



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Viktor Friberg

Företagsskattekommitténs slutbetänkande
(SOU 2014:40) i ljuset av EU-rätten
– En analys med fokus på utjämning av finansnetton inom
koncerner och avdragsbegränsningar för valutakursförluster

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Christina Moëll

Termin för examen: period 1 HT2015

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRORD | 3 |
| FÖRKORTNINGAR | 4 |
| 1 INLEDNING | 5 |
| 1.1 Problembakgrund | 5 |
| 1.2 Syfte och frågeställning | 6 |
| 1.3 Metod och material | 6 |
| 1.4 Forskningsläge | 8 |
| 1.5 Avgränsning | 9 |
| 1.6 Disposition | 9 |
| 2 FÖRETAGSSKATTEKOMMITTÉNS SLUTBETÄNKANDE | 10 |
| 2.1 Uppdragets utformning och utgångspunkter | 10 |
| 2.2 Företagsskattekommitténs förslag | 11 |
| 2.3 Huvudförslaget | 11 |
| 2.3.1 Modellens första del | 11 |
| 2.3.2 Modellens andra del | 12 |
| 2.4 Alternativförslaget | 12 |
| 2.5 Avdragsbegränsningsregler för valutakursförluster | 13 |
| 2.6 Utjämning av finansnetton inom koncerner | 13 |
| 3 EU-RÄTT | 15 |
| 3.1 Fördraget om europeiska unionens funktionssätt | 15 |
| 3.2 Diskrimineringsanalys | 15 |
| 3.3 Omfattas aktiviteten av någon fördragsfrihet? | 16 |
| 3.4 Föreligger det ett hinder för den fria rörligheten? | 16 |
| 3.5 Rättfärdigandegrunder | 18 |
| 3.5.1 Rättfärdigandegrunder enligt FEUF | 18 |
| 3.5.2 Rättfärdigandegrunder enligt rule of reason-doktrinen | 18 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 3.5.3 | Den skatterättsliga territorialitetsprincipen | 19 |
| 3.5.4 | Behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten | 24 |
| 3.5.5 | Risken att förluster beaktas två gånger | 26 |
| 3.5.6 | Skattesystemets inre sammanhang | 26 |
| 3.6 | Proportionalitetsbedömning | 27 |
| 4 | AVDRAGSBEGRÄNSNINGSGREGLER FÖR VALUTAKURSFÖRLUSTER | 29 |
| 4.1 | Utnyttjande av fördragsfrihet | 29 |
| 4.1.1 | Deutsche Shell | 29 |
| 4.1.2 | RÅ 2009 ref. 33 | 31 |
| 4.2 | Hindersprövning | 32 |
| 4.3 | Rättfärdigandegrunder och proportionalitetsbedömning | 35 |
| 4.3.1 | Behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten | 36 |
| 4.3.2 | Skattesystemets inre sammanhang | 37 |
| 5 | UTJÄMNING AV FINANSNETTON INOM KONCERNER | 38 |
| 5.1 | Utnyttjande av fördragsfrihet | 38 |
| 5.2 | Hindersprövning | 38 |
| 5.3 | Rättfärdigandegrunder och proportionalitetsbedömning | 40 |
| 5.3.1 | Den skatterättsliga territorialitetsprincipen | 42 |
| 5.3.2 | Behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten | 43 |
| 5.3.3 | Risken att förluster beaktas två gånger | 44 |
| 5.3.4 | Proportionalitetsbedömning | 44 |
| 6 | SAMMANFATTANDE ANALYS | 47 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 49 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 52 |

Summary

The main proposal for a new corporate tax system presented by the Swedish Committee on Corporate Taxation is complex. Certain aspects of the proposal might be violating the free movement stipulated in TFEU. In this thesis two of the said aspects are examined, namely the rules concerning *limitations of the deduction for currency losses* and *offsetting net income within concerns*.

According to settled case-law, the ECJ applies three steps when deciding if a national income tax provision is compatible with the free movement. In a first step the court determines whether the taxpayer has exercised a freedom stipulated in the TFEU. The court then asks if the national rule constitutes an obstacle to the freedom concerned. If so it subsequently considers if the obstacle can be justified and if it would stand up to the proportionality test.

As regards currency losses, it is suggested that they should be considered a financial cost. As such they are not subject to the general provision in Ch. 16 section 1 of the Swedish Income Tax Act (IL), stating that expenses to acquire or retain income shall be deductible. Hence, companies with a negative net interest are not allowed to deduct expenses arising from the impact of currency exchange rates.

Furthermore, the committee suggest that companies should be able to offset net income within a concern, provided that they are allowed to give group contributions according to the provisions in Ch. 35 IL. The proposed rules, however, only apply to entities liable for tax in Sweden. Companies may therefore be deterred from setting up subsidiaries in other Member States. Due to the cross-border nature of the rules concerned, they have to be in accordance with the freedom of establishment.

This thesis demonstrates that the provisions concerning limitations of the deduction for currency losses, might constitute an obstacle to the exercise of free movement, depending on how the *Deutsche Shell* case is interpreted. The obstacle can probably not be justified and should thus be considered incompatible with the free movement. Similarly, it is likely that the rules regarding offsetting net income within concerns constitute an obstacle. The prospects of justifying these rules are, however, greater and they will also be likely to pass the proportionality test.

Sammanfattning

Huvudförslaget i företagsskattekommitténs slutbetänkande är komplext och innehåller inte minst vissa, ur EU-rättslig synpunkt, problematiska aspekter. I föreliggande framställning analyseras två av dessa aspekter; dels reglerna beträffande *avdragsbegränsningar för valutakursförluster*, dels reglerna om *utjämning av finansnetton inom koncerner*.

EUD:s praxis visar att prövningen av en nationell inkomstskatteregel sker i tre steg. I ett första steg fastställs det huruvida den skattskyldige har utövat en fördragsskyddad rättighet. Därefter bedöms det om den nationella regeln utgör ett hinder för den fria rörligheten. Om så anses vara fallet prövas det om regeln kan rättfärdigas mot bakgrund av någon rättfärdigande grund och proportionalitetsbedömningen.

Kommittén föreslår att valutakursförluster ska utgöra en finansiell kostnad och att den i egenskap härav inte omfattas av den generella avdragsrätten i 16 kap. 1 § IL. Bolag med ett negativt finansnetto medges följaktligen inte avdrag för valutakursförluster, om möjlighet till koncernintern kvittning saknas. Praxis från EUD klargör att nämnda förluster är gränsöverskridande till sin natur. Därmed ska de svenska reglerna prövas mot antingen den fria rörligheten för kapital eller etableringsfriheten.

Vidare föreslås bolag med ett positivt finansnetto kunna göra avdrag för ett annat bolags negativa finansnetto inom samma koncern, förutsatt att de med avdragsrätt kan ge koncernbidrag till varandra enligt 35 kap. IL. Reglerna ska endast gälla den del av koncernen som beskattas i Sverige, vilket får till effekt att moderbolag riskerar att avhållas från att placera sina dotterbolag i andra medlemsstater. Med hänsyn till reglernas gränsöverskridande karaktär aktualiseras etableringsfriheten.

Sammanfattningsvis visar uppsatsen att reglerna om avdrag för valutakursförluster, beroende på hur avgörandet i *Deutsche Shell* tolkas, utgör ett hinder för den fria rörligheten. Det är antagligen inte möjligt att rättfärdiga hindret, varför reglerna får anses vara oförenliga med den fria rörligheten. Likaledes är det troligt att även reglerna om utjämning av finansnetton inom koncerner utgör ett hinder för den fria rörligheten. Här borde det dock vara möjligt att rättfärdiga hindret med hänvisning till risken att förluster beaktas två gånger och behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten. Reglerna torde, mot bakgrund av EUD:s praxis, inte vara oproportionerliga.

Förord

Med denna uppsats sätter jag punkt för min tid på juristprogrammet. Jag vill tacka min familj och mina vänner för deras stöd och uppmuntran. Tack riktas även till min flickvän som åtog sig uppgiften att, inte utan tidspress, korrekturläsa uppsatsen. Ett särskilt tack riktas till min handledare, Christina Moëll, som bistått med goda råd och varit mig behjälplig under resans gång.

Viktor Friberg, 2015

Förkortningar

| | |
|----------------|--|
| EBIT | Earnings Before Interest and Taxes |
| EBIT/DA | Earnings Before Interest, Taxes, depreciation and amortization |
| ECJ | European Court of Justice |
| EU | Europeiska unionen |
| EUD | Europeiska unionens domstol |
| EUF | Fördraget om europeiska unionen |
| FEUF | Fördraget om europeiska unionens funktionssätt |
| HFD | Högsta förvaltningsdomstolen |
| IL | Inkomstskattelagen (1999:1229) |
| OECD | Organization for Economic Cooperation and Development |
| Prop. | Proposition |
| RÅ | Regeringsrättens årsbok |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| TFEU | Treaty on the Functioning of the European Union |

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Den 13 januari 2011 beslutade regeringen att ge Företagsskattekommittén (hädanefter benämnd ”kommittén”) i uppdrag att se över beskattningen av bolag. Syftet angavs vara att utforma beskattningen på ett sådant sätt att företagande, investeringar och sysselsättning gynnades. Som en del av uppdraget skulle kommittén även genomföra en översyn av reglerna om underprisöverlåtelser, koncernbidrag samt ge förslag till lagstiftning om källskatt på räntebetalningar till utlandet.¹ Den svenska bolagsskattebasen skulle värnas, samtidigt som reglerna inte fick riskera att bryta mot EU-rätten.²

Den 12 juni 2014 inkom kommittén med sitt slutbetänkande ”*Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet*” (SOU 2014:40) till regeringen. Betänkandet utgjordes huvudsakligen av två delar; dels det s.k. *huvudförslaget*, dels det s.k. *alternativa förslaget* eller *alternativförslaget*. I huvudförslaget slopades avdragsrätten för negativt finansnetto, det vill säga för den del av kostnaderna som översteg de finansiella intäkterna. Därutöver föreslogs det att ett s.k. schablonmässigt *finansieringsavdrag* om 25 procent av bolagets skattemässiga resultat skulle införas. Sammantaget innebar huvudförslaget en sänkning av bolagsskattesatsen med 16,5 procent. I alternativförslaget föreslogs bolagsskattesatsen sänkas till 18,5 procent, och gällande avdragsrätten för negativa finansnetton föreslogs en begränsning till den del de översteg översteg 20 procent av EBIT³. Kommittén föreslog vidare, i alternativförslaget, att de nuvarande reglerna om begränsningar i avdragsrätten för räntor skulle lämnas oförändrade.⁴

Betänkandet skickades sedermera ut på remiss till 98 remissinstanser, varav majoriteten inkom med synpunkter. Därutöver valde ytterligare 67 instanser att, på eget initiativ, ge sina synpunkter på förslagen. Sammantaget utsattes förslaget för omfattande kritik, samtidigt som merparten av instanserna dock underströk det stora behovet av en översyn av den svenska beskattningen av

¹ SOU 2014:40, s. 57 och Dir. 2011:1 s. 1.

² SOU 2014:40, s. 53.

³ EBIT (Earnings Before Interest and Taxes) är ett företagsekonomiskt mått som används för att mäta bolags resultat före räntor och skatt.

⁴ SOU 2014:40, s. 24– 25.

bolag.⁵ Flera instanser ansåg att betänkandet innehöll brister med avseende på konsekvensutredningen av förslagets förenlighet med EU-rätten.⁶

I budgetpropositionen för 2016, som utkom den 15 september 2015, anförde den nuvarande regeringen att den avser att ta fram ett omarbetat förslag som baserar sig på alternativförslaget i kommitténs betänkande.⁷ Något sådant har emellertid inte presenterats än och huvudförslaget får därför fortfarande anses vara aktuellt.

1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen syftar till att analysera huvudförslagets förenlighet med EU-rättens krav på fri rörlighet, i de delar det rör *utjämning av finansnetton inom koncerner* samt *avdragsbegränsningar för valutakursförluster*. För att uppnå syftet har följande frågeställning valts:

- Hur står sig de föreslagna reglerna om utjämning av finansnetton inom koncerner och avdragsbegränsning för valutakursförluster vid en prövning av om det föreligger ett hinder för den fria rörligheten?
- För det fall att bedömningen resulterar i att reglerna utgör ett hinder för den fria rörligheten, vilka utsikter finns då att rättfärdiga desamma mot bakgrund av rättfärdigandegrunderna och proportionalitetsbedömningen?

1.3 Metod och material

I uppsatsen analyseras huvudförslaget i ett EU-rättsligt sammanhang utifrån ett kritiskt perspektiv. Uppsatsen tar sin utgångspunkt i den rättsdogmatiska metoden enligt vilken gällande rätt fastställs utifrån rättskällor som värderas i enlighet med rättskällehierarkin. För svensk rätts vidkommande värderas rättskällorna i ordningen; lagtext, förarbeten, rättsfall och doktrin. Såväl rättskälleläran som rättskällorna kan emellertid variera beroende på vilket rättsområde som avses.⁸

Med hänsyn till att kommitténs förslag i föreliggande uppsats behandlas i ett EU-rättsligt sammanhang, finns det anledning att komplettera den klassiska

⁵ Prop. 2015/16:1, s. 51 och Lundqvist, J. m.fl., s. 32 f.

⁶ Se bl.a. Uppsala universitets och Svenskt näringslivs remissvar.

⁷ Prop. 2015/16:1, s. 51

⁸ Bernitz m.fl., s. 31–32.

svenska rättsdogmatiska metoden med en EU-rättslig metod. Detta innebär bland annat att rättskällehierarkin blir en annan. Inom EU-rätten rangordnas rättskällorna i följande ordning; skriven rätt, allmänna rättsprinciper, EUD:s praxis, andra rättsordningar och doktrin.⁹

Framställningen baserar sig på den fria rörligheten så som den kommer till uttryck i FEUF. Vid tolkningen av EU-rättsliga bestämmelser fästs liten vikt vid förarbeten. Istället används vanligen någon allmänt tillämplig regel eller princip som sedan tillämpas och utvecklas i det enskilda fallet.¹⁰ Domstolens praxis är således under ständig utveckling, även om EUD ofta följer sina tidigare avgöranden. Om domstolen i senare mål upprepar sina ställningstaganden, får de anses ha särskilt högt rättskällevärde.¹¹

En annan skillnad gentemot den svenska rättsdogmatiska metoden är att det i EU-rätten vanligen används fyra tolkningsmetoder, nämligen; kontextuell, textuell, historisk och teleologisk tolkning.¹² Den teleologiska metoden, som anses vara EUD:s huvudmetod, går ut på att en bestämmelse tolkas utifrån dess syfte och ändamål. Övriga metoder används främst för att utröna vad en viss bestämmelse har för ändamål. Om ett sådant inte går att finna, är det dock inte ovanligt att EUD nöjer sig med att endast tillämpa någon av de andra metoderna.¹³

I fråga om material utgörs uppsatsen främst av de ovannämnda EU-rättsliga rättskällorna fördrag, direktiv, praxis från EUD och EU-rättslig doktrin. En betydande del av materialet består härvid av EUD:s praxis, vilket delvis kan tillskrivas det faktum att det råder begränsad harmonisering på den direkta beskattningsrättens område. Urvalet har gjorts med ambitionen att få en så uppdaterad och relevant bild av rättsläget som möjligt. Målen *Deutsche Shell*¹⁴ och *Marks & Spencer*¹⁵ är av särskilt intresse för uppsatsens syfte och tillägnas därför stort utrymme. Vidare behandlas det svenska rättsfallet, *RÅ 2009 ref. 33*. Anledningen härtill är att målet hänvisas till av kommittén, samt att det på ett bra sätt illustrerar HFD:s syn på valutakursförlustavdrag i ljuset av *Deutsche Shell*.

För att avgöra målens prejudikatvärde har det bland annat beaktats faktorer såsom hur många ledamöter som deltagit i avgörandet, där ett stort antal ger

⁹ Strömholm, s. 66.

¹⁰ Hettne & Otken Eriksson, s. 113– 114 och 49– 50.

¹¹ Bernitz m.fl., s. 68– 69.

¹² Ståhl m.fl., s. 41.

¹³ Ståhl m.fl., s. 47– 48.

¹⁴ Mål C-446/03 *Marks & Spencer*.

¹⁵ Mål C-293/06 *Deutsche Shell*.

en indikation om att avgörandet ska tillmätas stor betydelse.¹⁶ Därutöver har hänsyn även tagits till om samma ställningstagande återkommit i flera mål, vilket som bekant tyder på ett högt prejudikatvärde. I uppsatsen hänvisas det vid något tillfälle till generaladvokatens förslag till avgörande. Dessa har inte något rättskällevärde, men kan likväl användas som vägledning för att förstå EUD:s resonemang.¹⁷ Vidare studeras, av naturliga skäl, kommitténs slutbetänkande ”*Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet*” (SOU 2014:40). Nämnda förarbete utgör själva grundstommen i uppsatsen.

Den EU-rättsliga doktrinen behandlas i syfte att erhålla en övergripande och nyanserad bild av olika tendenser i EUD:s praxis. Till grund för uppsatsen ligger såväl engelsk- som svenskspråkig litteratur i form av läroböcker och tidskriftsartiklar. De läroböcker som används mest frekvent i uppsatsen är; *EU-skatte rätt*, *Internationell beskattning* och *European Tax Law*. Artiklar har huvudsakligen inhämtats från *European Taxation*, *EC Tax Review*, *Svensk skattetidning* och *Skattenytt*. Uttalandenas rättsvetenskapliga tyngd har bedömts utifrån hur övertygande argumentationen förefaller vara, samtidigt som hänsyn tagits till författarnas eventuella egenintressen. Denna senare faktor har inte förorsakat några problem. Min uppfattning är att den använda litteraturen på ett förtjänstfullt sätt lever upp till neutralitetsidealet, med vilket bland annat menas att den är fördomsfri, allsidig och balanserad.¹⁸

1.4 Forskningsläge

Kommitténs betänkande är förhållandevis nyutkommet och doktrinen är på detta område därför förhållandevis sparsam, i synnerhet vad betänkandets förenlighet med EU-rätten beträffar. I skatterättsliga tidskrifter finns det ett fåtal artiklar som behandlar SOU 2014:40, men då med avseende på annat än de EU-rättsliga aspekterna.¹⁹ De EU-rättsliga aspekterna av betänkandet har dock behandlats av Oliver Sparrings i vederbörandes examensarbete.²⁰

¹⁶ Jfr Hettne & Otken Eriksson, s. 56– 58.

¹⁷ Hettne & Otken Eriksson, s. 116– 118.

¹⁸ Neutralitetsidealet inom rättsvetenskaplig forskning behandlas i Dahlman, C.

¹⁹ Se bl.a. Lundqvist m.fl., Lindeberg samt Melz.

²⁰ Se Sparrings.

1.5 Avgränsning

Huvudförslaget behandlas endast i en mån det är av intresse för uppsatsens syfte. För helhetens skull innehåller kapitel två även en mycket översiktlig beskrivning av alternativförslaget. Vidare behandlas endast utvalda bitar av EU-rätten (baserat på vilka delar som är relevanta för uppsatsens syfte). Denna avgränsning är helt nödvändig med tanke på EU-rättens omfattning. I linje härmed lämnas till exempel vissa rättfärdigande grunder därhän. Förhållandet till tredje land behandlas inte heller, vilket är särskilt viktigt att känna till vid läsningen av de delar som rör den fria rörligheten för kapital.

1.6 Disposition

I kapitel två ges en övergripande presentation av kommitténs betänkande, med särskilt fokus på de delar som rör avdragsbegränsningsreglerna för valutakursförluster och möjligheten till utjämning av finansnetton inom koncerner. Kapitel tre består av en redogörelse för EU-rättens bestämmelser om fri rörlighet, och en beskrivning av det prövningsmönster EUD använder när den bedömer en inkomstskatterättslig regels förenlighet med EU-rätten. Kapitel fyra och fem innehåller en analys av huruvida bestämmelserna om valutakursförluster och utjämning av finansnetton inom koncerner är förenliga med EU-rättens krav på fri rörlighet. Analysen följer härvid det i kapitel tre beskrivna prövningsmönstret. Det avslutande kapitlet – kapitel 6 – innehåller en sammanfattande analys.

2 Företagsskattekommitténs slutbetänkande

Nedan följer en presentation av kommitténs uppdrag och de bakomliggande samhällsekonomiska utgångspunkter som föregått detsamma. Därefter ges en översiktlig presentation av de båda förslagen, följt av en genomgång av reglerna om utjämning av finansnetton inom koncerner och begränsningen i avdragsrätten för valutakursförluster.

2.1 Uppdragets utformning och utgångspunkter

Regeringen har, genom direktiv 2011:11 av den 13 januari 2011, beslutat att ge kommittén i uppdrag att överse den svenska bolagsbeskattningen. Syftet härmed uppges som bekant vara att utforma ett system där sysselsättning, företagande och investeringar gynnas.²¹ Det lyfts även fram att förslagen ska utformas på ett sådant sätt att den svenska bolagsskattebasen värnas, utan att reglerna riskerar att bryta mot EU-rätten.²²

Regeringen menar att EU-rättsligt hållbara och försvarbara regler förutsätter ett symmetriskt, enkelt och enhetligt utformat regelverk. Vidare är det av vikt att reglerna blir konkurrenskraftiga i ett internationellt sammanhang, samtidigt som den svenska skattebasen värnas. Slutligen måste reglerna, enligt regeringen, fungera för såväl gränsöverskridande som inhemska förhållanden. Regler som utgår från rent nationella situationer bör granskas mot bakgrund av EU-rätten och den ökade internationaliseringen.²³

Kommittén anför i sin utredning att dess huvudsakliga uppdrag är att föreslå ett system som ökar den skattemässiga neutraliteten med avseende på eget och lånat kapital. Det finns nämligen, ur ett samhällsekonomiskt perspektiv, goda skäl att behandla olika investeringar, finansieringsformer och branscher på ett skattemässigt likvärdigt sätt snarare än att särbehandla dem. En annan av kommitténs utgångspunkter är att utforma regler som i så liten omfattning som möjligt påverkar ekonomiska val. Häri ligger att en investering som är olönsam före skatt också ska vara olönsam efter skatt och

²¹ SOU 2014:40, s. 57 och Dir. 2011:1, s. 1.

²² SOU 2014:40, s. 53.

²³ Dir. 2011:1, s. 15.

tvärtom. En sista utgångspunkt är att minska bolags möjligheter att, genom ränteavdrag, föra ut vinster ur Sverige.²⁴

2.2 Företagsskattekommitténs förslag

Gemensamt för huvudförslaget och det alternativförslaget är att båda medför en begränsning av rätten till avdrag för räntor och andra finansiella kostnader. Begränsningen inriktar sig i båda fallen på sådana finansiella kostnader som överstiger de finansiella intäkterna, det vill säga det negativa finansnettot. Vad räntekostnader och andra finansiella kostnader som motsvaras av finansiella intäkter anbelangar, kommer dessa även i fortsättningen att vara obegränsat avdragsgilla.²⁵

Den mest påtagliga skillnaden mellan de båda förslagen är att huvudförslaget stadgar ett absolut förbud mot avdrag för negativt finansnetto, medan det alternativa förslaget tillåter att finansiella kostnader motsvarande 20 procent av EBIT dras av utöver det negativa finansnettot. En annan stor skillnad är att huvudförslaget får till effekt att kompletterande regler för ränteavdragsbegränsningar blir överflödiga. Detta gäller inte för det alternativa förslaget.²⁶

2.3 Huvudförslaget

2.3.1 Modellens första del

Det så kallade huvudförslaget består av två delar. Den första delen utgörs av en begränsning i avdragsrätten för finansiella kostnader som inte motsvaras av finansiella intäkter. Med finansiella kostnader avses i detta sammanhang dels ränta, dels vissa andra kostnader såsom valutakurseffekter, skattepliktiga vinster och förluster på finansiella instrument, skattepliktiga utdelningar och räntedelen av en del hyresbetalningar. Vissa typer av räntor, såsom implicita räntor i leverantörsskulder och kundfordringar, omfattas däremot inte. Den första delen av förslaget innebär följaktligen att avdrag inte får göras för negativt finansnetto.²⁷

²⁴ SOU 2014:40, s. 23– 24 och 57.

²⁵ SOU 2014:40, s. 61.

²⁶ SOU 2014:40, s. 62.

²⁷ SOU 2014:40, s. 177– 179.

2.3.2 Modellens andra del

Modellens andra del består av ett schablonmässigt finansieringsavdrag, vars syfte är att kompensera för det inkomstbortfall som en reducerad avdragsrätt medför. Avdraget uppgår till 25 procent av det skattemässiga resultatet före finansieringsavdraget, och får göras oberoende av bolagets faktiska kostnader. Syftet med avdraget är att minska beskattningen av avkastningen på investeringar, oberoende av hur sagda investeringar finansieras. På grund av att samma avdrag utgår oberoende av finansieringsform, blir effekten att den nuvarande skattemässiga asymmetrin avseende beskattningen av eget och lånat kapital upphävs.²⁸

2.4 Alternativförslaget

Kommittén lämnar även ett alternativt förslag som grundar sig på den så kallade EBIT/DA-modellen²⁹. Förslaget består av en bolagsskattesänkning med 3,5 procentenheter avdragsbegränsning som är mindre restriktiv än den i huvudförslaget. Liksom i huvudförslaget, får avdrag göras för finansiella kostnader som motsvaras av finansiella intäkter. Definitionen av finansiella intäkter och finansiella kostnader föreslås vara densamma som i huvudförslaget. Avdrag får därutöver göras med maximalt 25 procent av bolagets EBIT.³⁰

Det alternativa förslaget uppvisar stora likheter med huvudförslaget. Det omfattar samma bolag, koncerninterna utjämnningar av finansnetto får göras och avdragsbegränsningen gäller för negativt finansnetton. Den stora skillnaden mot huvudförslaget är den utökade möjligheten att göra avdrag för negativa finansnetton. De nuvarande ränteavdragsbegränsningsreglerna föreslås förbli oförändrade.³¹

²⁸ Ibid.

²⁹ EBIT/DA (Earnings Before Interest, Taxes, depreciation and amortization) är ett företagsekonomiskt mått som används för att mäta bolags resultat före räntor, skatt, nedskrivningar och avskrivningar.

³⁰ SOU 2014:40, s. 24.

³¹ SOU 2014:40, s. 332– 333.

2.5 Avdragsbegränsningsregler för valutakursförluster

Både huvudförslaget och alternativförslaget medför begränsningar i rätten till avdrag för negativt finansnetto, varför frågan om avdragsbegränsning för valutakursförluster är aktuell i båda fallen. I huvudförslaget föreslås valutakursförluster utgöra en finansiell kostnad, vilket innebär att de inte omfattas av den generella avdragsrätten i 16 kap. 1 §. Detta innebär att det kan uppstå avdragsbegränsningar för bolag som uppvisar ett negativt finansnetto, om det saknas ett positivt finansnetto att kvitta mot i ett bolag inom samma koncern.³² Samtidigt anser kommittén att valutakursvinster inte bör undantas från beskattning.³³ Frågan om förslagets förenlighet med EU-rätten behandlas i kapitel fyra.

2.6 Utjämning av finansnetton inom koncerner

Inom en och samma koncern kan vissa bolag ha ett positivt finansnetto medan andra har ett negativt finansnetto. Detta skiljer sig alltså från scenariot där verksamheten bedrivs som ett enda bolag, eftersom kvittning av positiva och negativa finansnetton i så fall sker automatiskt. En för det svenska bolagsskattesystemet grundläggande princip, är att verksamhet som bedrivs i en koncern ska beskattas på likvärdigt sätt som en verksamhet som bedrivs i ett och samma bolag. Mot bakgrund av detta vill kommittén införa en möjlighet till utjämning av finansnetton inom koncerner. Denna möjlighet bör, enligt kommittén, utformas på följande sätt.³⁴

Ett bolag med ett positivt finansnetto ska under vissa förutsättningar kunna göra avdrag för ett annat bolags negativa finansnetto. Förutsättningarna som åsyftas är att bolagen, med avdragsrätt, ska kunna ge koncernbidrag till varandra enligt 35 kap. 1L. Däremot krävs det, till skillnad från vad som gäller vid koncernbidrag, ingen värdeöverföring för att utjämna finansnettot. Vidare får avdraget maximalt motsvara det negativa finansnetto som andra bolag inom koncernen inte har gjort avdrag för. Tillgodoräknande får dock inte medföra att ett positivt finansnetto blir negativt eftersom det, enligt kommittén, kan leda till kringgåenden. För att kunna kontrollera att detta inte sker föreslås det att avdraget ska redovisas öppet. Med hänsyn till den

³² SOU 2014:40, s. 207.

³³ SOU 2014:40, s. 207–208.

³⁴ SOU 2014:40, s. 186.

föreslagna koncerndefinitionen, enligt vilken det krävs ett ägande om mer än 90 procent enligt 35 kap. IL, behövs det ingen regel om att moderbolaget får avgöra i vilken utsträckning och ordning bolagen får använda avdragsrätten.³⁵

Kommittén anser att möjligheten till avdrag endast ska gälla den del av koncernen som beskattas i Sverige, vilket medför att en svensk koncern kan använda svenska koncernföretags negativa finansnetton för att minska beskattningsunderlaget. Detta vore inte möjligt om koncernföretagen istället varit placerade utomlands. Förslaget kan därigenom medföra att moderbolag avhålls från att placera dotterbolag utomlands, givet den risk för ett större beskattningsunderlag en sådan placering medför. Det är således möjligt att kommitténs förslag i denna del strider mot etableringsfriheten – en fråga som närmare behandlas i kapitel 5.³⁶

³⁵ SOU 2014:40, s. 187– 188.

³⁶ SOU 2014:40, s. 188.

3 EU-rätt

I detta kapitel beskrivs EU-rättens inverkan på den direkta beskattningens område. I samband härmed behandlas EUD:s särskilda prövningsmönster i den mån det är av intresse för de efterföljande kapitlen.

3.1 Fördraget om europeiska unionens funktionssätt

En av EU:s huvudsakliga målsättningar är att skapa en öppen inre marknad med fri konkurrens (artikel 3 EUF). Av artikel 26.2 FEUF framgår att den inre marknaden består av ett område utan inre gränser, inom vilket fri rörlighet för tjänster, varor, personer och kapital säkerställs. I artikel 18 FEUF stipuleras ett generellt hållet förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. För juridiska personer bestäms nationaliteten, enligt artikel 54 FEUF, enligt följande. Bolag som bildats i enlighet med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen ska, när reglerna om etableringsfrihet tillämpas, likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

Genom *avoir fiscal*-målet³⁷ fastslog EUD att det även är möjligt att med stöd av fördragets bestämmelser angripa skattebestämmelser som hindrar etableringsfriheten. Det står följaktligen klart att även skattebestämmelser måste utformas i enlighet med fördragets bestämmelser. I artiklarna 45 (fri rörlighet för arbetstagare), 49 (etableringsfrihet), 56 (fri rörlighet för tjänster), och 63 (fri rörlighet för kapital) FEUF räknas specifika rättigheter upp. Rättigheterna har, enligt EUD, direkt effekt och kan således åberopas av enskilda direkt inför nationell domstol.³⁸

3.2 Diskrimineringsanalys

När EUD prövar en nationell inkomstskatteregels förenlighet med reglerna om fri rörlighet tillämpar den ett särskilt prövningsmönster. Beskrivningen av den närmare utformningen av detta prövningsmönster varierar inom doktrinen. I föreliggande framställning har inspiration hämtats från samma

³⁷ Mål C-270/83 *avoir fiscal*.

³⁸ Ståhl m.fl., s. 71.

modell som bland annat Hilling använder, enligt vilken prövningen sker i tre steg.³⁹

Av EUD:s praxis i bland annat målen *Asscher* och *Schempp* kan det utläsas att domstolen, i ett första steg, fastställer huruvida den skatteskyldige kan anses ha utövat någon fördragsskyddad rättighet.⁴⁰ Därefter tas det ställning till om den nationella regeln utgör ett hinder för den fria rörligheten, vilket illustreras i målen *Kerckhaert och Morres*, *Block* och *Damseaux*.⁴¹ Om så bedöms vara fallet prövas det om den kan rättfärdigas, i ljuset av någon av de rättfärdigande grunder som kommer till uttryck i fördraget samt EUD:s praxis, och vidare om hindret är proportionerligt.⁴² I nästkommande avsnitt beskrivs de olika stegen i detalj.

3.3 Omfattas aktiviteten av någon fördragsfrihet?

Av bland annat målen *Asscher* och *Schempp* framgår att en skattskyldig, för att kunna åberopa sina fördragsskyddade rättigheter, de facto måste ha använt sig av någon av fördragsfriheterna. Fördraget är som bekant avgränsat till att endast omfatta gränsöverskridande förhållanden och aktiviteter inom unionen. Med hänsyn härtill kan dess bestämmelser inte åberopas vid rent inhemska förhållanden. Omvänd diskriminering – det vill säga att statens egna medborgare ges mindre förmånliga villkor än andra staters medborgare – är därmed tillåtet, förutsatt att medborgaren inte har utnyttjat någon fördragsfrihet.⁴³

3.4 Föreligger det ett hinder för den fria rörligheten?

Om den skattskyldige kan anses ha använt sig av en fördragsfrihet, blir nästa steg att pröva huruvida det föreligger ett hinder för den fria rörligheten. Enligt domstolens avgöranden i målen *Kerckhaert och Morres*, *Block* och *Damseaux* är det härvid av central betydelse att den nationella regeln resulterar i en negativ särbehandling. Så är fallet om ett förhållande med anknytning till ett annat medlemsland behandlas mindre förmånligt än

³⁹ Hilling, s. 756 f.

⁴⁰ Mål C-107/94 *Asscher* och mål C-403/03 *Schempp*.

⁴¹ Mål C-513/04 *Kerckhaert och Morres*, mål C-67/08 *Block* och mål C-128/08 *Damseaux*.

⁴² Se bl.a. mål C-446/03 *Marks & Spencer*.

⁴³ Ståhl m.fl., s. 71.

motsvarande rent inhemska förhållande.⁴⁴ Vidare förutsätts det att det gränsöverskridande förhållandet är objektivt jämförbart med det inhemska. I annat fall rör det sig inte om en otillåten diskriminering.⁴⁵

Målet *Safir*⁴⁶ ger vid handen att bedömningen av ifall negativ särbehandling föreligger är av kvalitativ art. EUD ser således endast till om det finns ett hinder för den fria rörligheten och avstår därmed från att beakta hindrets storlek. Vidare följer det av avgörandet i målet *AMID*⁴⁷ att det inte krävs att den nationella regeln alltid har en hindrande effekt, utan endast att den har en sådan effekt i vissa situationer. I några mål har EUD valt att behandla frågan om jämförbara situationer som en del av rättfärdigandebedömningen och inte inom ramen för prövningen av negativ särbehandling.⁴⁸ Utfallet torde emellertid bli detsamma oavsett i vilket led frågan prövas.⁴⁹

Att frågan om negativ särbehandling är avgörande för bedömningen av om ett hinder för den fria rörligheten föreligger, framgår inte minst av EUD:s praxis rörande *parallellt utövande av beskattningsrätten*.⁵⁰ Enligt detta resonemang tillåts medlemsstater tillämpa skatteregler som ger upphov till merbeskattning i gränsöverskridande jämfört med inhemska situationer, givet att ingen av staterna negativt särbehandlar det gränsöverskridande förhållandet. En sådan behandling är nämligen, enligt EUD, ett resultat av att medlemsstaterna parallellt utövar sin beskattningsrätt och utgör därmed inget hinder enligt fördraget.⁵¹

Det parallella utövandet av beskattningsrätten illustreras tydligt i målet *Block*, som gällde en tysk arvtagare vars arv var beläget i Spanien. Enligt spansk lagstiftning utgick en källskatt på arvet, vilken det enligt tysk rätt inte fick göras avdrag för. Juridisk dubbelbeskattning uppstod därmed och frågan var om reglerna utgjorde ett hinder för den fria rörligheten för kapital. EUD anförde att kapitalet, enligt de aktuella bestämmelserna, hade beskattats likadant vid en inhemsk situation. Dubbelbeskattningen berodde endast på att Spanien och Tyskland utövade sin respektive beskattningsrätt parallellt.

⁴⁴ Hilling, s. 757.

⁴⁵ Ståhl m.fl., s. 73 och 103.

⁴⁶ Mål C-188/96 *Safir*.

⁴⁷ Mål C-141/99 *AMID*.

⁴⁸ Se t.ex. målen C-318/07 *Persche* och mål C-379/05 *Amurta*.

⁴⁹ Ståhl m.fl., s. 151.

⁵⁰ Se bl.a. målen C-513 *Kerckhaert och Morres*, C-194/06 *Orange European Small Cap* och C-128/08 *Damseaux*.

⁵¹ Ståhl m.fl., s. 72.

Det finns dock ett undantag från den ovan beskrivna regeln om parallellt utövande av beskattningsrätten. Undantaget kommer till uttryck i målet *Deutsche Shell* och går i korthet ut på att det parallella utövandet av beskattningsrätten inte kan åberopas om den nationella regeln endast aktualiseras i gränsöverskridande situationer.⁵² Frågan behandlas närmare i avsnitt 4.

3.5 Rättfärdigande grunder

En nationell regel som bedöms utgöra ett hinder för den fria rörligheten kan ändå anses förenlig med EU-rätten om det går att rättfärdiga densamma. Så kan ske dels genom de explicita undantag som räknas upp i FEUF, dels genom de undantag som utvecklats i EUD:s praxis inom ramen för den s.k. *rule of reason*-doktrinen.

3.5.1 Rättfärdigande grunder enligt FEUF

Hinder för den fria rörligheten för tjänster och personer kan rättfärdigas om den nationella regeln grundar sig på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa.⁵³ Det har emellertid aldrig hänt att EUD godtagit en skatterättslig regel på dessa grunder. Vad gäller den fria rörligheten för kapital så erbjuder fördraget vissa möjligheter att rättfärdiga nationella regler som utgör hinder härför.⁵⁴ Trots att artikel 65 FEUF till sin lydelse är bredare än motsvarande artiklar för tjänster och personer, är möjligheterna till rättfärdigande ungefär lika stora för de tre områdena.⁵⁵ Slutsatsen kan därmed dras att skatteregler endast undantagsvis kan rättfärdigas med hjälp av rättfärdigande grunderna i fördraget.⁵⁶

3.5.2 Rättfärdigande grunder enligt rule of reason-doktrinen

Utöver de fördragsstadgade rättfärdigande grunderna har EUD utformat rule of reason-doktrinen. Doktrinen utgör ett slags test som kan användas för att

⁵² Ibid.

⁵³ FEUF art. 45, 52, 62.

⁵⁴ FEUF art. 65.

⁵⁵ Möjligheterna att rättfärdiga hinder för den fria rörligheten för kapital till och från tredje land är desto större. Detta ligger dock utanför denna framställning och lämnas därför därhän. För vidare läsning se t.ex. Ståhl m.fl., s. 168–169.

⁵⁶ Ståhl m.fl., s. 147–148.

rättfärdiga vissa typer av skattehinder för den fria rörligheten. För att en nationell regel ska kunna rättfärdigas mot bakgrund av doktrinen krävs, enligt EUD:s resonemang i *Gebhard*-målet⁵⁷, att de nationella åtgärderna: (1) ska vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, (2) ska framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, (3) ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas, och (4) inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

Det första kriteriet torde enligt Ståhl m.fl. och Dahlberg innebära att åtgärder som är öppet diskriminerande aldrig kan rättfärdigas med stöd av rule of reason-doktrinen.⁵⁸ Detta resonemang får bland annat stöd i målen *Royal Bank of Scotland*⁵⁹ och *Kommissionen mot Spanien*⁶⁰. Det andra kravet innebär att det ska ske en avvägning mellan den omstridda nationella regelns bakomliggande syfte och önskemålet att säkerställa fri rörlighet. Enligt det tredje kravet måste regeln dessutom *de facto* vara ägnad att uppnå det eftersträvansvärda syftet. Vidare får regeln, enligt det fjärde kravet, inte vara mer ingripande än vad som är absolut nödvändigt för att syftet ska kunna uppfyllas.⁶¹ I nästkommande avsnitt följer en genomgång av några av de allmänintressen som accepterats i EUD:s praxis, och som bedöms vara av intresse för den fortsatta framställningen.

3.5.3 Den skatterättsliga territorialitetsprincipen

Den skatterättsliga territorialitetsprincipen nämns inte explicit i fördraget, utan är en produkt av EUD:s praxis. Principen åberopades för första gången i målet *Futura*⁶², vari domstolen uttalade att det aktuella skattesystemet låg i linje med territorialitetsprincipen och därför kunde godtas. Domen framstår som oklar och det är svårt att tydligt utläsa vad principen rent konkret innebär. Avgörande för principens tillämpning tycks ha varit att det aktuella skattesystemet föreskrev att skattskyldiga med hemvist i en viss medlemsstat beskattades för hela sin vinst där. Skattskyldiga med hemvist i en annan medlemsstat beskattades däremot endast för vinst hänförlig till verksamheten i källstaten. Principen förefaller följaktligen gå ut på att det ska upprätthållas en slags territoriell symmetri i beskattningen.

Domstolens resonemang i *Futura* lämnar emellertid inte endast frågor kring territorialitetsprincipens innebörd. Företrädare från doktrinen har nämligen

⁵⁷ Mål C-55/94 *Gebhard*.

⁵⁸ Ståhl m.fl., s. 150 och Dahlberg, s. 351–352.

⁵⁹ Mål C-311/97 *Royal Bank of Scotland*.

⁶⁰ Mål C-153/08 *Kommissionen mot Spanien*.

⁶¹ Ståhl m.fl., s. 150.

⁶² Mål C-250/95 *Futura Participations*.

ifrågasatt om principen överhuvudtaget användes som rättfärdigandegrund, eller om det istället inte ens var fråga om någon negativ särbehandling.⁶³ *Futura* lämnade således frågor om både territorialitetsprincipens innebörd och dess status som rättfärdigandegrund. Klart är dock att principen, i efterföljande praxis, har accepterats som rättfärdigandegrund.⁶⁴ Här nedan följer därför en närmare genomgång av principens innebörd, vilken främst är av intresse för avsnitt 5 i denna framställning.

Territorialitetsprincipen var uppe för prövning i målet *Bosal*⁶⁵, vilket gällde ett nederländskt bolag (*Bosal*) som inte medgavs avdrag för andelsinnehav i sina utländska dotterbolag. Enligt nederländsk lagstiftning nekades avdrag för kostnader hänförliga till andelsinnehav i utländska dotterbolag som inte hade fast driftställe i Nederländerna, om kostnaderna inte ansågs vara nödvändiga för att förvärva, i Nederländerna beskattningsbara, inkomster. *Bosals* dotterbolag var inte föremål för beskattning i Nederländerna, varför moderbolaget nekades avdrag för finansieringen av dessa.

EUD anförde att den nederländska lagstiftningen utgjorde ett hinder för etableringsfriheten och att hindret inte kunde rättfärdigas mot bakgrund av territorialitetsprincipen. Som skäl härför uppgavs att inkomster genererade i dotterbolagen under alla omständigheter var föremål för beskattning i dessa bolag och inte i moderbolagen. Detta oaktat i vilken stat dotterbolagen var skattskyldiga. *Terra & Wattel* menar att det, i ljuset av *Futura*, vore mer logiskt om EUD i *Bosal* hade tillåtit Nederländerna att endast medge avdrag för kostnader hänförliga till i Nederländerna beskattningsbara inkomster.⁶⁶ I fråga om förhållandet mellan *Bosal* och *Futura* uttalade EUD bland annat följande:

”[...] I [...] målet *Futura Participations* och *Singer* tillämpades territorialprincipen på beskattningen av en enskild skattskyldig som bedrev sin verksamhet både i en medlemsstat, där han hade sin huvudsakliga verksamhet, och i ytterligare medlemsstater genom filialer.”⁶⁷

Med hänsyn till ovanstående uttalande bedömer undertecknad att det för utgången i *Bosal* var av avgörande betydelse att det handlade om olika skattesubjekt (moderbolag och dotterbolag). Detta förklarar i så fall varför bedömningen skilde sig gentemot den i *Futura*, där det som bekant rörde sig om ett fast driftställe som inte är en egen juridisk person. Ifall detta stämmer kan det ifrågasättas varför domstolen valde att fästa vikt vid antalet

⁶³ Se bl.a. Dahlberg, s. 363 och Ståhl m.fl., s. 161.

⁶⁴ Ståhl m.fl., s. 161.

⁶⁵ Mål C-168/01 *Bosal Holding*.

⁶⁶ *Terra & Wattel*, s. 318.

⁶⁷ Mål C-168/01 *Bosal Holding*, p. 38.

skattesubjekt. Det torde vara svårt att motivera bedömningen utifrån den territoriella symmetrin i beskattningen. Terra & Wattel är av en liknande uppfattning när de skriver att antalet juridiska personer borde vara irrelevant för territorialitetsprincipens tillämplighet. Enligt författarna är det svårt att se hur förekomsten av flera separata juridiska personer skulle kunna utesluta att beskattning av inkomster, och avdrag för utgifter som krävs för att förvärva dessa, matchas inom rätt jurisdiktion.⁶⁸

Frågan om territorialitetsprincipen prövades återigen i, det med *Bosal* nästan identiska, målet *Keller Holding*⁶⁹. Det aktuella målet rörde en tysk nationell regel som stipulerade avdragsrätt för kostnader, endast i den mån de kunde anses nödvändiga för att förvärva i Tyskland beskattningsbara inkomster. Den nationella regeln utgjorde enligt EUD ett hinder för etableringsfriheten, varefter det konstaterades att territorialitetsprincipen inte ägde tillämpning i fallet. Genom målet befestades det resonemang som fördes i *Bosal*, eftersom domstolen avfärdade principen med hänvisning till att utdelningar till ett tyskt moderbolag var skattefria oavsett om dotterdotterbolaget hade sitt säte i Tyskland eller annorstädes.

Det är som ovan konstaterats svårt att förstå varför domstolen tog hänsyn till antalet skattesubjekt i de båda målen, i alla fall om principen kan anses handla om att upprätthålla den territoriella symmetrin i beskattningen. Det finns åtminstone två förklaringar. Enligt Terra & Wattel valde domstolen helt enkelt att göra avsteg från den territoriella symmetrin.⁷⁰ Johansson är istället av uppfattningen att domstolen, genom de båda domarna, tvärtom upprätthöll symmetrin. Detta eftersom de aktuella kostnaderna emanerade från moderbolagens verksamheter i hemviststaterna, varför det fick ses som symmetriskt att avdrag också medgavs där.⁷¹

Ett annat mål av stor betydelse för tolkningen av territorialitetsprincipen är *Marks & Spencer* som avgjordes i stor avdelning med tretton ledamöter och därför får anses ha ett högt prejudikatvärde. Målet rörde ett brittiskt bolag med samma namn som nekades avdrag i Storbritannien för förluster hänförliga till dess dotterbolag med hemvist i Frankrike, Tyskland och Belgien. Anledningen härför var att bolag som saknade hemvist i Storbritannien endast beskattades för sådana vinster som var hänförliga till i filialer och fasta driftställen i denna stat. På motsvarande sätt fick resultatutjämnning genom koncernavdrag bara ske för förluster uppkomna i Storbritannien. För Marks & Spencers vidkommande innebar det sagda att

⁶⁸ Terra & Wattel, s. 319.

⁶⁹ Mål C-471/04 *Keller Holding*.

⁷⁰ Terra & Wattel, s. 320.

⁷¹ Johansson, s. 389 och 392.

bolaget nekades koncernavdrag, då dotterbolagen bara bedrev verksamhet i sina respektive hemviststater och följaktligen saknade filialer eller fasta driftställen i Storbritannien. Det faktum att bolaget inte kunde utnyttja de utländska underskotten för resultatutjämnning genom koncernavdrag i Storbritannien utgjorde, enligt bolaget, ett hinder för etableringsfriheten.

I sin bedömning konstaterade EUD inledningsvis att det utgjorde ett hinder för den fria rörligheten att neka moderbolag avdrag för förluster i utländska, men inte inhemska, dotterbolag. Därefter tog den ställning till om hindret kunde rättfärdigas mot bakgrund av tvingande hänsyn till allmänintresset. Härvid gjordes samma uttalande som i *Futura*, nämligen att det är förenligt med territorialitetsprincipen att moderbolaget beskattas för hela sin vinst i hemviststaten, medan bolag som har hemvist i en annan stat enbart beskattas för vinst från verksamheten i den tidigare staten. Storbritannien handlade, enligt EUD:

”[...] i enlighet med den territorialitetsprincip som gäller inom den internationella skatterätten och som erkänns av gemenskapsrätten.”⁷²

Domstolen ansåg emellertid att detta inte var tillräckligt för att rättfärdiga de brittiska reglerna. Istället valde den att pröva tre andra rättfärdigande grunder som sedermera befanns vara parallellt tillämpliga. Av särskilt intresse för den här uppsatsen är den första grunden, nämligen säkerställandet av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten.⁷³ De andra grunderna rörde risken att förluster beaktas två gånger samt risken för skatteundandragande. Domstolen anförde att den hindrande bestämmelsen fick anses rättfärdigad vid en sammantagen bedömning av rättfärdigande grunderna.

Uttalandet om att de aktuella reglerna inte kunde rättfärdigas bara för att det brittiska skattesystemet låg i linje med territorialitetsprincipen kan tolkas på tre sätt. För det första är det möjligt att territorialitetsprincipen helt enkelt ingick i den helhetsbedömning som EUD företog. Att så skulle vara fallet uttrycks i och för sig inte explicit i domen. Med hänsyn till principens vaga utformning och dess samband med fördelningen av beskattningsrätten finns det, enligt min mening, fog att anta att den ingick i helhetsbedömningen.⁷⁴ Mot ett sådant synsätt talar bland annat det faktum att principen tillämpades självständigt i *Futura* och där ensamt ansågs kunna rättfärdiga de nationella reglerna.

För det andra kan avgörandet tolkas som att territorialitetsprincipen inte

⁷² Mål C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 39.

⁷³ Grunden behandlas i detalj nedan i avsnitt 3.5.4.

⁷⁴ Gällande rättfärdighetsgrundernas likheter, se bl.a. målet C-470/04 *N mot Inspecteur*.

kunde tillämpas därför att det i *Marks & Spencer* rörde sig om hemstatens skyldighet att beakta förluster som uppkommit utomlands. I *Futura* var det istället fråga om källstatens skyldighet att beakta förluster hänförliga till bolagets hemland.⁷⁵ En sista förklaring är att *Marks & Spencer*, till skillnad från *Futura*, gällde förlustutjämnning mellan olika skattesubjekt. Ståhl m.fl. avfärdar dock denna förklaring med att möjligheten till förlustutjämnning inte borde vara mindre utan större när fråga är om ett och samma skattesubjekt.⁷⁶

Med beaktande av EUD:s resonemang i *Bosal* och *Keller* framstår den sista förklaringen som mest sannolik. Det förefaller troligt att EUD, liksom *Terra & Wattel* hävdar, tog hänsyn till antalet skattesubjekt då den tolkade territorialitetsprincipen i nämnda mål. Utfallet i *Marks & Spencer* stämmer därför överens med avgörandena i *Bosal* och *Keller*, vad gäller synen på antalets skattesubjekts avgörande betydelse för territorialitetsprincipens tillämplighet. Däremot är utfallet, av de skäl som framförts ovan, inte är särskilt tillfredsställande.⁷⁷

I det senare målet, *N mot Inspecteur*⁷⁸, behandlades territorialitetsprincipen i samband med bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten. Målet gällde de nederländska reglerna rörande utflyttningsbeskattning, som stadgade beskattning av orealiserade vinster för personer bosatta i staten, när vederbörande flyttade sitt hemvist utomlands. EUD ansåg att reglerna utgjorde ett hinder för den fria rörligheten.

Vad rättfärdigandegrunderna anbelangar anförde EUD att den nationella domstolen har fastställt att reglerna i fråga syftar till att säkerställa en uppdelning enligt territorialitetsprincipen. Därefter uttalade EUD, med hänvisning till *Marks & Spencer*, att säkerställandet av fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna utgör ett legitimt syfte. Ledning söktes sedan i artikel 13.5 OECD:s modellavtal, vilken domstolen ansåg vara utformad i enlighet med territorialitetsprincipen. De nationella reglerna kunde därför rättfärdigas. Av domskälen att döma tycks EUD anse att territorialitetsprincipen och fördelningen av beskattningsrätten utgör en och samma rättfärdigandegrund. Denna uppfattning delas av bland annat *Terra & Wattel* som menar att de båda rättfärdigandegrunderna är undergrupper till en och samma rättfärdigandegrund som de benämner ”tax base integrity”.⁷⁹

⁷⁵ Se Ståhl m.fl., s. 160.

⁷⁶ Ståhl m.fl., s. 160.

⁷⁷ Se föregående stycke samt s. 23.

⁷⁸ Mål C-470/04 *N mot Inspecteur*.

⁷⁹ *Terra & Wattel*, s. 43.

Praxis visar således att den närmare innebörden av territorialitetsprincipen – och särskilt dess förhållande till behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten – fortfarande är förhållandevis oklar.

3.5.4 Behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten

Innebörden av rättfärdigandegrunden bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten är inte helt klarlagd. Principen har aktualiserats i ett flertal rättsfall gällande resultatutjämning och närliggande förhållande inom koncerner, men också när fråga varit om exitbeskattning. EUD:s sätt att resonera skiljer sig åt beroende på vilken aktivitet det är fråga om.⁸⁰ Av särskilt intresse för den här uppsatsen, och i synnerhet för kapitel 5, är domstolens resonemang gällande resultatutjämning. I det följande behandlas grunden således med fokus på resultatutjämning och förhållanden inom en koncern.

Centralt för rättfärdigandegrunden torde vara att varje medlemsstat har rätt att säkerställa att sådana inkomster som ska beskattas i staten enligt den välvägdade fördelningen av beskattningsrätten verkligen beskattas där. Den har därmed ett visst samband med rättfärdigandegrunden motverkande av risken för skatteflykt, varför det också förefaller logiskt att domstolen, som framgår nedan, i flera fall valt att pröva de båda grunderna tillsammans.⁸¹ Grunden har som tidigare framgått i avsnitt 3.5.3 dessutom ett komplicerat förhållande till territorialitetsprincipen.

Bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten tillämpades för första gången av EUD i *Marks & Spencer*, och i efterföljande mål har denna grund haft en avgörande betydelse vid flera rättfärdigandebedömningar. I de flesta fall har den använts i kombination med andra rättfärdigande grunder. Så skedde som bekant även i *Marks & Spencer*, där grunden tillämpades tillsammans med behovet av att motverka skatteundandragande och behovet av att förhindra dubbelt utnyttjande av förluster. Domstolen anförde bland annat att ett bolags vinster och förluster ska behandlas inom och ett samma skattesystem för att inte orsaka asymmetri. Ett annat argument som togs upp av EUD var att fördelningen av beskattningsrätten skulle äventyras om ett bolag gavs möjlighet att välja var dess förluster skulle beaktas. Detta då den ena statens beskattningsunderlag i så fall ökar på bekostnad av den andra

⁸⁰ Holme, s. 547.

⁸¹ Ståhl m.fl., s. 162- 164.

statens beskattningsunderlag. Vid en samlad bedömning fann EUD att den brittiska begränsningen av möjligheten till förlustutjämnning kunde rättfärdigas. Proportionalitetsbedömningen ledde dock till att avdrag för förluster i utländska dotterbolag under vissa omständigheter måste medges.

I *OY AA*⁸² prövades de finska reglerna om koncernbidrags förenlighet med fördraget. Reglerna stipulerade att koncernbidragsgivaren fick göra avdrag för bidraget endast om vederbörande var skattskyldig i Finland. Reglerna ansågs utgöra ett hinder för etableringsfriheten men kunde rättfärdigas mot bakgrund av behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten, beaktad tillsammans med risken för skatteflykt. Enligt EUD skulle ett bolag kunna välja var dess vinst skulle beskattas om avdrag för koncernbidrag medgavs, och därigenom äventyras fördelningen av beskattningsrätten. I ett annat mål, *SGI*⁸³, som gällde frågan om en belgisk korrigeringsregels förenlighet med etableringsfriheten, upprepades argumenten från *OY AA*. Domstolen anförde att medlemsstater har rätt att förebygga ageranden som äventyrar dess rätt att beskatta verksamheter som bedrivs i staten. Vidare skulle det äventyra en välavvägd fördelning av beskattningsrätten om bolag ges möjlighet att välja var dess vinster och förluster ska beskattas. De nationella reglerna kunde följaktligen rättfärdigas mot bakgrund av behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten och risken för skatteflykt.

I *Lidl*⁸⁴ tillämpades behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten återigen, denna gång i kombination med risken för dubbelt utnyttjande av förluster. Målet rörde tyska reglers förenlighet med etableringsfriheten, vilka föreskrev att bolag i sina beskattningsunderlag inte fick beakta förluster från utländska fasta driftställen. EUD uttalade ännu en gång att det skulle uppstått asymmetri mellan beskattningsrätten och avdragsrätten om avdrag för förlusterna hade medgetts. Detta eftersom det skulle medfört att bolag hade kunnat välja i vilken stat förlusten skulle beaktas.

Genom EUD:s avgörande i *X Holding*⁸⁵ accepterades behovet av att upprätthålla fördelningen av beskattningsrätten för första gången som en separat rättfärdigandegrund. EUD framhöll att moderbolaget i fråga hade fått möjlighet att välja i vilket land dess dotterbolags förlust skulle beaktas, om de holländska reglerna utvidgades till att omfatta utländska bolag. Detta skulle påtagligt äventyra den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten. Grund för rättfärdigande förelåg därmed och reglerna ansågs även vara i enlighet med proportionalitetsprincipen.

⁸² Mål C-231/05 *Oy AA*.

⁸³ Mål C-311/08 *SGI*.

⁸⁴ Mål C-414/06 *Lidl Belgium*.

⁸⁵ Mål C-337/08 *X Holding*,

3.5.5 Risken att förluster beaktas två gånger

I *Marks & Spencer* bedömde EUD som bekant att de ifrågavarande reglerna, vid en helhetsbedömning, kunde rättfärdigas i ljuset av risken för dubbla förlustavdrag i kombination med ytterligare två rättfärdigande grunder. Även i *Lidl* tillämpades rättfärdigande grunden, fast denna gång kombinerades den endast med behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten.⁸⁶ Konkret innebär risken att samma förlust helt enkelt beaktas två gånger; dels i etableringsstaten, dels i en annan stat.⁸⁷

Rättfärdigande grunden har således ännu inte tillämpats ensam, och det är högst oklart om den på egen hand kan rättfärdiga en hindrande nationell regel. Ståhl m.fl. lyfter fram att grunden har stora likheter med bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten. Anledningen härtill är att dubbla förlustavdrag leder till utebliven beskattning, vilket i sin tur innebär att inkomsterna inte beskattas i enlighet med den vanliga fördelningen av beskattningsrätten.⁸⁸

3.5.6 Skattesystemets inre sammanhang

Behovet av att bevara skattesystemets inre sammanhang accepterades tidigt som en rättfärdigande grund. I *Bachmann*-målet⁸⁹, som rörde avdragsförbud för premier på försäkringar som tecknats i andra medlemsstater, ansåg EUD för första gången att rättfärdigande grunden var tillämplig. Det prövade systemet innehöll ett samband mellan avdragsrätt för premier och skatteplikt för utfallande försäkringsbelopp. EUD uttalade härvid att systemets inre sammanhang förutsatte att avdrag endast skulle behöva medges givet att det kunde förutsättas att utfallande försäkringsbelopp skulle komma att bli föremål för beskattning. Mot bakgrund av att så inte var fallet om försäkringen tecknats utomlands, bedömde EUD att avdragsförbudet var nödvändigt för att upprätthålla skattesystemets inre sammanhang och att det därför var rättfärdigat.⁹⁰

För att rättfärdigande grunden ska bli tillämplig måste det föreligga ett samband mellan skattefördelen och skattenackdelen i det enskilda fallet. Detta innebär bland annat att en medlemsstat inte kan rättfärdiga en

⁸⁶ Se avsnitt 3.5.4.

⁸⁷ Ståhl m.fl., s. 166.

⁸⁸ Ståhl m.fl., s. 166.

⁸⁹ Mål C-204/90 *Bachmann*.

⁹⁰ Ståhl m.fl., s. 157–158.

bestämmelse med skattesystemets inre sammanhang, genom att hänvisa till regler i ett skatteavtal som är utformade för att leda till balanserad beskattning de avtalsslutande staterna emellan. Sammanhanget är i dessa fall en fråga om reciprocitet mellan avtalsslutande stater.⁹¹

Efter *Bachmann*-målet var EUD mycket restriktiv i sin tillämpning av argumentet om skattesystemets inre sammanhang, vilket gjorde att många bedömare antog att rättfärdigandegrunden hade övergetts. Att så inte är fallet framgår emellertid av målen *Krankenheim* och *Papillon*.⁹² I de båda målen lyckades EUD identifiera ett samband mellan skattefördelen och skattenackdelen, varför rättfärdigandegrunden kunde tillämpas.

Reglerna i *Krankenheim* stipulerade att avdrag för underskott i utländska fasta driftställen skulle återföras till beskattning i hemviststaten så fort den utländska verksamheten uppvisade överskott. EUD menade att de prövade reglerna utgjorde ett hinder för etableringsfriheten, men fann att de kunde rättfärdigas med stöd av skattesystemets inre sammanhang. Återföringen återspeglade nämligen, enligt domstolen, en logisk symmetri och det ansågs därmed finnas ett direkt, personligt och materiellt samband mellan avdraget och återföringen.

Även i *Papillon* ansåg EUD att det aktuella systemet, som möjliggjorde skatteintegrering, innehöll ett direkt samband mellan skattefördelen och den kompenserande nackdelen. I fallet var det dock inte fråga om en nackdel i form av beskattning. Istället bestod nackdelen i att neutraliseringar av olika koncerninterna transaktioner inte beaktades vid skatteintegreringen. Enligt EUD syftade reglerna till att upprätthålla det inre sambandet, men fick ändå anses otillåtna vid en proportionalitetsbedömning. I avsnitt 4.1.1 och 4.3.2 redogörs det för rättfärdigandegrundens förekomst i *Deutsche Shell* och hur den kan tänkas förhålla sig till kommitténs förslag.

3.6 Proportionalitetsbedömning

Som ett sista steg i prövningsmönstret företar domstolen en bedömning av åtgärdens proportionalitet som kan indelas i tre steg. I linje härmed anses en åtgärd proportionerlig endast om den; (1) är lämplig för att nå målet, (2) är nödvändig, och (3) inte är oproportionerlig i förhållande till de eftersträlvade målen.⁹³

⁹¹ Ståhl m.fl., s. 158 och målen C-80/94 *Wielockx*, C-136/00 *Danner* C-436/00 *X och Y*.

⁹² Målen C-157/07 *Krankenheim* och C-418/07 *Papillon*.

⁹³ Moëll, s. 114.

Det första steget, att regeln måste vara lämplig för att nå målet, avser sambandet mellan medel och mål. Ställning ska således tas till om den aktuella regeln utgör ett lämpligt medel för att nå det aktuella ändamålet eller om den tvärtom var olämplig redan när den infördes.⁹⁴ Det andra steget, nödvändighetsbedömningen, tar sikte på att avgöra om den valda åtgärden utgör det minst ingripande alternativet. Bedömningen förutsätter således att det finns alternativa åtgärder att jämföra och välja mellan.⁹⁵ Som en sista del i proportionalitetsbedömningen beaktas det huruvida regeln är proportionerlig i strikt bemärkelse. I detta sammanhang gör domstolen ofta en samlad bedömning med beaktande av alla i målet relevanta faktorer.⁹⁶

Det rör sig således om en avvägning mellan å ena sidan den nationella regelns syfte och å andra sidan dess hindrande effekter. Avvägningen syftar till att säkerställa att regeln inte är mer långtgående än vad som är absolut nödvändigt för att uppnå det eftersträvade ändamålet. Denna balansering utgör det centrala i bedömningen.⁹⁷ I praktiken är det inte ovanligt att EUD avviker från de tre punkterna och istället gör en helhetsbedömning med avseende på om åtgärden är proportionerlig i strikt bemärkelse.⁹⁸

En regel som vid proportionalitetsbedömningen befinns vara alltför ingripande får inte tillämpas i den givna situationen. Detta medför dock inte att regeln inte får tillämpas i andra situationer där hindret inte är lika ingripande. Exempel på det sagda finner vi i målet *Marks & Spencer* där EUD ansåg att en nationell förlustutjämningsbegränsning är proportionerlig då inte rör sig om avdrag för slutliga förluster. Vidare har EUD i *Thin Cap Group Litigation*⁹⁹ slagit fast att den skattskyldige ska ges tillfälle att lägga fram motbevisning till stöd för att affärsmässiga skäl ligger bakom de aktuella transaktionerna.

⁹⁴ Moëll, s. 115.

⁹⁵ Moëll, s. 116.

⁹⁶ Moëll, s. 117.

⁹⁷ Hilling II, s. 816

⁹⁸ Tridimas, s. 139.

⁹⁹ Målet C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*.

4 Avdragsbegränsningsregler för valutakursförluster

Huvudförslaget innehåller som bekant en begränsning i rätten till avdrag för valutakursförluster, vars förenlighet med EU-rätten kan ifrågasättas. I detta kapitel prövas kommitténs förslag i denna del mot den fria rörligheten. Här används det prövningsmönster som presenterades i föregående kapitel.

4.1 Utnyttjande av fördragsfrihet

Kommittén menar att transaktioner i annan valuta än i redovisningsvalutan är gränsöverskridande handlingar och att regler gällande valutakursförluster följaktligen ska utformas i enlighet med EU-rätten. Den hänvisar i detta sammanhang till målen *Deutsche Shell* och *RÅ 2009 ref. 33*.¹⁰⁰

4.1.1 Deutsche Shell

Målet *Deutsche Shell* rörde ett bolag med samma namn (bolaget) som hade sitt säte i Tyskland, där det också var skattskyldigt för i princip alla sina inkomster. År 1974 grundade bolaget ett fast driftställe i Italien, som vid tidpunkten hade en annan valuta än Tyskland. Under flera år försedde bolaget sitt fasta driftställe med insatskapital. Efter en tid överlät bolaget sedan alla tillgångar i det fasta driftstället till ett dotterbolag i Italien. I samband med överlåtelsen återfördes insatskapitalet i italienska lire till Deutsche Shell, varvid det enligt bolaget uppstod en valutakursförlust. Deutsche Shell gjorde gällande att valutakursförlusterna var avdragsgilla, vilket dock den tyska skattemyndigheten (Finanzamt) hävdade att de inte var. Frågan som EUD hade att ta ställning till var huruvida det tyska avdragsförbudet kunde anses stå i strid med antingen den fria rörligheten för kapital eller etableringsfriheten.

EUD konstaterade att det aktuella avdragsförbudet innebar en inskränkning av etableringsfriheten, under förutsättning att den hänskjutande domstolen bedömde att valutakursförlusten utgjorde en verklig ekonomisk förlust. Till grund för beslutet anfördes bland annat, med hänvisning till tidigare praxis¹⁰¹, att varje åtgärd som innebär att utövat av etableringsfriheten

¹⁰⁰ SOU 2014:40, s. 215.

¹⁰¹ Målen C-55/94 *Gebhard* och C-442/02 *Caixa Bank France*.

förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiv utgör ett hinder. Exempel på en sådan inskränkande verkan är om ett bolag, på grund av nationell skattelagstiftning, avhålls från att bilda underordnade enheter såsom fasta driftställen. Det aktuella avdragsförbudet fick till effekt att bolag som etablerar sig i andra medlemsstater utsätts för en ökad ekonomisk risk om denna andra stat använder en annan valuta än ursprungsstatens. Under sådana omständigheter måste bolaget i fråga, förutom de sedvanliga riskerna som är förknippade med en sådan etablering, även stå en skattemässig valutarisk när insatskapitalet tillhandahålls.

Finanzamt gjorde gällande att den tyska bestämmelsen – för det fall att den skulle anses utgöra ett hinder – var nödvändig för dels skattesystemets inre sammanhang, dels fördelningen av beskattningsrätten mellan Tyskland och Italien. EUD avfärdade emellertid de båda rättfärdigandegrunderna. Vad gäller argumentet om skattesystemets inre sammanhang anförde domstolen att rättfärdigandegrunden visserligen godtogs i bland annat målet *Bachmann*. För att den ska kunna tillämpas krävs dock att det visas att det finns ett direkt samband mellan skattefördelen och kompensationen för nämnda fördel genom ett visst skatteuttag. Detta direkta samband ska vidare visas på de berörda skattskyldigas nivå genom en strikt överensstämmelse mellan det som beskattas och det som är avdragsgillt. På grund av att det inte finns något sådant direkt samband som åsyftas i EUD:s praxis¹⁰² mellan valutakursvinster och valutakursförluster, ansågs kravet inte vara uppfyllt.

Vad rättfärdigandegrunden fördelningen av beskattningsrätten beträffar erinrade EUD i *Deutsche Shell* om att medlemsstaterna i och för sig har rätt att, exempelvis via dubbelbeskattningsavtal, undanröja dubbelbeskattning. Denna behörighet innebär även att en medlemsstat inte är skyldig att beakta underskott i ett utländskt fast driftställe, endast därför att underskottet inte beaktas i den stat där det fasta driftstället är stationerat. Enligt domstolen avser dock valutakursförluster en särskild rörelserelaterad omständighet som endast bör beaktas av de tyska skattemyndigheterna. Det kan, enligt domstolens uppfattning, inte tillåtas att en medlemsstat avstår från att beakta valutakursförluster, vilka är sådana att de inte kan drabba det fasta driftstället, när beskattningsunderlaget för den huvudsakliga etableringen fastställs. Det avgörande skälet till att principen om fördelningen av beskattningsrätten inte kunde tillämpas, tycks således vara att ifrågavarande valutakursförluster ansågs vara hänförliga till Deutsche Shells etablering i hemviststaten Tyskland.¹⁰³

¹⁰² Se bl.a. målen C-471/04 *Keller Holding*, C-436/00 *X och Y* och C-80/94, *Wielockx*.

¹⁰³ Samma tolkning har framförts av Johansson, s. 396-397.

4.1.2 RÅ 2009 ref. 33

I det andra målet som hänvisas till av kommittén, RÅ 2009 ref. 33, behandlades frågan om de svenska reglerna gällande avdragsrätt för valutakursförluster och deras förenlighet med EU-rätten. Omständigheterna i målet var att en fysisk person hade upptagit ett valutakorglån angivet i schweiziska franc och tyska mark hos en svensk bank. Lånet utbetalades sedermera i svenska kronor i enlighet med den vid tidpunkten gällande växelkursen. Lånet ersattes sedan med ett nytt lån av motsvarande belopp i euro när Tyskland övergick till nämnda valuta. När lånet omsattes uppstod en valutakursförlust till följd av att den svenska kronan hade försvagats i förhållande till marken. I enlighet med de då gällande svenska reglerna i 54 kap. IL, medgavs avdrag med endast 70 procent av valutakursförlusten på sådana lån. Motsvarande valutakursvinster var emellertid förenade med full skattskyldighet.

HFD anförde i sina domskäl att lån som upptas i annan valuta än svenska kronor är att betrakta som gränsöverskridande till sin karaktär. Det faktum att reglerna begränsade avdragsrätten för valutakursförluster till 70 procent, och att bolag som ville etablera sig utomlands därmed fick stå en skattemässig valutarisk ansågs, i ljuset av *Deutsche Shell*, utgöra en begränsning av den fria rörligheten för kapital. Att de svenska reglerna, till skillnad från de tyska, hade formen av ett partiellt förbud bedömdes inte ha någon avgörande betydelse. HFD ansåg vidare att det saknades grund för att rättfärdiga de svenska bestämmelserna.

I båda målen fann respektive domstol sålunda att valutakursförlusterna fick anses vara gränsöverskridande till sin karaktär. Det torde mot bakgrund av det sagda inte råda några tvivel om så är fallet. Vid en EU-rättslig prövning av kommitténs regler gällande valutakursförluster aktualiseras antingen den fria rörligheten för kapital i artikel 63 FEUF eller etableringsfriheten i artikel 49 FEUF. Vilken artikel som ska tillämpas är helt avhängigt i vilken situation valutakursförlusten uppstår. För att någon av artiklarna ska bli tillämplig krävs dock att de fluktuerande valutakurserna har orsakat en valutakursförlust som utgör en verklig ekonomisk förlust, vilket som bekant framgår av EUD:s uttalande i *Deutsche Shell*. Detta är en fråga för de nationella domstolarna att ta ställning till.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Jfr C-293/06 *Deutsche Shell*, p. 25.

4.2 Hindersprövning

I betänkandet argumenteras det för att reglerna inte utgör ett hinder för den fria rörligheten. Till grund för sitt resonemang erinrar kommittén om att den förlust av rätten till avdrag för valutakursförlusten som förekom i *Deutsche Shell* var direkt sammankopplad med den gränsöverskridande aktiviteten. Om förlusten istället hade uppstått i den tyska verksamheten skulle den varit avdragsgill. Vad gäller det svenska förslaget om avdragsförbud för negativa finansnetton medför detta, till skillnad från de dåvarande tyska reglerna, inte att valutakursförluster beskattas på annat sätt än andra finansiella kostnader. På så vis saknar avdragsbegränsningen för valutakursförluster som utgör finansiella kostnader samband med den gränsöverskridande aktiviteten. Istället ska en självständig prövning av om valutakursförlusten utgör en finansiell kostnad eller inte företas.¹⁰⁵

Johansson beskriver tre möjliga tolkningar av EUD:s resonemang i *Deutsche Shell*, varav de två första syftar till att bedöma om en medlemsstats regler är likabehandlande eller inte. Den tredje tolkningen tar enbart sikte på att avgöra huruvida medlemsstatens regler har en negativ inverkan den på den skattskyldiges vilja att utnyttja sina grundläggande friheter. Kommittén förefaller i denna del resonera i enlighet med Johanssons första tolkning av domen. Resonemanget bygger på premissen att likabehandling ska förstås som att den skattskyldige medges avdrag enligt *vanliga regler* såväl i gränsöverskridande som i motsvarande rent inhemska situationer. Bedömningen av vad som utgör vanliga regler i den rent inhemska situationen är, med hänsyn till valutakursförlusternas särart, inte helt oproblematiske. Valutakursförluster uppstår i regel endast i gränsöverskridande situationer och vidare kan de, för skattskyldiga som etablerat dotterbolag i en annan medlemsstat, anses vara hänförliga till ägandet av andelarna i dotterbolaget. Enligt Johansson ligger det därmed nära till hands att jämföra valutakursförlusterna med andra kostnader som kan hänföras till ägande av andelar i andra bolag.¹⁰⁶

Exempel på kostnader som kan hänföras till ägande av andelar i andra bolag torde utgöras av räntekostnader.¹⁰⁷ Det skulle mot bakgrund härav kunna hävdas att reglerna om avdrag för valutakursförluster ska jämföras med reglerna om avdrag för ränteavdrag och andra finansiella kostnader i allmänhet. Kommittén föreslår som bekant att avdrag för ifrågavarande kostnader ska ersättas av finansieringsavdraget, vilket betyder att avdrag ska

¹⁰⁵ SOU 2014:40, s. 217.

¹⁰⁶ Johansson, s. 396-397.

¹⁰⁷ Ibid.

medges för finansiella kostnader i allmänhet till den del de överstiger de finansiella intäkterna. Den skattskyldige medges därmed avdrag i såväl gränsöverskridande som i motsvarande rent inhemska situationer, varför det inte föreligger någon negativ särbehandling och följaktligen inte heller något hinder.

Den andra tolkningen tar sin utgångspunkt i att diskriminering, enligt EUD:s praxis¹⁰⁸, kan bestå i att samma regel tillämpas på olika situationer. Lang anser, med hänvisning till nedanstående citat, att denna alternativa definition av diskrimineringsbegreppet används av domstolen i *Deutsche Shell*:¹⁰⁹

”Som generaladvokaten påpekade [...] ökar den skattelagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen den ekonomiska risken för ett bolag med hemvist i en medlemsstat som önskar bilda en enhet i en annan medlemsstat, när en annan valuta än den i ursprungsstaten används. I en sådan situation måste den huvudsakliga etableringen hantera inte bara de sedvanliga risker som är förenade med bildandet av en sådan enhet, utan även stå en ytterligare risk av skattemässig natur när den tillhandahåller enheten insatskapital.”¹¹⁰

Han menar att ovanstående uttalande ger uttryck för att utgången i *Deutsche Shell* berodde på att Tyskland, i egenskap av hemviststat, tillämpade ett och samma avdragsförbud på alla utgifter hänförliga till skattefria intäkter, trots att valutakursförlusternas motiverade tillämpning av andra regler. Diskriminering uppstod således till följd av att det tyska skattesystemet inte tog den förhöjda risken vid gränsöverskridande situationer i beaktande och tillämpade andra regler.¹¹¹

För svenskt vidkommande innebär det ovan sagda att det finns en möjlighet att EUD, vid en framtida prövning av kommitténs förslag avseende avdrag för valutakursförluster, väljer att tillämpa den alternativa diskrimineringsdefinitionen. Det kan konstateras att det finns situationer där en valutakursförlust inte täcks av finansiella kostnader och att bolaget därmed nekas avdrag för valutakursförlusten. EUD skulle sannolikt, mot bakgrund av Johanssons tolkning av resonemanget i *Deutsche Shell*, konstatera att de aktuella reglerna medför att samma avdragsförbud tillämpas på alla utgifter som inte täcks av finansiella intäkter. Mot bakgrund av att valutakursförluster är gränsöverskridande till sin natur och att de innebär en ökad skattemässig risk, är det vidare troligt att domstolen

¹⁰⁸ Se bl.a. målen C-279/93 *Schumacker* och C-311/97 *Royal Bank of Scotland*.

¹⁰⁹ Lang 2009, s. 99.

¹¹⁰ *Deutsche Shell*, p. 30.

¹¹¹ Johansson, s. 398.

skulle anse att det finns skäl att inte tillämpa samma regler i de båda situationerna.

Även Langs resonemang bygger dock på en jämförelse i likhet med den som presenterades i delen om Johanssons första tolkning. Lang menar nämligen att de tyska reglerna i *Deutsche Shell* inte skulle ha utgjort hinder om det inte vore för att Tyskland medgav avdrag för andra utgifter än valutakursförluster.¹¹² Också här blir det således fråga om att jämföra möjligheterna att erhålla avdrag för kostnader som är hänförliga till gränsöverskridande situationer med motsvarande inhemska dito. Slutsatsen torde här bli densamma som i den första tolkningen, det vill säga att avdragsförbudet för negativa finansnetton inte medför negativ särbehandling, eftersom den skattskyldige medges samma avdrag i gränsöverskridande och inhemska situationer.

Enligt Johanssons tredje tolkning avstod EUD i *Deutsche Shell* från att göra en diskrimineringsanalys, och gjorde istället en restriktionsanalys. Denna senare analys förutsätter, till skillnad från den tidigare, inte någon explicit koppling till principen om likabehandling. En skatteregel kan således utgöra ett hinder för den fria rörligheten, även om det inte föreligger någon negativ särbehandling. Ståhl m.fl. anser att EUD baserade sitt avgörande i *Deutsche Shell* på just detta resonemang. Enligt författarna utgör restriktionsanalysen det enda gångbara undantaget från kravet på negativ särbehandling. Vidare tillämpas analysen endast om en skatteregel bara har relevans i en gränsöverskridande situation och det därmed inte är möjligt att hitta en jämförbar intern situation.¹¹³

Johansson anser, liksom Ståhl m.fl., att EUD mycket väl kan ha gjort en restriktionsanalys i *Deutsche Shell*. Till grund för sin ståndpunkt anför han att domskälen inte innehåller någon explicit jämförelse och att uttalandet av generaladvokaten antyder att det skulle vara fråga om en restriktionsanalys:

”... För kommissionen är inte den avgörande faktorn vid besvarandet av frågan i begäran om förhandsavgörande från Finanzgericht huruvida det har förekommit diskriminerande behandling, utan om den tyska nationella lagstiftningen framkallar en situation som har en avhållande effekt på dem som vill utöva sin etableringsfrihet [...] Jag instämmer.”¹¹⁴

Johansson menar dock, i kontrast till Ståhl m.fl., inte att EUD tillämpade restriktionsanalysen därför att det inte gick att finna en jämförbar intern

¹¹² Johansson, s. 398-399.

¹¹³ Ståhl m.fl., s. 105.

¹¹⁴ Mål C-293/06 *Deutsche Shell*, generaladvokaten, 29-44.

situation. Enligt honom var det nämligen, som ovan framförts, möjligt att identifiera jämförbara situationer i *Deutsche Shell*. Mot bakgrund därav förefaller det, enligt Johansson, mer sannolikt att EUD använde sig av någon av de ovan presenterade diskrimineringsanalyserna, och inte av restriktionsanalysen.¹¹⁵

Den tredje tolkningen framstår som mest trolig, nämligen att domstolen i målet gjorde en restriktionsanalys. Om så är fallet torde EUD vid en prövning av kommitténs förslag, oaktat att jämförbarhet inte föreligger, anse att avdragsförbudet utgör ett hinder för den fria rörligheten. Detta eftersom valutakursförluster endast aktualiseras i gränsöverskridande situationer, och att finansnettot kan bli negativt till följd av ett nekat avdrag, vilket har en negativ inverkan på den skattskyldiges vilja att utnyttja sina fördragsskyddade friheter.

4.3 Rättfärdigande grunder och proportionalitetsbedömning

Det finns som, konstaterades i föregående avsnitt, en risk att kommitténs förslag vid en eventuell framtida prövning kan anses utgöra ett hinder för den fria rörligheten, vad rätten till avdrag för valutakursförluster anbelangar. Nästa steg i analysen blir därför att avgöra huruvida hindret kan rättfärdigas.

Det framstår som mer eller mindre uteslutet att rättfärdiga här aktuella regler med stöd av de undantagsbestämmelser som stadgas i FEUF. Möjligheterna att använda fördragets undantag för att rättfärdiga hinder för etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital är, som ovan konstaterats, mycket begränsade. Mer troligt är att förslaget i första hand ska prövas mot rättfärdigande grunderna bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten och skattesystemets inre sammanhang. EUD:s avgörande i *Deutsche Shell* ger stöd för ett sådant synsätt.

Som tidigare nämnts finns det stora likheter mellan de av kommittén föreslagna reglerna avseende avdrag för valutakursförluster, och de regler som var föremål för prövning i *Deutsche Shell*. Med hänsyn till att EUD i *Deutsche Shell* valde att pröva de tyska reglerna mot bakgrund av nämnda rättfärdigande grunder, kan det hållas för troligt att domstolen kommer göra detsamma vid en prövning av de svenska reglerna. Här närmast följer därför

¹¹⁵ Johansson, s. 400–401.

en rättfärdigandebedömning med utgångspunkt i behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten och skattesystemets inre sammanhang.

4.3.1 Behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten

Av genomgången i avsnitt 3.5.4 framgår att varje medlemsstat har en rätt att säkerställa att intäkter som ska beskattas i denna stat, enligt den välvägda fördelningen av beskattningsrätten, verkligen beskattas där. Behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten är en separat rättfärdigandegrund, och kan som sådan ensam rättfärdiga en hindrande bestämmelse. I avsnitt 4.1.1 förklarades att EUD i *Deutsche Shell* ansåg att de tyska reglerna inte kunde rättfärdigas med hänvisning till behovet av att upprätthålla fördelningen av beskattningsrätten. Skälen härtill förefaller vara att valutakursförlusterna ansågs hänförliga till Deutsche Shells etablering i hemviststaten Tyskland.

Med hänsyn till likheterna mellan kommitténs föreslagna bestämmelser och de bestämmelser som var föremål för prövning i *Deutsche Shell*, får det ses som troligt att EUD vid en framtida prövning av de tidigare bestämmelserna skulle argumentera som i sagda fall. Detta innebär att slutsatsen sannolikt skulle bli att valutakursförlusterna inte drabbar det utländska dotterbolaget, varför de ska ses som hänförliga till den svenska etableringen. I så fall torde det inte bryta mot fördelningen av beskattningsrätten att medge avdrag för dessa förluster i Sverige.

Visst stöd för ett sådant synsätt erhålls i Johanssons tolkning av EUD:s argumentation kring territorialitetsprincipen i *Bosal* och *Keller*. Enligt honom fick det ses som symmetriskt att avdrag medgavs i de medlemsstater varifrån kostnaderna emanerade, nämligen moderbolagens hemviststater.¹¹⁶ Argumentationen avser visserligen territorialitetsprincipen, men som tidigare nämnts tenderar domstolen att slå ihop de båda grunderna. Att det finns ett starkt samband mellan grunderna beträffande vikten av territoriell symmetri förespråkas även av Terra & Wattel.¹¹⁷

Sammantaget kan de svenska reglerna, mot bakgrund av det ovanstående, sannolikt inte rättfärdigas med hänvisning till behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten.

¹¹⁶ Johansson, s. 389 och 392.

¹¹⁷ Se avsnitt 3.5.3 och EUD:s resonemang i *N mot Inspecteur*.

4.3.2 Skattesystemets inre sammanhang

I avsnitt 3.5.6 redogjordes det för möjligheten att rättfärdiga en hindrande nationell bestämmelse med hänvisning till bevarandet av skattesystemets inre sammanhang. Ett grundläggande krav för att så ska kunna ske är som bekant att det finns ett samband mellan skattefördelen och skattenackdelen i det enskilda fallet. Denna bedömning är restriktiv och EUD har, sedan *Bachman*, upprepade gånger avfärdat rättfärdigandegrunden med hänvisning till frånvaron av samband.¹¹⁸ Motsatt bedömning gjordes i målen *Krankenheim* och *Papillon* där EUD istället fann att kravet på samband var uppfyllt.

I *Deutsche Shell* uttalade EUD att rättfärdigandegrunden visserligen godtogs i *Bachman*, men att det i föreliggande fall inte fanns något direkt samband mellan den skattemässiga nackdelen och motsvarande skattemässiga fördel. Med detta menar domstolen, enligt Johansson, att det inte är tillräckligt att den skatteskyldige potentiellt kan få en motsvarande skattefördel. Det måste av medlemsstatens regler de facto följa att så sker. Därmed räcker det inte att det nekade avdraget för valutakursförluster kompenseras med skattefrihet för valutakursvinster.¹¹⁹

Det får anses troligt att EUD vid en eventuell prövning av kommitténs förslag avseende avdrag för valutakursförluster, finner att förslaget inte kan rättfärdigas med hänsyn till skattesystemets inre sammanhang. Till den del valutakursförlusterna ingår i ett negativt finansnetto är de inte avdragsgilla, samtidigt som motsvarande valutakursvinster är skattepliktiga. I kommitténs förslag finns det således överhuvudtaget ingen korresponderande fördel som kan uppväga den skattemässiga nackdel som det nekade avdraget utgör. Även om förslaget hade innehållit en sådan fördel så har EUD redan, genom *Deutsche Shell*, slagit fast att skattefrihet för valutakursvinster inte kan väga upp för nekade avdrag för valutakursvinster. Det finns därmed inte något direkt samband mellan skattenackdelen och motsvarande skattefördel, varför rättfärdigandegrunden skattesystemets inre sammanhang inte kan tillämpas.

Ovan har det konstaterats att kommitténs förslag avseende begränsningar i avdragsrätten för valutakursförluster inte kan rättfärdigas. Följaktligen finns det inte skäl att bedöma reglernas proportionalitet.

¹¹⁸ Se t.ex. Mål X-80/94 *Wielockx* och mål C-136/00 *Danner*.

¹¹⁹ Johansson, s. 391

5 Utjämnning av finansnetton inom koncerner

Kommitténs förslag innehåller som bekant en möjlighet för koncernföretag att utjämma finansnetton inom koncernen. Möjligheten utgör ett potentiellt problem ur EU-synpunkt, vilket också kommittén till viss del medger.¹²⁰ Nedan följer därför en EU-rättslig prövning av förslaget i denna del. Precis som i föregående kapitel följer prövningen det mönster som presenterades i kapitel 3.

5.1 Utnyttjande av fördragsfrihet

Förslaget om utjämnning av finansnetton inom koncerner berör oundvikligen gränsöverskridande situationer och reglerna måste därför utformas i enlighet med den fria rörligheten. Med hänsyn till koncernbidragsrättens krav på att moderbolagets ägande i dotterbolaget måste överstiga 90 procent, ska förslaget i denna del prövas mot etableringsfriheten.¹²¹ Detta följer av målen *Skatteverket mot A och B*, *Think Cap Group Litigation* och *Lasertec*.¹²²

5.2 Hindersprövning

Kommittén menar att de föreslagna reglerna kan medföra att det för svenska moderföretag framstår som mindre förmånligt att placera dotterföretag utomlands, vilket potentiellt utgör ett hinder för etableringsfriheten. Någon närmare hindersprövning företas emellertid inte.¹²³

Som konstaterats i avsnitt 3.4 krävs det – för att otillåten diskriminering ska föreligga – att det gränsöverskridande förhållandet är objektivt jämförbart med det inhemska förhållandet. *Terra & Wattel* argumenterar, utifrån EUD:s praxis¹²⁴, för att jämförelsekriteriet är avhängigt den grad till vilken medlemsstaten förutsätter beskattningsrätt över den gränsöverskridande situationen, jämfört med den inhemska situationen. Om en medlemsstat

¹²⁰ SOU 2014:40, s. 188

¹²¹ 35 kap. 2 § IL.

¹²² Målen C-524/04 *Skatteverket mot A och B*, C-524/04 *Think Cap Group Litigation*, C-492/04 *Lasertec*. Se även *Ståhl m.fl.*, s. 139.

¹²³ SOU 2014:40, s. 188

¹²⁴ Målen C-307/97 *Saint Gobain*, C-319/02 *Manninen*, C-513/04 *Kerckhaert and Morres* och C-170/05 *Denkavit Internationaal and Denkavit France*.

förutsätter att dess beskattningsrätt över en viss gränsöverskridande situation är densamma som över motsvarande inhemska situation, måste jurisdiktionen också utövas på samma sätt i de båda fallen. Vad medlemsstaten *förutsätter* i fråga om sin beskattningsrätt faller således under dess nationella kompetens, men *utövandet* av beskattningsrätten blir föremål för EUD:s prövning.¹²⁵

Jämförelsen ska således, enligt Terra & Wattel, företas *inom* den av medlemsstaten förutsatta skattejurisdiktionen. Vi kan härvid konstatera att kommitténs förslag innebär att dotterbolag som är stationerade utomlands inte är föremål för beskattning i Sverige, medan motsvarande inhemska dotterbolag är det. Med hänsyn till förslaget utformning och mot bakgrund av Terra & Wattels tolkning av EUD:s praxis, kan man på goda grunder kan argumentera för att jämförbarhet inte föreligger, och att det därmed inte är fråga om en diskriminerande handling.

Mot en sådan argumentation talar EUD:s avgörande i målet *Marks & Spencer*. Om domstolen, i sina domskäl i *Marks & Spencer*, hade resonerat i enlighet med Terra & Wattels resonemang ovan, skulle den inhemska och den gränsöverskridande situationen förmodligen inte ansetts jämförbara. Dotterbolagen var nämligen stationerade utomlands och Storbritannien *förutsatte* därför att man saknade rätt att beskatta dotterbolagens inkomster.

EUD resonerade emellertid inte som Terra & Wattel. Istället företog den en jämförelse mellan dotterbolag med hemvist i moderbolagets hemviststat och dotterbolag med hemvist utomlands. De brittiska reglerna befanns härvid utgöra en inskränkning av etableringsfriheten, eftersom de behandlade de båda situationerna olika. Effekten av domen blev således att Storbritannien tvingades utsträcka sin skattejurisdiktion till att även omfatta vissa inkomster hänförliga till utländska bolag. Detta trots att Storbritannien *förutsatte* att de saknade rätt att beskatta dotterbolagens inkomster.

Det av EUD förda resonemanget i *Marks & Spencer* bekräftas bland annat i målet *X Holding*, som rörde det nederländska moderbolaget X Holding och dess dotterbolag i Belgien. Enligt nederländska regler tilläts X Holding och dess dotterbolag inte att bilda en enda skattemässig enhet, vilket dock nederländska moderbolag vars dotterbolag har hemvist i Nederländerna tilläts göra. Frågan som den hänskjutande nationella domstolen ställde var om de nederländska reglerna kunde anses strida mot etableringsfriheten. I sina domskäl företog EUD, liksom i *Marks & Spencer*, en jämförelse mellan

¹²⁵ Terra & Wattel, s. 460.

den gränsöverskridande situationen och en motsvarande rent inhemsk situation:

”Situationen för ett moderbolag med hemvist i landet som önskar bilda en enda skattemässig enhet med ett dotterbolag som också det har hemvist i landet är dock [...] objektivt jämförbar med situationen för ett moderbolag med hemvist i landet som önskar bilda en enda skattemässig enhet med ett dotterbolag som saknar hemvist i landet. [...]”¹²⁶

Mot bakgrund av resonemangen i *Marks & Spencer* och *X Holding*, framstår det som sannolikt att EUD även vid en prövning av de föreslagna reglerna om koncernintern utjämning av finansnetton, skulle anse att det är fråga om en jämförbar situation. Reglerna riskerar (vilket också kommittén medger) att göra det mindre förmånligt för svenska bolag att placera sina dotterbolag i andra medlemsstater. Det förefaller därför troligt att EUD skulle anse att den gränsöverskridande situationen behandlas mindre förmånligt än den rent inhemska, och att det därmed är fråga om ett hinder för etableringsfriheten.

5.3 Rättfärdigande grunder och proportionalitetsbedömning

Med hänsyn till att det finns en viss risk att kommitténs förslag avseende reglerna om utjämning av finansnetton inom koncerner utgör ett hinder för etableringsfriheten, finns det anledning att utreda om de kan rättfärdigas. Kommittén anför i detta sammanhang att om avdrag för utländska dotterbolags negativa finansnetton fick göras, skulle det innebära att svenska koncernföretag medgavs avdrag för kostnader som uppkommit utanför den svenska verksamheten. Ett sådant system strider, enligt kommittén, mot den skatterättsliga territorialitetsprincipen.¹²⁷

Till stöd för sin uppfattning hänvisar kommittén till målet *Futura*. Målet gällde det franska bolaget Futura Participations SA (Futura) och dess fasta driftställe i Luxemburg. Enligt luxemburgsk lagstiftning fanns det en möjlighet för utländska bolag att redovisa den beskattningsbara inkomsten från ett fast driftställe i Luxemburg, utifrån en proportionell fördelning av bolagets samlade inkomst. Denna möjlighet saknades emellertid om det redovisade resultatet utgjorde ett underskott. Effekten blev således att avdrag för förluster endast medgavs såvitt de var hänförliga till det fasta driftstället i Luxemburg. EUD konstaterade att den luxemburgska lagstiftningen var utformad så att såväl inhemska som utländska bolag

¹²⁶ C-337/08 *X Holding*, p. 24.

¹²⁷ SOU 2014:40, s. 188

endast beskattades för inkomster hänförliga till verksamhet i Luxemburg. Att avdrag bara medgavs för till den luxemburgska verksamheten hänförliga förluster ansågs därför överensstämma med territorialitetsprincipen.

Kommittén hänvisar dessutom till senare praxis i målen *Bosal Holding* och *Marks & Spencer*. Av nämnda mål framgår att det, enligt den skatterättsliga territorialitetsprincipen, utgör ett legitimt syfte att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten mellan stater, genom att möjliggöra att värden som skapats i en stat också kan beskattas där.¹²⁸ Vidare skriver kommittén att:

”Om utländska företags negativa finansnetto skulle få användas för att göra ett avdrag i ett svenskt koncernföretag med positivt finansnetto skulle det även kunna innebära att de finansiella kostnaderna i det utländska dotterföretaget beaktades två gånger, dels genom att minska beskattningsunderlaget i det svenska koncernföretaget, dels genom att ett avdrag för finansiella kostnader skulle kunna göras i det utländska koncernföretaget i enlighet med de utländska reglerna.”¹²⁹

Av citatet att döma är kommittén alltså av uppfattningen att reglerna om koncernintern utjämning av finansnetton även kan rättfärdigas mot bakgrund av risken att förluster beaktas två gånger. Kommittén skriver vidare att det av EUD:s praxis i målen *Marks & Spencer* och *Lidl Belgium*, följer att en medlemsstat får vägra avdrag för förluster som uppstått i en annan medlemsstat, under förutsättning att det finns möjlighet för det utländska dotterbolaget att göra avdrag för definitiva förluster. Den av kommittén föreslagna avdragsrätten rör dock inte definitiva förluster utan endast finansiella kostnader, och därför aktualiseras inte EUD:s praxis beträffande slutliga förluster. På det hela taget får förslaget avseende koncernintern utjämning av finansnetton, enligt kommittén, anses vara förenligt med EU-rätten.¹³⁰

Det är oklart hur EUD, vid en framtida prövning av rättfärdigandegrunder, skulle resonera kring de föreslagna reglerna om utjämning av finansnetton inom koncerner. Här närmast följer därför en genomgång av rättfärdigandegrunder som – var för sig eller tillsammans – eventuellt skulle kunna rättfärdiga de aktuella reglerna.

¹²⁸ Ibid.

¹²⁹ SOU 2014:40, s. 189.

¹³⁰ SOU 2014:40, s. 189.

5.3.1 Den skatterättsliga territorialitetsprincipen

Kommittén framför att det skulle kunna strida mot territorialitetsprincipen att medge svenska koncernföretag avdrag för kostnader som uppstår utanför den svenska verksamheten. Hänvisning görs härvid till målet *Futura* där det ansågs godtagbart för medlemsstater att utforma skatteregler i enlighet med territorialitetsprincipen. Därefter skriver kommittén att det genom *Bosal* och *Marks & Spencer* slogs fast att:

”[...] Det är ett legitimt syfte att mot bakgrund av denna princip säkerställa fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna så att värden som upparbetats i en medlemsstat kan beskattas i den staten.”¹³¹

Kommitténs analys av territorialitetsprincipen kan med andra ord inte sägas vara särskilt uttömmande. Som ovan framgått är territorialitetsprincipen vag till sin utformning och det får anses vara oklart i vilken utsträckning den kan användas för att rättfärdiga nationella bestämmelser.¹³² Kommittén borde ha problematiserat frågan mer. Det stämmer i och för sig att EUD lyfte fram territorialitetsprincipen i de av kommittén nämnda målen. Samtidigt ska det emellertid erinras om att principen inte ensamt ansågs kunna rättfärdiga de nationella reglerna i varken *Bosal* eller *Marks & Spencer*.

Det är med andra ord inte självklart att regler kan rättfärdigas endast därför att de är förenliga med territorialitetsprincipen. Av praxis kan slutsatsen dras att det för rättfärdigandegrundens tillämpning åtminstone bör krävas att det är fråga om förlustutjämning inom ett och samma skattesubjekt. I såväl *Marks & Spencer* som *Bosal* och *Keller* skedde förlustutjämnningen mellan flera skattesubjekt och i inget av fallen ansågs territorialitetsprincipen kunna rättfärdiga de nationella reglerna. I *Futura*, där förlustutjämnningen skedde inom ett och samma skattesubjekt, rättfärdigades reglerna däremot mot bakgrund av principen.

En förutsättning för att kunna utnyttja den möjlighet till förlustutjämning som föreslås av kommittén, är att utjämnningen sker mellan moderbolag och dotterbolag. Som tidigare framgått utgör dotterbolaget ett i förhållande till moderbolaget självständigt skattesubjekt. Förlustutjämnningen kommer på så vis – liksom i *Marks & Spencer*, *Bosal* och *Keller* – att utföras mellan flera olika skattesubjekt. Förslaget torde därmed inte kunna rättfärdigas med stöd av territorialitetsprincipen.

¹³¹ SOU 2014:40, s. 188.

¹³² Se avsnitt 3.5.3.

5.3.2 Behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten

Genomgången av praxis i avsnitt 3.5.4 indikerar att EUD främst använder sig av två typer av argument då den prövar bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten, då fråga är om resultatutjämnning eller andra förhållanden inom en koncern. För det första anser domstolen att vinster och förluster ska behandlas inom ett och samma skattesystem. För det andra anser domstolen att det äventyrar den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten om bolag ges möjlighet att välja i vilken stat dess vinster och förluster ska beaktas.¹³³ Det är således i ljuset av dessa argument som möjligheterna att rättfärdiga kommitténs förslag ska bedömas.

I de mål som varit uppe för prövning har frågan emellertid avsett import av underskott i utländska bolag och inte, som i kommitténs förslag, import av negativa finansnetton. Frågan är således om det finns några grundläggande skillnader mellan de båda situationerna som medför att de i avsnitt 3.5.4 beskrivna argumenten inte kan appliceras på kommitténs slutbetänkande. En första skillnad är att bolags resultat består av antingen ett underskott eller ett överskott, medan finansnettot endast utgör en delpost i resultatet. Själva utjämningsmöjligheten avser således två olika saker, nämligen resultatet i sin helhet respektive en del av detsamma. Vad denna skillnad har för betydelse är svårt att sja om eftersom frågan inte varit uppe för prövning. Den torde dock inte ha någon avgörande betydelse, med hänvisning till att det i båda fallen handlar om faktiska kostnader som belastar verksamheten.

Mot bakgrund av EUD:s första argument kan följande konstateras gällande kommitténs förslag. För det fall att svenska moderbolag tillåts tillgodogöra sig avdrag för utländska dotterbolags negativa finansnetton, innebär det att avdrag medges i Sverige för kostnader som uppkommit utanför den svenska verksamheten. Det kan härigenom i min mening anses uppstå en asymmetri, eftersom kostnader som inte motsvaras av svenska intäkter allokeras till det svenska skattesystemet. Dessa intäkter borde rätteligen, enligt EUD:s första argument, beskattas i den stat där dotterbolaget har upparbetat sina intäkter.

Om förslaget utformas på så som beskrivs i föregående stycke, medför det en möjlighet för bolag att välja i vilken stat dess kostnader och intäkter ska beaktas. Moderbolag kan nämligen, genom att placera dotterbolag i andra stater och allokera negativa finansnetton till Sverige, reducera sitt svenska beskattningsunderlag. Därigenom ges moderbolaget möjlighet att välja bort

¹³³ Jfr Holme, s. 557– 558.

svensk beskattning, vilket enligt domstolens andra argument påtagligt äventyrar fördelningen av beskattningsrätten.

Effekten blir därmed att Sverige inte kan beskatta de intäkter som staten, i enlighet med fördelningen av beskattningsrätten, får beskatta. Med hänsyn till EUD:s praxis förefaller det därför vara rättfärdigat att säkerställa att de aktuella intäkterna verkligen beskattas i Sverige.

5.3.3 Risken att förluster beaktas två gånger

Kommittén hänvisar som bekant till den i avsnitt 3.5.5 beskrivna risken för dubbelt beaktande av förluster. Kommittén tycks härigenom göra gällande att rättfärdigandegrunden ska tillämpas i kombination med behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten.¹³⁴ Detta ligger i linje med EUD:s praxis där de båda grunderna inte sällan behandlas tillsammans. Att rättfärdigandegrunden risken att förluster beaktas två gånger på egen hand skulle kunna rättfärdiga kommitténs förslag är knappast troligt, givet att den aldrig tidigare har tillämpas som ensam rättfärdigandegrund.¹³⁵

Med detta sagt kan risken att förluster beaktas två gånger, i kombination med behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten, möjligtvis ge ytterligare stöd för ett rättfärdigande av kommitténs förslag. Frågan är därför om det föreligger en risk att förluster beaktas två gånger om svenska bolag tillåts göra avdrag för förluster hänförliga till dotterbolag i en annan medlemsstat. Det existerar troligtvis en sådan risk, då bolagets svenska beskattningsunderlag minskar samtidigt som dotterbolaget eventuellt kan göra avdrag för de finansiella kostnaderna i enlighet med sin stats regler.¹³⁶

5.3.4 Proportionalitetsbedömning

För det fallet att de båda rättfärdigandegrunderna kan motivera de hindrande bestämmelserna, blir nästa steg att avgöra huruvida bestämmelserna når upp till kravet på proportionalitet. Ifall reglerna befins vara alltför ingripande får de inte tillämpas i den givna situationen men möjligen i andra situationer där hindret är mindre ingripande.¹³⁷ Det är svårt att bedöma hur EUD skulle resonera kring de föreslagna reglernas proportionalitet i en given situation, men på ett generellt plan kan följande sägas.

¹³⁴ SOU 2014:40, s. 189.

¹³⁵ Jfr avsnitt 3.5.6.

¹³⁶ Jfr målen C-414/06 *Lidl Belgium*, p. 36 och C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 48.

¹³⁷ Se avsnitt 3.6.

Inledningsvis ska det noteras att kommittén hänvisar till *Marks & Spencer*, där EUD som bekant framförde att de brittiska reglerna kunde rättfärdigas utom i situationer då det är fråga om slutliga förluster i dotterbolagen. Det är enligt min mening korrekt att, som kommittén skriver, förslaget endast tar sikte på finansiella kostnader och inte på slutliga förluster.¹³⁸ Detta betyder emellertid inte desto mindre att reglerna även i övrigt måste leva upp till de krav på proportionalitet som fastslagits i EUD:s praxis.

Syftet med de aktuella bestämmelserna är, enligt kommittén, bland annat att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna samt att förhindra att avdrag beaktas två gånger.¹³⁹ Reglerna får härvid enligt min bedömning anses utgöra lämpliga medel för att uppnå sagda syfte. Effekten av reglerna blir nämligen att risken att avdrag beaktas två gånger reduceras och att fördelningen av beskattningsrätten upprätthålls. Därutöver krävs det även att den valda åtgärden utgör det minst ingripande alternativet.¹⁴⁰

Nödvändighetsbedömningen förutsätter att det existerar alternativa åtgärder att välja mellan. I *Lidl* ansåg kommissionen och bolaget att det vore mindre ingripande att låta bolaget dra av förluster i dess fasta driftställe, förutsatt att bolaget i sina framtida resultat tar in senare vinster i detta driftställe. EUD valde här att hänvisa till vad som sagts i *Marks & Spencer*, nämligen att en åtgärd går utöver vad som är nödvändigt när det, på grund av att förlusterna är slutliga, saknas möjlighet att under framtida beskattningsår beakta dessa i dotterbolagets stat. I vårt fall är det som konstaterats ovan dock inte fråga om några sådana slutliga förluster.

I *X Holding* gjorde kommissionen och bolaget gällande att det vore mindre ingripande att tillåta temporär förlustutjämning. Denna möjlighet existerade redan beträffande fasta driftställen, vilka således tillfälligt tilläts kvitta sina underskott mot moderbolagens överskott. EUD ansåg dock att dotterbolag och fasta driftställen inte befinner sig i jämförbara situationer när det gäller fördelningen av beskattningsrätten.

Vårt att nämnda är att proportionalitetsbedömningen i *X Holding* har varit föremål för omfattande kritik av bland annat Vascega & van Thiel. Enligt författarna utgör domen ett lågvattenmärke i EUD:s praxis. Ett skäl härtill är att proportionalitetsbedömningen består av ett cirkelresonemang. Domstolen använder behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten inte enbart för att rättfärdiga de hindrande reglerna, utan även för att rättfärdiga

¹³⁸ SOU 2014:40, s. 189.

¹³⁹ SOU 2014:40, s. 188–189.

¹⁴⁰ Se avsnitt 3.6.

avfärdandet av det minst ingripande alternativet (möjligheten till temporär förlustutjämning).¹⁴¹

Trots att proportionalitetsbedömningen i *X Holding* inte är helt övertygande, måste det beaktas i avvaktan på ett eventuellt nytt avgörande. Kommitténs föreslagna regler avser som bekant ett moderbolags möjligheter att utnyttja ett negativt finansnetto hos ett dotterbolag. Temporär förlustutjämning torde därmed, i ljuset av *X Holding*, inte kunna utgöra en alternativ åtgärd till de föreslagna reglerna.

Med hänsyn till ovanstående framstår det som troligt att EUD vid en samlad bedömning finner att reglerna är proportionerliga i förhållande till de syften som eftersträvas.

¹⁴¹ Vascega & van Thiel, avsnitt 3.3 och 3.4.

6 Sammanfattande analys

I framställningen har två aspekter av huvudförslaget förenlighet med EU-rättens bestämmelser om fri rörlighet utretts i enlighet med nedanstående frågeställning:

- Hur står sig kommitténs förslag gällande avdragsbegränsningar för valutakursförluster och utjämning av finansnetton inom koncerner vid en hindersprövning?
- För det fall att resultatet av en sådan prövning blir att ifrågavarande regler anses utgöra ett hinder för den fria rörligheten, vilka utsikter finns då för ett eventuellt rättfärdigande av desamma, mot bakgrund av rättfärdigandegrunderna och proportionalitetsbedömningen?

Vad den första aspekten anbelangar – reglerna kring avdragsbegränsningar för valutakursförluster – kan följande konstateras. Det torde, mot bakgrund av *Deutsche Shell*, inte råda några tvivel om att valutakursförluster är att se som gränsöverskridande till sin karaktär. Därmed aktualiseras antingen den fria rörligheten för kapital eller etableringsfriheten, beroende på förhållandet i det enskilda fallet. Reglerna får vidare, mot bakgrund av Johanssons tredje tolkning av *Deutsche Shell*, sannolikt anses utgöra ett hinder för den fria rörligheten. Utfallet kan dock variera beroende på hur man väljer att tolka EUD:s avgörande i *Deutsche Shell*.

Därmed aktualiseras den andra delen av uppsatsens frågeställning, nämligen frågan om hindret kan rättfärdigas. I uppsatsen prövas de hindrande reglerna dels mot behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten, dels mot skattesystemets inre sammanhang. Den sammantagna bedömningen blir att reglerna inte kan rättfärdigas med stöd av någon av de båda grunderna. För den första grundens del beror detta på att valutakursförlusterna troligtvis är att bedöma som hänförliga till den svenska etableringen. Det bryter därmed inte mot fördelningen av beskattningsrätten att avdrag medges i Sverige. Skälet till att den andra grunden inte kan tillämpas är att det inte finns något direkt samband mellan en skattenackdel och en motsvarande skattefördel i kommitténs förslag. Hindret kan därför inte rättfärdigas, vilket medför att förslaget gällande valutakursförluster står i strid med EU-rättens regler om fri rörlighet.

Gällande den andra aspekten – utjämning av finansnetton inom koncerner – kan följande sägas. Förslaget beror gränsöverskridande situationer och ska

därför utformas i enlighet med etableringsfriheten. I ljuset av *X Holding* och *Marks & Spencer* framstår det som troligt att EUD vid en framtida prövning anser att det gränsöverskridande förhållandet är objektivt jämförbart med motsvarande inhemska förhållande. Med hänsyn till att reglerna gör att det blir mindre förmånligt för svenska bolag att placera sina dotterbolag i andra medlemsstater, är det troligt att ett hinder för etableringsfriheten föreligger.

Även här aktualiseras följaktligen den andra delen av frågeställningen. Vad gäller utsikterna för ett rättfärdigande av de föreslagna bestämmelserna, ska det först konstateras att det finns åtminstone tre rättfärdigandegrunder som potentiellt kan användas. Med hänvisning till EUD:s avgöranden i *Marks & Spencer*, *Bosal* och *Keller* är det mindre troligt att reglerna kan rättfärdigas med stöd av territorialitetsprincipen. Slutsatsen grundar sig på ståndpunkten att EUD i sagda mål ansåg att principen inte kunde tillämpas därför att det var fråga om förlustutjämning mellan olika skattesubjekt. Denna tolkning är som framgått inte helt okontroversiell, och det är fullt möjligt att domstolen gör en annan bedömning vid prövningen av de föreslagna reglerna.

Däremot är det desto troligare att rättfärdigandegrunderna behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten, och risken att förluster beaktas två gånger kan tillämpas. Vad beträffar den första grunden leder kommitténs förslag nämligen till att bolag ges möjlighet att välja var dess förluster och intäkter ska beaktas. Enligt EUD:s praxis innebär detta att fördelningen av beskattningsrätten påtagligt äventyras. Vidare leder förslaget till asymmetri, såtillvida att det i Sverige ges avdrag för kostnader som uppkommit utanför den svenska verksamheten. Det borde därför vara möjligt att rättfärdiga de aktuella reglerna med hänvisning till behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten. Troligtvis skulle grunden på egen hand kunna användas för att rättfärdiga reglerna.

Ytterligare stöd för ett rättfärdigande kan dock hämtas i risken att förluster beaktas två gånger. Det är troligt att kommitténs förslag kan vara förknippat med en sådan risk. Om svenska bolag tillåts göra avdrag för förluster som är hänförliga till utländska dotterbolag, reduceras nämligen bolagets svenska beskattningsunderlag samtidigt som dotterbolaget eventuellt medges avdrag för de finansiella kostnaderna enligt sin stats regler.

I och med att reglerna bedöms kunna rättfärdigas, måste ställning tas till om de uppfyller EUD:s krav på proportionalitet. Sett till EUD:s praxis finns det inte mycket som talar emot att de skulle vara att anse som proportionerliga, med förbehåll för om domstolen väljer att frångå sin linje rörande temporär förlustutjämning. Avgörandet i *X Holding* är som bekant kontroversiellt och det är antagligen inte omöjligt att EUD så småningom ändrar ståndpunkt.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 2015/16:1, Budgetpropositionen för 2016

SOU 2014:40, Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och neutralitet

Dir. 2011:01, Översyn av företagsbeskattningen

Generaladvokatens förslag till avgörande

Generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i C-293/06 *Deutsche Shell*

Litteratur

Böcker

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling–Nerep, Wiweka, Vogel, Hans-Heinrich: *Finna rätt: Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 12:e upplagan, Nordstedts Juridik, Stockholm, 2012 [Ref: Bernitz m.fl.]

Dahlberg, Matthias: *Internationell beskattning*, 3:e upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2012 [Ref: Dahlberg]

Dahlman, Christian: *Neutralitet i juridisk forskning*, 1:a upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2006 [Ref: Dahlman]

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson: *EU-rättslig metod. Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 [Ref: Hettne & Otken Eriksson]

Moëll, Christina: *Proportionalitetsprincipen i skatterätten*, 1:a upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2003 [Ref: Moëll]

Strömholm, Stig: *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, 5:e upplagan, Nordstedts juridik, Stockholm, 1996 [Ref: Strömholm]

Ståhl, Kristina, Österman Persson, Roger, Hilling, Maria, Öberg, Jesper: *EU-skatte rätt*, 3:e upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2011 [Ref: Ståhl m.fl.]

Terra, Ben J.M, Wattel, Peter J.: *European Tax Law (abridged student edition)*, Wolters Kluwer, 6:e upplagan, Croydon, 2012 [Ref: Terra & Wattel]

Tridimas, Takis: *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2:a upplagan, Oxford, 2006 [Ref: Tridimas]

Artiklar

Hilling, Maria: *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skatteflyktsregler? En analys med särskilt fokus på rättfärdigandegrunden att upprätthålla den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten*, Svensk skattetidning 2012:9, s. 754– 772 [Ref: Hilling]

Hilling, Maria: *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skatteflyktsregler? En analys med särskilt fokus på EU-domstolens proportionalitetsbedömning*, Svensk skattetidning 2012:10, s. 814– 827 [Ref: Hilling II]

Holme, Maria, *Tillämpning av fördelningen av beskattningsrätten som rättfärdigandegrund för villkor om skattskyldighet vid underprisöverlåtelse*, Svensk skattetidning 2012:67, s. 545– 564 [Ref: Holme]

Johansson, Jesper: *Valutakursförluster vid gränsöverskridande etableringar – med anledning av C-686/13 X AB mot Skatteverket*, Svensk skattetidning 2014:5, s. 383– 405 [Ref: Johansson]

Lang, Michael: *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions*, EC Tax Review, 2009, s. 98– 113 [Ref: Lang]

Lindeberg, Niklas: *Företagsskattekommitténs slutbetänkande, Neutral bolagsskatt - för ökad effektivitet och stabilitet*, Skattenytt, s. 532– 543 [Ref: Lindeberg]

Lundqvist, Johanna, Omar, Midya, Segerström, Martin: *Remissutfallet på Företagsskattekommitténs slutbetänkande "Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet" (SOU 2014:40)*, Skattenytt, 2015, s. 32– 44 [Ref: Lundqvist]

Vascega, Marius, van Thiel, Servaas: *X Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren*, European Taxation, 2010 (volume 50), No. 8, avsnitt 3.3 och 3.4 [Ref: Vascega & van Thiel]

Melz, Peter: *Behovet av reformering av bolagsbeskattningen*, Svensk skattetidning 2015:5, s. 570– 580 [Ref: Melz]

Uppsatser och remissvar

Sparrings, Oliver: *Företagsskattekommitténs förslag (SOU 2014:40) angående nya ränteavdragsbegränsningsregler – förenlighet med EU-rättens krav på fri rörlighet*, examensarbete i skatterätt, Stockholm, HT2015 [Ref: Sparrings]

Svenskt näringsliv: *Remissyttrande avseende slutbetänkandet Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet (SOU 2014:40)*, Ref. 115/2014

Uppsala universitet: *Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet (SOU 2014:40)*, Dnr JURFAK 2014/43

Rättsfallsförteckning

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2009 ref. 33

EU-domstolen

C-270/83 avoir fiscal

C-204/90 Bachmann

C-279/93 Schumacker

C-55/94 Gebhard

C-80/94 Wielockx

C-107/94 Asscher

C-250/95 Futura Participations

C-188/96 Safir

C-307/97 Saint Gobain

C-311/97 Royal Bank of Scotland.

C-141/99 AMID

C-136/00 Danner

C-436/00 X och Y

C-319/02 Manninen

C-442/02 Caixa Bank France

C-403/03 Schempp

C-446/03 Marks & Spencer

C-470/04 N mot Inspecteur

C-513/04 Kerckhaert och Morres

C-524/04 Thin Cap Group Litigation

C-170/05 Denkvit Internationaal and Denkvit France

C-231/05 Oy AA

C-293/06 Deutsche Shell

C-414/06 Lidl Belgium

C-67/08 Block

C-128/08 *Damseaux*

C-153/08 *Kommissionen mot Spanien.*

C-311/08 *SGI*

C-337/08 *X Holding*