



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Maria Sigurdardottir

Fri rörlighet för kapital och tredje land -en studie av EU-domstolens skatterättsliga praxis

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Maria Hilling

Termin för examen: VT2013

Innehåll

FRI RÖRLIGHET FÖR KAPITAL OCH TREDJE LAND.....	1
-EN STUDIE AV EU-DOMSTOLENS SKATTERÄTTSLIGA PRAXIS	1
1 INLEDNING	10
1.1 Problembakgrund.....	10
1.2 Syfte och frågeställningar.....	11
1.3 Avgränsningar.....	12
1.4 Metod och material.....	12
1.5 Disposition.....	13
2 NÅGRA INLEDANDE KOMMENTARER OM EU-RÄTTEN.....	14
2.1 EU-Domstolen.....	14
2.2 EUF-fördragets friheter och skatterätten.....	14
2.3 EU-rätten och den internationella skatterätten.....	15
2.4 Etableringsfriheten.....	16
3 FRI RÖRLIGHET FÖR KAPITAL.....	18
3.1 Bakgrund.....	18
3.2 Tillämpningsområde.....	18
3.2.1 Begreppet kapitalrörelse.....	19
3.2.2 Tillämplighet tredje land.....	19
3.3 Skatterättslig praxis	20
3.4 Rättfärdigande av hinder för den fria rörligheten för kapital.....	22
4 GRÄNSDRAGNINGEN MELLAN ETABLERINGSFRIHET OCH FRI RÖRLIGHET AV KAPITAL.....	24
4.1 Inledning.....	24
4.2 Praxis.....	24
4.2.1 Ingen tydlig prioritet i tidig praxis.....	25
4.2.2 Fokus på omständigheterna i det specifika fallet.....	26
4.2.3 Fokus på ändamålet med nationella lagstiftningen.....	28
4.2.4 Senare praxis inte entydig: Skall vikt läggas vid omständigheterna i det specifika målet eller ändamålet med den nationella lagstiftningen?.....	29
4.2.5 FII Group Litigation (2) kastar nytt ljus över tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital.....	34

4.3 Sammanfattande analys.....	35
5 SVENSKA REGLER OM BESKATTNING AV UTDELNING FRÅN TREDJE LAND	38
5.1 Inledning.....	38
5.2 Beskattning av utdelning på näringsbetingade andelar.....	39
5.3 Sammanfattning.....	40
6 SLUTSATSER.....	41
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING.....	43
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....	45

Summary

Achieving a free internal market by abolishing obstacles to the free movement of goods, services, persons and capital is one of the fundamental objectives of the European Union. Such obstacles often appear within the field of income taxation, due to the lack of harmonization of the member states' tax systems. The CJEU has during the recent years managed to abolish a large number of restrictions through an extensive interpretation of the provisions relating to the free movement.

The member states also maintain a large range of economic relations with non-EU member states. Accordingly, nowadays the need for abolishing such obstacles between member states and third countries is promoted. The Treaty on the Functioning of the European Union provides for a substantial degree of economic openness vis-à-vis third countries through the provisions relating to the free movement of capital, which also applies on restrictions between member states and third countries. Since the other treaty freedoms don't have as wide territorial scope as the free movement of capital, the question of applicable freedom is of great importance regarding situations concerning third countries.

However, the borderline between the scope of the free movement of capital and the other treaty freedoms in the field of income taxation has for a long time been unclear, and CJEU hasn't offered any clear guidance in its case law. The issue regarding applicable freedom has often occurred in cases concerning shareholding and dividend taxation. During the first years of the new century, the court began to focus on the actual facts of the case to determine applicable freedom. That period was followed by some years where the court instead focused on the purpose of the national legislation. Recent case law shows that both criteria are being used in different cases for determining applicable freedom. The CJEU hasn't clearly defined one of the two methods as more significant which has caused uncertainty amongst the national courts. A most welcome clarification from the court came in November 2012 in *FII Group Litigation (2)*. The court established that the free movement of capital can be applicable vis-à-vis third countries in factual situations that concern shareholding that results in definite influence, provided that the national legislation applies regardless of the extent of the shareholding. Consequently, the court clarified that the purpose of the national legislation should be significant when deciding applicable freedom in cases concerning shareholding and dividend taxation.

Swedish tax legislation concerning dividend taxation is neutral, dividends can be exempted from taxation to the same extent no matter if is from a Swedish or a foreign company. The Swedish legislation called *Lex Asea* constitutes an obstacle to the free movement of capital vis-à-vis third countries, but has been justified by the CJEU referring to the grounds of fiscal supervision.

Sammanfattning

Ett av målen med den Europeiska Unionen är att skapa en fri inre marknad genom att avskaffa alla hinder för den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital. På skatterättens område kan sådana hinder ofta uppstå då medlemsstaternas beskattningssystem inte är harmoniserade. EUD har dock i sin praxis under många år avskaffat en stor del av dessa hinder genom sin tolkning och utveckling av fördragsfriheterna.

Medlemsstaterna bedriver även omfattande handel med länder utanför EU, varför ett behov av att avskaffa hinder i förhållande till tredje land föreligger. Fördragsbestämmelserna tillhandahåller viss möjlighet till sådan ekonomisk öppenhet genom bestämmelserna om den fria rörligheten för kapital, som gäller även i förhållande till tredje land. De andra fördragsfriheterna har inte samma territoriella tillämpningsområde, vilket gör att tillämplig fördragsfrihet är en fråga av avgörande betydelse i mål rörande tredje land.

Tillämpligheten för den fria rörligheten för kapital och dess relation till de andra fördragsfriheterna, främst etableringsfriheten, på skatterättens område har dock varit en fråga som länge har varit osäker, och EU-domstolen har inte kommit med klara svar i sin praxis. Problemen med att bestämma tillämplig frihet uppkommer ofta i mål rörande beskattning av andelsägande. Under början av 2000-talet började dock domstolen att fokusera på omständigheterna i det enskilda fallet i den nationella domstolen för att bestämma tillämplig fördragsfrihet. Efter den perioden följde några år då fokus istället låg på ändamålet med den nationella lagstiftningen i fråga. I nyare praxis tar domstolen inte ställning till vilket tillvägagångssätt som skall gälla, vilket har skapat en osäkerhet bland de nationella domstolarna. Ett efterlängtat klagande från EU-domstolen kom med *FII Group Litigation (2)* i november 2012. Där slår domstolen fast att den fria rörligheten för kapital kan bli tillämplig i förhållande till tredje land i mål där sådant andelsägande föreligger att det medför bestämmande inflytande, förutsatt att de nationella reglerna är tillämpliga oavsett storlek på andelsinnehav. Således klargör domstolen att ändamålet med den nationella lagstiftningen skall väga tyngst vid bestämmande av tillämplig fördragsfrihet i skattemål som rör andelsägande.

Svenska skatteregler rörande utdelningsbeskattning är neutrala i förhållande till andra medlemsstater och tredjeländer, utdelning på näringsbetingade andelar är skattefria även när de kommer från bolag hemmahörande utanför unionens gränser. De svenska Lex Asea-reglerna har

visserligen ansetts hindra den fria rörligheten för kapital i förhållande till tredje land, men rättfärdigades med hänvisning till behovet av effektiv skattekontroll.

Förord

Jag vill inleda med att tacka min handledare Maria Hilling för att hon väckte mitt intresse för EU-skatte rätt, vilket underlättade vid valet av ämne till den här examensuppsatsen. Hon har dessutom varit till hjälp vid uppsatsskrivandet och ställt upp med goda råd trots tidspress.

Nu när det börjar närma sig slutet på mina år vid Lunds Universitet känner jag att det finns några personer som har betytt extra mycket under den här tiden i mitt liv som jag vill tacka.

Siri, utan dig hade jag inte orkat igenom den här utbildningen. Du har alltid stöttat mig och inspirerat mig till att plugga lite mer än vad jag annars hade gjort. Din vänskap är värd mycket och jag ser fram emot att fortsätta den, vart i världen vi än befinner oss.

Martin, tack för att du orkar med mig även när jag är stressad. Din tro på mig gör mig starkare, och jag är så glad att du finns i mitt liv.

Sist men inte minst vill jag tacka mamma Annelie och pappa Sigurdur, som alltid har stöttat mig och uppmuntrat mig till att vidareutbilda mig. Ni är underbara föräldrar och jag är tacksam över all kärlek och allt stöd från er.

Malmö, i maj 2013

Förkortningar

CFC	Controlled foreign company
CJEU	Court of Justice of the European Union
EES	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EFTA	European Free Trade Association
EU	Europeiska unionen
EUD	EU-domstolen
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
IL	Inkomstskattelagen (1999:1229)
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Ett av Europeiska Unionens mål är att skapa en fri inre marknad genom att avskaffa alla hinder för den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital. På grund av att medlemsstaternas beskattningssystem inte är harmoniserade kan dock hinder mot den fria rörligheten uppstå, vilket i sin tur leder till snedvriden konkurrens. De senaste åren har en mycket stor del av sådana skatterättsliga hinder mot den fria rörligheten inom unionen avskaffats. Detta har skett dels genom EU-rättslig lagstiftning i form av direktiv¹, men framför allt genom EUD:s praxis där innebörden av EU-fördragets bestämmelser om den fria rörligheten har tolkats och utvecklats. I dagens alltmer globaliserade ekonomi stannar inte handeln och investeringarna vid EU:s yttre gränser; unionens medlemsstater har i praktiken många olika ekonomiska relationer med tredjeländer. Ett stort antal företag från länder utanför EU bedriver handel inom unionen, likaså bedriver många företag hemmahörande inom EU handel utanför unionens gränser. Därför anses sådana hinder mot handel och investeringar behöva avskaffas även mellan EU:s medlemsstater och tredjeländer. EUF-fördraget tillhandahåller i viss utsträckning möjlighet till ekonomisk öppenhet över unionens yttre gränser, i synnerhet genom bestämmelserna om den fria rörligheten för kapital som förbjuder restriktioner mot kapitalrörelser även i förhållande till tredje land.^{2 3}

Den fria rörligheten för kapital har således ett större territoriellt tillämpningsområde än de andra fördragsfriheterna, vilket leder till att frågan om tillämplig fördragsfrihet är av stor vikt i mål rörande eventuella hinder i förhållande till tredje land. Frågan om tillämpning av etableringsfriheten⁴ och den fria rörligheten av kapital har många gånger behandlats av EUD. Fördragsfriheternas tillämpningsområde och problemen med gränsdragningen mellan dessa har på skatterättens område ofta behandlats i mål rörande utdelningsbeskattning.⁵ Domstolens praxis har dock på detta område inte varit entydig och har inte erbjudit tillräcklig vägledning för de nationella domstolarna.

1 Se exempelvis direktiv 2003/49/EG om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties, direktiv 2009/133/EG om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission m.m., samt moder/dotterbolagsdirektivet 2011/96/EU.

2 FEUF art. 63.

3 Smit, EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation: An Overview and Future Prospect, EC Tax Review 2012 s.233-234.

4 FEUF art. 49.

5 Englisch, Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms, Intertax 2010, Vol. 38, s. 197.

Under 2008 och 2009 avkunnades domar i flera nationella domstolar inom EU där frågan om etableringsfriheten och/eller den fria rörligheten för kapital skulle vara tillämplig på en situation där ett moderbolag äger en sådan andel i ett dotterbolag att det medför bestämmande inflytande i dotterbolaget. De nationella domstolarna ansåg att EU-rätten här var så klar att ett förhandsavgörande EUD inte var nödvändigt.⁶ Det som så väl illustrerar EUD:s icke entydiga praxis på det här området är att de nationella domstolarna som i sina domskäl hänvisade till nämnda praxis, kom till olika, i vissa fall till och med motsatta svar. Behovet av klar och entydig praxis från EUD på detta området var därför stort.⁷

I november 2012 avkunnades domen i *FII Group Litigation (2)*, där EUD till viss del klargör och utvecklar hur gränsdragningen skall ske mellan de två fördragsfriheterna, framför allt i förhållande till tredje land och när ägande som medför bestämmande inflytande föreligger.⁸

1.2 Syfte och frågeställningar

Huvudsyftet med den här uppsatsen är att söka utreda tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital samt gränsdragningen mellan nämnda fördragsfrihet och etableringsfriheten på skatterättsens område. Utöver detta kommer också en kortare genomgång av svenska beskattningsregler rörande utdelningsbeskattning att redogöras för, som får utgöra ett illustrerande exempel för hur nationell lagstiftning kan påverkas av gränsdragningen mellan de nämnda fördragsfriheterna.

Följande frågor behandlas i uppsatsen:

- Var går gränsdragningen för tillämpning mellan etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital i skatterättsliga mål?
- I vilken utsträckning är fri rörlighet för kapital tillämplig i förhållande till tredje land?
- Vilka skatterättsliga konsekvenser kan EU-domstolens praxis få för medlemsstaternas skattelagstiftning?

6 Se FEUF art. 267 och mål 283/81 CILFIT p. 16. Den nationella domstolen måste vara säker på att EUD och alla andra nationella domstolar inom EU skulle komma till samma slutsats för att inte söka förhandsavgörande hos EUD.

7 Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 19.

8 Mål C-35/11 *FII Group Litigation (2)*.

1.3 Avgränsningar

För att få mycket utrymme till aktuell praxis från EUD och en utförlig diskussion kring denna måste viktiga avgränsningar göras. Förhållandet mellan den fria rörligheten för kapital och de övriga fördragsfriheterna, varor, tjänster och fysiska personer, kommer således inte att beröras mer än i enstaka rättsfall. Vidare kommer etableringsfriheten samt förhållandet mellan EU-rättens bestämmelser om den fria rörligheten och skatteavtalsrätten enbart att redogöras för översiktligt.⁹ Framställningen i uppsatsen kommer främst att ta sikte på regler om beskattning av aktiebolag och utländska motsvarigheter samt ägare till sådana bolag, då det främst är här problematiken om tillämplig fördragsfrihet uttrycks på ett tydligt sätt i praxis. Andra associationsformer, som exempelvis handelsbolag, som inte utgör självständiga skattesubjekt och som har ett annat ägaransvar än vad gäller aktiebolag kommer därför inte att behandlas här.

1.4 Metod och material

Då denna uppsats har till syfte att fastställa gällande EU-rätt kommer utgångspunkten vara en studie av traditionella rättskällor, vilket innebär lagtext, praxis och doktrin.

EUD utgör en viktig del av unionsrätten då den tolkar och utvecklar rätten genom dess praxis. Med hänsyn till att tyngdpunkten i frågeställningen rör gällande EU-rätt kommer därför EUD:s praxis att utgöra den primära informationskällan i framställningen. Genomgång av praxis kommer att ske i kronologisk ordning för att visa på utvecklingen av praxis över tid. Vid urval av praxis har hänsyn tagits till om domen tillför något nytt till det aktuella rättsområdet, alternativt bekräftar äldre praxis. Tyngdpunkten i genomgången av praxis kommer att ligga på nyare praxis, framför allt i den sammanfattande analysen.

Med hänsyn till den snabba rättsutvecklingen på det skatterättsliga området inom EU-rätten blir doktrin i form av böcker snabbt daterad då de tar lång tid att färdigställa. De tjänar dock väl till att använda för de mer inledande och översiktliga delarna om EU-rätten. Vid urvalet av doktrin i form av böcker fokuseras på etablerade författare inom EU-rättens och skatterättens område, men bokens aktualitet är likväl en faktor som spelar in.

För analys av EUD:s praxis kommer aktuell doktrin, främst i form av artiklar från ansedda skatterättsliga tidskrifter, att användas. Då den här uppsatsens ämne är av internationell karaktär

⁹ För fördjupade kunskaper om förhållandet mellan EU-rätten och skatteavtal hänvisas till Hilling, *Free Movement and Tax Treaties in the Internal Market*.

används främst internationella skatterättsliga tidskrifter, men även svenska skatterättsliga tidskrifter används då de bidrar med aktuella analyser. Det finns en uppsjö av artiklar inom detta ämnesområde, men då EUD:s praxis ständigt utvecklas så ligger fokus på nyare artiklar som kan erbjuda en mer uppdaterad bild av rättsläget.

Svensk lagtext i form av Inkomstskattelag (1999:1229) kommer att användas som illustrerande exempel för vilken typ av nationella bestämmelser som kan komma att utgöra ett hinder mot den fria rörligheten för kapital i medlemsstaterna.

1.5 Disposition

Efter detta inledande kapitel, som anger förutsättningarna för den här uppsatsen, följer fyra deskriptiva kapitel, för att sedan avsluta med författarens egen analys.

I det *andra kapitlet* redogörs kort för några grundläggande delar av EU-rätten, framför allt dess förhållande till skatterätten. *Tredje kapitlet* är en mer djupgående redogörelse för den fria rörligheten för kapital, tillämpningsområde, praxis samt möjligheter till rättfärdigande av hindrande regler mot nämnda frihet. Först i *fjärde kapitlet* behandlas gränsdragningsfrågan mellan etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital, där en omfattande redogörelse och analys av praxis behandlas. *Femte kapitlet* är en kort redogörelse för svensk lagstiftning rörande utdelningsbeskattning. Avslutningsvis kommer ett försök till en analys i det *sjätte kapitlet*, där författaren genom sammanfattning och analys ämnar att komma fram till svar på de frågor som har formulerats här i det inledande kapitlet.

2 Några inledande kommentarer om EU-rätten

2.1 EU-Domstolen

EUD fyller en viktig roll för att se till att EUF-fördraget efterlevs i medlemsstaterna. Om en medlemsstat försummar någon av de förpliktelser som följer av fördraget kan en fördragsbrottstalan väckas hos domstolen av kommissionen eller en annan medlemsstat.¹⁰ För att säkerställa en enhetlig tolkning och tillämpning av EU-rätten i medlemsländerna finns vidare möjlighet för medlemsstaternas nationella domstolar att få förhandsavgöranden från EUD rörande tolkning av fördragets bestämmelser.¹¹ För de nationella domstolarnas högsta instans föreligger en skyldighet att föra sådana tolkningsfrågor för EUD, om inte den nationella domstolen finner att EU-rätten är uppenbar och att inga tvivel om dess innehåll föreligger.¹² Förhandsavgöranden skall ge en närmare innebörd av EU-rätten och ge den nationella domstolen en möjlighet att komma till ett korrekt domslut. Formellt sett är EUD:s avgöranden endast bindande för den domstol som har begärt förhandsavgörandet men är i praktiken prejudicerande då utslagen generellt följs av de nationella domstolarna. Inom områden där EUD:s praxis är relativt tydlig i hur en fråga skall bedömas kan en nationell domstol underlåta förhandsavgörande, men för oklara områden och där en rättsutveckling sker är det av stor vikt att förhandsavgörande begärs.¹³

2.2 EUF-fördragets friheter och skatterätten

EUF-fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital föreskriver att hinder mot dessa friheter skall avskaffas. Vad gäller fri rörlighet för varor anges att detta gäller även fiskala hinder såsom exempelvis diskriminerande beskattning av varor från andra medlemsstater. Någon motsvarande referens till nationella skatterättsliga hinder återfinns inte i vad gäller de övriga fördragsfriheterna. EUD slog dock fast i *avoir fiscal* att skatterättsliga bestämmelser som hindrar den fria etableringsrätten kan angripas med stöd av fördraget.¹⁴ Efter *avoir fiscal* har ett stort antal mål visat att medlemsstaternas skatterättsliga bestämmelser kan utgöra hinder även för de andra fördragsfriheterna.¹⁵

10 FEUF art. 258-259.

11 FEUF art. 267.

12 Se mål 283/81 CILFIT p. 16. Den nationella domstolen måste vara säker på att EUD och alla andra nationella domstolar inom EU skulle komma till samma slutsats.

13 Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 28-29.

14 Mål 270/83 *avoir fiscal*.

15 Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 70.

Fördragsbestämmelserna om den fria rörligheten inom EU har sina motsvarigheter i EES-avtalet¹⁶, vilka som utgångspunkt skall tolkas på samma sätt. Dock sker dessa friheter i olika rättsliga sammanhang, till stor del på grund av EU:s sekundärrätt som enbart är bindande för EU:s medlemsstater. EUD har också påpekat att de identiskt utformade friheterna inte nödvändigtvis skall tolkas på exakt samma vis, snarare skall de tolkas i ljuset av bestämmelsernas syften. Ändamålet med EES-avtalet är att uppnå fri handel och konkurrens medan EUF-fördragets ändamål är mer vidsträckt och syftar till att etablera en fri inre marknad och en ekonomisk och monetär union. EUD:s praxis har även visat att möjligheten till att rättfärdiga hinder för den fria rörligheten i viss mån är större i relation till länder utanför EU.¹⁷

2.3 EU-rätten och den internationella skatterätten

Förutom medlemsstaternas interna skatterätt regleras beskattning av personer som är hemmahörande i ett land och som har verksamhet i eller får inkomster från ett annat land genom de skatteavtal som slutits mellan länderna. En viktig fråga är hur EU-rätten förhåller sig till den internationella skatterätten.

För tillämpning av skatteavtal föreligger viss konflikt mellan den internationella skatterättens synsätt och EU-rätten. En grundläggande princip vid tillämpningen av skatteavtal är att ett rättssubjekt måste ha hemvist i en av de avtalsslutande länderna för att kunna åberopa skatteavtalets bestämmelser. EU-rätten tillskriver dock i vissa fall även andra skattesubjekt sådana förmåner som skatteavtalet ger. EUD fastslog i *Saint-Gobain* att EU-rättens krav på likabehandling medför att ett skattesubjekt som har verksamhet i form av ett fast driftställe i en medlemsstat har rätt att åberopa verksamhetslandets skatteavtal trots att skattesubjektet inte är hemmahörande där.¹⁸

EUD:s praxis visar dock att domstolen respekterar den internationella skatterättens principer. Ett tydligt exempel på detta är rättfärdigandegrunden bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten som har fått genomslag i praxis. Sådan väl avvägd fördelning av beskattningsrätten som framför allt OECD:s modellavtal ger uttryck för är således vägledande även ur ett EU-rättsligt perspektiv. Det finns alltså större möjlighet att rättfärdiga hindrande skatteregler om de enligt EUD anses vara nödvändiga för att säkerställa beskattning i enlighet med den internationella skatterättens grundläggande principer.¹⁹ Domstolen strävar dock efter att uppnå en balans mellan den traditionella

16 EES omfattar EU:s 27 medlemsstater samt EFTA-länderna Island, Liechtenstein och Norge.

17 Ståhl, Free movement of capital between Member States and third countries, EC Tax Review 2004 s. 51-52 och Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 70-71.

18 Mål C-307/97 *Saint-Gobain* p. 43.

19 Se exempelvis mål C-250/95 *Futura*, mål C-414/06 *Lidl* och mål C-337/08 *X Holding*.

internationella skatterätten och EU-rätten, framför allt i mål där ingen öppen diskriminering föreligger. I *SGI* kunde hindrande belgiska regler rättfärdigas med hänvisning till bevarandet av fördelning av beskattningsrätten och risken för skatteflykt, men domstolen ställde också tydliga krav på att reglerna skulle vara i enlighet med proportionalitetsprincipen.²⁰

EU:s medlemsstater har behörighet att ingå skatteavtal, men vid utövandet av denna behörighet måste dock fördragets bestämmelser om den fria rörligheten respekteras. Detta gäller även vid slutande av skatteavtal som ingås med ett land utanför EU.²¹ Sådana skatteavtalsregler som enbart fördelar beskattningsrätten anses inte kunna hindra den fria rörligheten, men regler som stadgar hur beskattningsrätten skall utövas kan prövas mot reglerna om fri rörlighet. Uppdelningen mellan de olika skatteavtalsreglerna är dock inte helt tydlig.²²

2.4 Etableringsfriheten

Bestämmelsen om etableringsfrihet återfinns i artikel 49 i EUF-fördraget:

Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.

Etableringsfriheten är en rättighet för såväl fysiska som juridiska näringsdrivande rättssubjekt.

Termen egenföretagare definieras inte i fördraget men i *Jany*²³ förklarade domstolen att egenföretagare, till skillnad från anställda, utövar verksamhet utan att vara i underordnad ställning, bär risken för sin verksamhet samt erhåller betalning direkt och i sin helhet.²⁴ Fysiska personer kan

20 Mål C-311/08 *SGI* p. 69 och 75.

21 Mål C-307/97 *Saint-Gobain* p. 58-59.

22 Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 169-172.

23 Mål C-268/99 *Jany*.

24 Mål C-268/99 *Jany* p.34 och p.70-71.

även utöva sin rätt till etableringsfrihet genom att delta i bildandet av ett företag i en annan medlemsstat genom att exempelvis bli delägare eller styrelseledamot.

Genom artikel 54 i EUF-fördraget likställs juridiska personer som bildats i enlighet med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, huvudkontor eller huvudsakliga verksamhet inom unionen med EU-medborgare. För juridiska personer riktar sig artikel 49 mot såväl primär och sekundär etablering. Primär etablering avser nyetablering i eller fullständig flytt av en självständig näringsverksamhet till en annan medlemsstat. Sådana nyetablerade eller flyttade bolag skall åtnjuta samma behandling som nationella avseende kapitalplacering enligt artikel 55. Primär etablering i form av flytt av ett bolags säte är i praktiken ovanligt och har i vissa medlemsstater förbjudits helt²⁵.²⁶ Sekundär etablering avser rätten att upprätta dotterbolag, filialer eller liknande i en annan medlemsstat, något som i praktiken och praxis är en mer vanligt förekommande situation än primär etablering. Alla EU-medborgare har rätt att företa en primär etablering. För att ha rätt att företa en sekundär etablering krävs, förutom medborgarskap inom EU, att man redan är etablerad i en medlemsstat.²⁷

För såväl primär som sekundär etablering har EUD fastslagit att det krävs att det aktuella bolaget verkligen har etablerats i värdmedlemsstaten samt att det bedrivs faktisk ekonomisk verksamhet där för att artikel 49 skall bli tillämplig.²⁸

25 Exempelvis Tyskland och Österrike.

26 Se mål 81/87 *Daily Mail*, där EUD konstaterade att bolag är juridiska konstruktioner vilka enbart existerar som en följd av ett lands lagstiftning. Då de bolagsrättsliga reglerna inte är harmoniserade inom EU finns inte möjlighet att ge en generell rätt för bolag att flytta från en medlemsstat till en annan.

27 Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* s. 295-298, 322 och Ståhl m fl, *EU Skatterätt* s.100-102.

28 Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes* p. 54.

3 Fri rörlighet för kapital

3.1 Bakgrund

Den fria rörligheten för kapital är en av de fyra friheter som återfinns i Romfördraget. Den förevarande friheten utformades dock annorlunda där i jämförelse med den nuvarande versionen. Enligt artikel 67 (1) i Romfördraget skulle medlemsstaterna progressivt avskaffa restriktioner mot kapitalrörelser men bara i den utsträckning som var nödvändigt för en väl fungerande inre marknad.²⁹ Den fria rörligheten för kapital utvecklades och liberaliserades inte i samma takt som EU-fördragets övriga friheter. Genom Maastrichtfördraget och etableringen av en ekonomisk och monetär union, EMU, gavs kapitalets fria rörlighet större betydelse. Att uppnå fria kapitalrörelser var ett av de grundläggande inträdeskraven till EMU för medlemsländerna.³⁰

Den nuvarande bestämmelsen återfinns bland annat i artikel 63 i EUF-fördraget:

Inom ramen för bestämmelserna i detta kapitel ska alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna.

3.2 Tillämpningsområde

Den fria rörligheten för kapital har ett vidare tillämpningsområde än de övriga fördragsfriheterna, av flera skäl. För det första gäller den fria rörligheten för kapital även i förhållande till tredje land. För det andra begränsas ej den personkrets som kan åberopa fördragsfriheten, alltså kan även personer som inte är EU-medborgare åberopa denna fördragsfrihet. Slutligen innefattar fri rörlighet för kapital en stor mängd transaktioner vilket gör att den även i sak får ett mycket vidsträckt tillämpningsområde.³¹

29 Hilling, *Free Movement and Tax Treaties in the Internal Market* s. 142-143.

30 Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* s. 559.

31 Ståhl m fl, *EU Skatterätt* s. 137-138.

3.2.1 Begreppet kapitalrörelse

I EUF-fördragets artiklar om fri rörlighet av kapital återfinns inte någon definition av kapitalrörelse. EUD har dock hänvisat till direktiv 88/361/EEG om fria kapitalrörelser.³² Direktivet innehåller en utförlig uppräknig av vilka typer som faller in under bestämmelserna om fria kapitalrörelser och skall enligt EUD vara vägledande även när det skall bestämmas vad som utgör en kapitalrörelse enligt fördraget. Direktivet stadgar att med kapitalrörelser avses inte enbart rent finansiella placeringar över gränserna utan även olika typer av direktinvesteringar och etableringar inordnas i begreppet. I direktivet anges vidare att kapitalöverföringar avseende försäkringsavtal skall ses som kapitalrörelse. Vissa transaktioner som nämns i direktivet och därmed anses omfattas av den fria rörligheten för kapital täcks även av andra bestämmelser i fördraget. Etablering av filial och förvärv av dotterbolagsaktier är enligt direktivet exempel på kapitalrörelser, men sådana transaktioner omfattas även av den fria etableringsrätten.³³

Även om en transaktion inte återfinns i uppräknigen i direktivet om fria kapitalrörelser kan den fortfarande anses utgöra en kapitalrörelse enligt artikel 63. I *Verkooijen* ansåg EUD att uttag av aktieutdelning, trots att detta inte uttryckligen nämns som kapitalrörelse i direktivets uppräknig, ändå skulle anses vara en kapitalrörelse då transaktionen var så ”oupplösligen förbunden med en kapitalrörelse”.³⁴ I *Sanz de Lera*³⁵ klargjorde däremot domstolen att handlingen att fylla en bil med pengar och försöka föra ut detta ur landet inte utgör en kapitalrörelse i fördragets mening.³⁶

3.2.2 Tillämplighet tredje land

Det utmärkande för den fria rörligheten för kapital är att den inte enbart är tillämplig på kapitalrörelser mellan medlemsländer utan även på kapitalrörelser mellan medlemsländer och tredje land. Det följer dock av kompletterande fördragsbestämmelser att den fria rörligheten av kapital är något mer begränsad i förhållande till tredje land än vad som initialt framgår av artikel 63.

Artikel 65.4 EUF-fördraget möjliggör för kommissionen eller rådet att, efter ansökan från medlemsstat, anta ett beslut som föreskriver att restriktiva skatteåtgärder som en medlemsstat vidtar med avseende på ett eller flera tredjeländer skall anses förenliga med fördragen om de kan anses berättigade med hänsyn till något av unionens mål samt att de är förenliga med en väl fungerande

32 Se mål C-222/97 *Manfred Trummer and Peter Mayer* p.21 och mål C-279/00 *Commission v Italian Republic* p. 36.

33 Ståhl m fl, EU Skatterätt, s. 138-139.

34 Mål C-35/98 *Verkooijen* p. 28-29.

35 Förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94 *Sanz de Lera* p.33.

36 Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* s. 563-564.

inre marknad. Det är en ovanlig bestämmelse som ger kommissionen och rådet möjlighet att avgöra huruvida medlemsstaters åtgärder är förenliga med EU-rätten, en uppgift som vanligtvis tillfaller EU-domstolen. Vidare finns artikel 66 som anger att rådet i vissa fall får vidta nödvändiga skyddsåtgärder gentemot tredje land i upp till sex månader. Det skall dock röra sig om extrema förhållanden med en föreliggande risk att kapitalrörelser till och från tredje land allvarligt stör EMU:s funktion.³⁷

3.3 Skatterättslig praxis

Skattemål i EUD om nationella beskattningsreglers förenlighet med fri rörlighet av kapital återfinns inom fyra huvudområden: arv, fastigheter, välgörenhetsgåvor och aktier.³⁸ Skattehinder i investeringsstaten handlar vanligen om regler som negativt särbehandlar investeringar eller liknande som företas av utländsk investerare i jämförelse med om investeringen hade företagits av inhemsk investerare. Skattehinder i hemstaten rör typiskt sett skatteregler som resulterar i att inhemska investerare beskattas hårdare vid investering i utlandet än när det handlar om en inhemsk investering.³⁹

Regler som leder till att en fastighet blir arvsbeskattad hårdare om den avlidne vid sin död var bosatt utomlands har av EUD ansetts strida mot den fria rörligheten för kapital.⁴⁰ Likaså underkändes arvsskatteregler om fastighetsvärdering där reglerna för inhemska fastigheter var skattemässigt mer fördelaktiga än för utländska fastigheter.⁴¹

I *Blanckaert* uppkom fråga om olika skattemässig behandling av fastigheter tillhörande inom landet bosatta respektive i utlandet bosatta personer. Målet handlade om en person bosatt i Belgien som hade investerat i en nederländsk fastighet och uppbar genom detta inkomst av kapital. Enligt nederländsk lagstiftning kunde i utlandet bosatta personer som uppbar inkomst från sparande eller investeringar i Nederländerna men som ej omfattades av det nederländska socialförsäkringssystemet ej medges skattelättnader med grund i socialförsäkringen. I Nederländerna bosatta personer som omfattades av socialförsäkringssystemet men som i övrigt befann sig i jämförbar situation medgavs sådana skattelättnader. EUD ansåg att den mindre förmånliga skattemässiga behandlingen av i landet icke bosatta personer riskerade leda till att de avstår från att investera i nederländska

37 Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* s. 564-566.

38 Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* s. 578-579.

39 Ståhl m fl, *EU Skatterätt* s. 141-143.

40 Mål C-43/07 *Arens-Sikken* och mål C-11/07 *Eckalkamp*.

41 Mål C-256/06 *Jäger*.

fastigheter. Den aktuella lagstiftningen ansågs därmed hindra den fria rörligheten av kapital.

Domstolen bedömde dock att en sådan restriktion kunde rättfärdigas^{42, 43}

Persche handlade om tyska skatteregler som enbart medgav avdragsrätt för välgörenhetsgåvor till inhemska organisationer. EUD konstaterade att möjligheten att erhålla skattemässigt avdrag kunde ha en betydande inverkan på givarens inställning vid val av organisation, och att tyska givare således riskerade välja bort allmännyttiga organisationer etablerade i andra medlemsstater av skattemässiga skäl. De tyska skattereglerna ansågs därmed utgöra en restriktion mot den fria rörligheten av kapital som inte kunde rättfärdigas.⁴⁴

Svenska skatteregler rörande beskattning vid inlösen av aktier prövades i *Bouanich*. För aktieägare bosatta i Sverige behandlades inlösen av aktier som kapitalvinst, vilket medgav rätt till avdrag för aktiernas anskaffningskostnad, men för utomlands bosatta behandlades motsvarande likvid som som utdelning vilket resulterade i att hela beloppet kupongbeskattades. Skillnaden i behandling mellan svenska och utomlands bosatta aktieägare ansågs av EUD utgöra en otillåten restriktion för kapitalrörelserna. Denna skillnad kunde dock mildras genom tillämpliga skatteavtal, beroende på värdet och anskaffningskostnaden för det aktuella aktieinnehavet. Domstolen lämnade därför till den nationella domstolen att avgöra om negativ särbehandling förelåg i det enskilda fallet.⁴⁵

Hinder i hemstaten rörande aktieinvesteringar i utländska bolag har berörts i flera mål i EUD. I *Verkooijen* handlade det om nationella regler som medgav skattefrihet för aktieutdelning upp till ett visst belopp, under förutsättning att det rörde sig om utdelning uppuren från ett inhemskt bolag. Domstolen fann att reglerna utgjorde en restriktion mot de fria kapitalrörelserna.⁴⁶ *Manninen* rörde det finska skatteavräkningssystemet där utdelningsmottagande aktieägare medgavs avräkning för den bolagsskatt som det utdelande bolaget hade erlagt på den utdelade vinsten, under förutsättning att det rörde sig om ett inhemskt bolag. EUD fann, precis som i *Verkooijen*, att begränsningen i den aktuella skattelättnaden verkade avskräckande för personer bosatta i landet att investera kapital i bolag hemmahörande i andra medlemsstater samt verkade inskränkande på utländska bolag att anskaffa kapital där, och att de aktuella reglerna utgjorde en restriktion mot den fria rörligheten för kapital.⁴⁷

42 Domstolen rättfärdigade restriktionen med hänvisning till art. 65.1 a EUF då det förelåg en objektiv skillnad mellan en i landet bosatt och en utomlands bosatt på grund av socialförsäkringssystemet.

43 Mål C-512/03 *Blanckaert* p. 1-28, 39 och 50-51.

44 Mål C-318/07 *Persche* p. 38-39 och p. 71.

45 Mål C-265/04 *Bouanich* p. 3-7, 31-35 och 56.

46 Mål C-35/98 *Verkooijen* p. 24 och 36. I målet prövades de nationella reglerna mot direktiv 88/361/EEG om fria kapitalrörelser.

47 Mål C-319/02 *Manninen* p. 6-11 och 22-24.

3.4 Rättfärdigande av hinder för den fria rörligheten för kapital

Fördragsbestämmelserna om den fria rörligheten för kapital ger vissa möjligheter att godta nationella bestämmelser som hindrar den fria rörligheten. Artikel 65 i EUF-fördraget öppnar upp för medlemsstaterna att i sin skattelagstiftning skilja mellan skattebetalare som har olika bostadsort eller har investerat sitt kapital på olika orter samt vidta nödvändiga åtgärder för att förhindra överträdelse av bland annat skattebestämmelser med hänsyn till allmän ordning och säkerhet. De nämnda åtgärderna får dock ej bli ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av den fria rörligheten för kapital.

Vidare har EUD genom sin praxis utvecklat ett antal rättfärdigandegrunder som kan tillämpas på alla fördragsfriheterna. Domstolen har utvecklat den så kallade rule of reason-doktrinen⁴⁸ som används för att fastställa om en fördragsstridig åtgärd ändå kan rättfärdigas. De rättfärdigandegrunder som har godtagits av domstolen är skatteflykt, effektiv skattekontroll, skattesystemets inre sammanhang, territorialitetsprincipen, behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten samt risken att förluster beaktas två gånger.⁴⁹

Vad gäller den fria rörligheten för kapital till och från tredje land finns ytterligare undantagsbestämmelser i artikel 64 i EUF-fördraget. Först och främst tillåts restriktioner mot den fria rörligheten för kapital vad gäller fyra olika typer av kapitalrörelser⁵⁰ i nationell eller unionsrättslig lagstiftning som trätt i kraft den 31 december 1993. Vidare kan Europaparlamentet och rådet besluta om åtgärder rörande nämnda typer av kapitalrörelser till eller från tredje land. Rådet kan dessutom genom enhällighet och ett särskilt förfarande besluta om åtgärder som innebär ett unionsrättsligt steg tillbaka vad gäller liberaliseringen av sådana kapitalrörelser.⁵¹

I EUD:s praxis har frågan om den fria rörligheten för kapital är tillämplig i samma utsträckning i förhållande till tredje land som till andra medlemsstater uppkommit. *Skatteverket mot A* handlade om en svensk andelsägare till ett schweiziskt bolag. Det schweiziska bolaget avsåg ge utdelning till andelsägaren i form av andelar i ett dotterbolag. Enligt de svenska reglerna medgavs skattefri utdelning enbart från svenska bolag, från bolag inom EES samt från bolag hemmahörande i länder med vilka Sverige hade slutit ett avtal om informationsutbyte. Utdelning från schweiziska bolag medgavs därför inte skattefrihet. I det här målet argumenterade flera medlemsstater att den fria

48 Mål C-55/94 *Gebhard* p. 37.

49 Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 148-166.

50 Direktinvesteringar, etablering, tillhandahållande av finansiella tjänster eller emission och introduktion av värdepapper på kapitalmarknader. Direktinvesteringar inbegriper även investeringar i fast egendom. Begreppet direktinvesteringar rör alla slags investeringar som fysiska eller juridiska personer företar och som har till syfte att upprätta varaktiga och direkta relationer mellan den person som tillhandahåller kapitalet och det företag som får tillgång till kapitalet för sin ekonomiska verksamhet. Se mål C-157/05 *Holböck* p. 34-37 och C-194/06 *Orange European Smallcap Fund* p. 102.

51 Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms* s. 565.

rörligheten för kapital mellan medlemsstater skulle tolkas annorlunda än den fria rörligheten av kapital mellan medlemsstat och tredje land. Till stöd för denna ståndpunkt framfördes dels att fri rörlighet av kapital inom EU har till syfte att förverkliga en fri inre marknad medan den fria rörligheten för kapital till tredje land är knuten till inrättandet av EMU, dels att den fria rörligheten av kapital till tredje land innebär en ensidig liberalisering från EU:s sida utan garanti för att berörda tredjeländer skulle genomföra motsvarande liberalisering. Dessutom menade medlemsstaterna att en generös tillämpning av den fria rörligheten för kapital skulle försvåra förhandlingar med berörda tredjeländer rörande sådan fri rörlighet, då det inte finns något incitament för dessa länder att från sin sida medge sådan fri rörlighet. EUD godtog dock inte dessa argument. Bestämmelserna om den fria rörligheten av kapital omfattar även kapitalrörelser mellan medlemsstater och tredjeländer, och detta har stadgats i samma ordalag som för kapitalrörelser mellan medlemsstaterna. Domstolen hänvisade även till de ovan nämnda artiklarna i EUF-fördraget som kan begränsa den fria rörligheten för kapital till tredje land. Vad gäller rättfärdigandefrågan öppnade dock domstolen upp för andra möjligheter för medlemsstaterna att rättfärdiga hinder mot den fria rörligheten för kapital i tredjelandsituationer, bland annat på grund av att man i sådana situationer inte har samma möjlighet till bistånd och informationsutbyte som man har mellan medlemsländerna. Om en medlemsstats lagstiftning, som innebär en skattefördel, kräver att vissa villkor är uppfyllda och kontrollen av detta enbart kan ske genom erhållande av information av från berörda myndigheter i tredje land, får en medlemsstat i princip neka beviljandet av en sådan skattefördel om det saknas en sådan avtalsförpliktelse för det tredje landet och att det därmed är omöjligt att erhålla nödvändig information därifrån. Med hänvisning till behovet av en effektiv skattekontroll kunde hindret mot den fria rörligheten för kapital rättfärdigas. Domstolen lämnade i det aktuella målet över den frågan till den nationella domstolen att avgöra huruvida sådan möjlighet att kontrollera att villkoren är uppfyllda förelåg.⁵²

Möjlighet att rättfärdiga regler med hänvisning till skatteflykt är också större i situationer gällande fri rörlighet mot tredje land än motsvarande situation inom EU. I *Kommissionen mot Italien* kunde en restriktion mot den fria rörligheten rättfärdigas med hänvisning till grunden skatteflykt i förhållande till EFTA-länder men inte i förhållande till EU-stater. EUD hänvisade till att Italien inte på annat vis kunde bekämpa skatteflykt till tredje land då direktiv 77/799/EEG om myndighetssamarbete⁵³ inte var tillämpligt och de då gällande skatteavtalen mellan Italien och EFTA-länderna inte medförde någon skyldighet att lämna information.^{54 55}

52 Mål C-101/05 *Skatteverket mot A*, p. 28-39 och p. 60-65.

53 Är numera ersatt av direktiv 2011/16/EU om administrativt samarbete i fråga om beskattning.

54 Mål C-540/07 *Kommissionen mot Italien* p. 47-64.

55 Nijkeuter, Exchange of Information and the Free Movement of Capital between Member States and Third Countries, EC Tax Review 2011 s. 235-236.

4 Gränsdragningen mellan etableringsfrihet och fri rörlighet av kapital

4.1 Inledning

Som nämnts ovan är tillämpningsområdet för fri rörlighet av kapital mycket vidsträckt och begreppet kapitalrörelse omfattar en stor mängd transaktioner. Många transaktioner faller därmed in under fler än en fördragsfrihet. Inom EU har det i realiteten ingen större betydelse vilken av fördragsfriheterna som de nationella reglerna prövas mot, då prövningen i EUD sker på i stort sett samma sätt oberoende av vilken fördragsfrihet som anses tillämplig. Om det däremot är fråga om fri rörlighet till tredje land kan frågan om vilken frihet som är tillämplig vara av avgörande betydelse, då fri rörlighet för kapital är den enda fördragsfrihet som innebär en sådan rätt även i förhållande till tredje land.⁵⁶

Enligt EUD utgör fri rörlighet av kapital, liksom den fria rörligheten för personer och tjänster, en av gemenskapens grundläggande friheter. Domstolen menar vidare att att friheten för vissa kapitalrörelser är en förutsättning för ett effektivt utövande av de andra fördragsfriheterna, särskilt etableringsfriheten.⁵⁷ Att bestämmelserna om fri rörlighet av kapital är nära sammanlänkade med etableringsfriheten kan även utläsas av artikel 49 EUF-fördraget där en hänvisning till fri rörlighet av kapital återfinns samt artikel 65 (2) där det står att bestämmelserna i kapitlet om kapital och betalningar inte skall påverka tillämpligheten av sådana restriktioner för etableringsrätten som är förenliga med fördragen. Hänvisningarna mellan de två fördragsfriheterna ger dock ingen ledning till vilken som skall prioriteras om båda är tillämpliga samtidigt.⁵⁸

4.2 Praxis

I många mål har frågan om vilken av fördragsfriheterna som skall tillämpas uppkommit. EUD har genom åren utvecklat regler för att närma sig detta problem. Under denna del kommer att redogöras för denna utveckling.

⁵⁶ Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 137-139.

⁵⁷ Mål 203/80 *Casati* p. 8.

⁵⁸ Barnard, *The Substantive Law of the EU – The four freedoms*, s. 567 och Hemels m fl, *Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority?* EC Tax Review 2010 s. 20.

4.2.1 Ingen tydlig prioritet i tidig praxis

I de tidiga målen tog EUD inte upp frågan huruvida en av fördragsfriheterna prioriterades framför någon av de andra fördragsfriheterna. I *Bachman* behandlade domstolen alla de fördragsfriheter som den belgiska domstolen inkluderat i sina frågor till förhandsavgörandet.⁵⁹ I efterföljande mål behandlade EUD inte alla friheter som efterfrågats av de nationella domstolarna, men erbjöd heller inte någon förklaring till varför en fördragsfrihet varit tillämplig framför en annan. I *Konle* observerade domstolen att både etableringsfriheten och fri rörlighet av kapital var tillämpliga, men valde att behandla enbart den senare fördragsfriheten utan att lämna någon motivering i domskälen. I domskälen fastslog domstolen att själva syftet bakom de nationella bestämmelserna som det var fråga om i målet innebar en begränsning av de fria kapitalrörelserna, men lämnade ingen förklaring till varför etableringsfriheten inte behandlades.⁶⁰ *X AB och Y AB* rörde svenska koncernbidragsregler som medgav att koncernbidrag omfattades av vissa skattelättnader om koncernbidraget skedde mellan svenska aktiebolag där det ena ägde minst 90 procent av det andra. Fråga var om de svenska koncernbidragsreglerna stred mot den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten, då den aktuella lagstiftningen särbehandlade olika typer av koncernbidrag baserat på var samägande dotterbolag hade sina säten. EUD ansåg att en sådan särbehandling stred mot bestämmelserna om etableringsfrihet och bestämde att det inte var nödvändigt att undersöka huruvida bestämmelserna om fri rörlighet av kapital också utgjorde ett hinder för den nationella lagstiftningen.⁶¹ Även i *Baars* var det fråga om huruvida nationella regler utgjorde ett hinder mot någon av de två fördragsfriheterna. De aktuella reglerna medgav aktieägare undantagande av skyldighet att betala förmögenhetsskatt för medel som investerats i företag etablerat i Nederländerna, förutsatt att det rörde sig om ett betydande innehav. Den holländska domstolen utformade sina tolkningsfrågor till EUD så, att första frågan var om de aktuella reglerna var oförenliga med etableringsfriheten, och, om den första frågans svar var nekande, var den andra frågan om reglerna utgjorde en inskränkning av den fria rörligheten för kapital. EUD följde i domskälen följderna på tolkningsfrågorna och konstaterade att en medborgare som innehar kapital i ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat, och som genom detta har ett betydande inflytande över bolaget, utnyttjar sin etableringsrätt. Precis som i *X AB och Y AB* ansåg domstolen det inte vara nödvändigt att gå vidare till frågan huruvida den fria rörligheten för kapital utgjorde ett hinder för den nationella lagstiftningen då den redan konstaterat att etableringsfriheten var tillämplig.⁶² Panayi anser att EUD i sin tidiga praxis, i mål som rörde mer än en fördragsfrihet, behandlade friheterna i en till synes

59 Mål C-204/90 *Bachman* p. 7 och 35.

60 Mål C-302/97 *Konle* p. 22 och 39.

61 Mål C-200/98 *X AB och Y AB* p. 4, 24, 28 och 30.

62 Mål C-251/98 *Baars* p. 19, 22 och 42.

slumpmässig ordning, såvida inte den nationella domstolen efterfrågade en specifik följd på fördragsfriheterna i sina tolkningsfrågor. Om EUD kom fram till att de nationella reglerna utgjorde ett hinder för en fördragsfrihet ansåg den inte att det var nödvändigt att undersöka förenligheten med den andra fördragsfriheten.⁶³

I *Fidium Finanz*, där fråga bland annat var om fri rörlighet av kapital eller fri rörlighet för tjänster var tillämplig, slog EUD dock fast att om en fördragsfrihet i det aktuella fallet kan anses dominera över den fria rörligheten för kapital så kan den senare friheten inte åberopas. Den fria rörligheten för tjänster kunde heller inte åberopas på grund av att den tillämpliga fördragsfriheten inte är tillämplig i förhållande till tredje land.⁶⁴

4.2.2 Fokus på omständigheterna i det specifika fallet

I *Überseering* formulerade EUD, med hänvisning till resonemanget i *Baars*, en generell regel om att fri rörlighet för kapital omfattar förvärv av andelar i ett bolag som bildats och etablerats i en medlemsstat som görs av fysiska personer som är bosatta i en annan medlemsstat, förutsatt att det ägande som följer av förvärvet inte medför att dessa fysiska personer får ett visst inflytande över bolagets beslut och inte gör det möjligt för dem att bestämma över verksamheten i bolaget. Om förvärvet medför ett sådant inflytande blir istället fördragsbestämmelserna om etableringsfriheten tillämpliga. Frågan i målet var dock inte vilken fördragsfrihet som var tillämplig, utan enbart om de nationella reglerna utgjorde ett hinder för etableringsfriheten.⁶⁵ Målet *X och Y*, vars dom följde tätt efter *Überseering*, berörde svenska skattereglars förenlighet med etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital. Enligt de svenska reglerna beskattades kapitaltillskott genom överlåtelse av aktier till underpris mindre förmånligt vid utländskt ägarinflytande. EUD ansåg att etableringsfriheten var tillämplig under förutsättning att det rörde sig om ägande av andelar i ett bolag i annan medlemsstat som gav ett bestämmande inflytande över bolagets beslut och verksamhet, och det ankom på den nationella domstolen att kontrollera huruvida detta villkor var uppfyllt i det specifika målet. Domstolen gick sedan vidare till frågan om fri rörlighet av kapital och öppnade för att den kunde bli tillämplig på fall där etableringsfriheten inte var tillämplig på en aktieöverlåtelse på grund av att överlåtarens andel i det förvärvande bolaget inte var tillräckligt stor. Domstolen lade här fokus på omständigheterna i det specifika fallet för att avgöra vilken fördragsfrihet som var tillämplig. Etableringsfriheten blev den dominanta fördragsfriheten om det

63 Panayi, *The Fundamental Freedoms and Third Countries: Recent Perspectives*, European Taxation 2008 s. 571.

64 Mål C-452/04 *Fidium Finanz* p. 34 och 47.

65 Mål C-208/00 *Überseering* p. 77.

fanns ett bestämmande inflytande, fri rörlighet av kapital blev dominant om ett sådant inflytande inte fanns.⁶⁶

Under samma dag år 2006 avkunnades två domar från EUD vars bakgrund i den nationella domstolen var så kallade group litigations. I *ACT Group Litigation* var bakgrunden till målet en stor grupptalan där den nationella domstolen hade valt ut fyra pilotmål för begärande om förhandsavgörande. Talan i den nationella domstolen handlade om brittisk skattelagstiftning som medgav skattetillgodohavanden för förskottsbetalningar på bolagsskatt på grund av utdelning till koncerner då bolagen var hemmahörande i Storbritannien. Koncerner där moderbolag eller dotterbolag var hemmahörande i annan medlemsstat medgavs inte samma möjligheter till skattetillgodohavanden. EUD konstaterade inledningsvis att de aktuella brittiska reglerna var tillämpliga oavsett storleken på det utdelningsmottagande bolagets andelsinnehav, av vilket följde att båda fördragsfriheterna kunde bli tillämpliga. Tre av pilotmålen rörde fullt ägande och kunde därför, om ägandet innebar bestämmande inflytande, omfattas av etableringsfriheten. Dock observerade domstolen att det i de andra fallen inte fanns tillräcklig information för att avgöra huruvida sådant inflytande genom andelsägande existerade. Därför kunde den nationella lagstiftningen även bli granskad i ljuset av den fria rörligheten för kapital.⁶⁷ I den andra domen, *FII Group Litigation*, gjorde EUD liknande observationer som i *ACT Group Litigation*. Då den aktuella lagstiftningen kunde tillämpas på utdelning som lämnats till bolag oavsett omfattningen av innehavet omfattades den likaväl av den fria rörligheten för kapital som av etableringsfriheten.⁶⁸ I båda domarna verkar valet av fördragsfrihet ha komplicerats genom att det rörde sig om flera olika mål i den nationella domstolen. Att både etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital tillämpades kan förklaras med att EUD ansåg att målet omfattade såväl andelsägande med bestämmande inflytande som mindre andelsägande. *FII Group Litigation* ansågs av Cordewener, Kofler och Schindler som en oklar dom vad gäller frågan om vilken fördragsfrihet som skall tillämpas i olika situationer.⁶⁹ Det har även diskuterats att om EUD hade undersökt varje enskilt fall och gjort separata bedömningar hade kanske enbart en av fördragsfriheterna varit tillämplig.⁷⁰

66 Mål C-436/00 *X och Y* p. 37, 65 och 68.

67 Mål C-374/04 *ACT Group Litigation* p. 37-40.

68 Mål C-446/04 *FII Group Litigation* p. 36-38 och p. 80-81.

69 Cordewener, Kofler och Schindler, Free Movement of Capital, Third-Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ, European Taxation 2007 s. 113.

70 Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 22.

4.2.3 Fokus på ändamålet med nationella lagstiftningen

I *Thin Cap Group Litigation* var den nationella lagstiftningen enbart tillämplig på situationer med bestämmande inflytande. Målet rörde underkapitaliseringsregler som krävde en ägarandel på minst 75 procent. EUD tog här inte hänsyn främst till omständigheterna i det specifika målet utan granskade istället den aktuella lagstiftningen. Då den aktuella lagstiftningen avsåg koncerninterna förhållanden hade den ett avgörande inflytande på etableringsfriheten och domstolen slog fast att den skulle prövas mot denna fördragsfrihet.⁷¹ I *Lasertec* var det också fråga om underkapitaliseringsregler men här krävdes en ägarandel på 25 procent för att reglerna skulle bli tillämpliga. Reglerna kunde dock tillämpas även vid mindre andelsinnehav, om delägaren självständigt eller tillsammans med andra utövade ett kontrollerande inflytande över bolaget. EUD konstaterade att för att kunna avgöra vilken fördragsfrihet som den nationella lagstiftningen omfattas av måste ändamålet med den aktuella lagstiftningen beaktas. De aktuella bestämmelserna rörde innehavet av andelar som gav innehavaren möjlighet till bestämmande inflytande över bolaget och ansågs därmed omfattas av fördragets bestämmelser om etableringsfrihet. Domstolen konstaterade vidare att det faktiska innehavet var så stort att det innebar bestämmande inflytande för andelsinnehavaren.⁷² Av målet framgår att både de nationella reglernas syfte och de faktiska förhållandena i det specifika målet är av betydelse vid bedömningen av vilken fördragsfrihet som skall anses vara tillämplig.⁷³ I *Oy AA* följde EUD denna metod för att bestämma tillämplig fördragsfrihet. Domstolen konstaterade inledningsvis att mål rörande ett faktiskt andelsinnehav som ger innehavaren ett bestämmande inflytande skall omfattas av etableringsfriheten, och gick sedan vidare till att bedöma själva lagstiftningen. Den nationella lagstiftningen i målet avsåg koncerninterna förhållanden och skulle därför prövas mot bakgrund av etableringsfriheten.⁷⁴ I *Skatteverket mot A och B* var fråga om svenska löneunderlagsregler vid beskattning av utdelning från fåmansföretag. Reglerna medgav ej beaktande av löner utbetalda till arbetstagare vid bolags filialer i tredje land. EUD menade att sådana regler riskerade hämma etableringen av filialer i tredje land och att reglerna därmed hade en avgörande inverkan på etableringsfriheten. Domstolen uttalade vidare att reglerna i materiellt hänseende enbart omfattades av etableringsfrihetens tillämpningsområde, att reglerna utgjorde en inskränkning av den fria rörligheten för kapital ansågs vara en oundviklig följd av det eventuella hindret för etableringsfriheten. Då etableringsfriheten inte gäller i förhållande till tredje land kunde den dock inte åberopas.⁷⁵

71 Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation* p. 33.

72 Mål C-492/04 *Lasertec* p. 19-23.

73 Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 139 och Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 23.

74 Mål C-231/05 *Oy AA* p.20 och 23.

75 Mål C-102/05 *Skatteverket mot A och B* p. 25-29.

I *Oy AA*, liksom i *FII Group Litigation*, *Thin Cap Group Litigation* och *Lasertec*, ledde granskning av omständigheterna i det faktiska målet och granskning av lagstiftningens ändamål till samma svar och resulterade därmed inte i motstridande resultat i domskälen.⁷⁶ Denna situation uppstod dock i *Holböck*. EUD följde sin nu etablerade praxis och granskade den nationella lagstiftningen och ändamålet med denna. Till skillnad från *Thin Cap Group Litigation* var den nationella lagstiftningen i det här målet inte enbart tillämplig på sådant aktieinnehav som innebar bestämmande inflytande. EUD fastslog att sådan lagstiftning, som är tillämplig oavsett storleken på aktieinnehav, kan prövas mot såväl etableringsfriheten som den fria rörligheten för kapital.⁷⁷ Domstolen ansåg att ingen av fördragsfriheterna kunde anses överordnad den andra och att de kunde tillämpas parallellt. Domen i *Holböck* har tolkats så att den visar att beskattning av stora innehav kan omfattas av den fria rörligheten för kapital, och därmed skulle sådana regler kunna prövas även i förhållande till tredje land.⁷⁸ I det aktuella fallet ägde Holböck två tredjedelar av det relevanta aktiekapitalet och hade därmed bestämmande inflytande, men domstolen valde att inte fästa vikt vid de faktiska omständigheterna vid bedömningen av tillämplig fördragsfrihet. Hade domstolen följt tidigare praxis och sett till de faktiska omständigheterna i målet hade endast etableringsfriheten varit tillämplig.⁷⁹

4.2.4 Senare praxis inte entydig: Skall vikt läggas vid omständigheterna i det specifika målet eller ändamålet med den nationella lagstiftningen?

Vid denna punkt i EUD:s utveckling av praxis verkade rättsläget klart. Den tillämpliga fördragsfriheten skulle vara den som var den dominerande genom att man undersökte om det fanns bestämmande inflytande. Utifrån *Holböck* från maj 2007 kunde bestämmande inflytande bestämmas genom att granska ändamålet med den aktuella nationella lagstiftningen. Nationella regler som inriktades mot specifika situationer skulle endast prövas mot den dominerande fördragsfriheten, medan nationella regler som var mer allmänt hållna kunde prövas mot både fri rörlighet av kapital och etableringsfriheten, detta oavsett om det i specifika målet förelåg bestämmande inflytande eller ej.⁸⁰

76 Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 22-23.

77 Mål C-157/05 *Holböck* p. 23-24.

78 Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 140.

79 Mål C-157/05 *Holböck*, p. 31 och Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 24.

80 Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 24.

I december 2007 föll domen i *Columbus Container*, som rörde tyska skatteregler som var tillämpliga oavsett storlek på aktieinnehav. EUD såg till det specifika fallet och bedömde att etableringsfriheten var tillämplig då bestämmande inflytande förelåg. Domstolen granskade även de nationella reglerna i ljuset av den fria rörligheten för kapital. Den nationella domstolen hade i sina tolkningsfrågor frågat om båda fördragsfriheterna vilket EUD följde i domskälen.⁸¹ Även i efterföljande *Lammers & van Cleeff* bedömde EUD tillämpliga fördragsfriheter med utgångspunkt i den nationella domstolens tolkningsfrågor. Målet handlade om belgiska skatteregler som föreskrev att utbetalad ränta till styrelseledamot i form av belgiskt företag ej var skattepliktig, men samma utbetalning till utländsk styrelseledamot ansågs utgöra utdelning och var därmed skattepliktig. EUD bedömde att den nationella lagstiftningen inledningsvis skulle prövas mot etableringsfriheten. Då etableringsfriheten var tillämplig och de nationella reglerna ansågs utgöra ett hinder bedömde domstolen att det ej var nödvändigt att även pröva reglerna mot den fria rörligheten av kapital.⁸² Varken i *Columbus Container* eller *Lammers & van Cleeff* refererade EUD till *Holböck*. Hade domstolen utgått från *Holböck* i det förstnämnda målet hade den observerat att de nationella reglerna var allmänt hållna och att de därmed skulle prövas mot båda fördragsfriheterna. Visserligen prövades båda friheterna i målet, men detta verkade snarare följa av den nationella domstolens formulering av tolkningsfrågorna^{83, 84}.

I målet *Burda* återgick EUD till att fastställa den dominerande fördragsfriheten. Den konstaterade inledningsvis att det följer av praxis att främst etableringsfriheten är tillämplig på nationell lagstiftning som avser koncerninterna förhållanden. Domstolen fokuserade sedan på omständigheterna i det aktuella målet och konstaterade att etableringsfriheten är tillämplig om ett bolag innehar andel i annat bolag som medför ett bestämmande inflytande. Visserligen var de nationella reglerna tillämpliga oavsett storleken på andelsinnehavet och bedömdes därför av domstolen kunna omfattas av båda fördragsfriheterna, men tvisten i målet vid den nationella domstolen avsåg enbart den inverkan lagstiftningen hade på situationer med bestämmande inflytande vilket resulterade i att enbart etableringsfriheten var tillämplig. Att tillämpningen av den nationella lagstiftningen också riskerade verka inskränkande på den fria rörligheten för kapital ansågs vara en oundviklig följd av ett eventuellt hinder för etableringsfriheten och kunde därför inte

81 Mål C-298/05 *Columbus Container* p. 29-32 och p. 55-56.

82 Mål C-105/07 *Lammers & van Cleeff* p. 15-17 och p. 35.

83 Jämför med domskälen ovan i 15 år äldre målet *Bachman*, där EUD bedömde de fördragsfriheter som den nationella domstolen efterfrågade.

84 Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 24-25.

tillämpas självständigt.⁸⁵ Visserligen lade domstolen inte vikt vid ändamålet med den nationella lagstiftningen i *Burda*, men i *Kommissionen mot Spanien*⁸⁶ och de två målen *Kommissionen mot Italien*⁸⁷ lade EUD åter fokus på den nationella lagstiftningen. Då reglerna i de tre målen var tillämpliga oavsett storlek på andelsinnehav bedömde domstolen att både etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital var tillämpliga.⁸⁸ De tre målen handlade dock enbart om huruvida de nationella reglerna var förenliga med EU-rätten då det rörde sig om fördragsbrottstalan⁸⁹. Fokus låg således på de nationella reglerna och det fanns inga omständigheter i det enskilda fallet att ta hänsyn till.

I *Truck Center* var fråga om nationella regler som inte enbart riktade sig mot andelsinnehav som medförde bestämmande inflytande, men där omständigheterna i det specifika målet innebar ett sådant andelsinnehav. EUD observerade att bestämmande inflytande förelåg i målet och bedömde att den nationella lagstiftningen skulle prövas mot etableringsfriheten. Efter att domstolen kom till slutsatsen att lagstiftningen inte utgjorde en inskränkning av etableringsfriheten bedömde den att detsamma gällde i förhållande till den fria rörligheten för kapital.⁹⁰

I *Persche*, vars dom föll i januari 2009, refererade EUD uttryckligen till *Holböck* och konstaterade att vikt skall läggas vid den nationella lagstiftningen för att bestämma tillämplig fördragsfrihet.⁹¹

Senare samma år kom avgöranden från EUD där domstolen istället återgick till att se till omständigheterna i det specifika fallet. Förenade målen *KBC* handlade om nationella regler som var tillämpliga oavsett storleken på andelsinnehavet. EUD observerade först att ändamålet med den nationella lagstiftningen skulle beaktas vid bestämmande av tillämplig fördragsfrihet. På sådan lagstiftning som är tillämplig oavsett storlek på andelsinnehavet kunde både etableringsfriheten och den fria rörligheten av kapital vara tillämpliga. Domstolen refererade därefter till *FII* och observerade att i den mån det rör sig om bestämmande inflytande är det dock etableringsfriheten som blir tillämplig. För att avgöra om den fria rörligheten av kapital var tillämplig skulle den nationella domstolen se till ändamålet med den nationella lagstiftningen och omständigheterna i det specifika fallet.⁹² I efterföljande *Aberdeen* var fokus också på omständigheterna i det enskilda fallet. EUD konstaterade inledningsvis att den nationella lagstiftningen var tillämplig på andelsinnehav på

85 Mål C-284/06 *Burda* p. 68-75.

86 Mål C-207/07 *Kommissionen mot Spanien*.

87 Mål C-326/07 *Kommissionen mot Italien* och mål C-531/06 *Kommissionen mot Italien*.

88 Mål C-207/07 *Kommissionen mot Spanien* p. 35-36, mål C-326/07 *Kommissionen mot Italien* p. 36 och mål C-531/06 *Kommissionen mot Italien* p. 40.

89 Art. 258 EUF-fördraget.

90 Mål C-282/07 *Truck Center* p. 30 och p. 50-51.

91 Mål C-318/07 *Persche* p. 28. Det skall dock påpekas att frågan om tillämplig fördragsfrihet i målet handlade om fri rörlighet av varor eller fri rörlighet av kapital. Den nationella lagstiftningen berörde heller inte regler om andelsinnehav varför fråga om bestämmande inflytande inte uppkom.

92 Förenade målen C-439/07 och C-499/07 *KBC* p. 67-71.

minst 20 procent, men gick sedan vidare och observerade att i det specifika fallet kunde anses vara fråga om ett andelsinnehav på 100 procent. Med hänvisning till praxis konstaterade domstolen att då bestämmande inflytande föreligger skall etableringsfriheten tillämpas. En eventuell inskränkning i den fria rörligheten för kapital ansågs vara en oundviklig följd på grund av den eventuella inskränkningen i etableringsfriheten och kunde inte motivera en självständig prövning av den förstnämnda fördragsfriheten.⁹³

I *Glaxo* gick dock EUD en annan väg i sina domskäl. Den nationella domstolen frågade bland annat om vilken av etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital som var tillämplig på den nationella lagstiftningen. Lagstiftningen i fråga syftade till att hindra missbruk av det tyska imputationssystemet, och innebar att skattemässiga fördelar enbart kom ifråga då andelar i ett inhemskt företag köptes från en inhemsk säljare men inte om säljaren var hemmahörande i annat land. Fördelen var att den värdenedgång på bolagsandelar som följde av vinstutdelning minskade förvärvarens beskattningsunderlag. De tyska reglerna var tillämpliga oavsett storleken på andelsinnehavet, och omständigheterna i det specifika fallet berörde ett andelsinnehav som medförde bestämmande inflytande för andelsägaren. Hade bedömningen grundats på ändamålet med den nationella lagstiftningen hade båda fördragsfriheterna varit tillämpliga. Men om istället omständigheterna i det specifika fallet fått väga tyngst hade enbart etableringsfriheten varit tillämplig.⁹⁴ EUD nämnde inledningsvis både regler om dominerande fördragsfrihet och bestämmande inflytande med hänvisning till etablerad praxis. Till skillnad från de då nyligen avgjorda målen *KBC* och *Aberdeen* verkade domstolen dock inte lägga någon vikt vid omständigheterna i det specifika fallet. Efter att ha konstaterat att den nationella lagstiftningen var tillämplig oavsett storleken på andelsinnehavet gick domstolen vidare till att bestämma att lagstiftningen omfattades av den fria rörligheten av kapital och att den skulle ges företräde framför etableringsfriheten. Lagstiftningen syftade till att hindra ej i landet hemmahörande andelsinnehavare från att tillgodogöra sig en skattemässig fördel då den skapades direkt genom andelsöverlåtelser, som eventuellt genomfördes med enda syfte att uppnå denna fördel och inte för att utöva fördragets etableringsfrihet. Att lagstiftningen eventuellt utgjorde ett hinder för etableringsfriheten ansågs vara en oundviklig konsekvens av det eventuella hindret för den fria rörligheten för kapital och kunde därför inte prövas självständigt.⁹⁵

Omständigheterna i det specifika fallet fick åter betydelse i *SGI*, vars avgörande kom i januari 2010. Den aktuella lagstiftningen handlade om belgiska korrigeringsregler för oriktig prissättning vid gränsöverskridande transaktioner och möjliggjorde höjning av belgiska bolags resultat i situationer

93 Mål C-303/07 *Aberdeen* p. 31-36.

94 Generaladvokat Bots förslag till avgörande i mål C-182/08 *Glaxo* p.84-85.

95 Mål C-182/08 *Glaxo* p.37, 47 och p. 48-51.

då bolagen beviljat närstående utländska bolag så kallade avvikande eller vederlagsfria förmåner. EUD kunde konstatera att de nationella reglerna var tillämpliga även när bestämmande inflytande saknades och kunde i princip omfattas av både etableringsfriheten och fri rörlighet för kapital. Domstolen gick dock vidare och såg till omständigheterna i fallet vid den nationella domstolen och konstaterade att det förelåg ett sådant andelsinnehav som medförde ett bestämmande inflytande. Baserat på omständigheterna i målet vid den nationella domstolen bedömde därför EUD att reglerna uteslutande skulle prövas mot etableringsfriheten.⁹⁶ I *Idryma Typou* fokuserade dock domstolen enbart på ändamålet med de nationella reglerna och förde ett resonemang om när bestämmande inflytande kunde anses uppnås. Den aktuella lagstiftningen tog sikte på andelsinnehav på högst 25 procent. EUD konstaterade att beroende på hur resten av aktiekapitalet är fördelat kan 25 procent vara tillräckligt för att utöva bestämmande inflytande. Båda fördragsfriheterna bedömdes vara tillämpliga.⁹⁷

I de förenade målen *Haribo Lakritzen* och *Österreichische Salinen* var frågan om tillämplig fördragsfrihet av stor betydelse då tolkningsfrågorna i stor utsträckning gällde utdelningar från tredjeländer. EUD hänvisade till etablerad praxis och att ändamålet med den nationella lagstiftningen var avgörande. Domstolen verkade dock efter detta ändå fästa avgörande vikt vid att det i de aktuella fallen enbart var fråga om sådana små andelar som inte innebar bestämmande inflytande. Därför var enbart den fria rörligheten för kapital tillämplig.⁹⁸ Även i *Scheunemann* var fråga om tredje land, varför val av tillämplig fördragsfrihet var avgörande. Målet handlade om tyska regler som medgav skattelättnader vid arvsbeskattning vid värdering av bolagsandelar under förutsättning att bolaget hade sitt säte inom EU/EES. Sådana skattelättnader gällde inte för bolag med säte i tredje land. EUD fokuserade på ändamålet med den tyska lagstiftningen och uppmärksammade att för att erhålla sådana skattelättnader som var fråga om fanns krav på ett andelsägande på minst 25 procent. Ändamålet med reglerna var att ge arvtagaren till större innehav i bolag incitament att vara delaktig i bolagets verksamhet för att i säkerställa bolagets fortlevnad och bevarande av arbetstillfällen. Domstolen bedömde därför att den aktuella lagstiftningen hade en avgörande inverkan på etableringsfriheten och att en eventuell inskränkning av den fria rörligheten för kapital utgjorde en oundviklig följd av detta och kunde inte motivera en självständig prövning av den sistnämnda fördragsfriheten. Då etableringsfriheten inte gäller i förhållande till tredje land kunde den inte heller tillämpas i målet.⁹⁹

96 Mål C-311/08 *SGI* p. 28-37.

97 Mål C-81/09 *Idryma Typou* p. 47-53.

98 Förenade målen C-436/08 *Haribo Lakritzen* och C-437/08 *Österreichische Salinen* p. 31-38.

99 Mål C-31/11 *Scheunemann* p. 20-34.

I *Accor* såg EUD till ändamålet med den nationella lagstiftningen och bedömde den tillämplig oavsett storlek på andelsinnehav. I målet saknades tillräcklig information för att kunna avgöra om det i det specifika fallet handlade om sådant andelsinnehav som medförde bestämmande inflytande eller ej. EUD bedömde att den nationella lagstiftningen skulle prövas mot båda fördragsfriheterna.¹⁰⁰

I oktober 2012 föll dom i *Kommissionen mot Belgien*. Prövningen gällde belgiska regler som medgav investeringsbolag med hemvist i Belgien mer förmånliga beskattningsregler vid mottagna utdelningar och ränta än investeringsbolag som inte hade hemvist i landet och som inte hade fast driftställe där. Vid bedömningen av tillämplig fördragsfrihet påminde EUD, med hänvisning till bland annat *Holböck*, att beaktande skall ske av föremålet för den aktuella lagstiftningen. Nationell lagstiftning som endast tillämpas på andelsinnehav som ger ett bestämmande inflytande om fattas av etableringsfriheten¹⁰¹, och nationell lagstiftning som är tillämpliga på andelsinnehav som förvärvats uteslutande i placeringssyfte och utan avsikt att något bestämmande inflytande skall bedömas enbart utifrån den fria rörligheten för kapital¹⁰². Domstolen bedömde att de nationella bestämmelserna kunde påverka såväl etableringsfriheten som den fria rörligheten för kapital och skulle därför prövas mot båda friheterna.¹⁰³

4.2.5 FII Group Litigation (2) kastar nytt ljus över tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital

I november 2012 kom avgörandet i *FII Group Litigation (2)*. Förhandsavgörandet rörde brittiska skatteavräkningsregler avseende utdelning. De nationella reglerna hade redan behandlats i 2006 års ovan nämnda dom *FII Group Litigation* och den brittiska domstolens tolkningsfrågor i 2012 års mål gällde främst klagande av vissa punkter i det tidigare avgörandet. En av de frågor som ställdes till EUD var om ett bolag med hemvist i en medlemsstat och som innehar aktier i ett bolag i tredje land, som ger det förstnämnda bolaget bestämmande inflytande, kan åberopa den fria rörligheten för kapital för att ifrågasätta förenligheten med lagstiftningen i sin hemviststat. Den aktuella lagstiftningen rörde beskattning av utdelning från utlandet och var tillämplig även när inte sådant andelsinnehav som medförde bestämmande inflytande över det utdelande bolaget förelåg. EUD hänvisade inledningsvis till etablerad praxis om att se till ändamålet med den nationella

100 Mål C-310/09 *Accor* p. 29-38.

101 Här hänvisade EUD till *FII Group Litigation* och *Idryma Typou*.

102 Här hänvisade EUD till *Accor*, *Haribo* och *Glaxo*.

103 Mål C-387/11 *Kommissionen mot Belgien* p. 33-35. Domstolen förde samma resonemang i mål C-212/09 *Kommissionen mot Portugal*, p. 41-45 och mål C-543/08 *Kommissionen mot Portugal*, p. 39-44.

lagstiftningen vid bestämmande av tillämplig fördragsfrihet. Den aktuella lagstiftningen var som nämnts tillämplig på såväl sådant innehav som innebar bestämmande inflytande som innehav av minoritetsandelar och domstolen ansåg det därför inte möjligt att utifrån ändamålet fastställa vilken fördragsfrihet som lagstiftningen till övervägande del skulle omfattas av. Domstolen gick då vidare till att bedöma omständigheterna i det enskilda fallet och hänvisade till sitt resonemang i 2006 års fall. Men, slog domstolen fast, regler avseende beskattning av utdelning från tredje land vars tillämpning inte är begränsad till situationer med bestämmande inflytande skall omfattas av den fria rörligheten för kapital, oavsett hur stort det faktiska andelsinnehavet i det enskilda fallet faktiskt är. Domstolen påpekade dock att, då etableringsfriheten inte omfattar tredjeländer, denna utsträckning av tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital inte får medföra att näringsidkare som inte omfattas av det territoriella tillämpningsområdet för etableringsfriheten kan dra fördel av den förstnämnda friheten. Den risken ansåg domstolen dock ej föreligga i det aktuella målet då den aktuella lagstiftningen inte avsåg villkor för att brittiska bolag skulle få tillträde till marknaden i tredje land eller för bolag i tredje land att få tillträde till den brittiska marknaden. Den brittiska lagstiftningen berörde endast den skattemässiga behandlingen av utdelning härrörande från investeringar som den utdelningsmottagande genomför i ett bolag med hemvist i tredje land.¹⁰⁴

Hilling och Cejje anser att EUD:s ovanstående bedömning till viss del är i enlighet med domen i *Holböck*, att den fria rörligheten för kapital är tillämplig trots att aktieägandet i det aktuella fallet är så stort att det utgör en etablering i enlighet med etableringsfriheten. De drar vidare slutsatsen att nationell lagstiftning rörande utdelning från tredje land kan prövas mot den fria rörligheten för kapital om lagstiftningen är tillämplig även på situationer där sådant andelsinnehav som medför bestämmande inflytande inte föreligger.¹⁰⁵

4.3 Sammanfattande analys

Det är en utmaning att utifrån denna kronologiska redogörelse av EUD:s praxis finna en röd tråd och tydliga utvecklingstendenser för när etableringsfriheten respektive den fria rörligheten för kapital skall tillämpas. Stor osäkerhet råder, och tydligare praxis har många gånger efterfrågats på detta rättsområde.¹⁰⁶ I och med *FII Group Litigation (2)* har dock rättsläget blivit lite tydligare.

104 Mål C-35/11 *FII Group Litigation (2)* p. 88-104.

105 Cejje och Hilling, Aktuellt om EU-domstolens praxis – direkt beskattning, *Skattenytt* 2013 s. 210-212.

106 Se bland flera andra Englisch, *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, *Intertax* 2010, Smit, *The relationship between the free movement of capital and the other EC freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?* *EC Tax Review* 2007 samt Ståhl, *Free movement of capital between Member States and third countries*, *EC Tax Review* 2004.

Som nämndes i det inledande kapitlet så ansåg ett flertal nationella domstolar under 2008 och 2009 att frågan om tillämplighet för etableringsfriheten och den fria rörligheten var så klar att det inte förelåg ett behov att få förhandsavgörande av EUD i frågan utan kunde avgöras direkt i nationell domstol. Målen vid de nationella domstolarna rörde moderbolag som ägde en sådan andel i dotterbolag att det medförde bestämmande inflytande. De nationella domstolarna kom dock fram till olika slutsatser i dess domar. Här redogörs kort för några illustrativa exempel om de nationella domstolarnas tolkningar av EUD:s praxis: Tyska Bundesfinanzhof refererade till *Holböck* och ansåg därför att om de nationella reglerna i fråga var tillämpliga oavsett storleken på andelsinnehav kunde båda fördragsfriheterna vara tillämpliga.¹⁰⁷ Franska Cour Administrative d'Appel kom till samma slutsats.¹⁰⁸ Holländska Hoge Raad kom dock fram till att enbart etableringsfriheten var tillämplig. Domstolen hänvisade till *Burda* och menade att det var omständigheterna i det enskilda fallet, inte ändamålet med den nationella lagstiftningen som var avgörande vid bestämmande av tillämplig fördragsfrihet. Då det i det aktuella målet rörde sig om sådant andelsägande som medförde bestämmande inflytande var därför enbart etableringsfriheten tillämplig.^{109 110}

Smit anser att man, utifrån EUD:s praxis, kan dra slutsatsen att utgångspunkten för bedömningen av tillämplig fördragsfrihet är ändamålet med den nationella lagstiftningen. Om den nationella lagstiftningen enbart är tillämplig vid sådant andelsägande som ger bestämmande inflytande och som exempelvis rör koncernbidragsregler eller andra rent koncerninterna förhållanden så är enbart etableringsfriheten tillämplig.¹¹¹ Om den nationella lagstiftningen däremot omfattar alla former av andelsägande verkar domstolen till en början anse att båda fördragsfriheterna är tillämpliga.^{112 113}

Om domstolen sedan går vidare och ser till omständigheterna i det enskilda fallet blir enbart den ena fördragsfriheten tillämplig beroende på om det föreligger bestämmande inflytande eller ej.¹¹⁴ I vissa mål fäster domstolen vikt vid omständigheterna i det enskilda fallet men lämnar frågan till den nationella domstolen att avgöra.¹¹⁵ Enligt Smit kunde den fria rörligheten för kapital inte bli aktuell att tillämpa om omständigheterna i det enskilda fallet medförde ett bestämmande inflytande. Enligt honom kunde i och för sig denna ståndpunkt kritiseras med hänvisning till *Holböck* och *FII Group*

107 Bundesfinanzhof. 26 nov. 2008, I R 7/08, Internationales Steuerrecht 7 (2009):244.

108 Cour Administrative d'Appel de Nancy 22 aug. 2008, no. 07NC00783.

109 Hoge Raad 26 sep. 2008. no. 43339. BNB 2009/24.

110 Hemels m fl, Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? EC Tax Review 2010 s. 19-20.

111 Se *X AB och Y AB, Baars, Oy AA* samt *Skatteverket mot A och B*

112 Se *ACT Group Litigation, FII Group Litigation, Holböck, Idyma Typou* och *Accor*.

113 Smit, The relationship between the free movement of capital and the other EC freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, prallelism or causality? EC Tax Review 2007 s. 265-266.

114 Se *Burda, Truck Center, Aberdeen, SGI, Haribo Lakritzen* och *Österreiche Salinen*.

115 Se *X och Y* och *KBC*.

Litigation, men han menade att baserat på äldre mål som exempelvis *Lasertec* samt nyare praxis i form av *Burda*, *KBC*, *Aberdeen* och *Accor* så hade EUD bekräftat rättsläget.¹¹⁶ Englisch var av samma åsikt, och menade att ändamålet med den nationella lagstiftningen fick betydelse främst vid fördragsbrottstalan, där det som bekant inte föreligger några omständigheter i något enskilt fall.^{117 118}

Ovanstående ståndpunkter uttalades dock före domen i *FII Group Litigation (2)*, som istället bekräftade *Holböck*. Även om aktieägandet i det enskilda fallet är så stort att det innebär bestämmande inflytande, och i egentlig mening utgör en etablering enligt etableringsfriheten, kan den fria rörligheten för kapital bli tillämplig.¹¹⁹

116 Smit, EU Freedoms, Non-EU Countries and Company Taxation: An Overview and Future Prospect, EC Tax Review 2012 s. 239.

117 Se *Kommissionen mot Spanien* och *Kommissionen mot Italien*.

118 Englisch, Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms, Intertax 2010, s. 198-199.

119 Cejic och Hilling, Aktuellt om EU-domstolens praxis – direkt beskattning Skattenytt 2013 s. 210-212.

5 Svenska regler om beskattning av utdelning från tredje land

5.1 Inledning

För obegränsat skattskyldiga personer i Sverige kan utdelning vara skattepliktig inkomst. För fysiska personer beskattas utdelningen i inkomstslaget kapital och för juridiska personer beskattas den i inkomstslaget näringsverksamhet.¹²⁰ För juridiska personer finns dock en möjlighet till att ta hem vinstmedel i form av utdelning utan att det får några skattemässiga konsekvenser, dels utdelning på så kallade näringsbetingade andelar och dels enligt de så kallade Lex Asea-reglerna.

Svenska skatteavtal har traditionellt sett haft som syfte att bland annat garantera skattefrihet i Sverige även för utdelningar från utländska dotterbolag till svenska moderbolag. För att lindra kedjebeskattnings även i förhållande till dotterbolag hemmahörande i stater med vilka Sverige inte har slutit skatteavtal så medger den svenska skattelagstiftningen sådan skattefri utdelning även från dessa bolag. Även kapitalvinst vid avyttring av näringsbetingade andelar är numera skattefri.¹²¹

Numera kräver således inte de svenska reglerna att det utländska dotterbolaget skall ha varit föremål för någon minimibeskattnings för att skattefri utdelning skall medges. Istället har den svenska CFC-lagstiftningen skärpts för att motverka att lågbeskattade vinstmedel kan tas hem skattefritt till Sverige. Enligt den svenska CFC-lagstiftningen kan en delägare i en utländsk juridisk person med lågbeskattade inkomster under vissa förutsättningar vara skattskyldig i Sverige för så stor andel av den utländska personens överskott som motsvarar delägarandelen av kapitalet i den utländska personen. Syftet med den nämnda lagstiftningen är att förhindra internationell skatteplanering och skattflykt.^{122 123}

Utdelningar i form av andelar i dotterbolag kan under vissa förutsättningar vara skattefria. De så kallade Lex Asea-reglerna i IL reglerar sådan utdelning. Tidigare gällde dessa regler enbart utdelningar från svenska bolag, men som en anpassning till EU-rätten har de utvidgats och gäller nu även utdelningar från bolag inom EES.¹²⁴ Att reglerna utgör ett hinder mot den fria rörligheten då de

120 42:1 och 15:1 IL.

121 Dahlberg, Internationell beskattning s. 123-129 och Lodin m fl Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, s. 622.

122 Se kap. 39 a IL. CFC-reglerna kommer dock ej att behandlas vidare här då de enbart är tillämpliga på situationer där det föreligger bestämmande inflytande, vilket inte primärt omfattas av den fria rörligheten av kapital.

123 Dahlberg, Internationell beskattning s. 185, 190-191.

124 Ståhl m fl, EU Skatterätt s. 144-145.

inte i motsvarande mån gäller i förhållande till länder utanför EES kan enligt EUD rättfärdigas med hänsyn till behovet av effektiv skattekontroll.¹²⁵

5.2 Beskattning av utdelning på näringsbetingade andelar

Bestämmelserna om utdelning av näringsbetingade andelar återfinns i 24 kap. 12-22 §§ IL. Det är endast utdelning från näringsbetingade andelar som är skattefria, och definitionen av näringsbetingad andel återfinns i 13, 14 och 16 §§.

Det första kravet ställs på det ägande företaget. Enligt 13 § skall den näringsbetingade andelen ägas av en juridisk person som är:

- ett svenskt aktiebolag eller en svensk ekonomisk förening som inte är ett investmentföretag,
- en svensk stiftelse eller svensk ideell förening som inte omfattas av bestämmelserna om undantag från skattskyldighet i 7 kap. IL,
- en svensk sparbank,
- ett svenskt ömsesidigt försäkringsbolag, eller
- ett utländskt bolag som hör hemma i en stat inom EES och som motsvarar något sådant svenskt företag som avses i de fyra föregående punkterna.

Det andra kravet ställs på den andel från vilken den aktuella utdelningen härrör. Enligt 14 § skall andelen utgöra en kapitaltillgång samt uppfylla någon av följande förutsättningar:

- andelen är inte marknadsnoterad,
- det sammanlagda röstetalet för ägarföretagets samtliga andelar i det ägda företaget motsvarar minst tio procent av röstetalet för samtliga andelar i företaget,
- innehavet av andelen betingas av en rörelse som bedrivs av ägarföretaget eller av ett företag som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå det nära.

Utdelning på marknadsnoterade andelar skall enligt 20-22 §§ dock beskattas om andelarna avyttras eller upphör att vara näringsbetingade inom ett år. De två första förutsättningarna i 14 § ger skattefrihet oberoende av om innehavet är betingat av företagets verksamhet eller ej, då det presumeras finnas ett samband med företagets verksamhet vid innehav av andelar i onoterade

¹²⁵ Se ovan i 3.4. Mål C-101/05 *Skatteverket mot A*.

företag och vid större innehav av marknadsnoterade andelar. För mindre innehav av marknadsnoterade andelar kan denna presumtion inte anses vara automatiskt uppfylld, och det fordras därför att det kan göras sannolikt att innehavet i det noterade företaget betingas av verksamheten. Ett sådant betingande kan exempelvis föreligga om innehavet är nödvändigt för att säkerställa tillförsel av råvaror för företaget eller utgör ett led i samordningen av verksamheten.¹²⁶

16 § utgör implementering av moder/dotterbolagsdirektivet¹²⁷ och rör dels kravet på andelsinnehav om det gäller en andel i företag hemmahörande i en annan medlemsstat, dels en bestämning av vad som skall avses med ett utländskt företag om det är hemmahörande i en annan medlemsstat. Även 17a § är kopplad till moder/dotterbolagsdirektivet och rör andelar i så kallade skattemässigt transparenta företag, från vilka utdelningar har fått speciella förutsättningar för att bli skattefria.

Den näringsbetingade andelen avser enligt första delen i 13 § en ”andel i ett aktiebolag eller en ekonomisk förening”, vilket öppnar för att även utländska motsvarigheter omfattas.¹²⁸ Under perioden 2004-2009 provade Skatterättsnämnden omkring 25 ärenden där frågan var om utländskt bolag motsvarar ett svenskt aktiebolag, och i samtliga ärenden fann Skatterättsnämnden att så var fallet. Alla de utländska associationerna hade i princip varit föremål för inkomstbeskattning i sin hemstat och ett gemensamt drag för många var att deras ägare, liksom svenska aktiebolags ägare, hade ett begränsat ansvar.

Av 17 § framgår att rättsföljden om de ovanstående kraven är uppfyllda blir att utdelning på en näringsbetingad andel inte skall tas upp till beskattning.¹²⁹

5.3 Sammanfattning

De svenska reglerna om utdelning på näringsbetingade andelar gör ingen skattemässig skillnad i behandlingen av utdelning från svenska bolag, bolag hemmahörande i annan medlemsstat inom EU och bolag hemmahörande i tredje land. Det som kan försvåra för bolag i tredje land är att dess associationsform skall utgöra en motsvarighet till ett svenskt aktiebolag. Utifrån ovan nämnd praxis från Skatterättsnämnden torde detta dock inte utgöra ett stort hinder för dessa bolag.

126Lodin m fl Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, s. 415-417.

127 Direktiv 90/435/EEG om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater.

128 Enligt 2:2 IL omfattar de termer och uttryck som används även motsvarande utländska företeelser om det inte anges eller framgår av sammanhanget att bara svenska företeelser avses.

129 Dahlberg, Internationell beskattning s. 123-126.

6 Slutsatser

I uppsatsen har redogjorts för delar av den omfattande praxis som finns vad gäller tillämpligheten för den fria rörligheten för kapital samt gränsdragningen för nämnda frihet i förhållande till fördragets bestämmelser om etableringsfrihet på skatterättens område. I detta kapitel görs ett försök till att sammanföra ovan beskrivna resonemang och göra en analys av det som behandlats i den deskriptiva delen.

Gränsdragningen mellan etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital är av underordnad betydelse i mål som rör situationer inom EU. Detta faktum kan förklara varför EUD i flera av de mål som redogjorts för här har funnit att båda fördragsfriheterna vara tillämpliga. I andra mål har den ena fördragsfriheten befunnits tillämplig och därigenom har domstolen inte funnit det nödvändigt att gå vidare för att utröna om även den andra fördragsfriheten är tillämplig. I mål som rör situationer inom EU tillämpas de båda fördragsfriheterna på i stort sett samma vis, så vilken fördragsfrihet som bestäms vara tillämplig har därför ingen större betydelse i det enskilda målet. Tillämplig fördragsfrihet är dock av stor principiell betydelse då det kan spela avgörande roll i situationer som rör tredje land. EUD bör därför vara konsekvent i sin praxis, oavsett om det gäller unionsinterna mål eller mål gällande rörlighet över unionens yttre gränser.

EUD:s praxis på detta område kan med all säkerhet sägas vara otydligt. Trots att den redogjorda praxis från domstolen sträcker sig över en relativt lång tidsperiod är det svårt att finna utvecklingstendenser som leder till mer klarhet i tillämpningsfrågan. Det går att finna att domstolen under några år fram till år 2006 tenderade till att fokusera på omständigheterna i det specifika fallet, för att sedan under en period lägga vikt vid ändamålet med den nationella lagstiftningen vid bestämmande av tillämplig fördragsfrihet. Efter *Holböck* år 2007 trodde många att rättsläget var klarlagt, men efterföljande praxis under flera år visade att så inte var fallet. Det är svårt att finna något mönster i när domstolen fokuserar på lagstiftningen, respektive omständigheterna i det enskilda fallet. Osäkerheten kring frågan var stor och klagande från domstolen efterfrågades av många författare på området. I och med *FII Group Litigation (2)* synes EUD äntligen leverera detta klagande. Formuleringen i domskälen är en tydlig markering om hur den fria rörligheten för kapital är tillämplig på regler om beskattning av utdelning från tredje land som inte är begränsad till sådant innehav som medför bestämmande inflytande, trots att andelsägandet i det enskilda fallet medför bestämmande inflytande i ett bolag. Fokus på omständigheterna i det enskilda fallet torde därför, åtminstone vad gäller mål som rör tredje land, delvis ha spelat ut sin roll. Betydelsen av ändamålet med den nationella lagstiftningen bör därför väga tyngre vid bedömning av tillämplig

fördragsfrihet, enligt min mening. Att fokusera på omständigheterna i det enskilda målet leder till mindre förutsebarhet för medlemsstaterna och för enskilda personer, och EUD:s praxis blir inkonsekvent. Att istället fokusera på ändamålet med den nationella lagstiftningen kan i längden även leda till en viss harmonisering av medlemsstaternas skattesystem.

Fri rörlighet av kapital kan således tillämpas även på enskilda fall där så stort andelsägande som medför bestämmande inflytande i bolag i tredje land föreligger. Fördragsfriheten kan alltså i vissa fall även skydda direktinvesteringar i tredje land mot hindrande nationella bestämmelser. Om fokus istället hade legat på omständigheterna i det enskilda fallet hade förmodligen ett sådant skydd för direktinvesteringar inte varit möjligt, då etableringsfriheten hade varit dominerande i sak men inte tillämplig i förhållande till tredje land. Att bestämmelserna om etableringsfrihet skulle ”slå ut” skyddet för direktinvesteringar i tredje land kan knappast ha varit syftet med fördragets bestämmelser om den fria rörligheten, så därför tror jag att domstolens klargörande är i linje med den bakomliggande tanken med fördragsfriheterna. Att möjliggöra större investeringar än portföljinvesteringar till och från tredje land torde även verka gynnsamt för Europas ekonomi.

FII Group Litigation (2) har kastat nytt ljus över tillämpningen av den fria rörligheten för kapital, men vad kan detta få för konsekvenser för medlemsstaternas skattelagstiftningar? Regler rörande utdelningsbeskattning som är tillämpliga oavsett storleken på andelsinnehavet bör vara neutral även i förhållande till tredje land. Sverige har redan sådana neutrala regler i form av reglerna om utdelning på näringsbetingade andelar. I vissa fall med sådant andelsinnehav som medför bestämmande inflytande kan istället den svenska CFC-lagstiftningen bli tillämplig, vilket inte bör leda till några problem i förhållande till den fria rörligheten för kapital då dessa regler enbart är tillämpliga vid innehav som ger bestämmande inflytande. De svenska Lex Asea-reglerna har redan prövats av EUD och befanns visserligen strida mot den fria rörligheten för kapital, men kunde rättfärdigas med hänvisning till behovet av effektiv skattekontroll. Andra medlemsstater bör se över sin skattelagstiftning rörande utdelningsbeskattning och neutralisera den i förhållande till tredje land. Begränsande regler, som exempelvis den svenska CFC-lagstiftningen, bör dock inte strida mot den fria rörligheten för kapital om den enbart tar sikte på sådant andelsägande som medför bestämmande inflytande.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Direktiv

Rådets direktiv 77/799/EEG av den 19 december 1977 om ömsesidigt bistånd av medlemsstaternas behöriga myndigheter på direktbeskattningens område

Rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget

Rådets direktiv 90/435/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater

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

Rådets direktiv 2009/133/EG av den 19 oktober 2009 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, partiell fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater samt om flyttning av ett europabolags eller en europeisk kooperativ förenings säte från en medlemsstat till en annan

Rådets direktiv 2011/16/EU av den 15 februari 2011 om administrativt samarbete i fråga om beskattning och om upphävande av direktiv 77/799/EEG

Rådets direktiv 2011/96/EU av den 30 november 2011 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater

Litteratur m.m.

Litteratur

Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 3 uppl., Oxford University Press, New York, 2010

Dahlberg, Mattias, *Internationell Beskattning*, 3 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2012

Hilling, Maria, *Free Movement and Tax Treaties in the Internal Market*, Iustus, Uppsala, 2005

Lodin, Sven-Olof m. fl., *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt*, 13 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

Ståhl, Kristina m. fl., *EU Skatterätt*, 3 uppl., Iustus, Uppsala, 2011

Artiklar

Cejje, Katia och Hilling, Maria, *Aktuellt om EU-domstolens praxis – direkt beskattning*, Skattenytt, 2013 s. 210-214

Cordewener, Axel m. fl., *Free Movement of Capital, Third-Country Relationships and National Tax Law: An Emerging Issue before the ECJ*, European Taxation, 2007, s. 107-119

Englisch, Joachim, *Taxation of Cross-Border Dividends and EC Fundamental Freedoms*, Intertax, 2010, s. 197-221

Hemels, Sigrid m. fl., *Freedom of Establishment or Free Movement of Capital: Is There an Order of Priority? Conflicting Visions of National Courts and the ECJ*, EC Tax Review, 2010, s. 19-31

Nijkeuter, Erwin, *Exchange of Information and the Free Movement of Capital between Member States and Third Countries*, EC Tax Review, 2011, s. 232-241

Panayi, Christiana HJI, *The Fundamental Freedoms and Third Countries: Recent Perspectives*, European Taxation, 2008, s. 571-582

Smit, Daniël S, *The relationship between the free movement of capital and the other EC freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?*, EC Tax Review, 2007, s. 252-267

Smit, Daniël S, *Non-EU Countries and Company Taxation: An Overview and Future Prospect*, EC Tax Review, 2012, s. 233-247

Ståhl, Kristina, *Free movement of capital between Member States and third countries*, EC Tax Review, 2004, s. 47-56

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

203/80 *Casati*
283/81 *CILFIT*
270/83 *avoir fiscal*
81/87 *Daily Mail*
C-204/90 *Bachman*
C-55/94 *Gebhard*
C-163/94, C-165/94 och C-250/94 *Sanz de Lera*
C-250/95 *Futura*
C-222/97 *Manfred Trummer and Peter Mayer*
C-302/97 *Konle*
C-307/97 *Saint-Gobain*
C-35/98 *Verkooijen*
C-200/98 *X AB och Y AB*
C-251/98 *Baars*
C-268/99 *Jany*
C-279/00 *Commission v Italian Republic*
C-208/00 *Überseering*
C-436/00 *X och Y*
C-319/02 *Manninen*
C-512/03 *Blanckaert*
C-196/04 *Cadbury Schweppes*
C-265/04 *Bouanich*
C-374/04 *ACT Group Litigation*
C-446/04 *FII Group Litigation*
C-452/04 *Fidium Finanz*
C-492/04 *Lasertec*
C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*
C-101/05 *Skatteverket mot A*
C-102/05 *Skatteverket mot A och B*
C-157/05 *Holböck*
C-231/05 *Oy AA*
C-298/05 *Columbus Container*
C-194/06 *Orange European Smallcap Fund*
C-256/06 *Jäger*
C-284/06 *Burda*
C-414/06 *Lidl*
C-531/06 *Kommissionen mot Italien*
C-11/07 *Eckalkamp*
C-43/07 *Arens-Sikken*
C-105/07 *Lammers & van Cleeff*
C-207/07 *Kommissionen mot Spanien.*
C-282/07 *Truck Center*
C-303/07 *Aberdeen*
C-318/07 *Persche*
C-326/07 *Kommissionen mot Italien*

C-439/07 och C-499/07 *KBC*
C-540/07 *Kommissionen mot Italien*
C-182/08 *Glaxo*
C-311/08 *SIG*
C-337/08 *X Holding*
C-436/08 *Haribo Lakritzen* och C-437/08 *Österreichische Salinen*
C-543/08 *Kommissionen mot Portugal*
C-81/09 *Idryma Typou*
C-212/09 *Kommissionen mot Portugal*
C-310/09 *Accor*
C-31/11 *Scheunemann*
C-35/11 *FII Group Litigation (2)*
C-387/11 *Kommissionen mot Belgien*

Förslag till avgörande

Generaladvokat Bots förslag till avgörande i mål C-182/08 *Glaxo*

Rättsfall från utlandet

Avgörandet från franska Cour Administrative d'Appel de Nancy den 22 augusti 2008, nr. 07NC00783

Avgörandet från holländska Hoge Raad den 26 september 2008, nr. 43339. BNB 2009/24

Avgörandet från tyska Bundesfinanzhof den 26 november 2008, I R 7/08, *Internationales Steuerrecht* 7 (2009):244