Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NICHOLAS EMILIOU
föredraget den 14 mars 2024 [1]

Mål C-585/22

X BV
mot
Staatssecretaris van Financiën

(begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna))

”Begäran om förhandsavgörande – Etableringsfrihet – Artikel 49 FEUF – Bolagsskatt – Koncerninternt, gränsöverskridande lån som tagits för att finansiera ett externt förvärv – Omöjligt att dra av räntan på ett sådant lån från de skattepliktiga inkomsterna – Rent konstlat upplägg – Begrepp – Proportionalitet”

I. Inledning

1. Benjamin Franklins bevingade ord ”inget är säkert här i världen, förutom döden och skatterna” fångar en universell sanning. Men ofta visar det sig att det är människans natur att försöka undvika just dessa oundvikligheter.

2. Förevarande begäran om förhandsavgörande har uppstått i samband med bestämmelser i nationell lagstiftning om bolagsbeskattning, särskilt utformade för att förhindra metoder för skatteflykt. Enligt denna lagstiftning antas ingåendet av en skuldförbindelse för ett lån av en skattskyldig med en enhet i samma intressegemenskap – i syfte att förvärva eller öka en andel i en annan enhet – vara ett konstlat upplägg utformat för att urholka den nederländska skattebasen. Som en följd nekas den personen dra av räntan på det lånet från sina skattepliktiga inkomster, så länge personen inte kan motbevisa presumtionen.

3. Med förevarande begäran från Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna) inbjuds domstolen att klargöra sin rättspraxis, bland annat när det gäller etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF, närmare bestämt om det är förenligt med den friheten att skattemyndigheterna i en medlemsstat förvägrar ett företag som tillhör en gränsöverskridande koncern rätten att dra av den ränta som personen betalar på en sådan låneskuld från sina skattepliktiga inkomster. Domstolen ombeds framför allt att klargöra sina resonemang i sin dom

[1] Originalspråk: engelska.

Lexel,[2] om huruvida sådana koncerninterna lån i det syftet kan betraktas som rent konstlade upplägg, även om de utförs på marknadsmässiga villkor och räntan är satt till gängse marknadsnivå.

II. Tillämpliga bestämmelser

4. I artikel 10a i Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (1969 års lag om bolagsskatt, nedan kallad lagen om bolagsskatt), i dess lydelse vid tidpunkten för tvisten i huvudförhandlingen, står följande:

”1. När vinst fastställts … får ränta – inklusive kostnader och växelkursresultat – inte dras av om den avser skulder som rättsligt eller i praktiken ska betalas direkt eller indirekt till en enhet eller en fysisk person i samma intressegemenskap försåvitt skulden, rättsligt eller i praktiken, är direkt eller indirekt hänförlig till en av följande juridiska transaktioner:

…

c. den skattskyldiges, en enhets i en intressegemenskap med den skattskyldige och som är föremål för bolagsskatt, eller en fysisk persons i en intressegemenskap med den skattskyldige och bosatt i Nederländerna, förvärv eller ökning av sin andel i en enhet som blir en enhet som hamnar i en intressegemenskap med den skattskyldige efter förvärvet eller ökningen av den andelen

…

3. Punkt 1 ska inte tillämpas om den skattskyldige gör sannolikt

a. att lånet och den sammanhängande juridiska transaktionen främst bygger på affärsmässiga överväganden, eller

b. att en vinstskatt eller inkomstskatt som är skälig i enlighet med de nederländska kriterierna i slutändan tas ut på räntan i förhållande till personen till vilken, rättsligt eller i praktiken, ränta ska betalas direkt eller indirekt …. En skatt som tas ut på vinst är skälig i enlighet med de nederländska kriterierna om den resulterar i ett uttag på en nivå av minst tio procent av den beskattningsbara vinsten som fastställts i enlighet med de nederländska kriterierna …

4. Vid tillämpningen av denna artikel …, ska följande betraktas som ingående i en intressegemenskap med den skattskyldige:

a en enhet i vilken den skattskyldige har en andel på minst en tredjedel,

b en enhet som har en andel på minst en tredjedel i den skattskyldiga personen,

c en enhet i vilken en tredje part har en andel på minst en tredjedel, där denna tredje part också har en andel på minst en tredjedel i den skattskyldiga personen.

…”.

[2] Dom av den 20 januari 2021, Lexel (C-484/19, EU:C:2021:34) (nedan kallad domen Lexel).

III. Bakgrund, målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågorna

5. Företag X (nedan kallat X eller klaganden) är ett holdingbolag bildat enligt nederländsk rätt. Det tillhör en multinationell koncern med närstående företag dit bland andra företag A och företag C hör (nedan kallade A respektive C).

6. A är moderbolaget, med säte i Belgien. A är ensam aktieägare i klaganden och majoritetsaktieägare i C.

7. C är en intern bank, också med säte i Belgien. Den erbjuder koncerninterna tjänster, däribland finansiell omstrukturering och förvaltning. Mellan år 1999 och år 2010 hade den status av att vara ett ”samordningscentrum” (i skattesyfte) enligt belgisk rätt, vilket innebar att den omfattades av ett förmånligt skattesystem, enligt vilket den beskattningsbara vinsten fastställdes som en schablon.

8. År 2000 förvärvade X aktierna i företaget F (nedan kallat F), med säte i Nederländerna. Som ett resultat av det förvärvet hamnade F i en intressegemenskap med klaganden.

9. X finansierade förvärvet genom lån som tagits upp hos C. Det senare företaget beviljade dessa lån från sina egna medel, som det hade erhållit kort dessförinnan genom ett kapitaltillskott från A. De aktuella lånen medförde ränta enligt marknadsmässig räntesats.

10. Från den 1 januari 2001 slogs X och F samman till en beskattningsbar enhet, där X utsågs till moderbolag. Som sådan togs den upplupna skatten för både F och X ut av det senare företaget. X kunde även dra av räntekostnaderna det betalade till C från inkomsterna som genererats av F. Som ett resultat av det avdraget hade enheten mycket låg bolagsskatt att betala i Nederländerna.

11. År 2007 drog X av räntan på sina lån från C i bolagets skattedeklaration. Staatssecretaris van Financiën (statssekreterare vid finansministeriet med ministerlika befogenheter, Nederländerna) avslog emellertid det avdraget på grundval av artikel 10a i lagen om bolagsskatt.

12. Klaganden överklagade avslagsbeslutet till Rechtbank Gelderland (Distriktsdomstolen för Gelderland, Nederländerna) och sedan till Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (Appellationsdomstolen i Arnhem-Leeuwarden, Nederländerna).

13. Genom dom av den 20 oktober 2020 fastställde den senare domstolen att begränsningen av ränteavdraget var förenlig med unionsrätten. Den anförde att syftet med den lagstiftningen (som syftar till att förhindra urholkning av den nederländska skattebasen genom skadliga metoder där artificiellt genererade räntekostnader dras av mot inkomster) var rättfärdigat och proportionerligt.

14. Klaganden överklagade domen till Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen), som är den hänskjutande domstolen i förevarande mål.

15. Enligt den hänskjutande domstolens fasta rättspraxis utgör skuldförbindelser som ingåtts godtyckligt utan kommersiellt rättfärdigande rent konstlade upplägg avsedda enbart att ge upphov till en avdragsgill kostnad, oavsett om räntan är exakt densamma som skulle ha avtalats mellan två oberoende företag på marknadsmässiga villkor.

16. Den hänskjutande domstolen ställer sig bakom Gerechtshof Arnhem-Leeuwardens (Appellationsdomstolen i Arnhem-Leeuwarden) slutsatser och anser därför, när sådana omständigheter gör sig gällande, att det fullständiga avslaget på ränteavdrag för gäldenärer är riktigt och proportionerligt, eftersom en sådan åtgärd syftar till att motverka skatteflykt genom att ta sikte på metoder där skulden genereras genom ett rent konstlat upplägg.

17. Den hänskjutande domstolen ställer sig emellertid frågan om den ståndpunkten är riktig i ljuset av domstolens dom Lexel.

18. Den domen kan mycket riktigt förstås som att koncerninterna transaktioner, till exempel att ingå en skuldförbindelse med en enhet som är relaterad till den skattskyldige, inte kan betraktas som rent konstlade upplägg om de genomförs på marknadsmässiga villkor. Om en sådan tolkning är korrekt uttrycker den hänskjutande domstolen ytterligare tvivel kring huruvida den fullständigt förvägrade rätten till ränteavdrag är förenlig med proportionalitetsprincipen enligt unionsrätten.

19. Till sist söker den hänskjutande domstolen klarhet i om distinktionen mellan den nationella rätten i fråga i förevarande mål, som har avseende på både intern omstrukturering och externa förvärv, och den relevanta rätten i domen Lexel som inte avsåg externa förvärv, har någon betydelse.

20. Mot denna bakgrund beslutade Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till domstolen:

”(1) Ska artiklarna 49, 56 och/eller 63 FEUF tolkas så, att de utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken räntan på en låneskuld till ett företag som den skattskyldige är i intressegemenskap med – och där skulden har samband med förvärv eller ökning av andelar i ett företag som efter förvärvet eller ökningen ingår i samma intressegemenskap – inte kan dras av vid fastställandet av den skattskyldiges vinst, på grund av att den skattskyldiges skuld måste betraktas som (en del av) ett rent konstlat upplägg, oavsett om den aktuella skulden har tagits upp på marknadsmässiga villkor eller inte?

(2) Om fråga 1 ska besvaras nekande, ska då artiklarna 49, 56 och/eller 63 FEUF tolkas så, att de utgör hinder för nationell lagstiftning enligt vilken avdrag av räntan på en låneskuld till ett företag som den skattskyldige är i intressegemenskap med som uppkommit genom vad som måste betraktas som (en del av) ett rent konstlat upplägg – och där skulden har samband med förvärv eller ökning av andelar i ett företag som efter förvärvet eller ökningen ingår i samma intressegemenskap – helt ska nekas vid fastställandet av den skattskyldiges vinst, även om räntan i sig inte överstiger det belopp som självständiga företag skulle ha avtalat?

(3) Påverkas svaret på frågorna 1 och/eller 2 av om nämnda förvärv eller ökning av andelar avser a) ett företag som redan före förvärvet eller ökningen ingick i samma intressegemenskap som den skattskyldige eller att b) ett företag som först efter förvärvet eller ökningen ingår i samma intressegemenskap som den skattskyldige?”

21. Klaganden, den belgiska, den spanska och den nederländska regeringen samt Europeiska kommissionen har ingett skriftliga yttranden. Klaganden, den spanska och den nederländska regeringen samt kommissionen yttrade sig vid förhandlingen den 15 november 2023.

IV. Bedömning

22. Den hänskjutande domstolens tre frågor har sitt ursprung i reglerna om bolagsbeskattning i Nederländerna. Dessa frågor gäller mer specifikt följande frågeställning. Medan det är möjligt enligt dessa regler för ett företag med skatterättslig hemvist i Nederländerna att dra av räntan på skuldförbindelsen det har ingått från sina beskattningsbara inkomster och sålunda sänka skatten det ska betala, inskränks den möjligheten av den omtvistade bestämmelsen, närmare bestämt artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt, när det gäller koncerninterna lån.

23. Den bestämmelsen är tillämplig när en skuldförbindelse för ett lån ingås av den skattskyldige med ett företag i samma intressegemenskap (det vill säga ett annat företag från koncernen som den personen tillhör, till exempel en intern bank) för att finansiera ett förvärv eller en ökning av en andel i en enhet som redan ingick i samma intressegemenskap som den skattskyldige före ett sådant förvärv eller ökning (intern omstrukturering) eller en enhet som först efter det hamnar i samma intressegemenskap som den skattskyldige (externt förvärv).

24. Oavsett scenario är det inte tillåtet för den skattskyldige att dra av räntan på en sådan skuld, även om räntan som tas ut är likvärdig med vad som skulle ha avtalats med en enhet utanför intressegemenskapen, till exempel en extern bank. Anledningen är att bestämmelsen fastlägger en presumtion om att en sådan skuldförbindelse, som ingås med ett annat företag i samma koncern, utgör (eller är en del av)[3] ett rent konstlat upplägg som har som enda syfte att urholka den nederländska skattebasen.

25. Inte desto mindre kan den skattskyldige enligt artikel 10a.3 i lagen om bolagsskatt motbevisa den presumtionen och sålunda dra av sådan ränta från sina beskattningsbara inkomster genom att påvisa antingen att a) lånet i själva verket främst bygger på kommersiella överväganden eller b) en vinstskatt eller inkomstskatt som är skälig i enlighet med de nederländska kriterierna (omkring tio procent) i slutändan tas ut på räntan av det företag som beviljade lånet.

26. Genom dessa tre frågor, som är lämpliga att behandla tillsammans, vill den hänskjutande domstolen i sak få veta om denna nationella lagstiftning är förenlig med artikel 49 FEUF om etableringsfriheten, artikel 56 FEUF om friheten att tillhandahålla tjänster och/eller artikel 63 FEUF om den fria rörligheten för kapital.

27. Eftersom dessa frågor hänför sig till flera grundläggande friheter är det nödvändigt att börja med att fastställa vilken frihet som är tillämplig i förevarande mål (A). Jag ska sedan bedöma huruvida den nationella lagstiftningen i fråga ger upphov till en inskränkning av den relevanta friheten (B) innan jag överväger om en sådan inskränkning är tillåtlig (C).

A. Etableringsfriheten är den relevanta friheten

28. Det är fast rättspraxis att frågan om huruvida nationell lagstiftning omfattas av någon av de grundläggande friheterna som garanteras genom FEUF ska avgöras med beaktande av ändamålet med den aktuella lagstiftningen.[4]

[3] Ett sådant upplägg kan utgöras av flera steg, varav ett är lånet (se till exempel punkt 92 nedan).

[4] Se, bland annat, dom av den 16 februari 2023, Gallaher (C-707/20, EU:C:2023:101, punkt 55 och där angiven rättspraxis) (nedan kallad domen Gallaher).

29. Som de regeringar som yttrat sig samt kommissionen gjort gällande förefaller det klart för mig, i ljuset av dess syfte, att artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt avser etableringsfriheten som garanteras genom artikel 49 FEUF.

30. I det avseendet framgår det tydligt av domstolens rättspraxis att nationella regler som endast hänför sig till förbindelser inom en koncern främst inverkar på etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF. På liknande sätt omfattas nationell lagstiftning, som endast är avsedd att tillämpas på andelsinnehav som ger innehavaren ett bestämmande inflytande över ett företags beslut och verksamhet, av samma unionsrättsliga bestämmelse. [5]

31. Jag erinrar om att artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt är tillämplig när en skuldförbindelse ingås av en skattskyldig i) med en enhet i samma intressegemenskap och ii) för finansiering av ett förvärv eller en ökning av en andel i en enhet som redan var ”relaterad” till den personen före förvärvet eller ökningen eller en enhet som efter det blir ”relaterad” till den personen. Enligt artikel 10a.4 i samma lag betraktas enheter som ”relaterade”, för tillämpningen av den första bestämmelsen, då de äger, direkt eller indirekt, minst 33,3 procent av aktierna i den andra, eller då en tredje enhet äger 33,3 procent av aktierna i båda enheterna.

32. Därför avser de omtvistade bestämmelserna endast förbindelser inom en koncern, eftersom deras räckvidd begränsas till koncerninterna lån. De tillämpas vidare endast på ränta på ett sådant lån som tagits upp av den skattskyldige i syfte att förvärva en procentsats av innehavet som är tillräckligt hög för att göra det möjligt för den personen att utöva ett bestämmande inflytande över enheten man förvärvar andelar i. [6] I beslutet om hänskjutande specificeras att X i själva verket har ett betydligt större innehav i F än den lägsta procentsats som krävs enligt dessa bestämmelser.

33. Jag anser det därför lämpligt att granska den nationella lagstiftningen i fråga och svara på frågorna som ställts av den hänskjutande domstolen enbart i ljuset av artikel 49 FEUF. [7]

B. Sådan nationell lagstiftning innebär en inskränkning av etableringsfriheten

34. Jag erinrar om att etableringsfriheten som enligt artikel 49 FEUF tillerkänns unionsmedborgare inbegriper, i enlighet med artikel 54 FEUF, en rätt för bolag – som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och vilka har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen – att utöva verksamhet i en annan medlemsstat genom ett dotterbolag, en filial eller ett kontor. [8]

35. I förevarande mål har X argumenterat för att artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt innehåller en inskränkning av den friheten, för att den bestämmelsen behandlar gränsöverskridande situationer mindre förmånligt än rent interna.

[5] Se domen Gallaher, punkterna 56–58 och där angiven rättspraxis.

[6] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 13 oktober 2022, Finanzamt Bremen (C-431/21, EU:C:2022:792, punkterna 25 och 26).

[7] Om den aktuella nationella lagen har inskränkande effekter på friheten att tillhandahålla tjänster eller på den fria rörligheten för kapital är sådana effekter de oundvikliga konsekvenserna av att ett sådant hinder för etableringsfriheten, varför en separat bedömning inte är nödvändig. Se domen Gallaher, punkt 61 och där angiven rättspraxis.

[8] Se, bland annat, dom av den 8 oktober 2020, Impresa Pizzarotti (Avvikande förmån som en filial med hemvist i landet har gett till ett bolag som inte har hemvist i landet) (C-558/19, EU:C:2020:806, punkt 21).

36. Mer specifikt har X anfört att om den skattskyldige ingår en skuldförbindelse för ett lån med en enhet i samma intressegemenskap (till exempel den interna banken i koncernen som den är en del av) med säte i Nederländerna kan den systematiskt dra av räntan på det lånet från sina beskattningsbara inkomster, eftersom villkoret i artikel 10a.3 b i den lagen alltid är uppfyllt. Enheten i samma intressegemenskap ska givetvis betala en vinst- eller inkomstskatt, i förhållande till den räntan ”som är skälig i enlighet med de nederländska kriterierna”, eftersom den nederländska skattesatsen på tio procent är tillämplig. Den skattskyldige kan alltså alltid vederlägga den presumtion som är fastlagd i den första bestämmelsen. Om den skattskyldige däremot ingår en sådan skuldförbindelse för ett lån med en enhet i samma intressegemenskap i en annan medlemsstat är det svårare för den personen att dra av räntan på det lånet, eftersom det villkoret inte alltid kommer att vara uppfyllt (eftersom lägre vinstskatt eller inkomstskatt kan tillämpas av andra medlemsstater på en sådan enhet, som Belgien gjorde på C vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna. När så inte är fallet kan den skattskyldige endast erhålla den förmånen genom att uppfylla villkoret i artikel 10a.3 a, det vill säga genom att visa att lånet och den sammanhängande transaktionen främst bygger på kommersiella överväganden. Den hänskjutande domstolen och kommissionen delar den bedömningen.

37. Den nederländska regeringen argumenterar emellertid för att det inte är fråga om någon inskränkning av etableringsfriheten. I huvudförhandlingen i målet har endast A (moderbolaget), med säte i Belgien, utövat den friheten, framför allt genom att bilda sitt dotterbolag X i Nederländerna. Etableringsfrihetens syfte är att garantera ett sådant moderbolag förmånen att behandlas som ett nationellt företag i medlemsstaten där det bildar ett dotterbolag genom att förbjuda all diskriminering på grund av på vilken plats det har sitt säte. I förevarande mål innehåller inte artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt en sådan diskriminering. Den bestämmelsen tillämpas, när det gäller möjligheten för ett företag baserat i Nederländerna att dra av ränta på koncerninterna lån, mycket riktigt på samma sätt, oavsett om moderbolaget till det senare har säte i Nederländerna eller i en annan medlemsstat. [9]

38. Den nederländska regeringen har i andra hand anfört att även om den långivande enhetens (koncernens interna banks) ort hade varit en relevant faktor för att bedöma förefintligheten av en inskränkning av etableringsfriheten skulle det ändå inte förekomma någon olika behandling som motsvarar en sådan inskränkning. Mycket riktigt tillämpas artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt utan distinktion på skuldförbindelser som ingåtts mellan enheter i samma intressegemenskap som är etablerade i Nederländerna och skuldförbindelser som ingåtts mellan enheter i samma intressegemenskap som är etablerade i olika medlemsstater, och villkoret i artikel 10a.3 b kan i själva verket vara uppfyllt även om den interna banken har sitt säte i en annan medlemsstat. Den spanska regeringen delar i sak denna ståndpunkt.

39. Jag intar samma ståndpunkt som X och kommissionen.

40. Det är obestridligen så som den nederländska regeringen anfört att här bör fokus i analysen ligga på huruvida artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt inskränker A:s utövande av sin etableringsrätt, eftersom A mycket riktigt är det enda företag som har utnyttjat den friheten, bland annat genom att bilda ett dotterbolag (X) i en medlemsstat (Nederländerna) annan än den medlemsstat det självt har sitt säte i (Belgien). Jag är också av uppfattningen att den bestämmelsen inte innehåller en diskriminering baserat på vilken plats det företaget har sitt säte. Enligt den bestämmelsen skulle A:s dotterbolag, X, ha behandlats på samma sätt om A hade varit etablerat i Nederländerna i stället för i Belgien.

[9] Den nederländska regeringen hänvisar, analogt, till domen Gallaher, punkterna 69–74.

41. Begreppet inskränkning av etableringsfriheten är emellertid inte begränsat till en sådan diskriminering. Medan bestämmelserna i FEUF om den friheten syftar till att säkerställa att utländska medborgare och företag behandlas på samma sätt i värdmedlemsstaten som den statens medborgare och företag har domstolen upprepade gånger kommit fram till att etableringsfriheten har en väldigt vid omfattning. Alla åtgärder som förhindrar, hämmar eller gör utövandet mindre attraktivt måste de facto betraktas som inskränkningar av den friheten. [10]

42. I förevarande mål gör jag först iakttagelsen, att om de omtvistade bestämmelserna i nederländsk rätt med avseende på möjligheten att dra av ränta på ett koncerninternt lån behandlar ett dotterbolag med skatterättslig hemvist (som X) till ett dotterbolag med säte i en annan medlemsstat (som A) olika beroende på om koncernens interna bank som beviljade det lånet (C i det här fallet) är etablerat i Nederländerna eller en annan medlemsstat, leder den skillnaden i behandling till att det blir mindre attraktivt för moderbolaget att utöva sin etableringsfrihet.

43. En sådan skillnad skulle avhålla det moderbolaget från att strukturera koncernen på det sätt det vill genom att det etablerar sin interna bank i en annan medlemsstat än Nederländerna. Det förfördelar de facto gränsöverskridande koncerner, vilkas existens bygger på utövandet av etableringsfriheten, jämfört med koncerner som är ”rent interna” i Nederländerna. De förra kommer i motsats till de senare ofta att vara strukturerade så, att deras interna bank är etablerad i en annan medlemsstat.

44. Resonemanget är detsamma om man vänder på perspektivet och, i ljuset av det hypotetiska scenariot som den nederländska regeringen framkastat, i stället resonerar att A skulle ha haft sitt säte i Nederländerna. I det scenariot skulle en sådan skillnad i behandling också göra det mindre attraktivt för moderbolaget att utöva sin etableringsfrihet genom att bilda en intern bank i en annan medlemsstat. [11] Om det företaget gjorde så skulle det helt visst ha en nackdel jämfört med ett liknande företag som inte utövar den friheten och i stället inrättar en intern bank i Nederländerna.

45. Domstolens dom Lexel [12] bekräftar enligt mitt förmenande den tolkningen. Jag erinrar om att det målet gällde omöjligheten enligt svensk rätt för ett svenskt företag som var en del av en internationell koncern att dra av räntan på ett lån som tagits i koncernens interna bank, närmare bestämt ett annat företag etablerat i Frankrike. Moderbolaget till koncernen hade också sitt säte i Frankrike. I det fallet låg skillnaden i behandling i att om den interna banken hade funnits i Sverige hade ett sådant avdrag varit möjligt. Domstolen ansåg med rätta att den skillnaden utgjorde en inskränkning av etableringsfriheten. [13]

46. För det andra lägger jag märke till att de omtvistade bestämmelserna i nederländsk rätt mycket riktigt förefaller ge upphov till en sådan skillnad i behandling baserat på sätet för den interna banken i koncerner.

47. Som den nederländska regeringen gjort gällande skiljer de relevanta bestämmelserna i nederländsk rätt uppenbarligen inte direkt på om den interna banken som beviljade den skattskyldige det aktuella koncerninterna lånet har säte i Nederländerna eller en annan

[10] Dom av den 21 december 2023, Cofidis (C-340/22, EU:C:2023:1019, punkt 40 och där angiven rättspraxis).

[11] Se, analogt, dom av den 22 februari 2018, X och X (C-398/16 och C-399/16, EU:C:2018:110, punkt 32, nedan kallad domen X och X).

[12] Punkterna 35–41.

[13] Se även, för ett liknande resonemang, dom av den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 95)) (nedan kallad domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation).

medlemsstat. [14] Framför allt handlar kriteriet i artikel 10a.3 b i lagen om bolagsskatt, som tillåter en skattskyldig person att motbevisa presumtionen om att ett sådant lån är konstlat, inte om huruvida banken ska betala vinst- eller inkomstskatt ”i Nederländerna” avseende den räntan. Det är en anmärkningsvärd skillnad mot fallet som ledde till domen Lexel, där ett liknande villkor krävde att den interna banken taxerades i Sverige för att man skulle kunna göra ett sådant ränteavdrag. [15]

48. Men som X argumenterat kan det kriterium som används i artikel 10a.3 b i lagen om bolagsskatt, alltså huruvida den interna banken ska betala ”en vinstskatt eller inkomstskatt som är skälig i enlighet med de nederländska kriterierna” (det vill säga minst tio procent enligt den bestämmelsen) på den räntan, fastän det ter sig objektivt, vara förfördelande i gränsöverskridande situationer. [16]

49. Den nederländska regeringens motargument äger obestridligen viss riktighet. Den nederländska regeringen har anfört, och påtalat analogin med domstolens dom Deka, [17] att det kriteriet inte är specifikt för den nederländska marknaden i så måtto att det bara kan vara uppfyllt om den skattskyldige tar upp koncerninterna lån hos interna banker med säte i Nederländerna. Vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna hanterade alla medlemsstater en bolagsskatt på minst tio procent. Det villkoret skulle alltså i allmänhet vara uppfyllt om ett sådant lån erhålls från interna banker med säte i andra medlemsstater, förutom i den mycket ovanliga situationen då banken i fråga (som C) drar nytta av ett förmånligt skattesystem i staten den är etablerad i. Den nederländska regeringen har också gjort gällande att det finns omständigheter då ränta på lån beskattas på en lägre nivå än de tio procenten i Nederländerna. Det finns följaktligen exempel på där villkoren i artikel 10a.3 b i lagen om bolagsskatt kanske inte uppfylls trots att den interna banken har sitt säte i den medlemsstaten. Ett moderbolag som A skulle sålunda inte avhålla sig från att etablera en sådan bank i en medlemsstat annan än Nederländerna eller bli förfördelat om det gjorde det.

50. Man behöver enligt mitt förmenande ändå inte tillämpa kriterier i sina nationella lagar som är specifika för en nationell marknad eller som är till förmån *enbart* för inhemska företag på den marknaden för att de facto förfördela dem i gränsöverskridande situationer. Den avgörande frågan i det avseendet är huruvida kriterierna som tillämpas på den marknaden påverkar gränsöverskridande situationer *mer* än rent interna situationer. För att fastställa om det är fallet här måste man jämföra den (potentiella) andelen koncerner med interna banker som har säte i Nederländerna som inte skulle kunna uppfylla villkoret i artikel 10a.3 b i lagen om bolagsskatt med den (potentiella) andelen av koncerner med interna banker i andra medlemsstater som skulle förfördelas av det villkoret. [18]

51. Även om det är något den hänskjutande domstolen måste verifiera förefaller det som att den andra kategorin koncerner proportionellt sett påverkas mer av det aktuella villkoret än den första.

52. Å andra sidan tillstod den nederländska regeringen vid förhandlingen att villkoret i artikel 10a.3 b i lagen om bolagsskatt praktiskt taget *alltid* är uppfyllt när den interna banken har sitt säte i Nederländerna. Räntor på lån beskattas mycket riktigt i Nederländerna endast om de är

[14] Se, analogt, domen X och X, punkt 35.

[15] Se domen Lexel, punkterna 12 och 38).

[16] Se, analogt, dom av den 9 september 2021, Real Vida Seguros (C-449/20, EU:C:2021:721, punkterna 20 och 21).

[17] Dom av den 30 januari 2020, Köln-Aktienfonds Deka (C-156/17, EU:C:2020:51, punkt 56).

[18] Se, analogt, förslag till avgörande av generaladvokaten Saugmandsgaard Øe i målet Gemeinsamer Betriebsrat EurothermenResort Bad Schallerbach (C-437/17, EU:C:2018:627, punkt 24).

lägre än tio procent i de anekdotiska fall då lån beviljas av en stiftelse eller organisation som inte har någon kommersiell verksamhet. Vid förhandlingen gjorde X gällande, och den nederländska regeringen bekräftade, att det undantaget aldrig tillämpas i förhållande till kommersiella banker som C och att inga andra undantag finns i nederländsk rätt. Andelen koncerner med interna banker med säte i Nederländerna som inte kan uppfylla det villkoret är alltså försumbar.

53. Å andra sidan har den nederländska regeringen tillstått att villkoret i artikel 10a.3 b i lagen om bolagsskatt inte skulle vara uppfyllt om den interna banken hade sitt säte i en medlemsstat som tillämpar ett förmånligt skattesystem på en sådan bank. Man kan rimligen anta att det kan finnas olika varianter på sådana system i Europeiska unionens 27 medlemsstater. Kommissionen har, inte utan fog, kommenterat att även om alla medlemsstater har en generell, eller teoretisk, bolagsskatt på tio procent är den effektiva räntan ofta lägre. Sammantaget lär en tillräckligt betydande andel av koncerner med interna banker i andra medlemsstater än Nederländerna bli förfördelade.

54. Slutligen övertygas jag inte av den spanska regeringens argument om att en sådan skillnad i behandling mildras av det alternativa villkor som stipuleras i artikel 10a.3 a i lagen om bolagsskatt, som tillåter en skattskyldig att dra av räntan på ett koncerninternt lån om det kan styrka de kommersiella övervägandena för det aktuella lånet och den sammanhängande transaktionen. Den bestämmelsen utgör i själva verket en börda på den personen, när det gäller ränteavdraget, som den personen (i princip aldrig) skulle behöva bära om den interna banken som beviljade lånet hade sitt säte i Nederländerna (eftersom villkoret enligt diskussionen ovan i artikel 10a.3 b i princip alltid skulle vara uppfyllt i det fallet). Det bekräftar den skillnad i behandling som är fallet.

C. En dylik inskränkning är förenlig med artikel 49 FEUF

55. Med detta sagt delar jag den uppfattning som de regeringar som yttrat sig och kommissionen gett uttryck för om att inskränkningen av etableringsfriheten i artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt är tillåtlig enligt artikel 49 FEUF. I följande avsnitt kommer det också att förklaras att inskränkningen är rättfärdigad genom tvingande hänsyn till allmänintresset (underavsnitt 1). Denna inskränkning är även lämplig för att säkerställa att det eftersträvade målet uppnås (underavsnitt 2) och får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta (underavsnitt 3).

1. Inskränkningen är rättfärdigad

56. De regeringar som yttrat sig och kommissionen har gjort gällande att inskränkningen av den fria rörligheten i artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt är rättfärdigad av skäl hänförliga till bekämpandet av skadlig skatteflykt. Det specifika syftet med den bestämmelsen är just att förhindra beteenden som består i att iscensätta rent konstlade upplägg utan förankring i den ekonomiska verkligheten i syfte att undvika skatt som normalt ska betalas på den vinst som genererats i verksamhet som bedrivs i Nederländerna. Den hänskjutande domstolen delar denna bedömning.

57. Enligt fast rättspraxis utgör ett sådant mål tvingande hänsyn till allmänintresset på skatteområdet.[19] Enligt min uppfattning råder det inga tvivel om att artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt har det målet som sitt verkliga syfte och att det alltså kan rättfärdigas av en sådan tvingande hänsyn.

58. Domstolen nådde en sådan slutsats redan i sin dom X och X i förhållande till en bestämmelse i samma lag (men i en tidigare lydelse) som i sak var identisk med artikel 10a.1 c. Den enda skillnaden mellan de två var att den tidigare versionen enbart avsåg omstrukturering, medan artikel 10a.1 c även är tillämplig på externa förvärv.[20] Det eftersträvade syftet med de båda bestämmelserna är emellertid detsamma. Som den hänskjutande domstolen påpekade i den domen ”är det fråga om att förhindra att en koncerns egna medel inte på ett konstlat sätt framställs som medel som en nederländsk enhet inom koncernen har lånat och att räntan på lånet kan dras av från den skattepliktiga inkomsten i Nederländerna”,[21] så länge det intresset inte beskattas (skäligt) på annat sätt. Syftet med förbudet mot avdrag för räntebetalningar på koncerninterna lån bekräftas uttryckligen av regeln att ränta på lån får dras av, enligt artikel 10a.3 a i denna lag, om lånet och den sammanhängande transaktionen är sakligt ekonomiskt motiverade.

2. Inskränkningen är lämplig

59. Enligt domstolens fasta rättspraxis inkluderar kravet att varje inskränkning av etableringsfriheten ska vara ”lämplig” två kumulativa kriterier: för det första måste åtgärden vara lämplig för att bidra till uppnåendet av det eftersträvade målet, och för det andra krävs att den ”verkligen svarar mot önskan att uppnå detta mål och om den genomförs på ett konsekvent och systematiskt sätt”.[22]

60. Det är oomtvistat att förevarande mål uppfyller det första kriteriet. Genom att stipulera att en skattskyldig inte från sin beskattningsbara vinst kan dra av ränta på ett koncerninternt lån som utgör (eller är en del av) ett rent konstlat upplägg utformat för att urholka den nederländska skattebasen kan artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt motverka sådana upplägg. Den lagstiftningen bidrar uppenbarligen till att det eftersträvade målet uppnås.[23]

61. Att förevarande mål även uppfyller det andra kriteriet har tvärtom bestritts av X. Klaganden har hävdat att artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt inte motverkar konstlade koncerninterna lån på ett konsekvent och systematiskt sätt. Om räntan på ett sådant lån verkligen beskattas på en skälig nivå i medlemsstaten där det långivande företaget är etablerat kan det låntagande företaget baserat i Nederländerna dra av den räntan (enligt artikel 10a.3 b i den lagen), även om lånet och/eller den sammanhängande transaktionen inte är sakligt ekonomiskt motiverat.

62. Det faktum att de omtvistade bestämmelserna tillåter ränteavdrag för ett koncerninternt lån i scenariot som anförs av X är enligt min åsikt i själva verket förenligt med det eftersträvade målet. Att tillåta ett sådant avdrag kan i det scenariot medföra en överföring av beskattningsbara vinster från Nederländerna till medlemsstaten där det långivande företaget är etablerat. Men om den

[19] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkterna 51 och 55).

[20] Se, för dessa begrepp, punkt 22 ovan.

[21] Domen X och X, punkt 48.

[22] Se, bland annat, dom av den 7 september 2022, Cilevičs m.fl. (C-391/20, EU:C:2022:638, punkt 74 och 75 och där angiven rättspraxis).

[23] Se, analogt, domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkt 77.

räntan beskattas på en skälig nivå i den senare medlemsstaten äger sammantaget ingen skatteflykt rum. Bekämpandet av skatteflykt kan sålunda inte rättfärdiga att det avdraget nekas i det aktuella scenariot. [24]

3. Inskränkningen är nödvändig

63. Min uppfattning är att inskränkningen i de omtvistade bestämmelserna i nederländsk rätt inte går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå deras legitima syfte, eftersom tillämpningen av de bestämmelserna verkar vara begränsade till rent konstlade upplägg (a) och konsekvenserna av att en transaktion betecknas som ett sådant inte i sig är alltför långtgående (b).

a) Tillämpningen av de omtvistade reglerna är begränsad till rent konstlade upplägg

64. Enligt domstolens fasta rättspraxis måste nationella bestämmelser för att betraktas som nödvändiga, i ljuset av syftet att förhindra rent konstlade upplägg, vara utformade för att undvika den skatt på vinst som normalt ska betalas som genererats av verksamhet som bedrivits i landet. Tillämpningen av sådana bestämmelser ska vara begränsad till sådana upplägg och inte påverka legitima transaktioner. [25]

65. Frågan om huruvida de nederländska reglerna uppfyller det kravet lämnades obesvarad av domstolen i domen X och X. De regeringar som yttrat sig och kommissionen har inte desto mindre anfört att det är uppfyllt. Artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt omfattar endast transaktioner utan förankring i den ekonomiska verkligheten, då koncerninterna lån tas upp hos en beskattningsbar enhet i Nederländerna i det enda (eller huvudsakliga) syftet att skapa en skuld som kan dras av från den enhetens beskattningsbara inkomster, alltså att urholka den nederländska skattebasen. Om lånet och den sammanhängande transaktionen däremot främst bygger på giltiga kommersiella skäl tillämpas inte den bestämmelsen enligt artikel 10a. 3 a i den lagen.

66. X är av en annan uppfattning. Enligt X beskrivs den motsatta slutsatsen i domen Lexel. I det målet prövade domstolen förenligheten mellan de svenska reglerna för bolagsskatt och artikel 49 FEUF, närmare bestämt bestämmelserna om avdrag för räntekostnader. I de bestämmelserna stipulerades det, i stor likhet med de nederländska reglerna, i sak att ett sådant avdrag, som en undantagsregel, inte var tillåtet då den beskattningsbara enheten hade tagit upp lånet hos en enhet i samma intressegemenskap, såvida inte det var påvisat att lånet främst var motiverat av kommersiella skäl och därför inte hade tagits bara för att generera en avdragbar skuld. Där argumenterade den svenska regeringen också för att dessa bestämmelser syftade till att förhindra rent konstlade upplägg utformade för att undvika den skatt som normalt ska betalas på vinst som genererats i verksamhet som bedrivs i landet. Domstolen var inte av uppfattningen att de svenska bestämmelserna kunde rättfärdigas på den grunden eftersom domstolen inte ansåg att tillämpningen av dem inte begränsades till sådana upplägg. Domstolen angav i det avseendet följande:

”53. Såsom [den svenska] skattemyndigheten medgett vid förhandlingen avser [denna undantags-]regel [om rätt till avdrag] nämligen skulder till följd av civilrättsliga transaktioner, dock utan att för den skull endast avse fiktiva upplägg. Enligt skattemyndighetens bedömning av

[24] Se, analogt, dom av den 12 december 2002, Lankhorst-Hohorst (C-324/00, EU:C:2002:749, punkt 37).

[25] Se domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkt 79.

syftet med den aktuella transaktionen kan således även transaktioner som genomförs på marknadsmässiga villkor, det vill säga på villkor som motsvarar dem som skulle ha gällt mellan självständiga bolag, omfattas av undantagsregeln.

54. Den fiktiva aspekten av transaktionen i fråga är med andra ord inte ett avgörande villkor för att neka avdragsrätt, eftersom det berörda bolagets avsikt att ta upp ett lån, av i huvudsak skattemässiga skäl, är ett tillräckligt skäl för att neka avdrag. …

…

56. Det ska konstateras att undantagsregeln [om rätt till avdrag] kan omfatta transaktioner som genomförs på marknadsmässiga villkor och som följaktligen inte utgör rent konstlade eller fiktiva upplägg i syfte att undvika den skatt som normalt ska betalas på vinst som genererats i verksamhet som bedrivs i landet.”

67. Enligt X uppfattning följer härav att nationella skattemyndigheter inte kan betrakta ett koncerninternt lån (eller serien av transaktioner som det är en del av) som ett rent konstlat upplägg och på den grunden neka ränteavdraget enbart för att lånet tagits upp av skatteskäl. Det vore fullständigt legitimt för en koncern att göra så. Ett sådant lån är endast konstlat om – och i den mån som – räntan som betalas av det låntagande företaget till det långivande företaget överstiger vad dessa företag skulle ha avtalat på marknadsmässiga villkor, det vill säga om den tillämpliga räntan är högre än den marknadsränta som dessa företag skulle ha avtalat om de inte hade ingått i samma koncern. Om ett sådant lån tas upp på marknadsvillkor kan ett sådant lån tvärtom inte betraktas som konstlat, oavsett syftet med det. Det är fallet när det gäller lånen som tagits upp mellan X och F. [26]

68. Eftersom artikel 10a.1 c och 10a.3 i lagen om bolagsskatt enligt klagandens uppfattning felaktigt tar sikte på syftet i vilket ett koncerninternt lån tagits upp (oavsett om det är skatteflykt eller kommersiella skäl) i stället för på villkoren som tillämpas på det lånet får ränteavdraget därför inte nekas, inte bara med avseende på lån med icke-marknadsmässiga räntesatser (som är konstlade, vilket förklarats ovan) utan även med avseende på lån för vilka den gängse marknadsnivån gäller (och som av det skälet inte kan betraktas som sådana). Precis som i målet som ledde fram till domen Lexel är dessa bestämmelsers omfattning därför inte begränsade till rent konstlade upplägg.

69. Det är den centralt liggande debatten i den hänskjutande domstolens första fråga. Det går uppenbarligen inte att fastställa huruvida artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt endast är tillämplig på ”rent konstlade upplägg” om själva innebörden av det begreppet är omtvistad. Det är lika uppenbart att de regeringar som yttrat sig och kommissionen å ena sidan och X å den andra framkastat ansatser som skiljer sig väldigt mycket åt. Den första ansatsen tar fasta på *syftet* i vilket ett lån tagits upp. Den andra tar enbart fasta på *villkoren* som gäller för det lånet. Med den första ansatsen ges de nederländska skattemyndigheterna ett mycket större manöverutrymme än med den andra, vilken tvärtom erbjuder skattebetalarna mer förutsebarhet. [27] Enligt den första ansatsen kan nationella skattemyndigheter karakterisera ett koncerninternt lån som ett ”rent konstlat upplägg” (eller som en del av ett sådant ”upplägg”) och på den grunden neka ränteavdraget om lånet togs upp i det huvudsakliga syftet att erhålla en skattemässig fördel,

[26] X intar ståndpunkten att detta styrks av det faktum att en kommersiell bank utanför intressegemenskapen hade erbjudit ett lån med samma villkor.

[27] Se, i det avseendet, punkterna 80 och 87 nedan.

oavsett vilka villkor som gäller för lånet. Enligt den andra ansatsen är ett koncerninternt lån ”immunt” mot sådana konsekvenser så länge dess villkor, däribland räntesatsen, så att säga är ”normala”, även om det tagits upp för att undvika skatt.

70. I det här skedet vill jag lyfta fram, att även om de regeringar som yttrat sig och kommissionen ägnade en betydande del av sina inlagor åt att förklara att ”deras” ansats inte gick stick i stäv med domen i *Lexel* eftersom i) förevarande mål ska särskiljas från det mål som ledde fram till den domen och/eller ii) att den domen inte kan läsas på det sätt som föreslagits av X, låter jag mig inte övertygas av dessa förklaringar. Det följer av punkt 66 ovan att de omtvistade bestämmelserna i den nederländska lagstiftningen i alla relevanta avseenden [28] har slående likheter med de regler som prövades i målet Lexel. Framför allt har dessa regler ett identiskt mål: koncerninterna lån som tagits upp i det enda (eller huvudsakliga) syftet att erhålla en skattemässig fördel. Den allmänna frågeställningen är därmed densamma: om, och i vilken utsträckning, ett sådant lån kan betraktas som ett ”rent konstlat upplägg” och kan behandlas som ett sådant av skattemyndigheterna. Domen Lexel är inte heller vare sig otydlig eller tvetydig och av det skälet öppen för olika tolkningar i sakfrågan. Enligt min uppfattning kan den bara läsas på det sätt som X förstått den. [29] Domstolen ansåg förvisso att syftet i vilket lånet tagits upp inte är avgörande (eller ens relevant) och skiljde därför i stället på lån som tagits upp på marknadsvillkor (vilka domstolen ansåg ha ett verkligt syfte) och lån som inte tagits upp på sådana grunder (vilka domstolen betraktade som konstlade). Därför är den enda kvarvarande frågan ifall domstolen i förevarande mål ska bekräfta domen Lexel eller avvika från den.

71. Enligt min uppfattning är det den ansats som läggs fram av de regeringar som yttrat sig och kommissionen som är korrekt. Som en följd av detta anmodar jag domstolen att ompröva sin ansats i Lexel.

72. Etableringsfrihet som säkerställs genom artikel 49 FEUF erbjuder omfattande möjligheter till ”optimering” av skatt. Domstolen har vid upprepade tillfällen gjort gällande att europeiska koncerner legitimt kan nyttja den friheten för att etablera dotterbolag i medlemsstaterna i syfte att dra nytta av ett särskilt gynnsamt skattesystem. [30] Som X medger skulle alltså A legitimt kunna välja att etablera sitt dotterbolag, C, i Belgien i just det syftet. På liknande sätt får C bevilja lån till andra företag i koncernen som är etablerade i andra medlemsstater, till exempel X i Nederländerna. Gränsöverskridande koncerninterna lån är inte nödvändigtvis tvivelaktiga. [31] Ett sådant lån kan förvisso medföra en minskad bolagsskattebas för det låntagande företaget i medlemsstaten där det är etablerat. Genom att dra av räntan på det lånet från sin beskattningsbara inkomst sänker företaget den skatt som det ska betala till den medlemsstaten. Några av vinsterna som det låntagande företaget har gjort överförs därmed i form av

[28] För det första har de regeringar som yttrat sig och kommissionen understrukit att den svenska lagstiftningen tydligt var tillämplig på rent interna och gränsöverskridande situationer, medan de nederländska reglerna inte är det (se avsnitt B i detta förslag till avgörande). Men den skillnaden är irrelevant för hur man ska tolka begreppet ”rent konstlade upplägg”. För det andra har kommissionen anfört att i det målet var både den interna omstruktureringen som de aktuella lånen tagits upp för och lånen i sig kommersiellt motiverade. Det var endast villkoren för lånet som var konstlade. Jag är inte förvissad om att det verkligen var fallet, och domstolen formulerade hursomhelst sitt resonemang i domen Lexel i vida termer, utan koppling till målets specifika sakförhållanden.

[29] Se, för samma tolkning, van der Weijden, M., ”ECJ Lexel AB Decision Casts a Shadow Over Dutch Interest Limitation Provision”, *European Tax Blog*, 21 juni 2021; och Garcia Prats, G., m.fl., ”Opinion Statement ECJ-TF-1/2021 on the ECJ Decision of 20 January 2021 in Lexel AB (Case C-484/19) Concerning the Application of the Swedish Interest Deductibility Rules (June 30, 2021)”, *European Taxation*, vol. 61, nr 6, 2021.

[30] Se, bland annat, dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkterna 34–38).

[31] Se domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkt 73.

räntekostnader från medlemsstaten där det är etablerat till medlemsstaten där det långivande företaget har sitt säte. Men detta är något som medlemsstaterna i princip måste räkna med på en integrerad inre marknad som den i Europeiska unionen.

73. Domstolen har emellertid lagt märke till en tydlig gräns i det avseendet. Det är en allmän rättslig princip att unionsrätten, inbegripet etableringsfriheten, inte får utnyttjas i bedrägliga syften. Begreppet ”rent konstlade upplägg” måste förstås mot den bakgrunden. Enligt domstolens fasta rättspraxis utgör det missbruk att ekonomiska aktörer etablerade i olika medlemsstater genomför ”konstlade transaktioner som saknar ekonomiskt och affärsmässigt motiv” (eller, annorlunda uttryckt, ”utan förankring i den ekonomiska verkligheten”) och alltså endast formellt uppfyller villkoren för att dra nytta av en skatteförmån, ”huvudsakligen i syfte att uppnå [den] skatteförmånen”. [32]

74. I domen X (Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland) [33] specificerade även domstolen, när det gäller den fria rörligheten för kapital som säkerställs genom artikel 63 FEUF, att ”skapandet av ett konstlat upplägg för att uppfylla de villkor som krävs för att otillbörligen undslippa beskattning i en medlemsstat eller för att otillbörligen komma i åtnjutande av en skattefördel förekommer i olika former när det gäller den fria rörligheten för kapital”. I samband med detta anförde domstolen att begreppet ”rent konstlade upplägg” när det gäller den fria rörligheten för kapital kan omfatta ”varje åtgärd vars huvudsyfte är, eller [där] ett av huvudsyftena är, att genom ett konstlat upplägg överföra vinster som genererats genom verksamhet som bedrivs inom en medlemsstat till [ett annat land] där nivån på beskattningen är låg”.

75. Den tolkningen är enligt mitt synsätt lika giltig med avseende på koncerninterna transaktioner som omfattas av etableringsfriheten. För det första är den tolkningen helt i överensstämmelse med förklaringen i punkt 73 ovan. För det andra är, när det gäller nationell lagstiftning om koncerninterna transaktioner, såsom de omtvistade nederländska reglerna, den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten oupplösligt förbundna med varandra, eftersom kapital inte kan röra sig fritt mellan företag i samma koncern om etableringsfriheten är inskränkt. Dessa regler skulle sålunda kunna prövas i förhållande till vilken frihet som helst. Därför finns det ingen anledning att tillämpa olika kriterier beroende på vilken frihet som är tillämplig.

76. Sammantaget utgör ett koncerninternt lån (eller är det en del av) ett ”rent konstlat upplägg”, för att rättfärdiga en restriktion av etableringsfriheten, då en sådan transaktion genomförts i det enda (eller huvudsakliga) *syftet* att erhålla en skattemässig fördel (som att dra av räntan på det lånet från den beskattningsbara inkomsten), vilket framgår av att det i övrigt saknar ekonomiskt och affärsmässigt motiv (eller, annorlunda uttryckt, är ”utan förankring i den ekonomiska verkligheten”). För att ta reda på om detta är fallet krävs en övergripande bedömning av relevanta fakta och omständigheter i målet. [34]

77. Som den nederländska regeringen påpekat, och som domstolen antyder i domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, [35] kan två scenarion särskiljas i det hänseendet.

[32] Se, bland annat, dom av den 26 februari 2019, *N Luxembourg 1 m.fl.* (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkterna 96, 124 och 125 och där angiven rättspraxis). Se även, analogt, dom av den 21 december 2023, BMW Bank m.fl (C-38/21, C-47/21 och C-232/21, EU:C:2023:1014, punkterna 282 och 283).

[33] Dom av den 26 februari 2019 (C-135/17, EU:C:2019:136, punkt 84).

[34] Se, i det senare avseendet, dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkt 125 och där angiven rättspraxis).

[35] Punkt 81.

78. Å ena sidan får ett koncerninternt lån som tagits upp av giltiga ekonomiska och/eller kommersiella skäl innehålla specifika villkor ”utan förankring i den ekonomiska verkligheten”. Man får avtala om en icke-marknadsmässigt hög ränta (konstlad, eftersom koncernen i slutändan betalar den räntan till sig själv) i en i övrigt legitim transaktion för att erhålla ett motsvarande skatteavdrag i medlemsstaten där det låntagande företaget är etablerat. Principen om marknadsmässighet (det vill säga om företag utanför intressegemenskapen skulle ha gått med på samma villkor under jämförbara omständigheter) tjänar som ett objektivt riktmärke för att fastställa om så verkligen är fallet. [36]

79. Å andra sidan får företag i samma intressegemenskap ta upp ett lån som saknar ekonomiskt och/eller kommersiellt motiv i det enda (eller huvudsakliga) syftet att generera räntebetalningar i landet där det låntagande företaget har sitt säte. I motsats till vad domstolen fastställde i punkt 54 i domen Lexel och som anges i punkt 76 ovan är det motivet, som framgår av bristen på rättfärdigande, en avgörande faktor. Av just detta skäl måste ett sådant lån betraktas som ”rent konstlat”. Om villkoren som gäller för det lånet motsvarar vad som skulle ha avtalats mellan enheter i olika intressegemenskaper under liknande omständigheter är däremot en irrelevant faktor. Som den nederländska regeringen framfört kan ett sådant lån inte anses ha ”förankring i den ekonomiska verkligheten”, helt enkelt eftersom den tillämpliga räntan är satt till marknadsnivå. Det som är avgörande i det avseendet är att lånet aldrig skulle ha tagits upp från början, med undantag för förbindelsen mellan företagen och den skattefördel som eftersträvas. [37] Sådana skulder som genereras på konstlad väg är själva fokus för artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt.

80. Om koncerninterna transaktioner som saknar ekonomiskt och/eller kommersiellt motiv aldrig skulle kunna betraktas som ”rent konstlade upplägg” då de genomförs på marknadsvillkor skulle, som de regeringar som yttrat sig och kommissionen påpekat, det allvarligt hindra nationella skattemyndigheters förmåga att bekämpa skadlig skatteflykt. Principen om marknadsmässighet skulle i själva verket vändas till att bli en oönskad ”safe harbour” för multinationella koncerner. Deras förslagna skatterådgivare skulle ha full frihet att tänka ut alla möjliga invecklade upplägg utformade i det enda syftet att erodera ett företags skyldighet att betala skatt i en medlemsstat och överföra sina vinster till en annan medlemsstat med lägre skatt. Så länge dessa rådgivare är skickliga på att utforma lånevillkoren så att de återspeglar de vanligt förekommande villkoren på marknaden är sådana upplägg ”immuna” mot motåtgärder från skattemyndigheternas sida. [38]

81. Detta skulle vara än mindre önskvärt med tanke på att nationella skattemyndigheter enligt principen om förbud mot missbruk av unionsrätten inte bara har rätt, utan även en skyldighet att förhindra att skattefördelar erhålls genom ”rent konstlade upplägg”. Effektiva åtgärder mot skatteflykt är förvisso nödvändiga, inte bara för att säkerställa medlemsstaternas suveräna rätt till skatteintäkter och vinster som genererats i landet utan också för att den inre marknaden ska fungera rent allmänt. Skadlig skatteflykt hotar den inre marknadens ekonomiska sammanhållning och riktiga funktion genom att konkurrensen snedvrids. [39]

[36] Se, för ett liknande resonemang, dom av den 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punkterna 58 och 71 samt där angiven rättspraxis). Se även artikel 9 i modellavtalet för skatter på inkomst och förmögenhet som framtagits av Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD).

[37] Se, för ett liknande resonemang, domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkt 81.

[38] Min åsikt är att principen om marknadsmässighet finns till just för att undvika att ekonomiskt motiverade transaktioner manipuleras för otillbörliga skattesyften. Den ska inte användas för att göra transaktioner legitima som inte hade något ekonomiskt motiv från början.

[39] Se dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkt 107).

82. Det är i själva verket den ökande inverkan från multinationella koncerners urholkande av skattebasen och vinstöverföringsstrategier på medlemsstaternas statskassa och den inre marknadens funktion som föranlett Europeiska unionen att ta itu med frågan. Unionslagstiftaren har antagit olika åtgärder, däribland rådets direktiv (EU) 2016/1164 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion [40] (nedan kallat direktivet mot skatteundandraganden). [41] Direktivet innehåller en ”allmän regel mot missbruk” i artikel 6 som skrivits mot bakgrund av domstolens rättspraxis som det hänvisas till i punkt 73 ovan och som ska tolkas på motsvarande sätt. [42] Om nationella skattemyndigheter inte skulle kunna behandla koncerninterna transaktioner som saknar ett ekonomiskt och/eller kommersiellt motiv som ”rent konstlade upplägg” då sådana genomförs på marknadsvillkor skulle den policyn undermineras. Den aktuella ”allmänna regeln mot missbruk” skulle förlora en betydande del av sin verkan. En stor del av transaktionerna som inte ”har införts av giltiga kommersiella skäl som återspeglar den ekonomiska verkligheten” utan ”med det huvudsakliga syftet … att få en skattefördel” (för att använda bestämmelsens formulering) skulle ligga utanför regelns räckvidd.

83. Av ovan nämnda skäl anser jag att domstolen i förevarande mål bör välja en annan ansats i punkterna 53, 54 och 56 i domen Lexel. [43] Koncerninterna lån som införs utan giltiga kommersiellt och/eller ekonomiskt motiv i det enda (eller huvudsakliga) syftet att generera en avdragbar skuld i landet där det låntagande företaget har sitt säte utgör ”rent konstlade upplägg”, oavsett om de genomförs på marknadsmässiga villkor eller inte. Nationella bestämmelser som tar sikte på sådana lån måste betraktas som nödvändiga mot bakgrund av syftet att förebygga sådana ”upplägg”.

84. Efter detta klargörande återstår att pröva några avslutande argument som anförts av X som gäller omfattningen av artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt.

85. För det första har X anfört att den nederländska skattemyndigheten får tillämpa den bestämmelsen på en bristfälligt definierad samling koncerninterna transaktioner, även legitima sådana, eftersom dess räckvidd är beroende av ett villkor som är oklart och tvetydigt formulerat, närmare bestämt, enligt artikel 10a.3 a i sagda lag, om lånet och den sammanhängande juridiska transaktionen ”främst bygger på kommersiella överväganden”. Av samma skäl är de omtvistade nederländska reglerna oförenliga med rättssäkerhetsprincipen, eftersom företagen inte med tillräcklig skärpa kan förutse vilka transaktioner som skattemyndigheten skulle kunna betrakta som missbruk.

[40] Direktiv av den 12 juli 2016 (EUT L 193, 2016, s. 1).

[41] Se även direktiv 2011/16/EU av den 15 februari 2011 om administrativt samarbete i fråga om beskattning och om upphävande av direktiv 77/799/EEG (EUT L 64, 2011, s. 1), i dess lydelse enligt rådets direktiv (EU) 2018/822 av den 25 maj 2018 om ändring av direktiv 2011/16/EU vad gäller obligatoriskt automatiskt utbyte av upplysningar i fråga om beskattning som rör rapporteringspliktiga gränsöverskridande arrangemang (EUT L 139, 2018, s. 1).

[42] Lägg märke till att direktivet mot skatteundandraganden inte är tidsmässigt tillämpligt (*ratione temporis*) i det nationella målet. Bestämmelserna i det direktivet tillämpas sedan 1 januari 2019. Sakförhållandena i förevarande mål gjorde sig gällande före det datumet.

[43] Jag förstår vilken belägenhet domstolen skulle befinna sig i om den delar min bedömning. Domen Lexel meddelades av en avdelning med fem domare, liksom kommer att vara fallet i förevarande mål. I ljuset av att de aktuella punkterna i domen Lexel inte återspeglar synsättet på begreppen ”rent konstlade upplägg” och rättsmissbruk som är allmänt antaget i rättspraxis, däribland avgöranden i domstolens stora avdelning, både före och *efter* domen Lexel (se punkterna 73 och 74 ovan), kan man inte desto mindre inta ståndpunkten att domen implicit redan har förkastats. Domstolen behöver inte den stora avdelningens bemyndigande för att bekräfta det sakförhållandet i förevarande mål.

86. Enligt domstolens fasta praxis erfordrar rättssäkerhetsprincipen framför allt att en reglering ska vara tillräckligt klar, precis och förutsebar i tillämpningen av densamma, i synnerhet om regleringen kan få negativa konsekvenser för enskilda och företag. [44]

87. I förevarande mål lägger jag märke till att den omtvistade nederländska regeln är utformad i stil med andra bestämmelser mot missbruk som återfinns i nationell rätt och unionsrätten. Framför allt beror tillämpningen av den ”allmänna regeln mot missbruk” i artikel 6 i direktivet mot skatteundandraganden på en viss transaktion på liknande sätt på om transaktionen infördes ”av giltiga kommersiella skäl som återspeglar den ekonomiska verkligheten” och inte ”med det huvudsakliga syftet … att få en skattefördel”. Det ska tillstås att detta är öppet formulerade begrepp som av sin natur ger upphov till viss oförutsebarhet vad gäller deras räckvidd. Som jag angav i punkt 76 ovan krävs det en övergripande bedömning av ett antal fakta och omständigheter från fall till fall för att veta om dylika villkor är uppfyllda i en given situation, vilket också skapar ett visst mått av oförutsebarhet.

88. Den graden av oförutsebarhet är likväl en oundviklig och acceptabel sidoeffekt av sådana bestämmelser mot missbruk. Generaladvokat Kokott påpekade i sitt förslag till avgörande i *SGI* [45] att ”bestämmelser som syftar till att förebygga missbruk måste nämligen nödvändigtvis innehålla vaga rättsliga begrepp för att omfatta så många tänkbara upplägg som möjligt som görs i syfte att undgå beskattning”. Dessa bestämmelser är också avsedda att ta itu med metoder som söker ge sken av att vara legitima och därmed är komplexa att få grepp om.

89. Det medför inte att tillämpningen av sådan lagstiftning fullständigt lämnas till skattemyndigheten att skönsmässigt bedöma, vilket skulle göra den oförutsebar i sina effekter. Som den hänskjutande domstolen och den nederländska regeringen anfört fastställs det på grundval av objektiva och verifierbara faktorer om ett visst upplägg är ”rent konstlat”. [46]

90. Som det anges i punkt 79 är det avgörande i det avseendet om lånet någonsin skulle ha tagits upp från början, med undantag för förbindelsen mellan företagen och den skattefördel som eftersträvas. Vilken typ av analys som ska utföras enligt ett sådant villkor står tillräckligt klart. Bedömningen av de relevanta fakta och omständigheterna inkluderar en granskning av den övergripande strukturen och det uppenbara syftet med arrangemanget som utgör en del av lånet. Som den hänskjutande domstolen angett gäller frågorna i allt väsentligt följande: Skulle den skattskyldige ha haft ett intresse av att lägga upp det aktuella arrangemanget om det inte hade funnits någon skattefördel? Verkar arrangemangets struktur alltför komplext med tanke på dess syfte och, framför allt, inbegriper det steg som (om det inte hade varit för deras inverkan på skatten som ska betalas) verkar onödiga? Det är frågor som inte bör vara alltför svåra att hantera för professionella skatterådgivare och multinationella koncerner, som kan reglera sitt beteende därefter. [47]

91. I det målet har den hänskjutande domstolen och den nederländska regeringen förklarat att medan förvärvet av en extern enhet och att en beskattningsbar enhet i det syftet tagit upp ett lån hos en enhet i samma intressegemenskap generellt kan betraktas som att det ”främst bygger på kommersiella överväganden” i den mening som avses i artikel 10a.3 a i lagen om bolagsskatt, så

[44] Se, bland annat, dom av den 11 juni 2015, Berlington Hungary m.fl. (C-98/14, EU:C:2015:386, punkterna 74, 76 och 77 och där angiven rättspraxis).

[45] Förslag till förhandsavgörande i mål C-311/08, SGI (EU:C:2009:545, punkt 70).

[46] Se, för detta krav, dom av den 21 januari 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 71 och där angiven rättspraxis).

[47] Se, analogt, mitt förslag till förhandsavgörande i C-623/22, Belgian Association of Tax Lawyers m.fl., punkterna 93–103 och där angiven rättspraxis.

har det övergripande arrangemanget kring X förvärv av F betraktats som ”rent konstlat” på grund av sin komplexa struktur och de (uppenbart) onödiga stegen i arrangemanget. Jag erinrar om att de stegen var i) omflyttning av A:s egna medel mot C, ii) den efterföljande konverteringen av de medlen till ett lån som beviljats X, iii) X förvärv av F och iv) bildandet av ett enskilt skattesubjekt mellan F och X så att räntan som betalas av X till C kunde dras av från den beskattningsbara inkomsten som F genererat i Nederländerna. [48]

92. Särskilt att lånet som beviljats X gavs med medel som ”omflyttats” från A utgör tillräcklig bevisning för att arrangemanget är befläckat. Det reser frågan om huruvida det lånet verkligen behövdes och varför det var X och inte A som köpte F i slutändan. Kommissionen har gjort gällande att i ett kontrafaktiskt scenario som återspeglar den faktiska verkligheten skulle F ha köpts av A, och därmed hade färre steg ingått i det förvärvet. Men i det scenariot skulle X betala utdelning till A på inkomsterna som genererats av X och F i Nederländerna. En sådan fördelning skulle inte inbegripa en nedsatt bolagsskatt i Nederländerna. I det arrangemanget där F köptes av X med ett lån som beviljats av C med medel omfördelade från A, eftersom X dragit av räntan på det lånet från den beskattningsbara inkomsten som genererats av X och F i Nederländerna, sänktes tvärtom skatten för de två företagen i den medlemsstaten till nästan noll. [49]

93. Den hänskjutande domstolen och den nederländska regeringen har poängterat att i en sådan situation är det den skattskyldiges uppgift att i plausibel utsträckning rättfärdiga de ekonomiska och/eller kommersiella skälen bakom stegen i arrangemanget och, framför allt, ”omfördelningen” av de upplånade medlen. I enlighet med domstolens praxis ges den skattskyldige i vederbörlig ordning möjlighet att förete bevis för detta, utan några otillbörliga administrativa hinder. [50] Om skattemyndigheten mot bakgrund av förklaringarna och bevisen som lämnats av den skattskyldige fortfarande anser att arrangemanget är konstlat kan den senare dessutom överklaga myndighetens beslut till domstol. X lyckades helt enkelt inte presentera sådana bevis i det nationella målet, och de nationella domstolarna bekräftade skattemyndighetens beslut.

94. X har svarat att frågan om vilka giltiga ekonomiska och/eller kommersiella skäl som kan anföras för att motivera en sådan ”omflyttning” av medel är oklar i de nederländska skattemyndigheternas och domstolarnas rättspraxis. Fram till dess att i dag har förklaringar alltid tillbakavisats. Dessa myndigheter och domstolar underlåter också att i det avseendet ta hänsyn till överväganden som ligger bakom den aktuella koncernens struktur, som det faktum att det långivande företaget vanligen (som C i förevarande mål) spelar en nyckelroll i koncernens finansiering. [51]

95. Enligt min uppfattning kommer alltid att finnas gråzoner för hur regler mot missbruk, såsom artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt, fungerar. Det gör inte att regeln är oförenlig med rättssäkerhetsprincipen. I förevarande mål kommer de nederländska skattemyndigheternas och domstolarnas praxis att klargöras undan för undan genom frågeställningen som lyfts fram av X. I det avseendet begränsar jag mig till att göra iakttagelsen att när man utvärderar huruvida ett arrangemang ska ses som konstlat eller ekonomiskt motiverat ska skattemyndigheten och

[48] Se punkterna 8–10 ovan.

[49] Se punkt 10 ovan.

[50] Se, bland annat, dom av den 21 januari 2010, *SGI* (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 71 och där angiven rättspraxis).

[51] X har förklarat att det aktuella arrangemanget borde ha betraktats som ekonomiskt motiverat med tanke på A:s koncernstruktur. Koncernens allmänna finansiering är mycket riktigt centraliserad i landet där C har sitt säte och har omfattande personal och tillgångar fördelade för detta ändamål. Det är skälet till att förvärvet av F skedde genom ett lån som beviljats av C. Medel överförs regelbundet av A till C, helt enkelt för att det senare behöver kapital för att utföra sina funktioner.

domstolarna överväga *alla* giltiga ekonomiska skäl, även finansiella.[52] Det går inte att utesluta att skälet som anförts av X kan kvalificeras som ett sådant. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att bedöma frågeställningen.

96. Vidare har X motsatt sig fördelningen av bevisbördan enligt de omtvistade bestämmelserna i nederländsk rätt. Klaganden har närmare bestämt anfört att artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt inför en generell presumtion om missbruk som går bortom vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.[53] Den nederländska skattemyndigheten får på basis av den bestämmelsen neka en beskattningsbar enhet avdrag för räntor som den betalar på ett koncerninternt lån utan att behöva förete tillräckliga bevis för missbruk, medan bördan ligger på den beskattningsbara enheten som vill ha skattefördelen att enligt artikel 10a.3 a i den lagen bevisa att lånet och den sammanhängande juridiska transaktionen främst bygger på kommersiella överväganden.

97. Jag delar inte denna uppfattning. I de fall då skattemyndigheten vill neka en skattskyldig en skattefördel på grund av missbruk är det helt klart skattemyndigheten som har bördan att bevisa att den skattskyldige försöker erhålla en fördel genom ett ”rent konstlat upplägg” och ta hänsyn till alla relevanta fakta och omständigheter i målet, i ljuset av kriterierna som diskuterats ovan.[54] Men det betyder inte att medlemsstaterna förhindras att tillämpa presumtioner i sin nationella rätt, förutsatt att de är specifika och vilar på tillräckliga grunder.

98. I förevarande mål tillämpas artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt, och skyldigheten för den skattskyldige att rättfärdiga att arrangemanget i fråga är verkligt, i princip endast i fall där ett koncerninternt lån har tagits upp av en beskattningsbar enhet hos en enhet i samma intressegemenskap som är etablerad i en annan medlemsstat, där ränteavgifterna som tas ut av den senare inte beskattas, eller inte beskattas på en skälig nivå.[55] Sådana omständigheter kan legitimt betraktas som indikationer på ett beteende som kan motsvara skadlig skatteflykt, vilket rättfärdigar en omvänd bevisbörda.[56]

99. När de nationella skattemyndigheterna väl har fastställt att ett sådant koncerninternt lån omfattas av den bestämmelsens räckvidd och, alltså, kan ha tagits upp i syfte att undandra sig skatt, är det inte oskäligt att dessa myndigheter begär att den skattskyldige anför bevis på arrangemangets ekonomiska och/eller kommersiella karaktär och nekar ränteavdraget för det lånet om inga bevis anförs.[57] Det är till syvende och sist den skattskyldige som är bäst skickad att lämna förklaringar och bevis på motiven till transaktionerna man utför. Dessutom har domstolen flera gånger fastställt att det ”inte finns något som hindrar de berörda skattemyndigheterna från

[52] Se, analogt, skäl 11 i direktivet mot skatteundandraganden.

[53] X har hänvisat till domar av den 7 september 2017, *Eqiom och Enka* (C-6/16, EU:C:2017:641, punkterna 31, 32 och 36), och av den 20 december 2017, *Deister Holding och Juhler Holding* (C-504/16 och C-613/16, EU:C:2017:1009, punkterna 61 och 62).

[54] Se, analogt, dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkt 142).

[55] Om räntekostnaderna beskattas på en skälig nivå i en annan medlemsstat tillämpas villkoret i artikel 10a.3 b i lagen om bolagsskatt, och avdraget kan inte nekas, enligt diskussionen i avsnitt B i detta förslag till förhandsavgörande.

[56] Se, analogt, dom av den 26 februari 2019, X (Mellanliggande bolag med hemvist i tredjeland) (C-135/17, EU:C:2019:136, punkt 86). Se, jämförelsevis, dom av den 20 december 2017, Deister Holding och Juhler Holding (C-504/16 och C-613/16, EU:C:2017:1009, punkterna 65, 67 och 71). Unionslagstiftaren är uppenbarligen av samma uppfattning. I det avseendet innehåller bilaga IV till direktiv 2011/16, när det gäller rapporteringsskyldigheterna enligt det direktivet, en lista med ”kännetecken”, det vill säga särdrag eller funktioner i arrangemang som utgör en ”indikation på en potentiell risk för skatteflykt” (se artikel 3.20 i det direktivet). Särskilt del II (C) 1 d) i densamma säger att ett arrangemang ”som inbegriper avdragsgilla gränsöverskridande betalningar mellan två eller flera anknutna företag … [där b]etalningen omfattas av en förmånlig skatteåtgärd i den jurisdiktion där mottagaren har sin skatterättsliga hemvist” utgör ett sådant ”kännetecken”.

[57] Se, för ett liknande resonemang, domar av den 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 73), och av den 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punkt 53).

att kräva att den skattskyldige ska förete den bevisning som myndigheterna anser är nödvändig för att de i det konkreta fallet ska kunna påföra berörda skatter och avgifter samt, i förekommande fall, att neka det begärda undantaget från skatteplikt om denna bevisning inte företes”. [58]

b) Konsekvenserna av att en transaktion som betraktas som ett sådant arrangemang är inte alltför långtgående

100. I enlighet med artikel 10a.1 c i lagen om bolagsskatt, då ett koncerninternt lån befinns utgöra ett rent konstlat upplägg (under villkoren som dryftats i ovanstående avsnitt), nekas ränteavdraget för det lånet till fullo vid fastställandet av den låntagande beskattningsbara enhetens inkomst i Nederländerna.

101. Även om den hänskjutande domstolen anser att en sådan konsekvens är en logisk följd av att lånet befinns vara konstlat undrar den hänskjutande domstolen (särskilt med sin andra fråga) om, i ljuset av punkt 51 i domen Lexel, ett fullständigt nekande av avdragsrätten går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet. Domstolen fastslog förvisso i den punkten att i de fall då skattemyndigheten anser att ett lån som tagits upp hos en beskattningsbar enhet med en enhet i samma intressegemenskap är ett rent konstlat upplägg ”kräver proportionalitetsprincipen att avdragsrätten endast avser den del av räntan som överstiger vad som skulle ha avtalats om det inte hade förelegat några särskilda förbindelser mellan parterna”. [59]

102. Jag är av samma uppfattning som de regeringar som yttrat sig och kommissionen om att så inte är fallet. I det avseendet bör de två scenarion som nämns i punkterna 78 och 79 ovan också särskiljas.

103. I de fall då, å ena sidan, det konstlade består i den ovanligt höga ränta som fastlagts i ett i övrigt verkligt koncerninternt lån är svaret i enlighet med proportionalitetsprincipen att därefter korrigera den delen av räntekostnaden som ligger över gängse marknadsnivå. Det skulle gå längre än syftet med att förhindra rent konstlade upplägg att neka hela avdraget för den räntan.

104. I de fall då lånet, å andra sidan, i sig självt saknar ekonomiskt och/eller kommersiellt motiv och, med undantag för förbindelsen mellan företagen och den skattefördel som eftersträvas, aldrig skulle ha tagits upp är det helt logiskt och proportionerligt att neka avdraget på hela räntan, inte bara en del av det. Ett sådant rent konstlat upplägg måste ju ignoreras av skattemyndigheten när den beräknar bolagsskatten som ska betalas. Utan lånet skulle det inte finnas någon ränta att dra av.

[58] Se, bland annat, dom av den 26 februari 2019, N Luxembourg 1 m.fl. (C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16, EU:C:2019:134, punkt 141 och där angiven rättspraxis).

[59] Se även domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkt 83.

105. Om skattemyndigheten skulle neka avdraget för bara en del av räntan på lånet i det andra scenariot skulle sammanhållningen i systemet mot missbruk kunna ifrågasättas. Då skulle en del av (eller rentav hela) den skattefördel som eftersträvas genom missbruk i slutändan beviljas den skattskyldige, stick i stäv med det eftersträvade syftet. [60]

V. Förslag till avgörande

106. Mot bakgrund av föregående överväganden föreslår jag att domstolen ska besvara frågorna som hänskjutits av Hoge Raad der Nederlanden (Högsta domstolen, Nederländerna) på följande sätt:

Artikel 49 FEUF

ska tolkas så,

att den inte utgör hinder för nationell rätt enligt vilken ränta på ett lån som tagits upp hos en enhet i samma intressegemenskap som den skattskyldige inte är avdragsgill när den personens inkomster ska fastställas om lånet främst tagits upp av andra motiv än kommersiella överväganden, utan i syfte att skapa en avdragsgill skuld, även om räntenivån som fastlagts för lånet inte överskrider vad som skulle ha avtalats mellan två företag som är oberoende av varandra. I den situationen ska hela ränteavdraget nekas.

[60] Domstolen ställde under förhandlingen frågan till intervenienterna om skattemyndigheterna inte rentav skulle behandla räntan som betalas av det låntagande företaget till det långivande företaget som en (förtäckt) fördelning (se i det avseendet punkt 92 ovan). Om de skulle göra det skulle det låntagande företaget kunna få en betydligt högre skatt, inte bara för att den beskattningsbara inkomsten inte kunde minskas med beloppet som betalats i ränta, utan även för att det företaget – genom att den räntan behandlas som en fördelning – beroende på gällande skatteregler skulle kunna behöva betala bolagsskatt när den transaktionen äger rum (se, analogt, domen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkterna 38 och 39). Det förefaller mig, liksom kommissionen anförde under förhandlingen, som att det mycket riktigt vore proportionerligt och därmed förenligt med unionsrätten om skattemyndigheterna gjorde det. Hur räntan lämpligen behandlas är emellertid de nationella myndigheternas uppgift att bestämma mot bakgrund av deras nationella rätt (se, analogt, artikel 6.3 i direktivet mot skatteundandraganden).