



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Per Ohlin

Underkapitaliseringsregler i ljuset av ränte-/royaltydirektivet

Examensarbete
20 poäng

Mats Tjernberg

Skatterätt

Termin 9

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SAMMANFATTNING | 1 |
| FÖRKORTNINGAR | 2 |
| 1 INLEDNING | 3 |
| 1.1 Ämnet | 3 |
| 1.2 Syfte och metod | 3 |
| 1.3 Material | 4 |
| 1.4 Avgränsningar | 5 |
| 1.5 Disposition | 5 |
| 1.6 Bakgrund | 6 |
| 2 FENOMENET UNDERKAPITALISERING | 7 |
| 2.1 Typexempel på underkapitalisering | 8 |
| 2.2 Överkapitalisering | 9 |
| 2.2.1 Ränteavdragsarbitrage | 9 |
| 2.2.2 Typexempel på överkapitalisering i kombination med underkapitalisering | 10 |
| 2.3 Finns det en optimal kapitaliseringsgrad för varje bransch? | 11 |
| 3 UNDERKAPITALISERINGSREGLER | 14 |
| 3.1 Neutralisering av olikheterna | 14 |
| 3.2 Förhållandet mellan lånat och eget kapital | 14 |
| 3.3 Armslängdsregler | 17 |
| 3.4 Hybridfinansiering | 18 |
| 3.5 Skatteflyktsregler | 19 |
| 3.6 Skatteavtal | 19 |
| 3.7 Gemenskapsrättslig utblick | 20 |
| 3.7.1 Lankhorst Hohorst | 20 |
| 3.7.2 Bosal | 23 |
| 3.8 Uppkommen internationell ekonomisk och juridisk dubbelbeskattning vid tillämpning av underkapitaliseringsregler | 24 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 3.8.1 | Internationell ekonomisk dubbelbeskattning | 24 |
| 3.8.2 | Internationell juridisk dubbelbeskattning | 24 |
| 3.8.3 | EG-rättens motmedel | 25 |
| 4 | DIREKTIVET OM RÄNTOR OCH ROYALTIES | 27 |
| 4.1 | Direktivet | 27 |
| 4.1.1 | Artikel 1 – Räckvidd och förfarande | 27 |
| 4.1.2 | Artikel 2 – Definition av ränta | 28 |
| 4.1.3 | Artikel 4 – Undantag för betalningar som räntor | 28 |
| 4.1.4 | Artikel 5 – Bedrägeri och missbruk | 30 |
| 4.2 | Befarade effekter av direktivet | 31 |
| 5 | ANALYS | 33 |
| | BILAGA A | 35 |
| | KÄLLFÖRTECKNING | 44 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 46 |

Sammanfattning

Ränte/royalty direktivet trädde i kraft den 1 januari 2004. Direktivet innehåller flera oklarheter och inkonsekvenser vilket uppmärksammats i ett antal vetenskapliga artiklar. Det råder tvivel huruvida de nya reglerna innebär att medlemsstaternas underkapitaliseringsregler inte längre är förenliga med gemenskapsrätten.

I denna uppsats görs en ansats att försöka ge en klar bild av underkapitaliseringsregler samt hur ränte/royalty direktivet kan komma att påverka och begränsa nationella underkapitaliseringsregler.

För internationella koncerner kan skattemässiga fördelar uppnås genom att finansiering av ett koncernbolag sker genom olika kombinationer av lån och eget kapital. Underkapitalisering är den benämning vilken används för att beskriva att bolagets soliditet eller kapitaliseringsgrad är allt för låg. De skattemässiga skillnaderna mellan de olika finansieringsformerna är betydande. Genom koncerninterna lån kan skillnader i beskattningen mellan ränta och utdelning utnyttjas för att minska den beskattningsbara vinsten i ett högs katteland.

En lagstiftning vilken reglerar största tillåtna förhållande mellan lånat och eget kapital är det vanligaste sättet att neutralisera de skattemässiga effekterna mellan de olika finansieringsalternativen. Ett gemensamt drag hos dessa underkapitaliseringsregler är att de syftar till att omklassificera räntebetalning av lån till utländska ägare till att i utbetalande bolagsstaten skatterättsligt behandlas som utbetald utdelning.

Syftet med ränte/royalty direktivet är att undanta betalningar av räntor och royalties från varje form av skatt som påförs sådana betalningar. Direktivet innehåller ett par artiklar vilka beroende på hur de tolkas underkänner underkapitaliseringsregler. Direktivet innebär även att nationella underkapitaliseringsregler måste vara i överensstämmelse med armslängdsprincipen vid internprissättning för att vara EU konforma.

Frågan huruvida direktivet ger utrymme för nationella underkapitaliseringsregler eller ej framstår mer som en fråga om hur direktivet skall tolkas. Någon bestämd tolkningsmetod för tolkning av direktivet föreskrivs ej och några kommentarer har ej heller fogats till direktivet. Det råder sådana tolkningssvårigheter av direktivet att det fortfarande är oklart huruvida underkapitaliseringsregler kan underkännas eller ej. Det återstår enligt min mening att en prövning av reglerna sker alternativt att kommentarer fogas till direktivtexten vilka undanröjer tvetydigheter i direktivet.

Förkortningar

| | |
|-------|---|
| bl.a. | bland annat |
| EC | European Commission |
| ECJ | European Court of Justice |
| EG | Europeiska Gemenskapen |
| EGD | Europeiska Gemenskapens Domstol |
| EU | Europeiska unionen |
| f. | följande sida |
| ff. | följande sidor |
| IFA | International Fiscal Association |
| OECD | Organisation for Economic Cooperation and Development |
| s. | sidan |
| SOU | Statens offentliga utredningar |

1 Inledning

1.1 Ämnet

Underkapitaliseringsregler är något som förekommit inom den internationella beskattningsrätten under en längre tid, ämnet har länge varit aktuellt och diskuterats på ett internationellt plan.¹ Under senare år har dock en ökning av antalet länder med underkapitaliseringsregler skett. Anledningarna till införandet av sådana regler är svåra att fastställa och varierar från land till land, dock kan tendenser utkristalliseras vilka pekar på att länder i allt större utsträckning försöker att slå vakt om dess skattebas och skatteunderlag. Möjligtvis som en konsekvens av att det nu är lättare att planera sin verksamhet på ett internationellt plan och att verksamhetens placering har allt mindre betydelse. Under senare tid har även ett flertal medlemmar av EU infört underkapitaliseringsregler, denna trend avspeglar troligen det faktum att den gemensamma marknaden utvecklas och att bolag agerar på hela den gemensamma marknaden. Att medlemsländerna inte vågar ta steget fullt ut och släppa den gemensamma marknaden fri, utan inför regler för att värna om den nationella skattebasen istället för den gemensamma, framstår mer och mer som ett problem.

Ränte-/Royaltydirektivet infördes den 1 januari 2004 och effekterna av detta direktiv för medlemsstater med underkapitaliseringsregler är i dagsläget inte riktigt kända. En begynnande diskussion om effekterna har förts i olika internationella skatterättsliga tidningar men några klagörande kommentarer till direktivet har ännu inte presenterats.

Det är effekterna av detta direktiv denna uppsats skall göra en ansats att beskriva och förklara de möjliga konsekvenser direktivets bestämmelser kan ha för underkapitaliseringsreglerna i de medlemsländer som infört sådana.

1.2 Syfte och metod

Det för uppsatsen huvudsakliga syftet är att försöka fastställa i vilken omfattning och hur Ränte-/Royaltydirektivet 2003/49/EG kan komma att påverka och begränsa nationella underkapitaliseringsregler. Kan underkapitaliseringsregler rent av underkännas genom det enhälligt antagna skattedirektivet?

¹ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 87 ff.

För att kunna angripa dessa frågeställningar krävs först en redogörelse för själva fenomenet underkapitalisering för att förklara förekomsten och hur omfattande användandet av detta är i internationella koncerner. Redogörelsen för fenomenet utmynnar i nästa avsnitt vilket förklarar de olika former underkapitaliseringsregler kan ta. Detta avsnitt, vilket beskriver de olika formerna för underkapitaliseringsregler, är kanske det viktigaste avsnittet för att kunna besvara huvudfrågan, hur direktivet kan komma att påverka och begränsa de olika nationella underkapitaliseringsreglerna. För att sedan uppnå det första syftet görs en genomgång av de införda reglerna med en problematisering kring varje ny regel. Därefter görs en sammanfattning av de befarade effekterna direktivet kan medföra för skattelagstiftningen i de länder vilka infört underkapitaliseringsregler.

Ett annat led i uppsatsen är att ge en beskrivning av dels själva fenomenet underkapitalisering och dels hur underkapitaliseringsregler kan skilja sig åt mellan olika nationella skattesystem. Detta leder till de i sitt omfång relativt omfattande inledande beskrivande avsnitten.

De beskrivande avsnitten är viktiga för att förstå omfattningen av problemen och sätter även in frågeställningarna i ett större perspektiv. Vilka konsekvenser detta direktiv kan få för medlemsländernas interna skatteregler. Löpande kommer olika frågeställningar att lyftas fram för att identifiera problemområden i varje avsnitt. Särskilt i de senare mer omfattande och analyserande avsnitten kommer frågor att besvaras vilket görs för att förtydliga och beskriva ytterligare problemområden detta ämne aktualiserar. Vissa frågeställningar kan tyckas falla utanför uppsatsen men har omnämnts dels för att det i vissa fall varit svårt att utelämna och dels för att visa omfattningen av detta skatterättsliga problemområde.

1.3 Material

Materialet till denna uppsats utgörs av två olika slag. För de första avsnitten i uppsatsen har i huvudsak svenska artiklar och svensk litteratur använts. Ämnet har dock inte diskuterats i någon större utsträckning i Sverige varför en del material till de inledande avsnitten hämtats från internationella källor. I de svenska artiklar vilka diskuterat underkapitalisering har detta framförallt handlat om ett eventuellt införande av svenska underkapitaliseringsregler och dess fördelar och nackdelar. I andra artiklar har fenomenet och regler diskuterats på ett mer allmänt plan varför mer detaljerad information hämtats från internationella källor.

För de avslutande avsnitten har huvudsakligen material hämtats från internationella tidskrifter såsom exempelvis *European Taxation* och *EC Tax Review* samt från material utgivet av *International Fiscal Association (IFA)*. För att beskriva gemenskrättsliga begränsningar av

underkapitaliseringsregler har rättsfall från EGD använts, dels med hjälp av referat men även med hjälp av kommentarer till dessa rättsfall för att få en bättre bild av implikationerna. För svenska förhållanden finns det inte så många fall vilka handlar om just underkapitalisering men i uppsatsen ges utrymme åt Mobil Oil-målet² vilket aktualiserade tillämpningen av den svenska armslängdsregeln på underkapitalisering.

1.4 Avgränsningar

För att uppsatsens omfattning inte skulle bli alltför vid har vissa frågeställningar och i övrigt intressanta diskussioner utelämnats. Bland annat har en diskussion kring förhållandet mellan folkrätten och den interna lagstiftningen utelämnats då detta ämne till viss del ligger utanför själva kärnämnet för uppsatsen. Även om en sådan diskussion varit av intresse att infoga i uppsatsen har den inte givits något vidare utrymme utöver vad som nämns i avsnitt tre.

Vidare har uppsatsen inte för avsikt att diskutera underkapitaliseringsregler generellt för samtliga länder vilka infört sådana utan fokus i uppsatsen ligger på medlemmar av EU vilka infört sådana regler. I de inledande avsnitten diskuteras visserligen andra länders underkapitaliseringsregler men detta har gjorts endast för att visa på den variation underkapitaliseringsreglerna har.

Diskussionen kring ett eventuellt införande av underkapitaliseringsregler i Sverige ligger utanför ramen för denna uppsats, även om en diskussion kring varför sådana regler inte införts i Sverige varit av intresse, inte minst med tanke på de effekter direktivet kan ha för andra medlemsländer med underkapitaliseringsregler. En diskussion kring avväganden vilka gjorts i Sverige skulle vara intressant att lyfta fram för att se hur nödvändiga underkapitaliseringsregler är för att bevaka skatteunderlaget i respektive land.

1.5 Disposition

I avsnitt två diskuteras fenomenet underkapitalisering, detta för att ge en bakgrund till varför länder väljer att införa underkapitaliseringsregler. Vidare förs här en diskussion kring de problem som kan uppkomma när själva grunden till lagstiftning på området skall bestämmas, bland annat om det finns en generell optimal kapitaliseringsgrad för samtliga branscher.

² RÅ 1990 ref 34, *Mobil Oil/Norsk Hydro*.

Avsnitt två lägger grunden för avsnitt tre vilket beskriver och problematiserar frågor kring underkapitaliseringsregler. I avsnittet beskrivs de vanligaste formerna för underkapitaliseringsregler, dess uppbyggnad och tillämpning. I avsnitt tre diskuteras även hur interna underkapitaliseringsregler underkänts av EGD, och därmed begränsats till sin tillämpning. Utöver en beskrivning av reglernas utformning görs alltså en identifiering av vissa grundläggande regler eller ramar för hur underkapitaliseringsreglerna får vara utformade för att vara i överensstämmelse med internationella traktat.

Avsnitt fyra behandlar grundligt det nya direktivet om ränta och royalty, särskilt de artiklar vilka är intressanta för ränta. Dessa artiklar ger upphov till de befarade effekterna vilka i senare avsnitt skall diskuteras. Det är som sagts endast de viktigaste artiklarna vilka beskrivs och diskuteras, hela direktivet bifogas uppsatsen i BILAGA A. Efter genomgång av varje artikel följer en kort diskussion om innebörden av just denna samt vilka problem som uppkommer vid tillämpning av artikeln. Sedan samtliga för uppsatsen intressanta artiklar diskuterats följer ett avsnitt vilket diskuterar befarade effekter av direktivet.

Avsnitt fem utgör analys av uppsatsens frågeställningar men är även till stor del sammanfattande, då en viss del av analyserna redan skett i avsnitt fyra.

1.6 Bakgrund

Direktiv på skatteområdet är få till antalet och detta har sin naturliga förklaring. För ett införande av ett direktiv på skatteområdet krävs enhällighet från samtliga medlemsstater. I de fall det är möjligt att bibehålla skattebasen genom att införa interna skatteregler såsom underkapitaliseringsregler eller källskatter, är berörda länder inte sena att agera. Med tanke på betydelsen av skatteintäkter för medlemsstaterna, är fåtalet skattedirektiv en klar följd av kravet på enhällighet. Under senare år har allt fler medlemmar av EU infört underkapitaliseringsregler, en trend som avspeglar att den gemensamma marknaden utvecklas och att bolag agerar på hela den gemensamma marknaden. En gemensam faktor för införande av underkapitaliseringsregler är behovet av att skydda den egna statens beskattningsunderlag.

2 Fenomenet underkapitalisering

För internationella koncerner kan skattemässiga fördelar uppnås genom att finansiering av ett koncernbolag sker genom olika kombinationer av lån och eget kapital. Från koncernens sida måste vid finansiering inom internationella koncerner hänsyn tas till bland annat skattefrågor då samtliga faktorer vilka ingår i en finansiering medför olika skattekonsekvenser. Dessa kan ha stor inverkan på nettointäkterna genererade av koncernen. Från berörda länders synpunkt har de olika finansieringsalternativen olika inverkan på skatteintäkterna då dessa skiljer sig mellan olika finansieringsalternativ.³

Genom att kombinera finansieringsformer kan koncernbolag få olika grader av soliditet. Med soliditet menas förhållandet mellan ett företags skulder och eget kapital. Underkapitalisering är den benämning vilken används för att beskriva att bolagets soliditet eller kapitaliseringsgrad är allt för låg. Nivån på soliditeten för bolag kan variera mycket beroende på bl.a. vilken bransch de är verksamma i, verksamhetens art, verksamhetens omfattning, vilken bolagsform som valts men även skattemässiga faktorer.

De skattemässiga skillnaderna mellan de olika finansieringsformerna är betydande. Genom koncerninterna lån kan skillnader i beskattningen mellan ränta och utdelning utnyttjas för att minska den beskattningsbara vinsten i ett högskatteland⁴. Ränta och utdelning utgör de två betalningsformerna vilka representerar avkastningen på de investeringsformer vilka är alternativen för ett moderbolag vid finansiering av ett dotterbolag, nämligen lån eller aktiekapital.⁵ Skillnaden i beskattningshänseende mellan ränta och utdelning framgår av följande.

Beskattningen av bolag bygger på den grundläggande principen att överskottet av näringsverksamhet utgör grund för beskattning. För inkomst av näringsverksamhet gäller att från intäkterna får avdrag göras för kostnaderna för intäkternas förvärvande och behållande.⁶ Överskottet, efter avdrag för kostnader, utgör grunden för möjlighet till skattebetalning. En räntebetalning på ett lån utgör en avdragsgill kostnad och sker således av obeskattat kapital till skillnad från en utdelning vilken sker av beskattat kapital. Detta gäller normalt i de flesta länders lagstiftning. En finansiering

³ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s 87.

⁴ Med uttrycket högskatteland respektive lågskatteland avser jag inte relationen till någon särskild skattesats utan olika länders skattesatser i förhållande till varandra.

⁵ Wenehed L-E., Vad är internationell skatterätt eller behöver Sverige underkapitaliseringsregler?, Skattenytt 3/2003, s 142.

⁶ 14 kap. 21 §, 16 kap. 1 § IL.

genom eget kapital leder till att finansiären erhåller utdelning på sina andelar och på så sätt får sin avkastning på satsat kapital. En lånefinansiär debiterar bolaget ränta och erhåller på detta sätt avkastning av utlånat kapital. Källskatt utgår internationellt sett sällan på ränta och om så sker är den normalt lägre än källskatten på utdelning.⁷ Skillnaden mellan dessa två former av finansiering utgörs av den beskattning kapitalet träffas av. Som nämnts ovan sker utdelning till andelsägare av beskattat kapital medan ränta betalas genom obeskattat kapital, utöver denna aspekt så tillkommer som nämnts ovan den aspekten att de båda finansieringsformerna även skiljer sig åt i den källskatt de träffas av. En internationell koncern kan utnyttja dessa förhållanden för att vinna skattefördelar.

En multinationell koncern med bolag i länder med olika bolagsskattesatser kan genom olika finansierings- och bolagskonstruktioner utnyttja dessa skillnader i skattesatser till sin fördel. Det finns flera skäl till varför en koncern väljer att låta ett koncernföretag vara svagt kapitaliserat. Huvudskälet till att ägarna vill lånefinansiera ett utländskt dotterbolag istället för att finansiera med eget kapital är att de skall ha möjlighet att debitera detta räntor, som är avdragsgilla, istället för att ta hem vinsten i form av utdelning som utgörs av beskattat kapital.⁸

Ett bolag kan även underkapitaliseras av andra anledningar, nämligen som en följd av att ett moderbolag valt att överkapitalisera ett utländskt dotterbolag. Detta resonemang kommer att klargöras genom ett enklare exempel nedan. Det är främst den första formen av underkapitalisering vilken skall behandlas i denna uppsats även om de båda formerna är snarlika och har flera gemensamma drag.

2.1 Typexempel på underkapitalisering

Ett exempel på hur en multinationell koncern kan utnyttja underkapitalisering till sin fördel är följande.

Antag att en koncern består av ett moderbolag beläget i ett lågskatteland och ett dotterbolag beläget i ett högskatteland. Antag vidare att moderbolaget lånar ut medel till dotterbolaget vilket genom detta lån får en låg soliditet, underkapitaliseras. Det lån vilket moderbolaget gett dotterbolaget återbetalas genom amorteringar på lånet men även genom räntebetalningar från dotterbolaget. Återbetalningen görs av obeskattade medel vad gäller räntebetalningarna.

⁷ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s 87.

⁸ Gäverth L., Skatteflykt och kapitaliseringsfrågor, Skattenytt 5/1998, s. 233.

Effekten av detta blir att obeskattade medel överförs från högskattelandet till lågskattelandet genom räntebetalningar och beskattas där med en lägre skattesats.⁹

2.2 Överkapitalisering

För att klargöra fenomenet underkapitalisering ytterligare skall nedan i korthet beskrivas dess motsats, överkapitalisering. Med överkapitalisering avses att man förser ett dotterbolag med ett för verksamheten orimligt stort eget kapital. Detta föranleds ofta av att koncernen vill utnyttja de olika skattesatserna i de länder koncernen är verksam i, på samma sätt som för underkapitalisering. En koncern kan exempelvis utnyttja ett ränteavdrag i ett land där avdraget har ett högt skattemässigt värde och föra över de medel som lånats till ett dotterbolag, genom kapitaltillskott, i vilket de beskattas med en betydligt lägre skattesats. Det står dock klart att överkapitalisering inte är lika vanligt förekommande som underkapitalisering.

Dessa två kapitaliseringsformer, under- respektive överkapitalisering, skiljer sig i flera avseenden men de har även vissa likheter. Underkapitalisering är den kapitaliseringsform vilken uppmärksammas i störst utsträckning, både nationellt och internationellt och anledningarna till detta är flera. Att överkapitalisering inte uppmärksammas i lika stor utsträckning beror till stor del på att det i de flesta fallen inte ger en sådan skattemässig fördel vilken kan motivera en dylik omständlig procedur som överkapitalisering innebär för bolagen. Nedan förklaras de svårigheter och små marginella fördelar vilka uppnås genom överkapitalisering av ett dotterbolag. Överkapitalisering bygger på möjligheten att utnyttja ränteavdragsarbitrage varför en kort redogörelse för detta fenomen görs nedan.

2.2.1 Ränteavdragsarbitrage

Ränteavdragsarbitrage innebär att man kan få högre avkastning på en räntebärande investering än vad lånekostnaden uppgår till. Ränteavdragsarbitrage är lönsamt under två villkor. Dels att skattesatsen för avdraget måste vara högre än skattesatsen för avkastningen, dels att skillnaden mellan in- och utlåningsränta måste vara förhållandevis liten. Ett exempel kan belysa innebörden av ränteavdragsarbitrage.¹⁰

Antag att ett svenskt bolag förväntar sig att gå med vinst under de närmaste åren. Bolaget lånar upp kapital från en extern finansiär motsvarande de förväntade vinsterna. Låneräntan dras av mot de utfallande vinsterna. De lånade medlen överförs i form av ett kapitaltillskott till ett lågbeskattat

⁹ Bl.a. Gäverth har skrivit om detta exempel.

¹⁰ SOU 2001:11 Utdelningar och kapitalvinster på företagsägda andelar, s 399 ff.

utländskt dotterbolag. Medlen förräntas i det utländska dotterbolaget genom kapitalplacering. Avkastningen i det utländska bolaget förmedlas i form av utdelning till det svenska moderbolaget. Utdelning tas emot skattefritt i Sverige på grund av att ett koncernförhållande föreligger, i enlighet med moder/dotterbolagsdirektivet¹¹. Då moderbolaget inte beskattas för mottagen utdelning blir resultatet av en dylik konstruktion att svensk bolagsskatt på hela eller delar av vinsten växlats mot den låga eller obefintliga skatten hos det utländska dotterbolaget.¹²

Nyligen har en utredning av förekomsten av ränteavdragsarbitrage i Sverige gjorts vilken pekar på att problemet inte är så allvarligt att lagstiftning krävs för att eliminera effekterna av ränteavdragsarbitrage. Det framhålls i denna del av utredningen att för att ränteavdragsarbitrage skall vara lönsamt krävs som nämnts ovan att två förhållanden uppfylls. Det första av dessa förhållanden uppfylls i många fall, även om bolagsskattesatserna inom Europa inte skiljer sig avsevärt. Det andra förhållandet, att skillnaden mellan in- och utlåningsräntorna inte skall vara alltför stor, uppfylls sällan i Sverige eller Europa, då skillnaden mellan in- och utlåningsräntorna enligt utredningen är alltför stor.¹³

2.2.2 Typexempel på överkapitalisering i kombination med underkapitalisering

Följande klassiska exempel är ämnat att belysa det faktum att de båda kapitaliseringsformerna uppstår i en konstruktion vilken egentligen är typisk för att beskriva endast underkapitalisering och att överkapitalisering även används som en benämning på kapitalstrukturen i ett bolag

Antag att ett moderbolag beläget i ett högskatteland lånar upp ett större kapital från en extern finansiär motsvarande förväntade vinster under en femårsperiod. Det upplånade kapitalet överförs sedan genom kapitaltillskott till ett dotterbolag beläget i ett lågskatteland. Moderbolaget får en betydligt lägre soliditet, underkapitaliseras, medan dotterbolaget överkapitaliseras. De vinster vilka uppstår i moderbolaget kan minskas i betydande mån genom de ränteavdrag vilka möjliggjorts genom lånet. Återbetalningen av det till dotterbolaget gjorda kapitaltillskottet görs i form av utdelning. Utdelning sker av beskattat kapital och beskattas ej i högskattelandet under förutsättning att det finns ett bilateralt skatteavtal staterna emellan i vilket källstatsprincipen tillämpas. I enlighet med moderdotterbolagsdirektivet är vinstutdelning befriad från källskatt både i moderbolagsstaten och i dotterbolagsstaten med de undantag vilka omnämns i direktivet.

¹¹ Moder/dotterbolagsdirektivet 90/435/EEG

¹² Dahlberg M., Förslaget om ny CFC-lagstiftning och det svenska skatteavtalsnätet – SOU 2001:11, Skattenytt 9/2001, s 489 ff.

¹³ SOU 2001:11 Utdelningar och kapitalvinster på företagsägda andelar, s 399 ff.

Detta förhållande är även sant för det omvända förhållandet, det vill säga att dotterbolaget lånar upp kapital motsvarande förväntade vinster. Detta upplägg är förhållandevis vanligt förekommande men innehåller ett stort riskmoment. Vid en skuldsättning motsvarande förväntade vinster kan situationen uppstå att företaget inte lever upp till förväntade vinster och därmed kan få problem med avbetalningar. En upplåning från en extern finansiär innebär att en form av ränteavdragsarbitrage används, som nämnts tidigare är det tveksamt om ett sådant förfarande är särskilt lönsamt, se ovan.

Effekterna av detta blir att moderbolaget undviker stora delar av den beskattning vilken annars skulle ske i högskattelandet och erhåller utdelning vilken beskattats i ett lågskatteland.

2.3 Finns det en optimal kapitaliseringsgrad för varje bransch?

Att ett bolag är underkapitaliserat kan bero på flera olika faktorer. I de fall ett bolag underkapitaliseras i syfte att uppnå skattemässiga fördelar aktualiseras ett flertal frågeställningar. Frågor man kan ställa sig i sammanhanget är: I vilken utsträckning kan ett bolag underkapitaliseras på grund av skattemässiga skäl? Finns det en optimal kapitaliseringsgrad för varje bolag? Vad talar emot att bolag skall få underkapitaliseras?

Ett underkapitaliserat bolag kan om soliditeten understiger en viss nivå och ägarna är flera innebära negativa konsekvenser för bolaget. Att fastställa en lägsta grad av kapitalisering för varje bransch eller företag kan tyckas omöjligt, då denna grad av kapitalisering påverkas av så många faktorer. Dock så bör det existera en lägsta nivå under vilken investerares bedömning av bolaget blir en annan och börskursen påverkas vilket i sig leder till ett minskat aktieägarvärde. Detta är sant för publika aktiebolag med en splittrad ägarbild, med många aktieägare. Ett bolag med låg soliditet bör även ha problem att finna externa finansiärer, även om koncernbolag kan bistå med finansiering.¹⁴ Ett kraftigt underkapitaliserat dotterbolag som i realiteten inte skulle kunna bedriva verksamhet på annat sätt än genom lån eller kapitaltillskott från närstående bolag är ett exempel på sådan kraftig underkapitalisering vilken lagstiftning ingriper emot.

För ett underkapitaliserat bolag kan andra koncernbolag utfärda en skriftlig förklaring, ett stödbrev, vilket utgör en garanti för kreditgivare eller leverantörer att det utfärdande bolaget förbinder sig att garantera betalning av lånekostnader eller andra uppkomna kostnader.¹⁵ Dessa stödbrev, då det

¹⁴ SOU 2001:11 Utdelningar och kapitalvinster på företagsägda andelar, s 401.

¹⁵ <http://skatteverket.se/rattsinfo/handledning/internationell/00/kap3f.html> 2004-10-19.

handlar om att förbinda sig i ett visst avseende och i en viss utsträckning till följd av ett underkapitaliserat bolags låneavtal, utgörs i de flesta fall av så kallade starka stödbrev. Stödbrev kallas stundtals för letter of comfort, -support, -responsibility, -awareness, -understanding, eller -intent. Benämningen är oväsentlig när det kommer till att bedöma dess juridiska status. Det är företrädesvis ordalydelsen i stödbrevet, avsikten bakom överenskommelsen, som är avgörande för stödbrevets styrka. Distinktionen mellan starka, svaga och så kallade mellanformer ligger utanför ramen för denna uppsats varför ingen vidare redogörelse för dessa kommer att göras. Skillnaden mellan starka stödbrev och en borgensförbindelse är inte särskilt stor. Vissa starka stödbrev bör både civil- som skatterättsligt behandlas som vanliga borgensförbindelser, dock kan sägas att gränsen mellan starka stödbrev och borgensförbindelser är flytande.¹⁶¹⁷

Finns det då en optimal kapitaliseringsgrad, företagsekonomiskt och för lagstiftaren? Någon direkt formel för uträkning av optimal kapitaliseringsgrad finns ej och synes svår att skapa.

Det finns dock ett flertal presenterade metoder att fastställa huruvida andelen lån är för stor i relation till det egna kapitalet. Dessa metoder syftar till att lägga grunden för när underkapitaliseringsregler kan bli aktuella att tillämpa, detta innebär själva fastställandet av gränsen för en "safe haven". Detta uttryck kommer att klargöras nedan.

Den subjektiva metoden innebär att en bedömning görs från fall till fall huruvida bolaget är finansierat på ett osunt vis.¹⁸ Uttrycket osunt är tämligen opassande, för oavsett om kapitalstrukturen är osund kan den te sig lönsam för bolaget. Samtidigt bör den företagsekonomiska vinsten vägas mot det allmänna intresset att bibehålla en sund kapitalstruktur i näringslivet. Beroende på vilka intressen som bevakas kan denna metod innebära att bedömningen blir felaktig. Exempelvis kan uttrycket osunt för lagstiftaren innebära en ratio mellan företagets skulder och eget kapital som företaget inte anser vara särskilt osund. I åtanke bör dock hållas att det är skattelagstiftningen som reglerar nivån på marknaden och det vore tämligen orimligt om företagen skulle reglera lagstiftningen. De olika kapitalstrukturerna olika branscher har kan dock innebära att denna metod är att föredra då den subjektiva metoden förespråkar in casu bedömningar. Dock bör rättsäkerheten inte överskattas då en dylik lagstiftning leder till större rättsosäkerhet för berörda bolag.

Den objektiva metoden fastställer ett bestämt förhållande mellan lån och kapital vilket inte får överskridas.¹⁹ Denna metod är relativt vanlig och lagregeln ger oftast uttryck för en debt/equity ratio, så kallade "safe haven"

¹⁶ <http://skatteverket.se/rattsinfo/handledning/00/kap3f.html> 2004-10-19.

¹⁷ Gäverth L., Stödbrev, 1994, s. 103 ff.

¹⁸ Wenehed L-E., Vad är internationell skatterätt eller behöver Sverige underkapitaliseringsregler?, Skattenytt 3/2003, s. 142 ff.

¹⁹ Wenehed L-E., Vad är internationell skatterätt eller behöver Sverige underkapitaliseringsregler?, Skattenytt 3/2003, s. 142 ff.

regler. Frågan är om dessa metoder att begränsa underkapitaliseringen av bolag har någon förankring hos bolagen. Ett bolag bör överväga vad den optimala kapitaliseringsgraden för just dess verksamhet är. Koncernbolag som utnyttjas i skatteplaneringshänseende bör även de omfattas av detta, trots att moderbolaget skulle vinna större fördelar om kapitalstrukturen i företaget uteslutande skulle bestå av lån.

Generellt sett så finns det olika kapitalstrukturer i olika branscher och således bör även underkapitaliseringsregler anpassas efter dessa skilda behov av eget kapital.

I vissa länders skattelagstiftning innehållande underkapitaliseringsregler har dessa anpassats i viss utsträckning efter olika branscher. Exempelvis tillämpar Kanada inte sina underkapitaliseringsregler på bolag vars verksamhet i huvudsak är design eller tillverkning av flygplan, i Australien har finansiella institutioner, särskilt banker, en utvidgad "safe haven". I Schweiz och Norge är underkapitaliseringsreglerna begränsade till endast vissa branscher, bolag som investerar i fastigheter i Schweiz respektive olja- och naturgasbolag i Norge.²⁰ Varför dessa länders skattelagstiftning omnämns i detta avsnitt är för att visa på den stora variation underkapitaliseringsreglerna har. Att utforma underkapitaliseringsregler som är anpassade för olika branscher av stor betydelse för det aktuella landet utgör en lösning på tidigare omnämnda problem. En dylik utformning tar hänsyn till skilda kapitalbehov och är en lämplig utformning av den objektiva metoden, dock kan specialreglering för samtliga branscher inte göras utan endast branscher av stort nationellt intresse bör åtnjuta en sådan anpassning av skattelagstiftningen.

Den subjektiva metoden kan synas mer lämplig då den tar hänsyn till varje enskilt företag och dess kapitalbehov, dock medför en sådan lagstiftning rimligen högre kostnader för skattemyndigheten. Den objektiva metoden leder dock till större rättssäkerhet och mindre spekulationer för underkapitaliserade bolag huruvida de kan komma att klassas som underkapitaliserade och falla utanför den så kallade "safe haven".

²⁰ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s 123.

3 Underkapitaliseringsregler

3.1 Neutralisering av olikheterna

I de länder som infört underkapitaliseringsregler kan skönjas olika angreppssätt för att åstadkomma en neutraliserande effekt av de skattemässiga olikheterna mellan lånat och eget kapital. Att finna regler vilka är allomfattande utan att inbegripa fall som lämpligen bör falla utanför aktualiserar ett flertal problemområden. Dessutom skall hänsyn tas till multilaterala skatteavtal och i många fall även till gemenskapsrätt. Variationerna mellan de olika angreppssätten är därför i många fall påfallande stor medan de i andra fall är nästan obefintliga. De vanligaste sätten att angripa underkapitalisering skall redogöras för nedan.

3.2 Förhållandet mellan lånat och eget kapital

En lagstiftning vilken reglerar största tillåtna förhållande mellan lånat och eget kapital är det vanligaste sättet att neutralisera de skattemässiga effekterna mellan de olika finansieringsalternativen. Lagstiftningen ger ofta en definition av vad som anses vara ett underkapitaliserat bolag. Internationellt används beteckningen debt/equity ratio för att beskriva förhållandet mellan lånat och eget kapital. Denna ratio, kvottal, utgörs vanligtvis av relationen mellan eget kapital och av ägarna utlånade medel. Ett underkapitaliserat bolag anses exempelvis vara för handen om dess lånade kapital uppgår till mer än tre gånger det egna kapitalet, detta förhållande, 3:1, mellan lånat och eget kapital, är den mest vanligt förekommande debt/equity ratio men även andra kvottal förekommer.²¹ Dessa regler benämns även "safe haven" regler vilket i korthet innebär att så länge bolagen håller sig inom ramen för de bestämda kvottalen sker inget ingripande från fiskus.²²

Ett gemensamt drag hos dessa "safe haven" regler är att de syftar till att omklassificera räntebetalning av lån till utländska ägare till att i utbetalande bolagsstaten skatterättsligt behandlas som utbetald utdelning. Vanligtvis utformas reglerna som nämnts ovan, att en viss grad av lånefinansiering godtas men att det finns en viss högsta tillåtna andel lånat kapital. Det är när denna andel överskrids effekten av underkapitaliseringsreglerna synliggörs. Om en debt/equity ratio överskrids får det som konsekvens att den del av totala räntan vilken kan hänföras till den del av lånet vilket ligger utanför

²¹ Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 65.

²² Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 65.

debt/equity ration inte behandlas som ränta utan istället omklassificeras till att i källstaten skatterättsligt behandlas såsom utbetalad utdelning. Den avdragsgilla räntan har omklassificerats till icke-avdragsgill utdelning.²³

Till lånat kapital räknas vid denna bedömning vanligen endast lån från aktieägare eller närstående samt vissa lån från tredje man vilka garanterats av aktieägare eller närstående. Underkapitaliseringsreglerna riktar sig nästan uteslutande mot lån givna av utländska ägare. Nedan kommer framgå att det på gemenskapsrättslig nivå skett en förändring på just denna punkt för att reglerna skall vara förenliga med gemenskapsrätten.²⁴

Även ”back-to-back” lån räknas med bland de lån vilka anses som koncerninterna. Med ”back-to-back” lån avses att man skjuter in en mellanliggande långivare, eller att lånet lämnats av utomstående men med stöd av garantier eller liknande från någon låntagaren närstående. Syftet med en dylik konstruktion kan vara att kringgå underkapitaliseringsreglerna genom att lånet formellt sett inte lämnats av den närstående vanligtvis moderbolaget.²⁵

Liknande ”safe-haven” regler tillämpas i många av medlemsstaterna i EU. De länder som hade underkapitaliseringsregler, före den nu genomförda expansionen av EU, var Belgien, Danmark, Frankrike, Irland, Tyskland, Italien, Luxemburg, Nederländerna, Portugal, Spanien och Storbritannien.²⁶ Majoriteten av dessa, Danmark, Tyskland, Italien, Nederländerna, Spanien och Storbritannien, har nyligen infört underkapitaliseringsregler vilket tyder på en trend inom EU att införa regler för att motverka just underkapitalisering. Sverige, Grekland, Finland och Österrike är de medlemsländer vilka inte har några specifika underkapitaliseringsregler.²⁷ Värt att nämna är att Irlands underkapitaliseringsregler inte är tillämpliga på förhållanden inom EU.²⁸ Under senare tid har även de spanska underkapitaliseringsreglerna förändrats och är nu endast tillämpliga på förhållanden utanför EU.²⁹ Utformningen av underkapitaliseringsreglerna påverkas i stor utsträckning av EG-rätten. I avsnitt 3.7 redogörs för två aktuella avgöranden vilka haft betydelse för utvecklingen av underkapitaliseringsregler inom EU så att de blivit EU-konforma till sin utformning. De två fallen, *Lankhorst-Hohorst*³⁰ och *Bosal*³¹, berör främst diskrimineringsförbudet men även den fria rörelsen av kapital och etableringsfriheten.

²³ Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 66.

²⁴ Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 66.

²⁵ Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 66.

²⁶ Intertax, Volume 32, Issue 3, s 128.

²⁷ Intertax, Volume 32, Issue 3, s 128.

²⁸ Intertax, Volume 32, Issue 3, s 128.

²⁹ European Taxation, February/March 2004, s. 129.

³⁰ ECJ, 12 december 2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

³¹ ECJ, 18 september 2003, C-168/01, *Bosal*.

Underkapitaliseringsregler vilka tar den här diskuterade "safe-haven" formen är konstruerade på väldigt många olika sätt beroende på vilken lagstiftning man studerar.

En stor skillnad mellan de olika "safe-haven" reglerna är skuldbegreppet, hur detta definieras, och vilka bolag som omfattas av reglerna, om det är hela koncernen eller bara det enskilda bolaget. Dessutom skiljer sig "safe-haven" reglerna åt avseende vilket ägande eller vilket förhållande långivaren har till det aktuella bolaget.

I vissa länder räknas en debt/equity ratio ut för varje enskild utländsk långivande aktieägare. Detta kan resultera i att underkapitaliseringsreglerna kan bli tillämpliga på en enskild utomlands bosatt aktieägare även om bolaget inte överskridit "safe-haven" gränsen. Varför reglerna fokuserar på enskilda aktieägare är inte för att motverka bolagens skuldsättning i allmänhet utan mer för att motverka lånefinansiering från aktieägare.³² De länder som tillämpar mer generella skatteregler, armlängdsregler och skatteflyktsbestämmelser, på underkapitaliseringssituationer ser alltid på skuldsättningen i förhållande till en enskild i utlandet bosatt aktieägare, i stället för bolagets totala skuldsättning.³³ Mer om dessa mer generella skatteregler nedan i avsnitt 3.3, 3.5 och 3.6.

Vissa länder bedömer bolagets skuldsättning gentemot i utlandet bosatta aktieägare som en grupp, till skillnad från ovan. Det är endast när den totala skuldsättningen för bolaget gentemot i utlandet bosatta aktieägare, som en grupp, överskrider "safe-haven" gränsen som underkapitaliseringsreglerna tillämpas. Denna lösning tillåter vissa aktieägare att bistå med mer lånekapital än tillåtet om andra aktieägare endast bidrar med ett mindre lån.³⁴

För japanska förhållanden sker två prövningar innan underkapitaliseringsreglerna blir tillämpliga. Dels måste lånekapitalet från samtliga aktieägare överstiga dess tillåtna debt/equity ratio, 3:1, dels måste lånekapitalet från i utlandet bosatta aktieägare uppgå till 300 procent av det egna kapitalet. Det är när båda dessa förutsättningar är uppfyllda som underkapitaliseringsreglerna blir tillämpliga. Fördelen med denna typ av underkapitaliseringsregler är att skattekonsekvenser inte drabbar i utlandet bosatta aktieägare så länge det japanska bolaget totalt sett inte är underkapitaliserat.³⁵ Omnämmandet av de japanska reglerna har gjorts endast för att visa på den stora variation underkapitaliseringsreglerna har.

³² Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 112.

³³ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 112.

³⁴ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 112.

³⁵ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 112.

Underkapitaliseringsregler tillämpas om långgivaren på något sätt har ett intresse i det bolag dit lånekapitalet tillskjuts. Reglerna är ur denna aspekt väldigt snarlika i de länder som infört underkapitaliseringsregler. Det som kvalificerar någon att omfattas av underkapitaliseringsreglerna är i de flesta fall aktieinnehav, men även närstående till en aktieägare omfattas i de flesta fall, ett undantag är Frankrike. Räckvidden av närståendebegreppet, både för bolag och fysiska personer har stora variationer i länder med underkapitaliseringsregler.³⁶ Denna fråga är endast av begränsad betydelse för uppsatsen varför ytterligare uppmärksamhet inte är nödvändig.

En annan viktig fråga är aktieägarens totala innehav. För att underkapitaliseringsreglerna skall kunna bli tillämpliga krävs olika stora aktieinnehav i olika länder. Allt från mer än 50 procent aktieinnehav vilket är gränsen i Frankrike, till minst 15 procent i Australien.³⁷ Dessa procentsatser gäller både direkta och indirekta innehav.

3.3 Armslängdsregler

Affärstransaktioner mellan företag i intressegemenskap skall ske på samma villkor som om transaktionen hade skett mellan oberoende parter. Denna princip är allmänt vedertagen i de flesta länders lagstiftning och gäller särskilt beträffande transaktioner över nationsgränser.

Vissa länder som inte har någon regel för underkapitalisering tillämpar armslängdsregeln för att motverka utnyttjande av detta fenomen för att vinna skattefördelar. Armslängdsregler kan vara utformade på olika sätt men har sin egentliga grund i OECD:s modellavtal artikel 9.

Sådana armslängdsregler omfattar vanligtvis räntebetalningar på ett lån och om för hög ränta tas ut på ett lån räknas den överskjutande delen, dvs den del som överstiger den ränta som skulle tagits ut om företagen befunnit sig på armslängds avstånd, som ej avdragsgill utdelning. Räntan omvandlas till utdelning till den del den inte överensstämmer med armslängdsprincipen. Det har även framhållits och ifrågasatts huruvida även själva lånet skulle kunna angripas med hjälp av armslängdsprincipen även om inte räntan avviker från marknadsmässig ränta. Resonemanget skulle i så fall kunna vara att lånet över huvud taget inte skulle ha lämnats av en oberoende part på grund av det låntagande bolagets ekonomiska situation.³⁸

Artikel 9 i OECD:s modellavtal är relevant vid tillämpningen av interna regler om underkapitalisering. Artikeln kan tillämpas för att avgöra om

³⁶ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 116.

³⁷ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 116.

³⁸ Estberg S., SvSkT, 1990, s 335ff.

något som betecknats som lån i stället skall anses som ett kapitaltillskott. Artikel 9 begränsar tillämpningen av interna underkapitaliseringsregler såtillvida att de endast får innebära en justering som återspeglar resultatet i en armlängdssituation.³⁹

För svenska förhållanden aktualiseras frågan om armlängdsregelns tillämplighet vid underkapitalisering för att just avgöra om något som betecknats som lån i stället skall anses som ett kapitaltillskott. Armlängdsregeln återfinns i IL 14:19, tidigare i KL 43 § 1mom. Ett rättsfall som aktualiserade armlängdsregeln var Mobil Oil-målet⁴⁰. Det svenska dotterbolaget var kraftigt underkapitaliserat och frågan var om armlängdsregeln innebar att det som utgjort en räntebetalning från det svenska dotterbolaget till ett utländskt moderbolag skulle behandlas skatterättsligt som en icke avdragsgill utdelning. I detta mål klargjorde Regeringsrätten att svensk rätt saknar särskilda regler avseende förhållandet mellan ett bolags egna kapital och dess skulder, vidare uttalade rätten att det faktum att bolaget hade ett ovanligt litet eget kapital i förhållande till dess skulder saknade betydelse. För tillämpning av den svenska armlängdsregeln krävs att jämförelse skall kunna göras med villkor som normalt skulle avtalats med ett oberoende bolag. Rätten fann att finansiering mellan oberoende bolag sker genom lån på marknadsmässiga villkor och inte riskkapital. I enlighet med detta fann rätten att om det svenska bolaget istället finansierats av ett utomstående bolag hade det skett genom lån varför det i målet aktuella lånet inte med stöd av armlängdsregeln skatterättsligt kunde behandlas som ett aktieägartillskott.

I detta fall ansågs armlängdsregeln inte tillämplig på en underkapitaliseringssituation. I det omvända fallet, då ett svenskt moderbolag erhåller ränta understigande marknadsvärdet på lån lämnat till utländskt närstående bolag kan armlängdsregeln tillämpas. Även fall då ett svenskt bolag erlagt för hög ränta på ett lån taget hos ett i Sverige icke skattskyldigt närstående bolag kan angripas med armlängdsregeln.⁴¹

3.4 Hybridfinansiering

Hybridfinansiering innebär ett mellanting mellan lån och eget kapital, exempelvis konvertibla skuldebrev, lån som ger rätt till andel i vinsten. Vid en sådan finansiering ligger det nära till hands att betrakta ett lån såsom eget kapital då det ger långivaren en ställning vilken påminner om en aktieägares.⁴² För ränta på denna typ av instrument som faller under kategorin hybridfinansiering gäller vissa begränsningar i avdragsrätten i exempelvis Tyskland. När det gäller dessa mellanformer vilka formellt är

³⁹ Estberg S., SvSkT 1990, s 339f.

⁴⁰ RÅ 1990 ref 34, *Mobil Oil/Norsk Hydro*.

⁴¹ Gäverth L., Stödbrev, 1994, s. 105 f.

⁴² Estberg S., SvSkT 1990, s 335ff.

lån försöker man att omklassificera dessa till att utgöra eget kapital vid beskattningen.⁴³ Detta är ett sätt att angripa och neutralisera olikheterna mellan lån och eget kapital och utgör ett alternativ till de ovan nämnda "safe-haven" reglerna. Detta angreppssätt av problemet utgör en mindre vanligt förekommande lösning. De andra formerna, sk "safe-haven" regler och armlängdsregler är mer vanligt förekommande.

3.5 Skatteflyktsregler

Skatteavtal har till syfte att förutom att undanröja dubbelbeskattning även förhindra internationell skatteflykt. Denna uppfattning delas av de flesta staters lagstiftande organ. Det finns inte, enligt OECD-rapporter, något principiellt hinder mot ingripande med hjälp av interna regler mot skatteflykt och skattefusk.⁴⁴ Det finns exempel på att man i andra länder tillämpat interna skatteflyktsbestämmelser vid fall av underkapitalisering och överkapitalisering.⁴⁵ I exempelvis Holland har en intern skatteflyktsbestämmelse påfordrats i syfte att förvägra underkapitaliserade holländska bolag avdrag för räntekostnader. En tillämpning av sådana regler kan ske om den skattskyldiges avgörande skäl för transaktionen är att minska skatten samtidigt som förfarandet innebär ett kringgående eller missbruk av lagstiftningen.⁴⁶

3.6 Skatteavtal

Som nämnts ovan har skatteavtal som främsta syfte att undanröja juridisk dubbelbeskattning. Denna uppfattning delas av de flesta länders lagstiftningsorgan och OECD har påtalat, dock i mindre tydliga former, att det principiellt inte finns något hinder mot att stater ingriper med interna regler eller med hjälp av bestämmelser i skatteavtal mot missbruk av bilaterala eller multilaterala skatteavtal.⁴⁷

I många skatteavtal regleras just denna fråga, hur interna regler får tillämpas i förhållande till det bilaterala eller multilaterala skatteavtalet. Vad detta kan ha för konsekvenser för länder utan regler för underkapitalisering skall nedan framgå i avsnitt 3.8.

⁴³ Estberg S., SvSkT 1990, s 336f.

⁴⁴ Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 34.

⁴⁵ Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 34.

⁴⁶ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 103.

⁴⁷ Gäverth L., Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, 1998, s. 34.

Förhållandet mellan folkkrätten och den interna lagstiftningen kommer endast att beröras i mindre utsträckning då det är av begränsat intresse för uppsatsen. Att dubbelbeskattningsavtal går före den interna rätten eller har företräde kan sägas vara ett uttryck för den allmänna juridiska principen om *lex specialis* företräde framför *lex generalis*. Dubbelbeskattningsavtalens gyllene regel innebär att ett dubbelbeskattningsavtal kan begränsa men aldrig utvidga den rätt till beskattning som tillkommer en stat enligt dess interna skatterätt. Dubbelbeskattningsavtal inskränker ofta den interna beskattningsrätten och det är av vikt att detta står klart vid beskattningen.

3.7 Gemenskapsrättslig utblick

Utformningen av underkapitaliseringsregler påverkas i stor utsträckning av internationella skatteavtal, vilket nämnts ovan, men i minst lika stor utsträckning av EG-rätten. Under den senaste tiden har EGD underkänt Tysklands och Hollands underkapitaliseringsregler, för att de inte varit i överensstämmelse med gemenskapsrätten. Efter det att EGD underkänt reglerna har dessa modifierats för att bli ”EU-säkra”, återstår att se om dessa är i överensstämmelse med det nya ränte- och royaltydirektivet.

Det är främst diskrimineringsförbudet i EG-rätten men även den fria rörelsen av kapital och etableringsfriheten vilka inte respekterats i den tyska och den holländska lagstiftningen på underkapitaliseringens område.

I följande avsnitt skall två viktiga avgöranden diskuteras vilka haft betydelse för utvecklingen av underkapitaliseringsregler i några EU-länder så att de blivit EU-konforma till sin utformning. Redogörelse för fakta i avgörandena kommer inte att göras utan tyngdpunkten kommer att ligga på i vilken utsträckning lagreglerna inte var i överensstämmelse med gemenskapsrätten.

Vad som är av intresse för uppsatsen är hur EG-rätten kan begränsa den nationella skattelagstiftningen och underkänna skattelagstiftning vilken inte uppfyller de för gemenskapsrätten grundläggande fri- och rättigheterna samt vad detta får för konsekvenser för medlemsstaternas nationella skattereglerna.

3.7.1 Lankhorst Hohorst⁴⁸

⁴⁸ ECJ, 12 december 2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

I detta avgörande var den huvudsakliga frågan huruvida de tyska underkapitaliseringsreglerna var i överensstämmelse med artikel 43 EG vilken behandlar etableringsfriheten. Det var här fråga om restriktioner i den tyska lagstiftningen vilka gjorde att utländska moderbolag inte kvalificerade sig för lagstiftningen. Skillnaden består i den beskattning som sker av räntebetalningar från ett dotterbolag beläget i Tyskland till ett moderbolag för ett koncerninternt lån. I majoriteten av fallen erhåller tyska moderbolag en skattecredit medan utländska moderbolag inte erhåller en sådan skattecredit. Genom en sådan restriktion i skattelagstiftningen blir det inte lika attraktivt för utländska bolag att etablera, behålla eller överta ett dotterbolag i Tyskland.

För att restriktioner skall kunna rättfärdigas krävs att de är förenliga med artikel 46 EG. Artikel 46 EG är inriktad på mer allmänna orsaker till restriktioner. De restriktioner vilka tillåts skall grunda sig på allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Utöver detta rättfärdigande enligt artikel 46, kan regler rättfärdigas genom ”rule of reason”. ”Rule of reason” innebär att för rättfärdigande uppställs krav på att restriktionen skall a) syfta till att uppnå ett tungt vägande allmänintresse b) vara ägnad att eftersträva det uppställda syftet samt c) vara proportionell till detta.⁴⁹ Utöver dessa så har EG-domstolen genom praxis accepterat restriktioner och diskriminering på grund av nationalitet om de grundats på ett starkt behov av skattekontroll även om praxis inte är särskilt omfattande.⁵⁰ EGD har ett flertal gånger fastslagit att medlemsstaterna måste ta hänsyn till EG-rätten när de utövar sin beskattningsrätt. Skattelagstiftningen får inte innehålla regler som innebär hinder för etableringsfriheten och andra fördragsfriheter såsom fri rörlighet för kapital.⁵¹ EGD har varit väldigt restriktiv med att erkänna eller acceptera förekomsten av restriktioner i medlemsländernas lagstiftning oavsett grunderna för dessa.⁵² *Lankhorst-Hohorst* är ett av de mål vilket bekräftats för ovan nämnda förhållanden.

I *Lankhorst-Hohorst* var det fråga om just en sådan restriktion vilken var till nackdel för bolag i andra medlemsstater.

Lankhorst-Hohorst är ett tyskt bolag vilket sålde båtutrustning och andra liknande produkter. Bolaget är ett dotterbolag till ett holländskt bolag vilket i sin tur är helägt av ett annat holländskt bolag. Moderbolaget hade lånat ut pengar till det tyska bolaget, ett lån vilket skulle ges istället för eget kapital. Grunden för tvisten var den skattemässiga behandling räntebetalningarna från det tyska bolaget till det holländska moderbolaget drabbades av. Räntebetalningarna ansågs utgöra förtäckt vinstutdelning och drabbades av bolagsskatt. Frågan var om en annorlunda skattemässig behandling av ett moderbolag beläget i en annan medlemsstat än källstaten var i överensstämmelse med EG-rätten, framförallt artikel 43 EG.

⁴⁹ Tjernberg M., Skattenytt 4/2003, s 243.

⁵⁰ Bergström S., Skattenytt 12/2000, s 664.

⁵¹ Tjernberg M., Skattenytt 4/2003, s 240.

⁵² Tjernberg M., Skattenytt 4/2003, s 240.

EGD börjar med att uttala sig i allmänna ordalag om staternas kompetens vad gäller direkt beskattning. Direkt beskattning faller under medlemsstaternas kompetens, dock måste medlemsstaterna utnyttja denna kompetens i enlighet med gemenskapsrätten och i synnerhet undvika diskriminering på grund av nationalitet. Efter denna inledande anmärkning fortsätter EGD att behandla den tyska restriktionen samt dess förenlighet med EG-rätten.

Den tyska skattelagstiftningen vilken reglerar skatt på ränta vilken betalas av dotterbolag till moderbolag på lån innebär en skillnad i behandlingen mellan tyska dotterbolag vilka har sitt moderbolag i Tyskland och de som har ett utländskt moderbolag. En sådan skillnad i beskattningen beroende på var moderbolaget har sitt säte innebär enligt EGD ett hinder för etableringsfriheten vilken har sin grund i artikel 43 EG. Skatteskillnaden gör det mindre attraktivt för bolag med säte i en annan medlemsstat att etablera sig i Tyskland.

EGD:s slutsats är att artikel 43 EG skall tolkas så att liknande särbehandlingar av nationella moderbolag inte är förenliga med etableringsfriheten.

Lankhorst–Hohorst avgörandet har haft den effekten att den tyska skattelagstiftningen fick ändras på denna punkt för att vara förenlig med EG-rätten. Dessutom har andra medlemsländer insett att deras skattelagstiftning på just detta område inte skulle hålla för en prövning av EGD och anpassat lagstiftningen efter EGD:s slutsatser.

Utöver denna effekt har beslutet även lett till att icke EU-stater spekulerar i om beslutet skulle kunna tillämpas i liknande situationer med bolag i icke EU-stater. Även om beslutet i målet baseras på etableringsfriheten i EG, och därmed bara inverkar på den interna lagstiftningen i medlemsstaterna kan den utgöra en katalysator för en mer kritisk analys av underkapitaliseringsreglerna mer generellt.⁵³

De nya förändrade reglerna i Tyskland och i andra medlemsstater är i överensstämmelse med EG-rätten och detta har gjorts genom att utvidga kretsen vilken beskattas med bolagsskatt på räntebetalningar på lån till att omfatta även inhemska moderbolag eller aktieägare. I Tyskland gäller nu en debt/equity ratio på 1,5:1 vilket får sägas vara en förhållandevis sträng gräns vid en jämförelse med andra länders ”safe haven” regler.⁵⁴ Som en reaktion på avgörandet ändrades exempelvis den spanska skattelagstiftningen vilken reglerade underkapitalisering. Den spanska lagstiftaren införde en ny artikel i skattelagstiftningen vilken innebär att bolag belägna i någon av EU-medlemsstaterna undantas från underkapitaliseringsreglerna.⁵⁵ De spanska

⁵³ Intertax, Volume 32, Issue 3, s 126.

⁵⁴ Intertax, Volume 32, Issue 3, s 127.

⁵⁵ European Taxation, February/March 2004, s. 129.

reglerna liknar de irländska vilka även de utesluter bolag i EU-medlemsstater från interna underkapitaliseringsregler.

3.7.2 Bosal⁵⁶

Holland har inte haft några specifika underkapitaliseringsregler tidigare, underkapitaliseringsreglerna trädde i kraft den 1 januari 2004. Att Holland införde nya specifika underkapitaliseringsregler som en reaktion på avgörandet i *Bosal-målet* visar på hur viktiga underkapitaliseringsreglerna är för skatteintäkterna.

Före detta avgörande innehöll det holländska skattesystemet skillnader i avdragsmöjligheter för kostnader för nationella och utländska bolag. Kostnader vilka kunde hänföras till ett holländskt bolags ägande i det holländska bolaget var i regel avdragsgilla medan kostnader vilka hänfördes till ett utländskt bolags ägande i ett holländskt bolag endast var avdragsgilla under vissa specifika förutsättningar. I praktiken innebar skillnaderna i skattelagstiftningen att ränta och andra kostnader vilka uppkommit vid en finansiering av ett bolag alltid var avdragsgilla för dotterbolaget om det var i förhållande till ett holländskt bolag. I förhållande till utländska bolag utgjorde de endast undantagsvis avdragsgilla kostnader och då endast om det utländska bolaget hade ett fast driftställe i Holland.⁵⁷

I fallet aktualiserades just denna skillnad i den skattemässiga behandlingen av utländska och nationella bolag. *Bosal Holding BV (Bosal)*, ett holländskt holdingbolag hade gjort avdrag för kostnader vilka uppkommit i förhållande till utländska dotterbolag. Kostnaderna hade inte uppkommit för att generera vinster beskattade i Holland och avdragen underkändes därför. *Bosal* argumenterade att skillnaden i den skattemässiga behandlingen av utländska och nationella bolag inte var i överensstämmelse med de grundläggande friheterna i EG.

EGD hade i det här fallet att besvara frågan om restriktionen för avdragsrätten för kostnader uppkomna i förhållande till utländska dotterbolag med säte i andra medlemsstater var i överensstämmelse med EG. De argument som presenterades för att rättfärdiga restriktionen var dels att restriktionen var nödvändig för att bibehålla skattesystemets sammanhang, dels territorialitetsprincipen och dels behovet av att bevara den holländska skattebasen.⁵⁸

Ovan, avsnitt 3.7.1, har redogjorts för de restriktioner vilka kan rättfärdigas enligt EGD. I detta mål prövades särskilt om restriktionen kunde rättfärdigas med ”rule of reason” doktrinen, vilket ansågs vara möjligt enligt

⁵⁶ ECJ, 18 september 2003, C-168/01, *Bosal*.

⁵⁷ *Intertax*, Volume 32, Issue 4, s 187.

⁵⁸ *Intertax*, Volume 32, Issue 4, s 188.

den holländska staten.⁵⁹ Inget av de krav som uppställs för att en restriktion skall tillåtas enligt ”rule of reason” doktrinen ansågs enligt EGD föreligga i Bosalmålet.

Holland införde som sagt underkapitaliseringsregler som en följd av avgörandet i Bosalmålet. Underkapitaliseringsreglerna utgörs av två debt/equity ratios av vilka skattebetalaren själv får välja vilken som skall tillämpas. De nya holländska reglerna anses vara förenliga med EG, frågan är om de är förenliga med ränte/royalty direktivet.

3.8 Uppkommen internationell ekonomisk och juridisk dubbelbeskattning vid tillämpning av underkapitaliseringsregler

Vid en tillämpning av underkapitaliseringsregler kan vissa negativa effekter uppstå i form av dubbelbeskattningssituationer. Dessa situationer kan uppstå i flera fall och för att förekomma dessa finns det både i skatteavtal och i EG-rätten bestämmelser vilka reglerar situationerna.

3.8.1 Internationell ekonomisk dubbelbeskattning

Den situation av ekonomisk dubbelbeskattning som kan uppstå till följd av underkapitaliseringsregler är följande. Antag att ett låntagande bolag nekas avdrag för räntekostnader enligt en underkapitaliseringsbestämmelse. Detta leder till att det låntagande bolagets beskattningsbara inkomst höjs i motsvarande mån som man vägras avdrag. Bolaget får betala en högre inkomstskatt. Bolagsstaten får även beskatta andelsägaren för den ränteinkomst han uppstår. Andelsägaren, får betala skatt i sin hemviststat på den ränteinkomst han mottar och får avräkna den skatt som redan tagits ut på samma inkomst, för att undvika juridisk dubbelbeskattning. Dock så kan han inte avräkna den högre inkomstskatt som det låntagande bolaget fått erlägga på grund av ränteavdragsbegränsningen. Denna situation skulle utan en tillämpning av underkapitaliseringsregeln inte uppkommit.⁶⁰

3.8.2 Internationell juridisk dubbelbeskattning

⁵⁹ Intertax, Volume 32, Issue 4, s 188.

⁶⁰ Brandt, P., Inverkan av skatteavtal och EG-rätten på underkapitaliseringsfrågor, Skattenytt 1997, s 268 f.

Den situation av juridisk dubbelbeskattning vilken kan uppkomma till följd av underkapitaliseringsregler och även är intressant för svenska förhållanden är då det sker en omklassificering av ränta till utdelning.

Vid en omklassificering av ränta till utdelning som gjorts för att beskatta en utländsk långivare som om han uppburit utdelning istället för ränta kan följande inträffa. Långivaren får betala en högre skatt i denna stat än han varit skyldig om han uppburit ränta. Följande problem kan då uppstå. Om andelsägaren hemviststat inte följer omklassificeringen utan anser att betalningen utgör ränta till skillnad från låntagarstaten som anser den utgöra utdelningen. Andelsägarens hemviststat kan i denna situation komma att vägra avräkning för den i låntagarstaten betalda skatten, alternativt endast delvis avräkna den skatt som redan betalats. Det finns således risk för att den juridiska dubbelbeskattningen kvarstår.⁶¹

Vid implementeringen av moderdotterbolagsdirektivet undersöktes vilka EU-stater som respekterade källstatens omvandling av ränta till utdelning. Sverige var dock inte medlem i EU vid detta tillfälle. Det framkom att det var tveksamt huruvida Belgien, Portugal och Storbritannien betraktade dessa omklassificerade räntor som utdelning när de länderna var aktieägarstat.⁶²

3.8.3 EG-rättens motmedel

Moderdotterbolagsdirektivet avser att förhindra den merbeskattning som kan äga rum när moder- och dotterbolag har hemvist i olika medlemsstater. Artikel 5 tar sikte på dotterbolagsstatens beskattning av moderbolaget medan artikel 4, vilken är mer intressant i denna fråga, reglerar beskattningen av moderbolaget i moderbolagets hemviststat i syfte att undanröja kedjebeskattnings. På frågan hur en omvandling av ränta till utdelning i låntagarstaten behandlas i andelsägarens hemviststat finns inget riktigt svar i direktivet. Artikel 4 anger att ”distributed profits” skall undantas från beskattning, alternativt att den skatt som dotterbolaget erlagt i dess hemviststat skall avräknas från moderbolagets skatt på samma inkomst. Det problematiska är att det inte finns någon direkt definition av vad ”distributed profits” omfattar. Dubbelbeskattning kan därmed kvarstå om moderbolagets hemviststat bortser från omklassificering, beskattar moderbolaget som om det uppburit ränta eller accepterar omklassificeringen men tolkar uttrycket ”distributed profits” i direktivet restriktivt så att utbetalningen inte omfattas av detta uttryck.⁶³

⁶¹ Brandt, P., Inverkan av skatteavtal och EG-rätten på underkapitaliseringsfrågor, Skattenytt 1997, s 269 f.

⁶² Wenehed L-E., Vad är internationell skatterätt eller behöver Sverige underkapitaliseringsregler?, 3/2003, s. 142 ff.

⁶³ Brandt, P., Inverkan av skatteavtal och EG-rätten på underkapitaliseringsfrågor, Skattenytt 1997, s 271 f.

En kvalifikationskonflikt uppstår i dessa situationer och direktivet föreskriver inte hur dessa skall lösas. Det finns dock en multilateral konvention om skiljedomsförfarande, i vissa skatteavtal kan det även finnas bestämmelser om tillsättning av skiljenämnd. Konventionen hör inte till den egentliga EG-rätten, men samtliga medlemsländer har slutit sig till denna.⁶⁴ Konventionen syftar primärt att få till stånd ett förfarande som utgör en garanti för undanröjande av ekonomisk dubbelbeskattning. Det har åberopats att konventionen bör vara tillämplig i dubbelbeskattningssituationer som uppkommit till följd av underkapitaliseringsregler.⁶⁵

⁶⁴ Brandt, P., Inverkan av skatteavtal och EG-rätten på underkapitaliseringsfrågor, Skattenytt 1997, s 271 f.

⁶⁵ Piltz D. J., General Report "International aspects of thin capitalization", Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996, s. 137.

4 Direktivet om räntor och royalties

Direktivet (2003/49/EG) av den 3 juni 2003 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående företag i olika medlemsstater.

4.1 Direktivet

Direktivets syfte är att undanröja internationell dubbelbeskattning av räntor och royalty som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater. Hela direktivet bifogas denna uppsats varför endast de artiklar av störst intresse kommer att diskuteras i detta kapitel.

Vad som är av intresse för uppsatsen i detta direktiv utöver *artikel 1*, om räckvidden, samt *definitionsartiklarna 2 och 3*, är *artikel 4* och *artikel 5* vilka reglerar undantag för betalningar som räntor och hur tillämpning av nationella avtalsgrundade bestämmelser påverkas av direktivet. Den för resterande del av direktivet viktiga *artikel 2* vilken definierar ränta och royalty bör läsas för att enklare förstå *artikel 4* och de undantag som kan göras enligt den artikeln.

4.1.1 Artikel 1 – Räckvidd och förfarande

Direktivets räckvidd definieras i denna artikel. I *punkt 1* föreskrivs att, ”De betalningar av räntor och royalties som uppkommer i en medlemsstat skall undantas från varje form av skatt som påförs sådana betalningar i denna stat, oavsett om den tas ut vid källan eller genom taxering, under förutsättning att den som har rätt till räntan eller royaltyn är ett bolag i en annan medlemsstat, eller ett fast driftställe som är beläget i en annan medlemsstat och tillhör ett bolag i en medlemsstat.”

Att det i denna artikel uttryckligen sägs att sådana betalningar ”skall” undantas från varje form av skatt har lett till diskussioner kring räckvidden av stadgandet i *punkt 1*. En diskrepans mellan denna artikels räckvidd och artikel 4 och artikel 5 existerar och det är denna som diskuteras, främst i European Taxation. Vidare om denna diskussion nedan under avsnitt 4.2.

4.1.2 Artikel 2 – Definition av ränta

Ränta definieras i *artikel 2* såsom: inkomst av varje slags fordran, antingen den säkerställts genom inteckning i fast egendom eller inte, och antingen den medför rätt till andel i gäldenärens vinst eller inte; uttrycket åsyftar särskilt inkomst av värdepapper och obligationer eller debentures; däri inbegripet agiobelopp och vinster som hänför sig till sådana värdepapper, obligationer eller debentures; straffavgift på grund av sen betalning anses inte som ränta. Denna definition avspeglar den vilken återfinns i artikel 11 i OECD:s modellavtal.

Vad som är intressant är att den i *artikel 2* gjorda definitionen inte är absolut utan definitionen kan begränsas genom *artikel 4*. Mer om detta i senare avsnitt vilket behandlar problem vilka kan uppkomma i samband med implementeringen och tillämpningen av direktivet.

4.1.3 Artikel 4 – Undantag för betalningar som räntor

I *artikel 4 punkt 1* kan vissa uppräknade betalningar undantas från de förmåner direktivet innebär. Nedan följer de fall som räknas upp i direktivet.

- a) Betalningar som behandlas som vinstutdelning eller som återbetalning av kapital i enlighet med källstatens lagstiftning.
- b) Betalningar från fordringar som medför rätt att få del av gäldenärens vinster.
- c) Betalningar från fordringar som ger borgenären rätt att byta ut sin rätt till ränta mot rätt att få del av gäldenärens vinster.
- d) Betalningar från fordringar som inte innehåller någon bestämmelse om återbetalning av kapitalbeloppet eller om återbetalningen skall göras mer än 50 år efter tidpunkten för utfärdandet.

Dessa fyra typer av betalningar som räknas upp ovan, kan om tillämpade av källstaten effektivt begränsa definitionen av ränta i *artikel 2*. Att man valt denna lösning har sin förklaring i en kommentar till förslaget till direktivet från 1998.⁶⁶ Denna lösning ger medlemsstaterna ett verktyg att motverka missbruk av direktivet i fall då vinstutdelning eller återbetalning av kapital dolts som ränteinkomster.⁶⁷

Den första typen av betalningar vilken kan undantas från de förmånliga bestämmelserna i direktivet är då en räntebetalning anses vara en vinstutdelning eller återbetalning av kapital och därför beskattas som sådan.

⁶⁶ European Taxation, April 2004, s 149 f.

⁶⁷ European Taxation, April 2004, s 150.

En bokstavlig tolkning av denna bestämmelse kan tyckas tillåta underkapitaliseringsregler vilka omklassificerar ränta på lån, vilka överstiger en debt/equity ratio, till utdelning. I dessa fall skall dock betalningen falla under moder- dotterbolagsdirektivet och således vara undantaget från källskatt på utdelningen. Detta nämndes uttryckligen i förslaget till direktivet från 1998 och varför det utelämnats i den slutliga direktivtexten är oklart.⁶⁸

Den andra typen av betalningar refererar till inkomster från så kallade vinstandelslån, dvs lån med en ränta vilken bestäms av låntagarens vinst. Att man endast refererar till gäldenärens vinster innebär att fall i vilka räntebetalningen är direkt kopplad till en annan enhet, exempelvis ett dotterbolag till gäldenären, undantas från denna typ av betalningar.⁶⁹

Resterande delar av *artikel 4 punkt 1* behandlar vissa typer av skulder vilka har vissa likheter med eget kapital. Särskilt *artikel 4 punkt 1 c)* behandlar skulder vilka kan omvandlas och mer specifikt ger långivaren en möjlighet att utbyta sin rätt till ränta mot rätt att få del av gäldenärens vinster. *Artikel 4 punkt 1 d)* omfattar så kallade hybridlån. Hybridlån utgörs av räntelån vilka utfärdats under sådana villkor att de egentligen utgör eget kapital för låntagaren.⁷⁰ Ytterligare analys och diskussion av dessa bestämmelser kommer att ske nedan i avsnitt 8.

I *artikel 4 punkt 2* görs ett undantag för att så kallad överränta inte skall behandlas som ränta enligt ett skatteavtal.

Punkt 2: Om, på grund av särskilda förbindelser mellan betalaren och den som har rätt till räntor eller royalties, eller mellan någon av dem och tredje man, beloppet av dessa räntor eller royalties överstiger det belopp som skulle ha avtalats mellan betalaren och den som har rätt till betalningen om sådana förbindelser inte förelegat, skall bestämmelserna i direktivet endast tillämpas på det eventuella senare beloppet.

Bestämmelsen motsvarar bestämmelser i artikel 11.6 respektive 12.4 i OECD:s modellavtal som har till syfte att se till så armlängdsprincipen upprätthålls vid prissättning mellan närstående företag, så kallad internprissättning.⁷¹

Att man i denna punkt av artikeln väljer att skriva ”skall” istället för som det i första punkten skrivs ”är inte skyldig” avspeglar troligtvis att denna situation är av större principiell betydelse för den gemensamma marknaden än de i *punkt 1* omnämnda situationerna. Denna punkt lägger vikt vid den

⁶⁸ European Taxation, April 2004, s 150.

⁶⁹ European Taxation, April 2004, s 150.

⁷⁰ European Taxation, April 2004, s 150.

⁷¹ Prop. 2003/04:126.

delen av räntan som överstiger armlängdsräntan utan någon särskild vikt vid vilken typ av skuldförhållande det rör sig om.⁷²

4.1.4 Artikel 5 – Bedrägeri och missbruk

Artikel 5 innebär ytterligare undantag vilka stater kan åberopa för att inte tillämpa bestämmelserna.

Punkt 1: Detta direktiv skall inte påverka tillämpningen av nationella eller avtalsgrundade bestämmelser för att förebygga bedrägeri eller missbruk.

Punkt 2: Medlemsstaterna får, när det gäller transaktioner som har skatteflykt, skatteundandragande eller missbruk som huvudsakligt syfte eller som ett av huvudsyftena, återkalla de förmåner som direktivet innebär eller vägra att tillämpa direktivet.

Direktivet innehåller både generella och specifika regler vilka är ämnade att motverka bedrägeri och missbruk. *Artikel 5 punkt 1*, är en sådan regel ämnad att reglera förhållandet till nationella eller avtalsgrundade bestämmelser om bedrägeri och missbruk. Denna artikel har sin motsvarighet i moder- dotterbolagsdirektivets artikel 1(2).

Artikel 5 punkt 2 möjliggör för medlemsstater att inte tillämpa direktivet om betalningen har som huvudsakligt syfte eller som ett av huvudsyftena skatteundandragande eller missbruk av bestämmelserna. Denna bestämmelse återfinns i liknande ordalag i fusionsdirektivets artikel 11. Dessa bestämmelser i *artikel 5* skall tillämpas i enlighet med proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär i det här fallet att en generell regel vilken utesluter vissa från de förmåner ett direktiv innebär, även om faktisk skatteflykt eller faktiskt skatteundandragande inte är för handen, går utöver vad som är nödvändigt för att förebygga sådant skatteundandragande eller sådan skatteflykt och således motverkar syftet med direktivet. Om denna princip appliceras på underkapitaliseringsregler eller skatteavtal kan det argumenteras att om reglerna tillämpas direkt utan en möjlighet till genmäle är de inte proportionerliga och därmed i strid med EG-rätten.⁷³

Artikel 4 och *5* är de som diskuterats mest och de artiklar som kan synas mest generella i dess formulering vilket kan leda till en begränsad räckvidd för direktivet. Nedan skall en identifiering av de problem vilka direktivet kan skapa för länder med underkapitaliseringsregler ske. De problem vilka kommer att diskuteras nedan baseras på ett fåtal skatterättsliga artiklar, av vilka ett par publicerats före direktivets införande och ett par efter dess införande.

⁷² European Taxation, April 2004, s 150.

⁷³ European Taxation, April 2004, s 152.

4.2 Befarade effekter av direktivet

Syftet med direktivet är att undanta betalningar av räntor och royalties från varje form av skatt som påförs sådana betalningar. Räckvidden av direktivet kan vara större än man vid en första åsyn tror. De effekter direktivet kan få diskuteras nedan, främst vilka effekter artikel 4 och artikel 5 kan få för medlemstaternas interna skattelagstiftning men även vilken inverkan artikel 1 kan ha på underkapitaliseringsregler.

Den fråga som är av intresse för denna uppsats är huruvida direktivet ger utrymme för nationella underkapitaliseringsregler. Den artikel vilken reglerar denna fråga är *artikel 4 punkt 2*. I förarbeten till direktivet innehöll denna punkt en klar hänvisning till underkapitaliseringsregler och att dessa innefattades i bestämmelsen. Denna bestämmelse är väldigt snarlik artiklarna 11.6 respektive 12.4 i OECD:s modellavtal och får antas vara hämtad därifrån.⁷⁴

I kommentaren till modellavtalet framgår att denna bestämmelse inte ger utrymme för underkapitaliseringsregler vilka omvandlar lån till att utgöra tillskott av eget kapital. ”This paragraph permits only the adjustment of the rate at which interest is charged and not the requalification of the loan in such a way as to give the character of a contribution of capital”. Frågan är vilken vikt man skall lägga vid kommentarer till modellavtalet och om dessa skall utgöra ett tolkningsmedel. I brist på andra kommentarer, och med modellavtalets generella acceptans i åtanke, får dessa kommentarer utgöra ett tolkningsmedel till dess att kommentarer fogats till det nya direktivet.

I förslaget⁷⁵ till direktivet var formuleringen inte exakt den nu föreliggande utan förslagstexten gav utrymme för underkapitaliseringsregler. Att den föreslagna lydelsen nu ändrats i den slutliga texten tyder på att det inte ansågs lämpligt att sådana underkapitaliseringsregler skulle godtas. Direktivet omfattar nu tydligt endast situationer då räntan överstiger den ränta som skulle avtalats om parterna befunnit sig på armslängds avstånd. Det kan även diskuteras huruvida utelämnandet av just den lydelsen vilken avsåg underkapitaliseringsregler skett för att direktivets slutliga text ansågs omfatta även de reglerna. Det kan ifrågasättas varför denna lydelse utelämnats och innebörden av artikeln utlämnas till gissningar och spekulationer.⁷⁶ Det vore märkligt om underkapitaliseringsregler vara eller icke vara skulle avgöras genom kvalificerade gissningar, därför talar mycket för att modellavtalets kommentarer får tillräknas ett stort tolkningsvärde. Det skall nämnas att det i kommentaren till modellavtalet nämns att underkapitaliseringsregler kan godtas om texten lyder såsom direktivets

⁷⁴ Intertax, Volume 32, Issue 4, 2004, s 192.

⁷⁵ OJ, C 123, 22 Mars 1998.

⁷⁶ Intertax, Volume 32, Issue 4, 2004, s 192.

slutliga text. Underkapitaliseringsreglerna skall om de kan godtas under det nya direktivet vara i överensstämmelse med armlängdsprincipen.⁷⁷

Detta innebär att vissa medlemsländers underkapitaliseringsregler, om de inte är i överensstämmelse med armlängdsprincipen, inte längre är i överensstämmelse med EG-rätten.⁷⁸

Även *artikel 5 punkt 2* innehåller tvetydigheter vilka inte reglerats i tillräcklig utsträckning, artikeln är inte konsekvent med artikel 1. Som nämnts ovan återfinns denna bestämmelse i fusionsdirektivets artikel 11. Bestämmelsen skall tillämpas i enlighet med proportionalitetsprincipen, vilken nämnts ovan. Det kan argumenteras att när avdragsrätten för ränta inte tillåts på grund av en underkapitaliseringsregel, kan detta ses som att en räntebetalning beskattas, en ökad skatt på grund av underkänd avdragsrätt, och därmed vara i strid med artikel 1 i direktivet. Enligt artikel 1 skall inte enbart källskatt utan varje form av skatt undantas för betalningar av räntor.⁷⁹

För att klargöra detta resonemang kan följande fråga belysa problematiken. Kan underkapitaliseringsregler vilka endast förbjuder ränteavdrag i källstaten på den delen av fordran som överstiger en debt/equity ratio vara förenliga med direktivet? Om en medlemsstat med en underkapitaliseringsregel i form av en debt/equity ratio inte godkänner ränteavdrag för en del av räntan innebär detta att källstaten beskattar den del av räntan som faller under underkapitaliseringsregeln med bolagsskatt. Artikel 1 i direktivet fastslår att varje form av skatt som påförs sådana betalningar skall undantas, vilket skulle kunna innefatta även sådana skatter som träffar betalningar på grund av underkapitaliseringsregler.⁸⁰ Det kan argumenteras att detta synsätt även är i linje med direktivets huvudsyfte, att avskaffa internationell juridisk dubbelbeskattning.⁸¹ För att ytterligare klargöra detta resonemang kan sägas att om källstaten beskattar räntan med bolagsskatt på grund av dess underkapitaliseringsregler så beskattas denna ränta ytterligare en gång i långivarstaten, och betalningen blir då föremål för dubbelbeskattning.⁸²

⁷⁷ Intertax, Volume 32, Issue 4, 2004, s 192.

⁷⁸ Intertax, Volume 32, Issue 4, 2004, s 192.

⁷⁹ European Taxation, April 2004, s 152.

⁸⁰ EC Tax Review 2000/1, s 27.

⁸¹ EC Tax Review 2000/1, s 27.

⁸² EC Tax Review 2000/1, s 27.

5 Analys

I detta avsnitt skall en analys göras av ränte/royalty direktivets generella påverkan på underkapitaliseringsregler samt konsekvenser för medlemsstaternas interna skatteregler på underkapitaliseringens område.

Ränte/royalty direktivet trädde i kraft den 1 januari 2004 och har beskrivits till stor del i förevarande uppsats. Det finns många oklarheter och inkonsekvenser i direktivet vilket uppmärksammas i de flesta vetenskapliga artiklar på området vilka hittills publicerats. Det råder tvivel om de nya reglerna innebär att medlemsstaternas underkapitaliseringsregler inte längre är förenliga med gemenskapsrätten.

De artiklar vilka ger upphov till dessa tveksamheter är artiklarna 4 punkt 2 och artikel 5 punkt 2. Då det inte fogats några kommentarer till direktivet saknas tolkningsmedel av betydelse. I brist på kommentarer till direktivet, används kommentarer till artiklarna 11.6 och 12.4 i OECD:s modellavtal vars lydelse överensstämmer med artikel 4 punkt 2. I kommentaren till modellavtalet framgår att bestämmelsen inte ger utrymme för underkapitaliseringsregler vilka omvandlar lån till att utgöra eget kapital. I förslaget till ränte/royalty direktivet var lydelsen inte exakt den nu antagna utan gav utrymme för just underkapitaliseringsregler. Mycket tyder på att den slutliga texten ändrats för att just underkapitaliseringsregler inte skulle ges utrymme i det antagna direktivet. Det som motsäger detta skulle vara resonemanget att medlemsstater med underkapitaliseringsregler inte skulle ha röstat igenom direktivet med vetskap om att deras underkapitaliseringsregler inte skulle vara förenliga med detsamma.

Det finns även omständigheter som ger stöd för att underkapitaliseringsregler kan vara förenliga med direktivet. I kommentaren till modellavtalet nämns det att underkapitaliseringsregler kan godtas om texten lyder såsom direktivets sluttext, dvs ett utelämnande av just en reglering av underkapitaliseringsregler. Denna omständighet synes ganska oklar då det vore märkligt om den delen av artikeln utelämnas och att innebörden av artikeln får avgöras genom spekulationer och gissningar i stället för att klart och tydligt godta dessa regler i direktivtexten.

De effekter vilka befaras följa av införandet av direktivet kan på ett sätt visa hur direktivet kan komma att påverka och begränsa nationella underkapitaliseringsregler. Medlemsstater med underkapitaliseringsregler i form av en debt/equity ratio vilka inte godkänner ränteavdrag för en del av räntan innebär att källstaten beskattar den del av räntan som faller under underkapitaliseringsregeln med bolagsskatt. Artikel 1 i direktivet fastslår att varje form av skatt som påförs sådana betalningar skall undantas, vilket skulle kunna innefatta även sådana skatter som träffar betalningar på grund av underkapitaliseringsregler. Det kan argumenteras att detta synsätt även är i linje med direktivets huvudsyfte, att avskaffa internationell juridisk

dubbelbeskattning. Det kan även argumenteras att när avdragsrätten för ränta inte tillåts på grund av en underkapitaliseringsregel, kan detta ses som att en räntebetalning beskattas, en ökad skatt på grund av underkänd avdragsrätt, och därmed vara i strid med artikel 1 i direktivet.

Det är fortfarande oklart i vilken omfattning direktivet begränsar nationella underkapitaliseringsregler, dock står det klart att nationella regler påverkas såtillvida att de måste vara utformade i enlighet med direktivet. Reglerna får inte vara mer omfattande än vad som nämns i direktivet ej heller mer begränsande. Direktivets huvudsyfte, att undanröja varje form av beskattning vilken sker av räntebetalningar, är det som mest talar för att underkapitaliseringsregler inte inryms under direktivet. Dock finns det som nämnts tidigare många andra aspekter vilka motsäger denna grundsyn på direktivet. Med stor sannolikhet behöver fler länder med underkapitaliseringsregler se över desamma för att dessa skall vara "EU säkra" och vara i överensstämmelse med ränte/royalty direktivet.

Frågan huruvida direktivet ger utrymme för nationella underkapitaliseringsregler eller ej framstår mer som en fråga om hur direktivet skall tolkas. Av vad som nämnts ovan framgår att någon bestämd tolkningsmetod för tolkning av direktivet ej föreskrivs och några kommentarer har ej heller fogats till direktivet.

Det faktum att underkapitaliseringsreglerna skall vara i överensstämmelse med armslängdsreglerna är en effekt av direktivet. I övrigt råder sådana tolkningssvårigheter av direktivet att det fortfarande är oklart huruvida underkapitaliseringsregler kan underkännas eller ej. Det återstår enligt min mening att en prövning av reglerna sker alternativt att kommentarer fogas till direktivtexten vilka undanröjer tvetydigheter i direktivet. Då det fram till idag ej skett någon prövning av underkapitaliseringsreglerna kan detta tyda på att det ej råder några tvivel huruvida underkapitaliseringsregler inryms under direktivet eller ej. Denna spekulation kan dock vara felaktig och en prövning kan i praktiken komma att ske inom en snar framtid.

De långsiktiga konsekvenser direktivet kan ha för medlemsstaternas interna skatteregler på underkapitaliseringens område är dock något svårare att uttala sig om än de direkta effekter vilka nämnts ovan. Beroende på hur direktivets tillämpningsområde klarnar, huruvida det sker genom en prövning eller genom kommentarer, kan långsiktiga konsekvenser identifieras. Något som dock bör vara intressant att överväga i kommande diskussioner är huruvida underkapitaliseringsregler vilka tillämpas inom EU bör finnas kvar eller huruvida underkapitaliseringsreglerna bör utformas i likhet med de irländska vilka endast tillämpas på förhållanden utanför EU. En mer drastisk konsekvens av direktivet är att underkapitaliseringsregler kan komma att underkännas, dock verkar det inte särskilt troligt enligt tidigare resonemang om antagandet av direktivtexten.

Bilaga A

Rådets direktiv 2003/49/EG

av den 3 juni 2003

om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater

EUROPEISKA UNIONENS RÅD HAR ANTAGIT DETTA DIREKTIV med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 94 i detta,

med beaktande av kommissionens förslag(1),

med beaktande av Europaparlamentets yttrande(2),

med beaktande av Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande(3), och

av följande skäl:

(1) På en inre marknad med samma särdrag som en nationell marknad bör transaktioner mellan bolag i olika medlemsstater inte vara underkastade mindre förmånliga skattevillkor än dem som gäller för samma transaktioner mellan bolag i samma medlemsstat.

(2) Detta krav är för närvarande inte uppfyllt när det gäller räntor och royalties. Nationella skattelagar, i tillämpliga fall i kombination med bilaterala eller multilaterala avtal, innebär inte alltid upphävande av dubbelbeskattning, och tillämpningen av dem medför ofta betungande administrativa formaliteter och likviditetsproblem för de berörda bolagen.

(3) Det är nödvändigt att se till att räntor och royalties beskattas en gång i en medlemsstat.

(4) Att avskaffa beskattningen av betalningar av räntor och royalties i den medlemsstat där de uppstår, oberoende av om beskattningen sker vid källan eller genom taxering, är det lämpligaste sättet att eliminera de nyss nämnda formaliteterna och problemen och att säkerställa lika behandling i beskattningshänseende mellan nationella och gränsöverskridande transaktioner. Det är särskilt nödvändigt att avskaffa dessa skatter på sådana betalningar mellan närstående bolag i olika medlemsstater samt mellan sådana bolags fasta driftställen.

(5) Bestämmelserna bör endast tillämpas på de eventuella belopp, i form av betalningar av räntor eller royalties, som skulle ha avtalats mellan betalaren och den som har rätt till betalningen, om särskilda förbindelser mellan dem inte förelåg.

(6) Det är dessutom nödvändigt att inte hindra medlemsstaterna från att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa bedrägeri och missbruk.

(7) Av budgetskäl bör Grekland och Portugal tillåtas att utnyttja en övergångsperiod för att gradvis kunna sänka skatterna på betalningar av räntor och royalties, oberoende av om de tas ut vid källan eller genom taxering, till dess att de kan tillämpa bestämmelserna i artikel 1.

(8) Av budgetskäl bör Spanien, som har satt i gång en plan för att öka Spaniens tekniska potential, tillåtas att under en övergångsperiod inte tillämpa bestämmelserna om betalningar av royalties i artikel 1.

(9) Det är nödvändigt att kommissionen lämnar en rapport till rådet om tillämpningen av detta direktiv tre år efter det att det skall ha införlivats, särskilt med tanke på en utvidgning av dess tillämpningsområde till andra bolag eller företag, och en översyn av räckvidden för definitionen på räntor och royalties i enlighet med den nödvändiga tillnärmningen av bestämmelserna om räntor och royalties i nationell lagstiftning och i bilaterala eller multilaterala dubbelbeskattningsavtal.

(10) Eftersom målet för den föreslagna åtgärden, nämligen inrättande av ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater, inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna och det därför bättre kan uppnås på gemenskapsnivå, kan gemenskapen vidta åtgärder i enlighet med subsidiaritetsprincipen i artikel 5 i fördraget. I enlighet med proportionalitetsprincipen i samma artikel går detta direktiv inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Räckvidd och förfarande

1. De betalningar av räntor eller royalties som uppkommer i en medlemsstat skall undantas från varje form av skatt som påförs sådana betalningar i denna stat, oavsett om den tas ut vid källan eller genom taxering, under förutsättning att den som har rätt till räntan eller royaltyn är ett bolag i en annan medlemsstat, eller ett fast driftställe som är beläget i en annan medlemsstat och tillhör ett bolag i en medlemsstat.
2. En betalning som gjorts av ett bolag i en medlemsstat eller av ett fast driftställe som är beläget i en annan medlemsstat skall anses ha uppkommit i den medlemsstaten, nedan kallad "källstaten".
3. Ett fast driftställe skall behandlas som betalare av räntor eller royalties endast i den mån dessa betalningar innebär en avdragsgill kostnad för det fasta driftstället i den medlemsstat där det är beläget.
4. Ett bolag i en medlemsstat skall behandlas som den som har rätt till räntan eller royaltyn endast om det tar emot betalningarna för egen del och inte som mellanhand, till exempel som representant, förvaltare eller bemyndigad undertecknare för någon annan person.
5. Ett fast driftställe skall behandlas som den som har rätt till räntor eller royalties
 - a) om de fordringar, rättigheter eller det utnyttjande av de upplysningar som givit upphov till betalning av räntor eller royalties äger verkligt samband med det fasta driftstället, och
 - b) om betalningarna av räntor eller royalties utgör intäkter för vilka det fasta driftstället, i den medlemsstat där det är beläget, beskattas med någon av de skatter som nämns i artikel 3 a iii eller när det gäller Belgien "impôt des non-résidents/belasting der niet-verblijfhouders" eller när det gäller Spanien "impuesto sobre la renta de no residentes", eller en identisk eller i huvudsak likartad skatt, vilken påförs efter detta direktivs ikraftträdande vid sidan av eller i stället för de för närvarande utgående skatterna.
6. Om ett fast driftställe som tillhör ett bolag i en medlemsstat behandlas som betalare av eller den som har rätt till räntorna eller royaltyn, skall ingen

annan del av bolaget behandlas som betalare av eller den som har rätt till dessa räntor eller royalties enligt denna artikel.

7. Denna artikel skall endast gälla om det bolag som är betalare, eller det bolag vars fasta driftställe behandlas som betalare, av räntor och royalties är ett närstående bolag till det bolag som har rätt till, eller vars fasta driftställe behandlas som den som har rätt till, dessa räntor eller royalties.

8. Denna artikel skall inte gälla om räntor och royalties betalas av eller till ett fast driftställe som är beläget i tredje stat och tillhör ett bolag i en medlemsstat och bolagets affärsverksamhet helt eller delvis bedrivs genom det fasta driftstället.

9. Ingenting i denna artikel skall hindra en medlemsstat från att beakta de räntor eller royalties som mottas av dess bolag, de fasta driftställen som tillhör dess bolag eller de fasta driftställen som är belägna i den staten när staten tillämpar sin skattelagstiftning.

10. En medlemsstat skall ha valfriheten att inte tillämpa detta direktiv på ett bolag i en annan medlemsstat eller på ett fast driftställe tillhörande ett bolag i en annan medlemsstat i de fall där villkoren i artikel 3 b inte varit oavbrutet uppfyllda under minst två år.

11. Källstaten får begära att det påvisas genom ett intyg att villkoren i denna artikel och i artikel 3 var uppfyllda vid tidpunkten för betalningen av räntor eller royalties. Om det inte har intygats att villkoren i denna artikel var uppfyllda vid tidpunkten för betalningen, har medlemsstaten rätt att kräva källskatteavdrag.

12. Källstaten får ställa som villkor för undantag enligt detta direktiv att den har fattat ett beslut om att bevilja undantag till följd av ett intyg om att kraven i denna artikel och i artikel 3 har fullgjorts. Ett beslut om undantag skall fattas inom tre månader efter det att intyget och sådana upplysningar till stöd för detta som källstaten rimligen kan begära har lämnats in och skall gälla under minst ett år efter dagen för beslutet.

13. När det gäller punkterna 11 och 12, skall det intyg som skall utfärdas gälla för vart och ett av betalningskontrakten under minst ett år och högst tre år från dagen för utfärdandet och det skall innehålla följande upplysningar:

- a) Bevis för det mottagande bolagets skatterättsliga hemvist och, om så är nödvändigt, för förekomsten av ett fast driftställe, intygad av skattemyndigheten i den medlemsstat i vilken det mottagande bolaget har sin skatterättsliga hemvist eller i vilken det fasta driftstället är beläget.
- b) Att det mottagande bolaget har rätt till betalningen enligt punkt 4 eller att villkoren enligt punkt 5 är uppfyllda, om ett fast driftställe är betalningsmottagare.
- c) Att villkoren enligt artikel 3 a iii är uppfyllda för det mottagande bolaget.
- d) Minsta ägarandel eller kriteriet om minsta röstandel enligt artikel 3 b.
- e) Den tid under vilken ägandet enligt d har förelegat.

Medlemsstaterna får dessutom begära in den rättsliga grunden för betalningar enligt kontraktet (t.ex. låneavtal eller licensavtal).

14. Om villkoren för undantag inte längre är uppfyllda, skall det mottagande bolaget eller fasta driftstället omedelbart underrätta det betalande bolaget eller fasta driftstället och, om källstaten begär det, den behöriga myndigheten i den staten.

15. Om det betalande bolaget eller fasta driftstället har hållit inne källskatt

som skall undantas enligt denna artikel, får krav ställas om återbetalning av denna källskatt. Medlemsstaten får begära in den information som anges i punkt 13. En ansökan om återbetalning måste lämnas in inom den fastställda perioden. Perioden får inte understiga två år räknat från och med det datum då räntor eller royalties betalas.

16. Källstaten skall återbetala den överskjutande innehållna källskatten inom ett år efter det att en ansökan och sådana upplysningar till stöd för denna som den rimligen kan begära vederbörligen mottagits. Om den innehållna källskatten inte har återbetalats inom denna period, har det mottagande bolaget eller fasta driftstället vid det berörda årets utgång rätt till ränta på den skatt som skall återbetalas motsvarande den nationella räntesats som är tillämplig i jämförbara fall enligt källstatens nationella lagstiftning.

Artikel 2

Definition av ränta och royalty

I detta direktiv avses med

- a) ränta: inkomst av varje slags fordran, antingen den säkerställts genom inteckning i fast egendom eller inte, och antingen den medför rätt till andel i gäldenärens vinst eller inte; uttrycket åsyftar särskilt inkomst av värdepapper och obligationer eller debentures, däri inbegripet agiobelopp och vinster som hänför sig till sådana värdepapper, obligationer eller debentures; straffavgift på grund av sen betalning anses inte som ränta.
- b) royalties: varje slags betalning som tas emot som ersättning för nyttjandet av eller för rätten att nyttja upphovsrätt till litterärt, konstnärligt eller vetenskapligt verk, däri inbegripet biografilm och programvara, patent, varumärke, mönster eller modell, ritning, hemligt recept eller hemlig tillverkningsmetod, eller för upplysning om erfarenhetsrön av industriell, kommersiell eller vetenskaplig natur; betalningar för nyttjandet av eller för rätten att nyttja industriell, kommersiell eller vetenskaplig utrustning skall anses vara royalties.

Artikel 3

Definition av bolag, närstående bolag och fast driftställe

I detta direktiv avses med

a) bolag i en medlemsstat:

- i) varje bolag som föreligger i en av de former som anges i förteckningen i bilagan, och
- ii) som enligt skattelagstiftningen i en medlemsstat anses ha hemvist i den medlemsstaten och som inte enligt ett dubbelbeskattningsavtal beträffande inkomst med tredje stat anses ha skatterättslig hemvist utanför gemenskapen, och
- iii) som är skyldigt att erlägga någon av följande skatter utan rätt till undantag från skatteplikt, eller en skatt som är identisk eller i huvudsak likartad och som påförs efter tidpunkten för detta direktivs ikraftträdande vid sidan av, eller i stället för, nedanstående för närvarande utgående skatter:
 - impôt des sociétés/vennootschapsbelasting i Belgien,
 - selskabsskat i Danmark,

- Körperschaftsteuer i Tyskland,
- >ISO_7>Ουμνιð áέοιáΒιαóιð μίέέβί ðñíóβðuí >ISO_1>i Grekland,
- impuesto sobre sociedades i Spanien,
- impôt sur les sociétés i Frankrike,
- corporation tax i Irland,
- imposta sul reddito delle persone giuridiche i Italien,
- impôt sur le revenu des collectivités i Luxemburg,
- vennootschapsbelasting i Nederländerna,
- Körperschaftsteuer i Österrike,
- imposto sobre o rendimento da pessoas colectivas i Portugal,
- yhteisöjen tulovero/inkomstskatten för samfund i Finland,
- statlig inkomstskatt i Sverige,
- corporation tax i Förenade kungariket.

b) Ett bolag är ett närstående bolag till ett annat bolag, om åtminstone

i) det första bolaget direkt innehar minst 25 % av kapitalet i det andra bolaget, eller om

ii) det andra bolaget direkt innehar minst 25 % av kapitalet i det första bolaget, eller om

iii) ett tredje bolag direkt innehar minst 25 % av kapitalet både i det första och i det andra bolaget.

Innehavet skall endast gälla bolag som har hemvist inom gemenskapens territorium.

Medlemsstaterna skall dock ha möjlighet att ersätta kriteriet om lägsta kapitalandel med ett kriterium om lägsta röstandel.

c) Beteckningen fast driftställe avser en stadigvarande plats för affärsverksamhet belägen i en medlemsstat, från vilken ett bolags verksamhet helt eller delvis bedrivs.

Artikel 4

Undantag för betalningar som räntor eller royalties

1. Källstaten är inte skyldig att säkerställa de förmåner som detta direktiv innebär i följande fall:

a) Betalningar som behandlas som vinstutdelning eller som återbetalning av kapital i enlighet med källstatens lagstiftning.

b) Betalningar från fordringar som medför rätt att få del av gäldenärens vinster.

c) Betalningar från fordringar som ger borgenären rätt att byta ut sin rätt till ränta mot rätt att få del av gäldenärens vinster.

d) Betalningar från fordringar som inte innehåller någon bestämmelse om återbetalning av kapitalbeloppet eller om återbetalningen skall göras mer än 50 år efter tidpunkten för utfärdandet.

2. Om, på grund av särskilda förbindelser mellan betalaren och den som har rätt till räntor eller royalties, eller mellan någon av dem och tredje man, beloppet av dessa räntor eller royalties överstiger det belopp som skulle ha avtalats mellan betalaren och den som har rätt till betalningen om sådana förbindelser inte förelegat, skall bestämmelserna i detta direktiv endast tillämpas på det eventuella senare beloppet.

Artikel 5

Bedrägeri och missbruk

1. Detta direktiv skall inte påverka tillämpningen av nationella eller avtalsgrundade bestämmelser för att förebygga bedrägeri eller missbruk.
2. Medlemsstaterna får, när det gäller transaktioner som har skatteflykt, skatteundandragande eller missbruk som huvudsakligt syfte eller som ett av huvudsyftena, återkalla de förmåner som detta direktiv innebär eller vägra att tillämpa direktivet.

Artikel 6

Övergångsregler för Grekland, Spanien och Portugal

1. Grekland och Portugal skall tillåtas att inte tillämpa bestämmelserna i artikel 1 förrän den tillämpningsdag som avses i artikel 17.2 och 17.3 i rådets direktiv 2003/48/EG av den 3 juni 2003 om beskattning av inkomster från sparande i form av räntebetalningar(4). Under en övergångsperiod om åtta år med början nyss nämnda datum får skattesatsen på betalningar av räntor och royalties till ett närstående bolag i en annan medlemsstat, eller till ett fast driftställe beläget i en annan medlemsstat och tillhörande ett närstående bolag i en medlemsstat, inte överstiga 10 % under de fyra första åren och 5 % under de fyra sista åren.

Spanien skall tillåtas att, endast för royalties, inte tillämpa bestämmelserna i artikel 1 förrän den tillämpningsdag som avses i artikel 17.2 och 17.3 i direktiv 2003/48/EG. Under en övergångsperiod om sex år med början nyss nämnda datum får skattesatsen på betalningar av royalties till ett närstående bolag i en annan medlemsstat, eller till ett fast driftställe beläget i en annan medlemsstat och tillhörande ett närstående bolag i en medlemsstat, inte överstiga 10 %.

För tillämpningen av dessa övergångsregler gäller emellertid att om det i mellan Grekland, Spanien eller Portugal och andra medlemsstater ingångna bilaterala avtal föreskrivs en lägre skattesats än den som avses i första och andra styckena, skall denna lägre skattesats även fortsättningsvis tillämpas. Före utgången av någon av de övergångsperioder som anges i detta stycke får rådet enhälligt, på förslag av kommissionen, besluta om en eventuell förlängning av nämnda övergångsperioder.

2. Om ett bolag i en medlemsstat, eller ett fast driftställe beläget i den medlemsstaten och tillhörande ett bolag i en medlemsstat,
- erhåller räntor eller royalties från ett närstående bolag i Grekland eller Portugal,
- erhåller royalties från ett närstående bolag i Spanien,
- erhåller räntor eller royalties från ett fast driftställe beläget i Grekland eller Portugal och tillhörande ett närstående bolag i en medlemsstat, eller
- erhåller royalties från ett fast driftställe beläget i Spanien och tillhörande ett närstående bolag i en medlemsstat,
skall den förstnämnda medlemsstaten medge en nedsättning, motsvarande den skatt som betalats i Grekland, Spanien eller Portugal på denna inkomst i enlighet med punkt 1, av inkomstskatten för det bolag eller fasta driftställe som erhöll denna inkomst.

3. Den nedsättning som föreskrivs i punkt 2 behöver inte överstiga det lägsta av följande belopp, nämligen

- a) den skatt som skall erläggas i Grekland, Spanien eller Portugal på denna

inkomst på grundval av punkt 1, eller
b) den del av den före nedsättningen beräknade inkomstkatt som skall betalas av det bolag eller fasta driftställe som erhöill betalningarna av räntor eller royalties, och som kan hänföras till betalningarna i enlighet med den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där bolaget har hemvist eller det fasta driftstället är beläget.

Artikel 7

Genomförande

1. Medlemsstaterna skall sätta i kraft de bestämmelser i lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 1 januari 2004. De skall genast underrätta kommissionen om detta. När en medlemsstat antar dessa bestämmelser skall de innehålla en hänvisning till detta direktiv eller åtföljas av en sådan hänvisning när de offentliggörs. Närmare föreskrifter om hur hänvisningen skall göras skall varje medlemsstat själv utfärda.
2. Medlemsstaterna skall till kommissionen överlämna texten till de centrala bestämmelser i nationell lagstiftning som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv samt en jämförelsetabell över bestämmelserna i detta direktiv och de nationella bestämmelser som antagits.

Artikel 8

Översyn

Kommissionen skall senast den 31 december 2006 överlämna en rapport till rådet om tillämpningen av detta direktiv, särskilt med tanke på en utvidgning av dess tillämpningsområde till andra bolag eller företag än dem som avses i artikel 3 och bilagan.

Artikel 9

Avgränsningsklausul

Detta direktiv skall inte påverka tillämpningen av nationella eller avtalsgrundade bestämmelser som går utöver bestämmelserna i detta direktiv och är utformade för att avskaffa eller mildra dubbelbeskattning av räntor och royalties.

Artikel 10

Ikraftträdande

Detta direktiv träder i kraft samma dag som det offentliggörs i Europeiska unionens officiella tidning.

Artikel 11

Adressater

Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

Utfärdat i Luxemburg den 3 juni 2003.

På rådets vägnar

N. Christodoulakis

Ordförande

- (1) EGT C 123, 22.4.1998, s. 9.
- (2) EGT C 313, 12.10.1998, s. 151.
- (3) EGT C 284, 14.9.1998, s. 50.
- (4) Se sidan 38 i detta nummer av EUT.

BILAGA

Förteckning över bolag som omfattas av artikel 3 a i direktivet

- a) Bolag som enligt belgisk rättsordning går under benämningen "naamloze vennootschap"/"société anonyme", "commanditaire vennootschap op aandelen"/"société en commandite par actions", "besloten vennotschap met beperkte aansprakelijkheid"/"société privée à responsabilité limitée" samt de offentligrättsliga organ som bedriver verksamhet enligt civilrättsliga regler.
- b) Bolag som enligt dansk rättsordning går under benämningen "aktieselskab" och "anpartsselskab".
- c) Bolag som enligt tysk rättsordning går under benämningen "Aktiengesellschaft", "Kommanditgesellschaft auf Aktien", "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" och "bergrechtliche Gewerkschaft".
- d) Bolag som enligt grekisk rättsordning går under benämningen ">ISO_7>áíðïç åâáéñ>ISO_1>í>ISO_7>á".
- >ISO_1>e) Bolag som enligt spansk rättsordning går under benämningen "sociedad anónima", "sociedad comanditaria por acciones", "sociedad de responsabilidad limitada" samt de offentligrättsliga organ som bedriver verksamhet enligt civilrättsliga regler.
- f) Bolag som enligt fransk rättsordning går under benämningen "société anonyme", "société en commandite par actions", "société à responsabilité limitée" och industriella och affärsdrivande offentliga organ och företag.
- g) Bolag som enligt irländsk rättsordning, går under benämningen "public companies limited by shares or by guarantee", "private companies limited by shares or by guarantee", organ registrerade enligt "Industrial and Provident Societies Acts" eller hypotekskassor registrerade enligt "Building Societies Acts".
- h) Bolag som enligt italiensk rättsordning går under benämningen "società per azioni", "società in accomandita per azioni", "società a responsabilità limitata" och offentliga och privata företag som bedriver industriell verksamhet eller affärsverksamhet.
- i) Bolag som enligt luxemburgsk rättsordning går under benämningen "société anonyme", "société en commandite par actions" och "société à responsabilité limitée".
- j) Bolag som enligt nederländsk rättsordning går under benämningen "naamloze vennootschap" och "besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid".
- k) Bolag som enligt österrikisk rättsordning går under benämningen "Aktiengesellschaft" och "Gesellschaft mit beschränkter Haftung".
- l) Handelsföretag eller de bolag som är bildade enligt civillagstiftning och som har handelsföretagsform samt kooperativa och offentliga företag, vilka

är bildade i enlighet med portugisisk rättsordning.

m) Bolag som enligt finländsk rättsordning går under benämningen "osakeyhtiö/aktiebolag", "osuuskunta/andelslag", "säästöpankki/sparbank" och "vakuutusyhtiö/försäkringsbolag".

n) Bolag som enligt svensk rättsordning går under benämningen "aktiebolag" och "försäkringsaktiebolag".

o) Bolag som är bildade enligt brittisk rättsordning.

Källförteckning

Offentligt tryck

Proposition 2003/04:126.

SOU 2001:11 Utdelningar och kapitalvinster på företagsägda andelar.

Litteratur

Arnold, Brian J : Generalrapport i ämnet ”Deductibility of interest and other financing charges in computing income” till IFA:s kongress 1994. Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXIXa, 1994. ISBN 90 6544 823 3.

Gäverth, Leif : Skatteplanering och kapitaliseringsfrågor, *En skatterättslig studie av olika metoder att ingripa mot internationell skatteplanering med under- respektive överkapitaliserade bolag*, 1999. ISBN 91 506 1322 7.

Gäverth Leif: Stödbrev – Borgensliknande handlingar utställda företrädesvis för svagt kapitaliserade bolag, 1994. ISBN 91 7678 269 7

Piltz, Detlev J : Generalrapport i ämnet ”International aspects of thin capitalization” till IFA:s kongress 1996. Cahiers de droit fiscal international, vol. LXXXIb, 1996. ISBN 90 411 0215 9.

Artiklar

Bergström S., Tolkning och tillämpning av skattelag (rättsfall) – Rätten till etablering inom EU ur inkomstskatterättslig synvinkel, Skattenytt 12/2000.

Brandt, P., Inverkan av skatteavtal och EG-rätten på underkapitaliseringsfrågor, Skattenytt, 1997.

Cerioni L., Intra-EC Interest and Royalties Tax Treatment, European Taxation, January 2004.

Dahlberg M., Förslaget om ny CFC-lagstiftning och det svenska skatteavtalsnätet – SOU 2001:11, Skattenytt 9/2001.

Distaso M., Russo R., The EC Interest and Royalties Directive – A Comment, European taxation, April 2004.

de Wit M., Tilanus V., Dutch Thin Capitalization Rules ”EU Proof”?, Intertax, Volume 32, Issue 4, 2004.

Estberg S., ”Thin Capitalisation” av utländskt dotterbolag, SvSkT, 1990.

Gäverth L., Skatteplanering med hjälp av överkapitaliserade bolag, Skattenytt 5/1997.

Melz P., Avdragsrätt för ränta i internationella verksamheter, Skattenytt, 1995.

Thoemmes O., Stricof R., Nakhai K., Thin Capitalization Rules and Non-Discrimination Principles – An analysis of thin capitalization rules in light of the non-discrimination principle in the EC Treaty, double tax treaties and friendship treaties, Intertax, Volume 32, Issue 3, 2004.

Tjernberg M., Regeringsrättens strikta tolkning – Rättfärdigande av hindrande skatteregler mot bakgrund av EG-domstolens underkännande av ännu en svensk skatteregel, Skattenytt 4/2003.

Weber D., The Proposed EC Interest and Royalty Directive, EC Tax Review, 2000/1.

Wenehed L-E., Vad är internationell skatterätt eller behöver Sverige underkapitaliseringsregler?, Skattenytt 3/2003.

Elektroniska källor

<http://skatteverket.se/rattsinfo/handledning/internationell/00/kap3f.html>
2004-10-19.

Rättsfallsförteckning

Regeringsrätten

RÅ 1990 ref 34, *Mobil Oil/Norsk Hydro*.

EG-domstolen

EGD, 12 december 2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

EGD, 18 september 2003, C-168/01, *Bosal*.