

JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Axel Thorell

I väntan på euro

En EU-rättslig analys av *Holding AB* och valutakursförändringar

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Maria Hilling

Termin för examen: Period 1 HT2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1 INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.4.1 Juridisk metod	7
1.4.2 EU-rätt	7
1.4.3 Svenska skatteregler	9
1.5 Forskningsläge	9
1.6 Terminologi	10
1.7 Disposition	11
2 EU OCH DIREKT BESKATTNING	12
3 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR TILLÄMPNING AV EU-RÄTTEN	14
3.1 Inledning	14
3.2 Tillämplig fördragsfrihet	15
3.3 Gränsöverskridande moment	17
3.3.1 Introduktion	17
3.3.2 Gränsöverskridande moment i rättspraxis	18
3.3.3 Utländsk valuta som gränsöverskridande moment	19

3.3.4	Sammanfattning	23
4	EUD:S HINDERSPRÖVNING	24
4.1	Hinder och hinderprövning	24
4.2	Terminologi	28
4.3	Hemstats- och verksamhetsstatshinder	29
4.4	Hindersprövningen i mål avseende valutakursförändringar	34
4.5	Rättspraxis	36
4.5.1	Trummer Mayer	36
4.5.2	Deutsche Shell	37
4.5.3	X AB mot Skatteverket	39
4.5.4	Sammanfattning	41
5	SVENSKA SKATTEREGLER OCH HOLDING AB	43
5.1	Kapitalvinst och kapitalförlust i näringsverksamhet	43
5.2	Valutakursförändring på fordran som utgör kapitaltillgång	44
5.2.1	Inledning	44
5.2.2	Bolag som redovisar i svenska kronor	45
5.2.3	Bolag som redovisar i euro (eurobolag)	46
5.3	Holding AB	48
5.4	Verklig förlust	53
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	58
6.1	Utländsk valuta som gränsöverskridande moment	58
6.2	Gränsöverskridande moment i <i> Holding AB</i>	61
6.3	Jämförbar situation	62
6.3.1	Utländsk valuta som gränsöverskridande moment	62
6.3.2	Utländsk valuta som redovisningsvaluta (<i> Holding AB</i>)	63
6.4	Sammanfattande slutsatser och slutord	65

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 67

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 70

Summary

Since there still is no common currency within the EU, exchange rates still risk acting as an obstacle for trade on the internal market. Amongst others, the CJEU has addressed these obstacles through an application of the four freedoms. The initial question treated in this thesis is if the use of foreign currency is a cross-border element enabling the application of EU law, and if so, how is the comparable situation constructed? Considering that the CJEU has a political agenda that aims at strengthening the EU, the essay concludes that the use of foreign currency is a cross-border element enabling the application of EU law. The comparable situation is, according to present case law, constructed through the conventional method. It means that the cross-border situation is compared to a domestic situation.

The Swedish Supreme Administrative Court had to deal with the aforementioned questions relating to EU law in the *Holding AB* case. The judgement is analysed from a critical perspective and with special focus on whether Holding's loss can be considered a real economic loss. Due to the fact that Holding's loss first appears in the calculation of the taxable income and because the claimed loss does not affect the company's ability to pay taxes, the essay concludes that the loss cannot be considered to be a real economic loss.

Sammanfattning

Mot bakgrund av att det inte ännu finns någon fungerande gemensam valuta inom EU kvarstår valutakursriskerna som ett hinder för handel inom den inre marknaden. Dessa hinder har bland andra EUD angripit med stöd av fördragsfriheterna. I uppsatsen behandlas inledningsvis frågan om användandet av utländsk valuta kan utgöra det gränsöverskridande moment som gör EU-rätten tillämplig och därefter hur den jämförbara situationen konstrueras i sådana fall. Med hänsyn till att EUD har en rättspolitisk agenda att stärka unionen menar jag att användandet av utländsk valuta utgör ett gränsöverskridande moment som möjliggör en tillämpning av EU-rätten. Den jämförbara situationen konstrueras i dessa mål på sedvanligt vis, genom att den gränsöverskridande situationen sätts i relation till en rent intern situation.

I *Holding AB* har HFD tagit ställning till de ovanstående EU-rättsliga problemen utifrån intern svensk rätt. HFD:s tillämpning av EU-rätten analyseras kritiskt och särskilt fokus ligger på frågan om *Holding AB* kan anses ha lidit en verklig förlust. Med hänsyn till att *Holding AB*:s förlust uppkommer först vid beräkningen av det skattepliktiga resultatet och inte i bokföringen, samt att förlusten inte påverkar företagets förmåga att betala skatt anser jag att förlusten inte bör anses verklig.

Förkortningar

BFL	Bokföringslagen (SFS 1999:1078)
BFN	Bokföringsnämnden
EMU	Den ekonomiska och monetära unionen inom EU
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
IL	Inkomstskattelagen (SFS 1999:1229)
JT	Juridisk Tidskrift
prop.	Proposition
SFS	Svensk författningssamling
SRN	Skatterättsnämnden
ÅRL	Årsredovisningslagen (SFS 1995:1554)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

När världsekonomin skulle återuppbyggas efter andra världskriget uppmärksammades vikten av stabila valutor för att främja den internationella handeln.¹ Med USA som stormakt och drivande part upprättades Bretton Woods-överenskommelsen i syfte att stabilisera valutakurserna och stötta en balanserad tillväxt.² Det var ett system med fasta valutakurser som tillämpades fram till början av 1970-talet då rörliga växlingskurser började gälla återigen.³

De senaste decennierna har EU försökt lösa de negativa effekter som rörliga växelkurser innebär för den inre marknaden. Den ekonomiska och monetära unionen inom EU (EMU) skapades bland annat i syfte att samtliga medlemmar av unionen skulle ha gemensam valuta och därigenom minska valutakursriskernas hämmande effekt på marknaden.⁴ Även de fria rörligheterna, och i synnerhet den fria rörligheten för kapital, har använts i liknande syften. Det finns således ett samspel mellan EU:s penningpolitik och de fria rörligheterna i fördraget för att minimera risker hänförliga till förekomsten av olika valutor inom unionen.⁵

Den svenska skattelagstiftningen hanterar valutakursförändringar på olika sätt beroende på vilken form av transaktion som ger upphov till en förändring. Därtill finns sedan år 2000 möjlighet för svenska bolag att använda euro som

¹ Jfr. Thorell, s. 33 ff.

² United States, Department of State, *Proceedings and Documents of the United Nations Monetary and Financial Conference, Bretton Woods, New Hampshire, July 1–22*, Vol. I, 1944, s. 22 f.

³ Thorell, s. 15.

⁴ Europeiska kommissionen, *One currency for one Europe: the road to the euro*, Publications Office, Luxembourg, 2007, s. 4 ff.

⁵ Barnard, s. 579.

redovisningsvaluta.⁶ Det innebär att valutakursförändringar kan uppstå i relation till både svenska kronor och till euro, beroende på vilken valuta företag väljer att redovisa i. Valet av redovisningsvaluta påverkar därmed vilka regler som blir tillämpliga.⁷

Likt samtliga nationella regler måste även de interna skattereglerna dessutom vara förenliga med EU-rätten och i synnerhet de fyra fördragsfriheterna. Som en konsekvens av EU-rättens inflytande tillämpas inte vissa regler i inkomstskattelagen (SFS 1999:1229), IL, då de inte anses förenliga med de fria rörligheterna.⁸

Det var mot bakgrund av detta regelkomplex som Holding AB begärde ett förhandsbesked från SRN.⁹ Företaget ville få klarhet i huruvida deras valutakursförlust på en koncernintern fordran var avdragsgill. Förhandsbeskedet från nämnden överklagades till HFD som vilandeförklarade målet i avvaktan på dom från EUD i *X AB mot Skatteverket*.¹⁰ Sju månader efter att domen i EUD avkunnades kom HFD:s domar i de två valutakursmålen *X AB mot Skatteverket* och *Holding AB*.¹¹ Avgörandena har resulterat i att ytterligare frågor uppmärksammas¹² varav några behandlas i denna uppsats.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att med utgångspunkt i EU-rätten utreda gällande rätt avseende beskattningen av valutakursförändringar, med särskilt fokus på valutakursförluster i förhållande till fordringar som utgör kapitaltillgångar i näringsverksamhet. Med hänsyn till den fria rörligheten för kapital och

⁶ Se Lag (2000:46) om omräkningsförfarande vid beskattningen för företag som har sin redovisning i euro, m.m. (omräkningslagen).

⁷ Cejje (2016b), s. 2–5.

⁸ Se t.ex. 54 kap. 6 § och 48 kap. 23–24 §§ IL.

⁹ SRN förhandsbesked dnr 98-11/D (2012–05–24).

¹⁰ C-686/13 *X AB mot Skatteverket*.

¹¹ HFD 2016 ref. 14 I (*X AB mot Skatteverket*) & II (*Holding AB*).

¹² Se t.ex. Cejje (2016a), s. 6 ff.

etableringsfriheten analyseras även frågan hur HFD:s dom i *Holding AB* förhåller sig till EU-rätten.

I uppsatsen besvaras följande frågeställningar:

- Kan användningen av utländsk valuta i sig självt innebära att det föreligger ett gränsöverskridande moment?
 - Om svaret på fråga 1 är ja, vad utgör i sådana fall den jämförbara situationen?
- Har Holding AB lidit en verklig förlust?

De första två frågorna jag valt att undersöka är frikopplade från domen i *Holding AB* och mer renodlat EU-rättsliga. Det saknas klar praxis från EUD och frågorna torde således vara relevanta för samtliga medlemsstater. Den avslutande frågan om verklig förlust tar avstamp i EU-rätten för att därefter diskuteras utifrån den specifika situation som föreligger i *Holding AB*. Därmed finns en tydlig anknytning även till intern svensk rätt.

1.3 Avgränsningar

Valutakursförluster hänförliga till andra tillgångar än kapitaltillgångar i näringsverksamhet behandlas inte särskilt inom ramen för uppsatsen. Det förekommer dock kortare redogörelser för intern rätt avseende valutakursförluster hänförliga till andra tillgångar för att skapa en enhetlig bild av gällande rätt. Det bör också poängteras att det finns andra – både nationella och EU-rättsliga – frågeställningar som inte behandlas i uppsatsen.¹³ Det handlar i synnerhet om EUD:s rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning, som helt lämnas utanför uppsatsen. Avslutningsvis behandlas inte heller eventuella problem som kan uppstå genom att den fria rörligheten för kapital även är tillämplig gentemot tredje land.

¹³ Ur nationellt perspektiv är ett exempel en utredning om tillämpningen och innehållet i omräkningslagen.

1.4 Metod och material

1.4.1 Juridisk metod

För att besvara uppsatsens frågeställningar tillämpas juridisk metod. Det innebär, för denna uppsats, att innehållet i gällande rätt fastställs genom läsning och tolkning av rättskällorna. Rättskällevärdet har således en avgörande betydelse.¹⁴ Hur metoden används i uppsatsen förklaras vidare i avsnitt 1.4.2–1.4.3 nedan.

I arbetet med uppsatsen strävar jag efter att vara neutral och objektiv på så sätt att egna värderingar inte påverkar genomförandet av undersökningen eller redogörelser för gällande rätt.¹⁵ Subjektiva och värderande inslag förekommer oundvikligen i uppsatsen men när så sker framgår det tydligt av framställningen.

1.4.2 EU-rätt

Ur EU-rättsligt perspektiv innebär en tillämpning av den juridiska metoden, för denna uppsats, läsning och tolkning av fördragen, allmänna rättsprinciper, praxis från EUD, generaladvokaternas förslag till avgörande och litteratur. De skrivna rättskällorna är allmänt hållna varför rätten på många områden till övervägande del utgörs av rättspraxis och principer.¹⁶ Primärrätten utgör grunden för uppsatsen men frågorna kan inte besvaras utan att även andra källor beaktas. Av avgörande betydelse är i synnerhet praxis från EUD. För tolkning och förståelse av rättspraxis är generaladvokaternas förslag till avgörande och rättsvetenskaplig litteratur betydelsefulla men inte bindande.¹⁷

¹⁴ Lehrberg, s. 101; se vidare Sandgren (2015), s. 39–45.

¹⁵ För vidare läsning se Dahlmans *Neutralitet i juridisk forskning*, Lund, 2006.

¹⁶ Hettne, i Hettne & Otken Eriksson (red.), s. 40 f.

¹⁷ Otken Eriksson och Bastidas, i Hettne & Otken Eriksson (red), s. 117–121.

Den tolkningsmetod domstolen använder sig av vid tolkning av fördragen är dynamisk och teleologisk.¹⁸ Även textuell- och kontextuell tolkning är vanligt förekommande och accepterade tolkningsmetoder.¹⁹ De prejudikat domstolen presenterar med tillämpning av tolkningsmetoderna ovan systematiseras och tolkas genom en prejudikatlära. Den EU-rättsliga prejudikatläran innebär att relevanta domar ska läsas kronologiskt och tolkas i ett sammanhang. Systematik och sammanhang bör ges större vikt än specifika uttalanden.²⁰ Domstolens bakomliggande och oskrivna rättspolitiska mål kan också ge viss ledning vid tolkning av dess domar.²¹ I litteraturen anses domstolen ha ett övergripande mål om att stärka unionens ställning, bland annat genom att värna EU-rättens effektivitet och ett utökat tillämpningsområde.²² EUD är avslutningsvis inte formellt bundna av sina tidigare avgöranden men de utgör ändå en viktig källa även för domstolen.²³

De rättsfall som behandlas i uppsatsen avser främst direkt beskattning och särskilt valutakursförluster.²⁴ I första hand har ett subjektivt urval gjorts via en översiktlig genomgång av domstolens praxis på området och aktuell litteratur. Som komplettering har ett objektiva urval genomförts via sökning på nyckelord i domstolens databas. De viktigaste rättsfallen som behandlas är *Deutsche Shell*, *Trummer Mayer* och *X AB mot Skatteverket*. Den mest betydelsefulla litteraturen för uppsatsen är artikelserien i *Skattenytt* av Katia Cejje och övrig litteratur av vikt är Barnards *The substantive law of the EU: the four freedoms* och Maria Hillings avhandling *Free movement and tax treaties in the internal market*.

¹⁸ Due, s. 411 ff.; Med ”dynamisk” avses att domstolens tolkning förändras över tid.

¹⁹ Ståhl m.fl., s. 40 f.

²⁰ Hettne, i Hettne & Otken Eriksson (red.), s. 49–54.

²¹ Ståhl m.fl., s. 40.

²² Jfr. Johansson, s. 44.

²³ Ståhl m.fl., s. 41.

²⁴ Även andra mål avseende de fria rörligheterna förekommer i mindre utsträckning.

1.4.3 Svenska skatteregler

Vid fastställandet av innehållet i de svenska skattereglerna, innebär den juridiska metoden att svar primärt söks genom tolkning av lagstiftning och relevant praxis från HFD. Därefter hämtas stöd och argumentation från förarbeten, doktrin och ställningstaganden av Skatteverket. Vid läsning av verkets ställningstaganden bör beaktas att de inte har något rättskällevärde i sig själva och att de normalt innehåller normativa delar.²⁵ Likt övrig litteratur är det fråga om en tolkning av gällande rätt, vars värde är beroende av styrkan i argumentationen och urvalet av källmaterial.

Även avseende den svenska regleringen är Cejies artikelserie betydelsefull. Därtill är Dahlbergs *Ränta och kapitalvinst* och Thorells *Beskattning och utländsk valuta* central litteratur. Praxis på området utgörs av RÅ 2009 ref. 33 (hädanefter *Kursförlustdomen*), *X AB mot Skatteverket*, och *Holding AB*.

1.5 Forskningsläge

Kortare redogörelser för intern svensk rätt angående valutakursförluster är vanligt förekommande i den omfattande litteraturen gällande kapitalbeskattning. Mer omfattande analys på området är dock ovanligt, Thorells bok *Beskattning och utländsk valuta* från år 1988 är ett av få exempel. På senare tid är Cejies artikelserie en av få framställningar som specifikt behandlar valutakursförluster. I denna uppsats företas en djupare analys avseende vissa av de frågor som uppmärksammas av Cejie.²⁶ Ur ett internationellt perspektiv är domen i *Deutsche Shell* behandlad i ett stort antal artiklar. Men mot bakgrund av att det senare avgörandet i *X AB mot Skatteverket* anses ha betydelse för tolkningen av *Deutsche Shell* är vissa delar av materialet nu inaktuellt. Denna uppsats har därmed också ett värde som hjälpmedel vid tolkning av nu gällande EU-rätt.

²⁵ Se t.ex. Skatteverkets ställningstagande, *Valutakursförändringar på fordringar som är kapitaltillgångar*, dnr 131 774982-07/111 (2007-12-19).

²⁶ Se t.ex. Cejie [2016c], s. 7.

1.6 Terminologi

Inom juridiken används *begrepp* och *term* ofta synonymt. Med *begrepp* avses i denna uppsats en övergripande benämning bestående av dels en *term* (ett ord), dels en *definition* (en innebörd).²⁷ Vid en analys av EU-rätten upptäcker man snart att begreppsanvändningen varierar mellan och inom de olika rättskällorna. Därför klargörs här de mest relevanta och vanligt förekommande begreppen i uppsatsen.

Funktionsfördraget förbjuder *diskriminering* på grund av nationalitet²⁸ och *restriktioner* eller *inskränkningar*.²⁹ I EUD:s praxis används begreppen parallellt och utan klar distinktion.³⁰ I denna uppsats används *hinder* som övergripande begrepp för samtliga åtgärder som, om de inte kan rättfärdigas, är förbjudna under fördragen. Diskriminerande åtgärder som grundas på nationalitet är således inkluderade i denna övergripande beteckning. Det föreligger ingen enhetlighet i litteraturen men vald terminologi stämmer överens med hur begreppen används av vissa författare.³¹

Hindersprövning används som benämning för den prövning EUD gör vid bedömning av om en nationell regel står i strid med fri- och rättigheterna i fördraget. Domstolens *hindersprövning* kan av systematiska och pedagogiska skäl delas upp i *nationalitetsbaserad prövning* och *fri rörlighetsbaserad prövning*.³² I denna uppsats syftar den första modellen på de fall där domstolen grundar sin bedömning i särbehandling på grund av nationalitet. Det innebär att personer av utländsk nationalitet direkt eller indirekt behandlas mindre förmånligt än inhemska medborgare. Den senare modellen avser de fall där domstolen istället tar sikte på om en nationell åtgärd hindrar

²⁷ Jfr. Sandgren (2004), s. 301 f.

²⁸ Art. 18 och art. 45 FEUF.

²⁹ Se t.ex. art. 49 och art. 63 FEUF.

³⁰ Se mål C-281/98 *Angonese*, p. 31–33; jfr. Barnard, s. 593 och däri angiven praxis; samt Johansson, s. 269 ff.

³¹ För liknande begreppsanvändning se Hilling, s. 46; Berglund & Cejje, s. 106; Jfr. t.ex. Dahlberg (2014), s. 353 f.

³² Jfr. Hilling, s. 46 f.

personer från att utnyttja sin rätt till fri rörlighet utan att vara diskriminerande på grund av nationalitet.³³ Den relevanta jämförelsen består vid denna prövning av personer som utnyttjat sin rätt till fri rörlighet och personer som inte gjort det.³⁴ I avsnitt 4.2 diskuteras innehållet i begreppen vidare och de relateras till begreppsanvändningen i relevant litteratur.

1.7 Disposition

Inledningsvis, i kapitel 2, behandlas grunderna för EU-rättens påverkan på den direkta beskattningens område och framför allt EUD:s roll. Därefter följer i kapitel 3 de grundläggande förutsättningarna för EU-rättens tillämplighet. Det för uppsatsen mest betydelsefulla avsnittet är 3.3 om gränsöverskridande moment. Kapitel 4 handlar om EUD:s hindersprövning. Avsnitt 4.1 till 4.4 behandlar hindersprövningen generellt medan de avslutande delarna av kapitlet är inriktade på mål om valutakursförluster. Efter redogörelsen för den EU-rättsliga regleringen behandlas de svenska reglerna avseende valutakursförluster i inledningen av kapitel 5, därefter följer en redogörelse för *Holding AB* och verklig förlust i avsnitten 5.3–5.4. Det avslutande kapitlet innehåller analys, slutsatser och slutord. Analyserande avsnitt förekommer inte enbart i detta avslutande kapitel utan även löpande i uppsatsen.

³³ Hilling, s. 46.

³⁴ *Ibid.* 86 f.

2 EU och direkt beskattning

Trots EU:s ansträngningar för en gemensam valuta har Sverige tillsammans med flera andra länder ännu inte infört euron.³⁵ Därmed behöver svenska företag fortsatt hantera valutakursrisker vid handel såväl inom som utom den inre marknaden. Företag behöver förutom den rent affärsmässiga risken för valutakursförluster även hantera relaterade skatterättsliga problem. EU försöker att minimera även dessa problem och på vilket sätt det sker behandlas nedan.

EU-rättens inflytande på nationell rätt följer av dess företräde i rättshierarkin. Företrädet saknar uttryckligt lagstöd och har istället utmejslats genom praxis från EUD.³⁶ Kärnan av EU:s verksamhet består i att skapa och upprätthålla en välfungerande inre marknad. För att fullfölja syftet har unionen fått viss lagstiftningskompetens av medlemsstaterna. Inom området för direkt beskattning har EU dock endast begränsade möjligheter att vidta lagstiftningsåtgärder då det kräver fullständig enighet bland medlemsstaterna.³⁷ Kravet på enighet innebär att det idag endast finns fyra direktiv på den direkta beskattningens område.³⁸ Medlemsstaterna åtnjuter således stor suveränitet och är fria att genom nationella skatteregler styra omfattningen av sin beskattningsrätt.³⁹

Utöver de fyra direktiven ovan begränsas medlemsstaternas suveränitet på den direkta beskattningens område av de grundläggande fri- och rättigheterna i fördragen.⁴⁰ Fri rörlighet för varor och tjänster, arbetstagare, kapital och

³⁵ T.ex. Storbritannien och Danmark.

³⁶ Se t.ex. mål 6/64 *Costa mot E.N.E.L.*; läs vidare i Dahlberg (2014), s. 345 f.; Helminen, kap. 1.

³⁷ Se art. 115 FEUF; Att EU får lagstifta om indirekt skatt framgår av art. 113 FEUF.

³⁸ Moder/dotterbolagsdirektivet 2011/96/EU, Fusionsdirektivet 2009/133/EC, Ränste/royaltydirektivet 2003/49/EC och Sparandedirektivet 2003/48/EC. Det finns även ett förslag till nytt direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt påverkar den inre marknads funktion, Bryssel den 28/1 2016 COM (2016) 26 final.

³⁹ Berglund & Cejje, s. 73 f.

⁴⁰ Se t.ex. mål 270/83 *Avoir fiscal*.

etableringsfriheten är alla relevanta för nationella företagsskattesystem.⁴¹ Skatt får inte tas ut i strid med fördragsfriheterna då det skulle förhindra fortsatt integrering av den inre marknaden. EU-rätten har här direkt effekt på så vis att regler som innebär ett förbjudet hinder inte får tillämpas och enskilda har rätt att åberopa sådana invändningar direkt mot medlemsstaten i fråga.⁴²

Bestämmelserna om fri rörlighet i fördragen är allmänt hållna vilket innebär att de kräver tolkning för att kunna tillämpas i enskilda fall. Den yttersta uttolkaren av innehållet i EU-rätten är EUD och den har således ett stort inflytande på den direkta beskattningens område.⁴³ I avsaknad av omfattande positiv integration i form av lagstiftning har domstolen genom negativ integration försökt skapa ett system för den direkta beskattningen inom EU. Enligt Ståhl m.fl. kan antas att medlemsstaterna inte avsett att fördragsfriheterna skulle få denna påverkan på deras suveränitet inom skatteområdet.⁴⁴ EU har således, genom domstolen, fått ett stort inflytande avseende medlemsstaternas lagstiftning inom den direkta beskattningens område trots att unionen saknar explicit kompetens på området.

⁴¹ Art. 45, 49, 56 och 63 FEUF.

⁴² Berglund & Cejje, s. 92 f.; Helminen, kap. 1 s. 4.

⁴³ Dahlberg (2014), s. 350; Helminen, kap. 1 s. 28.

⁴⁴ Ståhl m.fl., s. 70.

3 Förutsättningar för tillämpning av EU-rätten

3.1 Inledning

Den EU-rättsliga regleringen avseende valutakursförändringar är till övervägande del praxisbaserad.⁴⁵ I kommande kapitel behandlas därmed EUD:s praxis avseende direkt beskattning och de fria rörligheterna. Dispositionen är utformad efter domstolens olika tolkningsmoment och redogörelsen har särskilt fokus på mål om valutakursförändringar. Det finns grundläggande förutsättningar som måste vara uppfyllda vid en prövning av om nationella regler är förenliga med fördragsfriheterna. Inledningsvis måste det föreligga ett gränsöverskridande moment eller en gränsöverskridande situation som faller innanför fördragsfriheternas tillämpningsområde.⁴⁶ Därefter fastställs vilken fördragsfrihet som de nationella reglerna ska prövas emot. Avsnitt 3.2 behandlar frågan om tillämplig fördragsfrihet och avsnitt 3.3 behandlar gränsöverskridande moment.

Avsnittet om gränsöverskridande moment och kapitel 4 om själva hindersprövningen är centrala för uppsatsen och därför mer omfattande än avsnittet om tillämplig fördragsfrihet. De avslutande delarna av domstolens hindersprövning, alltså rättfärdigande- och proportionalitetsbedömningen, behandlas inte i uppsatsen.⁴⁷

⁴⁵ Jfr. kap. 2 ovan.

⁴⁶ Ståhl m.fl., s. 71 f.

⁴⁷ Se Cejic (2016b), s. 12 f. för en redogörelse för rättfärdigandeprövningen i *Holding AB* och Ståhl m.fl., s. 147–169 för en mer generell beskrivning av EU-rättens rättfärdigande-grunder och proportionalitetskriteriet.

3.2 Tillämplig fördragsfrihet

Vid prövning av om nationell lagstiftning utgör ett hinder mot de grundläggande friheterna måste avgöras vilken frihet som är tillämplig.⁴⁸ Det allmänna diskrimineringsförbudet i fördraget⁴⁹ är underordnat de grundläggande friheterna och tillämpas således sällan ensamt.⁵⁰ För detta arbete är istället etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital mest relevanta.⁵¹ Etableringsfriheten innebär i korthet en rätt att etablera verksamhet genom primär- eller sekundär etablering.⁵² Med etablering avses en fast installation med syfte att utöva ekonomisk aktivitet under en obestämd tid. Det är alltså fråga om någon form av fysisk närvaro i en annan medlemsstat.⁵³ Enligt fördragsartikelns ordalydelse ska verksamhetslandet behandla utländska personer på samma sätt som inhemska personer vad gäller etablering där. Men etableringsfriheten förbjuder också hemstaten att ställa upp hinder för dess inhemska företag att etablera sig i andra medlemsstater.⁵⁴

Fri rörlighet för kapital innebär ett förbud mot hinder för kapitalrörelser mellan medlemsstater. Till skillnad från övriga friheter gäller fria rörligheten för kapital även kapitalrörelser mellan medlemsstat och tredje land.⁵⁵ Fördragsbestämmelsen innehåller ingen definition av begreppet kapitalrörelse men ledning kan enligt praxis från EUD sökas från bilaga 1 till rådets direktiv 88/361/EEG⁵⁶ för genomförande av artikel 67 i fördraget.⁵⁷ Av den omfattningsrika, men inte uttömmande, listan i bilagan framgår att begreppet kapitalrörelser omfattar många typer av transaktioner. Bland annat omfattas gränsöverskridande värdepappershandel, inklusive investering i fastigheter

⁴⁸ Se t.ex. mål C-164/12 *DMC* p. 28–30.

⁴⁹ Art. 18 FEUF.

⁵⁰ Se t.ex. förenade målen C-397/98 och C-410/98 *Metallgesellschaft* p. 38; C-443/06 *Hollman* p. 28.

⁵¹ Jfr. C-686/13 *X AB mot Skatteverket och Holding AB*.

⁵² Art. 49–54 FEUF.

⁵³ Helminen, kap. 2 s. 16 f.; Ståhl m.fl., s. 100 f.

⁵⁴ Se t.ex. mål C-371/10 *National Grid Indus* p. 35 och däri angiven praxis.

⁵⁵ Art. 63 FEUF; jfr. Ståhl m.fl., s. 137 f.

⁵⁶ Rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget.

⁵⁷ Se t.ex. målen C-222/97 *Trummer Mayer*; C-322/11 *K* p. 20.

och långfristiga lån i syfte att skapa eller bibehålla varaktiga ekonomiska relationer.⁵⁸

Av det omfattande tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital följer att många situationer omfattas av två eller fler fördragsfriheter. Det behöver då avgöras vilken fördragsfrihet som är överordnad. För hindersprövningen spelar valet av fördragsfrihet dock i praktiken mindre roll⁵⁹, bortsett från att den fria rörligheten för kapital även är tillämplig i förhållande till tredje land.⁶⁰ Av rättspraxis framgår att frågan om vilken fördragsfrihet som inskränkts ska avgöras med hänsyn till ändamålet i aktuell nationell lagstiftning.⁶¹ Exempelvis tillämpas etableringsfriheten när de nationella reglerna i fråga är tillämpliga på andelsinnehav som medför ett bestämmande inflytande medan den fria rörligheten för kapital tillämpas på regler avseende rena kapitalplaceringar.⁶²

Om användandet av utländsk valuta utgör det enda gränsöverskridande momentet innebär det att eventuella hinder ska prövas mot den fria rörligheten för kapital. Det beror på att etableringsfriheten skyddar och tillämpas vid gränsöverskridande etableringar. I ett tänkt mål där användandet av utländsk valuta utgör det enda gränsöverskridande momentet, om så är möjligt, finns det ingen relevant gränsöverskridande etablering.⁶³

⁵⁸ Se avdelningarna I, II och III i bilagan.

⁵⁹ Se t.ex. mål C-436/00 *X & Y* p. 66-74, där domstolen tillämpade samma restriktions- och rättfärdigandegrundsbedömningen avseende både etableringsfriheten och fria rörligheten för kapital.

⁶⁰ Ståhl m.fl. s. 138f.

⁶¹ Se t.ex. mål C-35/11 *Test Claimants in the FII Group Litigation* p. 90-92 och däri angiven praxis; samt C-164/12 *DMC* p. 30.

⁶² Barnard, s. 306.

⁶³ Se vidare avsnitt 3.3 nedan.

3.3 Gränsöverskridande moment

3.3.1 Introduktion

De fria rörligheterna är tillämpliga enbart om det finns ett gränsöverskridande moment och de är således inte tillämpliga på rent interna situationer.⁶⁴ EUD har slagit fast att det är de nationella domstolarnas uppgift att utifrån de faktiska omständigheterna i varje enskilt fall fastställa om gränsöverskridande moment föreligger.⁶⁵ Av nödvändighet följer dock att för att avgränsa fördragsfriheternas tillämpningsområde krävs tolkning.⁶⁶ EUD har som främsta uttolkare av innehållet i EU-rätten också diskuterat innebörden av kravet på gränsöverskridande moment, även om det rör sig om relativt få fall.⁶⁷ Av dessa fall kan konstateras att domstolen använder olika metoder för att angripa frågan, vilka generaladvokat Jääskinen diskuterar i sitt förslag till avgörande i *Sbarigia-målet*.⁶⁸ Bland annat har domstolen i flera fall bedömt nationell lagstiftning i förhållande till en tänkt gränsöverskridande situation även om en sådan saknats i det specifika fallet.⁶⁹ Det innebär att domstolen kan ta upp ett förhandsavgörande till prövning även om den anser att ett gränsöverskridande saknas. Vid läsning av dylika domar kan det därmed uppfattas som om domstolen tagit ställning i gränsöverskridandefrågan trots att den inte gjort någon sådan bedömning. Av det sagda följer att viss försiktighet bör iaktas vid läsning av EUD:s domar i denna del. Att domstolen tar upp en tolkningsfråga till prövning behöver inte nödvändigtvis innebära att den anser att ett gränsöverskridande moment föreligger.

⁶⁴ Se t.ex. generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i mål C-212/06 *Vallonska regeringen mot Flamländska regeringen* p. 112–157. Där för hon ett långt resonemang kring godtyckligheten i att rent interna situationer faller utanför EU-rättens tillämpningsområde.

⁶⁵ Se t.ex. målen 52/79 *Debauve* p. 9 och C-393/08 *Sbarigia* p. 19.

⁶⁶ Generaladvokat Jääskinen's förslag till avgörande i *Sbarigia-målet* p. 36.

⁶⁷ Se avsnitt 3.3.2 nedan för ett urval av domar där EUD diskuterar fördragsfriheternas tillämpningsområde mot bakgrund av gränsöverskridande moment.

⁶⁸ Mål C-393/08 *Sbarigia*.

⁶⁹ Se vidare i generaladvokat Jääskinen's förslag till avgörande i *Sbarigia-målet* p. 28–36.

3.3.2 Gränsöverskridande moment i rättspraxis

Den gränsöverskridande dimensionen är i många fall enkel att konstatera, i synnerhet när etableringsfriheten tillämpas. I de fallen rör det sig ofta om fysiska och faktiska gränsöverskridande aktiviteter såsom etablering av kontor och filialer. Sådana faktiska och verkliga gränsöverskridanden gör att den rättsliga bedömningen ofta är enkel och otvistig. Det synliggörs även i praxis där domstolen inte sällan helt utelämnar diskussion om gränsöverskridande moment.⁷⁰ I situationer där den fria rörligheten för kapital tillämpas kan bedömningen vara mer komplex. Detta gäller särskilt fall där användning av utländsk valuta helt eller delvis utgör den gränsöverskridande aktiviteten. Viss ledning finns dock att hämta från rättspraxis avseende övriga fördragsfriheter.

Vid tillämpning av den fria rörligheten för personer har EUD slagit fast att det inte är tillräckligt att det föreligger en hypotetisk möjlighet att utnyttja sina rättigheter.⁷¹ I fallet *Moser* exemplifieras detta genom att en tysk man som nekats inträde till lärarutbildning i Tyskland, och invände att detta berövade honom möjligheten att ta anställning utomlands, inte kunde åberopa EU-rätten till stöd för sitt anspråk.⁷² I mål rörande den fria rörligheten för tjänster har domstolen uttalat att art. 56 i FEUF är tillämplig då en utförare erbjuder sina tjänster i, eller via en annan medlemsstat än etableringsstaten oavsett var mottagaren av tjänsten har sin hemvist.⁷³ Mottagaren av tjänsten kan därmed ha hemvist i samma stat som utföraren. Avslutningsvis har den fria rörligheten för kapital åberopats i förhållande till nationella regler som verkar hindrande för gränsöverskridande arv. EUD har i dessa mål uttalat att arv utgör en kapitalrörelse och därmed omfattas av friheten ”utom i de fall då samtliga aspekter av arvet rör en och samma medlemsstat”.⁷⁴

⁷⁰ Se t.ex. *X AB mot Skatteverket* och C-293/06 *Deutsche Shell*.

⁷¹ Se t.ex. mål C-299/95 *Kremzow* p. 16.

⁷² Mål 180/83 *Moser* p. 18.

⁷³ Se t.ex. målen 52/79 *Debauxe* p. 9 och C-198/89 *Kommissionen mot Grekland* p. 8.

⁷⁴ Se mål C-11/07 *Eckelkamp* p. 39 och däri angiven praxis.

3.3.3 Utländsk valuta som gränsöverskridande moment

Huruvida användning av utländsk valuta i sig självt kan utgöra ett gränsöverskridande moment har inte prövats av EUD.⁷⁵ Däremot har HFD tagit ställning till frågan i två avgöranden, närmare bestämt i *Kursförlustdomen* och i *Holding AB*. I båda målen har HFD tillmätt EUD:s dom i *Trummer Mayer* avgörande betydelse. Bland annat som stöd för slutsatsen att gränsöverskridande moment föreligger.⁷⁶

Bakgrunden till målet var att Mayer, bosatt i Tyskland, år 1995 sålde en österrikisk fastighet till Trummer, bosatt i Österrike.⁷⁷ Köpeskillingen angavs i tyska mark och som säkerhet för betalningen gjordes en inteckning i fastigheten. Överlåtelsen och inteckning godkändes men registrering av inteckningen nekades med hänvisning till nationell rätt. Däri stadgades att inteckning endast kan skapas i österrikiska schilling eller med hänvisning till värdet i guld. Parterna i överlåtelsen ansåg att den nekade registreringen stred mot den fria rörligheten för kapital.⁷⁸ Domstolen inledde sin bedömning med att konstatera att det var fråga om en kapitalrörelse som omfattas av den fria rörligheten för kapital.⁷⁹ Generaladvokat La Pergola ansåg att inteckningen i sig självt inte utgjorde en kapitalrörelse. Inteckningen var dock en nödvändig förutsättning och en oskiljaktig del av fastighetsöverlåtelsen, vilken klart utgjorde en kapitalrörelse. En inteckning förekommer inte utan en fordran och är därför av nödvändighet relaterad till denna.⁸⁰ De nationella reglerna innebar att relationen mellan fordran som säkerheten avsåg och inteckningen, vars värde på grund av valutakursförändringar kan understiga fordran, försvagades. Innehavaren av fordran får då bära en större risk för valutakursförändringar, vilket kan avhålla enskilda från att uttrycka köpeskillning i

⁷⁵ Cejje (2016b), s. 7 f.; Dahlberg (2011), s. 232 ff.

⁷⁶ Se t.ex. *Holding-domen* s. 8.

⁷⁷ För en illustration av fallet se avsnitt 4.5.1 nedan.

⁷⁸ *Trummer Mayer* p. 2–15.

⁷⁹ De utgick från nomenklaturen i bilaga 1 till direktiv 88/361, se avsnitt 3.2 ovan.

⁸⁰ Se generaladvokat La Pergolas förslag till avgörande p. 9–11.

utländsk valuta. Domstolen ansåg därför att reglerna utgjorde ett hinder mot den fria rörligheten.⁸¹

I målet fanns en tydlig gränsöverskridande transaktion i form av en fastighetsöverlåtelse mellan parter bosatta i olika medlemsstater. Användningen av utländsk valuta utgjorde därmed inte i sig självt grunden till att en gränsöverskridande dimension förelåg. Om båda parter i överlåtelsen varit bosatta i Österrike men angett köpeskillingen i tyska mark hade frågan ställts på sin spets. Men eftersom så inte var fallet diskuterade EUD inte det gränsöverskridande momentet. Fallet ger därför liten ledning vad gäller frågan om användningen av utländsk valuta ensamt kan utgöra det gränsöverskridande momentet. Ett mer renodlat exempel på en prövning avseende användandet av utländsk valuta som enda gränsöverskridande moment finns i den svenska *Kursförlustdomen*.

Målet från HFD handlar om en situation där S.A., bosatt och obegränsat skattskyldig i Sverige, tagit upp ett valutakorgslån i en svensk bank. Låntagaren erhöll lånebeloppet i svenska kronor men skulden angavs delvis i tyska mark. År 2001 ersattes det befintliga lånet av ett annat lån där det ursprungliga värdet ersattes med motsvarande värde i euro. Att den svenska kronan fallit i värde i relation till tyska mark och att S.A. därigenom lidit en valutakursförlust var otvistigt i målet. Otvistigt var också det faktum att kapitalförlusten enligt intern rätt enbart var avdragsgill till 70 %.⁸² Frågan som domstolen hade att ta ställning till var om den begränsade avdragsrätten var förenlig med den fria rörligheten för kapital.⁸³

HFD beslutade att inte begära förhandsavgörande från EUD utan ansåg att målet kunde avgöras mot bakgrund av befintlig rättspraxis.⁸⁴ Kort konstaterades att den fria rörligheten för kapital var tillämplig. Skatteverket

⁸¹ *Trummer Mayer* p. 26–34.

⁸² Enligt 54 kap. 6 § IL, som fortfarande kvarstår oförändrad.

⁸³ *Kursförlustdomen* s. 3.

⁸⁴ *Kursförlustdomen* s. 3; domstolens inställning har ifrågasatts i litteraturen, se ex. Hilling & Hilling, s. 569–582.

ifrågasatte dock om det förelåg något gränsöverskridande moment. Verket ansåg att det var fråga om en rent intern situation eftersom både låntagare och långgivare fanns i Sverige samt att låneutbetalning och räntebetalningar skett i svenska kronor. Verket anförde vidare att inget kapital hade flyttats mellan medlemsstaterna och att valutakomponenten enbart använts som en referenspunkt för att fastställa värdeförändringar på skulden.⁸⁵ S.A. hävdade å sin sida att vid användning av utländsk valuta måste det oundvikligen vara så att en utländsk stats institution i något skede varit inblandad. Han hävdade vidare att det vore orimligt att enbart personer som åkt utomlands för att låna utländsk valuta direkt vid en utländsk bank ska kunna åberopa EU-rätten och inte personer som gjort motsvarande transaktion via en bank i hemstaten.⁸⁶

Med utgångspunkt i målet *Debauve* konstaterade HFD att den fria rörligheten för tjänster kan vara tillämplig även i situationer där båda parter befinner sig i samma medlemsstat, om själva tjänsten har sitt ursprung i en annan medlemsstat. I det aktuella målet ansåg HFD att anknytning till en annan medlemsstat fanns genom att det utlånade kapitalet angavs i tyska mark.⁸⁷ Någon mer ingående motivering gavs inte av domstolen. Det kan noteras att i målet *Debauve*, som HFD fäster avgörande vikt vid, gör EUD ingen egen bedömning av om gränsöverskridande moment föreligger. EUD skriver enbart att den nationella domstolen kommit fram till att så är fallet och därmed provas tolkningsfrågorna i sak.⁸⁸ I senare praxis har EUD fortsatt att hänvisa till avgörandet vid bedömning av gränsöverskridande moment i fall rörande den fria rörligheten för tjänster⁸⁹, vilket tyder på att domen har ett starkt värde som prejudikat. Dahlberg delar HFD:s bedömning i *Kursförlustdomen* men hänvisar till annan rättspraxis, avseende situationer där stater lagstiftat om bättre villkor för sina egna andelar i inhemska bolag⁹⁰ och ett fall där Belgien

⁸⁵ *Kursförlustdomen* s. 2–3.

⁸⁶ *Kursförlustdomen* s. 2; jfr. generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i C-212/06 *Vallonska regeringen mot Flamländska regeringen*.

⁸⁷ *Kursförlustdomen* s. 4.

⁸⁸ 52/79 *Debauve* p. 9.

⁸⁹ Se t.ex. mål C-198/89 *Kommissionen mot Grekland* p. 8 och C-154/89 *Kommissionen mot Frankrike* p. 9.

⁹⁰ S.k. ”gyllene aktier”.

förbjudit handel med utländska euroobligationer.⁹¹ Han anser vidare att de svenska avdragsbegränsningsreglerna för kapitalförlust på utländska fordringsrätter strider mot EU-rätten oavsett om det är en svensk eller utländsk bank som utfärdar instrumenten.⁹² Hilling & Hilling är inne på en liknande linje och anser att HFD:s ”slutsats är ett realistiskt tolkningsalternativ som ligger väl i linje med EG-domstolens strävan att ge reglerna om fri rörlighet ett så vidsträckt tillämpningsområde som möjligt i syfte att säkerställa den fria rörligheten inom unionen”.⁹³

Sammanfattningsvis framstår HFD:s argumentation avseende det gränsöverskridande momentet i *Kursförlustdomen*, baserad på en analog tillämpning av domen i *Debauve*, inte som helt övertygande. Som påpekats ovan gjorde EUD ingen bedömning av det gränsöverskridande momentet i *Debauve*. Underlaget för HFD:s slutsats är begränsat och fallen som den hänvisar till behandlar andra friheter och situationer som skiljer sig från *Kursförlustdomen*. Trots avsaknaden av relevant rättspraxis slår HFD fast att användandet av tyska mark utgör en tillräcklig anknytningsfaktor till annat EU-land men det saknas en utförlig motivering till denna ståndpunkt. En mer utförlig redogörelse för domstolens resonemang hade varit av stor betydelse för rättstillämpningen och skapat en större förståelse för domen.

I samband med att HFD begärde förhandsavgörande i *X AB mot Skatteverket* kommenterade Brokelind frågan om användandet av utländsk valuta kan utgöra det gränsöverskridande momentet. Hon skriver att:

”[...] it seems farfetched to claim that each and every time a company invests in foreign currency, the transaction automatically falls within the scope of the free movement of capital, irrespective of whether it lacks a cross-border dimension. Companies resident in Eurozone Member

⁹¹ Dahlberg (2011), s. 233.

⁹² Dahlberg (2011), s. 236 och 241. Det bör dock observeras att han diskuterar utländska fordringsrätter generellt och inte specifikt gränsöverskridande moment. Av hans slutsatser följer dock att han måste anse att gränsöverskridande moment föreligger.

⁹³ Hilling & Hilling, s. 573 f.

States do not have this problem but they still only fall within the scope of the free movement of capital if their transaction has a cross-border aspect. It would seem weird to create a different threshold of application for the free movement of capital just because some states belong to the Eurozone and others do not.”⁹⁴

Precis som Brokelind påpekar riskerar en tillämpning av användandet av utländsk valuta som gränsöverskridande moment att få konsekvenser för EU-rättens tillämplighet. Att en transaktion i euro genomförs inom stat X, som inte är med i valutaunionen, innebär då att ett gränsöverskridande moment föreligger. Om samma transaktion istället genomförs inom stat Y, som är med i valutaunionen, kommer inte EU-rätten att vara tillämplig. En sådan, vid första anblick omotiverad, särbehandling kan dock vara motiverad utifrån det faktum att i stat X kan valutan innebära ett handelshinder medan stat Y avlägsnat hindret genom att gå med i valutaunionen. Att hinder mot den inre marknaden kan uppstå i det ena men inte det andra fallet torde utgöra en skillnad som kan motivera en särskiljande behandling av två till synes liknande situationer.

3.3.4 Sammanfattning

Sammantaget kan konstateras att rättsläget är något oklart avseende frågan om användandet av utländsk valuta kan utgöra det gränsöverskridande momenten. Frågan analyseras vidare i avsnitt 6.1–6.2 nedan. Om användandet av utländsk valuta innebär att det gränsöverskridande momentet anses uppfyllt är nästa steg i prövningen att avgöra om det föreligger ett hinder. Kommande del av uppsatsen avser att belysa domstolens hindersprövning. Särskilt fokus ligger på mål som behandlar valutakursförändringar, i syfte att fastställa vilken den jämförbara situationen är i mål där användandet av utländsk valuta utgör det enda gränsöverskridande momentet.⁹⁵

⁹⁴ Brokelind, s. 389.

⁹⁵ Den fortsatta framställningen förutsätter därmed att användandet av utländsk valuta kan utgöra det gränsöverskridande momentet.

4 EUD:s hindersprövning

4.1 Hinder och hindersprövning

I detta kapitel behandlas EUD:s hindersprövning i mål avseende de fria rörligheterna. Inledningsvis ges en kortare introduktion kring den rättsliga grunden för domstolens hindersprövning och de prövningsmetoder som tillämpas. Den introducerande delen avslutas med en illustration som sammanfattar de olika typer av hinder som är förbjudna. Avsnitt 4.3 behandlar förhållandet mellan hemstats- och verksamhetsstatshinder i syfte att klargöra betydelsen av att kategorisera hinder utifrån dessa perspektiv. De avslutande avsnitten i kapitlet består i en redogörelse för rättspraxis avseende valutakursförändringar i syfte att klargöra vilken prövningsmodell domstolen använder sig av i dessa mål och hur den konstruerar den jämförbara situationen.

Den EU-rättsliga hindersprövningen utgår ifrån principen om icke-diskriminering, och förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet utgör själva kärnan i principen.⁹⁶ Samtliga fördragsfriheter kan ses som specifika uttryck för det allmänna diskrimineringsförbudet.⁹⁷ Som grund anses diskriminering föreligga om lika fall behandlas olika eller om olika fall behandlas lika.⁹⁸ Det är alltså fråga om en komparation där EU-rätten kräver att en medlemsstat behandlar utländska varor, personer, företag, tjänster och kapital på ett likvärdigt sätt som de behandlar inhemska motsvarigheter.⁹⁹

Lagstiftning som uttryckligen särskiljer på grund av nationalitet och behandlar personer med utländsk nationalitet mindre förmånligt är direkt

⁹⁶ Barnard, s. 17.

⁹⁷ Se t.ex. mål 2/74 *Jean Reyners mot Belgien* p. 15–16.

⁹⁸ Principen kan hänföras tillbaka till Aristoteles och upprepas av EUD kontinuerligt. Se mål C-632/13 *Hirvonen* p. 30; Bammens, s. 501 ff.

⁹⁹ Barnard, s. 17.

diskriminerande.¹⁰⁰ Därutöver omfattar förbudet mot diskriminering även indirekt diskriminering på grund av nationalitet.¹⁰¹ Indirekt diskriminering föreligger när nationell lagstiftning till synes är neutral, det vill säga tillämpas lika för alla oavsett nationalitet, men ändå skapar negativa effekter för utländska personer.¹⁰² Indirekt diskriminering på grund av nationalitet avser alltså diskriminering som sker på annan grund än nationalitet men får samma effekt som om nationalitet hade varit den särskiljande faktorn.¹⁰³ Vid både indirekt och direkt diskriminering på grund av nationalitet görs jämförelsen mellan medborgare och icke-medborgare.¹⁰⁴ Både direkt och indirekt diskriminering på grund av nationalitet förutsätter således att de inhemska och utländska jämförelseobjekten befinner sig i jämförbara situationer.¹⁰⁵ Eftersom uppsatsen främst handlar om företag bör tilläggas att ett företags nationalitet typiskt sett bestäms utifrån var det har sitt säte.¹⁰⁶ En prövning som EUD genomför med stöd i förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet benämns i denna uppsats som en *nationalitetsbaserad prövning*.

En hindersprövning enbart grundad i diskriminering på grund av nationalitet har sina brister utifrån ett effektivitetsperspektiv. Även åtgärder som inte negativt särbehandlar utländska medborgare kan hindra den fria rörligheten och förverkligandet av den inre marknaden, varför det vore märkligt att acceptera sådana hindrande regler på grund av att de tillämpas lika för inhemska och utländska personer.¹⁰⁷ Barnard beskriver det som att hinder föreligger om en nationell åtgärd hindrar företags tillträde till medlemsstatens eller annan medlemsstats marknad.¹⁰⁸ Den drabbades nationalitet är irrelevant

¹⁰⁰ Hilling, s. 81 f.

¹⁰¹ Se t.ex. mål C-107/94 *Asscher* p. 36 och däri angiven praxis; För vidare läsning om den varierade terminologi som används av EUD vid diskrimineringsbedömningar, såsom öppen och dold diskriminering se Hilling, s. 80 f.

¹⁰² Hilling, s. 82 ff.

¹⁰³ Dahlberg (2014), s. 360. En sådan särskiljande faktor kan exempelvis vara bosättning eller skatterättslig hemvist.

¹⁰⁴ Hilling, s. 76.

¹⁰⁵ Barnard, s. 17.

¹⁰⁶ Se t.ex. målet *Avoir Fiscal* p. 18; för vidare läsning se Barnard, s. 341 f.

¹⁰⁷ Hilling, s. 86; Barnard, s. 18 f.

¹⁰⁸ Barnard, s. 18 f. Hon benämner denna hindersprövning som ”the market access approach” och sätter det i relation till ”discrimination tests”, som i denna uppsats benämns som *nationalitetsbaserad prövning*.

utifrån detta perspektiv.¹⁰⁹ Från den ursprungliga *nationalitetsbaserade prövningen* har domstolen rört sig mot en bedömning mer baserad på nationella åtgärders negativa effekt på gränsöverskridande handel.¹¹⁰ De situationer som normalt jämförs i dessa fall är personer som genomfört en gränsöverskridande transaktion, eller utnyttjat en fördragsfrihet, och personer som inte utnyttjat någon fördragsfrihet.¹¹¹ I uppsatsen kallas denna senare hindersprövning för en *fri rörlighetsbaserad prövning*.

Fördelen med en *fri rörlighetsbaserad prövning* är, utifrån EU:s perspektiv, att i princip alla nationella åtgärder som försvårar gränsöverskridande transaktioner kan angripas.¹¹² Men det som är en fördel för den inre marknaden ur EU:s perspektiv utgör samtidigt en nackdel för medlemsstaterna genom att det innebär en inskränkning i deras suveränitet.¹¹³ En allt för omfattande *fri rörlighetsbaserad prövning* innebär att i princip alla nationella regler, och i synnerhet skatteregler, utgör potentiella hinder.¹¹⁴ Att all skattelagstiftning på så vis skulle kunna angripas med stöd av EU-rätten torde inte ha varit avsikten med fördragen.¹¹⁵ På senare tid kan ur EUD:s praxis också skönjas en viss försiktighet vid tillämpningen av den *fri rörlighetsbaserade prövningen*.¹¹⁶ Försiktigheten framkommer till exempel i form av ett allvarlighetskriterium för att avgränsa vilka nationella regler som kan angripas.¹¹⁷

En *fri rörlighetsbaserad prövning* tar som tidigare nämnts sin utgångspunkt i huruvida en nationell åtgärd avskräcker eller avhåller en person från att utnyttja de fria rörligheterna.¹¹⁸ En del av prövningen består normalt av en jämförelse mellan en gränsöverskridande och en intern situation. Den

¹⁰⁹ Ibid. s. 20.

¹¹⁰ Ibid. s. 19.

¹¹¹ Hilling, s. 76.

¹¹² Barnard, s. 20.

¹¹³ Barnard, s. 347 f.; jfr. Wattel, s. 542 f.

¹¹⁴ Wattel, s. 542.

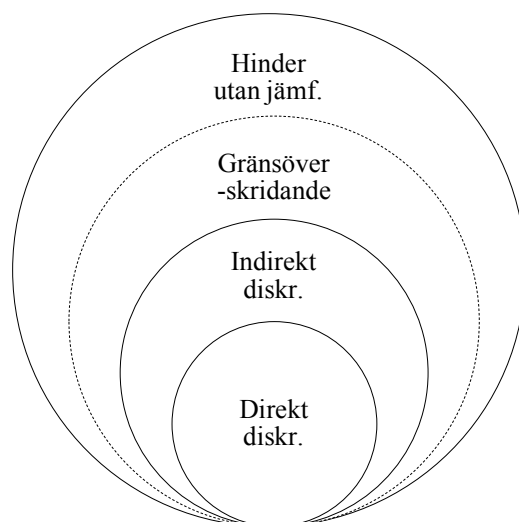
¹¹⁵ Wattel, s. 542; Se Douma, s. 1 för vidare redogörelse av olika ståndpunkter i litteraturen.

¹¹⁶ Wattel, s. 542; jfr. Barnard, s. 20 f.

¹¹⁷ Se t.ex. mål C-518/06 *Kommissionen mot Italien* p. 66; jfr. Barnard, s. 341 ff.

¹¹⁸ Jfr. Dahlberg (2014), s. 360 ff. Han kallar modellen för *restriktionsmodellen*.

särskiljande faktorn i dessa fall är inte nationalitet, som vid en *nationalitetsbaserad prövning*, utan utnyttjandet av de fria rörligheterna. I EUD:s praxis kan det dock vara svårt att uttyda om någon jämförelse verkligen skett och hur den i så fall konstruerats.¹¹⁹ Det står samtidigt klart att hinder kan föreligga utan diskriminering eller utan att domstolen genomför någon jämförelsebedömning men frågan är under vilka förutsättningar så är fallet.¹²⁰ Innehållet i avsnittet ovan kan åskådliggöras och sammanfattas med hjälp av figuren nedan.



Kärnan i EU-rätten består av förbudet mot direkt diskriminering på grund av nationalitet tillsammans med förbudet mot indirekt diskriminering på grund av nationalitet. Den *nationalitetsbaserade hindersprövningen* grundar sig i dessa två förbud och vid tillämpning av prövningsmodellen görs en jämförelse mellan inhemska medborgare och utländska medborgare. Om utländska medborgare behandlas mindre förmånligt föreligger i princip ett hinder. I syfte att undanröja hinder som inverkar negativt på den inre marknaden utan att vara diskriminerande på grund av nationalitet skyddas även själva utnyttjandet av de fria rörligheterna. I regel företas i dessa fall en jämförelse mellan den drabbade, som utnyttjat sin rätt till fri rörlighet, och motsvarande företag eller person som inte utnyttjat sin rätt till fri rörlighet. Behandlas den gränsöverskridande situationen mindre förmånligt föreligger i

¹¹⁹ Se t.ex. *Deutsche Shell* p. 30–34, där det framgår att en jämförelse gjorts med det är oklart hur och i viss mån vilka situationer som jämförs.

¹²⁰ Se mål C-367/98 *Kommissionen mot Portugal* p. 44–45; jfr. Hilling, s. 87; Dahlberg (2014), s. 362.

regel ett hinder.¹²¹ Den yttersta ramen eller gränsen för de fria rörligheterna består av hinder mot nationella åtgärder som utan att diskriminera på grund av nationalitet och utan att negativt särbehandla den som utnyttjat sin rätt till fri rörlighet ändå anses avskräcka eller hindra utövandet av de grundläggande friheterna. Den streckade linjen i figuren ovan symboliserar svårigheten i att avgöra om, och i så fall vilken, jämförelse domstolen genomför vid tillämpning av den *fri rörlighetsbaserade prövningen*.

4.2 Terminologi

I litteraturen förekommer en mängd olika benämningar och kategoriseringar av domstolens prövningsmodeller.¹²² Terra använder sig av begreppen *diskrimineringsbaserad* och *hindersbaserad prövning*.¹²³ Han menar att den förra modellen inkluderar en prövning baserad på diskriminering medan den senare modellen enbart fokuserar på om nationella åtgärder kan verka avskräckande för gränsöverskridande transaktioner utan att vara negativt särbehandlande.¹²⁴ Johansson använder sig av begreppen *diskrimineringsanalys* och *restriktionsanalys* med ett liknande innehåll som Wattel.¹²⁵ Johanssons användning av begreppet *diskrimineringsanalys* innefattar enligt min terminologi både *nationalitetsbaserad* och *fri rörlighetsbaserad prövning*. Det som Johansson kallar för *restriktionsanalys* åsyftar en bedömning där domstolen konstaterar att en nationell åtgärd utgör ett hinder trots att åtgärden inte negativt särbehandlar gränsöverskridande situationer. Modellen kallas ibland även för *ren restriktionsanalys* eller *restriktionsmodell* och de hinder som konstateras föreligga i enlighet med modellen benämns som *icke-diskriminerande restriktioner*.¹²⁶ Enligt min terminologi utgör den *rena restriktionsanalysen* ett undantag till huvudregeln i en *fri rörlighetsbaserad prövning* – att det krävs negativ särbehandling för att

¹²¹ Prövning enligt denna modell motsvarar näst yttersta cirkeln i figuren ovan.

¹²² Se Johansson, s. 265 ff. och däri gjorda hänvisningar.

¹²³ Wattel, s. 542.

¹²⁴ Ibid. s. 542.

¹²⁵ Johansson, s. 266 ff.

¹²⁶ Johansson, s. 267 f.; Dahlberg (2014), s. 360 ff.

hinder ska föreligga – men är fortfarande en del av densamma.¹²⁷ Enligt den terminologi jag valt att använda inryms alltså den prövning som Johansson kallar för *restriktionsanalys* i den *fri rörlighetsbaserade prövningen*.

4.3 Hemstats- och verksamhetsstatshinder

I litteraturen kategoriseras skattehinder ofta utifrån två olika perspektiv. Dels hinder orsakade av hemviststaten, dels hinder orsakade av verksamhetsstaten.¹²⁸ Verksamhetsstat är den stat dit en person flyttar för att arbeta eller den stat ett företag avser att etablera sig i. Hinder i verksamhetsstaten är av utestängande karaktär på så sätt att de hindrar utländska personer från att komma in eller etablera sig i staten. Hemviststaten är helt enkelt den stat där person eller företag har sin ursprungliga hemvist. De hinder hemviststater ställer upp stänger inne inhemska personer och försvårar deras flytt eller etablering utomlands.¹²⁹

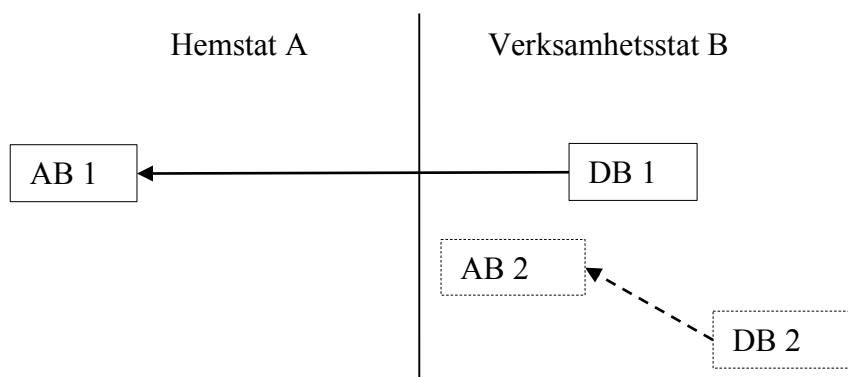
I figuren överst på nästa sida har AB 1 etablerat ett dotterbolag i stat B. Låt säga att stat B beskattar utdelning från DB 1 till moderbolaget AB 1 med 30 %. Om AB 1 istället varit ett inhemskt företag hade utdelningen beskattats med 20 %. Vid en *nationalitetsbaserad prövning* befinner sig AB 1 i en jämförbar situation med AB 2 som är ett inhemskt företag med dotterbolag i stat B. På grund av att AB 1 är en utländsk person behandlas de mindre förmånligt än AB 2 och därmed föreligger diskriminering på grund av nationalitet och ett hinder mot den fria rörligheten.¹³⁰ Hindret ställs upp av verksamhetsstaten.

¹²⁷ Jfr. figuren ovan. Johanssons restriktionsanalys faller inom det yttersta området, utanför den streckade linjen i figuren.

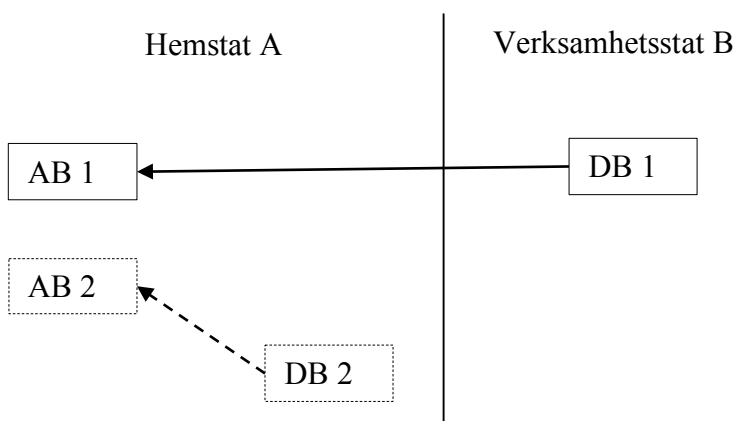
¹²⁸ Se t.ex. Ståhl m.fl., s. 140.

¹²⁹ Ståhl m.fl., s. 103 ff.

¹³⁰ Beroende på lagstiftningens utformning kan de vara fråga om antingen direkt eller indirekt diskriminering.



Om samma förutsättningar som i exemplet ovan gäller med den skillnaden att det är stat A som beskattar utdelningen från DB 1 med 30 % och motsvarande inhemska utdelning med 20 % så är det istället fråga om ett hemstatshinder. I båda fallen är det AB 1 som drabbas men i det senare fallet stängs företaget inne i stat A och i det förra fallet stängs företaget ute från stat B. Den jämförbara situationen består i det senare fallet av utdelning från ett inhemskt dotterbolag enligt figuren nedan.



Till skillnad från det första exemplet ovan förekommer i det senare fallet ingen särskiljande behandling på grund av nationalitet. AB 1 är av samma nationalitet som jämförelseföretaget AB 2 och båda har hemvist i stat A. Därav följer att den *nationalitetsbaserade prövningen* inte är möjlig att tillämpa på hinder i hemstaten eftersom något särskiljande på grund av nationalitet inte kan förekomma.¹³¹ Istället aktualiseras en *fri rörlighetsbaserad prövning* eftersom AB 1 särbehandlas på grund av att

¹³¹ Jfr. O'Shea, s. 43.

företaget utnyttjar sin rätt till fri rörlighet eller med andra ord företagit en gränsöverskridande aktivitet. Eftersom stat A negativt särbehandlar AB 1, som valt att utnyttja sin etableringsfrihet, jämfört med AB 2, som inte utnyttjat någon frihet, föreligger ett hinder.¹³²

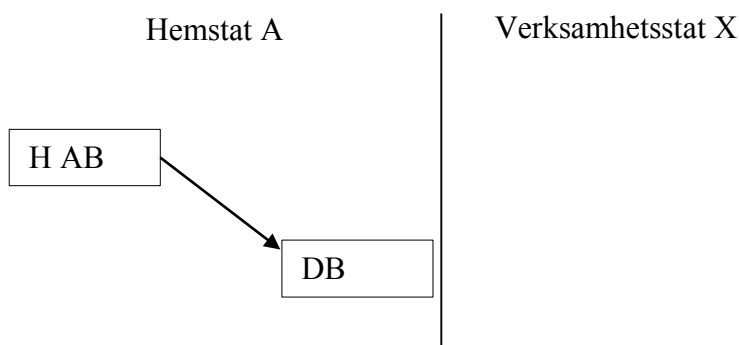
Sammantaget kan alltså hinder förekomma i både verksamhetsstaten och hemviststaten. När det är fråga om hinder i hemviststaten kan den *nationalitetsbaserade prövningsmodellen* inte tillämpas eftersom jämförelseobjekten är av samma nationalitet. Vid hemstatshinder tillämpas därför en *fri rörlighetsbaserad prövning*. Vilken betydelse det har i mål där användandet av utländsk valuta utgör det enda gränsöverskridande momentet behandlas nedan.

En förutsättning för att användandet av utländsk valuta ska utgöra det enda gränsöverskridande momentet är att de aktuella transaktionerna sker inom en och samma medlemsstat. Annars föreligger ett gränsöverskridande på någon annan grund. Exemplet i figuren nedan visar en typsituation där den utländska valutan utgör det enda gränsöverskridande momentet. Hade dotterbolaget i illustrationen haft hemvist i en annan stat hade ett gränsöverskridande moment funnits genom den mellanstatliga transaktionen, oavsett vilken valuta som använts. För att användandet av utländsk valuta ska utgöra det enda gränsöverskridande momentet krävs således att transaktionerna sker inom en medlemsstat.

Exemplet nedan liknar situationen i *Holding AB*. Företaget H, med hemvist i medlemsstat A, har en fordran i utländsk valuta på sitt inhemska dotterbolag och på grund av den utländska valutan anses EU-rätten tillämplig. När fordran är fullt betald har H AB lidit en valutakursförlust. Av nationell lag följer att förlust på denna fordran inte får dras av.¹³³ H AB anser att avdragsförbudet står i strid med EU-rätten och den fria rörligheten för kapital.

¹³² Jfr. Barnard, s. 598.

¹³³ Avdrag medges inte heller för förlust på fordringar i inhemsk valuta, men i en sådan situation uppstår heller ingen valutakursförlust.



Eftersom transaktionen enbart äger rum inom medlemsstat A är det fråga om ett hemstatshinder. Enda tänkbara verksamhetsstat när användandet av utländsk valuta utgör det gränsöverskridande momentet skulle vara den stat vars valuta används, men eftersom alla transaktioner sker inom hemstaten är det också den enda staten som kan sätta upp hinder. Som en konsekvens följer då att en *nationalitetsbaserad prövning* inte kan tillämpas.

Som generaladvokat Kokott påpekar i förhandsavgörandet i *X AB mot Sverige* hindrar hemviststater i regel inte den fria rörligheten genom att ha olika lagstiftning beroende på nationalitet. Istället består förekommande hinder av neutral lagstiftning, alltså lagstiftning tillämplig oavsett nationalitet för personer bosatta eller etablerade i landet, som särskiljer mellan inhemska och gränsöverskridande transaktioner.¹³⁴

Om vi bortser från typsituationen ovan och analyserar en nationell åtgärd som negativt särbehandlar företag som använder sig av utländsk valuta, det vill säga utnyttjar sin rätt till fri rörlighet för kapital, ur ett mer övergripande perspektiv kan möjligtvis hävdas att indirekt diskriminering på grund av nationalitet aktualiseras.¹³⁵ Indirekt diskriminering på grund av nationalitet föreligger då nationell lagstiftning tillämpar en annan särskiljande faktor än nationalitet, men som trots det får samma effekt som om nationalitet hade använts som särskiljande faktor.¹³⁶ Här skulle användandet av utländsk valuta således utgöra den särskiljande faktorn. Frågan är då om den särskiljande

¹³⁴ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *X AB mot Skatteverket*, p. 31.

¹³⁵ Jfr. generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *X AB mot Skatteverket*, p. 32–33.

¹³⁶ Hilling, s. 82 ff.

faktorn, alltså användandet av utländsk valuta, har en tillräckligt stark korrelation till ett företags nationalitet så att utländska företag är de som drabbas i de flesta fall.¹³⁷ Det krävs med andra ord att företag som använder euro i princip uteslutande har hemvist i ett euroland, att företag som använder dollar är amerikanska företag och att företag som använder svenska kronor är företag med hemvist i Sverige. Användandet av viss valuta måste därmed anses ha en sådan stark anknytning till en annan stat att en särbehandling av företag som använder valutan kan likställas med en särbehandling av företag som har hemvist i den stat som valutan härstammar från. Så kan inte sägas vara fallet i dagens globaliserade och digitaliserade ekonomi. Ur ett svenskt perspektiv visar *Kursförlustdomen* och *Holding AB* att även svenska bolag och enskilda använder sig av utländsk valuta. Av intern svensk rätt följer dessutom att företag har möjlighet att välja euro som redovisningsvaluta.¹³⁸ Det sagda stöds även av Barnard som skriver att ”In most cases, a discrimination model is difficult to apply to capital movement: with the advent of the single currency it is not logical to assimilate foreign currencies with foreign nationals.”¹³⁹ Barnard tycks mena att skapandet av euro som gemensam valuta gör att det numer inte är logiskt att jämställa utländsk valuta med utländsk nationalitet vilket gör det svårt att tillämpa en diskrimineringsbedömning.¹⁴⁰ Indirekt diskriminering på grund av nationalitet är således inte heller applicerbart i fall där användandet av utländsk valuta utgör det gränsöverskridande momentet. Det framgår dock inte klart huruvida Barnard anser att en tillämpning av den *fri rörlighetsbaserade prövningen*, med en jämförelse av företag som utnyttjat sin rätt till fri rörlighet och ett företag som inte gjort det, är möjlig eller inte. Avslutningsvis visar den rättsfallsstudie som Hilling presenterar i sin avhandling att domstolen vanligtvis gör en *fri rörlighetsbaserad prövning* när det är fråga om hinder i hemstaten.¹⁴¹

¹³⁷ Jfr. generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-385/12 *Hervis Sport mot Ungern*, p. 37–47.

¹³⁸ Se omräkningslagen.

¹³⁹ Barnard, s. 592.

¹⁴⁰ Med diskrimineringsbedömning menas här en prövning där någon form av jämförelse sker, såsom i den *nationalitetsbaserade prövningen* och i viss del av den *fri rörlighetsbaserade prövningen*.

¹⁴¹ Se Hilling, s. 235 ff.

Det framstår som att EUD har insett svårigheterna med att använda en *nationalitetsbaserad prövning* vid tillämpning av den fria rörligheten för kapital och den har frekvent börjat använda sig av en *fri rörlighetsbaserad prövning*.¹⁴² Följande avsnitt behandlar EUD:s praxis avseende valutakursförändringar i syfte att besvara hur och om en jämförbar situation konstrueras i dessa mål.

4.4 Hindersprövningen i mål avseende valutakursförändringar

För förståelse av praxis från EUD avseende mål om valutakursförändringar är slutsatserna från det föregående avsnittet betydelsefulla. För det första uppstår hinder i mål om valutakursförändringar främst i hemviststaten. Som en följd därav går den *nationalitetsbaserade prövningen* sällan att tillämpa. För det andra gör domstolen vanligtvis någon typ av jämförelse vid tillämpning av båda prövningsmodellerna.¹⁴³ Jämförelsen i den *nationalitetsbaserade prövningen* utgår från en komparation av inhemska och utländska medborgare medan jämförelsen i den *fri rörlighetsbaserade prövningen* innebär en komparation av en inhemsk situation med en gränsöverskridande situation.¹⁴⁴

Som anförts ovan i avsnitt 4.1 kan det vara svårt att avgöra om och hur EUD gör en jämförbarhetsbedömning när den tillämpar en *fri rörlighetsbaserad prövning*. Oavsett svårigheten att tolka EUD:s praxis är jämförbarhetsbedömningen betydelsefull. Inte minst genom att det från rättspraxis på den direkta beskattningens område kan utläsas att de nationella regler som prövats enligt en *fri rörlighetsbaserad prövning* alltid har särbehandlat gränsöverskridande transaktioner i förhållande till inhemska transaktioner.¹⁴⁵ För

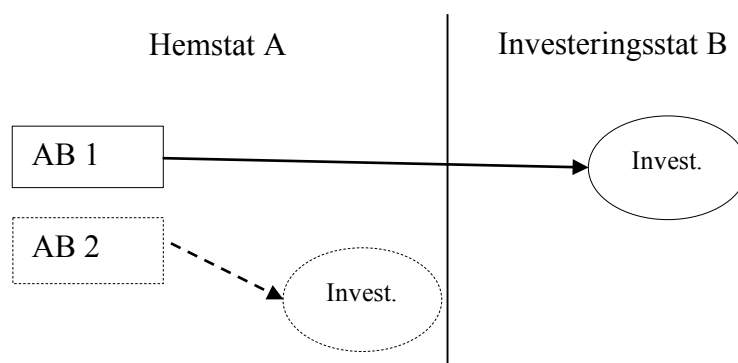
¹⁴² Barnard, s. 592.

¹⁴³ Möjligtvis med undantag för *Deutsche Shell* som behandlas nedan.

¹⁴⁴ Vasileios, s. 507.

¹⁴⁵ Hilling, s. 240 f. Det bör dock observeras att avhandlingen presenterades innan EUD:s dom i exempelvis *Deutsche Shell*.

att kort återupprepa tillvägagångssättet vid tillämpning av den *fri rörlighetsbaserade prövningen* kan sägas att den huvudsakliga delen består i att fastställa huruvida de nationella reglerna i fråga innebär ett hinder för den fria rörligheten.¹⁴⁶ Som en del av den bedömningen sker vanligtvis en jämförelse mellan en gränsöverskridande transaktion och motsvarande inhemska transaktion utan gränsöverskridande inslag.¹⁴⁷ Figuren nedan visar AB 1 som gjort en investering utomlands och AB 2 som gjort motsvarande investering i hemstaten. AB 1 befinner sig i en jämförbar situation med AB 2.



Hinder föreligger i de fall där den gränsöverskridande transaktionen behandlas mindre förmånligt än motsvarande inhemska transaktion.¹⁴⁸ Om AB 1 behandlas mindre förmånligt på grund av att de investerat i utlandet föreligger i princip ett hinder mot den fria rörligheten för kapital.¹⁴⁹

Generaladvokat Kokott anför i sitt förslag till avgörande i *X AB mot Skatteverket* att precis som vid en *nationalitetsbaserad prövning* är även indirekt diskriminering förbjuden vid en *fri rörlighetsbaserad prövning*.¹⁵⁰ Jag tolkar generaladvokatens uttalande som att även nationella åtgärder som framstår som neutrala, alltså tillämpas lika för gränsöverskridande och inhemska transaktioner, kan vara förbjudna om åtgärderna i princip uteslutande får som konsekvens att företaget som genomför gränsöverskridande transaktioner negativt särbehandlas. Även om andra faktorer än utnyttjandet av en fördragsfrihet används som särskiljningsfaktorer kan

¹⁴⁶ Ibid. s. 90.

¹⁴⁷ Hilling, s. 90 f.; Cejje (2016a), s. 3 f.

¹⁴⁸ Dahlberg (2014), s. 362; Hilling, s. 91.

¹⁴⁹ Jfr. Ståhl m.fl., s. 142 f.

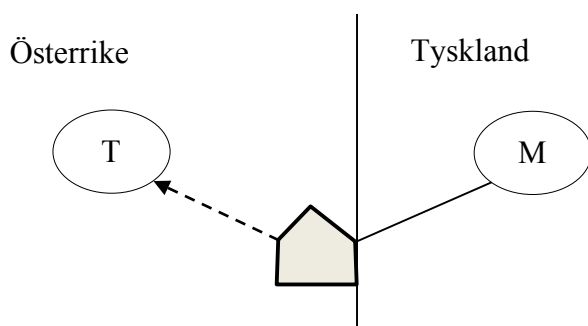
¹⁵⁰ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *X AB mot Skatteverket*, p. 31.

diskriminering föreligga om åtgärderna de facto innebär att företag som utnyttjar en fördragsfrihet utsätts för mindre förmånlig behandling. Nedan följer en redogörelse för de jämförbarhetsbedömningar EUD gjort, eller inte gjort, i mål om valutakursförluster för att se om någon ledning kan hämtas ur dessa fall.

4.5 Rättspraxis

4.5.1 Trummer Mayer

I målet *Trummer Mayer* från år 1999 gör domstolen ingen uttrycklig jämförelse.¹⁵¹ Österrikes regler ansågs utgöra ett hinder på grund av att de gjorde inteckningar uttryckta i utländsk stats valuta mindre attraktiva och därmed berövades parterna sin rätt till fri rörlighet.¹⁵²



Det finns flera möjliga tolkningar av domen och att hinder ansågs föreligga kan motiveras genom att det var fråga om indirekt diskriminering på grund av nationalitet¹⁵³, men också genom en *fri rörlighetsbaserad prövning* med eller utan en jämförelse. Varken av generaladvokatens förslag till avgörande eller domskälen går det dock att dra några definitiva slutsatser kring domstolens jämförbarhetsbedömning i målet. Avslutningsvis kan uppmärksammas att det i *Trummer Mayer*, till skillnad från de fall som behandlas

¹⁵¹ För en mer utförlig redogörelse av domen se avsnitt 3.3.3 ovan.

¹⁵² *Trummer Mayer* p. 26.

¹⁵³ Vilket skulle innebära att användandet av tyska mark likställs med tysk nationalitet. Sambandet mellan valuta och nationalitet bör ha varit starkare för 20 år sedan och det var därmed lättare att argumentera för indirekt diskriminering då jämfört med nu.

nedan, utifrån Mayers perspektiv var fråga om hinder i verksamhetsstaten varför en *nationalitetsbaserad prövning* var möjlig att tillämpa.¹⁵⁴

4.5.2 Deutsche Shell

I målet *Deutsche Shell* nekades ett tyskt företag avdrag för valutakursförlust som uppstått vid avveckling av fast driftställe i Italien. På grund av skatteavtal som gällde mellan länderna hade Tyskland inget beskattningsanspråk på filialen och medgav därför inte heller avdrag för förlusten. Domstolen kom fram till att de tyska reglerna stred mot etableringsfriheten.¹⁵⁵ Domstolen ansåg att den nationella lagstiftningen medförde en ökad ekonomisk risk för bolag som valt att etablera sig i annan medlemsstat och använt sig av utländsk valuta.¹⁵⁶ DomskaLEN antyder därmed att någon form av jämförelse gjorts. Av den vaga formuleringen går dock inte med säkerhet att utläsa hur jämförelsen konstruerats.¹⁵⁷

Lang menar att det av domskaLEN framgår att domstolen gjort en jämförelse mellan en gränsöverskridande och en inhemsk situation men funnit att de två situationerna inte är jämförbara.¹⁵⁸ Därmed förelåg ett hinder genom att olika fall behandlades lika och den gränsöverskridande transaktionen behandlades mindre förmånligt.¹⁵⁹ O'Shea menar i sin replik till Langs artikel att ingen jämförbarhetsbedömning gjorts på grund av att det är fråga om hemstatshinder och således består den jämförbara situationen av två inhemska bolag.¹⁶⁰ Diskriminering på grund av nationalitet kan i en sådan situation i princip inte förekomma.¹⁶¹ Haslehner menar att någon jämförelse inte är möjligt att göra i målet eftersom en valutakursförlust inte kan uppstå i den

¹⁵⁴ Jfr. avsnitt 4.3 ovan.

¹⁵⁵ *Deutsche Shell* p. 30–32.

¹⁵⁶ Jfr. generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i *Deutsche Shell* p. 43–44.

¹⁵⁷ I litteraturen finns en rad olika tolkningar av domen. Se Johansson, s. 274.

¹⁵⁸ Lang, s. 99.

¹⁵⁹ Lang, s. 99 f.

¹⁶⁰ O'Shea, s. 43 ff.

¹⁶¹ Ibid. s. 43. Det framstår som att O'Shea delvis missuppfattat Langs resonemang. Lang påstår inte att domstolen gjorde en *nationalitetsbaserad prövning*, vilket O'Shea verkar hävda, utan en *fri rörlighetsbaserad prövning* där en gränsöverskridande transaktion jämförs med en inhemsk transaktion.

rent interna situationen. Det finns således ingen inhemsk situation där avdrag för valutakursförlust medges och därför föreligger ingen mindre förmånlig behandling av den gränsöverskridande transaktionen.¹⁶² Även Haslehner motsätter sig således Langs förklaring och menar att hinder förelåg enbart på grund av den ökade risk utlandsetableringen innebar.¹⁶³ Det kan i sammanhanget uppmärksammas att den risk Deutsche Shell utsattes för inte enbart följde av ett bra eller dåligt affärsbeslut. Varken den italienska filialen eller det tyska moderbolaget kunde valt att använda annan valuta eftersom det inte var tillåtet enligt nationell rätt.¹⁶⁴ Deutsche Shell har mot bakgrund av beslutet att etablera sig i Italien därmed inte haft någon möjlighet att helt undkomma valutakursrisken. En del av den ökade risk bolaget påtog sig var således oundviklig.

Sammantaget kan sägas att avgörandet i *Deutsche Shell* tolkats på många olika sätt vilket inte bara återspeglas i litteraturen utan även i medlemsstaters nationella regler.¹⁶⁵ Min tolkning av domen är att en *fri rörlighetsbaserad prövning* tillämpats tillsammans med en jämförelse av en inhemsk och en utländsk transaktion, där den senare behandlades mindre förmånligt.¹⁶⁶ Åtminstone torde domstolen anses ha jämfört behandlingen av företag som använder tyska mark med behandlingen av företag som använder utländsk valuta, genom att den konstaterade att en ökad ekonomisk risk förelåg. I ett försök att placera in domstolens bedömning i *Deutsche Shell* i figuren i avsnitt 4.1 ovan anser jag att den ligger vid den streckade linjen mellan en *fri rörlighetsbaserad prövning* med eller utan en jämförelse. Det går inte att med säkerhet veta hur domstolen konstruerade jämförelsen. Avgörandet fick icke desto mindre stor betydelse, inte minst i *Kursförlustdomen* där HFD konstaterade att hinder förelåg genom att lån i utländsk valuta utsattes för en högre ekonomisk risk. HFD jämför behandlingen av personer med lån i

¹⁶² Haslehner, s. 38.

¹⁶³ Ibid. s. 38.

¹⁶⁴ O'Shea, s. 44.

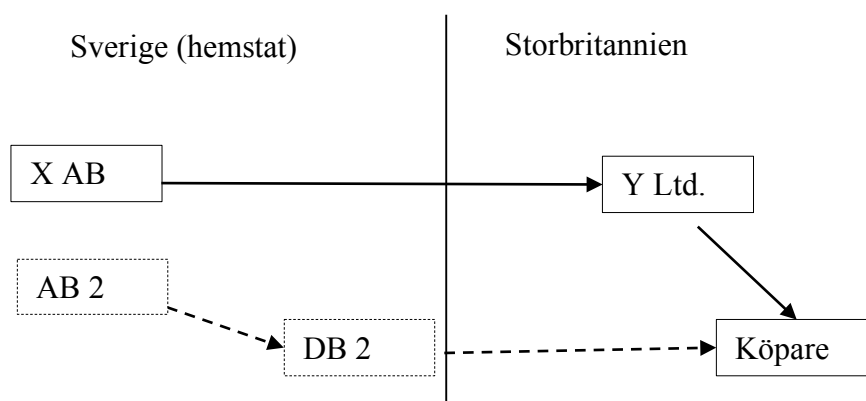
¹⁶⁵ Meussen, s. 264.

¹⁶⁶ Jfr. generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *X AB*, p. 41–43.

utländsk valuta med personer som tagit lån i svenska kronor på samma sätt som EUD gör i *Deutsche Shell*.¹⁶⁷

4.5.3 X AB mot Skatteverket

Osäkerheten kring tolkningen av *Deutsche Shell* försökte EUD avhjälpa i *X AB mot Skatteverket*.¹⁶⁸ Målet behandlade det svenska moderbolaget X AB som planerade att avyttra sina andelar i Y LTD, ett bolag med säte i Storbritannien och med andelar utgivna i dollar. Vid avyttring förutsågs en valutakursförlust som, enligt de svenska reglerna om näringsbetingade andelar, inte var avdragsgill.¹⁶⁹



Bolaget grundade sin talan på att deras investering var mer riskfylld än motsvarande inhemska investering genom att valutakursförluster enbart uppstår i en gränsöverskridande situation.¹⁷⁰ Mot bakgrund av *Deutsche Shell* och med stöd av etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital ansåg bolaget att den svenska lagstiftningen utgjorde ett hinder. I sin hinderprövning jämförde EUD X AB:s situation med vad som hade gällt för innehav av andelar i svenskt bolag, oavsett om andelarna utgetts i svenska kronor eller

¹⁶⁷ *Kursförlustdomen* s. 4.

¹⁶⁸ Avdelningsordförande i *X AB mot Skatteverket* var domare Silva de Lapuerta som även satt med i den avdelning som avgjorde *Deutsche Shell*. Han torde därmed varit väl insatt i hur prövningen genomfördes och motiverades i *Deutsche Shell*.

¹⁶⁹ 25 a kap. 5 § IL. Kapitalvinster på näringsbetingade andelar ska som huvudregel inte tas upp och motsvarande kapitalförluster får inte dras av. Enligt integrationsprincipen utgör valutakursförluster en integrerad del av kapitalförlusten och reglerna gäller lika för andelar i bolag med säte i Sverige och i andra medlemsstater.

¹⁷⁰ Jfr. *Deutsche Shell* p. 14.

i annan enligt lagstiftningen godtagen valuta.¹⁷¹ Domstolen konstaterade att investeringar som gjorts i andra medlemsstater inte behandlades mindre förmånligt än inhemska investeringar vad gäller rätten till avdrag för valutakursförluster och därmed förelåg inget hinder.¹⁷² EUD gjorde därefter vissa uttalanden obiter dicta, om det skulle antagits att investering utomlands hade missgynnats. I linje med tidigare rättspraxis sägs att medlemsstater inte är skyldiga att anpassa sina skattesystem i förhållande till övriga medlemsstater på så sätt att de säkerställer att bolags val av etableringsort inte påverkar beskattningen.¹⁷³ Vidare anförde domstolen att etableringsfriheten inte kan anses innebära ett krav på att medlemsstaternas skattesystem ska beakta de valutakursrisker som uppkommer på grund av att olika valutor med rörliga växelkurser fortfarande förekommer inom unionen.¹⁷⁴ Avslutningsvis kommenterade domstolen hur avgörandet förhåller sig till den tidigare domen i *Deutsche Shell*. Att hinder ansågs föreligga i *Deutsche Shell* men inte i *X AB mot Skatteverket* förklaras genom att de rättsliga sammanhangen skiljer sig åt. I det senare fallet gällde som huvudregel att Sverige valt att inte utöva sin beskattningsrätt vare sig avseende valutakursvinster eller valutakursförluster. I det förra fallet var istället huvudregeln att valutakursvinster beskattades och valutakursförluster var avdragsgilla, dock hade Tyskland genom skatteavtal valt att inte utnyttja sin beskattningsrätt.¹⁷⁵ Meussen hävdar i sin tolkning av domarna att valutakursförluster som grund får exkluderas från skattebasen. Men om valutakursvinster beskattas kräver EU-rätten symmetri på så sätt att avdrag bör medges för förluster.¹⁷⁶

I *X AB mot Skatteverket* är det fråga om hemstatshinder och därmed är det inte möjligt att tillämpa en *nationalitetsbaserad prövning*. Domstolen tillämpar därmed en *fri rörlighetsbaserad prövning* och jämför den gränsöverskridande situationen med motsvarande inhemska situation. Eftersom

¹⁷¹ *X AB mot Skatteverket* p. 30–31. Jfr. den streckade illustrationen i figuren ovan.

¹⁷² *X AB mot Skatteverket* p. 32 och 35.

¹⁷³ *X AB mot Skatteverket* p. 33.

¹⁷⁴ *X AB mot Skatteverket* p. 34.

¹⁷⁵ *X AB mot Skatteverket* p. 38–39.

¹⁷⁶ Meussen, s. 264.

jämförelsen visade att investering i andelar i ett svensk bolag, oavsett vilken valuta andelarna var utgivna i, behandlades på samma sätt som en utländsk investering förelåg inget hinder. Precis som EUD påpekar finns det skillnader avseende det rättsliga sammanhanget mellan *Deutsche Shell* och *X AB mot Skatteverket*. Utöver den skillnad domstolen lyfter fram kan tilläggas att det, som O'Shea påpekar, i *Deutsche Shell* inte fanns någon möjlighet för tyska bolag att redovisa i utländsk valuta medan det i Sverige finns en sådan möjlighet.¹⁷⁷ Det sagda innebär att i Sverige kan ett inhemskt andelsinnehav vara utsatt för valutakursrisker medan så inte var fallet i *Deutsche Shell*. Det kan tänkas få konsekvenser för jämförbarhetsbedömningen och för frågan om hinder föreligger eftersom den mindre förmånliga behandlingen då inte enbart drabbar gränsöverskridande transaktioner.¹⁷⁸

4.5.4 Sammanfattning

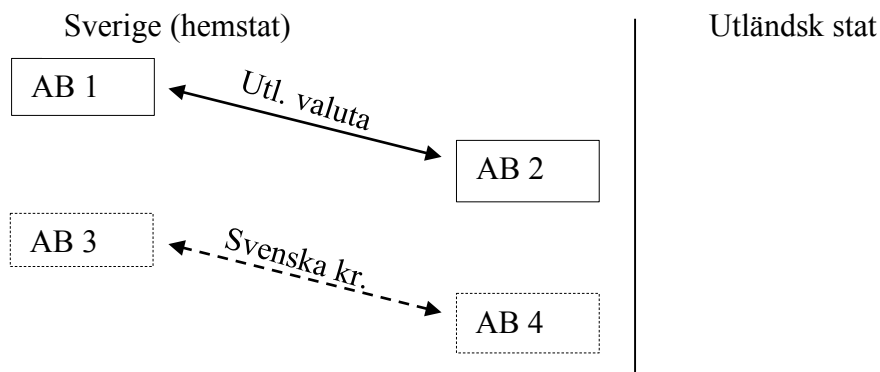
I fall där utländsk valuta utgör det gränsöverskridande momentet består den jämförbara situationen av samma transaktion genomförd i hemstatens valuta, alltså utan något gränsöverskridande.¹⁷⁹ I ett exempel där ett svenskt företag har en fordran i euro på ett annat svensk företag innebär det att den jämförbara situationen består av samma parter men där fordran istället är uttryckt i svenska kronor. I regel skiljer sig därmed fastställandet av den jämförbara situationen, i mål där användandet av utländsk valuta utgör det gränsöverskridande momentet, inte väsentligt från vad som gäller för övriga mål om de fria rörligheterna. Den gränsöverskridande situationen jämförs med en intern situation, som här består av en transaktion genomförd i inhemsk valuta. Om företaget som använder utländsk valuta behandlas mindre förmånligt

¹⁷⁷ Se avsnitt 4.5.2 ovan.

¹⁷⁸ Jfr. Douma, s. 82.

¹⁷⁹ Jfr. domen i *Holding AB* s. 10; Cejje (2016b), s. 10 f.

jämfört med företag som använder inhemsk valuta föreligger i princip ett hinder.



I figuren ovan förutsätts att samtliga bolag har sin redovisning i svenska kronor. Om det som i Sverige finns möjlighet för företag att använda utländsk valuta som redovisningsvaluta blir jämförbarhetsbedömningen mer komplicerad.¹⁸⁰ Då kan användandet av utländsk valuta förekomma på två olika nivåer. Dels som redovisningsvaluta, dels som transaktionsvaluta.¹⁸¹ Eftersom en jämförbar situation som huvudregel konstrueras genom att det gränsöverskridande momentet skalas av uppkommer här frågan vilken eller vilka av de två gränsöverskridande momenten som ska skalas av. Av pedagogiska skäl kommer denna fråga att analyseras senare, i avsnitt 6.3.2, mot bakgrund av domen i *Holding AB*. Innan dess, i kapitel 5, avhandlas de svenska skatteregler som är relevanta för förståelse av domen i *Holding AB*. Därefter följer en redogörelse för själva domen. Avslutningsvis behandlas betydelsen och innehållet i begreppet verklig förlust.¹⁸²

¹⁸⁰ Jfr. Cejje (2016b), s. 11.

¹⁸¹ I avsnitt 6.1 nedan diskuteras frågan om valet av utländsk valuta som redovisningsvaluta innebär att det gränsöverskridande momentet är uppfyllt.

¹⁸² Jfr. *Deutsche Shell* p. 25; Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *X AB mot Skatteverket*, p. 15.

5 Svenska skatteregler och Holding AB

5.1 Kapitalvinst och kapitalförlust i näringsverksamhet

De grundläggande bestämmelserna om vad som ska tas upp i inkomstslaget näringsverksamhet finns i 15 kap. 1 § IL. Bestämmelsen innebär att i princip samtliga inkomster i verksamheten ska tas upp som intäkt. Därav följer att kapitalvinster, inklusive valutakursvinster, som huvudregel ska tas upp.¹⁸³ Motsvarande regel avseende avdrag för utgifter finns i 16 kap. 1 § IL. Som huvudregel får ”utgifter för att förvärva och bibehålla intäkter” dras av som kostnad. Kapitalförluster får dras av även om de inte är utgifter enligt ovan.¹⁸⁴ Således kan konstateras att valutakursförluster i näringsverksamhet som huvudregel får dras av.¹⁸⁵

Resultatet i näringsverksamhet beräknas enligt bokföringsmässiga grunder och beskattningstidpunkten avgörs utifrån vad som följer av god redovisningssed, om inte annat föreskrivs i lag.¹⁸⁶ De transaktioner som beskattas i enlighet med redovisningen benämns ofta som det kopplade området och styrs exempelvis av Årsredovisningslagen (SFS 1995:1554), ÅRL, Bokföringslagen (SFS 1999:1078), BFL, och rekommendationer från BFN. De transaktioner som omfattas av särskilda skatterättsliga regler benämns som det icke-kopplade området. I IL finns flertalet regler¹⁸⁷ om periodisering och beskattningstidpunkt som leder till en beskattning som

¹⁸³ För vidare läsning om skatterättslig klassificering av innehav av utländsk valuta se Thorell, s. 57–74.

¹⁸⁴ Se vidare Dahlberg (2011), s. 243.

¹⁸⁵ 48 kap. 25–27 §§ IL.

¹⁸⁶ 14 kap. 2 § 1–2 st. IL.

¹⁸⁷ Se t.ex. 17–20 kap IL om inventarier och byggnader m.m.

skiljer sig från redovisningen.¹⁸⁸ Beskattningstidpunkten för kapitalvinster och kapitalförluster i inkomstslaget näringsverksamhet regleras i lag och följer de allmänna reglerna som gäller i inkomstslaget kapital.¹⁸⁹ Vidare ska den skattepliktiga inkomsten fastställas i svenska kronor och tillgångar i utländsk valuta behöver därmed omräknas.¹⁹⁰ Tillsammans med huvudregeln för kapitalvinstberäkning i IL¹⁹¹ följer då att valutakursförändringar är inkluderade i den totala kapitalvinsten eller förlusten och detta kallas för *integrationsprincipen*.¹⁹²

Vinsten i näringsverksamhet beräknas med utgångspunkt i bokföringen. Det bokförda resultatet justeras sedan utifrån skatterättsliga hänsyn, exempelvis genom att skattefria intäkter avlägsnas och ej avdragsgilla kostnader läggs till.¹⁹³ Efter att hänsyn tagits till de *skattemässiga justeringarna* är den skattepliktiga vinsten beräknad. De skattemässiga justeringarna utgör därmed en slags brygga mellan det kopplade och icke-kopplade området.¹⁹⁴

5.2 Valutakursförändring på fordran som utgör kapitaltillgång

5.2.1 Inledning

I näringsverksamhet uppstår kapitalvinst och kapitalförlust vid avyttring av kapitaltillgångar.¹⁹⁵ Av den negativa definitionen av kapitaltillgångar framgår att begreppet avser:

- [...] andra tillgångar i näringsverksamheten än
 - lagertillgångar, pågående arbeten, kundfordringar och liknande tillgångar,
 - inventarier, och

¹⁸⁸ Lodin m.fl., s. 308 ff.

¹⁸⁹ 14 kap. 9 § och 44 kap. 26–32 §§ IL; Se även 25 kap. 2 § IL för andra särskilda bestämmelser gällande kapitalvinster och kapitalförluster i näringsverksamhet.

¹⁹⁰ Thorell, s. 49.

¹⁹¹ 44 kap. 13 § IL.

¹⁹² Thorell, s. 119 ff.

¹⁹³ Se vidare prop. 1999/2000:23, s. 155.

¹⁹⁴ Ibid. s. 155.

¹⁹⁵ 25 kap. 3 § 1 st. IL.

– patent och andra sådana rättigheter [...] ¹⁹⁶

Fordringar och skulder som inte är kundfordringar eller liknande är således kapitaltillgångar och hör till det icke-kopplade området. Beskattningen styrs därmed av lag och följer inte nödvändigtvis redovisningen.

Efter denna korta genomgång av de generella reglerna för redovisningen av kapitaltillgångar i näringsverksamhet följer nu en redogörelse för regler avseende valutakursförändringar hänförliga till fordringar och skulder. Ett bolags redovisningsvaluta är avgörande för vilka regler som är tillämpliga och därför behandlas eurobolag och bolag som redovisar i svenska kronor separat.

5.2.2 Bolag som redovisar i svenska kronor

Detta avsnitt behandlar situationen att ett svenskt företag med redovisning i svenska kronor har en fordran på ett annat företag i annan valuta. Enligt 14 kap. 8 § IL ska fordringar och skulder i utländsk valuta värderas till kursen vid beskattningsårets utgång om det är förenligt med god redovisningssed.¹⁹⁷ Det innebär att valutakursvinster och förluster som huvudregel beaktas löpande. Avyttring, inklusive amortering, av fordran som utgör kapitaltillgång ska kapitalvinstbeskattas.¹⁹⁸ Fordran i utländsk valuta utgör en *utländsk fordringsrätt* och vid avyttring ska eventuell justering av fordrans värde enligt 14 kap. 8 § beaktas genom att fordrans omkostnadsbelopp justeras.¹⁹⁹ Om en fordrans värde vid beskattningsårets utgång justeras nedåt ska således omkostnadsbeloppet också justeras nedåt vid en avyttring för att inte dubbla avdrag ska uppstå. Om valutakursvinst uppstår ska omkostnadsbeloppet istället justeras uppåt vid kapitalvinstberäkningen. Det sagda innebär att valutakursförändringar på fordringar som utgör kapitaltillgångar inte beskattas som en del av realisationsvinster- eller förluster utan istället

¹⁹⁶ 25 kap. 3 § 2 st. IL.

¹⁹⁷ Undantag gäller om bolaget vidtagit en valutasäkringsåtgärd.

¹⁹⁸ 25 kap. 3 § IL; jfr. Cejje (2016b), s. 3.

¹⁹⁹ Se 48 kap. 4 och 17 §§ samt 14 kap. 8 § IL.

enligt de allmänna reglerna för beskattning av näringsverksamhet.²⁰⁰ Om fordran avyttras under löpande beskattningsår gäller samma regler enligt Skatteverket.²⁰¹

Om fordran uppstår mellan företag i intressegemenskap gäller särskilda regler. Enligt 25 a kap. 19 § IL får en eventuell kapitalförlust inte dras av. Av förarbetena framgår att syftet med regeln är att motverka kringgåenden av avdragsförbudet för kapitalförluster på näringsbetingade andelar genom att ett dotterbolag finansieras med lån istället för eget kapital.²⁰² Avdragsförbudet gäller för förlust på den nominella fordran men valutakursförlusten får enligt Skatteverket dras av även inom intressegemenskap.²⁰³ Samtidigt är en vinst på en nominell fordran fullt ut skattepliktig enligt den allmänna regeln om vad som ska tas upp som inkomst i näringsverksamhet. Om ett företag valt att ha euro som redovisningsvaluta gäller andra regler.²⁰⁴

5.2.3 Bolag som redovisar i euro (eurobolag)

Om euro används som redovisningsvaluta är omräkningslagen (SFS 2000:46) tillämplig.²⁰⁵ Trots valet av euro som redovisningsvaluta är eurobolag skyldiga att omräkna sin bokföring och lämna in deklaration i svenska kronor.²⁰⁶ Balansräkningen räknas om enligt kursen på balansdagen och resultaträkningen omräknas enligt en genomsnittskurs för året.²⁰⁷ Den differens som kan uppstå på grund av att olika beräkningsmetoder används ska inte resultatföras utan antecknas som en korrigeringspost i balansräkningen.²⁰⁸ Korrigeringsposten påverkar inte det skattepliktiga

²⁰⁰ Jfr. Skatteverkets ställningstagande, *Valutakursförändringar på fordringar som är kapitaltillgångar*; jfr. dom från Kammarrätten i Göteborg mål nr. 6338-10.

²⁰¹ Skatteverkets ställningstagande, *Valutakursförändringar på fordringar som är kapitaltillgångar*.

²⁰² Prop. 2002/03:96, s. 136.

²⁰³ 25 a kap. 19 § IL; jfr. Skatteverkets ställningstagande, *Valutakursförändringar på fordringar som är kapitaltillgångar*.

²⁰⁴ Se t.ex. 4 kap. 6 § BFL.

²⁰⁵ 1 § omräkningslagen.

²⁰⁶ Se 22 kap. 2 § skatteförfarandeförordningen (SFS 2011:1261).

²⁰⁷ 5–6 §§ omräkningslagen.

²⁰⁸ 7 § omräkningslagen.

resultatet.²⁰⁹ Den omräknade resultaträkningen utgör grunden för beskattningen och eventuella skattemässiga justeringar sker efter omräkning.²¹⁰ Det är alltså fråga om en schabloniserad omräkningsmodell där inte varje transaktion i euro måste redovisas separat även i svenska kronor.²¹¹

Inom det kopplade området är bokföringens belopp i euro utgångspunkt för beskattningen. Inom det icke-kopplade området är det istället transaktionernas värde i kronor som beskattas.²¹² För kontanter, fordringar, skulder och avsättningar i annan valuta än euro finns en bestämmelse i omräkningslagen motsvarande 14 kap. 8 § IL.²¹³ Regeln innebär att tillgångarna ska värderas till euro enligt balansdagens kurs. På samma sätt som för företag som redovisar i svenska kronor beaktas valutakursförändringarna på fordringar i annan valuta löpande.²¹⁴ I omräkningslagen saknas en bestämmelse motsvarande 48 kap. 17 § IL för justering av omkostnadsbeloppet vid avyttring. Bestämmelsen i IL anses dock tillämplig även för företag som omfattas av omräkningslagen.²¹⁵ Den skatterättsliga kapitalvinstberäkning tar vidare sin utgångspunkt i ett försäljningspris och ett anskaffningsvärde uttryckt i svenska kronor och det bokförda värdet påverkar inte beskattningen.²¹⁶

Till skillnad från bolag som redovisar i svenska kronor riskerar eurobolag att drabbas av valutakursförluster även på fordran uttryckt i redovisningsvalutan, alltså euro. Det beror på att eurobolag enligt omräkningslagen måste göra en omräkning av sitt resultat i deklarationssyfte. I en sådan situation gäller inte 11 § i omräkningslagen eftersom fordran inte är uttryckt i annan valuta än euro. Eftersom specialregler saknas faller bedömningen tillbaka på huvudreglerna att balansräkningen omräknas enligt balansdagens kurs och resultaträkningen omräknas enligt genomsnittskursen för året.²¹⁷ Den

²⁰⁹ Se prop. 1999/2000:23, s. 249.

²¹⁰ 4 § omräkningslagen; jfr. Cejje (2016b), s. 4.

²¹¹ Se prop. 1999/2000:23, s. 149 ff.

²¹² Prop. 1999/2000:23, s. 153 och 157; jfr. Thorell, s. 119 ff.

²¹³ 11 § omräkningslagen.

²¹⁴ Jfr. Cejje (2016b), s. 4.

²¹⁵ Ibid. s. 4 f.

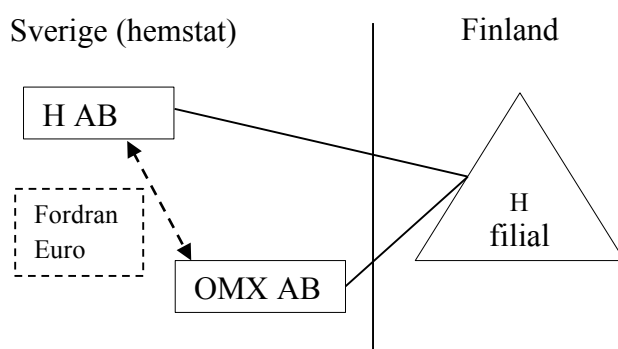
²¹⁶ Prop. 1999/2000:23, s. 1.

²¹⁷ 5–7 §§ omräkningslagen; jfr. Cejje (2016b), s. 5.

schabloniserade omräkningen gör att det inte nödvändigtvis framgår om någon valutakursvinst eller valutakursförlust uppstått.²¹⁸ HFD har i ett mål tagit ställning till en situation där ett eurobolag haft en skuld i euro inom det kopplade området.²¹⁹ Domstolen anförde att omräkningen i fallet inte innebar att beräkningen av överskott och underskott i näringsverksamheten påverkades.²²⁰ Eftersom det var fråga om en skuld inom det kopplade området går det inte att utifrån fallet dra några slutsatser om vad som gäller inom det icke-kopplade området vid tillämpning av kapitalvinstberäkningsreglerna.²²¹ Vad som gäller inom det icke-kopplade området är oklart, men en tolkning är att valutakursförändringar inte beaktas i den löpande beskattningen utan enbart i kapitalvinstberäkningen vid en avyttring.²²² Avgörandet i *Holding AB* är i detta sammanhang betydelsefullt genom att det klargör rättsläget.

5.3 Holding AB

Förutsättningarna i *Holding*-målet var att *Holding AB*, via en filial i Finland, ägde samtliga aktier i *OMX AB* och hade fordringar på bolaget. Både fordringarna och *Holding AB*:s redovisning var i euro. När *OMX* skulle amortera på fordringarna uppstod frågor kring hur en valutakursförlust hos *Holding AB* skulle hanteras. Det är alltså återigen fråga om hemstatshinder.²²³



²¹⁸ Cejje (2016b), s. 5.

²¹⁹ HFD mål nr. 1497-11.

²²⁰ HFD mål nr. 1497-11, s. 3.

²²¹ Jfr. Cejje (2016b), s. 5.

²²² Se vidare Cejje (2016b), s. 6; SRN:s förhandsbesked dnr 115-09/D (2011-02-22).

²²³ Jfr. avsnitten 4.3–4.5.4 ovan.

Inledningsvis konstaterade HFD att fordringarna utgjorde kapitaltillgångar enligt 25 kap. 3 § IL. Omräkningslagen var tillämplig vilket innebar att resultat- och balansräkningen omräknas till svenska kronor i deklarationen. Det omräknade resultatet utgör grunden för de skattemässiga justeringarna. Med hänvisning till förarbetena konstaterade domstolen att vid avyttring av kapitaltillgångar, i form av amortering av fordringar, ska intäkten uttryckt i svenska kronor ställas mot anskaffningsutgiften i kronor.²²⁴ Det sagda innebär att valutakursförändringar integreras i beräkningen av kapitalvinsten. Eftersom företagen befinner sig i intressegemenskap följer av 25 a kap. 19 § IL att en eventuell valutakursförlust inte får dras av.

Den internrättsliga bedömningen är i linje med vad som anförts ovan i avsnitt 5.1–5.2. Av avgörandet i *Holding AB* framgår sammanfattningsvis att integrationsprincipen gäller inom det icke kopplade området och därmed också för valutakursförändringar på fordringar som utgör kapitaltillgångar. Företag i *Holding AB* :s situation medges således inte avdrag för valutakursförlust löpande utan eventuellt först vid en avyttring och kapitalvinstberäkning.²²⁵ Dessutom råder avdragsförbud för kapitalförlust som uppstår inom en intressegemenskap.

När domstolen konstaterat att den internrättsliga regleringen leder till att en valutakursförlust hos *Holding AB* inte får dras av går HFD vidare till frågan om de svenska reglerna är förenliga med den fria rörligheten för kapital. Domstolen inleder med en bedömning av om gränsöverskridande moment föreligger. Eftersom båda parter i fordran är svenska bolag och det saknas andra gränsöverskridande inslag än valutan ställs frågan på sin spets.²²⁶ Fordran innehas av *Holding AB* via en filial i Finland men både borgenären och gäldenären befinner sig i Sverige och detta faktum innebär inte i sig självt

²²⁴ Domstolen konstaterar att en fordran realiserats när omkostnadsbeloppet är förbrukat.

²²⁵ Jfr. Cejie (2016b), s. 12 f.

²²⁶ Jfr. avsnitt 3.3.3 ovan.

att det gränsöverskridande momentet är uppfyllt.²²⁷ HFD behandlar först EUD:s dom i *Trummer Mayer* och säger att:

”Även om fordringen i *Trummer Mayer* hade en direkt koppling till en gränsöverskridande transaktion var det förbudet i den nationella lagstiftningen för in-teckningar uttryckta i en annan medlemsstats valuta som utgjorde själva restriktionen för kapitalrörelsen. I detta avseende finns beröringspunkter med Holding AB:s fordran, som också till en del har sin grund i en gränsöverskridande transaktion, men där den ifrågasatta restriktionen består av att avdrag inte medges för en kapitalförlust vid avyttring av fordringarna när förlusten beror på en förändring av växelkursen mellan euro och svenska kronor.”²²⁸

Därtill uppmärksammar HFD *Kursförlustdomen* som en än mer renodlad situation där en transaktion mellan två i samma stat hemmahörande parter bedömdes falla inom tillämpningsområdet för de fria rörligheterna. Mot bakgrund av dessa två fall anser domstolen att det faktum att fordringarna är utställda i euro utgör ett tillräckligt gränsöverskridande moment för att EU-rätten ska anses tillämplig.

Motiveringen till varför HFD anser att gränsöverskridande moment föreligger är begränsad och kan ifrågasättas. Framför allt den betydelse som domstolen tillmäter domen i *Trummer Mayer*. Det fallet skiljer sig från *Holding AB* på en avgörande punkt, genom att det finns ett tydligt gränsöverskridande moment i den mellanstatliga fastighetsöverlåtelsen.²²⁹

I själva hindersprövningen tar HFD stöd av de fyra rättsfallen *Deutsche Shell, X AB, National Grid Indus*²³⁰, och *Kursförlustdomen*. Den för uppsatsen mest intressanta delen av hindersprövningen är den om jämförbarhet.²³¹ Det kan

²²⁷ Jfr. Cejje (2016b), s. 8.

²²⁸ *Holding-domen* s. 9.

²²⁹ Se vidare Cejje (2016b), s. 8 och avsnitt 6.2 nedan.

²³⁰ C-371/10 *National Grid Indus*.

²³¹ För en analys av hela hindersprövningen inklusive rättfärdigande- och proportionalitetsbedömningen se Cejje (2016b), s. 8–13.

dock uppmärksammas att domstolen före jämförbarhetsbedömningen konstaterar att den svenska behandlingen av valutakursförändringar på fordringar inom en intressegemenskap, genom 25 a kap. 19 §, är asymmetrisk på så sätt att vinster beskattas medan avdrag för förluster inte medges.²³² Så kallad asymmetrisk lagstiftning står en högre risk att betraktas som hindrande och det försvårar även för medlemsstater att rättfärdiga sina regler.²³³ I jämförbarhetsbedömningen säger HFD att:

”Om Holding AB och OMX AB i stället hade valt svenska kronor som lånevaluta skulle beräkningen av det skattemässiga resultatet vid avyttringen inte ha påverkats av någon valutakomponent.

Beskattningskonsekvenserna blir således olika vid avyttring av en fordran beroende på om lånevalutan är euro eller svenska kronor.

Även om valutakomponenten är en integrerad del i beräkningen av resultatet vid avyttringen av en fordran innebär avdragsförbudet att den ekonomiska risken ökar för ett företag som har fordringar i euro jämfört med svenska kronor [sic!].”²³⁴

På grund av den ökade risken kan långgivare avhållas från att ingå låneavtal där skulden är uttryckt i utländsk valuta. Avdragsförbudet utgör därför enligt HFD:s bedömning ett hinder mot den fria rörligheten för kapital. I domstolens argumentation finns en tydlig koppling till *Deutsche Shell* på så sätt att stor vikt läggs vid den ökade risken som företag som använder utländsk valuta utsätts för.²³⁵

Domstolen jämför situationen Holding AB befinner sig i med en situation där lånevalutan istället är svenska kronor. Jämförbarhetsbedömningen sker således i enlighet med den huvudprincip som presenterats ovan och den

²³² Jfr. *Kursförlustdomen*; Cejje (2016b), s. 9 f.

²³³ Jfr. Cejje (2016b), s. 9 ff.

²³⁴ *Holding-domen* s. 10.

²³⁵ Jfr. Cejje (2016b), s. 10 f.

jämförbara situationen konstrueras genom att det gränsöverskridande momentet skalas av. Eftersom domstolen anser att användandet av euro som lånevaluta utgör det gränsöverskridande momentet utgörs den jämförbara situationen av samma förutsättningar men där svenska kronor utgör lånevalutan. Men med detta sagt baserar domstolen sin slutsats att hinder föreligger på en till synes felaktig tolkning av intern rätt. Även om Holding AB valt svenska kronor som lånevaluta hade omräkningslagen varit tillämplig och valutakursförlust uppstått på grund av att företaget har euro som redovisningsvaluta. Enda skillnaden hade varit att 11 § omräkningslagen hade varit tillämplig och avdrag för valutakursförlust medgetts löpande. Avdragsförbudet i 25 a kap. 19 § IL är tillämpligt i båda fallen. Jämförelsesituationerna behandlas därmed på samma sätt vad gäller kapitalförlust vid avyttring.²³⁶ Ur det perspektivet utgör de svenska reglerna inget hinder eftersom ingen negativ särbehandling föreligger.

Cejie påvisar i sin artikel flera olika tänkbara jämförelsesituationer.²³⁷ En av dessa är en situation där ett svenskt företag med redovisning i svenska kronor har en fordran i svenska kronor på ett annat inhemskt företag. Det går att argumentera för att en sådan jämförelse är mer passande att göra. Anta att även användandet av euro som redovisningsvaluta utgör ett gränsöverskridande moment i sig självt. En tillämpning av huvudprincipen för jämförbarhet innebär då att även detta gränsöverskridande moment bör skalas av för att skapa den jämförbara interna situationen. Vidare är det så att vid en yttlig jämförelse ter sig Holding AB:s situation mer lik den för ett företag som har svenska kronor som redovisningsvaluta och som innehar fordran uttryckt i kronor. I båda situationerna är redovisningen och fordran i samma valuta och därmed kan inga valutakursförändringar direkt påverka det bokföringsmässiga resultatet. I euro-euro-situationen föreligger dock en risk för vad som kan kallas en skatterättslig valutakursförlust genom att eurobolag måste omräkna sin bokföring i deklarationen. I Holding AB:s fall uppstår valutakursförlusten genom att anskaffningsvärdet uttryckt i kronor ställs mot

²³⁶ Jfr. Cejie (2016b), s. 5–10.

²³⁷ Ibid. s. 11.

inkomsten i kronor. Låt säga att de lånade ut 100 euro och vid utbetalnings-tillfället motsvarade det 1000 svenska kronor. Tio år senare får de tillbaka sina 100 euro vilket då motsvarar 900 svenska kronor. Ur bokföringssynpunkt har företaget fått tillbaka hela sitt utlånade kapital. Vid en schabloniserad omräkning av företagets balans- och resultaträkning kommer någon valutakursförlust på fordringen därmed inte heller att synas. Men eftersom en fordran som utgör en kapitaltillgång hör till det icke kopplade området ska kapitalvinsten på fordringen beräknas enligt de allmänna reglerna om kapital och följer därför inte redovisningen. Vid kapitalvinstberäkningen omräknas omkostnadsbeloppet och intäkten till svenska kronor varvid en skatterättslig förlust om 100 svenska kronor uppkommer. Det är denna förlust som Holding AB yrkar avdrag för och som HFD ger företaget rätt till. Något som talar mot jämförelsen ovan är att den skatterättsliga valutakursförlust som drabbar Holding AB inte drabbar motsvarande företag med redovisning i svenska kronor. I den senare situationen förekommer ingen omräkning varför motsvarande valutakursförlust inte uppstår.

Mot bakgrund av att den förlust som Holding AB yrkar avdrag för inte uppstår varken i den ekonomiska verkligheten eller i bokföringen, utan först vid de skattemässiga justeringarna, kan ifrågasättas om förlusten är verklig.²³⁸

5.4 Verklig förlust

Diskussionen om verklig förlust tar sin utgångspunkt i *Deutsche Shell*, där EUD uppmärksammar att det är upp till den nationella domstolen att fastställa om en ”*real economic loss*” föreligger.²³⁹ Generaladvokat Kokott skriver i förhandsavgörandet i *X AB mot Skatteverket* att ”it must be emphasised that it is for the national court to determine whether and to what extent a currency loss is actually capable of being sustained by company X.”²⁴⁰, vilket tyder på att domstolens uttalande i *Deutsche Shell* fortfarande gäller. Avseende det

²³⁸ Cejic (2016b), s. 11.

²³⁹ *Deutsche Shell* p. 24–26. I fortsättningen av fallet förutsätter domstolen att en sådan förlust föreligger.

²⁴⁰ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i *X AB mot Skatteverket*, p. 15.

EU-rättsliga innehållet i begreppet verklig förlust finns ingen direkt ledning att finna i rättspraxis. Exempelvis har prövningen i båda fallen ovan överlämnats till de nationella domstolarna utan att begreppet preciserats av EUD. En bokstavstrogen tolkning av uttalandet i *Deutsche Shell* talar för att en verklig förlust kräver att det är fråga om någon form av ekonomisk förlust. Innebörden av ekonomisk förlust är i sin tur oklar men begreppet tyder på att det avser en förlust som inte enbart uppstår i bokföringen eller i den skattemässiga justeringen utan även i företagets faktiska verksamhet.

På grund av att det saknas tydlig praxis från EUD avseende innebörden av verklig förlust och på grund av att domstolen i sina avgöranden hänvisar frågan till de nationella domstolarna är nationell rätt relevant. I svensk rätt har i rättspraxis länge funnits krav på att en förlust ska vara verklig.²⁴¹ Sedan år 2000 finns även en bestämmelse i 44 kap. 23 § IL som ger att bara verkliga kapitalförluster ska anses som kapitalförluster.²⁴² Bestämmelsen gäller enbart för kapitaltillgångar och huvuddelen av rättspraxis på området handlar om förluster inom en koncern och i synnerhet vid avyttring av andelar i dotterbolag som före försäljning tömts på tillgångar.²⁴³ I svensk rätt har verklig förlust således främst varit aktuellt vid fall av fingerade eller frivilligt framkallade förluster.²⁴⁴ Den förlust som Holding AB påstår sig ha lidit kan inte sägas vara av sådan karaktär eftersom den inte är orsakad enbart genom ett medvetet agerande från bolagets sida. Bolaget har inte haft möjlighet att kontrollera valutakursfluktuationerna under fordrans löptid och förlusten kan av den anledningen inte anses fingerad. Stora delar av svensk rättspraxis på området är således irrelevant i detta sammanhang. Inte heller tas frågan upp i *Holding AB*, varken av parterna eller av domstolen.²⁴⁵

²⁴¹ Se t.ex. RÅ 85 1:86.

²⁴² Se prop. 1999/00:2, s. 536; Se även 44 kap. 24–25 §§ IL som avser vissa specifika typer av fingerade eller frivilligt framkallade förluster.

²⁴³ Prop. 2011/12:17, s. 16; Kammarrätten i Jönköping mål nr 3440-05.

²⁴⁴ Jfr. Tivéus, s. 216 f.

²⁴⁵ Cejje (2016b), s. 11.

Ur rättspraxis från tiden före den lagfästa regeln om verklig förlust finns andra, utifrån *Holding-fallet*, intressanta uttalanden om förutsättningarna för att företag ska medges avdrag för en förlust. I RÅ 85 1:86 anför Skatteverket att förlust ska vara reell, faktisk och inte endast bokföringsmässig för att ge rätt till avdrag. Domstolen går på verkets linje och nekar avdrag på grund av att förlusten inte är verklig utan enbart bokföringsmässig.²⁴⁶ Domstolen fäster därmed stor vikt vid att förlusten endast uppstår i bokföringen och inte i den faktiska verksamheten. I *Holding AB:s* fall uppstår förlusten först i den särskilda kapitalvinstberäkningen vid beskattningen. Inte i något av de tidigare stegen i bolagets beräkning av det skattemässiga resultat syns förlusten. Om det sagda är en korrekt tolkning av domen i RÅ 85 1:86 kan *Holding AB* därmed inte anses ha lidit en verklig förlust. Avgörandet är förhållandevis gammalt och avgjordes innan Sverige gick med i EU men de principiella uttalanden som görs har fortsatt viss relevans.

Fjellström presenterar ett alternativt sätt att se på begreppet verklig förlust och menar att en förlust är verklig om den påverkar förmågan att betala skatt.²⁴⁷ Hon diskuterar verklig förlust utifrån perspektivet att ett moderbolag tar över all personal från ett nyligen förvärvat och kunskapsintensivt dotterbolag för att sedan likvidera eller sälja det tömda dotterbolaget som då saknar värde. Eftersom moderbolaget erhållit tillgångar i form av personal kan hävdas att de inte lidit en verklig förlust.²⁴⁸ Appliceras Fjellströms definition på *Holding AB:s* situation talar även detta för att bolaget inte lidit någon verklig förlust. Bolagets förmåga att betala skatt har inte påverkats av den påstådda förlusten eftersom varken bolagets redovisning eller faktiska likviditet har påverkats. Bolagets tillgångar är av samma storlek innan som efter att förlusten uppkom.

²⁴⁶ RÅ 85 1:86.

²⁴⁷ Fjellström, s. 16.

²⁴⁸ *Ibid.* s. 16.

Avslutningsvis uppmärksammas ett fall från kammarrätten i Jönköping som handlar om valutatransaktioner inom IKEA-koncernen.²⁴⁹ I korthet var förutsättningarna sådana att Royston Invest yrkade avdrag för kapitalförlust hänförlig till ett swapavtal som de tecknat med Deutsche Bank.²⁵⁰ Bolagets holländska systerbolag hade tecknat ett omvänt avtal vilket innebar att Royston Invests kapitalförlust, till viss del, motsvarades av en vinst hos systerbolaget i Holland.²⁵¹ Domstolen fann att den del av Royston Invests förlust som motsvarades av vinst i det holländska systerbolaget inte utgjorde en verklig förlust enligt 44 kap. 23 § IL. Domstolen anförde att även om varje företag i en koncern i princip är ett självständigt skattesubjekt måste vid bedömningen av om verklig förlust föreligger en helhetsbedömning göras. För att skapa ett materiellt riktigt resultat måste konsekvenserna för hela koncernen beaktas. Om förlust hos ett företag inom koncernen motsvaras av vinst i ett annat företag så är förlusten, enligt kammarrättens mening, inte verklig. Målet återförvisades till Skatteverket för ny bedömning av hur stor del av förlusten som var verklig då domstolen saknade tillräckligt underlag.²⁵²

Även i *Holding AB* är det fråga om en förlust inom en koncern och förlusten hos Holding AB torde motsvaras av vinst hos OMX AB. Enligt en strikt tolkning av domen i *Royston Invest* skulle Holding AB:s förlust därmed inte vara verklig eftersom ingen förlust uppstått utifrån ett koncernperspektiv. Det är dock tveksamt om kammarrättsdomen kan tillmätas en så avgörande betydelse.²⁵³ Domstolens tolkning av verklig förlust innebär ju att inga förlustavdrag medges om det finns motsvarande vinster i annat koncernbolag. En sådan tolkning är alltför långtgående och inte i enlighet med lagstiftarens ståndpunkt som bland annat framgår indirekt av avdragsförbudet i 25 a kap. 19 § IL.²⁵⁴ Att det finns ett uttryckligt förbud mot avdrag för förlust på fordran inom en intressegemenskap visar att lagstiftaren anser att förluster kan vara

²⁴⁹ Kammarrätten i Jönköping mål nr. 2356-14.

²⁵⁰ För vidare läsning om valutaswap se Thorell, s. 48.

²⁵¹ 72% av den summa Royston Invest fått i kapitalförlust fick det holländska systerbolaget i kapitalvinst.

²⁵² Kammarrätten i Jönköping mål nr. 2356-14, s. 5f.

²⁵³ Se t.ex. RÅ 1994 ref. 22, där domstolen inte anlade ett koncernperspektiv.

²⁵⁴ Se även t.ex. 25 kap. 7–9 §§ IL.

verkliga även om de uppstår inom en koncern. Om inte verkliga förluster kan uppkomma inom intressegemenskap hade dylika bestämmelser varit överflödiga. Dessutom är det fråga om en underrättsdom varför rättskällevärdet inte är tillnärmelsevis lika stort som vid en dom från HFD.

Sammanfattningsvis kan sägas att innehållet i begreppet verklig förlust är oklart, i varje fall avseende den typ av förlust som Holding AB anser sig ha lidit. Ur ett EU-rättsligt perspektiv ska det vara fråga om en verklig ekonomisk förlust. Inte ens vid en omfattande definition av begreppet ekonomisk förlust är det givet att Holding AB:s förlust är inkluderad. Även HFD:s äldre uttalande om att en bokföringsmässig förlust inte är verklig talar för att inte heller Holding AB:s skattemässiga förlust är det. Avslutningsvis, och mot bakgrund av Fjellströms definition, kan anföras att Holding AB:s resultat och därmed förmåga att betala skatt inte påverkas. De har fått tillbaka hela lånebeloppet i euro och har därmed inte lidit någon faktisk förlust. Det är först vid den skatterättsliga kapitalvinstberäkningen som förlusten uppstår. Det finns därmed fog för att hävda att förlusten inte är verklig och att Holding AB borde ha nekats avdrag med stöd av 44 kap. 23 § IL. Till Holding AB:s fördel kan anföras att bolaget enbart följt gällande svensk rätt och agerat på ett affärsmässigt sätt. Ur detta perspektiv kan tyckas att det är upp till lagstiftaren att ändra regelverket om den här typen av förlust inte bör vara avdragsgill. Dessutom följer det av domen i *Holding AB* att integrationsprincipen gäller för valutakursförändringar hänförliga till aktuell fordran.²⁵⁵ Det innebär att en eventuell valutakursvinst hade beskattats medan förlustavdrag möjligtvis kan nekas på grund av att förlusten inte är verklig.²⁵⁶ En sådan asymmetrisk beskattning är inte automatiskt förbjuden men inte heller önskvärd, i synnerhet inte ur ett EU-rättsligt perspektiv.²⁵⁷ Det är således inte helt klart huruvida Holding AB:s förlust är att anse som verklig eller inte.

²⁵⁵ Se avsnitt 5.3 ovan.

²⁵⁶ På grund av att begreppet *verklig förlust* saknar motsvarighet avseende vinster. Samma sak gäller avdragsförbudet i 25 a kap. 19 § IL.

²⁵⁷ Se avsnitt 5.3 ovan.

6 Analys och slutsatser

6.1 Utländsk valuta som gränsöverskridande moment

Som framgått av avsnitt 3.3 ovan har EUD inte tagit ställning till huruvida användning av utländsk valuta ensamt kan utgöra det gränsöverskridande momentet som krävs för att EU-rätten ska bli tillämplig. Inte heller är frågan flitigt diskuterad i den rättsvetenskapliga litteraturen. Redan här kan konstateras att HFD:s beslut att inte begära förhandsavgöranden från EUD i framför allt *Kursförlustdomen*, men även *Holding AB*, bör ifrågasättas. Jag delar därmed den i litteratur vanligt förekommande kritiken mot domarna och hävdar att domstolen borde ha begärt ett förhandsavgörande.

Viss ledning för att besvara frågan kan dock hämtas från befintlig rättspraxis. Inledningsvis kan konstateras att EUD tenderar att vara villig att hitta ett gränsöverskridande moment vilket hänger samman med domstolens uppgift att stärka EU-rättens ställning inom unionen och harmonisera den inre marknaden. I praxis avseende tjänster och arv har domstolen ansett att gränsöverskridande moment föreligger i rent interna situationer om transaktionen sker via en annan medlemsstat.²⁵⁸ Inget av dessa fall kan enligt min uppfattning likställas med en situation där användningen av utländsk valuta utgör det enda gränsöverskridande momentet. En förutsättning för att diskutera en sådan situation är att parterna till en transaktion och själva transaktionen genomförs inom en och samma medlemsstat. EUD har inte i någon sådan situation ansett att ett gränsöverskridande föreligger.

²⁵⁸ Se avsnitt 3.3.2 ovan.

Det kan därför finnas anledning att systematisera de gränsöverskridande situationerna i tre grupper såsom gränsöverskridande transaktioner, gränsöverskridande partsrelationer och användandet av utländsk valuta som gränsöverskridande moment. I de två första grupperna menar jag att rättspraxis är klar och tydlig. Under förutsättning att parterna befinner sig i olika stater, eller att själva transaktionen tillhandahålls eller passerar via en annan stat, föreligger ett gränsöverskridande moment. När valutaanvändning utgör det enda gränsöverskridande momentet är läget mer osäkert.

Bland befintlig EU-rättslig och intern rättspraxis är *Kursförlustdomen* den mest renodlade situationen av användningen av utländsk valuta som enda gränsöverskridande moment. Min uppfattning är att HFD i domen ger den fria rörligheten för kapital ett större tillämpningsområde än vad som följer av befintlig rättspraxis. Därmed inte sagt att EUD nödvändigtvis funnit att ett gränsöverskridande moment saknades. Mot bakgrund av att domstolen tillämpar en ändamålsorienterad tolkningsmetod har jag funnit två skäl för att den skulle göra en liknande bedömning som HFD. För det första riskerar en annan utgång att få negativa effekter för den inre marknaden. Enskilda och företag kan avskräckas från att använda utländsk valuta, vilket i synnerhet drabbar utlandshandeln. Detta gör sig gällande även om en viss transaktion, såsom i *Kursförlustdomen*, genomförs i en rent intern situation. För det andra är domstolen, som konstaterats ovan, benägen att hitta ett gränsöverskridande moment för att stärka EU-rättens roll och skapa en välfungerande inre marknad. Med tanke på att valutakursrisker påverkar den inre marknaden negativt och att unionen genom sin penningpolitik ännu inte lyckats genomdriva den gemensamma valutan fullt ut kan tänkas att domstolen försöker minska riskerna. Utifrån tidigare rättspraxis på den direkta beskattningens område framstår det inte som osannolikt att domstolen skulle komma att fastställa tillämpningsområdet för den fria rörligheten för kapital till att omfatta även transaktioner som sker i utländsk valuta utan gränsöverskridande inslag i övrigt.

En jämförelse av handel med valuta såsom ett värdepapper och ett annat värdepapper, såsom exempelvis en andel i ett utländskt företag, kan också tänkas stödja att ett gränsöverskridande moment föreligger. Att investering i ett utländskt bolag, även om det sker via en inhemsk bank, omfattas av fördragsfriheterna råder det inget tvivel om.²⁵⁹ Vid beskattningen kan en utländsk andel inte behandlas mindre förmånligt än motsvarande inhemsk andel då det hindrar den fria rörligheten. Med en ändamålsinriktad tolkning kan då anföras att det inte finns skäl att behandla dessa två typer av värdepapper olika. Gränsöverskridande handel påverkas negativt i båda situationerna. Denna argumentation kan dock ifrågasättas genom att innehav av andel i utländskt bolag har en klarare gränsöverskridande karaktär, till skillnad från handel med valuta, på så sätt att innehavaren blir ägare till del av en verksamhet belägen i ett annat land.

Sammanfattningsvis anser jag att användandet av utländsk valuta enligt gällande rätt ensamt kan utgöra det gränsöverskridande momenten som gör EU-rätten tillämplig. Om EUD prövar frågan är min bedömning att den kommer att komma fram till samma slutsats, trots att starkt stöd saknas i befintlig rättspraxis.

Anses användningen av utländsk valuta utgöra ett gränsöverskridande moment räcker det således att använda sig av utländsk valuta för att EU-rätten ska vara tillämplig. Det sagda torde gälla även då företag valt att ha utländsk valuta som redovisningsvaluta. Ett sådant konstaterande väcker intressanta följdfrågor. Kan svenska eurobolag åberopa EU-rätten i situationer då de anser sig förfördelade även om gränsöverskridande inslag saknas i övrigt? Kan kravet på att de ska omvandla sin redovisning till svenska kronor för beskattningen innebära en administrativ börda i strid med fördragsfriheterna? Utan att gå närmre in på frågorna bör kunna antas att den svenska lagstiftaren genom omräkningslagen har gett EU-rätten ett större inflytande. Jag hävdar att domen i *Holding AB* tyder på det.

²⁵⁹ Se t.ex. målen om s.k. ”gyllene aktier” och ”eurobonds” ovan i avsnitt 3.3.3.

6.2 Gränsöverskridande moment i *Holding AB*

Vissa slutsatser avseende det gränsöverskridande momentet i *Holding AB* har presenterats i avsnitt 5.3 men analysen utvecklas här. HFD stödjer sin slutsats att gränsöverskridande moment föreligger i *Holding AB* genom hänvisning till *Trummer Mayer*. Domstolens tolkning och tillämpning av domen kan dock ifrågasättas. HFD säger att:

”Även om [min kursivering] fordringen i *Trummer Mayer* hade en direkt koppling till en gränsöverskridande transaktion var det förbudet i den nationella lagstiftningen för in-teckningar uttryckta i en annan medlemsstats valuta som utgjorde själva restriktionen för kapitalrörelsen.”²⁶⁰

Denna separering av momenten i transaktionen och prövningen följer enligt mig inte av EUD:s formulering. En mer korrekt återgivning av innehållet i domen är; *eftersom* fordringen hade en direkt koppling till en gränsöverskridande transaktion utgjorde de nationella reglerna ett hinder. Av EUD:s dom följer inte att slutsatsen nödvändigtvis blivit densamma om både *Trummer* och *Mayer* varit bosatta i Österrike, där även fastigheten var belägen. Därför anser jag att HFD:s bedömning i denna del är tveksam. EUD:s dom ger enligt min tolkning inget stöd för bedömningen att gränsöverskridande moment föreligger enbart genom tillämpning av utländsk valuta då det i *Trummer Mayer* fanns andra förutsättningar som gjorde att gränsöverskridande moment förelåg.

Med hänsyn till vad som anförts i avsnitt 3.3 ovan anser jag ändå att domstolen gjort en realistisk tolkning av EU-rätten. Med tanke på att det inte kommit några klagande domar från EUD efter *Kursförlustdomen* är det förståeligt att HFD inte vill ändra på rättsläget.

²⁶⁰ *Holding-domen* s. 9, 2 st.

6.3 Jämförbar situation

6.3.1 Utländsk valuta som gränsöverskridande moment

När användandet av utländsk valuta utgör det gränsöverskridande momentet förutsätts att transaktionen och båda parter därtill befinner sig i samma medlemsstat det är i ett särskiljande mellan gränsöverskridande och inte gränsöverskridande transaktioner som hinder kan uppstå.²⁶¹

Jag menar inledningsvis att både *Kursförlustdomen* och *Deutsche Shell*, som ansetts utgöra undantag till annars väletablerade prövningsmetoder, går att inordna under en *fri rörlighetsbaserad prövning* med en jämförelse. I *X AB mot Skatteverket* är det, precis som i *Deutsche Shell*, fråga om etableringsfriheten. Det gränsöverskridande momentet är därför uppfyllt på annan grund än användandet av utländsk valuta. I *X AB mot Skatteverket* är den utländska valutans också helt irrelevant för hindersprövningen eftersom EUD gör en jämförelse mellan en inhemsk och en utländsk etablering oaktat vilken valuta andelarna är uttryckta i. Även om målet innebär ett förtydligande i förhållande till *Deutsche Shell* ger det ingen direkt ledning för frågan om hur den jämförbara situationen ska konstrueras när användandet av utländsk valuta utgör det gränsöverskridande momentet.

Bedömningen faller därför tillbaka på den sedvanliga metoden för att konstruera en jämförbar situation vid tillämpning av den *fri rörlighetsbaserade prövningen* genom att den gränsöverskridande transaktionen ställs i relation till motsvarande inhemska transaktion. Det innebär att ett svenskt företag med svenska kronor som redovisningsvaluta och fordran uttryckt i euro befinner sig i en jämförbar situation med ett svenskt företag med redovisning i svenska kronor som innehar en fordran uttryckt i svenska kronor.

²⁶¹ Se avsnitt 4.5.4 ovan.

Något som talar emot en sådan jämförelse är det faktum att en transaktion utförd i inhemsk valuta, till skillnad från transaktioner i utländsk valuta, inte utsätts för valutakursrisker. Av rättspraxis framgår dock inte att denna skillnad medför att situationerna inte är jämförbara.

6.3.2 Utländsk valuta som redovisningsvaluta (Holding AB)

Om utländsk valuta utöver att användas som transaktionsvaluta även används som redovisningsvaluta blir situationen en annan. I *Holding-domen* jämförs Holding AB med ett annat svenskt företag som redovisar i euro men som till skillnad från Holding har en fordran i svenska kronor. Som nämnts ovan ger en sådan jämförelse ett missvisande resultat.²⁶² Ur ett EU-rättsligt perspektiv kan det förklaras genom att jämförelsesituationen som HFD konstruerar också den innehåller ett gränsöverskridande moment, genom att euro används som redovisningsvaluta. Av den rättspraxis som behandlas i uppsatsen har inte i något fall två gränsöverskridande situationer jämförts.

På grund av att den utländska valutan, alltså euro, i Holding AB:s fall används som både redovisningsvaluta och transaktionsvaluta anser jag att den jämförbara situationen är densamma som i avsnitt 6.3.1 ovan. Den jämförbara situationen utgörs alltså av ett svenskt företag som redovisar i svenska kronor och har en fordran i svenska kronor. Det sagda följer av en tillämpning av den sedvanliga metoden för att konstruera den jämförbara situationen i en *fri rörlighetsbaserad prövning*, genom att de gränsöverskridande momenten skalas av. Därmed skapas den rent interna motsvarigheten till Holding AB:s situation. Vid en första anblick framstår också företag med fordran och redovisning i samma valuta som mer lika varandra än de jämförelseobjekt som HFD använder sig av i *Holding-målet* där redovisningsvalutan är en annan än transaktionsvalutan. När redovisning och fordran är i samma valuta,

²⁶² Se avsnitt 5.3 ovan.

oavsett vilken, föreligger i princip ingen valutakursrisk. Eventuella valutafluktuationer kommer i en sådan situation inte att påverka varken bokföringen eller företagets resultat.²⁶³

Likväl kan användandet av utländsk valuta anses få negativa konsekvenser för Holding AB på grund av de svenska skattereglerna. Vid företagets beräkning av det skattepliktiga resultatet framkommer en kapitalförlust som inte uppstår för företag som använder svenska kronor i sin redovisning och har fordringar i samma valuta. Om kapitalförlusten inte får dras av kan det tänkas utgöra ett hinder. Det föreligger inte något särskiljande på grund av nationalitet men möjligtvis på grund av nyttjande av fördragsfrihet. Som tidigare konstaterats gäller olika regler för beskattningen i Sverige beroende på val av redovisningsvaluta. Det innebär en särskiljandefaktor med anknytning till användningen av euro och därmed också till utnyttjandet av den fria rörligheten för kapital.

Om de svenska reglerna utgör ett hinder återstår, utöver rättfärdigande- och proportionalitetsargument, avslutningsvis en möjlighet att neka avdrag med hänvisning till att Holding AB:s förlust inte är verklig. Den tidigare analysen i avsnitt 5.4 visar att begreppet är oklart men det visar även att det finns delar som talar för att företagets förlust inte är verklig. Det kan tilläggas att Skatteverket inte argumenterade utifrån verklig förlust i processen vilket i någon mån tyder på att detta var en otvistig fråga. Annars bör det varit en fråga att ställa till domstolen. Verkets passivitet kan dock inte tillmätas avgörande betydelse för frågan om verklig förlust föreligger eller inte. Min bedömning är att Holding AB inte borde medgetts avdrag eftersom den påstådda förlusten inte påverkar företagets förmåga att betala skatt. Jag anser att minskad förmåga att betala skatt är en grundläggande förutsättning för att erhålla avdrag. Ett nekat avdrag på denna grund går att inordna under, och förklara genom, en tillämpning av EUD:s metoder för hindersprövning.

²⁶³ För liknande resonemang se avsnitt 5.3 ovan om Holding AB.

6.4 Sammanfattande slutsatser och slutord

Den första frågeställningen – om användandet av utländsk valuta kan utgöra det gränsöverskridande momentet som gör EU-rätten tillämplig – besvaras jakande. Min slutsats är att EUD inte önskar begränsa EU-rättens tillämplighet utan snarare utvidga tillämpningsområdet i syfte att skapa en välfungerande inre marknad.

Uppsatsen andra frågeställning handlar om vad som utgör den jämförbara situationen när utländsk valuta utgör det gränsöverskridande momentet. Svaret på frågan redovisas i avsnitten 4.5 och 6.3 ovan. I grova drag följer jämförbarhetsbedömningen de allmänna principerna om jämförbarhet som slagits fast i rättspraxis. Det innebär att den jämförbara situationen konstrueras genom att de gränsöverskridande inslagen skalas av. På den avslutande frågan – har Holding AB lidit en verklig förlust? – är mitt svar nej. Det råder oklarheter kring innebörden av begreppet men det finns mycket som talar för att förlusten inte är verklig enligt den betydelse som begreppet getts i rättspraxis och doktrin.

Som avslutning på uppsatsen följer här några lösningsförslag till vissa av de problem som uppmärksammats. Ur ett nationellt perspektiv krävs en översyn av den svenska lagstiftningen avseende valutakursförluster. Framför allt avseende bolag som omfattas av omräkningslagen. Mitt förslag är att de regler som gör att en valutakursförlust uppstår i Holding AB:s fall ändras. Det kan exempelvis ske genom att det skapas ett helt schabloniserat förfarande där eurobolag för beskattningsändamål beräknar sitt resultat i euro och slutprodukten sedan omvandlas till svenska kronor. Staten får då bära större valutakursrisker men det innebär i sig inte att en sådan reglering är omöjlig. Vidare måste HFD begära förhandsbesked nästa gång de ställs inför valutakursrelaterade frågeställningar. Den oklarhet som råder är otillfredsställande för alla parter och domstolens ovilja att i *Holding AB* och

Kursförlustdomen begära förtydliganden från EUD är märklig. Med de bakslag som euron haft de senaste åren och med tanke på Storbritanniens framtida utträde ur EU kan också tänkas att valutaunionen inte expanderar inom den närmsta framtiden. De problem som rörliga valutakurser innebär för den inre marknaden kommer därmed troligtvis finnas kvar framöver.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bammens, Niels, *The principle of non-discrimination in international and European tax law*, IBFD, Amsterdam, 2012

Barnard, Catherine, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, 4. uppl., Oxford University Press, Oxford, 2013

Berglund, Martin & Cejie, Katia, *Basics of international taxation: from a methodological point of view*, Iustus, Uppsala, 2014

Brokelind, Cécile, *Three new direct taxation cases on their way to ECJ*, European Taxation, 2014, s. 385–391

Cejie, Katia, *Avdrag för valutakursförluster – i ljuset av EU-domstolens dom i mål X AB mot Skatteverket (del I)*, Skattenytt, 2016, s. 3–16 [cit. Cejie 2016a]

Cejie, Katia, *Avdrag för valutakursförluster – i ljuset av EU-domstolens dom i mål X AB mot Skatteverket (del II)*, Skattenytt, 2016, s. 529–551 [cit. Cejie 2016b]

Cejie, Katia, *Avdrag för valutakursförluster – i ljuset av EU-domstolens dom i mål X AB mot Skatteverket (del III)*, Skattenytt, 2016, s. 627–638 [cit. Cejie 2016c]

Dahlberg, Mattias, *Ränta eller kapitalvinst: grundproblem i kapitalinkomst-beskattningen - särskilt vad gäller finansiella instrument i gränslandet mellan lånekapital och eget kapital*, Iustus, Uppsala, 2011

Dahlberg, Mattias, *Internationell beskattning*, 4. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014

Douma, Sjoerd, *Non-discriminatory Tax Obstacles*, EC Tax Review, 2012/2, s. 67–83

Due, Ole, *EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende faktor*, i JT 1991-92, s. 407–416

Europeiska kommissionen, *One currency for one Europe: the road to the euro*, Publications Office, Luxembourg, 2007

Fjellström, Åsa, *Verklig förlust i samband med personalflyttningar*, Skattenytt, 2002, s. 15–23

- Haslehner, Werner C., *Cross-Border Loss Relief for Permanent Establishments under EC Law*, Bulletin for international taxation, 2010, s. 33–44
- Helminen, Marjaana, *EU Tax Law – Direct Taxation*, 2015 ed., IBFD, Amsterdam, 2015 [tillgänglig via Online Books IBFD]
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011
- Hilling, Maria, *Free movement and tax treaties in the internal market*, Iustus, Uppsala, 2005
- Hilling, Maria & Hilling Axel, *Regeringsrättens Kursförlustdom – en dom med konsekvenser för svensk kapitalvinstbeskattning*, Svensk Skattetidning, 2009, s. 569–582
- Johansson, Jesper, *EU-domstolens restriktionsprövning i mål om de grundläggande friheterna och direkta skatter*, Jure, Stockholm, 2016
- Lang, Michael, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, EC Tax Review, 2009/3, s. 98–113
- Lehrberg, Bert, *Praktisk juridisk metod*, 9. uppl., Iusté, Uppsala, 2016
- Lodin, Sven-Olof, *Inkomstskatt: en läro- och handbok i skatterätt*. Del 1, 15. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2015
- Meussen, Gerard, *The (Non-)Deductability of Currency Losses*, European Taxation, 2016, s. 262–265
- O’Shea, Tom, *European Tax Controversies – Quis Custodiet Ipsos Custodes?*, EC Tax Journal, Volume 1, 2011-2012, s. 40–98
- Sandgren, Claes, *Om teoribildning och rättsvetenskap*, JT, 2004, s. 297–333
- Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 3. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2015
- Ståhl, Kristina m.fl., *EU-skatterätt*, 3. uppl., Iustus, Uppsala, 2011
- Thorell, Per, *Beskattning och utländsk valuta: [Taxation and foreign currency]*, Iustus, Uppsala, 1988
- Tivéus, Ulf, *Skatt på kapital*, 13. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010
- Vasileios (Vassilis) Dafnomilis, *A Comprehensive Analysis of ECJ Case Law on Discriminatory Treatment of Cross-Border Inheritances – Part 1*, European Taxation, 2015, s. 498–508

Wattel, Peter, *Non-Discrimination à la Cour: The ECJ:s (Lack of) Comparability Analysis in Direct Tax Cases*, *European Taxation*, 2015, s. 542–553

Källor

Offentligt tryck

Prop. 1999/00:2, Inkomstskattelagen

Prop. 1999/2000:23, Redovisning och aktiekapital i euro

Prop. 2002/03:96, Skattefri kapitalvinst och utdelning på näringsbetingade andelar

Prop. 2011/12:17, Slopade Lundinregler och vissa andra skatteåtgärder för företag

United States, Department of State, *Proceedings and Documents of the United Nations Monetary and Financial Conference, Bretton Woods, New Hampshire, July 1–22*, Vol. I, 1944

Övriga tryckta källor

Skatteverkets ställningstagande, Valutakursförändringar på fordringar som är kapitaltillgångar, dnr 131 774982–07/111 (2007–12–19)

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

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

2/74 *Jean Reyners mot Belgien*, EU:C:1974:68

52/79 *Debauve*, EU:C:1980:83

180/83 *Moser*, EU:C:1984:233

270/83 *Avoir fiscal*, EU:C:1986:37

C-154/89 *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:1991:76

C-198/89 *Kommissionen mot Grekland*, EU:C:1991:79

C-107/94 *Asscher*, EU:C:1996:251

C-299/95 *Kremzow*, EU:C:1997:254

C-222/97 *Trummer Mayer*, EU:C:1999:143

C-281/98 *Angonese*, EU:C:2000:296

C-367/98 *Kommissionen mot Portugal*, EU:C:2002:326

Förenade målen C-397/98 & C-410/98 *Metallgesellschaft*, EU:C:2001:134

C-436/00 *X & Y* EU:C:2002:704

C-293/06 *Deutsche Shell*, EU:C:2008:129

C-443/06 *Hollman*, EU:C:2007:600

C-518/06 *Kommissionen mot Italien*, EU:C:2009:270

C-11/07 *Eckelkamp*, EU:C:2008:489

C-393/08 *Sbarigia*, EU:C:2010:388

C-371/10 *National Grid Indus*, EU:C:2011:785

C-35/11 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, EU:C:2012:707

C-322/11 *K*, EU:C:2013:716

C-164/12 *DMC*, EU:C:2014:20

C-632/13 *Hirvonen*, EU:C:2015:765

C-686/13 *X AB mot Skatteverket*, EU:C:2015:375

Förslag till avgörande av generaladvokat

Förslag till avgörande av generaladvokat La pergola i mål C-222/97, *Trummer Mayer*, EU:C:1998:460

Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-212/06, *Vallonska regeringen mot Flamländska regeringen*, EU:C:2007:398

Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-293/06, *Deutsche Shell*, EU:C:2007:660

Förslag till avgörande av generaladvokat Jääskinen i mål C-393/08, *Sbarigia*, EU:C:2010:134

Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-385/12, *Hervis Sport mot Ungern*, EU:C:2013:531

Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-686/13, *X AB mot Skatteverket*, EU:C:2015:31

Svenska rättsfall

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 85 1:86

RÅ 1994 ref. 22

RÅ 2009 ref. 33 *Kursförlustdomen*

HFD mål nr. 1497-11 (2012-09-13)

HFD 2016 ref. 14 I (*X AB mot Skatteverket*) & II (*Holding AB*)

Kammarrätt

Kammarrätten i Jönköping mål nr. 3440-05, dom 2006-10-25

Kammarrätten i Göteborg mål nr. 6338-10, dom 2011-11-03

Kammarrätten i Jönköping mål nr. 2356-14, dom 2015-11-23

Skatterättsnämnden

Skatterättsnämndens förhandsbesked dnr 115-09/D (2011-02-22)

Skatterättsnämndens förhandsbesked dnr 98-11/D *Holding AB* (2012-05-24)