1.2 Syfte och frågeställningar

Detta examensarbete syftar till att utreda vilka rättsliga möjligheter som finns för Sverige att behålla den riktade ränteavdragsbegränsningen i 24 kap. 18 § andra stycket IL, den så kallade undantagsregeln, sett till dels behovet av att säkerställa att regeln inte fortsatt är oförenlig med unionsrättens etableringsfrihet, dels intresset av att bibehålla en utformning av undantagsregeln som innebär ett effektivt förhindrande av skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag.

För att uppnå detta syfte besvaras följande frågeställningar:

- Hur kan behovet av nationella riktade ränteavdragsbegränsningar formuleras?
- Vilka är förutsättningarna för undantagsregelns i 24 kap. 18 § andra stycket IL tillämplighet och hur formuleras regelns syfte?
- Vad gäller kring möjligheterna att motivera nationell skattelagstiftning som utgör hinder mot etableringsfriheten sett till följande rättfärdigande grunder var för sig, eller gemensamt:
 - i) att förhindra skatteflykt,
 - ii) att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna?
- Vad innebär kravet på proportionalitet i sig självt och i ljuset av rättfärdigande grunderna?

²³ Se Tale (2023a) s. 335-341, 347-348; Action 4-2015 Final Report, Ch. 9, paras 168–174. Jfr även Tale (2022).

²⁴ Se Tale (2023b) s. 542-543.

- Hur kan EU-domstolens avgörande i mål C-484/19 (*Lexel*) förstås?
- Hur kan eventuellt kommande förändringar av EU-rätten tänkas påverka förutsättningarna för att rättfärdiga nationella ränteavdragsbegränsningar?

Svaren på ovanstående frågeställningar utgör ramarna för att kunna ta ställning till den avslutande frågan:

- Är det möjligt att anpassa undantagsregeln på så vis att bestämmelsen blir förenlig med unionsrättens etableringsfrihet, och samtidigt utgör ett effektivt verktyg mot skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag?

1.3 Metod och material

Med hänsyn till att uppsatsens syfte är att bedöma huruvida den svenska riktade ränteavdragsbegränsningen i undantagsregeln kan tänkas anpassas för att bli förenlig med etableringsfriheten, används för framställningen en rättsdogmatisk metod och EU-rättslig metod. I förståelsen av EU-rätten måste den förstnämnda metoden kompletteras av den sistnämnda eftersom EU-rätten, som är införlivad i svensk rätt men samtidigt överordnad,²⁵ behöver förstås utifrån den EU-rättsliga metoden för att tolkningen ska bli korrekt.²⁶ EU-rättslig metod förklaras användas för förståelsen av de EU-rättsliga källorna.²⁷

I utredningen av svensk gällande rätt har rättsdogmatisk metod använts. Både definitionen av rättsdogmatisk metod och innebörden av denna är omdiskuterad i litteraturen. Metoden kan emellertid beskrivas utgå från att med hänsyn till rättskällevärdet uttolka vad som utgör gällande rätt.²⁸ Tolkningen sker inom ramen för den så kallade rättskällevärdet, enligt vilken de allmänt accepterade rättskällorna inventeras och systematiseras. I enlighet med detta har således svensk gällande skatterätt utretts utifrån en tolkning av relevant lagstiftning, praxis, förarbeten och rättsvetenskaplig litteratur.²⁹ Givet att uppsatsen avser svensk skatterätt har den rättsdogmatiska metoden justerats i enlighet med skatterättslig tolkningsmetodik.³⁰ Vidare utgår uppsatsen från en rättskällevärdet som anpassats efter den skatterättsliga regelhierarkin. Enligt denna står

²⁵ Se Pahlsson (2018) s. 51-54, 119-120; 10 kap. 6 § RF; mål C-6/64 (*Costa mot E.N.E.L.*); C-26/62 (*Van Gend en Loos*); Förklaring (nr. 17) om företräde i Lissabonfördragets slutakt. Jfr Bernitz & Kjellgren (2022) s. 100-103, 380-381; avsnitt 4.1.

²⁶ Se Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 34-38.

²⁷ Se Reichel (2018) s. 109-110.

²⁸ Se Kleineman (2018) s. 23-29.

²⁹ Se Kleineman (2018) s. 21, 26, 45; Tjernberg (2018) s. 15.

³⁰ Se Tjernberg (2018) s. 18-22.

EU-fördraget och EUF-fördraget, följt av EU:s sekundärrätt, över svenska lag.³¹

Den skatterättsliga lagstiftningen har i framställningen givits en särskild tyngd i enlighet med föreskrifts- och likabehandlingskravet, där det förstnämnda kan härledas ur legalitetsprincipen. Lagtolkning har således skett inom ramen för lagens ordalydelse. Det har i litteraturen diskuterats hur pass starkt föreskriftskravet i praktiken är, bland annat sett till HFD:s praxis. Alldeles oavsett beskrivs HFD förhålla sig till föreskriftskravet och kravet kan således konstateras ha betydelse för den skatterättsliga tolkningen.³²

Även fast det inte finns en formell prejudikatsbundenhet i förhållande till HFD:s skatterättsliga avgöranden, är domstolen skyldig att både ta fram prejudicerande domar och förtydliga hur tolkningen av skatterätten ska gå till. HFD har beskrivits mer eller mindre antagit rollen som prejudikatinstans och en prejudikatsbundenhet menas föreligga rent praktiskt.³³ Inom skatterätten anses vidare HFD:s avgöranden ha ett högre rättskällevärde i den skatterättsliga tolkningen än förarbetena, även fast de senare också förklaras vara normerande. Målsättningen i framställningen har således varit att formulera gällande rätt med hänsyn till hur HFD skulle bedöma saken. Eftersom uppsatsens syfte innefattar att bedöma de rättsliga möjligheterna att utforma en anpassad undantagsregel som kan tänkas vara förenlig med *EU-rätten*, har tolkningen utgått från hur HFD skulle bedöma frågan med hänsyn till hur EU-domstolen till sist skulle tolka gällande EU-rätt. En utmaning som utpekats är att HFD inte alltid anses vara tydlig i domskälen, varmed generellt gällande regler kan vara svåra att utläsa.³⁴

I utredningen av gällande rätt, och framför allt undantagsregeln, har förarbetena använts som komplement för att tolka ordalydelsen i skattelagstiftningen.³⁵ Förarbetena har använts i enlighet med den relativt starka rättskällestatus som dessa givits i skatterätten genom att HFD i sina domskäl hänvisat till förarbetena. Givet föreskriftskravet har tolkningen emellertid beaktat att förarbetsuttalandena inte kan vara vägledande när dessa avviker från ordalydelsen i lagen.³⁶

Med hjälp av skatterättslig litteratur har vägledning hämtats för orienteringen i och inventeringen av relevanta rättskällor för uttolkningen av gällande rätt. Litteraturen har vidare använts tillsammans med ovan nämnda rättskällor för

³¹ Se Pålsson (2018) s. 119.

³² Se 2 kap. 10 § andra stycket och 8 kap. 2 § regeringsformen (1974:152) (RF); Tjernberg (2018) s. 20-21, 23-25. Jfr Pålsson (2014) s. 560-563; Pålsson (2018) s. 32; Hultqvist (2016) s. 732.

³³ Se Tjernberg (2018) s. 17, 55 med vidare hänvisning till Pålsson (2011) s. 114-115.

³⁴ Se Tjernberg (2018) s. 17-19, 55-56, 59-60.

³⁵ Se Pålsson (2011) s. 113-114. Jfr Tjernberg (2018) s. 83.

³⁶ Se Tjernberg (2018) s. 20, 83-85.

att erhålla fördjupad förståelse för rättskällornas innebörd.³⁷ Vikt har givits den skatterättsliga litteraturen utifrån tyngden av den inneboende logiken i författarnas resonemang. Mot bakgrund av HFD:s starka rättskällestatus, och uppsatsens syfte, har försiktighet iakttagits i den del författare framhållit argument för att skatterätten bör tolkas på ett sätt som inte överensstämmer med HFD:s avgöranden.³⁸ Till viss del har även Skatteverkets allmänna råd använts jämte ovanstående rättskällor. Syftet har både varit att illustrera Skatteverkets tolkning, och att komplettera litteraturen utan att tillerkänna de allmänna råden någon större vikt. De allmänna råden beskrivs såsom ”administrativ praxis”³⁹ och menas kunna erkännas en särskild rättskällestatus, även om dem inte är av bindande karaktär. Denna administrativa praxis ger främst uttryck för hur Skatteverket tillämpar skattelagstiftningen.⁴⁰

Som ovan nämnt bör tolkning och tillämpning av EU-rätten ske utifrån den EU-rättsliga metoden.⁴¹ Utredningen av EU-rätten genomförs därmed utifrån denna, och metoden kan beskrivas som ett tillvägagångssätt för hanteringen av källorna i EU-rätten.⁴² Det är av vikt för tolkningen och tillämpningen av EU-rätten att skillnaderna mellan den svenska rättsdogmatiska metoden och den EU-rättsliga metoden iakttas. Det förekommer skillnader avseende vilken rättskällelära och vilka tolkningsprinciper som metoderna grundar sig på. Jämfört med i svensk rätt är en systematisk- och teleologisk tolkning central i EU-rätten, med innebörden att de EU-rättsliga bestämmelserna ska tolkas utifrån sitt sammanhang och i ljuset av sitt syfte. Vidare kan inte tolkaren av EU-rätten förlita sig på en motsvarighet till de svenska förarbetena.⁴³

I EU-rätten är det främst EU-domstolens avgöranden som ska vara vägledande vid tolkningen av primär- och sekundärrätten eftersom domstolen väger tyngst i fråga om tolkningen av EU-rätten. Framställningen har vid uttolkningen av EU-rätten till allra största del utgått från den praxis från EU-domstolen som finns på området.⁴⁴ EU-domstolens avgöranden har emellanåt, när EU-domstolen hänvisat till dessa, tolkats med hjälp av generaladvokatens förslag till avgörande. Förslaget är inte ett avgörande i sig och har inte sådan rättskällestatus, men när EU-domstolen hänvisar till dessa förklaras förslagen erhålla ett rättskällevärde.⁴⁵ Slutligen har juridisk doktrin, vilken

³⁷ Jfr Kleineman (2018) s. 34.

³⁸ Se Kleineman (2018) s. 28, 33-34. Jfr Tjernberg (2018) s. 17-19, 21.

³⁹ Se Pahlsson (2018) s. 111.

⁴⁰ Se Pahlsson (2018) s. 105, 111-112.

⁴¹ Se Hettne & Otken (2011) s. 34.

⁴² Se Reichel (2018) s. 109.

⁴³ Se Hettne & Otken (2011) s. 36-37; Reichel (2018) s. 122; Bernitz & Kjellgren (2022) s. 40, 192-194, 221-222.

⁴⁴ Se Dahlberg (2020) s. 393; Bernitz & Kjellgren (2022) s. 196; artikel 263 och 267 FEUF.

⁴⁵ Se Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 40, 117; Dahlberg (2020) s. 393-395.

inte ska ses som bindande men, använts för att förstå och tolka EU-domstolens avgöranden.⁴⁶

En särskild källa som använts är OECD:s modellavtal. I förhållande till modell-produkterna har det diskuterats vilket rättskällevärde dessa har.⁴⁷ Källan har använts i förhållande till EU-domstolens avgöranden genom vilka OECD:s modellavtal utpekats som vägledande för förståelsen av EU-rätten. Mot bakgrund av EU-domstolens auktoritet i tolkningen av EU-rätten har källan behandlats utifrån domstolens uttalanden.⁴⁸ I den utsträckning litteratur har hänvisat till OECD:s modellavtal såsom vägledande för EU-rätten har följaktligen inte samma vikt tillmätts uttalandets auktoritet.

Med hjälp av ovanstående metoder är målet att utifrån en förståelse av svensk rätt, EU-rätten och de rättfärdigande grunder som behandlas, diskutera vilka rättsliga möjligheter det finns för att utforma en anpassad undantagsregel som skulle kunna rättfärdigas av EU-domstolen. Därefter följer en diskussion om huruvida en anpassad undantagsregel, om rättfärdigande skulle vara möjligt, kan uppfylla bestämmelsens målsättningar på ett effektivt sätt.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsens syfte avser undantagsregeln i 24 kap. 18 § andra stycket IL. Följaktligen behandlas den generella ränteavdragsbegränsningen i 24 kap. och övriga riktade ränteavdragsbegränsningar i 24 kap. 16-20 §§ IL, endast översiktligt i den mån det är av relevans för frågeställningarna.

Uppsatsens frågeställningar besvaras i förhållande till situationen att koncerninterna lån upptagits inom koncerner med en ägandestruktur som medför att bolagen hade haft en obegränsad koncernbidragsrätt om bägge hade varit svenska. Uppsatsen behandlar enbart skuldförhållanden som kvalificerar som lån i juridisk mening. Framställningen innefattar inte situationer involverande investmentbolag eller kommunalägda bolag. Koncernbidragsreglerna i 35 kap. IL tas upp i den utsträckning som krävs för behandlingen av frågeställningarna. I enlighet med detta återges inte närmare förutsättningarna för koncernbidragsrätt. Utanför uppsatsens lämnas också regleringen av internpris-sättningen av koncerninterna lån.

De riskområden som utpekats av OECD, avseende erodering av skattebasen och överflyttning av vinster som sker till följd av upplägg innefattande ränteavdrag, behandlas av utrymmesskäl inte uttömmande. I stället har ett urval av

⁴⁶ Jfr Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 40, 120-122.

⁴⁷ Se Tjernberg (2018) s. 118-123.

⁴⁸ Jfr avsnitt 1.3 och 4.1.

de identifierade riskområdena presenterats i enlighet med den relevans som de enligt min mening har för frågeställningarna.

Eftersom de nuvarande riktade ränteavdragsbegränsningarna är ett resultat av flera lagändringar, presenteras utvecklingen av de riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna för att ge behövlig förståelse. Redogörelsen är emellertid inte uttömmande eftersom uppsatsen är framåtblickande med utgångspunkt i dagens läge. Avsikten är alltså inte att uttömmande redogöra för sådana diskussioner i litteraturen avseende 2009- och 2013 års undantagsregels förenlighet med EU-rätten som föregick EU-domstolens avgörande i *Lexel*, och inte heller sådana diskussioner rörande 2019 års undantagsregel som föregick avgörandet i Husqvarna-målet. Diskussionen om tolkningen av begreppet skatteförmån i litteraturen behandlas för att ge kontextuell förståelse inför senare avsnitt i framställningen. Specifika resonemang presenterade i litteratur behandlas givet dess relevans i förhållande till hur EU-domstolens praxis kan förstås avseende på vad som krävs för ett rättfärdigande av hindrande nationell skattelagstiftning. En uttömmande utredning om HFD:s tolkning av begreppet behövs inte för att uppfylla uppsatsens syfte.

Centralt i uppsatsen är utredningen av EU-rätten eftersom framställningen avser en diskussion om huruvida en nationell ränteavdragsbegränsning liksom undantagsregeln kan vara förenlig med etableringsfriheten. Därav utgår uppsatsen främst från EU-domstolens avgörande i *Lexel*, vari 2013 års undantagsregel prövades. HFD:s avgörande i Husqvarna-målet behandlas eftersom 2019 års undantagsregel prövades i detta mål. HFD:s bedömning grundas i huvudsak på bedömningen i *Lexel*, varför Husqvarna-målet behandlas mer översiktligt. Rörande EU-rätten placeras fokus på *rättfärdigandet* av nationell lagstiftning som utgör hinder mot etableringsfriheten utifrån rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt och att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna. Anledningen till detta är att det var denna fråga och dessa rättfärdigandegrunder som i *Lexel* aktualiserades i förhållande till undantagsregeln. Uppsatsen syftar inte till att utreda gränsdragningen mellan nämnda rättfärdigandegrunder och andra rättfärdigandegrunder. Närmare redogörelse för EU-rättens grunder, definitionen av hinder mot etableringsfriheten, rule of reason-doktrinen och missbruksprincipen genomförs inte. Inom ramen för syftet och frågeställningarna faller inte en bedömning av förenligheten sett till EU-rättens fördragsfrihet om fria kapitalrörelser. Vidare behandlas inte frågan om hur nya och eventuella framtida EU-direktiv kan tänkas påverka frågan om de rättsliga möjligheterna att behålla undantagsregel.

Avseende det pågående målet C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*) behandlas frågeställningarna inte utifrån alla möjliga utfall i målet. Av utrymmesskäl samt utifrån relevans begränsas framställningen till att behandla två möjliga utfall. Antingen att EU-domstolen fastställer att armlängdsprincipen som *både* ett definitivt kriterium för att ett rent konstlat lånförhållande inte

föreligger, och som gräns för i vilken utsträckning ränteavdrag får vägras på rent konstlade eller fiktiva lån sett till proportionalitetskravet, ska i) behållas eller ii) slopas. Frågeställningarna behandlas utifrån utfallen att armlängdsprincipen behålls eller slopas som definitivt kriterium för *alla* koncerninterna lån, och inte om EU-domstolen skulle göra skillnad avseende koncerninterna lån som avser ett koncerninternt förvärv.

Inom ramen för uppsatsens syfte innefattas diskussioner om vilka hänsynstagen som kan tänkas vara relevant att beakta vid utformningen av en anpassad undantagsregel, utifrån hållpunkterna att bestämmelsen behöver vara förenlig med etableringsfrihet och vara effektiv i förhållande till dess syfte. Därav lämnas inte konkreta förslag på hur lagtexten bör utformas, eller hur omkringliggande lagstiftning kan behöva anpassas.

1.5 Forskningsläge

Det finns mycket rättsvetenskaplig litteratur om undantagsregeln i de riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna och även hur bestämmelsen förhåller sig till unionsrättens etableringsfrihet. Detta gäller undantagsregeln i 2009-, 2013- och 2019 års regler. Ohlsson skrev flera artiklar om undantagsregeln i de tidigare ränteavdragsbegränsningarna.⁴⁹ Vidare har Dahlberg, Deij och Samuelsson skrivit om de riktade ränteavdragsbegränsningarna och dess förenlighet med etableringsfriheten, främst utifrån *Lexel*.⁵⁰ Deij har även skrivit om tolkningen av de riktade ränteavdragsbegränsningarna och särskilt om begreppet *väsentlig skatteförmån*.⁵¹ Vidare har såväl de nuvarande som tidigare års riktade ränteavdragsbegränsningsreglers förenlighet med etableringsfriheten, och den fria rörligheten för kapital, behandlats i flera examensarbeten och masteruppsatser.⁵² Slutligen har Tale översiktligt diskuterat framtiden för nationella riktade ränteavdragsbegränsningsregler sett till etableringsfriheten.⁵³ I litteraturen har emellertid inte frågan om vilka rättsliga möjligheter som finns för Sverige att, med hänsyn till etableringsfriheten, behålla en *an-*

⁴⁹ Se Ohlsson (2018) s. 701-722; Ohlsson (2015) s. 64-76; Ohlsson (2014a) s. 650-660; Ohlsson (2014b) s. 11-24; Ohlsson (2013) s. 102-116.

⁵⁰ Se Deij (2021c) s. 75-94; Dahlberg (2021) s. 279-292; Dahlberg (2020) s. 215-234; Samuelsson (2022) s. 222-239.

⁵¹ Se Deij (2021a) s. 142-159; Deij (2021b) s. 536-542; Deij (2020) s. 133-149; Deij (2019a) s. 655-671; Deij (2019b) s. 243-256. Jfr Deij (2023a) ”’Motstridiga domskäl’ – Coen Deij om ’ventilen’ och rättsosäkra bedömningar” (<https://www.nj.se/nyheter/motstridiga-domskal-coen-deij-om-domstolarnas-bedomning-av-ventilen>) (hämtad 2023-12-19); Deij (2023b) ’Rättssäkerhet i skattemål börjar hos Skatteverket’ (<<https://www.nj.se/nyheter/rattssakerhet-i-skattemal-borjar-hos-skatteverket>>) (hämtad 2023-12-19).

⁵² Se t. ex. Woode (2023); Friedrich (2022); Johansson (2021a); Johansson (2021b); Höök (2021); Törn (2021); Hamilton (2021); Marciniak (2020).

⁵³ Se Tale (2023a) 335-348; Tale (2023b) s. 527-543. Jfr även Tale (2022).

passad undantagsregel som samtidigt utgör ett effektivt verktyg mot skatteundandragande. Mot bakgrund av det beskrivna forskningsläget har uppsatsen ett nyhetsvärde.

1.6 Disposition

I avsnitt två behandlas dels tilläggsdirektivet till utredningen som ska ge förslag på hur undantagsregeln genom en lagändring kan anpassas, dels BEPS-projektet gällande behovet av nationella ränteavdragsbegränsningar för motverkandet av överflyttning av vinster och erodering av skattebasen. Härigenom besvaras den första frågeställningen. I avsnitt tre utreds 2019 års regler med huvudsaklig fokus på undantagsregeln. Avsnittet inleds med en översiktlig beskrivning av regleringen samt en utredning av ränteavdragsbegränsningarnas syfte. Därefter presenteras huvudregeln, följt av en närmare utredning av undantagsregeln. Därigenom besvaras uppsatsens andra frågeställning. I avsnitt fyra behandlas det EU-rättsliga momentet avseende möjligheten att rättfärdigande nationell skattelagstiftning som utgör hinder mot EU-rättens etableringsfrihet. I avsnittet behandlas förhållandet mellan nationell rätt och EU-rätten, men i centrum ligger en utredning och analys av rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt, respektive att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna. Därutöver behandlas kravet på proportionalitet och ändamålsenlighet. Härvid besvaras den tredje och fjärde frågeställningen. I avsnitt fem behandlas 2019 års undantagsregels förenlighet med etableringsfriheten mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i *Lexel* och HFD:s efterföljande avgöranden i *Lexel*- och *Husvarna*-målet. En närmare utredning och analys genomförs beträffande innebörden av *Lexel*. Vidare behandlas andra problematiska aspekter med undantagsregeln sett till bland annat EU-rättens proportionalitetskrav. Härav besvaras den femte frågeställningen. I avsnitt sex behandlas det pågående målet C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*) och vilken betydelse utfallet har för innebörden av rent konstlade lån. Sålunda besvaras den sjätte frågeställning. Ovan nämnda avsnitt avslutas med ett underavsnitt med en sammanfattande kommentar eller slutsats som tar fasta på de centrala aspekterna som framkommit. I avsnitt sju följer en diskussion och analys avseende vilka hänsynstaganden som bör beaktas vid utformningen av en anpassad undantagsregel mot bakgrund av utredningen i de föregående avsnitten. Analysen innefattar således en bedömning av de EU-rättsliga förutsättningarna för att utforma en anpassad undantagsregel som kan motiveras enligt de behandlade rättfärdigandegrunderna, och som kan uppfylla kraven på proportionalitet. Därutöver ingår en diskussion om huruvida en anpassad undantagsregel som utformas med hänsyn till EU-rätten kan anses vara effektiv mot skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag. Härvid besvaras den sjunde frågeställningen. Avslutningsvis följer några sammanfattande ord i avsnitt åtta som knyter ihop framställningen.

2 Behovet av riktade ränteavdragsbegränsningar

2.1 Tilläggsdirektivet – En uppföljning av undantagsregeln

De riktade ränteavdragsbegränsningarna, och i synnerhet undantagsregeln i 24 kap. 18 § andra stycket IL, kan som sagt ifrågasättas givet utvecklingen avseende förenligheten med unionsrätten som skett genom bland annat EU-domstolens avgörande i *Lexel* och HFD:s efterföljande avgöranden i *Lexel* och *Husqvarna*-målet.⁵⁴ Som redan nämnts har regeringen genom tilläggsdirektivet (dir. 2022:28) adresserat problematiken med undantagsregeln och uppdragit åt en särskild utredare att presentera ett förslag för hur undantagsregeln bör anpassas eller utformas för att kunna behållas. Regeringen anser att det fortfarande föreligger ett behov av att skattebasen skyddas mot skatteundandraganden som genomförs med ränteavdrag, varför en anpassad undantagsregel fortsatt ska uppnå dess ursprungliga syfte.⁵⁵

Den särskilde utredaren har därför uppdragits att inom ramen för kommittédirektivet (dir. 2021:97)⁵⁶ se över undantagsregeln. Utredaren ska bland annat ge förslag på hur en utformning eller anpassning av undantagsregeln bör genomföras för att ränteavdragsbegränsningen ska bli förenlig med EU-rätten, med beaktande av att undantagsregeln också ska kunna motverka skatteundandraganden på ett effektivt sätt och inte vara möjlig att kringgå. Utgångspunkten för uppdraget är att undantagsregeln ska behållas, varför uppdraget inte innefattar en bedömning av huruvida det finns ett behov av bestämmelsen. Utredningens genomförande ska vidare beakta eventuell relevant utveckling inom EU-rätten. Regeringen klargör att de riktade ränteavdragsbegränsningarna inte ska avskaffas i syfte att åtgärda reglernas oförenlighet med EU-rätten. Den särskilde utredaren skulle ursprungligen ha redovisat uppdraget under hösten 2023,⁵⁷ men tidpunkt för slutredovisning har förlängts till och med den 31 maj 2024.⁵⁸

2.2 Riskområden enligt OECD

Ränteavdragsbegränsningarna infördes som sagt i syfte att motverka skatteplaneringsförfaranden som grundar sig på ränteavdrag,⁵⁹ och innebär ett

⁵⁴ Se avsnitt 1.1. Jfr dir. 2022:28 s. 6.

⁵⁵ Se dir. 2022:28 s. 6.

⁵⁶ Dir. 2021:97.

⁵⁷ Se dir. 2022:28 s. 7.

⁵⁸ Se dir. 2023:107.

⁵⁹ Se avsnitt 1.1; Melz m.fl. (2023b) s. 351-352.

skydd för skattebasen mot skatteundandragande.⁶⁰ Ett sådant behov kan vidare bekräftas av en rapport från OECD presenterad 2015 inom ramen för projektet Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). I rapporten identifierades ett behov av riktade ränteavdragsbegränsningsregler vid sidan av en generell ränteavdragsbegränsning. OECD ansåg att stater bör ha riktade ränteavdragsbegränsningar för att motverka risken för dels kringgående av generella ränteavdragsbegränsningar, dels annan erodering av skattebasen och överflyttning av vinster genom beteenden innefattande nyttjandet av ränteavdrag ("BEPS-förfaranden")^{61, 62} Det utpekades ett antal specifika riskområden ("BEPS-risker") i förhållande till vilka riktade ränteavdragsbegränsningar ansågs kunna vara nödvändiga, däribland följande två:

1. Arrangemang bestående i att bolag betalar ränta till ett koncernbolag hemmahörande i en annan stat för att minska nivån på räntenettet som blir föremål för beskattning i det förstnämnda bolagets hemstat,
2. Ränteutgifter till koncernbolag hos vilket motsvarande ränteintäkter blir föremål för ingen eller låg beskattning.⁶³

Enligt rapporten kan riktade ränteavdragsbegränsningsregler vara nödvändiga i förhållande till dessa BEPS-risker även när en generell ränteavdragsbegränsningsregel är tillämplig. Behovet som sådant menar Tale vara hänförligt till de skillnader som föreligger mellan medlemsstaternas skattelagstiftningar. Sådana skillnader kan utnyttjas och medför erodering av medlemsstaternas skattebaser.⁶⁴

2.3 Sammanfattande kommentar

Regeringen ser ett behov av att undantagsregeln, utöver att bli förenlig med EU-rätten, också ska motverka skatteundandragande på ett effektivt sätt. Det ena hänsynstagandet som utformningen av en anpassad undantagsregel behöver beakta är alltså vad som krävs av utformningen sett till EU-rätten. Avseende det andra hänsynstagandet anser jag att BEPS-riskerna kan verka vägledande i fråga om vad för situationer en anpassad undantagsregel med fördel kan motverka för att utgöra ett effektivt skydd för den svenska skattebasen mot skatteundandragande. BEPS-riskerna utgör nämligen sådana situationer där lånearrangemang med ränteavdrag medför att obeskattade vinster överflyttas och den svenska skattebasen eroderas.⁶⁵

⁶⁰ Se prop. 2017/18:245 s. 171, 173.

⁶¹ Med "BEPS-förfaranden" avses i uppsatsen transaktioner eller upplägg, till exempel skuldförhållanden, som medför överflyttning av vinster och erodering av skattebasen.

⁶² Se Action 4-2015 Final Report Ch. 9, paras 168-174; Tale (2023a) s. 335-337. Jfr artikel 4 i ATAD.

⁶³ Se Action 4-2015 Final Report Ch. 9, paras 173. Jfr Tale (2023a) s. 337.

⁶⁴ Se Action 4-2015 Final Report, Ch. 9, paras 173-174; Tale (2023a) s. 337, 341.

⁶⁵ Se avsnitt 2.1-2.2.

3 De svenska ränteavdragsbegränsningarna

3.1 Översiktligt om regleringen och dess syfte

De svenska ränteavdragsbegränsningsreglerna har som sagt växt fram över tid och utgörs av den generella ränteavdragsbegränsningen och de riktade ränteavdragsbegränsningarna.⁶⁶ De nuvarande riktade ränteavdragsbegränsningarna infördes år 2019, tillsammans med den generella ränteavdragsbegränsningen och ett avdragsförbud för vissa särskilda gränsöverskridande situationer, hybrida mismatchningar, i enlighet med artikel 4 och 9 i ATAD. Jämte ränteavdragsbegränsningarna genomfördes också en successiv sänkning av bolagsskatten från 22 procent till 20,6 procent.⁶⁷ Lagändringarna beskrivs som både lindringar och skärpningar av bolagsbeskattningen. Med betoning på den generella regeln beskrivs kombinationen av ränteavdragsbegränsningarna ha inneburit en skärpning, även om just de riktade reglerna lindrades genom lagändringen.⁶⁸

Flera remissinstanser ansåg att de riktade ränteavdragsbegränsningarna skulle avskaffas med anledning av införandet av den generella ränteavdragsbegränsningen. Skäl för detta ställningstagande var dels att de riktade reglerna inte längre skulle behövas, dels att tillämpningen skulle präglas av oförutsebarhet och osäkerhet.⁶⁹ Trots den skärpning av bolagsbeskattningen som den generella ränteavdragsbegränsningen innebar, såg regeringen det som nödvändigt att behålla de riktade reglerna, om än med ett mer begränsat tillämpningsområde. Det konstaterades nämligen att förekomsten av sådan internationell skatteplanering som identifierats vid införandet av 2013 års ränteavdragsbegränsningar fortsatt behöver motverkas för att skydda den svenska skattebasen. Risker för skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag ansågs annars kvarstå upp till den del ränteavdrag medges enligt den generella regeln.⁷⁰

Regleringen av den generella ränteavdragsbegränsningsregeln återfinns i 24 kap. 24-29 §§ IL. Enligt den generella ränteavdragsbegränsningen är den avdragsgilla andelen av det negativa räntenetton, det vill säga differensen mellan aktiebolagets ränteintäkter och räntekostnader, begränsad till 30 procent av bolagets EBITDA (Earnings Before Interest and Tax, Depreciation and

⁶⁶ Se Melz (2023b) s. 346-352; avsnitt 1.1.

⁶⁷ Se prop. 2017/18:245 s. 1-2, 56; Fi2017/02752/S1 s. 2; 65 kap. 10 § inkomstskattelagen. Jfr Melz, Nilsson & Norrman (2018) s. 472, 480.

⁶⁸ Se Melz m.fl. (2023b) s. 346.

⁶⁹ Se prop. 2017/18:245 s. 171.

⁷⁰ Se prop. 2017/18:245 s. 171, 173-175. Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 346, 351-352.

Amortization). Negativa räntenetton upp till 5 miljoner kronor är emellertid alltid avdragsgilla.⁷¹

De riktade ränteavdragsbegränsningarna återfinns i 24 kap. 16-20 §§ IL, och gäller enligt 16 § andra stycket för alla koncerninterna lån.⁷² Utöver huvudregeln i 18 § första stycket och undantagsregeln i 18 § andra stycket återfinns en särskild avdragsbegränsning i 19 § för koncerninterna lån som avser finansiering av koncerninterna aktieförvärv. De särskilda förutsättningarna för att avdrag ska medges är att förvärvet i fråga är *väsentligen affärsmässigt motiverat*. Slutligen stadgas i 20 § att ovanstående ränteavdragsbegränsningar även är tillämpliga på lån lämnade av ett externt bolag om vissa förutsättningar är uppfyllda. Situationen som träffas är när det föreligger ett så kallat back-to-back lån, med vilket avses när ett annat koncernbolag samtidigt har en fordran på antingen det externa bolaget eller ett bolag i samma koncern som det sistnämnda.⁷³

3.2 2019 års riktade ränteavdragsbegränsningar

3.2.1 Huvudregeln

Huvudregeln återfinns i 24 kap. 18 § första stycket IL och anger under vilka förutsättningar ett bolag får medges avdrag för ränteutgifter på koncerninterna lån. Sådantillvida inte annat följer av undantagsregeln eller om det koncerninterna lånet har avsett ett koncerninternt aktieförvärv som inte uppfyller de särskilda villkoren som uppställs för sådana i 19 §, medges det låntagande koncernbolaget ränteavdrag om någon av de följande förutsättningar är för handen. Det koncernbolag som har rätt till motsvarande ränteinkomst ska vara hemmahörande i antingen en stat inom EES eller en stat med vilken Sverige har ingått ett ”skatteavtal av generell karaktär”⁷⁴, alternativt ha beskattats för den motsvarande ränteinkomsten med åtminstone 10 procent om bolaget enbart hade haft denna inkomst (”tioprocentsregeln”). Huvudregeln förklaras härav träffa enbart räntor på koncerninterna lån som betalas till koncernbolag hemmahörande i så kallade lågskattejurisdiktioner.⁷⁵

⁷¹ Se 24 kap. 24-29 §§ IL; Melz m.fl. (2023b) s. 346-347. Jfr prop. 2017/18:245 s. 77-88.

⁷² Enligt 24 kap. 16 § andra stycket gäller reglerna för lån inom *intressegemenskaper*, med vilket avses företag som antingen inordnas i en huvudsakligen gemensam ledning, eller där ägarförhållandet är sådant att det ena företaget direkt eller indirekt har väsentligt inflytande över det andra. I framställningen benämns intressegemenskap som ”koncern”. Av första stycket framgår att juridiska personer och svenska handelsbolag räknas som *företag*.

⁷³ Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 352.

⁷⁴ Se Melz m.fl. (2023b) s. 352.

⁷⁵ Se prop. 2017/18:245 s. 364-365. Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 352.

3.2.2 Undantagsregeln

I 24 kap. 18 § andra stycket IL, undantagsregeln, stadgas ett undantag till när huvudregeln är uppfylld. Rätt till avdrag för räntebetalningar på koncerninterna lån medges inte om anledningen till att det aktuella skuldförhållandet uppkommit *uteslutande eller så gott som uteslutande* har varit för att koncernen ska erhålla en *väsentlig skatteförmån*. I förarbetena anges att syftet med undantagsregeln är att skydda den svenska skattebasen genom att motverka aggressiv skatteplanering som åstadkommes med ränteavdrag och som inte omfattas av den generella ränteavdragsbegränsningen eller avdragsförbudet vid hybrida mismatchningar. Med andra ord utgör undantagsregeln en särskild regel mot missbruk av interna skuldförhållanden.⁷⁶

I förarbetena preciseras lydelsen *uteslutande eller så gott som uteslutande* och ges innebörden ”cirka 90-95 procent upp till 100 procent”⁷⁷.⁷⁸ I denna del innebar lagändringen 2019 en insnävring av undantagsregeln med följden att betydligt färre lån faller inom tillämpningsområdet.⁷⁹ Undantagsregeln i 2013 års regler föreskrev en begränsning av avdragsrätten om ”det huvudsakliga skälet”⁸⁰ till skuldförhållandet var att koncernen skulle erhålla en väsentlig skatteförmån, med vilket avses att skuldförhållandet har varit ”cirka 75 procent”⁸¹ skattemotiverat.⁸² I förarbetena klargörs att procentangivelserna är avsedda att verka som tolkningsstöd vid tillämpningen. Bedömningen ska alltså inte genomföras strikt utifrån en specifikt angiven procentsats, utan lydelsen ”cirka 90-95 procent upp till 100 procent”⁸³ ska vara vägledande i fråga om att bestämmelsen är avsedd att tillämpas gentemot beteenden som utgör ”en mycket hög grad av skatteplanering, dvs i princip rena missbruksfall”⁸⁴. Det är alltså tillräckligt med att det förekommit en liten andel andra skäl än skattemässiga sådana för att ett lån ska falla utanför tillämpningsområdet.⁸⁵

Rekvisitet *väsentlig skatteförmån* definieras inte i lagtexten men viss vägledning återfinns i förarbetena. För att förstå innebörden av väsentlig skatteförmån anger 2019 års förarbeten att även förarbetena till 2013 års undantagsregel ska vara vägledande.⁸⁶ Uttryckligen anges att bedömningen enligt undantagsregeln ska göras sett till hela skuldförhållandet, utifrån såväl borgenärens som gäldenärens perspektiv. Rörande bolag som kan göra avdrag för utdelningar ska bedömningen av förekomsten av en väsentlig skatteförmån även

⁷⁶ Se prop. 2017/18:245 s. 184-185, 365.

⁷⁷ Se prop. 2017/18:245 s. 365.

⁷⁸ Jfr prop. 2017/18:245 s. 365; prop. 1999/2000:2 del 1 s. 504.

⁷⁹ Se prop. 2017/18:245 s. 185; Melz m.fl. (2023b) s. 352. Jfr Dahlberg (2020) s. 230.

⁸⁰ Se 24 kap. 10 d § tredje stycket i SFS 2012:757. Jfr prop. 2012/13:1 s. 245.

⁸¹ Se prop. 2012/13:1 s. 251.

⁸² Se prop. 2012/13:1 s. 251; prop. 1999/2000:2 del 1 s. 505. Jfr Dahlberg (2020) s. 230.

⁸³ Se prop. 2017/18:245 s. 365

⁸⁴ Se prop. 2017/18:245 s. 185.

⁸⁵ Se prop. 2017/18:245 s. 184-185, 365.

⁸⁶ Se prop. 2017/18:245 s. 365 med hänvisningar till prop. 2012/13:1 s. 252-254, 333-334. Jfr Deij (2019b) s. 245.

beakta hur den särskilda skattemässiga situationen ser ut för bolaget. Som indikator för detta beskrivs sådana omständigheter som att en koncernintern finansiering avser koncerninterna förvärv, samt att räntan på ett koncerninternt lån är märkbart avvikande.⁸⁷ Bestämningen av en väsentlig skatteförmån menades inte kunna ske med utgångspunkt i en beloppsgräns, även om väsentlighetsmomentet utesluter mindre belopp. En omständighet som däremot ska beaktas är huruvida skatteförmån uppstår över flera beskattningsår.⁸⁸ I 2013 års förarbeten anges att den omständighet att räntebetalningar på ett koncerninternt lån sker mellan två svenska bolag med koncernbidragsrätt förklaras medföra att undantagsregeln inte är tillämplig.⁸⁹ I Husqvarna-målet klargörs att den nuvarande undantagsregeln tillämplighet i jämförelse med 2013 års undantagsregel bara skiljer sig i fråga om *hur* skattemotiverat lånet ska vara. Utöver denna skillnad förklarar HFD att lagstiftarens avsett att tillämpningen i övrigt ska vara densamma, och att inte heller 2019 års undantagsregel är tillämplig på lån mellan svenska bolag med koncernbidragsrätt.⁹⁰

Gällande bedömningen av om ett koncerninternt lån uteslutande eller så gott som uteslutande har som syfte att skapa en väsentlig skatteförmån framgår det av förarbetena att en korrelation föreligger hur affärsmässigt respektive skattemässigt motiverat ett skuldförhållande är. I förarbetet till 2013 års undantagsregel anges det nämligen att ett skuldförhållande inte kan vara huvudsakligen skattemotiverat om det, enligt den riktade ränteavdragsbegränsningen avseende koncerninterna aktieförvärv,⁹¹ är att anse som huvudsakligen affärsmässigt motiverat. Således kan vägledning för bedömningen enligt undantagsregeln hämtas från bedömningen gällande huruvida ett skuldförhållande är affärsmässigt motiverat.⁹² Förarbetena uppräknar vidare särskilda omständigheter som är av relevans för denna bedömning. Omständigheter rörande skuldförhållandet såsom om det praktiskt sett rör sig om slussning,⁹³ kapitalets ursprung och mottagarens beskattningsnivå ska enligt förarbetena beaktas. Gällande kapitalets ursprung medför exempelvis det faktum att det utlånade kapitalet utgör långgivarens egenupparbetade medel att lånet inte ska ses som enbart skattedrivet. En utgångspunkt som utpekats är vidare att kort-siktiga skulder är att se som affärsmässigt motiverade.⁹⁴ En situation som menas indikera att ett lån är skattedrivet är när underskotts företag som saknar medel för utlåning ändå är långgivare ”genom att en fordran flyttas”⁹⁵. Vidare

⁸⁷ Se prop. 2017/18:245 s. 365-366; prop. 2012/13:1 s. 252, 333.

⁸⁸ Se prop. 2017/18:245 s. 184; prop. 2012/13:1 s. 252.

⁸⁹ Se prop. 2012/13:1 s. 254.

⁹⁰ Se HFD 2021 ref. 68 p. 26-29.

⁹¹ 24 kap. 10 e § första stycket i SFS 2012:757; 24 kap. 19 § IL (SFS 2018:1206).

⁹² Se prop. 2017/18:245 s. 365; prop. 2012/13:1 s. 253.

⁹³ Med ”slussning” menas att räntebetalningar slussas via andra företag inom koncernen. (se prop. 2012/13:1 s. 253).

⁹⁴ Se prop. 2017/18:245 s. 365; prop. 2012/13:1 s. 254, 258.

⁹⁵ Se prop. 2017/18:245 s. 365.

förklaras utformningen av lånestrukturen vara en omständighet att ta hänsyn till,⁹⁶ samt om kapitaltillskott var en möjlig alternativ finansieringsmetod.⁹⁷

I Skatteverkets vägledningar klargörs tolkningen att enligt vilken bedömningen av om en väsentlig skatteförmån uppkommit i första hand ska beakta avdragsrätten för ränteutgiften i sig, samt om den motsvarande ränteinkomsten beskattats med lågt eller inte alls. Med hänvisning till förarbetena som anger att beskattningsnivån hos räntemottagaren bör beaktas ifråga om huruvida skuldförhållandet är skattemotiverat, konstaterar Skatteverket om det exempelvis finns stora underskott hos det räntemottagande bolaget varmed faktisk beskattning av ränteinkomsten uteblir, kan det utgöra en väsentlig skatteförmån.⁹⁸

3.2.3 Diskussion om begreppet skatteförmån

Skatteverkets skatteförmånsdefinition har emellertid ifrågasatts och en intressant jämförelse är att lyfta fram Deijs tolkning av begreppet.⁹⁹ Deij uppmärksammar att tillämpningen av undantagsregeln förutsätter att det faktiskt föreligger en skatteförmån, vilken vidare ska vara väsentlig. Först när denna omständighet är fastställd menar han att prövningen övergå till att bedöma i vilken grad skuldförhållandet är skattemotiverat. Därav beskrivs definitionen av skatteförmån vara central.¹⁰⁰

Deij beskriver att en skatteförmån enligt Skatteverkets tolkning ska anses ha uppkommit när det görs ränteavdrag i Sverige medan den korresponderande ränteinkomsten hos mottagaren beskattas ”med mindre än [20,6 %] eller inte faktiskt beskattas”¹⁰¹ överhuvudtaget.¹⁰² Därav förklaras Skatteverkets skatteförmånsdefinition innebära att sådan uppstår vid ”avdrag utan motsvarande (faktisk) beskattning”¹⁰³. Deij förhåller sig kritisk till denna definition som verket utgår från i tidigare ställningstaganden och tillämpat i omprövningsbeslut.¹⁰⁴ Enligt Deij framgår att lagstiftarens avsikt med i undantagsregeln i

⁹⁶ Se prop. 2017/18:245 s. 365. Jfr prop. 2012/13:1 s. 252-254.

⁹⁷ Se prop. 2017/18:245 s. 366.

⁹⁸ Se Skatteverkets Rättslig vägledning 'Har skuldförhållandet uteslutande eller så gott som uteslutande uppkommit i syfte att uppnå en väsentlig skatteförmån?' (<<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2023.16/376555.html#h-Har-en-vasentlig-skatteforman-uppkommit>>) (hämtad 2023-12-27). Jfr Skatteverkets ställningstagande dnr 131 117306-13/111, under rubrik 4.5.2 Exempel; prop. 2017/18:245 s. 187.

⁹⁹ Jfr Friedrich (2022) s. 28-29.

¹⁰⁰ Jfr Deij (2019b) s. 244-245.

¹⁰¹ Se Deij (2019b) s. 250.

¹⁰² Se Deij (2019b) s. 250.

¹⁰³ Se Deij (2021c) s. 87. Jfr Skatteverkets Rättsliga vägledning 'Har skuldförhållandet uteslutande eller så gott som uteslutande uppkommit i syfte att uppnå en väsentlig skatteförmån?' (<<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2023.16/376555.html#h-Har-en-vasentlig-skatteforman-uppkommit>>) (hämtad 2023-12-27).

¹⁰⁴ Se Deij (2019b) s. 243-256; Skatteverkets ställningstagande dnr 131 117306-13/111, under rubrik 4.5.2 Exempel.

2013 års regler var att hindra ett skatteflyktsliknande förfarandesätt.¹⁰⁵ Utan att faktiskt kringgå bestämmelsens syfte hade koncerner anpassat sig efter tioprocentregeln i 2009 års regler och skatteflyktslagen var därför inte tillämplig på förfarandena. Givet den ”stark[a] koppling[en] mellan å ena sidan identifierade oönskade skatteförmåner som föranledde införandet av undantagsregeln, och skatteflyktslagen”¹⁰⁶ menas att begreppet skatteförmån i stället bör förstås i ljuset av skatteflyktslagen.¹⁰⁷

För skatteflyktslagens tillämplighet ska ett visst förfarande medföra en *väsentlig skatteförmån*.¹⁰⁸ Begreppet *skatteförmån* definieras dock inte heller i skatteflyktslagens lagtext.¹⁰⁹ Enligt förarbetena till skatteflyktslagen ska begreppet förstås som att det uppstår en lättnad eller fördel vid beskattningen.¹¹⁰ I enlighet med skatteflyktslagens tillämpningsområde enligt 1 § innefattar skatteförmånsdefinitionen enbart sådana lättnader eller fördelar i förhållande till svensk inkomstskatt. Med andra ord förklaras att förfaranden som medför skatteförmåner i förhållande till utländsk inkomstskatt inte omfattas av skatteflyktslagen.¹¹¹ Deij menar således att undantagsregeln är tillämplig när det rör sig om en väsentlig lättnad eller fördel som uppstått ”på bekostnad av den svenska inkomstbeskattningen”¹¹².¹¹³ Rörande vilka koncerninterna lån som medför en skatteförmån gör Deij, med utgångspunkt i denna definition, en distinktion mellan *vinstöverförande lån* och *vinstgenererande lån*. Enbart de förstnämnda förklaras ge upphov till skatteförmåner då sådana inte påverkar koncernens vinst utan enbart minskar bolagets beskattningsunderlag och har som effekt att obeskattade vinster överförs från bolaget. På så vis menas vinstöverförande lån ge samma resultat som koncernbidrag.¹¹⁴ Ett vinstöverförande lån beskrivs exempelvis kunna bestå i lånefinansiering av interna förvärv av aktier, vinstutdelning eller kapitaltillskott. Jämförelsevis förklaras ett vinstgenererande lån inte medföra en skatteförmån enligt skatteflyktslagens skatteförmånsdefinition. Ett lån förklaras vara vinstgenererande när det ”finansiera[r] skattepliktig verksamhet”¹¹⁵. Eftersom vinstgenererande lån medför skattepliktiga inkomster som tillräknas den svenska skattebasen menar

¹⁰⁵ Se Deij (2019b) s. 246 med hänvisning till prop. 2012/13:1 s. 229.

¹⁰⁶ Se Deij (2019b) s. 246.

¹⁰⁷ Se Deij (2019b) s. 245-247.

¹⁰⁸ Se 2 § första punkten skatteflyktslagen.

¹⁰⁹ Se Deij (2019b) s. 247. Jfr Skatteverkets Rättsliga vägledning 'Skatteförmån' (<<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2023.15/339278.html>>) (hämtad 2023-12-27).

¹¹⁰ Se prop. 1982/83:84 s. 17; prop. 1996/97:170 s. 45. Jfr Deij (2019b) s. 247; Deij (2021b) s. 537; Carneborn & Ugglas Skatteflyktslagen (2022-11-25, Version 3, JUNO) kommentaren till 2 § under rubriken Första punkten – Väsentlig skatteförmån.

¹¹¹ Jfr Deij (2021b) s. 537; Carneborn & Ugglas Skatteflyktslagen (2022-11-25, Version 3, JUNO) kommentaren till 1 §, kommentaren till 2 § under rubriken Första punkten – Väsentlig skatteförmån.

¹¹² Se Deij (2021b) s. 538.

¹¹³ Se Deij (2019b) s. 247; Deij (2021b) s. 538.

¹¹⁴ Se Deij (2021b) s. 538 not 6; Deij (2021c) s. 76-78.

¹¹⁵ Se Deij (2021c) s. 77.

Deij att det inte spelar någon roll huruvida det långgivande bolaget har underskott, eller om det är svenskt eller hemmahörande i en lågskattejurisdiktion. Sammantaget konstaterar Deij att ett lån mellan ett svenskt låntagande bolag och ett långgivande bolag som har underskott eller är lågbeskattat enbart medför att det svenska bolagets beskattning minskas till nackdel för den svenska skattebasen när lånet är vinstöverförande. En annan sak är att vinstöverförande lån kan genomföras av affärsmässiga skäl.¹¹⁶

I underrättsavgöranden menas domstolarna inte alltid vara tydliga med hur begreppet skatteförmån tolkas. I flera mål tycks emellertid domstolarna gå i linje med Skatteverket.¹¹⁷ Utan att föregå senare avsnitt kan konstateras att HFD i HFD 2021 ref. 68 i vart fall inte tagit ställning emot den tolkning av begreppet skatteförmån som Skatteverket förespråkat.¹¹⁸

3.3 Sammanfattande kommentar

Undantagsregeln i 2019 års regler återfinns i 24 kap. 18 § andra stycket IL. Bestämmelsen har behållits trots införandet av den generella ränteavdragsbegränsningen och syftar till att skydda den svenska skattebasen genom att motverka aggressiv skatteplanering genom upplägg med ränteavdrag som inte träffas av exempelvis den generella regeln.¹¹⁹

Enligt undantagsregeln ska avdrag för ränteutgifter vägras när koncerninterna lån upptagits *uteslutande eller så gott som uteslutande* för att koncernen ska erhålla en *väsentlig skatteförmån*. Bestämmelsen ska träffa skatteplanering som i stort sett utgör rena missbruksfall, med vilket avses lånförhållanden som kan bedömas vara ungefär 90-95 procent, och upp till 100 procent, skattemotiverade. Med andra ord kan ränteavdragsbegränsningen träffa lån som är motiverade utifrån även andra skäl än skattemässiga sådana. Vad som i sin tur anses skattemotiverat får förstås utifrån rekvisitet *väsentlig skatteförmån* och vägledning återfinns i förarbetena. I förarbetena anges att förekomsten av en skatteförmån ska bedömas utifrån hela lånförhållandet ur både gäldenärens och borgenärens perspektiv. Inom ramen för väsentliga skatteförmåner faller inte skattefördelar om mindre belopp men omständigheten att skatteförmåner kan uppstå över flera år ska beaktas. Enligt mig finns det sammantaget, särskilt med beaktande av HFD 2021 ref. 68, skäl att anta att begreppet skatteförmån enligt gällande rätt ska förstås på så vis att sådan uppkommer när avdrag medges för ränteutgifter samtidigt som den motsvarande ränteinkomsten inte beskattas alls eller med mindre än 20,6 procent. Utifrån

¹¹⁶ Se Deij (2021b) s. 538; Deij (2021c) s. 76-78.

¹¹⁷ Se Deij (2023a) ”Motstridiga domskäl” – Coen Deij om ’ventilen’ och rättsosäkra bedömningar” (<https://www.nj.se/nyheter/motstridiga-domskal-coen-deij-om-domstolarnas-bedomning-av-ventilen>) (hämtad 2023-12-19); Johansson (2021b) s. 33-37, 79.

¹¹⁸ Se HFD 2021 ref. 68 p. 34-37; avsnitt 5.3 och 5.4.2.

¹¹⁹ Se avsnitt 3.1 och 3.2.2.

Deijs distinktion är undantagsregeln tillämplig på såväl vinstöverförande som vinstgenererande lån.¹²⁰

Huruvida ett lånförhållande är affärsmässigt motiverat enligt 24 kap. 19 § ska verka vägledande i bedömningen av huruvida ett lånförhållande ska anses vara så pass skattedrivet att undantagsregeln blir tillämplig. Därav ska omständigheter som till exempel att utlånat kapital är egenupparbetade tala för att ett lån inte är enbart skattemotiverat. Omständigheter som exempelvis att räntebetalningar slussas inom koncernen respektive beskattningsnivån hos mottagaren tala för det motsatta.¹²¹

Huvudregeln begränsar enbart rätten till ränteavdrag när koncernbolaget som har ränteinkomsterna är hemmahörande i en lågskattejurisdiktion, med vilket avses en stat där beskattning sker med mindre än 10 procent. Det framgår alltså att ränteavdrag som utgångspunkt ska medges för övriga koncerninterna lån. Eftersom undantagsregeln gör undantag från huvudregeln, är innebörden att bestämmelsens tillämpningsområde omfattar koncerninterna lån där den motsvarande ränteinkomsten beskattas inom intervallet från 10 procent och upp till 20,6 procent.¹²²

Det kan konstateras att förekomsten av koncernbidragsrätt medför att undantagsregeln inte är tillämplig. Anledningen tycks vara att ett lån inte kan anses vara uteslutande eller så gott som uteslutande motiverat av en väsentlig skatteförmån när möjligheten att lämna koncernbidrag finns. Sammantaget följer att undantagsregeln enbart är tillämplig på gränsöverskridande lån där koncernbidragsrätt hade förelegat om bägge bolag var svenska och den motsvarande ränteinkomsten beskattas med 10 procent och upp till 20,6 procent.¹²³

¹²⁰ Se avsnitt 3.2.2-3.2.3.

¹²¹ Se avsnitt 3.2.2.

¹²² Se avsnitt 3.2.1-3.2.2.

¹²³ Se avsnitt 3.2.2.

4 Förenlighet av hinder mot EU-rättens etableringsfrihet

4.1 Allmänt om EU-rätten och hinder mot etableringsfriheten

Medlemskapet i EU innebär att medlemsstaterna ger företräde åt EU-rätten över nationell rätt.¹²⁴ Detta innebär att EU-rätten är en rättsordning som är överordnad, men likaså en del av, medlemsstaternas nationella rätt.¹²⁵ En annan sak är dock i vilken utsträckning EU genom fördragen har givits kompetens att fatta beslut om reglering. EU:s beslutskompetens på det skatterättsliga området har präglats av en intressekonflikt mellan å ena sidan medlemsstaternas intresse av s.k. ”nationell skattesuveränitet”¹²⁶, och å andra sidan samordnings- och harmoniseringsbehovet inom EU. I dagens läge kan EU enbart enhälligt besluta om förordningar och direktiv rörande skatt.¹²⁷ Detta har resulterat i flera direktiv på det direkta beskattningsområdet, däribland ATAD och P2D.¹²⁸

Gällande EU-rätten har EU-domstolen det yttersta mandatet i fråga om tolkningen. Domstolen ska enligt artikel 263 EUF granska om antagna EU-rättsakter, exempelvis direktiv, är lagenliga. Därutöver är EU-domstolen enligt artikel 267 EUF behörig att meddela förhandsavgöranden för att klargöra dels hur fördragen och rättsakter ska tolkas, dels huruvida rättsakter är giltiga. Enligt samma artikel får förhandsavgörande begäras av nationella domstolar om det anses nödvändigt för att dom ska kunna meddelas. EU-domstolen förklarar ha skapat en omfattande praxis,¹²⁹ vilken påverkat den direkta beskattningens område genom att nationella skatteregler dömts ut som diskriminerande gentemot de fria rörligheterna,¹³⁰ däribland etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF¹³¹.¹³² Innebörden därav är att medlemsstaterna enligt EU-

¹²⁴ Se mål 6/64 (*Costa mot E.N.E.L.*) med hänvisning till mål 26/62 (*Van Gend en Loos*), mål 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*) och mål 106/77 (*Simmenthal*). Även kodifierat i Förklaring (nr. 17) om företräde i Lissabonfördragets slutakt. Jfr Bernitz och Kjellgren (2022) s. 100-102.

¹²⁵ Jfr Bernitz och Kjellgren (2022) s. 99.

¹²⁶ Se Bernitz & Kjellgren (2022) s. 380.

¹²⁷ Se artikel 113 och 115 FEUF. Jfr Bernitz & Kjellgren (2022) s. 380.

¹²⁸ Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 345; avsnitt 1.1.

¹²⁹ Se Dahlberg (2020) s. 393-394; Bernitz & Kjellgren (2022) s. 195-196. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 28-29.

¹³⁰ Notera att EU-domstolen förvisso inte ”underkänner” skattelagstiftning, utan förklarar för den nationella domstol som begärt förhandsavgörande *hur* EU-rätten ska tolkas (Se Dahlberg (2020) s. 394).

¹³¹ Etableringsfriheten gäller också för juridiska personer (Se artikel 49 och 54 FEUF. Jfr Bernitz & Kjellgren (2022) s. 355).

¹³² Se Bernitz & Kjellgren (2022) s. 166-167, 381-384. Notera att det finns ett inbyggt förbud mot diskriminering i artiklarna om de fria rörligheterna, vilket går före det allmänna

domstolens rättspraxis behöver respektera EU-rätten vid utövande av behörigheten rörande direkt beskattning.¹³³

Ur EU-domstolens praxis kan en prövningsordning utläsas för bedömningen av om nationell skattelagstiftning är diskriminerande och således oförenlig med etableringsfriheten.¹³⁴ Förekomsten av diskriminering förutsätter att en *objektivt jämförbar situation* kan konstateras föreligga mellan när bägge bolagen är hemmahörande i samma medlemsstat, respektive när ett av bolagen är hemmahörande i en annan medlemsstat. Med andra ord ska den nationella lagstiftningen behandla en gränsöverskridande situationen sämre än den inhemska.¹³⁵ I nästa led ska förekomsten av ett diskriminerande moment fastställas, vilket förklaras kunna bestå i form av *öppen-* respektive *dold diskriminering*. Öppen diskriminering utgörs av diskriminering som beror på nationalitet¹³⁶. Dold diskriminering uppstår i stället när diskrimineringen inte sker på grund av nationalitet men likväl medför samma resultat. Oförenlighet med etableringsfriheten kan emellertid även följa utan att öppen eller dold diskriminering är för handen. Så är fallet vid *icke-diskriminerande restriktioner*. I mål C-250/95 (*Futura*) konstaterades lagstiftningen utgöra en sådan restriktion eftersom åtnjutandet av en viss skattefordel förutsatte att bokföring upprättades enligt luxemburgsk lag. EU-domstolen fastslog att ett sådant lagkrav var mer betungande för utländska bolag än för inhemska eftersom utländska bolag också behövde föra bokföring i enlighet med lagstiftningen i hemviststaten. Den luxemburgska lagstiftningen ansågs därför utgöra en icke-diskriminerande restriktion.¹³⁷

Leder bedömningen till att nationell lagstiftning är att anse som diskriminerande eller en icke-diskriminerande restriktion, följer frågan om lagstiftningen kan rättfärdigas.¹³⁸ Hindrande skattelagstiftning kan prövas utifrån rättfärdigande grunder som har växt fram genom att EU-domstolen utvecklat den så kallade *rule of reason*-doktrinen.¹³⁹ I mål C-55/94 (*Gebhard*) formulerade EU-domstolen fyra kriterier för bedömningen av om inskränkningar

diskrimineringsförbudet i artikel 18 EUF (Se mål C-311/97 (*Royal Bank of Scotland*) p. 20; mål C-1/93 (*Halliburton*) p. 12; mål C-443/06 (*Hollman*); Dahlberg (2020) s. 395; Ståhl m.fl. (2011) s. 70-71; Pålsson (2018) s. 60-62.)

¹³³ Se Bernitz & Kjellgren (2022) s. 382.

¹³⁴ Se t.ex. mål C-484 (*Lexel*) p. 35-45. Jfr Dahlberg (2020) s. 395-403; Pålsson (2018) s. 62-63; Ståhl m.fl. (2011) s. 103-105, 134-135.

¹³⁵ Se Dahlberg (2020) s. 395-396.

¹³⁶ Nationalitet fastställs utifrån bolagets hemvist enligt artikel 54 FEUF. Beroende på lagstiftningen i den aktuella medlemsstaten fastställs hemvisten utifrån bolagets plats för registrering eller säte, vilket i svenskt hänseende är bolagets registrering enligt 6 kap. 3 § IL (jfr Dahlberg (2020) s. 400).

¹³⁷ Se mål C-250/95 (*Futura*); Dahlberg (2020) s. 400-402. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 103-105; Pålsson (2018) s. 63-64.

¹³⁸ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 74; Dahlberg (2020) s. 403.

¹³⁹ Se mål 8/74 (*Dassonville*); mål 120/78 (*Cassis de Dijon*). Jfr Dahlberg 2020 s. 404; Bernitz & Kjellgren (2022) s. 362.

kan rättfärdigas med stöd av rule of reason-doktrinen.¹⁴⁰ För att rättfärdigas ska hindrande nationella skatteregler:

- i) ”vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt,
- ii) framstå som motiverade med hänsyn till ett *trängande allmänintresse*,
- iii) vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom den samt
- iv) inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning (dvs. vara proportionerliga).”¹⁴¹

Av EU-domstolens praxis framgår att ett antal specifika grunder enligt vilka hindrande nationell skattelagstiftning kan rättfärdigas. Bland flera återfinns rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt och att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.¹⁴² Kan en rättfärdigandegrund framgångsrikt göras gällande förutsätts vidare enligt rule of reason-doktrinen att den hindrande bestämmelsen också är ändamålsenlig och proportionerlig.¹⁴³

I de följande avsnitten behandlas rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt och bevara en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten. Därefter följs en redogörelse för kravet på proportionalitet och ändamålsenlighet.

4.2 Förhindrande av skatteflykt

4.2.1 Inledning

Intresset av att förhindra skatteflykt är en rättfärdigandegrund som kan motiveras nationell skattelagstiftning som utgör hinder mot etableringsfriheten.¹⁴⁴ EU-domstolen har i praxis fastslagit att en allmän presumtion för skatteunddragande eller skatteflykt inte kan baseras på enbart en sådan omständighet att ett koncernbolag har etablerats i en annan medlemsstat.¹⁴⁵ Kravet som uppställs för att hindrande lagstiftning ska kunna rättfärdigas med hänsyn till

¹⁴⁰ Se mål C-55/94 (*Gebhard*) p. 37. Jfr Dahlberg (2020) s. 404; Ståhl (2011) s. 147-149; Bernitz & Kjellgren (2022) s. 362-363; Pålsson (2018) s. 65-66.

¹⁴¹ Se Bernitz & Kjellgren (2022) s. 362.

¹⁴² Se Dahlberg (2020) s. 406; Ståhl m.fl. (2011) s. 152, 162. Jfr Pålsson (2018) s. 66.

¹⁴³ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 149-152; Dahlberg (2020) s. 406.

¹⁴⁴ Se Dahlberg (2020) s. 406-409; Ståhl m.fl. (2011) s. 152-156.

¹⁴⁵ Se mål C-436/00 (*X och Y*) p. 62; mål C-9/02 (*Lasteyrie*) p. 51. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 152-153.

att förhindra skatteflykt är att bestämmelsen i fråga riktar sig mot *rent konstlade eller fiktiva upplägg*.¹⁴⁶

4.2.2 Närmare om rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt

I målet C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*) var tyska underkapitaliseringsregler föremål för prövning, vilka motverkade metoder för underkapitalisering.¹⁴⁷ Reglerna bedömdes utgöra hinder mot etableringsfriheten eftersom enbart gränsöverskridande koncernintern underkapitalisering särbehandlades negativt.¹⁴⁸ EU-domstolen fann att bestämmelsen inte kunde rättfärdigas sett till intresset av att förhindra skatteflykt då den inte specifikt syftade till att motverka rent konstlade kopplingar mellan bolag vars syfte är att kringgå den nationella skattelagstiftningen.¹⁴⁹ Enligt litteratur tycks EU-domstolen uppställt ett krav för fastställandet av huruvida skatteflykt förekommit, med inbörden att det ska föreligga ett subjektivt syfte att med hjälp av transaktionen uppnå skatteundandragande. Det förklaras vidare att EU-domstolen inte tycks finna att en bestämmelse såsom den aktuella underkapitaliseringsregeln, vilken är "mekaniskt verkande"¹⁵⁰ utifrån objektiva rekvisit, kan fastställa detta.¹⁵¹

Rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt preciserades genom mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*). Målet avsåg det brittiska moderbolaget Cadbury Schweppes för en global koncern samt två av dotterbolagen hemmahörande i Irland vars funktion var att fungera som koncernintern förmedling av lånekapital. I Irland beskattades de irländska dotterbolagen med en låg bolagsskatt på 10 procent. Moderbolaget Cadbury Schweppes blev i sin tur CFC-beskattat i Storbritannien för vinsterna i de två irländska dotterbolagen.¹⁵² EU-domstolen ställdes alltså inför frågan om den brittiska CFC-lagstiftningen var förenlig med etableringsfriheten. EU-domstolen konstaterade att det inte utgör missbruk av etableringsfriheten när ett moderbolag etablerar ett dotterbolag i en medlemsstat där beskattningen är särskilt gynnsam. Vidare framhöll EU-domstolen att skattskyldigheten för moderbolaget Cadbury Schweppes avseende vinsterna i de irländska dotterbolagen var att betrakta

¹⁴⁶ Se mål C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*) p. 37; mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 57; mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 51; mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 72. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 153; Dahlberg (2020) s. 406-409.

¹⁴⁷ Se Dahlberg (2020) s. 407. Jfr mål C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*) p. 3-4.

¹⁴⁸ Se mål C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*) p. 27-32.

¹⁴⁹ Se mål C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*) p. 37. Jfr Dahlberg (2020) s. 407.

¹⁵⁰ Se Dahlberg (2020) s. 407.

¹⁵¹ Se Dahlberg (2020) s. 407.

¹⁵² Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 13-20. Jfr Dahlberg (2020) s. 208-209, 408.

som en skattemässig nackdel. Med utgångspunkt i dessa ställningstaganden fastslogs att CFC-lagstiftningen utgjorde hinder mot etableringsfriheten.¹⁵³

Centralt för avgörandet är att EU-domstolen framhöll att hindrande bestämmelser kan motiveras enligt grunden att förhindra skatteflykt om de avser beteenden bestående i ”rent konstlade upplägg som inte har någon ekonomisk förankring [som] skapas i syfte att undvika skatt som normalt skall betalas på vinst från verksamhet”¹⁵⁴ i medlemsstaten.¹⁵⁵ Utifrån detta stadgande förklaras i litteratur att medlemsstater med stöd av rättfärdigandegrunden kan ha lagstiftning som hindrar att vinster uppkomna i medlemsstaten flyttas på ett konstlat sätt till andra stater med förmånligare beskattning.¹⁵⁶

EU-domstolen preciserade vidare innebörden av ett rent konstlat upplägg genom att introducera en tvåstegs-bedömning. I ett första led förutsätts att det funnits en avsikt att med upplägget skapa en skattemässig fördel, det s.k. subjektiva elementet. I nästa led ska de objektiva omständigheterna påvisa att ändamålet med etableringsfriheten inte har uppnåtts fastän kraven enligt unionsrätten är uppfyllda rent formellt sett. Att etableringsfrihetens ändamål uppnåtts ska förstås som att det föreligger en faktiskt bedriven ekonomisk verksamhet medlemsstaten där etableringen har skett. Med andra ord ska bolaget verkligen ha etablerats i medlemsstaten och bolaget ska vidare ha en ekonomisk förankring där.¹⁵⁷ Om en sådan ekonomisk förankring existerar konstaterade EU-domstolen att eventuellt hindrande skattelagstiftning inte kan tillämpas oberoende av den omständighet att också skattebetingade skäl ligger till grund för etableringen. Förekomsten av en ekonomisk förankring ska enligt domstolen bedömas utifrån objektiva omständigheter som för en utomstående person är kontrollerbara. Exempelvis framhålls grad av förankring bedömas utifrån bolagets fysiska närvaro ”i form av lokaler, personal och utrustning”¹⁵⁸. Om bolaget, efter ovanstående bedömning, enbart anses vara en fiktiv etablering utan faktisk ekonomisk verksamhet är det upplägget ett rent konstlat sådant. Sett till tidigare praxis anger EU-domstolen nyttjandet av brevlådeföretag som exempel på rent konstlade upplägg.¹⁵⁹

Med hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande framhåller domstolen emellertid att ett rent konstlat upplägg inte kan menas föreligga enbart på grund av det förhållande att verksamheten som har bedrivits i den andra medlemsstaten i stället hade kunnat bedrivas i skattesubjektets hemviststat. I

¹⁵³ Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 29, 34-46. Jfr Dahlberg (2020) s. 209; Poulsen (2012) s. 205.

¹⁵⁴ Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 55.

¹⁵⁵ Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 55. Jfr mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 74.

¹⁵⁶ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 153.

¹⁵⁷ Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 54-55, 64 med hänvisningar till mål C-110/99 (*Emsland-Stärke*) p. 52-53 och mål C-255/02 (*Halifax m.fl.*) p. 74-75. Jfr Dahlberg (2020) s. 210.

¹⁵⁸ Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 67.

¹⁵⁹ Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 65-68 med hänvisning till mål C-341/04 (*Eurofood*) p. 34-35. Jfr Dahlberg (2020) s. 210.

fråga om bevisning avseende skälet till etableringen introducerar EU-domstolen här till en omvänd bevisbörda, enligt vilken bolaget förvisso har *rätt till tillfället* att presentera omständigheterna som menas stödja det verkliga skälet, men ändå behöver bevisa sin ståndpunkt för att kunna få sin sak igenom.¹⁶⁰

I mål C-524/04 (*Thin Cap*) prövade EU-domstolen de brittiska underkapitaliseringsreglerna. De brittiska underkapitaliseringsreglerna innebar att räntebetalningar på koncerninterna lån till utländska moderbolag under särskilda förutsättningar ska omklassificeras till icke-avdragsgill utdelning.¹⁶¹ EU-domstolen bedömde att reglerna hindrade etableringsfriheten varför bland annat rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt prövades. I detta hänseende fastslog domstolen att hindrande regler kan rättfärdigas under förutsättningen att dessa är *specifikt* riktade mot fiktiva upplägg som vidtas i syfte att kringgå nationell lagstiftning.¹⁶²

I förhållande till proportionalitetsbedömningen anförde domstolen att förenligheten med etableringsfriheten är avhängig två förutsättningar. Den första förutsättningen är att transaktioner enbart får hindras i den mån räntebeloppen överstigit marknadsmässig nivå. Det andra är att förekomsten av ett rent fiktivt upplägg måste fastställas utifrån ”objektiva och verifierbara omständigheter”¹⁶³, och att den skattskyldige medges möjligheten att motbevisa detta genom att klargöra vilka affärsmässiga skäl som kan motiverat transaktionen, utan att mötas av onödiga administrativa hinder. Domstolen förtydligade vidare att huruvida ett koncerninternt lån lämnats på icke-marknadsmässiga villkor är en sådan objektiv omständighet som är verifierbar för en utomstående part. I vilken mån ett lån är marknadsmässigt ska enligt domstolen kunna bedömas sett till lånet i sig och utifrån räntesatsen eller lånebeloppet. Mot bakgrund av sådana objektiva omständigheter ska bedömningen beakta om lånet är marknadsmässigt, vilket alltså kan vara vägledande för att avgöra om det föreligger ett fiktivt upplägg som huvudsakligen syftar till att kringgå medlemsstatens lagstiftning.¹⁶⁴ Liksom redogörs för i senare avsnitt framgår även i *Lexel* att proportionalitetskravet förutsätter att ränteavdrag enbart får vägras i den mån lånevillkoren i ett fiktivt låneupplägg inte följs armlängdsprincipen.¹⁶⁵

¹⁶⁰ Se mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 69-70. Jfr Dahlberg (2020) s. 210.

¹⁶¹ Se mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 4-5, 10-11, 16. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 153.

¹⁶² Se mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 64-65, 72.

¹⁶³ Se mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 82.

¹⁶⁴ Se mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 78-83; förslag till avgörande i mål C-524/04 p. 67. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 154; Tale (2023a) s. 341-342; mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 64.

¹⁶⁵ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 51; avsnitt 5.2.2 och 5.4.3.

Kravet för rättfärdigandegrundens tillämplighet beskrivs vara högt ställt.¹⁶⁶ EU-domstolen menas genom senare praxis ha förtydligat att enbart bestämmelser som är avsedda att träffa *skatteflykt* utifrån en mer strikt mening kan godkännas.¹⁶⁷ Nationell lagstiftning som inte riktar sig mot *enbart* rent konstlade upplägg menas således inte motverka skatteflykt.¹⁶⁸ Detta bekräftas bekräftas av *Lexel* vilket menas föreskriva att regler mot skatteflykt specifikt måste avse rent fiktiva upplägg.¹⁶⁹

4.3 Säkerställandet av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten och relationen mellan rättfärdigandegrunderna

4.3.1 Inledning

Genom EU-domstolens avgörande i mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) följde två viktiga utvecklingar i EU-rätten. För det första introducerades rättfärdigandegrunden bevarandet av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna. Syftet med rättfärdigandegrunden är att förhindra sådana transaktioner som äventyrar medlemsstaternas beskattningsrätt avseende de inkomster som upparbetas i verksamheter bedrivna inom medlemsstaten. För det andra öppnade domstolen för möjligheten att bedöma hindrande skattelagstiftning utifrån flera rättfärdigandegrunder tillsammans. EU-domstolens avgörande i *Marks & Spencer* har beskrivits som ett startskott på en förändring i utvecklingen ifråga om hur hindrande skattebestämmelser kan rättfärdigas. EU-domstolen har i efterföljande avgöranden bekräftat denna ordning enligt vilken flera rättfärdigande grunder kan bedömas samtidigt.¹⁷⁰ I EU-domstolens senare praxis har rättfärdigandegrunden, framför allt vid sammanvägning med andra grunder, kommit att få betydande vikt för bedömningar om rättfärdigande. Grunden har dock tillämpats som en självständig rättfärdigandegrund också.¹⁷¹

¹⁶⁶ Se Dahlberg (2020) s. 407-408.

¹⁶⁷ Se Dahlberg (2020) s. 407-408, 420 not 43; mål C-6/16 (*Egiom SAS*) p. 30. Notera att *Egiom SAS* avsåg nationell lagstiftning i förhållande till direktiv på inkomstbeskattningens område. EU-domstolen konstaterade dock i målet att det är samma krav på nationell lagstiftning mot skatteflykt som inom rule of reason-doktrinen (Jfr Dahlberg (2020) s. 452-453).

¹⁶⁸ Se Dahlberg (2020) s. 407-408.

¹⁶⁹ Se Weber & Wattel (2023) s. 233 med hänvisning till mål C-484/19 (*Lexel*) p. 53.

¹⁷⁰ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 154-155, 162; Dahlberg (2021) s. 284; mål C-446/03 (*Marks & Spencer*). Jfr t. ex. mål C-231/05 (*Oy AA*) och mål C-311/08 (*SGI*).

¹⁷¹ Se mål C-337/08 (*X Holding*); Ståhl m.fl. (2011) 162-163, 167.

4.3.2 Innebörden av en ”väl avvägd fördelning av beskattningsrätten”

Gällande hur en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten ska definieras har EU-domstolen belyst att vägledning rimligen får hämtas ur den internationella skatterätten. Närmare bestämt har de principer som återfinns i OECD:s modellavtal avseende fördelningen av beskattningsrätten ansetts kunna återspegla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten.¹⁷² I *Lidl Belgium*, ett mål beskrivet som en uppföljare till *Marks & Spencer*, uttalar EU-domstolen att ledning kan hämtas från bland annat artikel 7 i OECD:s modellavtal.¹⁷³ Litteraturen förklarar artikel 7 i OECD:s modellavtal som uttryck för en i den internationella skatterätten väletablerad princip. Enligt artikel 7 är huvudregeln att hemviststaten har en exklusiv rätt att beskatta bolagets inkomster, med undantag för när bolaget genom ett fast driftställe bedriver verksamhet i en annan stat. I sådant fall har den andra staten beskattningsrätt avseende inkomsterna som genererats genom det fasta driftstället.¹⁷⁴ I sammanhanget menar Poulsen att särskilt artikel 9.1 i OECD:s modellavtal angående armlängdsprincipen kan anses vara vägledande. Poulsen anser att det finns en koppling mellan armlängdsprincipen och rättfärdigandegrunden givet att den förra kan verka vägledande för vad som ska anses utgöra en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten. Ändock konstateras frågan om vad som utgör armlängds avstånd i särskilda transaktioner vara svår att bestämma.¹⁷⁵

4.3.3 Mål C-446/03 Marks & Spencer

Målet berörde frågan om huruvida nationella skatteregler, som innebär att koncernavdragsrätt bara gäller när dotterbolag är hemmahörande i samma medlemsstat, kan rättfärdigas när dessa utgör hinder för unionsrättens etableringsfrihet. De brittiska reglerna förklaras, liksom de svenska reglerna om koncernbidrag och koncernavdrag, syfta till att uppnå neutralitet mellan verksamhet som bedrivs i ett bolag, respektive av en koncern, genom att möjliggöra resultatutjämnning för koncerner.¹⁷⁶ EU-domstolen ställdes inför den ovan angivna frågan. Lagstiftningen, vilken gjorde skillnad i avdragsrätten för underskott i koncernbolag hemmahörande i andra medlemsstater, förklarades kunna hindra etableringsfriheten eftersom det därav är skattemässigt

¹⁷² Se Ståhl m.fl. (2011) s. 165; Dahlberg (2020) s. 431; mål C-336/96 (*Gilly*) p. 30-31; mål C-513/04 (*Kerckhaert och Morres*) p. 22-23; mål C-157/07 (*Krankenheim*); C-414/06 (*Lidl Belgium*) p. 22.

¹⁷³ Se mål C-414/06 (*Lidl Belgium*) p. 22; Dahlberg (2020) s. 430.

¹⁷⁴ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 165. Se artikel 5 i OECD:s modellavtal för bestämningen av ett fast driftställe.

¹⁷⁵ Se Poulsen (2012) s. 208-210.

¹⁷⁶ Se mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 18-26. Jfr Dahlberg (2020) s. 416-417.

mindre förmånligt för en koncern att bilda ett dotterbolag i en annan medlemsstat. Domstolen erinrade därefter att inskränkningar av etableringsfriheten enbart kan tillåtas om den nationella bestämmelsen kan rättfärdigas. Därutöver konstaterade domstolen att tillämpningen av bestämmelsen måste vara både ändamålsenlig och proportionerlig i förhållande till uppfyllandet av sitt syfte.¹⁷⁷ Utöver rättfärdigandegrunden att bevara av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och att förhindra skatteflykt, beaktade EU-domstolen även rättfärdigandet utifrån grunden *risken för dubbla förlustavdrag*.¹⁷⁸

Avseende rättfärdigandegrunden att bevara en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten framhöll EU-domstolen följande. Ur ett skattemässigt perspektiv ska vinster och förluster behandlas symmetriskt i respektive skattesystem i syfte att bevara den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Enbart den omständighet att skatteintäkter minskas i en medlemsstat inte ensamt kan räknas som tvingande hänsyn till allmänintresset. Sett till denna rättfärdigandegrund kan det dock vara en nödvändighet för respektive medlemsstat att kunna beskatta vinster och förluster symmetriskt. Slutligen skulle den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten ”allvarligt äventyras”¹⁷⁹ om det för bolag hemmahörande i medlemsstaterna var valfritt i vilket skattesystem som förlusterna ska tas upp. I sådant fall skulle nämligen skattebasen i den ena medlemsstaten minska i motsvarande mån som skattebasen i den andra medlemsstaten ökat.¹⁸⁰

Avseende rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt förklarade i sin tur EU-domstolen att om det finns möjlighet att överföra förluster från dotterbolag hemmahörande i en annan medlemsstat, uppstår också en *risk* för förfaranden enligt vilka förluster flyttas till koncernbolag hemmahörande i medlemsstater där förlustens värde är skattemässigt högst, det vill säga medlemsstaten med den högsta bolagsskatten. EU-domstolen framhöll att de brittiska skattebestämmelserna vägrade denna möjlighet och att just sådana förfaranden därav förhindras. EU-domstolen fastslog att lagstiftningen, med hänsyn till de prövade rättfärdigandegrunderna, kunde motiveras. Dahlberg beskriver att avgörandets innebörd är att lagstiftningen kunde rättfärdigas givet att de ”tre rättfärdigandegrunder[na] samtidigt var uppfyllda”¹⁸¹.¹⁸²

¹⁷⁷ Se mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 32-35. Jfr Dahlberg (2020) s. 419.

¹⁷⁸ Se mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 42-51. Jfr Dahlberg (2020) s. 406, 419-420.

¹⁷⁹ Se mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 46.

¹⁸⁰ Se mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 43-46.

¹⁸¹ Se Dahlberg (2020) s. 420.

¹⁸² Se mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 49-51; Dahlberg (2020) s. 420.

4.3.4 Närmare om rättfärdigandegrunden att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten

Sedan *Marks & Spencer* har de ställningstaganden som stadgades i målet både bekräftats och utvecklats av senare praxis från EU-domstolen.¹⁸³ I mål C-231/05 (*Oy AA*) prövades ett finskt avdragsförbuds förenlighet med etableringsfriheten samt frågan om lagstiftningen kunde rättfärdigas sett till grunderna att förhindra skatteflykt och den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.¹⁸⁴ Avdragsförbudet som innebar att ett finskt dotterbolag vägrades avdrag för koncernbidrag som lämnats till koncernens moderbolag med hemvist i en annan medlemsstat. Om dotterbolaget hade medgett sådant avdrag framhöll domstolen att koncernen skulle ges valfrihet i fråga om var vinster ska beskattas. Följaktligen skulle dotterbolagets hemviststat tvingas avstå beskattningsrätten för dotterbolagets inkomster i det fall dotterbolaget gör avdrag för koncernbidraget, medan moderbolagets hemviststat i stället skulle erhålla den korresponderande beskattningsrätten. Dessutom förde EU-domstolen i *Oy AA* resonemang liknande dem i *Marks & Spencer* rörande rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt. I denna del särskilde sig bedömningen i *Oy AA* givet domstolens betoning på att avdraget förhindrar risken för fiktiva upplägg bestående i att koncerner överför vinster till dotterbolag hemmahörande i medlemsstater med lägre, eller ingen, beskattning. Det finska avdragsförbudet menades således förhindra beteenden som enbart är motiverade av skatteskal. Sammantaget ansåg domstolen att de finska skattebestämmelserna kunde rättfärdigas efter en bedömning av både intresset av att förhindra skatteflykt och bevarandet av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten.¹⁸⁵

Rörande proportionalitetsbedömningen uttalade EU-domstolen att grundernas målsättningar hänger ihop eftersom rent fiktiva upplägg som genomförs med syftet att undvika skatt riskerar att äventyra medlemsstaternas skattemässiga behörighet och rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.¹⁸⁶ Domstolen fastslog att lagstiftning kan vara proportionerliga gentemot dess målsättning trots att den inte riktar sig specifikt mot rent fiktiva upplägg som genomförts i syfte att undvika skatt. Om möjligheten till avdrag för koncernbidrag skulle medges i gränsöverskridande situationer hade koncerner kunnat välja fritt var beskattning av vinster skulle ske. Den nackdel som detta hade inneburit för medlemsstatens skattemässiga behörighet som domstolen inte ansåg kunde förebyggas på ett mindre ingripande sätt.¹⁸⁷

¹⁸³ Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 154.

¹⁸⁴ Se mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 45; Ståhl m.fl. (2011) s. 162-163.

¹⁸⁵ Se mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 56, 58-60. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 162.

¹⁸⁶ Se mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 62 med vidare hänvisningar till mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 55-56 och mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 74-75.

¹⁸⁷ Se mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 63-65.

Av betydelse för förståelsen av rättfärdigandegrunden är vidare EU-domstolens avgörande i mål C-337/08 (*X Holding*). I målet fann domstolen att det hinder som den nederländska skattelagstiftningen ansågs utgöra kunde rättfärdigas sett till behovet av att bevara en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten som ensam rättfärdigandegrund.¹⁸⁸ I målet prövades den nederländska regleringen om skatteintegrering som enbart var tillämplig för nederländska bolag mellan vilka ägandeförhållandena uppfyllde ett stadgat ägarkrav om minst 95 procent. Nederländska koncerner som träffades av reglerna behandlades som en och samma skattemässiga enhet varmed beskattningen skedde hos moderbolaget. Innebörden av reglerna var att transaktioner inom koncernen inte beaktades skattemässigt och skatteintegreringen medgav alltså resultatutjämning. EU-domstolen förklarade att den skattemässiga integreringen innebar en förmån vilken utgjorde ett hinder mot etableringsfriheten eftersom integreringen enbart var tillämplig mellan nederländska bolag.¹⁸⁹

Avseende frågan om rättfärdigande konstaterade domstolen att om regleringen skulle medge skattemässig integrering även för gränsöverskridande situationer skulle bolag kunna välja i vilken medlemsstat som förluster ska beaktas eftersom ett moderbolag fritt tillåts att välja när en skattemässig enhet ska bildas och upplösas. Detta förklarades i nästa led äventyra den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten på ett påtagligt sätt. Om regleringen medgav skattemässig integrering även för gränsöverskridande situationer skulle just ett sådan valfrihet uppstå enligt domstolen. Därmed förklarades reglerna kunna rättfärdigas.¹⁹⁰ Gällande proportionalitetsbedömningen förde EU-domstolens ett resonemang likt det i *Oy AA* resonerade EU-domstolen på ett liknande sätt. Domstolen konstaterade att nationell reglering som förbehåller inhemska bolag möjligheten till skattemässig integrering inom koncernen är proportionerlig eftersom en motsvarande möjlighet i gränsöverskridande situationer hade medgett att moderbolag frihet i fråga om var koncernens underskott skulle beaktas.¹⁹¹

Rättfärdigandegrundens innebörd har beskrivits vara mer eller mindre oklar. En utgångspunkt som återges är medlemsstatens rätt att säkerställa beskattningen av de inkomster som enligt den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten ska beskattas i medlemsstaten. Enligt Ståhl m.fl. framgår av EU-domstolens praxis, i enlighet med ovanstående redogörelser, att den omständighet att bolag "har möjlighet att välja i vilken stat förluster skall beaktas –

¹⁸⁸ Se mål C-337/08 (*X Holding*) p. 33; Ståhl m.fl. (2011) s. 162-163.

¹⁸⁹ Se mål C-337/08 (*X Holding*) p. 5-9, 15-24; Dahlberg (2020) s. 421; Ståhl m.fl. (2011) s. 163.

¹⁹⁰ Se mål C-337/08 (*X Holding*) p. 29-33.

¹⁹¹ Se mål C-337/08 (*X Holding*) p. 34-42 med vidare hänvisning till mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 64. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 163.

i etableringsstaten eller i en annan medlemsstat - att fördelningen av beskattningsrätten mellan de inblandade staterna inte upprätthålls”¹⁹².¹⁹³ I mål C-347/04 (*Rewe*) har domstolens förtydligat rättfärdigandegrundens räckvidd. Bevarandet av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten förklarades inte kunna rättfärdiga skattebestämmelser när dessa systematiskt vägrar bolag skattefördelar som uppstår till följd av att viss gränsöverskridande verksamhet inte kan beskattas i hemviststaten.¹⁹⁴ Innebörden av EU-domstolens praxis menas alltså vara att hindrande nationell skattelagstiftning kan motiveras enligt grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten om lagstiftningen i fråga förhindrat ovannämnda möjlighet för koncernbolag att välja i vilken stat som förluster eller vinster ska beaktas.¹⁹⁵ Utifrån EU-domstolens senare praxis som vidare behandlat den fråga som prövades i *Marks & Spencer*, det vill säga resultatutjämnning inom koncerner och slutliga förluster i relation till proportionalitetskravet,¹⁹⁶ urskiljer Dahlberg en kraftig begränsning av möjligheterna till resultatutjämnning i gränsöverskridande situationer.¹⁹⁷

Avseende bedömningen när både rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt och bevarandet av den väl avvägda fördelningen av beskattningen aktualiserats kan viss vägledning hämtas i mål C-311/08 (*SGI*). Den belgiska skattemyndigheten hade tillämpat en nationell korrigeringsregel vid internprissättning på ett räntefritt lån lämnat av ett belgiskt moderbolag till ett franskt dotterbolag, varmed moderbolaget upptaxerades utifrån en fiktiv ränta.¹⁹⁸ Enligt EU-domstolen hindrade lagstiftningen etableringsfriheten men kunde rättfärdigas efter att bägge rättfärdigandegrunderna hade beaktats *tillsammans*.¹⁹⁹ Mot bakgrund av bland annat *Oy AA* och *Marks & Spencer* konstaterade EU-domstolen att korrigeringsregeln motverkar möjligheten att genom avvikande eller vederlagsfria transaktioner överföra vinster, vilken annars hade inneburit en risk för rubbning av den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.²⁰⁰ Därefter beaktade domstolen likaså intresset av att förhindra skatteflykt, trots att lagstiftningen inte specifikt syftade till att träffa

¹⁹² Se Ståhl m.fl. (2011) s. 164.

¹⁹³ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 164; mål C-337/08 (*X Holding*) p. 29; mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 46; mål C-347/04 (*Rewe*) p. 42; mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 55; och mål C-414/06 (*Lidl Belgium*) p. 32.

¹⁹⁴ Se mål C-347/04 (*Rewe*) p. 43. Jfr mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 53; Ståhl m.fl. (2011) s. 164.

¹⁹⁵ Se t.ex. mål C-337/08 (*X Holding*) p. 31-33; mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 46, 51; mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 56; mål C-414/06 (*Lidl Belgium*) p. 34.

¹⁹⁶ Jfr mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 55.

¹⁹⁷ Se Dahlberg (2020) s. 423; mål C-607/17 (*Memira*); mål C-608/17 (*Holmen*).

¹⁹⁸ Se mål C-311/08 (*SGI*) p. 12. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 154-155.

¹⁹⁹ Se mål C-311/08 (*SGI*) p. 55, 69.

²⁰⁰ Se mål C-311/08 (*SGI*) p. 60-64 med hänvisningar till bland annat mål C-231/05 (*Oy AA*) och mål C-446/03 (*Marks & Spencer*).

enbart fiktiva upplägg utan affärsmässighet som skapats i syfte att åstadkomma skatteundrandragande.²⁰¹ Domstolen tog fasta på att korrigeringsregeln förhindrade möjligheten för bolag att välja i vilken medlemsstat vinster och förluster ska beskattas, eftersom bolag annars inom ramen för fiktiva upplägg skulle kunna utnyttja icke marknadsmässiga transaktioner för att förflytta vinster till koncernbolag hemmahörande i andra medlemsstater med lägre beskattning.²⁰² Gällande proportionalitetsbedömningen konstaterade EU-domstolen i *SGI*, med hänvisning till *Thin Cap*, att skattelagstiftning som fastställer förekomsten av skattedrivna fiktiva upplägg utifrån verifierbara objektiva omständigheter kan anses vara proportionerlig med hänsyn till ändamålen med *de två* rättfärdigandegrunderna. För detta krävs dock att den skatteskyldiga, om skattemyndigheten visat att det inte kan uteslutas att armlängdsprincipen inte följts, ges möjlighet att bevisa eventuella affärsmässiga motiv till transaktionen utan att betungas av onödiga administrativa hinder. I litteraturen beskrivs detta som en delad bevisbörda. Därutöver fastslog EU-domstolen att transaktioner enbart kan hindras till den del armlängdsprincipen inte efterlevs.²⁰³

Genom *Marks & Spencer, Oy AA* och *SGI* anser Ståhl m.fl. att EU-domstolen frångått den ordning som gällt enligt tidigare praxis, enligt vilken rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt endast kan aktualiseras när en bestämmelse avser rent konstlade upplägg. När grunden att förhindra skatteflykt beaktas tillsammans med grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten menas även lagstiftning som träffar ”*risken* för skatteflykt”²⁰⁴ kunna rättfärdigas.²⁰⁵ Weber & Wattel är av liknande åsikt. Utifrån *Oy AA*, *SGI*, *X Holding* och *Lexel* anföras att grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten kan motivera regler som träffar BEPS-förfaranden. Medlemsstaterna anses inte behöva acceptera avdrag för förluster när inte en symmetrisk rätt att beskatta inkomsten föreligger.²⁰⁶ Författarna lyfter att internprissättningsreglerna i *SGI* var riktade mot *risken* för överflyttning av vinster, varför det anses framgå att rättfärdigande kunde ske efter beaktande av grunden den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten, trots att lagstiftningen inte riktades mot endast rent fiktiva upplägg.²⁰⁷ Weber och Wattel drar slutsatsen att om den skatteskyldige medges möjlighet att motbevisa en av skattemyndigheten uppställd presumtion för att en verklig *risk* för skatteflykt eller BEPS-förfarande inte kan uteslutas, får skattelagstift-

²⁰¹ Se mål C-311/08 (*SGI*) p. 66.

²⁰² Se mål C-311/08 (*SGI*) p. 62-63, 67-68 med vidare hänvisningar till mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 55-56, 58-59.

²⁰³ Se mål C-311/08 (*SGI*) p. 71-72, 75; Tale (2023a) s. 342.

²⁰⁴ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 154.

²⁰⁵ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 154-155, 167. Jfr Dahlberg (2020) s. 408 med vidare hänvisning till mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) och mål C-231/05 (*Oy AA*).

²⁰⁶ Se Weber & Wattel (2023) s. 248, 268.

²⁰⁷ Se Weber & Wattel (2023) s. 251 med vidare hänvisning till mål C-311/08 (*SGI*) p. 63-68.

ning träffa just sådana risker. Detta förutsätter dock att presumtionen uppställs utifrån förutsebara, objektiva och relevanta kriterier, exempelvis i form av armlängdsprincipen, vilken den skatteskyldige får motbevisa genom att påvisa affärsmässiga skäl. Hindrande lagstiftning som motverkar rent konstlade upplägg, eller som mer allmänt skyddar skattebasen, menas med andra ord behöva uppfylla kravet på proportionalitet. Om möjlighet att motbevisa en uppställd presumtion inte medges anser författarna i stället att proportionalitetskravet innebär att regeln måste vara snävare inriktad på förekomsten av rent konstlade upplägg.²⁰⁸

Litteraturen har även behandlat frågan om hur relationen mellan rättfärdigandegrunderna ska förstås. Ståhl m.fl. lyfter att den utvecklingslinje som påbörjades med *Marks & Spencer* och fortsatt genom bland annat *Oy AA* och *SGI* har medfört svårigheter att bedöma vilken betydelse som tillmätts var och en av de prövade rättfärdigandegrunderna när de beaktas samtidigt.²⁰⁹ Även innebörden av respektive rättfärdigandegrund förklaras bli mer komplicerad eftersom EU-domstolens praxis är den enda rättskällan att tillgå.²¹⁰ Än mer komplicerad blir frågan givet att dem enligt Weber & Wattel kan överlappa. Detta menas följa av att skatteflykt i sig kan innebära överflyttning av vinster från högskatte- till lågskattejurisdiktioner, vilket i sin tur kan rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.²¹¹ Detta menas kunna förklara varför rättfärdigandegrunderna inte sällan prövas tillsammans.²¹² I sammanhanget lyfter Ståhl m.fl. att det för EU-domstolens bedömning av rättfärdigandet tycks spela roll på vilket sätt nationell skattelagstiftning presenteras. Det beskrivs vara troligt att EU-domstolen prövar rena skatteflyktsbestämmelser mot kraven om rent konstlade upplägg, medan regler till skydd för den nationella skattebasen i stället ställs mot exempelvis intresset att förhindra skatteflykt i förening med exempelvis grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.²¹³

Redan år 2018 ställdes EU-domstolen i de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV och X NV*) inför frågan om ränteavdragsbegränsningar som utgör hinder mot etableringsfriheten kan rättfärdigas. Avseende rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten erinrade domstolen om att den nederländska lagstiftningen som medgav konsolidering av över- och underskott på moderbolagsnivå enbart för inhemska bolag som ingår i skattemässiga enheter kan rättfärdigas.²¹⁴ Däremot konstaterade domstolen att en skattemässig fördel i form av ränteavdrag inte ska

²⁰⁸ Se Weber & Wattel (2023) s. 233, 245-253 med vidare hänvisningar till bland annat mål C-311/08 (*SGI*), mål C-524/05 (*Thin Cap*) och mål C-484/19 (*Lexel*) p. 53.

²⁰⁹ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 154-155, 167. Jfr Poulsen (2012) s. 203.

²¹⁰ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 167.

²¹¹ Se Weber & Wattel (2023) s. 233. Jfr Ståhl m.fl. (2011) s. 164.

²¹² Se Ståhl m.fl. (2011) s. 164.

²¹³ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 154-155.

²¹⁴ Se de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV och X NV*) p. 37, 39-42, med hänvisning till p. 23 i samma mål och mål C-337/08 (*X Holding*) p. 43.

förväxlas med fördelen som uppstår vid konsolidering inom en skattemässig enhet, det vill säga möjligheten till allmän avräkning av utgifter och inkomster inom en skattemässig enhet. EU-domstolen konstaterade att den aktuella regeln inte kunde rättfärdigas då ränteavdrag vägrades i gränsöverskridande situationer, men hade beviljats i motsvarande inhemska situation.²¹⁵

Weber & Wattel anser att rättfärdigandegrunderna bör förstås på så vis att grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten omfattar grunden att förhindra skatteflykt. Det konstateras däremot finnas en central skillnad mellan rättfärdigandegrundernas tillämplighet, det vill säga att den förstnämnda grundens tillämplighet varken förutsätter en subjektiv avsikt att med upplägget skapa skattemässiga fördelar, eller en objektivt påvisbar konstgjordhet. Rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt anses av den anledningen inte behövas när grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten räcker för rättfärdigande, såsom i mål liksom *Marks & Spencer*.²¹⁶

4.4 Särskilt om proportionalitet och ändamålsenlighet

För att rättfärdiga nationell skattelagstiftning som ett hinder mot etableringsfriheten krävs som sagt enligt rule of reason-doktrinen inte bara att en rättfärdigandegrund är tillämplig, utan även att bestämmelsen är proportionerlig i relation till sin målsättning.²¹⁷ Det förutsätts alltså att kraven på proportionalitet och ändamålsenlighet är uppfyllda. Det sistnämnda kravet avser lagstiftningens utformning, med innebörden att den ska vara ägnad att uppfylla det eftersträfvade syftet. Kravet på proportionalitet innebär i sin tur att bestämmelsen inte får medföra en större inskränkning än nödvändigt givet den målsättning som ska uppfyllas.²¹⁸

I mål C-318/10 (*SIAT*) klargjorde EU-domstolen närmare innebörden av kravet på proportionalitet och konstaterat att lagstiftning måste vara rättssäker. I målet konstaterades de aktuella reglernas tillämplighet vara generell och att skattemyndigheten inte ålades någon bevisbörda i fråga om förekomsten av ett fiktivt upplägg som saknar affärsmässighet och genomförts för att undvika normal beskattning. Sådan lagstiftning ansåg EU-domstolen vara oförutsebar

²¹⁵ Se de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV och X NV*) p. 27-37, 40-42, 51; Dahlberg (2020) s. 422.

²¹⁶ Se Weber & Wattel (2023) s. 252, 268.

²¹⁷ Se t.ex. mål C-446/04 (*Thin Cap*) p. 167; mål C-337/08 (*X Holding*) p. 20; de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV & X NV*) p. 20; mål C-484/19 (*Lexel*) p. 34. Jfr avsnitt 4.1.

²¹⁸ Se Dahlberg (2020) s. 406; Ståhl m.fl. (2011) s. 149-150.

och därmed inte kunna uppfylla kravet på rättssäkerhet. För att uppnå rättssäkerhet krävs enligt EU-domstolen att hindrande lagstiftning är klar och precis, samt att en förutsebar tillämpning är möjlig.²¹⁹

Sammantaget kan konstateras att medlemsstaterna enligt doktrin mött på svårigheter i fråga om att motivera skattelagstiftning sett till dessa krav.²²⁰ Framförallt beskrivs kravet på proportionalitet vara ett svårigen uppfyllt krav.²²¹ Av praxis menas emellertid framgå att proportionalitetskravet inte med nödvändighet är kategorisk ifråga om att utesluta tillämpning av en nationell bestämmelse. En bestämmelse som inte uppfyller proportionalitetskravet i vissa situationer, kan alltså tänkas vara proportionerlig i andra situationer.²²²

4.5 Sammanfattande slutsatser

Utifrån ovanstående utredning av rättfärdigandegrunderna samt kraven på proportionalitet kan ramarna urskiljas för när nationell lagstiftning som utgör hinder mot etableringsfriheten ändå kan vara förenlig med EU-rätten.

Av bland annat *Lankhorst-Hohorst*, *Cadbury Schweppes*, *Thin Cap* och *Lexel* framgår följande rörande de högt ställda kraven enligt rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt. Utnyttjande av etableringsfriheten kan inte i sig medföra en presumtion om skatteundandragande. Rättfärdigandegrunden kan göras gällande för hindrande skattelagstiftning som antingen motverkar rent konstlade upplägg där det saknas en ekonomisk förankring och vars syfte är att undgå normal nationell beskattning, eller som specifikt riktas mot fiktiva upplägg som genomförs i syfte att kringgå nationell skattelagstiftning. Ett rent konstlat upplägg föreligger om det dels finns en subjektiv avsikt att genom förfarandet skapa skattemässiga fördelar (subjektivt moment), dels av de objektiva omständigheterna framgår att ändamålen med etableringsfriheten inte uppnåtts även fast unionsrättens krav rent formellt sätt är uppfyllda (objektivt moment). Med det sistnämnda avses om det finns en faktisk etablering i form av en ekonomisk förankring i etableringsstaten, vilket ska bedömas utifrån objektiva och verifierbara omständigheter. Med andra ord kan får enbart rent konstlade eller fiktiva upplägg hindras.²²³

Sett till kravet på proportionalitet måste dock bedömningen av huruvida ett rent fiktivt upplägg föreligger göras utifrån omständigheter som är objektiva och verifierbara, till exempel utifrån armlängdsprincipen. Den skattskyldige måste vidare få möjlighet att motbevisa förekomsten av ett sådant upplägg genom att påvisa att affärsmässiga skäl legat till grund för transaktionen, utan

²¹⁹ Se mål C-318/10 (*SIAT*) p. 56-59. Jfr Dahlberg (2020) s. 241-242.

²²⁰ Se Ståhl m.fl. (2011) s. 150.

²²¹ Se Dahlberg (2020) s. 406.

²²² Se Ståhl m.fl. (2011) s. 167-168.

²²³ Se avsnitt 4.2.2.

att mötas av onödiga administrativa hinder. Slutligen innebär proportionalitetskravet att en transaktion enbart kan hindras i den utsträckning som arm-längdsprincipen inte efterlevs.²²⁴

Den andra rättfärdigandegrunden, att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten, innebär att lagstiftning kan motiveras om den förhindrar sådana transaktioner som äventyrar medlemsstaternas beskattningsrätt avseende inkomster som genererats inom medlemsstaten. För att den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten ska säkerställas behöver medlemsstaterna kunna behandla vinster och förluster på ett skattemässigt symmetriskt sätt, även om inte minskade skatteintäkter i sig aktualiserar rättfärdigandegrunden.²²⁵

Med hänsyn till det ovanstående har en tolkning av EU-domstolens praxis lyfts fram enligt vilken rättfärdigandegrunden ska ses som riktad mot BEPS-förfaranden, eftersom sådana medför en asymmetri i medlemsstaternas behandling av vinster och förluster. Detta anser jag vara en rimlig tolkning eftersom beteenden som innebär erodering av medlemsstaternas skattebas och överflyttning av obeskattade vinster, BEPS-förfaranden, torde äventyra den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten ska vidare anses äventyras om koncerner fritt tillåts välja i vilken medlemsstat som förluster och vinster ska tas upp skattemässigt. Därför kan lagstiftning som utesluter den möjligheten, och som därav utgör hinder mot etableringsfriheten, rättfärdigas enligt denna grund. Av EU-domstolens praxis framgår att detta till exempel gäller olika slags regler genom vilka koncerner medges möjlighet till resultatutjämnning. Inom ramen för rättfärdigandegrundens tillämplighet ryms däremot inte skattelagstiftning som systematiskt vägrar skattefördelar som uppstår av viss gränsöverskridande verksamhet.²²⁶

Avseende frågan om rättfärdigande av hindrande riktade ränteavdragsbegränsningar sett till behovet av att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten har EU-domstolen i *X BV & X NV* betonat att en skattefördel i form av ränteavdrag inte ska förväxlas med den skattefördel som förbehålls inhemska bolag till följd av regelverk för skattemässig integrering inom koncerner (jfr koncernbidragsregler).²²⁷

Den ovan nämnda omständigheten att koncerner medges sådan frihet att välja var beskattning ska ske, aktualiserar enligt EU-domstolen vidare möjligheten till sammanvägningen med rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt. En sådan frihet har nämligen konstaterats efterföljas av risken att koncerner genom upprättandet av fiktiva arrangemang systematiskt utnyttjar friheten för

²²⁴ Se avsnitt 4.2.2.

²²⁵ Se avsnitt 4.3.1 och 4.3.3-4.3.4.

²²⁶ Se avsnitt 4.3.1-4.3.4.

²²⁷ Se avsnitt 4.3.3.

att överföra vinster och förluster till koncernbolag i medlemsstater där ingen eller enbart låg beskattning sker. Rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt kan således beaktas trots att lagstiftningen förhindrar *risk*en för skatteflykt i stället för enbart rent konstlade eller fiktiva upplägg.²²⁸

En möjlig tolkning som presenterats är att sammanvägningen av grunderna även kan aktualiseras gentemot lagstiftning som motverkar risken för BEPS-förfaranden. Hur ett rättfärdigande enligt grunderna tillsammans ska förstås är emellertid inte helt klart. Enligt min mening finns det skäl att utgå från den av Weber & Wattel presenterade tolkningen enligt vilken rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten ska anses omfatta ett förhinder av skatteflykt. Det följer logiskt av att skatteflykt beskrivits innebära att vinster överflyttas mellan medlemsstater på bekostnad av skattebasen vilket medför en rubbning av den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Liksom förklarar består skillnaden mellan rättfärdigandegrundernas tillämplighet i att grunden att förhindra skatteflykt förutsätter att skattelagstiftningen iakttar att de ovan nämnda subjektiva- och objektiva bedömningsmomentet. Följaktligen är det logiskt att rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt tappar betydelse när grunden att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten är fullt ut tillämplig. Dock bör detta enbart bli fallet, vilket tycks vara författarnas mening, när prövningen avser regler som förbehåller inhemska bolag en *möjlighet* till resultatutjämning, liksom fallet i *Marks & Spencer, Oy AA* och *X Holding*. Sådan reglering har EU-domstolen vidare ansett vara proportionerlig.²²⁹

Av EU-domstolens praxis framgår enligt mig att samma ordning inte gäller all skattelagstiftning vilken förhindrar transaktioner som riskerar att rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Rättfärdigandegrunden bör inte vara fullt ut tillämplig mot regler som, till skillnad från exempelvis koncernbidragsregler, inte kategoriskt *utesluter en möjlighet* utan snarare *be-gränsar* transaktioner på grund av dess närmare form. Tillämpningen av sådan nationell lagstiftning, exempelvis korrigeringsregeln i *SGI*, förutsätter nämligen att koncerninterna transaktioner identifieras såsom rent konstlade eller BEPS-förfaranden. Liksom påtalat i litteratur framgår av EU-domstolens praxis avseende proportionalitetskravet att skattemyndigheten utifrån förutsebara, objektiva och relevanta kriterier, till exempel armlängdsprincipen, måste åläggas visa att förekomsten av ett sådant förfarande inte kan uteslutas, varefter bolaget ska ges möjlighet att bevisa om affärsmässiga skäl föranlett transaktionen. Enligt mig går det inte att ur *SGI* uttolka att denna proportionalitetsbedömning kan hänföras till, eller inrymmas inom, rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten betraktad ensam. Weber & Wattel är enligt mig inte helt tydliga i denna fråga. Enligt mig framgår av *SGI* att EU-domstolen bedömde regelns proportionalitet

²²⁸ Se avsnitt 4.3.4.

²²⁹ Se avsnitt 4.3.4. Jfr avsnitt 4.2.2.

gentemot dess syfte i förhållande till uppnåendet av *bägge* rättfärdigande-grundernas målsättningar. Därutöver formulerades proportionalitetsbedömningen i målet med hänvisning till *Thin Cap* där grunden att förhindra skatteflykt prövades. Därav framgår det enligt mig att sammanvägningen av rättfärdigande-grunderna är nödvändig för rättfärdigandet av lagstiftning som motverkar risken för BEPS-förfaranden, när det inte är fråga om koncernbidragsregler eller regler för skattemässig integrering.²³⁰

Avseende proportionalitetsbedömningen tycks enligt mig *SGI* och *Thin Cap* i nästa led innebära att sådan lagstiftning som kan rättfärdigas utifrån en sammanvägning av rättfärdigande-grunderna i princip måste beakta om armlängdsprincipen efterlevs. Detta följer enligt mig av att tillämpligheten av grunden att förhindra skatteflykt, enligt proportionalitetskravet, begränsas till sådan lagstiftning.²³¹

Mot bakgrund av doktrinen bör det dock uppmärksammas att rättfärdigande-grunderna är närliggande och kan överlappa. En central likhet är att *bägge* grunderna i princip tar utgångspunkt i armlängdsprincipen. När det gäller vad som ska anses utgöra en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten har EU-domstolen öppnat för att ta vägledning i OECD:s modellavtal avseende fördelningen av beskattningsrätten. Enligt litteratur kan det med hänvisning till modellavtalet vara möjligt att låta armlängdsprincipen ge uttryck för en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten.²³² Detta korrelerar vidare med EU-domstolens resonemang i *SGI* rörande att möjligheten till gränsöverskridande vederlagsfria eller avvikande transaktioner skulle riskera att rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Rörande korrigeringsregler för internprissättning är ett sådant utfall enligt mig rimligt eftersom prissättningen enbart medför överflyttning av obeskattade vinster och erodering av skattebas (BEPS) om den inte sker enligt marknadsmässiga villkor. Vad gäller rättfärdigande-grunden att förhindra skatteflykt har EU-domstolen i flera avgöranden kopplat förekomsten av skatteflykt, det vill säga rent konstlade upplägg, till huruvida transaktioner uppfyller armlängdsprincipen. Av detta följer slutsatsen att båda rättfärdigande-grundernas tillämplighet, åtminstone gällande vissa typer av transaktioner, uppställer krav på att nationell hindrande skattelagstiftning beaktar armlängdsprincipen. Det ska dock erinras om att armlängdsprincipen ansetts *kunna* visa på vad som utgör en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten, men att det menats vara svårt att avgöra huruvida särskilda transaktioner följer armlängdsprincipen eller inte.²³³

Rättfärdigande-grunderna, relationen mellan dem samt hur grunderna ska beaktas tillsammans är en komplicerad fråga. Sammantaget instämmer jag dock

²³⁰ Se avsnitt 4.2.2 och 4.3.4.

²³¹ Se avsnitt 4.2.2 och 4.3.4.

²³² Se avsnitt 4.3.2.

²³³ Se avsnitt 4.2.2, 4.3.2 och 4.3.4.

med litteraturen i den del att rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten är av stor betydelse och att den kan ersätta grunden att förhindra skatteflykt i förhållande till lagstiftning, såsom koncernbidragsregler, som medger inhemska koncernbolag möjlighet till resultatutjämning. Däremot anser jag att möjligheten att beakta grunderna tillsammans ändå är av vikt i förhållande till andra regler som träffar risken för gränsöverskridande koncerninterna transaktioner som kan kännetecknas av överflyttning av vinster och erodering av skattebasen (BEPS). Därför bör det vara till fördel för medlemsstaterna att rättfärdigandegrunderna görs gällande tillsammans eftersom det enligt mig av EU-domstolens praxis faktiskt framgår att grunderna sammanvägs, även om de exakta formerna för detta inte är helt tydliga.²³⁴

Om nationell lagstiftning kan rättfärdigas enligt någon av rättfärdigandegrunderna eller av dem beaktade tillsammans måste lagstiftningen slutligen uppfylla kravet på proportionerlighet för att inte vara oförenlig med etableringsfriheten. Detta innebär att skatteregeln inte får medföra en större inskränkning än vad som är nödvändigt för att uppnå det syfte som eftersträvas. En generell innebörd härav är enligt EU-domstolens praxis att lagstiftningen ska vara klar och precis för att säkerställa en förutsebar tillämpning, och i nästa led rättssäkerhet.²³⁵

²³⁴ Se avsnitt 4.3.4.

²³⁵ Se avsnitt 4.4.

5 Undantagsregelns förenlighet med EU-rätten

5.1 Inledning

Liksom framgår av tidigare avsnitt de riktade ränteavdragsbegränsningarnas förenlighet med EU-rätten ifrågasatts länge.²³⁶ EU-domstolen konstaterade i mål C-484/19 (*Lexel*) att 2013 års undantagsregel utgör ett hinder mot etableringsfriheten vilket inte kunde rättfärdigas sett till rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt och att bevara den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Undantagsregeln fastslogs därmed vara oförenlig med etableringsfriheten.²³⁷ Vid tiden för avgörandet hade 2019 års undantagsregel införts och samma fråga kom därav att prövas av HFD i Husqvarna-målet.²³⁸ HFD nådde slutsatsen att de resonemang som EU-domstolen presenterat i *Lexel* gällande 2013 års undantagsregel var av samma relevans för 2019 års undantagsregeln, varför även denna förklarades oförenlig med etableringsfriheten.²³⁹ I viss doktrin har vissa synpunkter lyfts fram gällande hur man ska förstå EU-domstolens avgörande i *Lexel*.²⁴⁰ I det följande behandlas *Lexel* och innebörden av målet.

5.2 Mål C-484/19 *Lexel* och 2013 års undantagsregel

5.2.1 Omständigheterna i målet och frågan till EU-domstolen

Omständigheterna i målet var enligt följande. I en internationell koncern ingick det svenska bolaget Lexel AB (*Lexel*). Från ett spanskt koncernbolag förvärvade Lexel 2011 en andel i ett belgiskt koncernbolag. Lexel finansierade detta koncerninterna förvärv med hjälp av ett koncerninternt lån lämnat av ett franskt koncernbolag (BF). Mottagaren av räntebetalningarna, det vill säga BF, ingick enligt fransk rätt i en skattemässig enhet tillsammans med ett antal andra franska koncernbolag inom vilken koncernbolag kunde dra av överskott mot underskott. Den skattemässiga enheten beskattades enligt fransk rätt gemensamt med en bolagsskatt om 34 procent men visade under de aktuella åren underskott varför BF:s ränteinkomster inte beskattades. Lexels avdrag för räntebetalningarna nekades av Skatteverket med stöd av 2013 års undantagsregel. Skatteverkets beslut överklagades av Lexel och efter att

²³⁶ Se avsnitt 1.1 och 2.1.

²³⁷ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 78.

²³⁸ Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 353-354; avsnitt 3.1.

²³⁹ Se HFD 2021 ref. 68 p. 36-37. Jfr Melz m.fl. (2023b) s. 353-354.

²⁴⁰ Se t.ex. Deij (2021c); Wattel (2021); Dahlberg (2021); Tale (2023a).

både förvaltningsrätten och kammarrätten gått på Skatteverkets linje överklagades målet slutligen till HFD.²⁴¹ För sin prövning begärde HFD ett förhandsavgörande från EU-domstolen för att få svar på följande fråga:

Är det förenligt med artikel 49 i EUF-fördraget att vägra ett svenskt bolag avdrag för ränta som betalas till ett bolag som ingår i samma intressegemenskap och som hör hemma i en annan medlemsstat på den grunden att det huvudsakliga skälet till att skuldförhållandet har uppkommit anses vara att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån, när en sådan skatteförmån inte skulle ha ansetts föreligga om båda bolagen hade varit svenska eftersom de då hade omfattats av bestämmelserna om koncernbidrag?²⁴²

EU-domstolen kom därav att pröva denna fråga i *Lexel*.²⁴³ Prövningen i målet redogörs för nedan.

5.2.2 EU-domstolens bedömning

EU-domstolens prövning av tolkningsfrågan inleddes genom ett klagande rörande huruvida undantagsregeln utgjorde en inskränkning mot etableringsfriheten. Domstolen uppmärksammade att *Lexel* skulle medgetts avdrag för ränteutgifterna om det franska koncern BF hade varit svenskt, eftersom möjligheten att lämna koncernbidrag mellan svenska bolag förtar den skattemässiga fördelen av att upprätta ett koncerninternt lån endast för att göra ränteavdrag. Detta förhållande menades följaktligen ge upphov till en negativ särbehandling avseende möjligheten att utöva etableringsfriheten. Med hänvisning till *X BV och X NV* framhöll EU-domstolen att bedömningen av objektiv jämförbarhet mellan den rent inhemska situationen och den gränsöverskridande ska ske med hänsyn till den nationella lagstiftningens syfte och innehåll. Vidare konstaterade EU-domstolen att det inte föreligger någon skillnad på när ränta betalas på koncerninterna lån i inhemska, respektive gränsöverskridande, situationer.²⁴⁴ Med andra ord konstaterades 2013 års undantagsregel utgöra ett hinder mot etableringsfriheten varmed EU-domstolen hade att bedöma huruvida undantagsregeln kunde rättfärdigas sett till grunderna att förhindra skatteflykt respektive säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten.²⁴⁵

²⁴¹ Se HFD 2010 not. 10 p. 4-8. Jfr mål C-484/19 (*Lexel*) p. 14-26.

²⁴² Se HFD:s begäran om förhandsavgörande i *Lexel*; Protokollsbilagan till HFD:s begäran om förhandsavgörande i *Lexel* p. 66; HFD 2010 not. 10 p. 17-18.

²⁴³ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 30-31.

²⁴⁴ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 35, 40-44 med hänvisning till de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV och X NV*) p. 33.

²⁴⁵ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 45-47.

EU-domstolen inledde frågan om rättfärdigande med att utifrån tidigare avgöranden i *Cadbury Schweppes*, *X BV och X NV* samt *Thin Cap* beskriva rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt.²⁴⁶ Gällande 2013 års undantagsregel konstaterade EU-domstolen att varken regelns specifika syfte eller dess tillämpning begränsas till motverkandet av rent fiktiva upplägg. EU-domstolen uppmärksammade att undantagsregelns tillämpningsområde avser koncerninterna lån utan att förbehållas fiktiva sådana, varför även lån på marknadsmässiga villkor träffas. Innebörden härav var enligt domstolen att undantagsregelns tillämplighet inte är avhängig huruvida en transaktion varit fiktiv eller inte, utan avgörande är om lånet varit huvudsakligen skattemotiverat. Domstolen klargjorde att önskade ränteavdrag i gränsöverskridande situationer i sig inte kan motivera lagstiftning som utgör hinder mot etableringsfriheten, om det inte samtidigt skett fiktiva överföringar. Mot bakgrund av detta framhöll domstolen att undantagsregeln även träffar lån som skett på marknadsmässiga villkor och som därför inte är att se som rent konstlade eller fiktiva upplägg. Därav konstaterade EU-domstolen att undantagsregeln inte kunde rättfärdigas sett till intresset av att förhindra skatteflykt.²⁴⁷

Därefter prövades möjligheten att rättfärdiga undantagsregeln sett till behovet av att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten. I enlighet med EU-domstolens fasta praxis presenterades utgångspunkten att rättfärdigandegrunden kan motivera hindrande lagstiftning som syftar till att förebygga äventyrandet av beskattningsrätten. Inom ramen för att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten angav domstolen att det kan vara nödvändigt att vinster och förluster från verksamhet bedriven av bolag hemmahörande i medlemsstaten enbart beskattas enligt skattereglerna i denna medlemsstat.²⁴⁸ EU-domstolen framhöll att rättfärdigandegrunden kan motivera hindrande lagstiftning som förhindrar möjligheten för bolag att fritt välja var beskattningen av vinster och förluster ska ske. Som exempel på lagstiftning som medger skattemässiga fördelar och som har accepterats i praxis angavs beskattningssystem förbehållna bolag med hemvist i medlemsstaten, såsom reglerna om skattemässiga enheter genom vilka konsolidering av under- och överskott sker på moderbolagsnivå som prövades i *X Holding*.²⁴⁹

Med hänvisning till *Groupe Steria* menades dock annat gälla för andra skattemässiga fördelar än den fördelen som följer av möjligheten till att överföra underskott inom en skattemässig enhet.²⁵⁰ I detta avseende hänvisade EU-

²⁴⁶ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 49-51 med vidare hänvisningar till mål C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) p. 55, de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV & X NV*) p. 46, mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 82-83. Jfr avsnitt 4.2.2.

²⁴⁷ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 52-57.

²⁴⁸ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 59-60 med vidare hänvisningar till mål C-446/03 (*Marks & Spencer*), mål C-382/16 (*Hornbach-Baumarkt*), mål C-414/06 (*Lidl Belgium*) och mål C-311/08 (*SGI*).

²⁴⁹ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 61-62 med vidare hänvisningar till mål C-231/05 (*Oy AA*), mål C-311/08 (*SGI*) och mål C-337/08 (*X Holding*).

²⁵⁰ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 61-62 med vidare hänvisningar till mål C-386/14 (*Groupe Steria*) p. 27-28.

domstolen till *X BV och X NV* i vilket detta var skälet till att ränteavdragsbegränsningen inte ansågs kunna rättfärdigas sett till fördelningen av beskattningsrätten. De nederländska reglerna förklarades tillerkänna bolag som tillhör en skattemässig enhet en annan slags skattefördel än en sådan i form av en allmän avräkning mellan utgifter och inkomster i denna skattemässiga enhet. Det menades nämligen saknas ett samband mellan denna skattefördel, det vill säga möjligheten till ränteavdrag, och de skatteregler som är tillämpliga på skattemässiga enheter. Därav konstaterades att ränteavdraget som Lexel önskade inte är att förväxla med skattefördelen som erhålls genom att en koncern konsolideras inom en skattemässig enhet. EU-domstolen ansåg de skillnader som föreligger mellan reglerna som prövades i *X BV och X NV* och undantagsregeln inte påkallar en annan bedömning avseende behovet av att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten.²⁵¹

Rörande undantagsregelns syfte fastslog EU-domstolen att det inte ska förväxlas med behovet av att bevara en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten. Den urholkning av skattebasen genom skatteplanering undantagsregeln syftar till att förhindra, beskrevs som en minskning av skatteintäkter, vilket inte kan motivera ett rättfärdigande av en regel som hindrar etableringsfriheten. Därtill klargjorde EU-domstolen att det inom ramen för den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten inte är av betydelse om en gränsöverskridande transaktion är koncernintern eller koncernextern, när den genomförs på marknadsmässiga villkor. Sammantaget fann EU-domstolen att rättfärdigandegrunden att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten inte kunde göras gällande.²⁵²

Slutligen prövade EU-domstolen möjligheten att motivera undantagsregeln sett till en sammanvägning av de två rättfärdigandegrunderna med hänvisning till *SGI* och *Oy AA*. Det konstaterades att sammanvägningen kunnat ske när motverkandet av skatteflykt ingått som en särskild del av intresset som är knutet till behovet av att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.²⁵³ Sammanvägningen av rättfärdigandegrunderna menades dock inte kunna motivera undantagsregeln eftersom förutsättningarna för rättfärdigandegrunden att bevara en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten inte var uppfyllda. Mot bakgrund av ovanstående bedömning fastslog EU-domstolen att etableringsfriheten utgör hinder för nationell lagstiftning vilken vägrar avdrag i den situation som beskrivs i HFD:s frågeställning.²⁵⁴

²⁵¹ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 64-66 med vidare hänvisningar till de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV & X NV*) p. 40-41.

²⁵² Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 67-70 med vidare hänvisning till mål C-446/03 (*Marks & Spencer*) p. 44.

²⁵³ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 71-73 med vidare hänvisningar till mål C-311/08 (*SGI*) p. 66-67 och mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 58-59, 63.

²⁵⁴ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 76-78.

5.3 Husqvarna-målet och 2019 års undantagsregel

Efter att EU-domstolen lämnat sitt avgörande i *Lexel* klargjorde därefter HFD i *Lexel*-målet att det utifrån EU-domstolens avgörande kunde fastställas vara oförenligt med etableringsfriheten att med 2013 års undantagsregel neka avdrag för ränteutgifterna i målet.²⁵⁵ I Husqvarna-målet prövades samma fråga i förhållande till 2019 års undantagsregel, efter att bolaget Husqvarna AB ansökt om förhandsbesked från SRN. Frågan gick vidare till HFD och Husqvarna AB:s frågade om bolaget hade rätt till ränteavdrag på ett gränsöverskridande koncerninternt lån, och om svaret var nekande efterfrågades huruvida en tillämpning av undantagsregeln är förenlig med etableringsfriheten.²⁵⁶

Mot bakgrund av att undantagsregelns tillämplighet endast ändrats avseende i vilken mån det koncerninterna lånet ska ha varit föranlett av att erhålla en väsentlig skatteförmån, konstaterade HFD att EU-domstolens uttalanden i *Lexel* hade samma bäring i förhållande till 2019 års undantagsregel och att dessa var överförbara.²⁵⁷ I övrigt skiljde sig nämligen inte den nuvarande undantagsregeln från den tidigare. Till följd av koncernbidragsreglerna förblev undantagsregeln tillämplig enbart gentemot gränsöverskridande transaktioner, varför bestämmelsen konstaterades fortsatt hindra etableringsfriheten.²⁵⁸ Likaså EU-domstolens argument mot möjligheten att motivera den nuvarande undantagsregeln sett till de aktuella rättfärdigandegrunderna ansågs göras gällande.²⁵⁹ Den omständighet att undantagsregelns nya lydelse *uteslutande eller så gott som uteslutande* avser fall där det helt dominerande motivet till ett lånförhållande har varit att erhålla en skatteförmån, innebär inte att transaktioner med marknadsmässiga villkor utesluts från tillämpningsområdet. Därför menar HFD att bestämmelsen inte är riktad mot enbart rent konstlade eller fiktiva upplägg. Av den anledningen ansåg HFD att rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt inte kan motivera undantagsregeln.²⁶⁰

Gällande rättfärdigandegrunden att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten upprepade HFD i princip vad EU-domstolen framhållit i *Lexel*. Kortfattat konstateras att rättfärdigandegrunden inte var tillämplig eftersom minskade skatteintäkter inte räcker för att motivera ett hinder mot etableringsfriheten. Därutöver menas undantagsregelns syfte inte kunna likställas med behovet att bevara en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten. Slutligen an-

²⁵⁵ Se HFD 2021 not. 10 p. 19-20, 22.

²⁵⁶ Se HFD 2021 ref. 68 p. 3-5.

²⁵⁷ Se HFD 2021 ref. 68 p. 27, 32, 36 med vidare hänvisning till prop. 2017/18:245 s. 186-190, 365-367. Jfr Melz m.fl. (2023) s. 353-354.

²⁵⁸ Se HFD 2021 ref. 68 p. 29 med hänvisning till mål C-484/19 (*Lexel*) p. 35-44.

²⁵⁹ Se HFD 2021 ref. 68 p. 36.

²⁶⁰ Se HFD 2021 ref. 68 p. 30-32 med hänvisning till mål C-484/19 (*Lexel*) p. 49, 53-57.

förs att ränteavdrag hade medgetts vid motsvarande koncernexterna lånförhållande och om lånevillkoren följer armlängdsprincipen föreligger det med hänsyn till fördelningen av beskattningsrätten ingen skillnad mellan koncerninterna och koncernexterna gränsöverskridande lån. Rättfärdigandegrunden ansåg inte kunna göras gällande, varför inte heller en sammanvägning av rättfärdigandegrunderna kan aktualiseras.²⁶¹

5.4 Närmare om innebörden av mål C-484/19 *Lexel*

5.4.1 Inledande ord

I litteraturen menas att EU-domstolens prövning av rättfärdigandet av undantagsregeln delvist ligger i linje med tidigare praxis. Gällande rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt konstateras undantagsregeln inte vara tillräckligt snäv för att kunna motiveras eftersom den riktas mot mer än rent fiktiva eller konstlade upplägg. Även fast tillämpningen av rättfärdigandegrunden att bevara den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten anses mindre förutsebar, menas det inte vara kontroversiellt att grunden inte godtog för rättfärdigande. EU-domstolens tillämpning av grunden menas nämligen vara relativt restriktiv.²⁶² Weber & Wattel har som sagt konstaterat att rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen kan förstås som tillämplig mot skattelagstiftning riktad mot BEPS-förfaranden. Av *Lexel* menas samtidigt framgå att grundens tillämplighet begränsas till enbart viss sådan lagstiftning, och att riktade ränteavdragsbegränsningar mot koncerninterna lån som *försöker* skydda skattebasen mot BEPS-förfaranden inte innefattas.²⁶³

5.4.2 Oklarhet i prövningen av rättfärdigandegrunden att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten

Efter att EU-domstolen hade meddelat avgörandet i *Lexel*, men innan HFD hade hunnit meddela dom i *Lexel*-målet, uttalade sig Deij kring hur innebörden av *Lexel*. Deij menade att undantagsregelns förenlighet med etableringsfriheten faktiskt inte hade prövats i målet. Orsaken till detta menades vara att Skatteverket i ett yttrande till EU-domstolen skulle ha ändrat förutsättningarna för prövningen genom att hålla fast vid verkets tolkning av begreppet skatteförmån.²⁶⁴ Denna tolkning av undantagsregeln var inte densamma som den tolkning som enligt Deij kan utläsas ur HFD:s begäran om förhandsavgörande. Deij anser att EU-domstolen på grund av verkets yttrande blev bunden till att pröva undantagsregelns förenlighet med etableringsfriheten med

²⁶¹ Se HFD 2021 ref. 68 p. 33-35 med hänvisning till mål C-484/19 (*Lexel*) p. 67-70, 76.

²⁶² Se Berglund & Dahlberg (2022) s. 301.

²⁶³ Se Weber & Wattel (2023) s. 248 med hänvisning till mål C-484/19 (*Lexel*) p. 67.

²⁶⁴ Se Deij (2021c) s. 87, 93. Jfr avsnitt 3.2.3.

hänsyn till hur Skatteverket tillämpar bestämmelsen.²⁶⁵ Enligt Skatteverket uppkommer en skatteförmån vid ränteavdrag utan faktisk beskattning av den korresponderande ränteinkomsten med ett belopp motsvarande 20,6 procent av avdraget, det vill säga ränteavdragets värde.²⁶⁶ Enligt Skatteverkets tolkning menas tillämpningen bero på den effektiva beskattningen av den korresponderande ränteinkomsten hos det franska långivande bolaget. Därav träffas både vinstöverförande och vinstgenererande lån av undantagsregeln.²⁶⁷ Deij menar att HFD:s begäran om förhandsavgörande indikerar att HFD:s tolkning av begreppet skatteförmån innebar att undantagsregelns tillämpning beror på om det skett ”en överföring av obeskattade svenska vinster”²⁶⁸. Därav skulle HFD:s fråga till EU-domstolen vara begränsad till vinstöverförande lån. Deij konstaterar att vinstöverförande lån till sin karaktär är närmast jämförbara med koncernbidrag.²⁶⁹ Därmed lyfte Deij möjligheten att HFD i det kommande avgörandet (dvs. HFD 2021 not. 10) skulle tillämpa skatteförmånsdefinitionen från skatteflyktslagen och tolka EU-domstolens avgörande i ljuset av Skatteverkets yttrande.²⁷⁰ Så blev emellertid inte fallet. Givet att HFD lyfte in, samt dömde i enlighet med, EU-domstolens resonemang framgår det enligt mig HFD:s tolkning av skatteförmånsdefinitionen var densamma som Skatteverkets.²⁷¹ Deij resonerade emellertid även kring vilken betydelse som kan tillmätas att undantagsregeln tolkas på detta sätt, i fråga om möjligheterna till rättfärdigande.

Gällande omständigheterna i *Lexel* förklarar Deij att lånet som prövades var ett vinstöverförande sådant, vilket menas framgå av omständigheten att användes för att finansiera ett koncerninternt aktieförvärv. En sådan användning påverkar inte koncernens vinst utan minskar enbart den svenska skattebasen genom en överföring av obeskattade svenska vinster. Om det långivande franska bolaget hade varit svenskt skulle samma vinstöverföring i stället kunna ha genomförts genom koncernbidrag.²⁷²

Skatteverkets och HFD:s tillämpning av undantagsregeln, som fokuserar på den effektiva beskattningen av ränteinkomsten, hävdar Deij innebära att ränteavdrag nekas även när lån är vinstgenererande. Detta menas följas av vissa komplikationer för prövningen förenligheten med unionsrätten. Jämfört med om tillämpningen hade fokuserat på om räntebetalningar innebär att obeskattade vinster överförs, menas denna tolkning medföra att det inte kan utpekas en koppling mellan å ena sidan skattefördelen som svenska bolag med koncernbidragsrätt erhåller givet undantagsregeln, och å andra sidan koncernbidragsreglerna. Deij menar att koncernbidrag enbart kan skapa samma effekt

²⁶⁵ Se Deij (2021c) s. 83-88, 90, 93.

²⁶⁶ Se Deij (2021c) s. 87 med hänvisning till Skatteverkets yttrande p. 20.

²⁶⁷ Se Deij (2021c) s. 87-90; Tale (2023a) s. 345.

²⁶⁸ Se Deij (2021c) s. 85.

²⁶⁹ Se Deij (2021c) s. 84-86, 93; Tale (2023a) s. 345.

²⁷⁰ Se Deij (2021c) s. 75-76, 93-94.

²⁷¹ Jfr HFD 2021 not 10 p. 17-22. Jfr HFD 2021 ref. 68 p. 24-37.

²⁷² Se Deij (2021c) s. 82, 85-86; avsnitt 5.2.1. Jfr avsnitt 3.2.3.

som räntebetalningar på *vinstöverförande* lån, det vill säga ett avdrag för givarens utgift kombinerat med att mottagarens inkomst inte beskattas. Däremot menas koncernbidrag inte kunna ha samma effekt som *vinstgenererande* lån eftersom ”koncernbidrag *minskar* det givande bolagets skattemässiga situation (resultat)”²⁷³, vilket ränteavdrag på vinstgenererande lån aldrig menas kunna göra.²⁷⁴

Det förefaller enligt Deij tydligt att EU-domstolen inte kunde godkänna ett rättfärdigande sett till att bevara fördelningen av beskattningsrätten. Undantagsregeln träffar enligt den tolkning som gjorts gällande nämligen även vinstgenererande lån trots att den svenska skattebasen påverkas på samma positiva sätt oberoende det långivande bolagets hemvist. Eftersom Skatteverket inte tillämpar undantagsregeln mot svenska bolag med koncernbidragsrätt vägras ränteavdrag endast när det är fråga om ett vinstöverförande eller vinstgenererande lån mellan ett svenskt bolag och ett utländskt bolag med underskott eller lägre beskattning.²⁷⁵ Utifrån den utgångspunkt som Deij beskriver anser även Wattel att det vore oförenligt med etableringsfriheten då en sådan ränteavdragsbegränsning menas vara oproportionerlig i fråga om att förhindra missbruk.²⁷⁶ Vid vinstgenererande lån erhåller enligt Deij således svenska bolag med koncernbidragsrätt en skattefördel som saknar koppling till koncernbidragsreglerna, eftersom effekten av sådana lån inte menas kunna skapas med koncernbidrag. Deij konstaterar att skattefördelen därför är en sådan ”annan skattefördel”²⁷⁷ som enligt EU-domstolens praxis endast kan anses motiverad att förbehålla svenska bolag med koncernbidragsrätt efter en separat prövning.²⁷⁸ Illustrativt betonar Deij att omständigheten “[a]tt gränsöverskridande lån *kan* urholka den svenska skattebasen och minska skatteintäkterna”²⁷⁹ inte är tillräckligt för ett rättfärdigande enligt denna grund.²⁸⁰ På grund av att det saknas en koppling mellan skattefördelen och koncernbidragsreglerna konstaterar även Tale att rättfärdigandegrunden inte kan nå framgång, varken ensamt eller i kombination med rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt.²⁸¹

Deij anser att betydelsen av EU-domstolens avgörande i *Lexel* behöver förstås i ljuset av ovanstående. Med andra ord menas EU-domstolen inte ha prövat huruvida det utifrån grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten vore förenligt med etableringsfriheten att vägra avdrag på

²⁷³ Se Deij (2021c) s. 88.

²⁷⁴ Se Deij (2021c) s. 87-91. Jfr Skatteverkets yttrande p. 21.

²⁷⁵ Se Deij (2021c) s. 88-90. Jfr mål C-484/19 (*Lexel*) p. 70.

²⁷⁶ Se Wattel (2021) noot 4.

²⁷⁷ Se Deij (2021c) s. 89. Jfr mål C-484/19 (*Lexel*) p. 63; de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV & X NV*) p. 40-41; mål C-386/14 (*Groupe Steria*) p. 27-28.

²⁷⁸ Se Deij (2021c) s. 88-89. Jfr mål C-484/19 (*Lexel*) p. 63; de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV & X NV*) p. 40-41; mål C-386/14 (*Groupe Steria*) p. 27-29.

²⁷⁹ Se Deij (2021c) s. 89.

²⁸⁰ Se Deij (2021c) s. 89.

²⁸¹ Se Tale (2021a) s. 345.

gränsöverskridande *vinstöverförande* lån.²⁸² Enligt Deij är det inte osannolikt att EU-domstolen skulle bestämma att undantagsregeln, om den enbart riktades mot vinstöverförande lån, kan motiveras. Skillnaden mellan när ett sådant lån är gränsöverskridande, eller föreligger mellan svenska bolag med koncernbidragsrätt, är att ränteavdraget i det sistnämnda fallet är en fördel som i bestämmelsens mening inte räknas som en skatteförmån, vilket beror på koncernbidragsreglerna. Deij anför att det alltså finns en tydlig koppling mellan fördelen som erhålls vid vinstöverförande lån på grund av undantagsregeln och koncernbidragsreglerna. Koncernbidragsreglerna är i sin tur ett sådant beskattningssystem som är förbehållet svenska bolag och som medger en fördel i form av möjligheten till resultatutjämning, vilken ansetts kunna rättfärdigas sett till att bevara den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.²⁸³ Deij erkänner att EU-domstolen förvisso inte faktiskt besvarat frågan, men konstaterar att det av domstolens praxis kan utläsas ”att skattefördelar som har samband med möjligheten till resultatutjämning är godtagbara”²⁸⁴. Detta är enligt Deij rimligt eftersom globala koncerner annars skulle medges ovälkomna möjligheter till gränsöverskridande resultatutjämning.²⁸⁵ Utan att använda sig av distinktionen mellan *vinstöverförande* och *vinstgenererande* lån menar Wattel att det vore i strid med en konsekvent rättspraxis från EU-domstolen att skattelagstiftning inte tillåts förhindra artificiell vinstöverföring genom ränteavdrag på koncerninterna lån som saknar kommersiell grund. Wattel menar som sagt att sådana lån föreligger trots att lånevillkoren är marknadsmässiga. En sådan ordning menas vidare strida mot den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Wattels mening är att avgörandet i *Lexel* bör förstås med utgångspunkten att EU-domstolen förutsatte att upptagandet av lånet i sig inte var artificiellt. I sådant fall menas innebörden av *Lexel* snarare vara densamma som av *Thin Cap* gällande lånevillkor och dess förenlighet med armlängdsprincipen.²⁸⁶

I sammanhanget kan det lyftas att Dahlberg förhållit sig tveksam till att EU-domstolen jämförde ränteavdragsbegränsningarna och koncernbidragsreglerna givet reglernas olikheter. Dahlberg påpekar att syftet med ränteavdragsbegränsningarna är att motverka att koncerner minimerar beskattningen genom lånearrangemang enligt vilka ränteavdrag på koncerninterna lån görs i Sverige där vinster beskattas högre, medan ränteinkomsterna tas upp i en annan stat till lägre beskattning. Koncernbidragsreglerna syftar i stället till att neutralisera skillnaden avseende möjligheterna att kvitta underskott mot vinster, mellan sådan verksamhet som bedrivs i en koncern i stället för i ett enda bolag. Koncernbidrag konstateras å sin sida medge skattemässig fördel i form av resultatutjämning mellan svenska koncernbolag. Ränteavdragsbegräns-

²⁸² Se Deij (2021c) s. 90, 93; Tale (2023a) s. 348.

²⁸³ Se Deij (2021c) s. 85-91; mål C-484/19 (*Lexel*) p. 61-62 med vidare hänvisningar.

²⁸⁴ Se Deij (2021c) s. 90.

²⁸⁵ Se Deij (2021c) s. 90.

²⁸⁶ Se Wattel (2021) noot 5 med hänvisningar till bland annat mål C-446/03 (*Marks & Spencer*), C-157/07 (*Krankenheim Ruhesitz*), C-414/06 (*Lidl Belgien*) och C-231/05 (*Oy AA*).

ningsreglerna å andra sidan motverkar den skattefördel som följer av gränsöverskridande koncerninterna lån där avdrag sker i ett svenskt bolag utan att motsvarande beskattning sker av inkomsten i det utländska bolaget. Dahlberg erkänner emellertid att såväl EU-domstolen som HFD tidigare har gjort liknande jämförelser.²⁸⁷

5.4.3 Armlängdsprincipen som kriterium för rent konstlade eller fiktiva upplägg

För prövningen av om ett lån är rent fiktivt eller konstlat konstateras i litteratur att EU-domstolen i *Lexel* i förhållande till lånevillkoren uppställt armlängdsprincipen som ett kriterium.²⁸⁸ Det uppmärksammas att EU-domstolen i *Lexel* med hänsyn till proportionalitetsprincipen fastslagit att ett lånearrangemang som saknar underliggande affärsmässiga skäl inte kan vara fullständigt fiktivt eller konstlat om lånevillkoren uppfyller armlängdsprincipen. Domstolen framhöll nämligen att ränteavdragsbegränsningar endast uppfyller unionsrättens proportionalitetskrav om de träffar räntebetalningar i den del sådana inte följer armlängdsprincipen.²⁸⁹ Därav förklaras det genom *Lexel* ha etablerats en så kallad ”safe harbour”²⁹⁰ i internprissättningen av hur lånevillkoren i ett koncerninternt lån, till exempel räntesatsen eller lånebeloppet, får se ut.²⁹¹

Till följd av *Lexel* anses i litteraturen inte upptagandet av lånet, det vill säga lånearrangemanget, tillåtas avgöra bedömningen av om ett koncerninternt lån är rent fiktivt eller konstlat. I *Lexel* var det specifikt lånearrangemanget som möjliggjorde kvittningen av förluster i det franska långivande bolaget. Tillämpningen av armlängdsprincipen som kriterium menas inte beakta

²⁸⁷ Se Dahlberg (2021) s. 288-290 med hänvisning till HFD 2011 ref. 90, mål C-231/05 (*Oy AA*) p. 37, de förenade målen C-398/16 och C-399/16 (*X BV & X NV*) och mål C-484/19 (*Lexel*) p. 65.

²⁸⁸ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 56; Tale (2023a) s. 345; Tale (2023b) s. 541-543. Jfr Wattel (2021) noot 1; de Wilde & Wisman (2022) 'After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?', avsnitt 1, (<<https://kluwertax-blog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05).

²⁸⁹ Se de Wilde & Wisman (2022) 'After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?', avsnitt 5, (<<https://kluwertax-blog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05); mål C-484/19 (*Lexel*) p. 51 med hänvisning till mål C-524/04 (*Thin Cap*) p. 83.

²⁹⁰ Se de Wilde & Wisman (2022) 'After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?', avsnitt 5, (<<https://kluwertax-blog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05).

²⁹¹ Se de Wilde & Wisman (2022) 'After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?', avsnitt 5, (<<https://kluwertax-blog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05).

huruvida giltiga affärsmässiga skäl legat till grund för ett sådant bakomliggande lånearrangemang, eller om syftet varit att på ett konstlat eller fiktivt sätt överföra vinster. Exempelvis lyfts frågan fram gällande om bolaget Lexel hade genomfört lånearrangemanget innefattandes det koncerninterna förvärvet om det inte vore för ränteavdraget.²⁹²

Armlängdsprincipen som kriterium för att ett koncerninternt lån inte varit rent konstlat eller fiktivt förklaras vidare vara otillräckligt för att effektivt kunna motverka globala koncerners möjlighet att genom arrangemang överföra vinster som innebär erodering av den svenska skattebasen. Likaså menas armlängdsprincipen vara ett trubbigt instrument i fråga om att effektivt bemöta de incitament som uppställs av skattelagstiftningen i vissa stater.²⁹³ Det konstateras att koncerner utan avsevärda svårigheter kan överflytta vinster på ett artificiellt sätt, vilket eroderar skattebasen (BEPS), med hjälp av lån vars villkor faller inom ramen för armlängdsprincipen.²⁹⁴ EU-domstolens avgörande i *Lexel* förklaras således begränsa medlemsstaternas handlingsutrymme att förhindra skatteflykt genom nationella lagstiftning som går utöver armlängdsprincipen.²⁹⁵

5.5 Undantagsregeln och kravet på proportionalitet

Om undantagsregeln kan motiveras enligt någon av de behandlade rättfärdigande grunderna, eller efter en sammanvägning av dem, kvarstår frågan om inskränkningen är proportionerlig gentemot bestämmelsens målsättning.²⁹⁶

I doktrin framhålls att det mot bakgrund av *SIAT* finns skäl att se 2019 års riktade ränteavdragsbegränsningar som oförenliga med etableringsfriheten. Sett till proportionalitetskravet utpekas det vaga rekvisitet *uteslutande eller så gott som uteslutande* som avser i vilken mån ett skuldförhållande är skattemotiverat, som en bristfällighet. Tillämpningen av undantagsregeln är beroende av en tolkning utifrån förarbetena, vilka likaså konstateras vara delvis otydliga. Följaktligen menas brister uppstå sett till legalitetsprincipen, vilket

²⁹² Se Wattel (2021) noot 2-3; Tale (2023a) s. 345.

²⁹³ Se Tale (2023a) s. 345; de Wilde & Wisman (2022) 'After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?', avsnitt 5, (<<https://kluwertaxblog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05).

²⁹⁴ Se Wattel (2021) noot 1.

²⁹⁵ Se de Wilde & Wisman (2022) 'After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?', avsnitt 3 och 7, (<<https://kluwertaxblog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05).

²⁹⁶ Jfr Deij (2021c) s. 91; mål C-484/19 (*Lexel*) p. 34; avsnitt 4.1 och 4.4.

med hänvisning till *SIAT* medför att undantagsregeln kan tänkas vara oproportionerlig gentemot dess målsättning.²⁹⁷ Särskilt omständigheten att rekvisiten innefattar en kvantitativ bedömning av subjektiv avsikt beskrivs med föra svårigheter för tolkningen, vilka enligt *SIAT* kan innebära oförenlighet med etableringsfriheten.²⁹⁸ I viss litteratur anses det att det med hänsyn till *SIAT* hade varit rimligare av EU-domstolen att finna undantagsregeln som rättfärdigad men oproportionerlig.²⁹⁹ En viktig skillnad mellan reglerna som prövades i *SIAT* vilka ansågs vara oproportionerliga, och de svenska reglerna, konstateras vara att de sistnämnda inte uttryckligen riktas mot endast gränsöverskridande situationer. De riktade ränteavdragsbegränsningarna, främst tioprocentregeln, menas dock vara tillämpliga i främst gränsöverskridande situationer.³⁰⁰ Det har konstaterats att HFD, i det fall att vägledning behövs rörande proportionalitetsbedömningen, kan begära ett förhandsavgörande från EU-domstolen rörande undantagsregelns förenlighet med EU-rätten.³⁰¹

5.6 Sammanfattande slutsatser

Av Husqvarna-målet framgår att 2019 års undantagsregel är oförenlig med etableringsfriheten i enlighet med EU-domstolens resonemang i *Lexel*. Utgångspunkten för förståelsen av 2019 års undantagsregels oförenlighet med etableringsfriheten är således *Lexel*. Därför kan vad litteratur anfört i förhållande till *Lexel* beaktas även i förhållande till 2019 års undantagsregels förenlighet med etableringsfriheten. Det kan dock påminnas om att 2019 års undantagsregels tillämpningsområde snävades in genom lydelsen och införandet av den generella ränteavdragsbegränsningen.³⁰²

Inledningsvis kan påminnas om att undantagsregeln, till följd av ränteavdragsbegränsningens förhållande till koncernbidragsreglerna, träffar gränsöverskridande koncerninterna lån, där ränteinkomsten hos det utländska bolaget beskattas med mindre än 20,6 procent, och lånet varit uteslutande eller så gott som uteslutande skattemotiverat. Med utgångspunkt i Deijs distinktion mellan vinstöverförande och vinstgenererande lån kan konstateras att båda typerna av lån faller inom den nuvarande undantagsregelns tillämpningsområde.³⁰³

Av litteratur som behandlat avgörandet i *Lexel* framgår det att målets innebörd möjligtvis inte är så konkret som att rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten inte kan göras gällande

²⁹⁷ Se Dahlberg (2020) s. 291; Tale (2023a) s. 345; mål C-318/10 (*SIAT*) p. 54-59. Jfr avsnitt 4.4.

²⁹⁸ Se Dahlberg (2020) s. 217, 230.

²⁹⁹ Se Tale (2023a) s. 345.

³⁰⁰ Se Dahlberg (2020) s. 242.

³⁰¹ Se Deij (2021c) s. 94.

³⁰² Se avsnitt 3.1, 3.2.2 och 5.3.

³⁰³ Se avsnitt 3.2.2-3.2.3, 3.3, 5.2.2, 5.3 och 5.4.2.

mot ränteavdragsbegränsningar liksom undantagsregeln. Enligt mig bör *Lexel* och Husqvarna-målet förstås med utgångspunkt i Deijs distinktion mellan vinstöverförande och vinstgenererande lån till grund för varför denna rättfärdigande grund inte godtogs. Även om Deijs tolkning av begreppet skatteförmån i undantagsregeln enligt mig inte bör anses utgöra gällande rätt anser jag att Deij framför en underbyggd förklaring till varför EU-domstolen inte ansåg att rättfärdigande grunden kunde tillämpas. Likaså belyses frågan gällande vilka gränsöverskridande koncerninterna lån som undantagsregeln skulle kunna träffa utan att det är oförenligt med etableringsfriheten. Utifrån EU-domstolens domskäl i *Lexel* argumenterar som sagt Deij för att undantagsregeln hade kunnat rättfärdigas om bestämmelsen enbart träffade vinstöverförande lån, eftersom en koppling då skulle ha förelegat mellan koncernbidragsreglerna och fördelen som svenska bolag med koncernbidragsrätt erhåller med anledning av undantagsregeln. Enligt mig är emellertid frågan vad följden därav skulle bli beträffande rättfärdigandet av undantagsregeln. Betydelsen av dessa resonemang menar jag behöver utredas.³⁰⁴

Gällande korrigeringsregler för internprissättning har det ovan konstaterats att det av *SGI* framgår att sådana inte kan motiveras enbart sett till rättfärdigande grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Däremot är det möjligt vid sammanvägning med grunden att förhindra skatteflykt. Min mening är att samma ordning rimligtvis gäller för riktade ränteavdragsbegränsningar som enbart träffar vinstöverförande lån. Även sådana regler motverkar risken för BEPS-förfaranden eftersom vinstöverförande lån förklarats resultera i just erodering av skattebasen och överföring av vinster. Detta innebär att ränteavdragsbegränsningar av nämnt slag motverkar risk för transaktioner som rubbar den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Precis som korrigeringsregeln i *SGI* skiljer sig emellertid även en sådan ränteavdragsbegränsning från exempelvis koncernbidragsregler eftersom regeln inte handlar om att utesluta rätten till gränsöverskridande resultatutjämning. I stället handlar det om att motverka vissa transaktioner på grund av att de till sin specifika form utgör skatteflykt eller överföring av vinster och erodering av skattebasen. För tillämpningen av en sådan ränteavdragsbegränsning behöver koncerninterna lån först identifieras såsom just vinstöverförande. Detta kan liknas med att tillämpningen av en korrigeringsregel förutsätter att koncerninterna transaktioner är att anse som icke marknadsmässiga.³⁰⁵

Givet det ovanstående anser jag att bedömningen av rättfärdigandet av riktade ränteavdragsbegränsningar som bara träffar vinstöverförande lån bör likna den rörande korrigeringsregeln i *SGI*. Innebörden av detta är förvisso att rättfärdigande grunden att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten kan *beaktas*, men att möjligheten till rättfärdigande kräver en sammanvägning av tillsammans med grunden att förhindra skatteflykt. I enlighet med detta skulle

³⁰⁴ Jfr avsnitt 3.2.2-3.2.3, 3.3, 5.4.2.

³⁰⁵ Jfr avsnitt 2.2, 3.2.3, 4.3.4, 4.5 och 5.4.2.

riktade ränteavdragsbegränsningar som bara träffar vinstöverförande lån rimligen behöva uppfylla proportionalitetskravet såsom det tog sig till uttryck i *SGI*.³⁰⁶

Mot bakgrund av detta skulle enligt mig inte rättfärdigandegrunden att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten ensamt räckt till, även om kopplingen hade ansetts föreligga mellan koncernbidragsreglerna och fördelen som svenska bolag erhöll genom undantagsregeln. Undantagsregeln kan inte jämföras med koncernbidragsregler eller regler för skattemässig integrering. Däremot skulle omständigheten att undantagsregeln enbart hade träffat vinstöverförande lån enligt mig medfört att rättfärdigandegrunden kunde ha beaktats tillsammans med grunden att förhindra skatteflykt. Innebörden skulle rimligen ha varit att undantagsregeln skulle ha fått riktas mot risken för skatteflykt eller BEPS-förfarande, utan att samtidigt behöva uppfylla grunden att förhindra skatteflykt fullt ut. I sådant fall skulle alltså skulle inte förekomsten av rent konstlade upplägg behöva fastställas utifrån det subjektiva och objektiva bedömningsmomentet.³⁰⁷

Vad som tydligt följer av *Lexel* och litteraturen är att armlängdsprincipen uppställts som ett definitivt kriterium för huruvida koncerninterna lånearrangemang är rent konstlade. Huruvida hindrande ränteavdragsbegränsningar beaktar om lånevillkor är marknadsmässiga eller inte är således direkt avgörande för om bestämmelsen kan motiveras enligt grunden att förhindra skatteflykt. Detta kan tänkas vara problematiskt för medlemsstaterna eftersom det framgår att armlängdsprincipen är otillräcklig för att motverka koncerners möjlighet att med lånearrangemang artificiellt genomföra BEPS-förfaranden. *Lexel* begränsar alltså medlemsstaternas handlingsutrymme avseende att med lagstiftning motverka lånförhållanden som saknar giltiga affärsmässiga skäl och som syftar till att överföra vinster med kommersiellt meningslösa lån.³⁰⁸

Även om EU-domstolen prövade undantagsregeln mot proportionalitetskravet eftersom bestämmelsen inte rättfärdigades, finns synpunkter avseende frågan i litteraturen. Det finns skäl att se undantagsregeln som problematisk eftersom bestämmelsen ansetts vara svårtillämplig och förenad med vaga rekvisit och förarbeten. Sådana aspekter har nämligen EU-domstolen ansett medföra brister i förhållande till proportionalitetskravet.³⁰⁹

³⁰⁶ Se avsnitt 4.3.4 och 4.5.

³⁰⁷ Se avsnitt 4.5. Jfr avsnitt 4.2.2 och 4.3.4.

³⁰⁸ Se avsnitt 5.2.2 och 5.4.3.

³⁰⁹ Se avsnitt 5.5.

6 Armlängdsprincipens framtida betydelse

6.1 Det pågående målet C-585/22 *Staatssecretaris van Financiën*

I enlighet med tidigare redogörelser kan det ur *Lexel* utläsas att EU-domstolen rörande räntebetalningar på koncerninterna lån uppställt armlängdsprincipen som ett kriterium för om ett lånförhållande är rent fiktivt eller konstlat. Detta gäller oaktat de bakomliggande skälen till lånearrangemanget. I nuläget kan alltså en riktad ränteavdragsbegränsning enbart motiveras enligt rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt om ränteavdrag vägras till den del lånevillkoren står i är med armlängdsprincipen.³¹⁰ Det har konstaterats att det är upp till EU-domstolen bestämma om denna ordning ska kvarstå.³¹¹ Detta har EU-domstolen att göra i det pågående målet C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*), i vilket frågan om ränteavdragsbegränsningar i förhållande till etableringsfriheten åter igen aktualiserats.³¹² I *Staatssecretaris van Financiën* har den nederländska domstolen efterfrågat EU-domstolens svar på tre frågor:

1. Utgör etableringsfriheten hinder för nationell lagstiftning som vägrar ränteavdrag vid koncerninterna lån som avsett ett aktieförvärv om lånförhållandet måste anses utgöra "(del av) ett helt konstlat arrangemang"³¹³, oavsett om lånets avtalsvillkor är förenliga med armlängdsprincipen?
2. Om fråga 1 besvaras nekande, utgör etableringsfriheten hinder för nationell lagstiftning som vägrar ränteavdrag helt och hållet trots att räntan inte överstiger vad som följer av armlängdsprincipen?
3. Spelar det någon roll för svaret på fråga 1 och 2 om det skuldfinansierade aktieförvärvet är internt eller externt?³¹⁴

EU-domstolen har alltså att besluta om ränteavdrag får vägras vid koncerninterna lån som ingåtts i enlighet med armlängdsprincipen när lånet i fråga utgör

³¹⁰ Se mål C-484/19 (*Lexel*) p. 56; Wattel (2021) noot 2-3; Tale (2023a) s. 345. Jfr avsnitt 5.2.2 och 5.4.3.

³¹¹ Se de Wilde & Wisman (2022) 'After CJEU now EFTA Court too embraces arm's-length standard as a beacon; what's next?' avsnitt 6 (<<https://kluwertaxblog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05).

³¹² Se begäran om förhandsavgörande i det pågående målet C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*). Jfr Tale (2023b) s. 541; Tale (2023a) s. 346.

³¹³ Se begäran om förhandsavgörande i det pågående målet C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*).

³¹⁴ Se begäran om förhandsavgörande i det pågående målet C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*). Jfr Tale (2023a) s. 346; Tale (2023b) s. 541.

en del av ett rent konstlat upplägg. Anser domstolen att det är förenligt med etableringsfriheten att vägra avdrag i en sådan situation, behöver domstolen också fastställa om avdrag ska vägras för hela den betalda räntan oberoende om räntebetalningarna följer armlängdsprincipen. I litteratur beskrivs *Staatssecretaris van Financiën* kunna innebära en omprövning av tidigare praxis rörande konstlade upplägg, varför utfallet i målet har betydelse för möjligheterna att rättfärdiga den svenska undantagsregeln. Beroende på utfallet menas det rådande läget, tillsammans med betydelsen av *Lexel*, alltså kunna komma att omkullkastas. I sådant fall överges armlängdsprincipen som ett definitivt kriterium för huruvida ett koncerninternt lån utgör ett rent konstlat upplägg. Resultatet därav beskrivs som att skattemyndigheter fortsatt skulle ha att bevisa förekomsten av ett rent konstlat eller fiktivt upplägg, medan den skatte-skyldige skulle ha rätt att motbevisa myndighetens påståenden på annat sätt än genom att hänvisa till att lånevillkoren uppfyllt armlängdsprincipen. Med anledning av det kommande avgörandet i *Staatssecretaris van Financiën* lyfter litteraturen särskilt frågan om hur målet kan tänkas påverka proportionalitetsbedömningen i förhållande till undantagsregeln.³¹⁵

Vad EU-domstolen kommer att fastslå beskrivs vara osäkert. Utfallet i målet konstateras som sagt vara av betydelse för tillämpningsområdet av riktade ränteavdragsbegränsningar, men också för den särskilde utredaren som har i uppgift att ge förslag på en anpassning av undantagsregeln. Effekten på möjligheterna att utforma EU-förenliga nationella riktade ränteavdragsbegränsningar förklaras vara begränsade oavsett vad EU-domstolen slår fast. Ändock menas tillämpningsområdet för sådana regler vara särskilt begränsat om armlängdsprincipen behålls som ett definitivt kriterium för bedömningen av om koncerninterna lån är rent konstlade eller fiktiva.³¹⁶

6.2 Sammanfattande slutsatser

Relevansen av *Staatssecretaris van Financiën* framgår när de möjliga utfallen ställs mot *Lexel*. I det sistnämnda har armlängdsprincipen uppställts som ett definitivt kriterium för bedömningen av om ett koncerninternt lån är rent konstlat eller fiktivt. Detta medför ett väldigt snävt spelutrymme i fråga om vilka lånförhållanden som riktade ränteavdragsbegränsningar får träffa utan att vara oförenliga med EU-rätten. Det har därav klargjorts att EU-domstolens avgörande i *Staatssecretaris van Financiën* är av betydelse för rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt i förhållande till riktade ränteavdragsbegränsningar som utgör hinder mot etableringsfriheten. Betydelsen av målet kan illustreras utifrån vad EU-domstolen kan ge för klargörande i de följande två frågorna. Den första frågan är om ett koncerninternt lån kan anses rent konstlat även fast lånevillkoren uppfyller armlängdsprincipen. Om svaret på den första frågan är jakande är den andra frågan om proportionalitetskravet

³¹⁵ Se Tale (2023b) s. 541-543. Tale (2023a) s. 346, 348.

³¹⁶ Se Tale (2023b) s. 541-543; Tale (2023a) s. 346. Jfr avsnitt 5.4.3.

fortsatt ska anses utgöra hinder för att vägra ränteavdrag på ett rent konstlat lån även till den del räntan uppfyller armlängdsprincipen.³¹⁷

Enligt mig bör utfallet i målet även vara av betydelse för möjligheterna att motivera hindrande skattelagstiftning utifrån en sammanvägning av de behandlade rättfärdigandegrunderna. Vid en sammanvägning av grunderna behöver lagstiftning som sagt inte avse enbart rent konstlade upplägg för att motiveras, utan det räcker med en *risk* för skatteflykt eller BEPS-förfarande. Samtidigt framgår av EU-domstolens praxis att transaktioner, med hänsyn till grunden att förhindra skatteflykt och proportionalitetskravet, inte får begränsas i den mån armlängdsprincipen är uppfylld. Detta kan enligt mig tänkas ändras genom *Staatssecretaris van Financiën*, även om målet avser grunden att förhindra skatteflykt betraktad ensamstående. I sådant fall bör nationella ränteavdragsbegränsningar teoretiskt kunna vägra ränteavdrag utan begränsning av armlängdsprincipen, förutsatt att ett rättfärdigande kan ske utifrån en sammanvägning av grunderna.³¹⁸

Precis som framhållits i litteraturen, bör utfallet alltså kunna påverka den särskilde utredarens möjligheter att utforma en undantagsregel som blir förenlig med etableringsfriheten. Enligt mig är utfallet också relevant sett till möjligheten att utforma en undantagsregel som är effektivt mot skatteundandragande med ränteavdrag. Armlängdsprincipen har trots allt förklarats vara ett trubbigt verktyg mot skatteundandragande genom koncerninterna lån, eftersom lån med marknadsmässiga villkor förklarats kunna medföra överflyttning av vinster och erodering av skattebasen.³¹⁹

³¹⁷ Se avsnitt 6.1. Jfr avsnitt 5.2.2, 5.4.3 och 5.6.

³¹⁸ Se avsnitt 4.3.4, 4.5, 5.6 och 6.1.

³¹⁹ Se avsnitt 2.1, 5.4.3 och 5.6.

7 Analys och slutsatser

7.1 Inledande ord

Den nuvarande undantagsregeln är oförenlig med etableringsfriheten givet att rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt och att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten konstaterats vara otillämpliga var för sig samt beaktade tillsammans. Med denna utgångspunkt kan det konstateras ett behov av den utredning som den särskilde utredaren uppdragits att ta fram; ett förslag på en anpassad undantagsregel som kan vara förenlig med unionsrättens etableringsfrihet och samtidigt effektivt uppfyller syftet om att motverka skatteundandraganden.

Vad gäller då utsikterna att anpassa undantagsregeln i enlighet med regeringens direktiv? Så länge som en anpassad undantagsregel, givet betydelsen av koncernbidragsreglerna, enbart är tillämplig på gränsöverskridande koncerninterna lån, bör bestämmelsen enligt mig utgöra en inskränkning av etableringsfriheten som behöver rättfärdigas. Givet undantagsregelns syfte, att skydda den svenska skattebasen mot gränsöverskridande skatteplaneringsupplägg med ränteavdrag, hör det till undantagsregelns innebörd att medföra en negativ särbehandling av objektivt jämförbara situationer. Detta framgår av domstolarnas resonemang i *Lexel* och *Husqvarna-målet*.³²⁰ Således behöver utformningen av bestämmelsen beakta de unionsrättsligt problematiska moment som konstaterats präglade 2013- och 2019 års undantagsregler. Därutöver är frågan om det är möjligt att en anpassad undantagsregel samtidigt uppfyller målsättningen om att effektivt motverka skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag.

I utredningen av detta följer en diskussion rörande vad som kan tänkas krävas av undantagsregeln för att rättfärdigande ska kunna ske, eftersom en förenlighet med etableringsfriheten utgör ett ”existentiellt krav” på bestämmelsen. Denna fråga behandlas i två delar. Först utreds möjligheten att rättfärdiga en anpassad undantagsregel enbart sett till grunden att förhindra skatteflykt. Sedan behandlas möjligheten till rättfärdigande utifrån bägge behandlade grunder beaktade tillsammans. I samband med, och i anslutning till, detta behandlas även vad som krävs enligt proportionalitetskravet. När frågan om förenlighet med EU-rätten har behandlats bedöms frågan om en anpassad undantagsregel kan utgöra ett effektivt verktyg mot skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag. Denna utredning sker med utgångspunkt i vad som krävs av utformningen av en anpassad undantagsregel med hänsyn till respektive rättfärdigandegrund samt proportionalitetskravet. Sammantaget avser

³²⁰ Jfr avsnitt 3.3, 5.2.2 och 5.3.

denna analys att uttala sig kring vad utformningen av en anpassad undantagsregel behöver beakta givet de ovan nämnda hänsynstagandena.

7.2 Kan en anpassad undantagsregel tänkas bli förenlig med etableringsfriheten?

7.2.1 Utifrån rättfärdigande grunden att förhindra skatteflykt

Av *Lexel*, Husqvarna-målet och EU-domstolens praxis som i övrigt presenterats, framgår att en anpassad undantagsregel måste uppfylla vissa hänsynstaganden för att kunna rättfärdigas enligt denna grund. Enligt utformningen får bestämmelsen enbart avse rent konstlade upplägg som saknar ekonomisk förankring med vilket syftet är att undgå beskattning, eller specifikt riktas mot fiktiva upplägg som genomförs i syfte att kringgå svensk beskattning. För fastställandet av ett rent konstlade upplägg krävs för det första att tillämpningen av regeln enligt dess utformning är avhängig en med upplägget påvisad avsikt att skapa skattefördelar. För det andra måste även utformningen av bestämmelsen innebära att upplägget identifieras utifrån objektiva och verifierbara omständigheter, vilket bolag ges möjlighet att motbevisa utan att mötas av onödiga administrativa hinder. Såväl syftet som tillämpningen av en anpassad undantagsregel måste strikt begränsas till rent fiktiva upplägg.³²¹

Enligt mig framgår att insnävningen måste medföra att förekomsten av affärsmässiga skäl utesluter bestämmelsens tillämpning. Mer konkret kan inte bestämmelsens tillämpning bygga på exempelvis ett kvantitativt moment enligt vilket lånförhållanden träffas om de är ”tillräckligt” skattedrivna, eftersom delvis affärsmässigt motiverade lånförhållanden i så fall riskerar att träffas. Det förefaller tveksamt att en anpassad undantagsregel får avse lånförhållanden som utgör ”mycket hög grad av skatteplanering”³²² och som är ”i princip rena missbruksfall”³²³. Den nuvarande undantagsregelns syfte, det vill säga att hindra sådan aggressiv skatteplanering som inte motverkas genom andra regler, behöver emellertid inte vara problematiskt i sig, så länge inte annat än rent konstlade eller fiktiva upplägg avses. Sammantaget framgår av Husqvarna-målet att en anpassad undantagsregel måste snävas in ytterligare i enlighet med EU-domstolens uttalanden i *Lexel*.³²⁴

Vilka möjligheter som finns att anpassa undantagsregeln utifrån det ovanstående beror, liksom Tale konstaterat, på om EU-domstolen i *Staatssecretaris van Financiën* överprövar *Lexel*. Utfallet avgör nämligen vilka moment av ett lånearrangemang som ska avgöra bedömningen av om ett låneupplägg är rent

³²¹ Jfr avsnitt 4.5, 5.2.2 och 5.6.

³²² Se avsnitt 3.2.2.

³²³ Se avsnitt 3.2.2.

³²⁴ Jfr avsnitt 3.2.2, 5.3.

konstlat. Frågan är huruvida armlängdsprincipen ska utgöra ett definitivt kriterium, eller om omständigheterna i stort tillåts vara styrande för bedömningen.³²⁵

Om EU-domstolen i *Staatssecretaris van Financiën* fastslår att armlängdsprincipen fortsatt ska utgöra ett definitivt kriterium för om ett lånförhållande inte är konstlat, måste utformningen av en anpassad undantagsregel särskilt utesluta koncerninterna lån på marknadsmässiga villkor från tillämpningsområdet. I annat fall kan EU-domstolens resonemang i *Lexel* åter igen tänkas bli överförbara. Innebörden härav är att insnävningen av undantagsregeln måste beakta att det enligt *Lexel* gäller en ”safe harbour”³²⁶ för internprissättningen av lånevillkoren i koncerninterna lån.³²⁷

Om ett rättfärdigande enligt grunden att förhindra skatteflykt skulle vara möjligt följer vidare om en anpassad undantagsregeln skulle vara proportionerlig i enlighet med stadgandena i *Thin Cap*. Det framgår att utfallet i *Staatssecretaris van Financiën* är av central betydelse även för denna fråga. Om armlängdsprincipen förblir ett definitivt kriterium bekräftar EU-domstolen vad som framgår av *Thin Cap* och *Lexel* gällande att ränteavdragsbegränsningar enbart kan vara proportionerliga när ränteavdrag vägras i den mån exempelvis räntesatsen eller lånebeloppet inte är marknadsmässig. Möjligheten att uppfylla kravet på proportionalitet förblir i sådant fall snäv eftersom tillämpligheten av en anpassad undantagsregel måste beakta om lånevillkoren uppfyllt armlängdsprincipen.³²⁸

Om EU-domstolen i *Staatssecretaris van Financiën* däremot slopar armlängdsprincipen som definitivt kriterium följer större möjligheter att rättfärdiga riktade ränteavdragsbegränsningar såsom undantagsregeln. Övriga stadganden i EU-domstolens praxis behöver dock fortsatt beaktas vid utformningen av den anpassade undantagsregeln. Ett rent konstlat lånearrangemang måste utpekats som sådant utifrån objektiva och verifierbara omständigheter. Bestämmelsens tillämplighet måste också beakta förekomsten av en subjektiv avsikt att genom lånearrangemanget erhålla skattemässiga fördelar. Utformningen av undantagsregeln måste således innefatta ett sådant subjektivt bedömningsmoment för att kunna rättfärdigas enligt denna grund.³²⁹

Min mening är att det inom ramen för rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt inte finns möjlighet att fastställa lånearrangemang som *delvist* fiktiva, eftersom resterande moment kan vara affärsmässigt motiverade och konstituera en faktiskt ekonomisk förankring. En anpassad undantagsregel som utformas enligt ett sådant synsätt kan följaktligen inte rättfärdigas enligt

³²⁵ Jfr avsnitt 5.4.3 och 6.1-6.2.

³²⁶ Se avsnitt 5.4.3.

³²⁷ Jfr avsnitt 5.2.2, 5.3, 5.4.3 och 6.1.

³²⁸ Jfr avsnitt 4.2.2, 4.5, 5.2.2 och 6.1-6.2.

³²⁹ Jfr avsnitt 4.5 och 6.1.

denna grund. Däremot skulle avskaffandet av armlängdsprincipen som definitivt kriterium förändra ”definitionen” av ett rent konstlat lånförhållande. I sådana fall bör andra omständigheter, såsom den rättsliga strukturen runt omkring lånearrangemanget, kunna styra bedömningen av om ett lånförhållande är rent konstlat. EU-domstolens stadgande om att undantagsregeln måste begränsas till rent konstlade eller fiktiva upplägg får alltså en helt annan betydelse eftersom omfattningen av vilka lån som utgöra sådana upplägg vidgas.³³⁰

Vid detta utfall i *Staatssecretaris van Financiën* vidgas även möjligheterna för en utformning av en anpassad undantagsregel som kan anses vara proportionerlig. I sådant fall behöver inte ränteavdragsbegränsningen enbart träffa den del av räntan som inte är marknadsmässig, utan om förekomsten av ett rent konstlat lånearrangemang kan fastställas kan räntan begränsas fullt ut.³³¹

Gällande proportionalitetskravet kan det sett till *Thin Cap* också tänkas att möjligheterna blir större i fråga om vilka omständigheter som framgångsrikt kan användas för fastställandet av ett rent konstlat eller fiktivt lån. Med andra ord medges utrymme för andra verifierbara och objektiva omständigheter än armlängdsprincipen. Enligt mig kan det tänkas att det vinstöverförande momentet av ett lån skulle kunna påvisa att det rör sig om ett fiktivt lån utan verklig ekonomisk förankring, eftersom ett sådant kan identifieras utifrån verifierbara och objektiva omständigheter. Ett rent vinstöverförande lån medför nämligen som utgångspunkt enbart skattemässiga fördelar på bekostnad av den svenska skattebasen, vilket enligt mig kan visa att ekonomisk förankring saknas. Frågan är emellertid om denna omständighet kan bidra till mer än att indikera ett visst syfte med lånearrangemanget. Sannolikt vore att en anpassad undantagsregel behöver andra bedömningsmoment för att kunna anses fastställa förekomsten av en subjektiv avsikt att med lånearrangemanget skapa skattefördelar. Om utformningen av en anpassad undantagsregel skulle anses tillgodose kraven på det subjektiva- och objektiva bedömningsmomentet, skulle bestämmelsen enligt EU-domstolen också behöva medge bolagen möjlighet att visa på affärsmässiga skäl till det koncerninterna lånet.³³²

Sammantaget kan det enligt mig konstateras att möjligheterna att utforma en anpassad undantagsregel som kan motiveras sett till intresset att förhindra skatteflykt, och uppfylla kravet på proportionalitet, är begränsade. Detta gäller oavsett utfallet i *Staatssecretaris van Financiën*. Betydelsen av om armlängdsprincipen slopas som definitivt kriterium kan dock illustreras genom det följande resonemanget. Kommersiellt meningslösa lånearrangemang som syftar till att undvika svensk beskattning, har menats kunna följa marknadsmässiga villkor och samtidigt medföra artificiell vinstöverflyttning. En un-

³³⁰ Jfr avsnitt 5.4.3 och 6.2.

³³¹ Jfr avsnitt 4.5 och 6.2.

³³² Jfr avsnitt 3.2.3, 4.2.2, 4.5, 5.4.3, 5.6 och 6.2.

dantagsregel, vars tillämplighet utgår från omständigheter runtom upptagandet av lånet i stället för armlängdsprincipen, kan i dagens läge inte rättfärdigas sett till intresset av att förhindra skatteflykt. Detta gäller även om tillämpligheten av en anpassad undantagsregel skulle vara avhängig fastställandet av en subjektiv avsikt lånförhållandet att erhålla skattefördelar. Om EU-domstolen beslutar att armlängdsprincipen inte längre ska utgöra ett definitivt kriterium följer *större* spelrum för Sverige i fråga om utformningen av en anpassad undantagsregel.³³³

7.2.2 Utifrån en sammanvägning av rättfärdigandegrunderna

Mot bakgrund av tidigare slutsatser i uppsatsen är min mening att en anpassad undantagsregel inte skulle kunna motiveras enbart sett till rättfärdigandegrunderna att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. I stället är det relevant att utreda om undantagsregeln kan utformas på så vis att den kan motiveras genom en sammanvägning av de behandlade rättfärdigandegrunderna.³³⁴ Eftersom sammanvägningen konstaterats vara avhängig huruvida rättfärdigandegrunderna att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten kan aktualiseras, utreds först vad som krävs av utformningen av en anpassad undantagsregel för att denna grund ska kunna beaktas. Därefter behandlas hur möjligheterna till rättfärdigande genom en sammanvägning av grunderna beror på utfallet i *Staatssecretaris van Financiën*.

För att en anpassad undantagsregel ska kunna beaktas utifrån rättfärdigandegrunderna att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten måste utformningen av regeln åtgärda de problem med 2013- och 2019 års undantagsregler som kan utläsas ur *Lexel* och Husqvarna-målet. EU-domstolen ansåg att 2013 års undantagsregel enbart förhindrade en minskning av skatteintäkterna vilket inte menas omfattas av behovet av att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.³³⁵ Därav följer frågan om när ett koncerninternt lån ska anses rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten.

Det kan enligt mig ifrågasättas om armlängdsprincipen ska anses ge uttryck för den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten när det kommer till koncerninterna lån. Det har framhållits att det rörande särskilda transaktioner kan vara svårt att fastställa vad som utgör marknadsmässiga villkor och enligt mig bör detta gälla särskilt för koncerninterna lån. Armlängdsprincipen har trots allt utpekats som ett bristfälligt verktyg gentemot sådana koncerninterna lån som medför vinstöverföring och erodering av skattebasen. Det har konstaterats vara enkelt för koncerner att upprätta koncerninterna lån vilka innebär artificiell överföring av obeskattade vinster och erodering av skattebasen trots att de förenats med marknadsmässiga lånevillkor. Effekten av att tillåta

³³³ Jfr avsnitt 5.4.3, 5.6 och 6.2.

³³⁴ Jfr avsnitt 4.5 och 5.6.

³³⁵ Jfr avsnitt 5.2.2 och 5.3.

sådana lån har vidare menats strida mot den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Enligt mig bör det i regel inte vara någon nämnvärd skillnad mellan vinstöverförande lån och lånearrangemang som innebär artificiell vinstöverflyttning, eftersom vinstöverförande lån rimligen i regel saknar kommersiella skäl samt anges ha samma effekt.³³⁶

Mot bakgrund av detta anser jag att det är osannolikt att EU-domstolen skulle fastställa armlängdsprincipen som ett mått för huruvida koncerninterna lånearrangemang rubbar den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Den omständighet att armlängdsprincipen kan tjäna som vägledning för huruvida internprissättning rubbar den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten är enligt mig utan betydelse eftersom vinstöverförande lån förklarats innebära överflyttning av obeskattade vinster även om lånevillkoren är marknadsmässiga. Följaktligen finns det anledning att anta att EU-domstolen skulle kunna fastslå att vinstöverförande lån rubbar den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten, även om lånevillkoren följer armlängdsprincipen. Om en anpassning av undantagsregeln utformas så att enbart vinstöverförande lån träffas kan det därmed tänkas att EU-domstolen finner att rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten kan beaktas vid prövning av bestämmelsens förenlighet med etableringsfriheten.³³⁷

Givet det ovanstående finns det enligt mig anledning att därutöver se till Deijs argument till varför 2013 års undantagsregel hade kunnat vara förenlig med etableringsfriheten om den enbart träffade vinstöverförande lån, när frågan om utformningen av en anpassad undantagsregel behandlas. Dessa resonemang anser jag nämligen *också* tala för att en anpassad undantagsregel som enbart träffar vinstöverförande lån skulle kunna beaktas utifrån rättfärdigandegrunden att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten.

I *Lexel* byggde EU-domstolen vidare på *XBV & XNV* genom att påtala vikten av att den skattefördel som förbehålls svenska bolag med koncernbidragsrätt med anledning av undantagsregeln har en koppling till koncernbidragsreglerna. Deij menar att 2013 års undantagsregel möjligtvis hade kunnat rättfärdigas om den enbart hade träffat vinstöverförande lån, eftersom kopplingen till koncernbidragsreglerna i sådant fall hade förelegat. Med hänvisning till Deijs argumentation bör det enligt mig utredas huruvida en anpassad undantagsregel kan utformas så att det upprättas en sådan koppling mellan å ena sidan koncernbidragsreglerna, och å andra sidan fördelen som svenska bolag med koncernbidragsrätt erhåller genom denna anpassade undantagsregel.³³⁸

³³⁶ Jfr avsnitt 3.2.3, 4.3.2, 4.5 och 5.4.3.

³³⁷ Jfr avsnitt 3.2.3, 4.3.2, 5.4.2 och 5.6.

³³⁸ Dahlberg har anfört skäl mot att jämföra undantagsregeln och koncernbidragsreglerna givet reglernas olikheter. Dahlberg tycks emellertid ha tagit fasta på att 2019 års undantagsregel är tillämplig på koncerninterna lån där avdrag sker utan motsvarande beskattning, det vill säga vid både vinstöverförande som vinstgenererande lån. Av den anledningen tappar uttalandet enligt mig betydelse när man diskuterar om en eventuell koppling utifrån att en anpassad undantagsregel enbart skulle träffa vinstöverförande lån (jfr avsnitt 5.4.2).

Kan en sådan koppling upprättas bör nämligen rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten kunna beaktas vid prövningen av en anpassad undantagsregel.³³⁹

Genom att begränsa tillämpligheten av en anpassad undantagsregel till enbart vinstöverförande lån, följer en ordning enligt vilken både undantagsregeln och koncernbidragsreglerna utesluter gränsöverskridande överföring av obeskattade svenska vinster och urholkning av skattebasen. Regelverken får således både en liknande effekt och funktion, vilket enligt mig talar för nämnda koppling. Fördelen av ränteavdraget blir alltså enligt en sådan anpassad undantagsregel kopplat till koncernbidragsreglerna eftersom det rör sig om ett vinstöverförande moment, vilket kan skapas genom koncernbidrag om bolagen är svenska. Om syftet med en anpassad undantagsregel dessutom uttryckligen knyts till koncernbidragsreglerna stärks denna koppling än mer. Enligt mig hade det nuvarande syftet, att skydda skattebasen mot skatteundandragande med hjälp av ränteavdrag på koncerninterna lån, kunnat snävas in och närmas koncernbidragsreglerna. Exempelvis genom ett förtydligande om att de skatteplaneringsupplägg som avses är sådana som innebär att koncerner nyttjar ränteavdrag för att genomföra gränsöverskridande resultatutjämning, vilket i praktiken resulterar i ett kringgående av koncernbidragsreglerna.³⁴⁰

Enligt mig kan skulle kopplingen, mellan koncernbidragsreglerna och skattefördelen som svenska bolag erhåller med anledning av undantagsregeln, kunna uppstå om utformning av regeln beaktar det ovanstående. Det förefaller enligt mig i vart fall tydligt att kopplingen inte kan anses föreligga om fördelen i form av ränteavdrag erhålls vid *alla* koncerninterna lån mellan svenska bolag med koncernbidragsrätt, men inte vid motsvarande gränsöverskridande lån, eftersom vinstgenererande lån i sådant fall inkluderas i särbehandlingen. Vid sådana lån har nämligen lånförhållandet inte inneburit en överföring av obeskattade vinster i kombination med att svenska skattebasen urholkats, eftersom vinster samtidigt har genererats i Sverige och ökat den svenska skattebasen.³⁴¹

Om EU-domstolen skulle fastslå att en koppling föreligger mellan koncernbidragsreglerna och fördelen som svenska bolag med koncernbidragsrätt erhåller genom en anpassad undantagsregel, torde grunden att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten enligt mig kunna beaktas. Koncernbidragsregler, liksom beskattningssystem för skattemässig integrering, har ansetts kunna vara motiverade att förbehålla inhemska bolag enligt rättfärdigandegrunden att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten. Om kopplingen kan fastställas, gör sig skälen för koncernbidragsreglernas rättfärdigande rimligen gällande även i förhållande till en anpassad undantagsregel. Liksom koncernbidragsreglerna skulle den anpassade undantagsregeln utesluta att

³³⁹ Jfr avsnitt 5.2.2, 5.4.2 och 5.6.

³⁴⁰ Jfr avsnitt 5.4.2 och 5.6.

³⁴¹ Jfr avsnitt 5.4.2.

koncerner erhåller en valfrihet i fråga om var vinster och förluster tas upp skattemässigt. Enligt EU-domstolens fasta praxis innebär en sådan valfrihet ett äventyrande av fördelningen av den väl avvägda beskattningsrätten.³⁴²

En anpassad undantagsregel som utformas enligt ovanstående beskrivning kan alltså enligt mig åtgärda problemen med 2019 års undantagsregel som framgår av *Lexel* och *Husqvarna*-målet. Detta kan vidare illustreras genom att pröva den anpassade undantagsregeln mot EU-domstolens resonemang gällande 2013 års undantagsregel. Exempelvis ska det uppmärksammas att EU-domstolen i relation till undantagsregelns syfte konstaterade att bestämmelsen förhindrar att skatteintäkterna minskas, vilket inte rymms inom behovet av att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten. Detta stadgande måste enligt mig rimligen förstås i ljuset av att 2013- och 2019 års undantagsregler även träffar vinstgenererande lån. Skillnaden mellan gränsöverskridande och inhemska vinstgenererande koncerninterna lån är enbart huruvida ränteinkomsterna stannar i Sverige. Detta följer av att det vinstgenererande momentet medför att skattebasen inte urholkas med anledning av lånet när detta är gränsöverskridande. Om en anpassad undantagsregel emellertid bara träffar gränsöverskridande vinstöverförande lån, uppstår inte längre enbart en minskning av skatteintäkter till följd av att ränteinkomsterna inte blir skattepliktiga inkomster i Sverige. I stället har obeskattade vinster överförts till ett koncernbolag i en annan medlemsstat på bekostnad av den svenska skattebasen. Om EU-domstolens stadgande även skulle anses avse ränteavdragsbegränsningar mot gränsöverskridande vinstöverförande lån, skulle likaså en gränsöverskridande koncernbidragsmöjlighet menas motverka enbart minskning av skatteintäkter. Båda situationerna innebär nämligen gränsöverskridande resultatutjämning. Enligt mig är det således osannolikt att en undantagsregel som riktas mot gränsöverskridande vinstöverförande lån, och som syftar till att skydda skattebasen mot skatteundandragande, inte skulle anses falla inom ramen för behovet av att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten.³⁴³

Även EU-domstolens konstaterande om att det inte föreligger någon skillnad mellan koncerninterna och koncernexterna lånförhållanden om lånevillkoren följer armlängdsprincipen, bör förstås i ljuset av att 2013 års undantagsregel även träffar vinstgenererande lån. Det stämmer att bolag erhåller samma vinstgenererande effekt på vinstgenererande lån oavsett om lånet är externt eller internt. Givet att vinstöverförande lån har liknats med koncernbidrag, erhålls dock inte samma effekt, i form av överföring av obeskattade vinster som kan nyttjas för *resultatutjämning* inom koncernen, om lånet är externt. Ett lån kan vidare vara vinstöverförande trots att villkoren följer armlängdsprincipen.³⁴⁴

³⁴² Jfr avsnitt 4.5, 5.2.2, 5.4.2 och 5.6.

³⁴³ Jfr avsnitt 5.2.2 och 5.4.2-5.4.3.

³⁴⁴ Jfr avsnitt 3.2.3, 5.2.2 och 5.4.2.

Mot bakgrund av ovanstående anser jag att EU-domstolen kan tänkas beakta rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten i förhållande till en anpassad undantagsregel som riktas mot vinstöverförande lån. Framför allt finns det enligt mig skäl att anta att resonemangen i *Lexel* rörande rättfärdigandegrunden inte skulle anses överförbara om en sådan anpassad undantagsregel prövades av EU-domstolen. Detta kan illustreras av att en sådan anpassad undantagsregel inte bara *försöker* skydda skattebasen mot vinstöverföring och erodering av skattebasen (BEPS) genom att motverka lån som ”*kan* urholka”³⁴⁵ denna. I stället skulle bestämmelsen motverka sådana vinstöverförande lån som *faktiskt* urholkar den svenska skattebasen.³⁴⁶ Således finns det anledning att bedöma vad mer som krävs av en utformning av en anpassad undantagsregel för att en sammanvägning av grunderna ska kunna tänkas ske.

Utgångspunkten är att den beskrivna formen av en anpassad undantagsregel skulle motverka möjligheten till vinstöverförande lån, vilka innebär överflyttning av vinster till nackdel för den svenska skattebasen. Med andra ord är vinstöverförande lån ett BEPS-förfarande. Med hänvisning till *SGI* menas möjligheten till BEPS-förfaranden medföra en risk för rubbning av den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Alltså kan rättfärdigandegrunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten beaktas. Följaktligen bör även grunden att förhindra skatteflykt kunna beaktas samtidigt, trots att en sådan anpassad inte specifikt skulle syfta till att träffa enbart fiktiva upplägg. En anpassad undantagsregel som kategoriskt träffar gränsöverskridande vinstöverförande lån innefattar nämligen inte ett subjektivt bedömningsmoment avseende avsikten med lånearrangemanget. Sett till *SGI* är det centralt att en anpassad undantagsregel skulle motverka *risken* för att koncerner nyttjar möjligheten att med vinstöverförande lån fiktivt överflytta vinster till koncernbolag i exempelvis lågskattejurisdiktioner. En anpassad undantagsregel skulle med andra ord motverka *risken* för skatteflykt eller BEPS-förfaranden, genom att särskilt träffa koncerninterna lån på grund av att de är vinstöverförande och således innebär överflyttning av vinster och erodering av skattebasen (BEPS).³⁴⁷

Enligt tidigare slutsatser torde riktade ränteavdragsbegränsningar, som motverkar risken för skatteflykt eller BEPS-förfaranden och kan rättfärdigas utifrån en sammanvägning av grunderna, behöva uppfylla proportionalitetskravet såsom det uppställts *SGI*. Alltså borde utformningen av en anpassad undantagsregel innebära att skattemyndigheten utifrån förutsebara, objektiva och relevanta kriterier måste lyckas uppställa en presumtion för att lånearrangemanget är konstlat eller ett BEPS-förfarande. Denna presumtion måste vidare bolagen ges möjlighet att bryta genom att exempelvis visa på affärs-

³⁴⁵ Se avsnitt 5.4.2.

³⁴⁶ Jfr avsnitt 5.4.1, 5.4.2 och 5.6.

³⁴⁷ Jfr avsnitt 4.5, 5.4.2 och 5.6.

mässiga skäl till lånet. Dessutom ska bolagen inte mötas av onödiga administrativa hinder.³⁴⁸ I EU-domstolens mening kommer armlängdsprincipen rimligen, oavsett utfallet i *Staatssecretaris van Financiën*, förbli en omständighet som kan användas för uppställandet av presumtionen om ett konstlat lånearrangemang. Om EU-domstolen skulle anse att vinstöverförande lån rubbar den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten även när lånevillkoren är marknadsmässiga, borde även andra omständigheter kunna användas som förutsebara, objektiva och relevanta kriterier. Exempelvis bör den omständighet att ett koncerninternt lån använts för att finansiera ett kapitaltillskott kunna läggas till grund för presumtionen (jfr vinstöverförande lån). Detta bör enligt mig kunna bli fallet oavsett om EU-domstolen slopar armlängdsprincipen som ett definitivt kriterium.³⁴⁹

Sett till proportionalitetskravet uppstår, mot bakgrund av *Lexel* och *Thin Cap*, även frågan om i vilken utsträckning en anpassad undantagsregel får vägra ränteavdrag på ett vinstöverförande lån. Svaret kan enligt emellertid bero på utfallet i *Staatssecretaris van Financiën*. Om armlängdsprincipen fortsatt utgör ett definitivt kriterium kan det tänkas att ränteavdrag enbart får vägras till den del räntan exempelvis överstiger vad som är marknadsmässigt. Om armlängdsprincipen i stället slopas som definitivt kriterium följer att ränteavdrag möjligen kan vägras i sin helhet.³⁵⁰

Enligt mig är det förvisso inte uteslutet att EU-domstolen, alldeles oavsett utfallet i *Staatssecretaris van Financiën*, skulle anse det vara proportionerligt att vägra ränta på vinstöverförande lån även när armlängdsprincipen efterlevs. Detta följer av att EU-domstolen möjligtvis skulle anse att vinstöverförande lån rubbar den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Enligt mig kan inte en anpassad undantagsregel på ett mindre ingripande sätt förhindra att vinstöverförande lån medför överföring av vinster och erodering av skattebasen, vilket i sin tur menats rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Som sagt gäller detta enligt mig även om EU-domstolen behåller armlängdsprincipen som ett definitivt kriterium. Målet behandlar nämligen endast rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt, och inte sammanvägningen tillsammans med grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. Således beaktas i målet inte nödvändigtvis aspekter rörande fördelningen av beskattningsrätten.³⁵¹

Sammantaget kan sägas att denna möjlighet till rättfärdigande inte förutsätter att en anpassad undantagsregel bygger på ett objektiva- och subjektivt moment för att fastställa rent konstlade eller fiktiva lånearrangemang. I stället räcker *risken* för skatteflykt eller BEPS-förfarande. Vinstöverförande lån är vidare inte med nödvändighet rent konstlade eller fiktiva. Följaktligen skulle

³⁴⁸ Jfr avsnitt 4.3.2, 4.5 och 5.6.

³⁴⁹ Jfr avsnitt 3.2.3, 4.3.4, 4.5, 5.6 och 6.2.

³⁵⁰ Jfr avsnitt 4.5 och 6.2.

³⁵¹ Jfr avsnitt 4.3.2, 4.5, 5.6 och 6.1.

ett bolag i det enskilda fallet kunna tänkas visa på affärsmässiga skäl för lånet, varmed en av Skatteverket uppställd presumtion skulle brytas.³⁵²

Eftersom EU-domstolen inte gett svar på huruvida en ränteavdragsbegränsning som bara träffar vinstöverförande lån kan beaktas enligt grunden att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten, är läget oklart. Ovanstående resonemang är dock enligt mig relevanta att beakta vid en anpassning av undantagsregel. Lösningen tycks åtgärda de problem som gjorts gällande avseende 2013- och 2019 års undantagsregel i *Lexel* och *Husqvarna*-målet. Likt vad Deij anført är ett rättfärdigande av en sådan anpassad undantagsregel inte otänkbara eftersom koncerner annars medges möjlighet till gränsöverskridande resultatutjämnning.³⁵³ Givet att EU-domstolen beskrivits successivt begränsa möjligheterna till gränsöverskridande resultatutjämnning,³⁵⁴ kan EU-domstolen möjligen tänkas sträcka sig till att rättfärdiga nationella regler vilka hindrar resultatutjämnning genom vinstöverförande lån. Dock skulle EU-domstolens ställningstagande behövas för att klarhet i frågan.

7.3 Särskilt gällande en anpassad undantagsregel och kravet på proportionalitet

Utöver de hänsynstaganden som lyfts fram gällande proportionalitetskravet i anslutning till frågan om rättfärdigande, behöver en anpassad undantagsregel även uppfylla kravet på proportionalitet i övrigt. Med hänsyn till *SIAT* bör utformningen av ränteavdragsbegränsningen, jämfört med 2013- och 2019 undantagsregel, inte innefatta vaga rekvisit eller vara beroende av otydliga förarbeten. Framför allt bör inte en anpassad undantagsregel bygga på kvantitativ bedömning av en subjektiv avsikt att med lånearrangemang uppnå en skattefördel.³⁵⁵

7.4 Utgör en anpassad undantagsregel ett effektivt verktyg mot skatteundandragande?

7.4.1 Vid rättfärdigande enligt grunden att förhindra skatteflykt

Om en utformning av en anpassad undantagsregel kan motiveras enligt grunden att förhindra skatteflykt, beror frågan om huruvida bestämmelsen effektivt kan motverka skatteundandragande på utfallet i *Staatssecretaris van Fi-*

³⁵² Jfr avsnitt 3.2.3, 4.5 och 5.6.

³⁵³ Jfr avsnitt 5.4.2.

³⁵⁴ Jfr avsnitt 4.3.4.

³⁵⁵ Jfr avsnitt 4.4 och 5.5-5.6.

nanciën. Utfallet i målet sätter enligt mig ramarna för Sveriges handlingsutrymme i fråga om att motverka skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag.³⁵⁶

En anpassad undantagsregel, vars tillämpningsområde utesluter lån med marknadsmässiga villkor, kan med hänvisning till litteraturen konstateras vara ett trubbigt instrument mot skatteundandragande. Bestämmelsens tillämpning skulle inte aktualiseras på grund av förekomsten av ett syfte att med lånearrangemanget undvika skatt, eller att det saknats affärsmässiga skäl till själva upptagandet av lånet. Därmed skulle koncerner inte förhindras möjligheten att artificiellt genomföra överföring av vinster och erodering av skattebasen, eftersom det menas kunna genomföras med koncerninterna lån vars villkor är marknadsmässiga. Så länge lånevillkoren uppfyller armlängdsprincipen är alltså sådana lånearrangemang fredade från ränteavdragsbegränsningen. Illustrativt gäller att denna anpassning av undantagsregeln enbart kan motverka skatteundandragande till den del värden överflyttats genom icke-marknadsmässiga räntebetalningar.³⁵⁷

Armlängdsprincipen är enligt mig inte heller ett träffsäkert verktyg i fråga om att *identifiera* vad som utgör skatteundandragande som eroderar skattebasen. Koncerninterna lån som lämnas på marknadsmässiga villkor och som ingår i ett arrangemang vilket upprättats för att artificiellt överföra vinster inom koncernen, skulle sannolikt inte ha ingåtts med samma villkor med ett externt bolag. Omständigheten att lånet förenats med marknadsmässiga villkor kan enligt mig tänkas vara ett obetydligt skäl till upptagandet av lånet i jämförelse med de skattemässiga fördelar som följer av exempelvis ett vinstöverförande moment. Slutligen har det förklarats svårt att fastställa armlängds avstånd i förhållande till villkor i särskilda transaktioner. Detta kan tänkas gälla koncerninterna lån.³⁵⁸

Med anledning av det ovanstående kan enligt mig inte ett effektivt förhindrande av skatteundandragande uppnås genom en anpassad undantagsregel som utgår från armlängdsprincipen såsom definitivt kriterium. En sådan anpassad undantagsregel kan vidare inte sägas vara effektiv gentemot de utpekade BEPS-riskerna rörande erodering av skattebasen och överflyttning av vinster. Min bedömning är att bestämmelsen inte hade kunnat åtgärda BEPS-risk 1 fullt ut avseende gränsöverskridande överflyttning av räntenetton inom koncerner. Överflyttning av räntenetton skulle nämligen enbart förhindras i den mån exempelvis räntan överstiger vad som är marknadsmässigt, det vill säga inte följer armlängdsprincipen. En sådan anpassad undantagsregel skulle inte heller fullgott åtgärda BEPS-risk 2 avseende avdrag för ränteutgifter utan motsvarande beskattning av ränteintäkten hos det andra koncernbolaget. Detta kan illustreras med hänvisning till att lån kan vara vinstöverförande

³⁵⁶ Jfr avsnitt 6.2.

³⁵⁷ Se avsnitt 7.2.1. Jfr avsnitt 5.4.3.

³⁵⁸ Jfr avsnitt 3.2.3, 4.3.2, 5.4.2-5.4.3 och 6.1.

även om de är förenade med marknadsmässiga villkor. Sådana lån bör vanligtvis inordnas i (bland annat) BEPS-risk 2 eftersom de rimligtvis genomförs när det långivande bolagets ränteinkomst av någon anledning beskattas med mindre än 20,6 procent. En anpassad undantagsregel vilken utformats utifrån armlängdsprincipen som ett definitivt kriterium, kan endast omfatta vinstöverförande lån i den utsträckning armlängdsprincipen inte följs. Med andra ord kan inte en sådan anpassad undantagsregel anses tillgodose det behov av riktade ränteavdragsbegränsningar som följer av skillnaderna mellan medlemsstaternas skattelagstiftningar.³⁵⁹

Om armlängdsprincipen slopas som definitivt kriterium ökar lagstiftarens handlingsutrymme avseende vilka lånearrangemang som får omfattas av en anpassad undantagsregel som kan motiveras utifrån grunden att förhindra skatteflykt. Utifrån resonemangen i föregående stycken skulle en anpassad undantagsregel i detta fall kunna vara effektivare mot skatteundandragande. Lånearrangemang skulle kunna räknas som konstlade eller fiktiva utifrån en mer flexibel bedömning av de omkringliggande omständigheterna rörande exempelvis upptagandet av lånet. En sådan anpassning av undantagsregeln skulle enligt mig kunna omfatta fler situationer som räknas som BEPS-risk 1 och 2. Gränsöverskridande överflyttning av räntenetton, och ränteavdrag utan motsvarande beskattning av ränteintäkten, skulle få motverkas när lånearrangemang är rent konstlade enligt den nya definitionen som skulle följa av *Staatssecretaris van Financiën*.³⁶⁰

Särskilt för rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt är att alla lånearrangemang som föranletts av affärsmässiga skäl behöver uteslutas från tillämpningsområdet av en anpassad undantagsregel. Detta gäller alldeles oavsett utfallet i *Staatssecretaris van Financiën*. Exempelvis bör vinstgenererande lån alltid anses affärsmässigt motiverade oavsett förekomsten av skattefordelar. Oavsett utfallet i målet följer också en särskild brist i effektiviteten mot skatteundandragande, givet att en anpassad undantagsregel måste tillgodose övriga krav enligt rättfärdigandegrunden. Tillämpningen av ränteavdragsbegränsningen måste bero på att rent konstlade eller fiktiva lånearrangemang identifieras utifrån antingen armlängdsprincipen eller andra objektiva och verifierbara omständigheter. Vidare måste det kunna fastslås en med lånet subjektiv avsikt att erhålla skattefordelar. Att ett lån är vinstöverförande, eller i övrigt innebär artificiell vinstöverföring som eroderar skattebasen, räcker alltså inte för att ränta ska kunna vägras. Den fördel som följer av att armlängdsprincipen slopas som kriterium, det vill säga vidden av lånearrangemang som teoretiskt *får* motverkas, tappar eventuellt betydelse till följd av en svår och ineffektiv tillämpningen av bestämmelsen.³⁶¹

³⁵⁹ Se avsnitt 7.2.1. Jfr avsnitt 2.2, 3.2.3, 5.4.2-5.4.3 och 6.1.

³⁶⁰ Se avsnitt 2.2 och 7.2.1. Jfr avsnitt 6.2.

³⁶¹ Se avsnitt 7.2.1. Jfr avsnitt 4.5, 5.4.2 och 6.2.

7.4.2 Vid rättfärdigande enligt en sammanvägning av grunderna

Om en anpassad undantagsregel som enbart träffar vinstöverförande lån i stället kan motiveras enligt en sammanvägning av rättfärdigandegrunderna, ökar enligt mig bestämmelsens effektivitet mot skatteundandragande. En sådan undantagsregel skulle avse *risk*en för skatteflykt eller BEPS-förfaranden, och därav få motverka möjligheten till koncerninterna lån som presumeras innebära sådana effekter. Enligt mig utgör denna utformning av regeln ett effektivare verktyg i fråga om att identifiera och motverka skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag. För det första beror (eventuellt) inte tillämpningen av bestämmelsen på om villkoren uppfyller armlängdsprincipen. Detta medför ett bättre skydd för skattebasen eftersom lån förklaras kunna vara vinstöverförande, och alltså erodera skattebasen, även när lånevillkoren är marknadsmässiga. En anpassad undantagsregel som enbart träffar vinstöverförande lån bör anses vara effektiv mot lånearrangemang som saknar affärsmässiga skäl och vars syfte är att artificiellt överföra vinster.³⁶²

En anpassad undantagsregel som enbart träffar vinstöverförande lån kan enligt mig också vara särskilt effektiv eftersom tillämpningen inte borde vara allt för komplicerad. Det räcker att det enligt bestämmelsen uppställs en presumtion för förekomsten av BEPS-förfarande eller skatteflykt. Förekomsten av ett vinstöverförande lån kan vidare tänkas vara möjlig att peka ut utifrån (förutsebara, objektiva och relevanta) omständigheter som är förhållandevis lätta att identifiera. Exempelvis bör den omständighet att ett koncerninternt lån använts för ett kapitaltillskott kunna läggas till grund för presumtionen.³⁶³

I förhållande till de presenterade BEPS-riskerna kan det konstateras att denna anpassning av undantagsregel hade åtgärdat BEPS-risk 1 och 2 till den del det rör sig om just vinstöverförande lån. Vinstöverförande lån borde vidare i regel förverkliga antingen BEPS-risk 1 eller 2. För det första vidtas lånen rimligtvis när ränteinkomsten beskattas med mindre än 20,6 procent hos det mottagande koncernbolaget. För det andra kan överföringen av obeskattade vinster inom koncernen utgöras av just ett räntenetto. Såväl BEPS-risk 1 som 2 kan visserligen tänkas avse även vinstgenererande lån. Sådana lån kan nämligen medföra en överflyttning av räntenetton, eller ett ränteavdrag utan motsvarande beskattning av ränteinkomsten, även om lånen samtidigt har en positiv effekt på den svenska skattebasen. Sammantaget menar jag dock att denna utformning av en anpassad undantagsregel skulle vara effektiv mot skatteundandragande. Ränteavdrag hade kunnat vägras på alla gränsöverskridande vinstöverförande lån så länge som inte bolagen lyckas visa på affärsmässiga skäl till

³⁶² Se avsnitt 7.2.2. Jfr avsnitt 3.2.3, 5.4.2-5.4.3 och 5.6.

³⁶³ Se avsnitt 7.2.2. Jfr avsnitt 3.2.3.

lånet. Vidare tycks det också vara det mest effektiva alternativet inom ramen för vilka utformningar av en anpassad undantagsregel som faktiskt kan tänkas vara förenliga med EU-rätten.³⁶⁴

³⁶⁴ Se avsnitt 2.2 och 7.2.2. Jfr avsnitt 3.2.3 och 5.4.2.

8 Sammanfattande ord

Målet med uppsatsen har varit att utredningen, efter analys av vad som framkommit, ska ha behandlat vilka rättsliga möjligheter som finns för Sverige att behålla undantagsregeln i 24 kap. 18 § andra stycket IL. De yttre hållpunkterna för framställningen har varit att undantagsregeln behöver anpassas för att bli förenlig med etableringsfriheten, och att så gott som möjligt tillgodose intresset av att undantagsregeln effektivt ska kunna förhindra skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag.

Avseende den första hållpunkten kan följande på ett summerande sätt sägas. Möjligheterna att utforma en anpassning av undantagsregeln, som EU-domstolen skulle kunna tänkas anse vara motiverad utifrån rättfärdigandegrunderna och kravet på proportionalitet, är begränsade. Att skattelagstiftning är förenlig med EU-rätten är emellertid en nödvändighet. Därav är det av vikt att urskilja kraven enligt EU-rätten för att inte en ändring av undantagsregeln, genom en repetition av *Lexel*, ska komma att bli förklarad oförenlig med etableringsfriheten.

Avseende möjligheterna till rättfärdigande i stort, och uppfyllande av proportionalitetskravet, beror frågan på utfallet i *Staatssecretaris van Financiën* rörande vilken betydelse armlängdsprincipen ska ges. Målet sätter inte bara gränserna för vilka lånearrangemang som kan anses rent konstlade eller fiktiva utifrån rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt. Utfallet kan också avgöra i vilken utsträckning en ränteavdragsbegränsning, som kan tänkas motiveras sett till grunden att förhindra skatteflykt eller en sammanvägning av grunderna, får vägra ränteavdrag och samtidigt vara proportionerlig. Enligt mig finns det emellertid skäl för antagandet att spelutrymmet är något större om en anpassning av undantagsregeln utformas med hänsyn till en sammanvägning av rättfärdigandegrunderna. Genom beaktandet av behovet att säkerställa den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten tycks andra möjligheter kunna aktualiseras. Tonvikt i denna del ligger på huruvida EU-domstolen skulle anse att en ränteavdragsbegränsning som bara träffar vinstöverförande lån specifikt lyckas förhindra risken för gränsöverskridande resultatutjämnning, och inte bara en minskning av svenska skatteintäkter. Gränsöverskridande vinstöverförande lån bör nämligen enligt mig anses rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten. En annan sak är emellertid att förutsättningarna enligt rättfärdigandegrunden att förhindra skatteflykt är något mer raka och tydliga, om än snäva. En undantagsregel som utformas strikt utifrån att enbart träffa rent konstlade eller fiktiva lånearrangemang i enlighet med de närmare kraven enligt rättfärdigandegrunden bör medföra en möjlighet till EU-förenlighet. Däremot kan man fråga sig om en sådan utformning över huvud taget skulle vara effektiv mot skatteundandragande med ränteavdrag.

Vid sidan om att en utformning av en anpassad undantagsregel måste iakttä rättfärdigandegrunderna, och proportionalitetskravet i förhållande till dessa, är det också av vikt att ta hänsyn till proportionalitetskravet i fråga om regelns tydlighet.

Avseende den andra hållpunkten, att utforma en ränteavdragsbegränsning som är effektivt mot skatteundandragande, anser jag att handlingsutrymmet för Sverige även här är större om en anpassad undantagsregel utformas med hänsyn till förutsättningarna att motivera nationell skattelagstiftning utifrån sammanvägningen av rättfärdigandegrunderna. Rättfärdigandegrunderna att förhindra skatteflykt är snävare i fråga om både vilka lånearrangemang som får träffas, och kraven på hur sådana i praktiken identifieras vid tillämpningen av ränteavdragsbegränsningen. I denna del uppkommer den högst relevanta frågan om ränteavdrag enligt en rättfärdigad undantagsregel skulle få vägras fullt ut, eller till den del armlängdsprincipen inte uppfylls. För svaret på denna fråga är åter igen utfallet *Staatssecretaris van Financiën* av stor betydelse. Vid en sammanvägning av grunderna kan det dock tänkas att utfallet inte nödvändigtvis är avgörande eftersom målet avser grunden att förhindra skatteflykt betraktad ensam. Enligt mig är vidare BEPS-riskerna en intressant måttstock i fråga om hur effektiv en anpassad undantagsregel är mot skatteundandragande genom upplägg med ränteavdrag.

I skrivande stund kan det sammantaget konstateras att läget är högst oklart. Först det första kan mer tydlighet följa först när EU-domstolen lämnat sitt avgörande i *Staatssecretaris van Financiën*. Därutöver finns inget självklart svar på frågan om vilka möjligheterna som enligt EU-domstolen finns för en sammanvägning av rättfärdigandegrunderna i förhållande till just riktade ränteavdragsbegränsningar. Jag inväntar spánt såväl EU-domstolens kommande avgörande, som den särskilde utredarens redovisning av uppdraget från regeringen.

Källförteckning

KÄLLOR

Offentligt tryck

Departementspromemorior och kommittédirektiv

Dir. 2023:107 Tilläggsdirektiv till 2021 års utredning om vissa internationella företagsskattefrågor (Fi 2021:07).

Dir 2022:28 Tilläggsdirektiv till utredningen En uppföljning av de nya skattereglerna för företagssektorn (Fi 2021:07).

Dir. 2021:97 En uppföljning av de nya skattereglerna för företagssektorn.

Fi2017/02752/S1 Nya skatteregler för företagssektorn.

Fi2014/04205 Svar på kompletterande formell underrättelse angående avdragsrätt för ränta på koncerninterna lån (överträdelseärende nr 2013/4206).

Fi2014/4205 Svar på formell underrättelse angående avdragsrätt för ränta för koncerninterna lån (kommissionens ref SG-Greffe (2014)D/17633, ärendenr 2013/4206).

Fi2008/4093 Förslag om begränsningar i avdragsrätten för ränta m.m. på vissa skulder.

Propositioner

Prop. 2017/18:245 Nya skatteregler för företagssektorn.

Prop. 2012/13:1 Budgetproposition för 2013.

Prop. 2008/09:65 Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteregler för företag.

Prop. 1999/2000:2 Del 1 Inkomstskattelagen.

Prop. 1996/97:170 Reformerad skatteflyktslag.

Prop. 1982/83:84 med förslag till lag om ändring i lagen (1980:865) mot skatteflykt m.m.

Skatteverkets promemorior, ställningstaganden

Skatteverkets ställningstagande, dnr 131 117306-13/111, Några frågor vid tillämpningen av ränteavdragsbegränsningsreglerna gällande väsentligt inflytande, undantaget från 10%-regeln och ventilen, 2013-02-25.

Övrigt

Elektroniska källor

Deij, Coen (2023a): ”Motstridiga domskäl’ – Coen Deij om ’ventilen’ och rättsosäkra bedömningar”, (<<https://www.nj.se/nyheter/motstridiga-doms-kal-coen-deij-om-domstolarnas-bedomning-av-ventilen>>), (hämtad 2023-12-19).

Deij, Coen (2023b): ’Rättssäkerhet i skattemål börjar hos Skatteverket’, (<<https://www.nj.se/nyheter/rattssakerhet-i-skattemal-borjar-hos-skatteverket>>) (hämtad 2023-12-19).

de Wilde & Wisman (2022): ’After CJEU now EFTA Court too embraces arm’s-length standard as a beacon; what’s next?’ (<<https://kluwertax-blog.com/2022/06/10/after-cjeu-now-efta-court-too-embraces-arms-length-standard-as-a-beacon-whats-next/>>) (hämtad 2023-12-05).

Fall, Johan (2017): ’Digitaliseringen kräver smarta skatter’, (<https://www.svensktnaringsliv.se/blogg/fokus-pa-skatterna/digitaliseringen-kraver-smarta-skatter_1176823.html>) (hämtad 2023-11-15).

Larsson, Hans Peter (2023): ’Bolagsbeskattningen styrs av EU, OECD och FN’, (<<https://www.far.se/aktuellt/far-bloggen/2023/november/far-bloggen-om-att-bolagsbeskattningen-styrs-av-eu-oecd-och-fn/>>) (hämtad 2023-11-18).

Skatteverket, Rättslig vägledning ’Har skuldförhållandet uteslutande eller så gott som uteslutande uppkommit i syfte att uppnå en väsentlig skatteförmån?’, (<<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2023.16/376555.html#h-Har-en-vasentlig-skatteforman-uppkommit>>) (hämtad 2023-12-27).

Skatteverkets, Rättslig vägledning ’Skatteförmån’, (<<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2023.15/339278.html>>) (hämtad 2023-12-27).

EU-dokument

EU-kommissionen, Formell underrättelse – överträdelse nummer 2013/4206, Bryssel den 26 november 2014, C(2014) 8699 final.

EU-kommissionen, kompletterande Formell underrättelse – överträdelse nummer 2013/4206, Bryssel den 9 juni 2021, C(2021) 2743 final.

Högsta förvaltningsdomstolen

Protokollsbilaga till HFD:s begäran om förhandsavgörande i mål C-484/19 Lexel AB mot Skatteverket, EU:C:2021:34 (Cit. ”Protokollsbilagan till HFD:s begäran om förhandsavgörande i *Lexel*”).

OECD:s publikationer

OECD, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, 2015 (Cit. "Action 4-2015 Final Report").

Skatteverkets yttranden

Skatteverkets yttrande till EU-domstolen i mål nr C-484/19 (*Lexel*), 2019-10-30 (Cit. "Skatteverkets yttrande").

Examensarbeten

Woode, Wilma (2023): "Begränsningsreglerna avseende riktade ränteavdrag – En analys av regelverkets förenlighet med EU-rättens fördragsfrihet avseende fria kapitalrörelser", Masteruppsats vid Linköpings universitet.

Friedrich, Oscar (2022): "Ränteavdragsbegränsningar vid interna lån mellan företag i intressegemenskap – en rättsvetenskaplig studie om de riktade ränteavdragsbegränsningsreglernas förenlighet med unionsrättens etableringsfrihet", Examensarbete vid Lunds universitet.

Tale, Alexander (2022): "Targeted interest deduction limitation rules post-Lexel", Masteruppsats från Ekonomihögskolan vid Lunds universitet.

Hamilton, Malcolm (2021): "Undantagsregeln, en inskränkning i etableringsfriheten? – En studie om undantagsregeln i ränteavdragsbegränsningsreglerna är förenlig med EU-rätten", Examensarbete vid Lunds universitet.

Johansson, Emil (2021a): "Låter staten kapitalet sitta i valfri båt? – En analys av de svenska ränteavdragsbegränsningsreglernas förenlighet med EU-rättens fria rörlighet för kapital", Examensarbete vid Lunds universitet.

Johansson, Victoria (2021b): "Tolkningen av begreppet skatteförmån i ränteavdragsbegränsningsreglerna", Examensarbete vid Lunds universitet.

Höök, Ludvig (2021): "Ränteavdragen och den fria rörligheten för kapital", Examensarbete vid Uppsala universitet.

Törn, Oliver (2021): "Rent fiktiv eller konstlad – en undersökning av det kvantitativa kravet i 24 kap. 18 § 2 st. IL", Examensarbete vid Lunds universitet.

Marciniak, Victor (2020): "2013- och 2019 års riktade ränteavdragsregler och deras förenlighet med EU-rätten", Examensarbete vid Lunds universitet.

Litteratur

- Andersson, Thomas; Mauritzson, Jonas (2015): *Svenska bolags rätt till avdrag för koncerninterna räntebetalningar – en nulägeskommentar*, Svensk Skattetidning 2015:4 s. 325–339.
- Berglund, Martin; Dahlberg, Mattias (2022): *AI Etableringsfrihet*, Skattenytt 2022 s. 300.
- Bernitz, Ulf; Kjellgren, Anders (2022): *Europarättens grunder*, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2022.
- Carneborn, Christian; Uggla, Carl-Magnus (2022): *Skatteflyktslagen. En kommentar*, (2022-11-25, Version 3, JUNO).
- Dahlberg, Mattias (2021): *Sveriges ränteavdragsbegränsningsregler och EU-domstolens avgörande i mål nr C-484/19 Lexel AB mot Skatteverket*, Skattenytt 2021 s. 279–292.
- Dahlberg, Mattias (2020): *Internationell beskattning*, 5 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2020.
- Deij, Coen (2021a): *Begreppet långgivare i ränteavdragsbegränsningsreglerna*, Svensk Skattetidning 2021:2 s. 142–159.
- Deij, Coen (2021b): *De riktade ränteavdragsreglerna – fortsatt rättsosäkerhet kring begreppet skatteförmån*, Skattenytt 2021 s. 536–542.
- Deij, Coen (2021c): *Är undantaget från tioprocentregeln förenligt med EU-rätten?*, Svensk Skattetidning 2021:2 s. 75–94.
- Deij, Coen (2020): *Begreppet den faktiska mottagaren av ränteinkomster*, Skattenytt 2020:3 s. 133-149.
- Deij, Coen (2019a): *Begreppet affärsmässigt motiverat i ventilen*, Skattenytt 2019 s. 655–671.
- Deij, Coen (2019b): *Begreppet skatteförmån i undantagsregeln*, Skattenytt 2019 s. 243–256.
- Hettne, Jörgen; Otken Eriksson, Ida (2011): *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i praktiken*, 2 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.
- Hultqvist, Anders (2016): *Om bestämdhetskravet i legalitetsprincipen*, Skattenytt 2016 s. 730–748.
- Kleineman, Jan (2018): "Rättsdogmatisk metod", i: Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, (s. 21–46), 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018.

- Melz, Peter; Silfverberg, Christer; Simon-Almendal, Teresa; Persson Österman, Roger (2023a): *Inkomstskatt – En lärobok i skatterätt – Del 1*, 19 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2023.
- Melz, Peter; Silfverberg, Christer; Simon-Almendal, Teresa; Persson Österman, Roger (2023b): *Inkomstskatt – En lärobok i skatterätt – Del 2*, 19 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2023.
- Melz, Peter; Nilsson, Peter; Norrman, Erik (2018): *Bolagsskattereformen 2019 – ränteavdragsbegränsningar*, Skattenytt 2018 s. 471–501.
- Ohlsson, Fredrik (2018): *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, Skattenytt 2018:11 s. 701–722.
- Ohlsson, Fredrik (2015): *Några tankar kring en replik*, Skattenytt 2015:1–2 s. 64–76.
- Ohlsson, Fredrik (2014a): *Dags för HFD att begära ett förhandsavgörande om ränteavdragsbegränsningsreglerna?*, Skattenytt 2014:9 s. 650–660.
- Ohlsson, Fredrik (2014b): *Ränteavdragen och EU-rätten*, Skattenytt 2014:1–2 s. 11–24.
- Ohlsson, Fredrik (2013) *Även solen har sina fläckar EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*, Skattenytt 2013 s. 102–116.
- Poulsen, Martin (2012): *Freedom of Establishment and the Balanced Allocation of Tax Jurisdiction*, Intertax, Vol. 40, nr. 3, 2012, s. 200–211.
- Påhlsson, Robert (2018): *Konstitutionell skatterätt*, 4 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2018.
- Påhlsson, Robert (2014): *Principer eller regler? Legalitet och likabehandling i beskattningen*, Skattenytt 2014 s. 554.
- Påhlsson, Robert (2011): *Skatterättspraxis i utveckling – principer för rättsfallsanalys*, Skattenytt 2011 s. 113–125.
- Reichel, Jane (2018): "EU-rättslig metod", i: Nääv, Maria; Zamboni, Mauro (red.): *Juridisk metodlära*, (s. 109–142), 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Samuelsson, Lars (2022): *A9 Koncernbeskattning*, Skattenytt 2022 s. 222–239.
- Samuelsson, Lars (2012): *HFD om räntesnurrorna – klargörande om en lagstiftning i förvandling?*, Skattenytt 2012 s. 136–154.
- Ståhl, Kristina; Persson Österman, Roger; Hilling, Maria; Öberg, Jesper (2011): *EU-skatterätt*, 3 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2011.

Tale, Alexander (2023a): *New Targeted Interest Deduction Limitation Rules Post Lexel*, Intertax vol. 51 issue 4 s. 335-348.

Tale, Alexander (2023b): *Slutet på den nordiska koncernbidragsmodellen? – En analys av mål E-3/21 PRA i EFTA-domstolen*, Skattenytt 2023:5 s. 527-543.

Tjernberg, Mats (2018): *Skatterättslig tolkning*, 1 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2018.

Trolle Önnerfors; Wenander, Henrik: *Att skriva rätt – Goda råd för att skriva uppsats i juridik*, 3 uppl., Norstedts Juridik, Lund, 2022.

Wattel, Peter J. (2021): *Lexel. Freedom of Establishment. Sweden Cannot Refuse Deduction of Interest. Substantial Tax Benefit. No Artificial Arrangement. No Balanced Allocation of the Power to Tax. Court of Justice. (Comments)*. Highlights and Insights on European Taxation vol. 6, 42–45 (Wolters Kluwer 2021).

Weber, Dennis; Wattel, Peter J. (2023): 'Free Movement and Tax Base Integrity', i: Terra, Ben J.M.; Wattel, Peter J. (red.), *European Tax Law – First Volume*, s. 231-268, 8 uppl., Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2023.

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

EU-domstolen

Mål C-484/19 *Lexel AB mot Skatteverket*, EU:C:2021:34.

Mål C-608/17 *Skatteverket mot Holmen AB*, EU:C:2019:511.

Mål C-607/17 *Skatteverket mot Memira Holding AB*, EU:C:2019:510.

Mål C-6/16 *Eqiom SAS, anciennement Holcim France SAS och Enka SA mot Ministre des Finances et des Comptes publics*, EU:C:2017:64.

Mål C-382/16 *Hornbach-Baumarkt-AG mot Finanzamt Landau*,
EU:C:2018:366.

Mål C-398/16 och C-399/16 *X BV och X NV mot Staatssecretaris van Financiën*, EU:C:2018:110.

Mål C-386/14 *Groupe Steria SCA mot Ministère des Finances et des Comptes publics*, EU:C:2015:524.

Mål C-318/10 *Société d'investissement pour l'agriculture tropicale SA (SIAT) mot État belge*, EU:C:2012:415.

Mål C-311/08 *Société de Gestion Industrielle (SGI) mot Belgiska staten*,
EU:C:2010:26.

Mål C-337/08 *X Holding BV mot Staatssecretaris van Financiën*,
EU:C:2010:89.

Mål C-157/07 *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*,
EU:C:2008:588.

Mål C-414/06 *Lidl Belgium GmbH & Co. KG mot Finanzamt Heilbronn*,
EU:C:2008:278.

Mål C-443/06 *Erika Waltraud Ilse Hollmann v Fazenda Pública*,
EU:C:2007:600.

Mål C-231/05 *Oy AA*, EU:C:2007:439.

Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes plc och Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue*, EU:C:2006:544.

Mål C-341/04 *Eurofood IFSC Ltd*, EU:C:2006:281.

Mål C-347/04 *Rewe Zentralfinanz eG mot Finanzamt Köln-Mitte*, EU:C:2007:194.

Mål C-513/04 *Mark Kerckhaert och Bernadette Morres mot Belgische Staat*, EU:C:2006:713.

Mål C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, EU:C:2007:161.

Mål C-446/03 *Marks & Spencer plc mot David Halsey (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, EU:C:2005:763.

Mål C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant mot Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, EU:C:2004:138.

Mål C-255/02 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd, och Commissioners of Customs & Excise*, EU:C:2006:121.

Mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst mot Finanzamt Steinfurt*, EU:C:2002:749.

Mål C-436/00 *X och Y mot Riksskatteverket*, EU:C:2002:704.

Mål C-311/97 *Royal Bank of Scotland plc mot Elliniko Dimosio*, EU:C:1999:216.

Mål C-336/96 *Mr and Mrs Robert Gilly v Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*, EU:C:1998:221.

Mål C-250/95 *Futura Participations SA och Singer mot Administration des contributions*, EU:C:1997:239.

Mål C-55/94 *Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, EU:C:1995:411.

Mål C-1/93 *Halliburton Services v Staatssecretaris van Financiën*, EU:C:1994:127.

Mål 120/78 *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, EU:C:1979:42 (Cit. ”Mål 120/78 (*Cassis de Dijon*)”).

Mål 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA*, EU:C:1978:49.

Mål 8-74 *Procureur du Roi mot Benoît et Gustave Dassonville*, EU:C:1974:82.

Mål 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft mbH mot Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, EU:C:1970:114.

Mål C-6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

Mål C-26/62 *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen*, EU:C:1963:1.

Generaladvokatens förslag till avgörande

C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, EU:C:2006:436.

Begäran om förhandsavgörande

Hoge Raad den Nederlandens begäran om förhandsavgörande i det pågående målet C-585/22 (*X BV mot Staatssecretaris van Financiën*) (Cit. ”begäran om förhandsavgörande i det pågående målet C-585/22 (*Staatssecretaris van Financiën*)”).

HFD:s begäran om förhandsavgörande i mål C-484/19 *Lexel AB mot Skatteverket*, EU:C:2021:34 (Cit. ”HFD:s begäran om förhandsavgörande i *Lexel*”).

Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten)

HFD 2021 ref. 68.

HFD 2021 not. 10.

HFD 2011 ref. 90 I-V.

RÅ 2007 ref. 85.

RÅ 2007 ref. 84.