



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sofia Bengtsson

Hybrida mismatchningar i Sverige och EU

Hur klassificeringen av finansiella instrument påverkar beskattning av gränsöverskridande transaktioner

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Mats Tjernberg

Termin för examen: period 1 VT2018

Innehåll

INNEHÅLL	2
SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRKORTNINGAR	3
1. INLEDNING	4
1.1 Bakgrund	4
1.2 Syfte	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Avgränsning	6
1.5 Terminologi	7
1.6 Disposition	8
2. BAKGRUND TILL REGLERING AV HYBRIDA MISSMATCHNINGAR	9
2.1 Inledning	9
2.2 Förhållandet mellan europarättslig och nationell lagstiftning	10
2.2.1 EU:s skatterättsliga kompetens	12
2.3 BEPS: Base Erosion and Profit Shifting	14
2.4 Skatteavtal	14
2.5 Multilateralt verktyg	15
2.6 EU:s arbete mot aggressiv skatteplanering med hybrida mismatchningar	17
2.6.1 Inledning	17
2.6.2 En uppförandekod för företagsbeskattningen	17
2.6.3 Direktiv mot skatteundandragande (ATAD)	18
2.7 Sammanfattning och analys	20
3. HYBRIDA INSTRUMENT	23
3.1 Inledning	23
3.2 Klassificering	23
3.2.1 Skuld eller eget kapital?	25

3.2.1.1	Redovisningsrättsligt perspektiv	25	
3.2.1.2	Skatterättsligt perspektiv	26	
3.2.2	Avkastning från hybrida finansiella instrument	27	
3.2.2.1	Utdelning	28	
3.2.2.2	Ränta	30	
3.3	Sammanfattning och analys	31	
4.	HYBRIDA MISSMATCHNINGAR	34	
4.1	Inledning	34	
4.2	Hybrida missmatchningar	34	
4.2.1	Definition	35	
4.2.1.1	Dubbla avdrag	35	
4.2.1.2	Avdrag utan inkludering	36	
4.2.2	Exempelfall	37	
4.3	Sammanfattning och analys	39	
5.	EUROPEISK REGLERING AV HYBRIDA MISSMATCHNINGAR	41	
5.1	Inledning	41	
5.2	OECD och BEPS gällande hybrida missmatchningar	41	
5.3	OECD: skatteavtal och MLI	43	
5.4	EU:s direktiv mot skatteundandragande och hybrida missmatchningar	44	
5.5	Sammanfattning och analys	46	
6.	SVENSK REGLERING AV HYBRIDA MISSMATCHNINGAR	49	
6.1	Inledning	49	
6.2	Nuvarande reglering	49	
6.2.1	Ränteavdragsbegränsningsreglerna	50	
6.2.1.1	Reglernas förenligt med EU-rätten	52	
6.2.2	Hybridregeln i 24:19 IL	53	
6.2.3	Skatteflyktslagen	54	
6.3	Förslag: Nya skatteregler för företagssektorn	56	
6.3.1	Bakgrund	56	
6.3.2	Innehåll: Avdragsbegränsning med syfte att motverka hybrida missmatchningar	57	
6.3.3	Innehåll: Nya ränteavdragsregler för företagssektorn	60	
6.3.4	Implementering och effekter	62	
6.4	Sammanfattning och analys	64	
7.	AVSLUTNING	68	
BILAGA A		71	

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	73
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	78

Summary

In a globalized society, border-crossing transactions increase in numbers which also increases the opportunity for tax arbitrage. A common way to exploit differences in regulations and conduct advance tax planning through, is the use of hybrid financial instruments. This essay aims to account for these instruments and how they are regulated. Hybrid instruments are on the border between debt and equity which implies that differences in taxation of the same transaction arise between different nations. This also leads to that the return or payments connected to these instruments classifies as interest or dividend. This results in hybrid mismatches which often are situations with double deductions or with deduction without inclusion, in other words when a deduction is held for the same payment in two countries or that a deduction for a payment is given in one state without that the corresponding income is taxed in the other state. Interest and dividend are lacking definitions in Swedish taxation law which further complicates the situation.

Following the problems of hybrid mismatches border-crossing character, international harmonization of both regulations and classification concerning hybrid financial instruments is required. There are different interstate alternatives for regulation. The foundation for these are OECD's BEPS initiative which includes recommendations for how hybrid mismatches should be regulated in national law. The EU anti-tax avoidance directive can be said to have captured the essence of BEPS and made the implementation of these rules binding for the members of the EU. Following the above, the Swedish government during 2018 presented a proposition of new rules of taxation for the business sector. This proposition entails rules for interest deductions in border-crossing situations for associated corporations which aims to prevent some hybrid mismatches. In addition to these regulations, tax treaties affect the use of hybrid financial instruments. During 2017, a multilateral treaty was presented by the OECD which aims to solve conflicts between tax treaties concerning classifications of hybrid instruments and in this way prevent that situations with hybrid mismatches arises.

Sammanfattning

Allt fler gränsöverskridande transaktioner sker i dagens globaliserade samhälle, vilket ökar möjligheten till skattearbitrage. Ett vanligt sätt att utnyttja skillnader i lagstiftning och genomföra skatteplanering på är användandet av hybrida finansiella instrument. Uppsatsen avser att redogöra för dessa instrument och bakgrunden till dess reglering. Hybridinstrument ligger i gränslandet mellan skuld och eget kapital vilket innebär att skillnader i beskattning av samma transaktion uppstår mellan olika länder till följd av att avkastning kopplat till instrumenten klassificeras som ränta eller utdelning. Detta resulterar i dubbla avdrag eller avdrag utan inkludering, d.v.s. att avdrag får göras för en och samma utgift i två olika stater samt då avdrag för en betalning kan göras i en stat utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning i den andra staten. I Sverige saknar ränta eller utdelning skatterättsliga definitioner vilket komplicerar situationen ytterligare.

Till följd av hybrida mismatchningars gränsöverskridande karaktär krävs det en internationell harmonisering av både regler och klassificering kring hybrida finansiella instrument. Det finns olika mellanstatliga alternativ för reglering, grunden för dessa är OECD:s BEPS initiativ som innehåller rekommendationer för hur hybrida mismatchningar bör regleras i nationell rätt. EU:s direktiv mot skatteundandragande och ändringsdirektivet kopplat till detta har fångat upp BEPS rekommendationer och gjort implementeringen av reglerna bindande för EU:s medlemsländer. Till följd av ovanstående presenterade Sverige under 2018 ett förslag på nya skatteregler för företagssektorn. Förslaget innehåller bl.a. ett avdragsförbud för ränta vid vissa gränsöverskridande situationer för företag i intressegemenskap vilket syftar till att förhindra vissa hybrida mismatchningar. Även skatteavtal påverkar utnyttjandet av hybrida finansiella instrument. Under 2017 introducerades ett multilateralt verktyg av OECD som syftar till att lösa eventuella konflikter mellan skatteavtalen och på så sätt förhindra situationer med hybrida mismatchningar.

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslag [2005:551]
ATAD	Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion / Anti Tax Avoidance Directive
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting Project / Initiativet mot erodering av skattebasen och flyttning av vinster
EBIT	Earnings before interest and taxes
EBITDA	Earnings before interest and taxes and depreciation
EU	Europeiska Unionen
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
FSK	Företagsskattekommittén
G20	Grupp bestående av världens 19 ledande ekonomier
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IL	Inkomstskattelag [1999:1229]
KupL	Kupongskattelag [1970:624]
K3	Redovisningsregelverk för större företag utgivet av Bokföringsnämnden
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
Prop.	Regeringens proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
ÅRL	Årsredovisningslagen [1995:1554]

1. Inledning

1.1 Bakgrund

I en alltmer internationaliserad ekonomi och värld blir det nödvändigt att diskutera beskattning ur ett gränsöverskridande perspektiv.¹ Detta exemplifieras bl.a. av att avancerad skatteplanering av globala företag inom den europeiska unionen leder till betydande inkomstbortfall för de olika medlemsländerna.² En vanlig metod att genomföra sådan skatteplanering på är att utnyttja hybridinstrument, som är finansiella instrument i gränslandet mellan eget kapital och skuld. Dessa hybrider tas till följd av skilda klassificeringar upp till beskattning på skilda sätt i unionens olika medlemsländer. Användningen av hybrida instrument vid finansiella transaktioner leder på detta sätt till att det uppstår så kallade hybrida mismatchningar vilket t. ex. kan innebära att avdrag för en betalning ges i ett land utan att den tas upp till beskattning för mottagaren i ett annat land. På så sätt uppstår obalans i skattesystemen, vilken är svåråtkomlig då det saknas en internationell och harmoniserad beskattning inom EU.³ EU har begränsade skatterättsliga befogenheter eftersom beskattning traditionellt är en nationell lagstiftningsfråga. Detta följer av att beskattning kan få långtgående konsekvenser och används som politiska styrmedel för enskilda medlemsländer.⁴ Längre har istället internationell beskattning reglerats genom skatteavtal för att undvika att situationer med dubbelbeskattning eller ingen beskattning uppstår vid gränsöverskridande situationer. Dock har denna reglering inte kunnat täcka alla asymmetrier länderna emellan och en användning av finansiella hybrider har möjliggjort detta utnyttjande. Istället har Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD) genom

¹ Dahlberg, Mattias. Ränta eller kapitalvinst, s. 142.

² Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet och rådet. Åtgärds paket mot skatteflykt: Nästa steg i riktning mot effektiv beskattning och ökad transparens i EU, Bryssel den 28/1/2016, s. 2.

³ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion, skäl 13.

⁴ Dahlberg, Mattias, Internationell beskattning, s. 387f.

projektet ”Base erosion and profit shifting” (BEPS)⁵ bl.a. försökt implementera regler för att förhindra skatteplanering med finansiella hybrider. Detta projekt har föranlett EU-rättsliga direktiv⁶ på området samt nyligen ett multilateralt avtal för att förhindra skatteerodering. Dessa verktyg är avsedda att tillsammans ge effekter på nationell lagstiftning samt vid tillämpning av skatteavtal och utgör grunden för möjligheten att komma åt hybrida mismatchningar, men är också ofta byggnadsstenar i skapandet av dessa. Till följd av Sveriges medlemskap i EU måste nu därför den svenska lagstiftningen förändras och EU:s direktiv implementeras under 2018. Befintliga svenska regler kan redan antas träffa hybrida mismatchningar till viss del, dock har det under 2018 lagts ett förslag⁷ av regeringen på hur svenska regler bör förändras för att ytterligare reglera problemet med hybrida mismatchningar och förhindra en urholkning av den svenska skattebasen.

1.2 Syfte

Uppsatsen avser att behandla och redogöra för hybrida finansiella instrument som ger uppkomst till skattebaserodering genom hybrida mismatchningar samt hur dessa regleras på unions- och svensk nivå. Uppsatsen syftar även till att redogöra för bakgrunden till denna reglering och hur olika regleringar förhåller sig till varandra samt föreslagen nationell lagstiftnings förenlighet med EU-rätten.

1.3 Metod och material

Uppsatsen är skriven enligt en rättsdogmatisk metod vilken har till uppgift att besvara frågor om gällande rätt med utgångspunkt i lagtext, förarbeten och

⁵ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report.

⁶ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion samt Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer.

⁷ Prop. 2017/18:245: Nya skatteregler för företagssektorn.

juridisk doktrin.⁸ Användningen av den rättsdogmatiska metoden motiveras främst av att det är nationell lagstiftning som ligger i fokus för nedanstående framställning. Lagtext, främst Inkomstskattelagen (IL), har därför fått en stor betydelse liksom förarbeten till aktuell lagstiftning och domstolsavgörande kopplat till aktuella bestämmelser för att kunna redogöra för tolkning och tillämpning av denna. Också doktrin är viktig för framställningen då den diskuterar den praktiska tillämpningen och teoretiska problem eller aspekter som uppstår till följd av lagstiftningen. Även rapporter från internationella och skatterättsliga organ har inkluderats i uppsatsen trots att dessa inte är rättskällor i egentlig mening, främst på grund av att det finns en viss osäkerhet hur finansiella hybrider bör klassificeras och beskattas i praktiken. OECD:s rapporter och BEPS action plans har som exempel lagt grunden för regleringen av hybrida finansiella instrument både på EU-rättslig och nationell nivå. Vid utrönandet av hur hybrida instrument är uppbyggda har normer från redovisningen använts som bygger på god redovisningssed, främst redovisningsnormen IFRS/IAS. Den rättspraxis som inkluderats i uppsatsen kommer från Högsta förvaltningsdomstolen samt EU-domstolen och består främst av fall som diskuterats i doktrin.

Även en EU-rättslig metod har tillämpats vid hantering av EU rättsliga källor, vilka har använts för att redogöra för den europarättsliga bakgrund som regleringen av hybrida mismatchningar har.⁹ EU-rättsliga direktiv på området får en central roll för utformandet av nationell lagstiftning varför den EU-rättsliga metoden är av vikt för uppsatsen.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen avser att behandla regleringen av hybrida mismatchningar inom Europa och Sverige med fokus på bakgrunden till den europarättsliga regleringen och hur denna kommer eller har kommit att inverka på nationell rätt. Gällande klassificeringen av hybrida finansiella instrument som ger upphov till hybrida mismatchningar kommer framställningen främst att

⁸ Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.). Juridisk metodlära, s. 21.

⁹ Hettne & Otken Eriksson, EU-rättslig metod, s. 23ff.

fokusera på instrumentets uppbyggnad och klassificering till följd av denna samt även behandlingen av hybrida instruments löpande avkastning i form av ränta eller utdelning. Denna avgränsning görs eftersom indelningen har större skattemässiga konsekvenser för hybridinstrument än beskattning av kapitalvinst- eller förlust vid avyttring av dessa. Villkor och innebörd av olika finansiella instrument vilka redogörs för i texten tas endast upp som exemplifiering av problematiken dessa medför, uppsatsen syftar således inte till att fullständigt redogöra för olika hybrida finansiella. Uppsatsen fokuserar vidare på beskattningen av juridiska personer på grund av att dessa är de som främst är involverade i skatteplanering med hjälp av hybridinstrument. Regler för beskattning av fysiska personer utelämnas därför.

1.5 Terminologi

I detta avsnitt förklaras kort några av de termer som är centrala för vidare framställning. Den första är *finansiella instrument*, som utgör grunden för hybrida mismatchningar. Med finansiella instrument syftas de finansiella avtal som medför en förpliktelse för en part och en tillgång för en annan. I finansiella instrument ingår således därför varje slags fordran och delägarrätt. *Hybrida instrument* är ännu en term som definieras i detta avsnitt. Ett hybridinstrument är ett finansiellt instrument som klassificeras som både skuld och eget kapital. Hybrida instrument delas ofta in i två olika grupper, sammansatta finansiella instrument samt de som enbart ofta benämns hybridinstrument. Skillnaden på de olika grupperna redogörs för under avsnitt 3.2, dock används vidare termen hybrida finansiella instrument i uppsatsen som ett samlat namn på de två grupperna då regleringen av hybrida mismatchningar inkluderar båda dessa grupper av hybrida finansiella instrument. Med *hybrida mismatchningar* syftas slutligen på den situation som uppstår då hybrida instrument klassificeras olika av källstaten och mottagarstaten samt då det som klassificeras som ränta och utdelning i de båda länderna beskattas olika. Denna olika behandling av olika stater ger upphov till en dubbel ”icke-beskattning” vid gränsöverskridande situationer vilket utnyttjas av företag för att minska sin skatt eller för att helt undgå

beskattning. En sådan situation där ett och samma subjekt/objekt klassificeras olika i olika stater ger upphov till en mismatchning mellan de olika skattesystemen, således har en hybrid mismatchning uppstått.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en redogörelse för på vilka nivåer hybrida mismatchningar regleras och hur olika regleringar hänger samman och har växt fram i kapitel 2. Kapitel 3 avser att redogöra för det hybrida instrumentets uppbyggnad och klassificering. Kapitel 4 redogör sedan för hur hybrida mismatchningar skapas och ger exempel på olika situationer som leder till att dessa kan uppstå. Sedan redogörs för hur hybrida mismatchningar regleras, på europeisk nivå i kapitel 5 och på nationell nivå i kapitel 6. Istället för att ha ett separat analyskapitel kommer analysen ske löpande under respektive avsnitt för att sedan leda till en avslutande sammanfattande diskussion i kapitel 7.

2. Bakgrund till reglering av hybrida mismatchningar

2.1 Inledning

Inledningsvis konstaterades nödvändigheten att reglera beskattning utifrån ett gränsöverskridande perspektiv till följd av att skillnader i olika länders skattesystem i allt större utsträckning utnyttjas av enskilda skattesubjekt och multinationella företagsgrupper för att uppnå skattefördelar. Ett exempel på detta är användningen av hybrida mismatchningar som uppstår över gränser och genom olikheter i behandling och klassificering i olika skatterättsliga system, varför regleringen av hybrida mismatchningar är både en nationell och internationell fråga. För Sverige blir internationellt främst den EU-rättsliga regleringen av vikt med hänsyn till EU och dess inre marknad. Detta inledande avsnitt av uppsatsen kommer att redogöra för hur olika system för reglering av gränsöverskridande fenomen som uppstår till följd av skillnader i länders skattesystem fungerar. Det avser även att redogöra för hur olika vidtagna åtgärder hänger samman och fungerar parallellt med varandra i syfte att motverka den skattebaseroering som annars uppstår genom hybrida mismatchningar. Avsnittet ämnar på detta sätt skapa en tydlig bild av på vilka nivåer reglering av hybrida mismatchningar sker tidigt i uppsatsen, för att senare i uppsatsen kunna gå in mer på djupet av den hybrida mismatchningens uppbyggnad och funktion samt de mer specifika reglerna för dessa. Inledningsvis i kapitlet redogörs för det grundläggande förhållandet mellan svenska och EU-rättsliga regler samt vilka principer som styr detta förhållande. Vidare fokuseras på hur skatterättsliga regler påverkas av olika organ för att förhindra aggressiv skatteplanering. En sammanfattande analys diskuterar hur de olika systemen för reglering av hybrida mismatchningar är kopplade till varandra och fungerar tillsammans.

2.2 Förhållandet mellan europarättslig och nationell lagstiftning

Sveriges medlemskap i Europeiska Unionen sedan år 1995 har påverkat vårt rättssystem på flera olika sätt. EU-rätten har främst införlivats i svensk rätt genom EU-lagen¹⁰ vilken reglerar förhållandet mellan de olika rättsordningarna. Lagens 10 kap 5§ 1st innebär en gräns för i vilken mån makt kan överlåtas till EU. Enligt bestämmelsen kan riksdagen överlåta beslutanderätt till unionen om det inte rör principerna för statskicket. Detta är också en av EU-rättens mest grundläggande frågor, unionens förhållande till nationell lagstiftning i de olika medlemsstaterna. Medlemskapet i EU innebär att medlemsstaterna har begränsat sina suveräna rättigheter och skapat ett regelverk som är tillämpligt på landets medborgare och staterna själva. EU-rätten har på detta sätt företräd framför nationell lagstiftning.¹¹ Det har skett en maktöverföring från medlemsstaterna till gemenskapen som innebär en definitiv inskränkning av medlemsstaternas suveräna rättigheter.¹²

Vad som vidare styr EU:s befogenheter är de olika EU-rättsliga fördragen; Unionsfördraget (FEU), Funktionsfördraget (FEUF) samt Rättighetsstadgan. Dessa utgör tillsammans EU:s primärrätt och är ramen och grundprinciperna för normsystemet i EU. Primärrätten kompletteras av sekundärrätten som grundas på fördragens bestämmelser. Unionens sekundärrätt består främst av förordningar, direktiv och beslut. Förordningar är till alla delar bindande och direkt tillämpliga i varje medlemsstat inom unionen. Direktiv föreskriver istället resultat som varje medlemsstat ska förverkliga inom en viss tid i det egna landet inom ramen för sina nationella rättsordningar. Direktiv används främst för att harmonisera lagstiftning i medlemsländerna. Beslut är istället ofta bindande för dem de riktas till och syftar ofta till att avgöra konkreta rättsfrågor.¹³ Vad som får stor vikt för EU-rättens inverkan på nationell lagstiftning är doktrinen kring direkt effekt,

¹⁰ SFS 1994:1500.

¹¹ Se exempelvis EU-domstolens mål 6/64 Costa mot E.N.E.L. samt mål 26/62 Van Gend en Loos.

¹² Dahlberg, Internationell beskattning, s. 345ff.

¹³ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 47ff.

vilken innebär att enskilda kan åberopa EU-rättsliga bestämmelser inför nationella domstolar och myndigheter. En indirekt effekt av EU-rätten innebär istället att en nationell domstol kan tolka en bestämmelse mot bakgrund av exempelvis ett direktivs betydelse.¹⁴

Vad som även blir centralt till följd av att medlemsstaterna har överfört omfattande beslutsmyndighet till EU är de principer som främst styr gränserna av unionens maktbefogenheter. Legalitetsprincipen innebär externt att EU inte ska verka på andra områden än där medlemsstaterna genom fördragen tilldelat unionen kompetens för att uppnå fördragets mål. Principen styr huruvida EU har kompetens att agera samt när och hur unionen får utnyttja sin makt. Unionens kompetens avgör omfattningsgraden av dess lagstiftnings- och beslutsmyndighet på det aktuella området och denna omfattning kan variera mycket mellan olika områden. På områden med kompetens kan Europaparlamentet och rådet fatta majoritetsbeslut som är bindande för medlemsstaterna. Principen om tilldelade befogenheter innebär att alla befogenheter som inte har tilldelats unionen tillhör medlemsstaterna (artikel 5.2 FEU). Unionen saknar dock befogenhet att tilldela sig själv ytterligare kompetens.¹⁵ Att unionen har makt att agera på ett visst område begränsas vidare av subsidiaritetsprincipen samt proportionalitetsprincipen. Subsidiaritetsprincipen innebär att unionen ska vidta en åtgärd endast om målet för åtgärden inte i tillräcklig utsträckning kan uppnås av medlemsstaterna utan istället bättre kan uppnås på unionsnivå. Bakgrunden till detta är att beslut ska fattas så nära medborgarna som möjligt (artikel 5.3 FEU). Proportionalitetsprincipen innebär istället att en vidtagen åtgärd gällande innehåll och form inte ska gå utöver vad som är nödvändigt för att nå fördragets mål (artikel 5.4 FEU). Vad som också innebär en begränsning av unionens möjlighet att begagna sig makt är bestämmelsen att unionen ska respektera medlemsstaternas nationella identitet (artikel 4.2 FEU).¹⁶ Denna nationella identitet utgörs främst av medlemsstaternas politiska och konstitutionella grundstrukturer samt respekt för medlemsstaternas väsentliga

¹⁴ Dahlberg, Internationell beskattning, s. 345ff.

¹⁵ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 36ff.

¹⁶ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 41.

statliga funktioner såsom upprätthållande av territoriell integritet, lag och ordning och nationell säkerhet.¹⁷

2.2.1 EU:s skatterättsliga kompetens

Beskattning syftar till att dra in medel för finansiering av det allmänna men är också ett väldigt viktigt styrmedel för samhället då skatterätten kan få en långtgående påverkan på företags och enskilda människors handlande. Att kontrollera landets egna regler för beskattning och att behålla den s.k. nationella skattesuveräniteten är därför central för unionen medlemsländer. Detta intresse står emot behovet och problemen som uppkommer till följd av en avsaknad av samordning och harmonisering av skatter på EU-nivå, vilket exemplifieras genom hybrida mismatchningar. Istället saknar EU i allt väsentligt sin egen beskattningsrätt vilket tydligt skiljer unionen från att ha karaktären av en federal stat, unionen finansieras istället främst av medlemsstaternas avgifter. Värnandet av en nationell skattesuveränitet och medlemsländernas egna beslutsrätt har gett upphov till kravet på enhällighet gällande beslut om förordningar och direktiv på skatteområdet (artikel 113 och 115 FEUF). Denna enhällighet innebär svårigheter att fatta beslut på unionsnivå i skattefrågor då medlemsstaterna ofta har inbördes skilda intressen, vilket har skapat en obalans då den monetära EU-unionen inte motsvaras av en fiskal union. Ofta regleras frågan kring hur juridiska eller fysiska personer bör beskattas istället genom dubbelbeskattningsavtal vilket vidare kommer redogöras för nedan. Dock har EU-rätten på många sätt ändå inverkan på det skatterättsliga området.¹⁸

Skattepolitiken i EU består av två delar: direkta skatter, som medlemsstaterna själva svarar för, och indirekta skatter, som påverkar den fria rörligheten av varor och friheten att tillhandahålla tjänster på den inre marknaden.¹⁹ I Sverige har EU-rätten främst påverkat den indirekta

¹⁷ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 44f.

¹⁸ Dahlberg, Internationell beskattning, s. 387f.

¹⁹ EUR-lex. *Sammanfattning av EU-lagstiftningen: Skatter*, https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/taxation.html?locale=sv&root_default=SUM_1_CODED%3D21.

beskattningens område genom direktiv och rättspraxis men har även fått en betydande inverkan på den direkta beskattningen. Den direkta beskattningen tillhör medlemsstaternas behörighetsområde men EU-domstolen har kompetens att avgöra mål gällande direkt beskattning, vilket enligt domstolen följer av att medlemsländernas behörighet ska utövas på ett sätt som inte strider mot unionsrätten. Dessutom bör inte nationell skattelagstiftning innebära ett hinder för de EU-rättsliga grundläggande friheterna.²⁰

Den snabba utvecklingen av EU-domstolens praxis på den direkta beskattningens område möter tydligt motstånd av medlemsländerna. I flera avgöranden har nationell skattelagstiftning av direkta skatter fällts av domstolen då den ansetts ha inneburit negativ särbehandling och verkat rörelsehindre inom unionen med stöd av primärrättsliga regler.²¹ Ett exempel då svensk lagstiftning kritiserats av kommissionen är då de svenska ränteavdragsreglerna som får beskattningseksekvenser inte ansågs vara förenliga med FEUF.²² Mer om detta i kapitel 6.

På området för indirekt beskattning finns direktiv om övergång till mervärdesskatt i medlemsländerna samt direktiv gällande punktskatter. Syftet med dessa direktiv har varit att ge den indirekta beskattningen en enhetlig och konkurrensneutral utformning på den inre marknaden.²³ Utöver att införa direktiv enligt ovan pågår det även inom kommissionen ett omfattande utredningsarbete för att samordna de olika nationella skattesystemen också gällande den direkta beskattningen. Det arbetas även med ett utformande av en gemensam konsoliderad skattebas för företag, CCCTB. Sverige har dock inte velat delta i det sistnämnda förslaget.²⁴

²⁰ Se EU-domstolens mål 270/83 *avoir fiscal* samt Dahlberg, Internationell beskattning, s. 387f.

²¹ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 354.

²² Formell underrättelse 2013/4206, C (2014) 8699 final.

²³ Bernitz & Kjellberg, Europarättsgrunder, s. 352f.

²⁴ Dahlberg, Internationell beskattning, s.334ff.

2.3 BEPS: Base Erosion and Profit Shifting

Försök till reglering och samordning av olika länders skattelagstiftning sker inte bara inom EU utan även inom ramen för Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD), vilken Sverige har varit medlem av sedan 1961.²⁵ År 2013 inledde OECD ett projekt för att motverka skattebaserodering och vinstförflyttning med understöd av världens 19 ledande ekonomier (G20). Projektet benämndes BEPS vilket står för Base Erosion and Profit Shifting och resulterade 2015 i det s.k. BEPS-paketet som avser 15 olika åtgärdsområden, av vilket ett är att motverka skatteplanering med hybrider. Till följd av åtgärds paketet enades OECD:s skattekommitté i början av 2016 om ett inkluderande ramverk för genomförande av BEPS genom olika åtgärder, detta ramverk godkändes även samma år av G20.²⁶ Genom BEPS-projektet och ramverket har ett antal olika rekommendationer tagits fram som syftar till att neutralisera de skattemässiga effekterna som kan uppstå till följd av olikheter i länders beskattningsrätt och avser utformningen av nationella regler.²⁷ BEPS rekommendationer och rapporter är inte juridiskt bindande utan ett s.k. ”soft law instrument”, men det finns en förväntan på att medlemsländerna som tagit del av överenskommelsen kommer att implementera BEPS i sin nationella lagstiftning.²⁸

2.4 Skatteavtal

För att få fram en gemensam standard gällande internationell beskattning har OECD även arbetat fram ett modellavtal på beskattningsrättens område. Detta modellavtal har sedan succesivt blivit standard och används i de olika

²⁵ Se Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development.

²⁶ Prop. 2017/18:245, s. 61 samt OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement.

²⁷ Prop. 2017/18:245 s. 2 samt OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report.

²⁸ OECD: BEPS – frequently asked questions, tillgänglig: <http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>.

bilaterala avtal som staterna ingår med varandra.²⁹ Sveriges samtliga skatteavtal är baserade på OECD:s modellavtal, det kan dock förekomma individuella avvikelser i enskilda avtal. Det är omdiskuterat vilken rättsstatus skatteavtal skall ges i Sverige. I praxis har skatteavtal likställts med intern rätt.³⁰ Denna dom har dock kritiserats i doktrin där en annan åsikt är att skatteavtalen snarare ska anses vara *lex specialis*, vilket skulle innebära att skatteavtalen har företräde framför rent intern rätt. Motiveringen är att skatteavtal uttrycker två eller flera anslutande staters uppfattning om hur en viss gränsöverskridande beskattningssituation ska behandlas, medan en ren intern bestämmelse uttrycker endast en stats uppfattning. Denna uppfattning har sedan fått fäste i praxis då det fastslagits att skatteavtal i allmänhet ska tillämpas oberoende av innehållet i senare tillkommen nationell lagstiftning.³¹ Dessutom kan intern rätt få betydelse vid tolkning av termer i avtalet. Utöver detta finns det inte heller lika starka skäl att följa modellavtalet och dess kommentar om inte båda avtalsslutande parter är medlemmar i OECD.³²

2.5 Multilateralt verktyg

Kopplat till BEPS och skatteavtal är det multilaterala verktyget (MLI)³³ som tagits fram av OECD. Denna multilaterala konvention som antogs av OECD:s medlemsländer 2017, däribland Sverige, innebär ett konkret förslag för hur skillnader i internationella skatteregler bör minskas genom ett införlivande av resultatet från BEPS-projektet i bilaterala skatteavtal. MLI innebär en modifiering av tillämpningen av dessa avtal för att förhindra dubbelbeskattning. Verktyget implementerar också minimistandarder för att förhindra avtalsmissbruk samt för att förbättra tvistelösningsmekanismer samtidigt som dessa passar med flexibla anpassningar till specifika

²⁹ Hulqvist, Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) och subsidiaritetsprincipen - Svenska folkets urgamla rätt att sig beskatta eller EU:s rätt? Skattenytt 2016 s. 854.

³⁰ Se RÅ 2008 ref. 24.

³¹ RÅ 2010 ref. 112.

³² Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst, s. 145f samt art 3.2 i OECD:s modellavtal.

³³ Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting

skatteavtalsprinciper.³⁴ MLI är på detta sätt ett mellanstatligt avtal som syftar till att på ett snabbare sätt genomföra skatteavtalsförändringar som föranleds av BEPS-projektet, förändringar som krävs för att projektets åtgärder ska få fullt genomslag. När instrumentet träder i kraft kommer det att påverka samtliga skatteavtal som ingåtts mellan de stater som tillträder instrumentet. Instrumentet är med andra ord inte ett separat fullständigt skatteavtal utan ska tillämpas tillsammans med skatteavtalen.³⁵ Det multilaterala verktyget är det första av sitt slag och innebär för de avtalsslutande parterna ett mer långtgående åtagande av att BEPS och dess åtgärdsförslag kommer att implementeras.³⁶ MLI träder i kraft den 1 juli 2018.³⁷

MLI kan komma att få stor betydelse för implementeringen av BEPS då skatteavtal kan begränsa en stats beskattningsrätträtt på så sätt att de har företräde framför nationell lagstiftning. Att stater inför ny lagstiftning för att förhindra skattebaserodering är således inte alltid tillräckligt om avtalets bestämmelser innebär att denna utvidgade beskattningsrätt inte kan utövas. Således behöver skatteavtalen för alla inblandade stater omförhandlas för att förändringar enligt BEPS ska få fullt genomslag. En lösning på detta problem är att OECD:s modellavtal förändras vilket får påverkan på de enskilda skatteavtalen som i merpart utformats efter detta då motsvarande ändringar implementeras i skatteavtalen då de omförhandlats. Detta implicerar dock att varje enskilt skatteavtal skulle kräva omförhandling vilket skulle komma att ta lång tid. MLI är en lösning på detta problem då det snabbare samordnar och harmoniserar enskilda skatteavtal med BEPS bestämmelser. Vissa risker finns dock i hänseende till syftet med att skapa en mer enhetlig beskattning genom MLI, då instrumentet istället riskerar att bidra till en komplicering av

³⁴ Explanatory statement to the multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting, s. 1.

³⁵ Kleist, David. Ett multilateralt instrument för att genomföra ändringar i skatteavtal. Skattenytt 2016 s. 713.

³⁶ OECD (2017). Ground-breaking multilateral BEPS convention signed at OECD will close loopholes in thousands of tax treaties worldwide. Tillgänglig: <http://www.oecd.org/tax/ground-breaking-multilateral-beps-convention-will-close-tax-treaty-loopholes.htm>.

³⁷ OECD (2018). Milestone in BEPS implementation: Multilateral BEPS Convention will enter into force on 1 July following Slovenia's ratification.. Tillgänglig: <http://www.oecd.org/tax/milestone-in-beps-implementation-multilateral-beps-convention-will-enter-into-force-on-1-july-following-slovenia-s-ratification.htm>.

beskattningen av internationella transaktioner i form av ännu ett ”lager” av regler att ta hänsyn till utöver intern rätt och skatteavtal.³⁸

2.6 EU:s arbete mot aggressiv skatteplanering med hybrida mismatchningar

2.6.1 Inledning

EU:s arbete mot skadlig skatteplanering och konkurrens har fortskridit under en längre tid. Centralt för hybrida mismatchningar har tidigare främst varit EU:s uppförandekod men i dagsläget är direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet i fokus för ett förhindrande mot skattebaserodering och skatteflyktsmetoder som påverkar unionens inre marknad negativt.³⁹

2.6.2 En uppförandekod för företagsbeskattningen

Redan i december 1997 antog rådet en resolution⁴⁰ mot en gemensam uppförandekod för företagsbeskattningen vars syfte var att motverka skadlig skattekonkurrens. Uppförandekodgruppen tillsattes för att genomföra kodens principer och har sedan 2009 arbetat med att motverka snedvridande effekter som uppstått till följd av olikheter i medlemsstaternas skattesystem. En sådan snedvridande effekt är exempelvis en hybrid mismatchning. Uppförandekodgruppen har tagit fram riktlinjer som ämnar att motverka mismatchningar med hybridföretag och hybrida fasta driftsställen inom EU samt mellan EU och ett tredjeland. EU:s medlemsstater är inte bundna av dessa riktlinjer utan har enbart enats kring dem vilket delvis försvårar genomförandet eller upprätthållande av uppförandekoden.⁴¹ Trots att koden

³⁸ Kleist, Skattenytt 2016 s. 713.

³⁹ Prop. 2017/18: 245, s. 157f. samt Dahlberg, Internationell beskattning, s. 455.

⁴⁰ Rådets resolution om en uppförandekod för företagsbeskattning.

⁴¹ Prop. 2017/18:245, s. 64.

inte är juridiskt bindande har den ansetts ha fått ett bytande genomslag och kommissionen genom Uppförandekodgruppen övervakar efterföljandet. För att en skatteåtgärd ska bedömas som skadlig enligt uppförandekoden måste flera förutsättningar vara uppfyllda, vilka inte kommer att närmare gås in på här då koden inte är central för uppsatsens utformning. Det kan dock nämnas att en nödvändig förutsättning för att en aktuell skatteåtgärd ska räknas som potentiellt skadlig är att den innebär en påtagligt lägre beskattningsnivå än vad som normalt tillämpas i medlemsstaten. Uppförandekoden innebär att medlemsländerna åtar sig att ”frysa” sin aktuella lagstiftning vilket innebär att de inte ska införa några nya skatteåtgärder som är skadliga enligt koden samt avveckla de nationella skatteåtgärder som står i strid med denna. Ingen svensk lagstiftning som strider mot koden har hittills identifierats.⁴²

2.6.3 Direktiv mot skatteundandragande (ATAD)

EU:s direktiv mot skatteundandragande har sin bakgrund i OECD:s initiativ BEPS då vissa av dess åtgärds punkter samordnas i direktivet. I slutet av 2015 antogs rådslutsatser om OECD:s slutsatser genom dess BEPS-arbete och man underströk då behovet av en effektiv och snabb samordnad implementering av BEPS-åtgärderna av medlemsländerna. Redan i januari 2016 presenterade EU-kommissionen ett förslag till direktiv mot skatteundandragande.⁴³ EU-kommissionens direktiv mot skatteflyktsmetoder som direkt påverkar den inre marknadens funktion⁴⁴ antogs den 12 juli 2016 och avser att reglera situationer där skatt inte betalas där vinster och mervärde skapas. Direktivets innehåll syftar till att stärka den genomsnittliga skyddsnivån mot aggressiv skatteplanering på den inre marknaden. Reglerna är allmänna då de ska passa in i EU:s 28 olika bolagsskattesystem.⁴⁵ Som tidigare beskrivet föreskriver

⁴² Dahlberg, Internationell beskattning, s. 455.

⁴³ Prop. 2017/18:245, s. 65.

⁴⁴ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion.

⁴⁵ Direktiv 2016/1164, s. 1.

direktiv de resultat som ska förverkligas inom en viss tid i det egna landet inom ramen för den nationella rättsordningen, varför det överlämnas till de enskilda medlemsländerna hur direktivets regler ska genomföras.⁴⁶ Detta kan även sägas vara ett uttryck för den EU-rättsliga principen subsidiaritet vilken också redogjorts för ovan. Direktivet är uppdelat i fem huvudområden för reglering och innebär ett av EU samordnat genomförande av vissa av OECD:s åtgärds punkter mot BEPS, exempelvis åtgärd fyra gällande ränteavdragsbegränsningar och åtgärd två gällande hybrider.⁴⁷ Målet med direktivet är således att skapa en minsta skyddsnivå för skatteflyktsmetoder inom EU, detta innebär att vissa undantag från direktivets regler får införas samt att striktare regler även kan införas. Ännu ett mål med direktivet är att förbättra motståndskraften hos den inre marknaden som helhet mot gränsöverskridande skatteflyktsmetoder.⁴⁸ EU:s medlemsstater ska senast den 31 december 2018 ha införlivat direktivet i nationell rätt och dess bestämmelser ska tillämpas från och med den 1 januari 2019.⁴⁹ I samband med att direktivet antogs fick kommissionen i uppdrag att ta fram ett förslag med regler om hybrida mismatchningar som även involverar tredjeländer, d.v.s. länder som inte är medlemmar i EU. Detta förslag skulle också vara förenligt med och lika effektivt som OECD:s BEPS-rekommendationer gällande hybrida mismatchningar. Därför antogs ett ändringsdirektiv⁵⁰ den 29 maj 2017. Genom ändringsdirektivet utvidgas tillämpningsområdet av de befintliga hybridreglerna i direktivet mot skatteundandragande och omfattar nu alltså även tredjeländer vilket fastslås i ändringsdirektivets artikel 1.1. Det nya direktivet innehåller även fler regler gällande hybrida mismatchningar. Ändringsdirektivets regler ska vara genomförda i svensk rätt senast den 31 december 2019.⁵¹ I de fall en medlemsstat underlåter att uppfylla sina förpliktelser enligt direktivet, inte gör detta inom rätt tid eller då genomförandet är ofullständigt kan direktivet också ha direkt effekt.⁵²

⁴⁶ Bernitz & Kjellgren, Europarättens grunder, s. 56.

⁴⁷ Prop. 2017/18:245, s. 65f.

⁴⁸ Direktiv 2016/1164, s. 5.

⁴⁹ Art 11.1 dir 2016/1164.

⁵⁰ Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer.

⁵¹ Prop. 2017/18: 245: Nya skatteregler i företagssektorn, s. 158f. samt art 288 FEU.

⁵² Dahlberg, Internationell beskattning, s. 347 samt 415.

2.7 Sammanfattning och analys

Sammanfattningsvis kan det konstateras att arbetet mot att förhindra hybrida mismatchningar inom Europa främst har sin bakgrund i OECD:s BEPS-projekt. BEPS är inte bindande för medlemmarna i OECD, Sverige däribland, utan kan mer sägas verka som ett vägledande ramverk av folkrättslig karaktär då det inte finns några sanktioner kopplat till ramverket. På detta sätt liknar BEPS den EU-rättsliga uppförandekoden, dock får dessa instrument genomslag på andra sätt och skapar incitament för medlemsländerna att genomföra de olika ramverkens innehåll. Problemet inom internationell beskattning är just dock att det finns skillnader mellan olika skatterättsliga system, implementerar inte medlemsstater de regler som de åtagit sig att göra så faller poängen med dessa ramverk. Detta ”implementeringsglapp” kan även tänkas vara motivet till skapandet av EU-rättslig sekundärrätt på det skatterättsliga området då det EU-rättsliga direktivet mot skatteundandragande samt ändringsdirektivet, där ett av åtgärdsområdena rör hybrida mismatchningar, kan sägas ha ”fångat upp” BEPS och gjort förslaget och dess implementering bindande för EU:s medlemsstater, många vilka även är medlemmar i OECD. Direktiven har på detta sätt skapat ett mer långtgående åtagande för nationella lagstiftare som måste implementera EU-reglerna innan den 31 december 2018 respektive 2019. Sker inte detta får direktivets bestämmelser direkt effekt vilket innebär att de ändå kan påverka gällande nationell rätt.

Skatteavtal kan ses som en ytterligare parallell möjlighet till reglering av hybrida mismatchningar. Denna möjlighet är kanske till och med att föredra framför införande av förändringar i nationell lagstiftning då skatteavtal ofta anses ha företräde framför nationell rätt då avtalen ger uttryck för två staters uppfattning kring hur en viss gränsöverskridande beskattningssituation ska behandlas. Från perspektivet att skatteavtal är bilaterala överenskommelser mellan stater är de dock svåra att samordna och harmonisera. Det faktum att nationella skatteavtal som regel följer av OECD:s modellavtal skulle däremot kunna vara en möjlighet att komma åt skillnader i skatterättslig klassificering som ger upphov till hybrida

missmatchningar. Kleist skriver i Skattenytt att denna metod dock inte hade varit att föredra då så många skatteavtal hade krävt omförhandling vilket hade inneburit en tidsödande process. Skatteavtal är av denna anledning inte är den mest effektiva regleringsmetoden för hybrida missmatchningar men samtidigt har avtalen en central roll vid gränsöverskridande beskattning. Därför blir det intressant att se de framtida implikationerna av MLI då detta verktyg är det första i sitt slag och är ämnat att samverka med befintliga skatteavtal och lösa eventuella lagstiftningskonflikter kring hybrida missmatchningar så att situationer med dubbelbeskattning, alternativt ingen beskattning, inte uppstår. MLI driver på detta sätt på medlemsstaternas reglering av hybrida missmatchningar och kanske får vi se fler liknande multilaterala avtal i framtiden.

Det grundläggande problemet som ger upphov till missmatchningarna, att en skatterättslig harmonisering inom EU saknas, kan dock inte lösas fullt ut genom skatteavtal till följd av att beskattning är en nationell fråga. Det finns tendenser på EU:s ökade inflytande på beskattningsrättens område, den främsta indikationen på detta är EU domstolens avgörande kring otillåtna skatteregler som förhindrar rörligheten på unionens inre marknad. Denna utveckling sker dock inte med alla medlemsländernas samtycke, EU:s kompetens på skatteområdet är omdiskuterad. Dock har samarbete mellan stater med syfte att främja internationell handel och undanröja skattebarriärer i form av dubbelbeskattning ökat mer och mer det senaste århundrandet. Denna ökade harmonisering har främst skett till följd av ingåendet av olika skatterättsliga avtal på grund av en ökad globalisering. Den fiskala motsvarigheten till den monetära europeiska unionen ligger nog ännu långt borta men hade uppenbarligen löst problematiken kring internationella klassificeringsskillnader och hybrida missmatchningar. Därför är direktiv liknande det mot skatteundandragande samt ändringsdirektivet essentiella för förhindrandet av aggressiv skatteplanering som utnyttjar skillnader i medlemsstaternas skattesystem. En ökad harmonisering av olika medlemsländers beskattningsrätt ligger antagligen därför i de flestas intresse då ingen stat önskar urholkning av den egen skattebas eller uppkomst av hybrida missmatchningar. Denna målsättning kan inte uppnås av enskilda

stater, ett unionsrättsligt skatterättsligt perspektiv och skatterättslig koordinering mellan stater fyller därför ett viktigt syfte för att förhindra fenomen såsom hybrida missmatchningar.

3. Hybrida instrument

3.1 Inledning

I detta avsnitt redogörs för det hybrida instrumentets uppbyggnad och funktion för att ge en bild av hur instrumenten används i praktiken och varför. En redogörelse för huvuddragen för beskattningen av avkastningen på finansiella instrument i inkomstslaget näringsverksamhet i svensk skatterätt görs i kapitlet. Fokus är inledningsvis på hur olika finansiella instrument klassificeras samt sedan också på klassificeringen av avkastningen från dessa som ränta eller utdelning. Avsnittet syftar främst till att undersöka de hybrida instrumenten som verktyg och fenomen ur ett skatterättsligt perspektiv, dock kommer även civilrättsliga samt redovisningsrättsliga eller ekonomiska definitioner av hybrida instrument tas upp i ett stödande syfte.

3.2 Klassificering

Ett hybridinstrument är ett finansiellt instrument som klassificeras som både skuld och eget kapital.⁵³ Ett finansiellt instrument definieras inom ramen för god redovisningssed som varje form av avtal som ger upphov till en finansiell tillgång i ett företag och en finansiell skuld eller egetkapitalinstrument i ett annat företag. Definitionen av finansiella instrument är vid och omfattar t. ex. aktier, obligationer, kundfordringar och leverantörsskulder.⁵⁴

Hybridinstrument kan delas in i två olika grupper. En av dessa grupper är sammansatta finansiella instrument som innebär att olika sorters finansiella instrument kombinerats på olika sätt med utgångspunkt i grundinstrumenten aktier, med avkastning i form av utdelning, och skuldebrev, med avkastning i form av ränta. Med andra ord utgörs sammansatta finansiella instrument av flera olika finansiella förpliktelser sammansatta i ett instrument. De flesta av

⁵³ Prop. 2017/18: 245, s. 158.

⁵⁴ Regeringens proposition 2002/03:12 Redovisning och värdering av finansiella instrument, s. 70. samt IAS 32 Finansiella instrument: Klassificering”, p. 11

de sammansatta instrumenten kännetecknas av att de i grunden består av ett skuldebrev som länkats till värdeförändringar i form av eller hänförliga till ränta, aktieindex m.m.⁵⁵ Den andra typen av hybridinstrument är de skuldebrev vars villkor liknar delägarrätter eller de delägarrätter vars villkor liknar ett skuldebrev. Ofta benämns denna grupp enbart som hybridinstrument. Ett exempel på dessa är eviga förlagslån, ett lån som har en löptid på upp till 1000 år och där fordran är efterställd andra fordringar vid likvidation eller konkurs. I övrigt skiljer sig villkoren mycket beroende på vad parterna avtalat. Till följd av dessa kraftigt skilda villkor kan det vara svårt att avgöra om instrumentet ska bedömas ha karaktär av skuld eller eget kapital, en samlad bedömning av villkoren måste därför ske för varje enskilt instrument.⁵⁶

Att hybrida instrument klassificeras i ett beskattningssyfte antingen som skuld eller eget kapital resulterar i att betalningar kopplat till instrumentet ifråga klassificeras som antingen utdelning av vinst eller ränta. Detta får skattemässiga konsekvenser på så sätt att klassificeringen generellt avgör huruvida instrumentets utfärdare kan göra avdrag för betalningen och avgör i många fall också huruvida inkomsten från instrumentet inte behöver tas upp till beskattning för mottagaren.⁵⁷

Att hybrida instrument klassificeras som skuld eller eget kapital på detta sätt benämns som det hybrida instruments odelbarhet, en princip som fastslagits i Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) ett antal gånger.⁵⁸ Ett exempel på detta är då ett sammansatt finansiellt instrument är uppbyggt på så sätt att enskilda komponenter inte kan avyttras för sig. Principen om odelbarhet innebär att instrumentet i sin helhet klassificeras enhetligt enligt inkomstskattelagen.⁵⁹ Endast i vissa undantagsfall kan delar av ett finansiellt instrument beskattas olika.⁶⁰

⁵⁵ Dahlberg, Ränta eller Kapitalvinst, s. 168f.

⁵⁶ Skatteverkets rapport Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering dnr. 131-183077-12/1211, s. 96f.

⁵⁷ Eberhartinger & Six, Taxation of Cross-Border Hybrid Finance: A Legal Analysis, s. 4.

⁵⁸ Se t. ex. RÅ 1994 ref 26 samt RÅ 1999 ref 69.

⁵⁹ Skatteverkets rapport Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering dnr. 131-183077-12/1211, s. 80.

⁶⁰ Detta illustreras i RÅ 2001 ref 21. Avgörandet har dock kritiserats, se vidare Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst, s.186f.

3.2.1 Skuld eller eget kapital?

Klassificeringen av hybrida instrument som antingen fordran eller skuld sker med utgångspunkt i skatterätten men bedömningen kan även komma att påverkas av ekonomiska och civilrättsliga perspektiv. Nedan redogörs för på vilka grunder indelningen av hybrida finansiella instrument sker.

3.2.1.1 Redovisningsrättsligt perspektiv

Redovisningsrätten anses inte ha en avgörande betydelse för klassificeringen av vad som anses vara en fordran/skuld respektive tillskott/eget kapital enligt inkomstskattelagen men har ofta en bevisverkan för denna bedömning. Resultat beräknas nämligen ofta enligt bokföringsmässiga grunder.⁶¹ Redovisningsrätten klassificerar och drar upp gränsen mellan skuld och eget kapital, denna följer främst av redovisningsnormgivningen IFRS/IAS.⁶² Klassificeringen vilar främst på den ekonomiska innebörden av avtalet som en avgörande faktor snarare än dess rubricering eller juridiska form. Normalt sammanfaller de båda, men inte alltid.⁶³ Den ekonomiska innebörden kan dock inte följas om den strider mot gällande rätt.⁶⁴ De redovisningsrättsliga huvudkriterierna för att ett finansiellt instrument ska klassas som en skuld är att det har avtalsenliga villkor som innebär att kontanter ska betalas, finansiella tillgångar eller skulder bytas på ett eventuellt ogynnsamt villkor eller någon form av finansiella instrument lämnas ut och inte innebär en residual rätt i företagets tillgångar efter avdrag för alla dess skulder.⁶⁵ Huvudkriterier för att ett instrument ska klassas som eget kapital är istället att det finns en residual rätt, är efterställt alla skulder, instrumentet inte förfaller till betalning, återbetalning ska ske endast på emittentens initiativ och instrumentet ska inte medföra några tvingande löpande betalningar.⁶⁶

⁶¹ 14 kap 2§ IL [1999:1229].

⁶² Skatteverkets rapport Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering dnr. 131-183077-12/1211, s. 68ff.

⁶³ Punkt 15 och 18 IAS 32 ”Finansiella instrument: Klassificering”.

⁶⁴ Skatteverkets rapport Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering dnr. 131-183077-12/1211, s. 76f.

⁶⁵ Punkt 11 IAS 32 ”Finansiella instrument: Klassificering”.

⁶⁶ Punkt 11, 16, 17, 25 IAS 32 ”Finansiella instrument: Klassificering”.

Gällande sammansatta finansiella instrument bör instrumentets villkor utvärderas för att fastställa huruvida det innehåller både en skuld- och egetkapitalandel. Sedan klassificeras olika delar för sig som finansiella skulder eller tillgångar alternativt egetkapitalinstrument.⁶⁷

3.2.1.2 Skatterättsligt perspektiv

Åtskillnad mellan olika typer av finansiella instrument görs i skatterätten genom att dela in dessa i delägarrätter eller fordringsrätter enligt 48 kap IL. Som tidigare nämnts är indelningen av det finansiella instrumentet av vikt, särskilt då den påverkar behandlingen av eventuella kapitalförluster kopplade till det finansiella instrumentet. Gränsen för uppdelning mellan delägarrätter eller fordringsrätter är inte helt klar vilket kan göra det svårt att klassificera finansiella instrument, speciellt gällande de s.k. sammansatta finansiella instrumenten som har karaktär både av aktie- och skuldebrevsliknande instrument.⁶⁸ Ofta uppstår problem också vid klassificering av utländska hybrida instrument då de innehåller komponenter som skiljer sig från svenska motsvarigheter vilka den svenska skattelagstiftningen inte är uppbyggd för.⁶⁹

Delägarrätten, ibland även benämnt egetkapitalinstrument i doktrin, definieras i 48 kap 2§ IL och består främst av aktier men kan även uppkomma till följd av en rätt p.g.a. teckning av aktier, fondaktierätt, en andel i en investeringsfond eller ekonomisk förening eller en annan tillgång med liknande konstruktion eller verkningssätt. Ett värdepapper kan t. ex. anses vara aktieliknande om avkastningen eller värdet beror på det utgivande företags ekonomiska utveckling.⁷⁰ Bestämmelserna kring delägarrätter tillämpas även på vinstandelsbevis, konvertibler, inlösenrätt och säljrätt som gäller aktier, terminer/optioner vars underliggande tillgång består av aktier eller annan tillgång med liknande konstruktion eller verkningssätt.⁷¹ Vad som vidare kännetecknar delägarrätten eller egetkapitalinstrument är att den består

⁶⁷ Punkt 28 IAS 32 "Finansiella instrument: Klassificering".

⁶⁸ Dahlberg, Räkna eller Kapitalvinst, s. 168f.

⁶⁹ Skatteverkets rapport, Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering, diariernr. 131-183077-12/121, s. 77.

⁷⁰ Dahlberg, Räkna eller Kapitalvinst, s. 173f.

⁷¹ 48 kap 2§ 2st IL [1999:1229].

av kontrakt som ger dess ägare en sekundär rätt i företagets tillgångar efter avdrag för alla skulder. Även kontrakt med avkastning som är relaterad till avkastningen av skuldinstrumentet behandlas som ett egetkapitalinstrument i svensk inkomstbeskattning.⁷² Att finansmarknaden ständigt utvecklas gör det omöjligt att uttömmande ange alla de instrument som ska anses som delägarätter vilken är anledning till tillägget om liknande tillgångar.⁷³ Aktier kan anses vara kärnan av betydelseområdet för delägarätter och avkastning på en delägar rätt är till följd av detta typiskt sett utdelning.⁷⁴

En fordringsrätt, ibland benämnt skuldinstrument i doktrin, definieras istället som en fordran i svenska kronor enligt 48 kap 3§ 1st IL. Dessa skiljs åt från utländska fordringsrätter som definieras i 48 kap 4§ IL som en fordran i utländsk valuta. Avgörande för klassificeringen av de sammansatta instrumenten optionslån, konvertibler, vinstandelslån och kapitalandelslån är således om de är utställda i svensk eller utländsk valuta. Detta beror på antagandet att utländska fordringar är utsatta för större värdeförändringar och därför ofta antas användas för skatteplanering i större utsträckning.⁷⁵ Exempel på fordringsrätter är en fordring på ett företag i form av ett skuldebrev eller ett konvertibelt skuldebrev.⁷⁶

3.2.2 Avkastning från hybrida finansiella instrument

Som tidigare fastställt leder den skatterättsliga klassificeringen av finansiella instrument som antingen skuld eller eget kapital till att inkomsten från dessa instrument hanteras antingen som utdelning eller ränta. Detta leder i sin tur till att klassificeringen bestämmer huruvida utbetalaren kan göra avdrag för sin betalning och om inkomsten från det finansiella instrumentet är

⁷² Hilling, Income taxation of derivatives and other financial instruments - economic substance versus legal form - A study focusing on Swedish non-financial companies, s. 63ff.

⁷³ Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst, s. 174.

⁷⁴ Se prop. 1989/90:110 om reformerad inkomst- och företagsbeskattning, s. 430 samt Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst, s. 169f.

⁷⁵ Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst, s. 183f.

⁷⁶ Skatteverkets rapport Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering dnr. 131-183077-12/1211, s. 10.

undantaget från beskattning för mottagaren.⁷⁷ Klassificeringen får även konsekvenser för beräkningen av kapitalvinst samt kapitalförlust.⁷⁸ Vid en avyttring av en fordringsrätt eller delägarrätt enligt 48 kap IL är dock klassificeringen av avkastningen oberoende av ett instruments eventuella indelning. T. ex. behandlas en konvertibel i svenska kronor som en delägarrätt vid avyttring enligt 48 kap 2§ IL men dess avkastning klassificeras som ränta.⁷⁹ Behandlingen av avkastningen av finansiella instrument som antingen ränta eller utdelning kan således få stora implikationer för det skatterättsliga resultatet vid användningen av hybrida finansiella instrument.

3.2.2.1 Utdelning

Någon generell definition av utdelning existerar inte i skatterätten. Utdelning anses dock ofta innebära den värdeöverföring som sker mellan ett företag och dess ägare. Med förmögenhetsöverföring eller utdelning enligt ovan menas skillnaden i värdet av ersättning eller prestationer utförda av aktiebolaget till ett annat rättssubjekt, denna överföring ska även en aktieägare kunna disponera över. Om förmögenhetsöverföringen inte kan disponeras av aktieägare faller denna utanför utdelningsbegreppet, en skillnad mellan ränta och utdelning är således att en utdelning enbart omfattar avkastning som kan disponeras av bolagets ägare. Det finns därför en presumtion att en förmögenhetsöverföring från ett aktiebolag till dess ägare är utdelning. Eftersom utdelning fördelas på basis av företagets nettoresultat genererar utdelning inte avdrag som kan minska ett företags beskattningsbara inkomst.⁸⁰ Detta föranleder att utdelning har mindre vikt beskattningsmässigt som avkastning av ett finansiellt instrument än ränta som redogörs för nedan.

⁷⁷ Eberhartinger och Six, Intertax 2009, s. 4. samt 42 kap 1§ IL [1999:1229].

⁷⁸ Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst, s. 170.

⁷⁹ Skatteverkets rapport, Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering dnr. 131-183077-12/1211, s. 79.

⁸⁰ Hilling, Income taxation of derivatives and other financial instruments - economic substance versus legal form - A study focusing on Swedish non-financial companies, s 65f. samt Hilling, Axel, Begreppet ränteutgift i svensk inkomstskatterätt – en kritisk analys, Juridisk Tidsskrift 2012-13 Nummer 2 s 321f o 327.

Då utdelning inte definieras i skatterätten och IL får bedömningen av detta begreppet kan ledning istället sökas i civilrätten och Aktiebolagslagen [2005:551], främst 17 kap.⁸¹

Vad som vidare aktualiseras vid en diskussion kring utdelning är skattefriheten på utdelning av näringsbetingade andelar. Bakgrunden till reglerna gällande näringsbetingade andelar är Sveriges system för ekonomisk dubbelbeskattning av vinster, dvs. att bolagsvinster först beskattas på aktiebolagsnivå med en skattesats om 22% för att sedan beskattas vid en utdelning hos aktieägarna som kapitalinkomst på 30%. Inom koncernförhållanden blir detta system dock snedvridet då utdelade vinstmedel från ett dotterbolag till ett moderbolag inte ökar koncernens totala vinst. Skulle dessutom moderbolaget i sin tur dela ut vinsten till aktieägare kedjebeskattas vinsten i ett tredje led.⁸² Bestämmelserna kring beskattningen av utdelning på utländska näringsbetingade andelar återfinns huvudsakligen i 24 kap 12-24 §§ och 16-17 a §§ IL. Näringsbetingade andelar kan undantas från beskattning enligt 24 kap 12-22 §§ samt 25 a § IL. Näringsbetingade andelar definieras i 24 kap 13, 14 och 16 §§ IL och innebär att ägarkravet och villkorskravet är uppfyllda. Det s.k. ägarkravet återfinns i 24 kap 13 § IL och innebär att den aktuella andelen måste ägas av en juridisk person. Till dessa räknas svenska aktiebolag och ekonomiska föreningar men även utländska företag med hemvist inom EES som motsvarar de svenska företagen som listas i bestämmelsen. Villkorskravet i 24 kap 14 § IL anger att andelen ska vara en kapitaltillgång och inte marknadsnoterad. Begreppet näringsbetingad andel utvidgas i 24 kap 16 § IL för företag inom EU och då är det andelsinnehavet och inte rösttalet som ska vara 10%, andelarna kan även vara lagertillgångar. Det behöver i denna situation heller inte vara ett företag som motsvarar ett svenskt aktiebolag eller ekonomisk förening enligt 24 kap 17 § IL. Här kan även nämnas att utdelning från ett svenskt bolag till ett utländskt bolag inte beskattas enligt inkomstskattelagen eller genom statlig inkomstskatt. Istället gäller i dessa fall kupongskattelagen och kupongskatt

⁸¹ Hilling, Income taxation of derivatives and other financial instruments - economic substance versus legal form - A study focusing on Swedish non-financial companies, s. 65 samt Dahlberg, Internationell beskattning, s. 126.

⁸² Dahlberg, Internationell beskattning, s. 123f. samt Lodin m.fl. Inkomstskatt, s. 421.

tas ut, vilken är en statlig källskatt som utgår på utdelning av aktie som innehas av fysiska eller juridiska personer med hemvist utomlands.⁸³

3.2.2.2 Räkna

Räkna finns heller inte definierat i svensk skattelagstiftning varför praxis och förarbeten får verka vägledande. Också definitionen av ränta har en ekonomisk respektive skatterättslig variant. Den ekonomiska definitionen av ränta täcker all ersättning för användning av kapital från en gäldenär till en borgenär. Från ett borgenärsperspektiv innebär detta att all avkastning från ett skuldinstrument är ränta. Från gäldenärens perspektiv är detta dock inte fallet då viss avkastning hänförlig till en borgenär kan vara resultatet av oförväntade förändringar i priset på kapital. Det ekonomiska räntekonceptet kan således inte utan svårigheter appliceras på det svenska inkomstbeskattningssystemet då det skulle innebära problem för borgenärer som skulle behöva separera avkastningen från varje enskilt skuldinstrument till ränta och kapitalvinst. Därför definieras ränta i det svenska inkomstskattesystemet utifrån ett mer formellt perspektiv.⁸⁴ Det skatterättsliga räntebegreppet, som det används i det svenska inkomstskattesystemet, täcker all förutsebar avkastning kopplat till ett skuldinstrument, förutsatt att instrumentet inte avyttras. Skulle instrumentet avyttras klassas hela avkastningen som kapitalvinst eller förlust. Detta koncept överensstämmer även till stor del med den ekonomiska definitionen av ränta.⁸⁵ Enligt praxis från HFD har detta skatterättsliga räntebegrepp dock vidgats och ska därför anses vara utgångspunkten för innebörden av ränteutgiftsbegreppet. Ränta har bl. a. diskuterats i RÅ 1997 ref. 44, ränta ansågs då vara all avkastning på en fordran som beräknas på grundval av kredittiden och kreditbeloppet. Fordran som åsyftas anses vara civilrättslig, dock anses inte all avkastning från instrument som klassificeras som fordran till följd av detta vara ränta skatterättsligt. En förmögenhetsföring från ett

⁸³ Prop. 2015/16:14, s. 33 och SOU 1999:79, s. 49.

⁸⁴ Hilling, - Income taxation of derivatives and other financial instruments - economic substance versus legal form - A study focusing on Swedish non-financial companies, s. 67.

⁸⁵ Hilling, Income taxation of derivatives and other financial instruments - economic substance versus legal form - A study focusing on Swedish non-financial companies, s. 65ff.

aktiebolag till en aktieägare kan enligt ovan anses vara ränta om det överförda kapitalet är en förutsebar utbetalning som baseras på kredittid och kreditbelopp av en fordran i företaget.⁸⁶ Ränteutgifter är avdragsgilla i sin helhet för juridiska personer i inkomstslaget näringsverksamhet.⁸⁷

Allmänt kan sägas gälla att beskattning av hybrida finansiella instrument ska ske på grundval av rättshandlingars verkliga innebörd, oavsett hur dessa har betecknats.⁸⁸ I detta ligger en förutsättning att avdrag får göras för en ersättning som betecknas ränta om det är en fråga om ersättning för kredit.⁸⁹

3.3 Sammanfattning och analys

Sammanfattningsvis kan sägas att hybrida instrumentet är finansiella instrument med inslag av båda kapitallagen skuld och eget kapital, och att instrumentets villkor ofta är utformade på så sätt att det blir svårt att klassificera huruvida dess avkastning ska anses vara ränta eller utdelning. Klassificeringen av det finansiella instrumentet är av stor betydelse för det slutliga resultatet av beskattningen då den avgör om en utfärdare kan göra avdrag för sin betalning samt om mottagaren behöver ta upp inkomsten till beskattning. Principen om finansiella instruments odelbarhet innebär att hybridinstrument måste klassificeras som antingen skuld- eller egetkapitalinstrument vilket resulterar i att inkomsten från dessa hanteras som antingen ränta eller utdelning. Skatterättsligt delas finansiella instrument in i fordrings- eller delägarrätter enligt 48 kap IL. En fordringsrätt utgörs av en fordran i svenska kronor, alternativt en utländsk fordran om fordran är i utländsk valuta. Kännetecknande för en delägarrätt är istället att den består av ett avtal som ger dess ägare en sekundär rätt i ett företags tillgångar, t. ex. en rätt på grund av teckning av aktier. Ofta utgörs fordringar av skuldebrev och delägarrätter av aktier, varför det finns en presumtion vid klassificeringen att

⁸⁶ Hilling, Begreppet ränteutgift i svensk inkomstskatterätt – en kritisk analys, Juridisk Tidsskrift 2012-13 Nummer 2 s 321f o 327.

⁸⁷ 16 kap 1§ IL [1999:1229].

⁸⁸ Se t. ex. RÅ 2010 ref. 51.

⁸⁹ Se t. ex. HFD 2012 ref. 13 samt HFD 2014 ref. 10 samt prop. 2017/18:245, s. 202.

avkastningen är ränta respektive utdelning till sådana finansiella instrument. Begreppen ränta eller utdelning definieras dock inte i svensk lagstiftningen eller dess förarbeten och ledning får istället sökas genom tolkning av praxis och doktrin. Praxis finns inte i samma utsträckning gällande utdelning som ränta. Ränta anses vara en förutsebar betalning för användning av kapital och utdelning en värdeöverföring mellan företaget och dess ägare som enbart kan disponeras av dessa ägare. Klassificeringen mellan ränta eller kapitalvinst vilar således främst på inkomstens förutsebarhet. Då inkomstskattelagen saknar definitioner av utdelning och ränta faller man tillbaka på civilrätten. Dock särskiljer inte denna ränta från utdelning och då förefaller redovisningsrätten vara ett lämpligt område att dra analogier ifrån då resultat beräknas enligt bokföringsmässiga grunder.

Det kan anses vara något svårt att urskilja huruvida en skatterättslig klassificering av finansiella instrument eller betalningar kopplat till dessa främst baseras på instrumentets ”karaktärsdrag” som delägarrätt eller fordringsrätt, eller om det istället är avkastning kopplat till instrumentet som styr bedömningen. Klassificeringen av avkastning som ränta eller utdelning anses vara oberoende av ett instruments klassificering som fordringsrätt eller delägarrätt i vissa situationer⁹⁰, dock kopplas bedömningen av avkastningen i andra situationer till det finansiella instrumentets klassificering, ex. då löpande avkastning på instrument som betraktas aktier beskattas som utdelning. Ett finansiellt instruments verkliga innebörd anges enligt förarbeten vara det som ska styra vid beskattningen av hybrida finansiella instrument. Dock är det just vad instrumentets verkliga innebörd är som blir svår att utröna till följd av instrumentens hybrida karaktär. En samlad bedömning lär alltså få avgöra, klassificeringen enligt 48 kap IL kan anses styra kapitalvinstbeskattningen men är inte alltid avgörande för klassificeringen av betalningar som ränta eller utdelning. Bedömningarna sammanfaller i dessa fall oftast med varandra. Att varken ränta eller utdelning definieras i svensk skattelagstiftning komplicerar situationen ytterligare. Denna klassificeringsproblematik visar på den otydlighet som råder i

⁹⁰ Se tidigare nämnda RÅ 2003 ref 8.

gränsdragningen mellan utdelning och eget kapital vilken möjliggör utnyttjandet av hybrida finansiella instrument då ofullständighet i klassificeringen utgör en stor del av möjligheten till skattearbitrage.

4. Hybrida mismatchningar

4.1 Inledning

Kapitlet ovan illustrerade klassificeringsproblematiken av hybrida finansiella instrument vilken får skattemässiga konsekvenser. Svårigheter vid klassificeringen av hybrida finansiella instrument i svensk rätt indikerar att motsvarande osäkerhet finns i andra länder och illustrerar hur många utfall av gällande rätts klassificeringar som kan uppstå samtidigt. Problematiken kan alltså anses öka vid gränsöverskridande transaktioner då de inblandade ländernas klassificeringar inte är harmoniserade och således skiljer sig åt och företag då erhåller skatteförmåner som inte är avsiktliga. I detta avsnitt redogörs för hur hybrida finansiella instrument används i praktiken och ämnar på sätt att redogöra för hybrida instruments skattemässiga effekt, uppkomsten av s.k. hybrida mismatchningar och visa på typexempel på olika arrangemang där hybrida finansiella instrument utnyttjas skattemässigt.

4.2 Hybrida mismatchningar

Ett hybridinstrument är, som fastslagits ovan, ett finansiellt instrument med inslag av både främmande och eget kapital. Ett finansiellt instrument kan vara en hybrid i ett skattehänseende då instrumentet behandlas som en skuld i en stat och som eget kapital i en annan stat. Ett företag kan på ett liknande sätt ses som en hybrid då det behandlas som ett eget skattesubjekt i en stat men som delägarbeskattat av en annan stat. Hybrida mismatchningar uppstår på detta sätt då hybrida instrument klassificeras olika av källstaten och mottagarstaten samt då det som klassificeras som ränta och utdelning i de båda länderna beskattas olika.⁹¹ Denna olikbehandling av olika stater ger upphov till en dubbel ”icke-beskattning” vid gränsöverskridande situationer vilket utnyttjas av företag för att minska sin skatt eller för att helt undgå

⁹¹ Eberhartinger och Six, Intertax 2009, s. 6.

beskattning.⁹² En sådan situation där ett och samma subjekt/objekt klassificeras olika i olika stater ger upphov till en mismatchning mellan de olika skattesystemen. På detta sätt skapar hybridinstrument hybrida mismatchningar. Användningen av hybrida mismatchningar är vida spritt och resulterar i en erosion av skattebasen för de inblandade länderna och har en generell negativ påverkan på konkurrens, effektivitet, transparens och rättvisa.⁹³ Hybrida instrument utfärdas inte enbart av skattemässiga skäl, men det faktum att det hybrida instrumentet måste klassificeras som antingen skuld eller eget kapital är ofta anledningen till att företagen utfärdar och använder sig av dessa.⁹⁴

4.2.1 Definition

I OECD:s BEPS-rekommendationer⁹⁵ samt i EU-kommissionens direktiv mot skatteundandragande⁹⁶ och ändringsdirektivet⁹⁷ behandlas två olika situationer med hybrida mismatchningar. Det handlar dels om situationer som innebär dubbla avdrag, att avdrag för en och samma betalning får göras i två stater, dels om avdrag utan inkludering då avdrag får göras för en betalning i en stat utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning i den mottagande staten. Både hybrida företag och hybrida finansiella instrument involveras i den sistnämnda situationen, avdrag utan inkludering.⁹⁸

4.2.1.1 Dubbla avdrag

En hybrid mismatchning genom dubbla avdrag innebär en situation mellan en skattskyldig i en medlemsstat och ett närstående företag i en annan medlemsstat eller ett strukturerat arrangemang mellan parter i medlemsstater

⁹² Prop. 2017/18: 245, s. 157f.

⁹³ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, s. 11.

⁹⁴ Eberhartinger och Six, Intertax 2009, s. 4.

⁹⁵ OECD:s BEPS-rekommendationer åtgärd 2, avsnitt 1, 3, 4 och 6.

⁹⁶ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion, artikel 2 p. 9.

⁹⁷ Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer, artikel 1.4 p. 1 och 2.

⁹⁸ Prop. 2017/18: 245, s. 165.

där ett avdrag av samma betalning, kostnader eller förluster görs både i den medlemsstat där betalningen har sin källa eller kostnaden eller förlusten uppstår och i en annan medlemsstat till följd av den rättsliga klassificeringen av ett finansiellt instrument eller ett subjekt.⁹⁹ En situation med dubbla avdrag uppstår alltså när avdrag får göras för en och samma utgift av två företag i två olika stater. Ett exempel som kan illustrera denna situation är då ett företag som har hemvist i en utländsk stat äger ett svenskt aktiebolag. Det svenska bolaget har tagit ett externt lån vilket innebär att bolaget i regel får göra avdrag för ränta i Sverige enligt 16 kap 1§ IL. I ägarföretagets stat ses det svenska bolaget dock som delägarbeskattat, d.v.s. att vinster inte tas upp till beskattning genom företaget utan direkt hos ägarna till företaget i fråga, vilket innebär att det andra företaget får göra avdrag för dessa ränteutgifter. Detta innebär att avdrag för samma ränteutgift kan göras av två företag i två olika stater.¹⁰⁰

4.2.1.2 Avdrag utan inkludering

Hybrida mismatchningar genom avdrag utan inkludering innebär en situation som råder mellan en skattskyldig i en medlemsstat och ett närstående företag i ett annan medlemsstat eller ett strukturerat arrangemang mellan parter i medlemsstater där avdrag görs i den medlemsstat där betalningen har sin källa utan att samma betalning tas med på motsvarande sätt för skatteändamål i en annan medlemsstat till följd av skillnader i den rättsliga klassificeringen av ett finansiellt instrument eller ett subjekt.¹⁰¹ Avdrag utan inkludering innebär alltså istället att avdrag för en betalning får göras i en stat utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning i den andra staten. Vid reglering av denna situation behandlas främst tre olika utfall. Avdrag utan inkludering kan uppstå vid betalningar av hybridföretag, betalningar till hybridföretag samt betalningar som avser hybrida finansiella instrument. Dessa tre situationer kan exemplifieras på följande sätt: Vid en betalning

⁹⁹ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion, artikel 2 p. 9a.

¹⁰⁰ Prop. 2017/18: 245, s. 165.

¹⁰¹ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion, artikel 2 p. 9b.

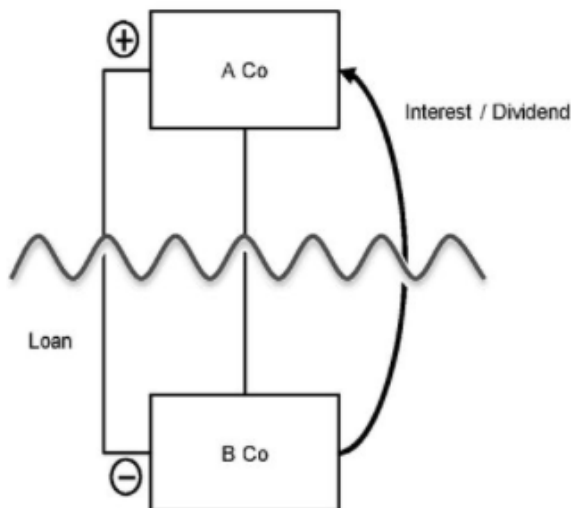
gjord av ett hybridföretag kan t. ex. ett svenskt aktiebolag ägas av ett företag med hemvist i en annan stat. Det svenska bolaget gör sedan avdrag för ränteutgifter avseende en skuld till det utländska företaget. Denna skuld och räntebetalning klassas dock som en företagsintern transaktion av den andra staten som därför inte beaktas i skattehänseende varför inkomsten/räntebetalningen inte tas upp till beskattning i det utländska företags hemviststat. Vid den andra situationen som gällde en betalning till ett hybridföretag kan det istället vara så att ett svenskt aktiebolag ägs av företag B i stat B. Enligt stat B klassas företag B som delägarbeskattat då det innehas av ett företag som har hemvist i stat C. Sedan gör det svenska bolaget en betalning för ränteutgifter gällande en skuld till företag B, företag B som är delägarbeskattat tar inte upp inkomsten till beskattning i land B. Dock räknas företag B i stat C inte som delägarbeskattat utan som ett eget skattesubjekt, inkomsten tas därför inte heller upp till beskattning här. En hybrid mismatchning föreligger mellan stat B och C. Den sistnämnda situationen som innefattar hybrida finansiella instrument kan istället illustreras av att ett svenskt företag ägs av ett företag som har hemvist i en annan stat. Det utländska företaget utfärdar ett hybridinstrument som innehas av det svenska företaget, i Sverige klassas detta som ett skuldinstrument vilket innebär att det svenska företaget kan göra avdrag för räntebetalningar som görs till det utländska företaget. I denna andra stat klassas dock instrumentet som eget kapital och räntebetalningarna blir skattefria utdelning.¹⁰²

4.2.2 Exempelfall

Ett exempel på ett arrangemang där skattefördelar uppnås genom utnyttjandet av hybrida mismatchningar via ett hybridinstrument sker genom räntebetalningar genom skuld-/egetkapitalinstrument. Detta exempel illustreras i figuren nedan där företag A Co, som har hemvist i land A, äger alla aktier i B Co, ett företag med hemvist i land B. A Co lånar ut pengar till B Co till marknadsränta. Lånet behandlas och klassificeras som en skuld eller

¹⁰² Prop. 2017/18:245, s. 166f.

ett skuldinstrument enligt lagstiftningen i land B men som egetkapitalinstrument eller aktier i land A.



(Exempel från OECD:s rapport BEPS åtgärd 2)

Denna klassificering resulterar i att räntebetalningarna på lånet behandlas som en avdragsgill kostnad i land B och som utdelning i land A. Land A undantar utdelning som betalats av ett utländskt företag från beskattning om det utländska företaget innehaft mer än tio procent av aktierna i bolaget under en tolv månadersperiod omedelbart innan utdelningen betalades.¹⁰³ Detta typfall exemplifierar avdrag utan inkludering och problemet med gränsöverskridande transaktioner genom hybridinstrument, källstaten och mottagarstaten är ibland inte överens om klassificeringen av det hybrida instrumentet. Dessutom är det problematiskt att utdelning och ränta i respektive land beskattas olika mycket. Det är just när dessa klassificeringar av instrumentet inte överensstämmer som hybrida missmatchningar uppstår.¹⁰⁴

¹⁰³ Exempel 1.1 OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD Publishing, 2015, s. 175-177. Figuren är tagen från samma exempel.

¹⁰⁴ Eberhartinger och Six, Intertax 2009, s. 6. samt Arfwidsson, Autilia, Hybridregeln i ATAD, Skattenytt 2017 s. 574.

4.3 Sammanfattning och analys

Sammanfattningsvis kan hybrida mismatchningar sägas uppstå vid gränsöverskridande situationer till följd av skilda klassificeringar vid beskattningen i de olika inblandade staterna. Hybrida mismatchningar är på detta sätt ett typexempel på vad som sker då lagstiftning på samma marknad inte är harmoniserad. Hybrida mismatchningar kan till följd av dessa skillnader i olika länder klassificering av finansiella instrument uppstå på främst två olika sätt vid gränsöverskridande transaktioner. Situationer då hybrida finansiella instrument föranleder dubbla avdrag, d.v.s. när avdrag får göras för en och samma utgift av två företag i två olika stater, och situationer med avdrag utan inkludering, d.v.s. då avdrag för en betalning kan göras i en stat utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning i den andra staten. Båda situationerna eller mismatchningarna utnyttjas av multinationella företag vid gränsöverskridande situationer för att uppnå skattefördelar. Utnyttjandet leder dock till att beskattningen faller bort i en eller båda av de inblandade staterna vilket skapar skattebaseroering.

Problemet kan tyckas enkelt att avgränsa men lösningen är dessvärre inte det. I tidigare kapitel har det diskuterats kring att beskattning är en nationell fråga och problematiken kring skapandet av harmoniserade lösningar på beskattningsrättens område. Det finns olika initiativ till lösningar, många vilka har sin grund i internationella samarbeten där gemensamma regler ska implementeras i nationell lagstiftning. Vid situationer med dubbla avdrag behöver ett av de inblandade länderna neka avdrag och vid avdrag utan inkludering behöver ett av länderna ta upp betalningen till beskattning eller neka avdrag. En eventuell lösning behöver således koordineras mellan inblandade parter. En sådan koordinering är problematisk av olika anledningar, men den kanske främsta är att sker reglering vid olika tidpunkter i olika länder skapas ytterligare möjligheter till utnyttjandet av hybrida finansiella instrument. Ännu en aspekt är problematiken kring den skilda klassificeringen av de finansiella instrumenten och av betalningar kopplade till dessa instrument. Således är det

inte tillräckligt att t.ex. neka avdrag för ränta i ett medlemsland, även definitionen av ränta och utdelning bör vara föremål för harmonisering.

5. Europeisk reglering av hybrida mismatchningar

5.1 Inledning

Tidigare har bakgrunden till regleringen av hybrida mismatchningar presenteras samt hur olika institutioner för reglering och dess verktyg samverkar med varandra. En genomgång av hybrida finansiella instrument har även gjorts samt hur dessa skapar hybrida mismatchningar. I detta kapitlet redogörs för regleringen av de hybrida mismatchningarna på ett mer detaljfokuserat plan där själva bestämmelserna och de specifika reglerna kommer att ligga i centrum för framställningen. Kapitlet syftar på detta sätt till att visa på en tydlig ram för regleringen av hybrida mismatchningar på en europeisk nivå.

5.2 OECD och BEPS gällande hybrida mismatchningar

OECD:s rekommendationer gällande hybrida mismatchningar redovisas i rapporten ”*Final report on action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*”, vidare hänvisat till som OECD:s BEPS-rekommendationer åtgärd 2. Dessa rekommendationer avser utformningen av nationella regler och syftar till att förhindra att situationer med hybrida mismatchningar uppstår och på detta sätt neutralisera uppkomna hybridsituationer. I åtgärd två behandlas främst två olika situationer med hybrida mismatchningar som redogjorts för under 4.2.1; avdrag utan inkludering, dvs. att avdrag för en betalning får göras i en stat samtidigt som motsvarande betalning inte tas upp till beskattning i den mottagande staten samt situationer med dubbla avdrag, dvs. avdrag för samma betalning får

göras i två stater.¹⁰⁵ För att neutralisera dessa situationer ger BEPS-rapporten följande rekommendationer: Om en betalning ger upphov till ett avdrag utan inkludering ska i första hand det betalande företags hemviststat neka avdrag och i andra hand ska det mottagande företags hemviststat ta upp betalningen till beskattning. I situationen då dubbla avdrag uppstår ska i första hand moderföretags hemviststat neka avdrag för betalningen och i andra hand ska avdrag nekas av det betalande företags hemviststat. I rekommendationerna talas här om en primär- och sekundärregel vilken anger vilken av de inblandande staterna som i första hand ska neutralisera effekten av den hybrida mismatchningen.¹⁰⁶

Gällande hybrida mismatchningar som uppstår till följd av klassificeringsproblematik kring ränta definieras begreppet i OECD:s BEPS-rekommendationer åtgärd 4. Enligt rekommendationen bör ränteavdragsregler som syftar till att motverka skattebaseroering och vinstförflyttnings gälla alla former av skulder och andra finansiella betalningar som ekonomiskt motsvarar ränta. Sådana betalningar omfattar betalningar kopplade till finansiering av ett företag och som bestäms genom tillämpningen av en fast eller variabel procentsats på ett faktiskt eller nominellt kapital över tiden. Enligt rekommendationen bör en sådan regel också gälla för andra kostnader som uppkommer i samband med anskaffning av kapital, inklusive uppläggningsavgift och garantiavgifter. Icke-uttömmande listar rekommendationen exempel på vilka betalningar som bör omfattas av en ränteavdragsbegränsningsregel, det är dock upp till varje land att avgöra hur detta ska komma till uttryck i nationell rätt, med beaktande av befintliga definitioner av ränta och andra betalningar. I rekommendationen anges att ränteavdragsbegränsningsregeln bör tillämpas på ränta på alla former av skulder, betalningar som ekonomiskt motsvarar ränta och kostnader som uppkommer i samband med införskaffandet av kapital.¹⁰⁷

¹⁰⁵ OECD:s BEPS rekommendationer (åtgärd 2, avsnitt 1, 3, 4 och 6).

¹⁰⁶ Prop. 2017/18:245, s. 165 samt OECD (2015), *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, s. 12.

¹⁰⁷ Prop. 2017/18:245, s. 203 samt OECD (2016), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS avsnitt 2*.

Gällande utdelning innehåller rekommendationen åtgärd 2 även bestämmelser kring skattefri utdelning kopplade till finansiella instrument.¹⁰⁸ Denna bestämmelse är en specialregel till ovanstående reglering av hybrida mismatchningar och har därför företräde framför denna.¹⁰⁹ Syftet med nationell lagstiftning som reglerar skattefri utdelning är ofta att undvika kedjebeskattnig, d.v.s. extra beskattning på ägarnivå för inkomst som redan beskattas på bolagsnivå.¹¹⁰ Exempel på sådan lagstiftning är de svenska reglerna om skattefri utdelning på näringsbetingade andelar, vilken redogjordes för under 3.2.2.1. Enligt BEPS rekommendation 2.1 ska de länder som föreskriver en sådan skattelättnad för utdelning eller liknande betalning ta upp utdelningen till beskattning om betalningen är avdragsgill ränta hos betalaren. Detta innebär att avdrag utan inkludering inte uppstår vid skattefri utdelning.¹¹¹

5.3 OECD: skatteavtal och MLI

Skatteavtal har som tidigare konstaterats stor inverkan på internationell beskattning och har i praxis likställts med intern rätt,¹¹² alternativt anses vara *lex specialis*.¹¹³ Gällande hybrida mismatchningar är fokus främst på hur kapitalvinst respektive kapitalförlust behandlas enligt skatteavtalet vid en avyttring av instrument samt hur avkastning på instrumentet ska klassificeras och beskattas enligt skatteavtalet.¹¹⁴ Ränta t. ex. kan generellt anses definieras enligt OECD:s modellavtal artikel 11 som inkomst av varje slags fordran. Denna definition anges dock enbart gälla vid tillämpningen av den aktuella artikeln. Ränta omfattar inte sådana inkomster som omfattas av uttrycket utdelning som tas upp i artikel 10 och omfattar heller inte ersättningar som

¹⁰⁸ Rekommendation 2.1 OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report.

¹⁰⁹ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, s. 29.

¹¹⁰ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, s. 46.

¹¹¹ OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, s. 45f.

¹¹² Se RÅ 2008 ref. 24.

¹¹³ RÅ 2010 ref. 112.

¹¹⁴ Dahlberg, Ränta eller kapitalvinst, s. 142ff.

följer av finansiella instrument utan en underliggande skuld kopplat till detta instrument.¹¹⁵

OECD:s multilaterala avtal MLI som redogjorts för under 2.5 får ytterligare effekter för skatteavtal kopplat till BEPS åtgärder mot hybrida missmatchningar. Det lär krävas förändringar i skatteavtalen som innebär att staterna förbehåller sig den beskattningsrätt i hybridsituationer som följer av intern rätt efter att den interna rätten anpassats till rekommendationerna och som säkerställer att inte skatteavtalen i sig ger upphov till möjligheter att utnyttja regelasymmetrier för att BEPS åtgärder ska få genomslag.¹¹⁶ Del II av MLI, artiklar 3-5, berör situationer med hybrida missmatchningar och syftar till att neutralisera effekterna av dessa. Artiklarna berör hybrida missmatchningar relaterade till transparenta skattesubjekt, skattesubjekt med två hemvister och eliminering av dubbelbeskattning.¹¹⁷

5.4 EU:s direktiv mot skatteundandragande och hybrida missmatchningar

Ett av huvudområdena i EU-kommissionens direktiv mot skatteflyktsmetoder som direkt påverkar den inre marknadens funktion¹¹⁸ berör hybrida missmatchningar.¹¹⁹ För att neutralisera effekterna av dessa, vilken ofta är skatteavdrag i båda de berörda staterna, konstateras inledningsvis i direktivet behovet av att en av dessa berörda stater vägrar avdrag. EU:s medlemsstater har tidigare enats om riktlinjer för hur hybridsubjekt bör behandlas skattemässigt inom ramen för Uppförandekoden för företagsbeskattning, men dessa riktlinjer var inte bindande och direktivet syftar nu till att åtgärda detta genom att skapa ett bindande åtagande för medlemsstaterna.¹²⁰ Hybrida

¹¹⁵ Prop. 2017/18:245, s. 203.

¹¹⁶ Kleist, Skattenytt 2016 s. 713.

¹¹⁷ Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting, art 3-5.

¹¹⁸ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion.

¹¹⁹ Prop. 2017/18: 245, s. 158.

¹²⁰ Direktiv 2016/1164, s. 4.

missmatchningar regleras i direktivet mot skatteundandragandes artikel 9, vilken anger att i den mån en hybrid missmatchning leder till dubbla avdrag ska avdraget endast göras i den medlemsstat där en sådan betalning har sin källa samt att i den mån en hybrid missmatchning leder till ett avdrag utan inkludering ska betalarens medlemsstat vägra avdrag för denna betalning. Artikel 9 är bara tillämplig på transaktioner inom EU.

I samband med att direktivet antogs fick kommissionen i uppdrag att ta fram ett förslag med regler om hybrida missmatchningar som även involverar tredjeländer, länder som inte är medlemmar i EU. Detta förslag skulle också vara förenligt med och lika effektivt som OECD:s BEPS-rekommendationer gällande hybrida missmatchningar. Därför antogs ett ändringsdirektiv¹²¹ den 29 maj 2017. Genom ändringsdirektivet utvidgas tillämpningsområdet av de befintliga hybridreglerna i direktivet mot skatteundandragande och omfattar nu alltså även tredjeländer vilket fastslås i ändringsdirektivets artikel 1.1. Det nya direktivet innehåller även fler regler gällande hybrida missmatchningar. Det gäller hybridregler som involverar fasta driftställen, hybridöverföringar, importerade missmatchningar och missmatchningar som rör företag med dubbel hemvist och en regel som ska motverka att begränsat skattskyldiga innehar transparenta företag för beskattningsändamål. Ändringsdirektivet är i linje med OECD:s BEPS rekommendationer (åtgärd 2) och dess regler ska vara genomförda i svensk rätt senast den 31 december 2019.¹²² Den nya formuleringen för artikel 9, vilken ersätter den i det ursprungliga direktivet som reglerar hybrida missmatchningar är avsevärt längre än sin föregångare varför inte hela artikeln inkluderas nedan men dess fulla lydelse bifogas som bilaga och kan sägas omfatta flera situationer med hybrida missmatchningar samt utfall då avdrag trots allt inte görs av, enligt direktivet, rätt medlemsstat. Ändringsdirektivets artikel 9 innehåller på detta sätt, precis som OECD:s BEPS rekommendationer, en primär och sekundärregel som syftar till att neutralisera effekterna av situationerna med betalning hybrida företag och finansiella instrument genom att ange vilken av de inblandade staterna som i

¹²¹ Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida missmatchningar med tredjeländer.

¹²² Prop. 2017/18: 245, s. 158f.

första hand ska neutralisera effekten av den hybrida mismatchningen.¹²³ Det tas i ändringsdirektivet också upp när en medlemsstat får göra undantag från reglerna vilket är situationer där det finansiella instrumentet som gett upphov till den hybrida mismatchningen klassificeras på ett visst sätt. Det införs också en artikel 9a gällande omvända hybrida mismatchningar samt artikel 9b som reglerar mismatchningar med avseende på skatterättslig hemhörighet.¹²⁴ I ändringsdirektivet anges att medlemsstaterna vid genomförandet av bestämmelserna i direktivet bör använda tillämpliga förklaringar och exempel i OECD:s BEPS-rekommendationer (åtgärd 2) som en källa till illustration eller tolkning i den mån som dessa överensstämmer med bestämmelserna i direktivet och unionsrätten.¹²⁵

Även i direktivet mot skatteundandragande definieras ränta eller lånekostnader. Med uttrycket lånekostnader avses samma som följer av OECD:s BEPS-rekommendationer åtgärd 4, d.v.s. främst räntekostnader för alla former av skulder, andra kostnader som ekonomiskt motsvarar ränta och kostnader som uppkommer i samband med införskaffandet av kapital samt andra liknande kostnader som gäller vid upplåning av kapital.¹²⁶

5.5 Sammanfattning och analys

OECD:s BEPS rekommendationer (åtgärd 2) samt hybridreglerna i direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet innebär att medlemsstaterna för att neutralisera effekterna av hybrida mismatchningar under vissa förutsättningar ska neka företag avdrag för gjorda betalningar. Regeln om hybrida mismatchningar i direktivet mot skatteundandragande, artikel 9, anger att när en hybrid mismatchning, som uppstår med anledningen av den rättsliga klassificeringen av ett finansiellt instrument eller subjekt leder till ett resultat där dubbla avdrag görs är det enbart källstaten som ska medge avdrag.

¹²³ Prop. 2017/18: 245, s. 149.

¹²⁴ Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer.

¹²⁵ Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer, s. 5.

¹²⁶ Prop. 2017/18: 245, s. 204.

Leder betalningen till avdrag utan inkludering ska avdrag vägras i betalarens stat. BEPS-rekommendationen gällande hybrida mismatchningar innehåller istället en primärregel, vilket innebär att betalaren ska nekas avdrag för den aktuella betalningen om denna inte inkluderas i beskattningen i mottagarens hemland, samt en sekundärregel som innebär att om betalarens jurisdiktion inte neutraliserar den hybrida mismatchningen ska mottagarens jurisdiktion ta upp betalningen till beskattning. Rekommendationens primärregel överensstämmer med hybridregeln i direktivet mot skatteundandragande, dock saknas en motsvarighet till sekundärregeln. Detta kan motiveras av det faktum att sekundärregeln syftar till att reglera situationer där betalarens stat saknar hybridlagstiftning. En sådan situation uppstår inte i EU då direktivet mot skatteundandragande är bindande för dessa stater. Däremot så innehåller ändringsdirektivet en motsvarighet till sekundärregeln då detta direktiv omfattar hybrida situationer med länder även utanför unionen.

Det är enligt ovanstående tydligt att bestämmelserna som syftar till att motverka effekterna av hybrida mismatchningar följer av OECD:s BEPS-rekommendationer. Vad som blir intressant vid en harmonisering av EU-rättsliga direktiv som bygger på rapporter från OECD är de sistnämndas rättskällevärde i sammanhanget. BEPS-rekommendationer har inte samma rättskällevärde som EU-rättsliga direktiv och är inte bindande för medlemsstater i OECD. Det nämns dock i ändringsdirektivet att vid genomförandet av direktivets bestämmelser bör tillämpliga förklaringar och exempel i OECD:s BEPS-rekommendationer (åtgärd 2) som en källa till illustration eller tolkning i den mån som dessa överensstämmer med bestämmelserna i direktivet och unionsrätten. Detta innebär att BEPS har tolkningsvärde i samband med en implementering av direktivets bestämmelser och därför senare också får nationella rättsverkningar.

De EU-rättsliga direktiven är enbart bindande gällande vilka resultat som skatterättsligt skall uppnås varför Sverige har stort utrymme vid val kring hur införlivande av direktivet ska ske i nationell lagstiftning. Direktivets regler kring hybrida mismatchningar kan anses allmänt utformande vilket kan föranleda att stora skillnader i olika länders implementering uppstår, vilket kan skapa ytterligare ”luckor” i inkomstskattesystemen. På detta sätt

finns det fortfarande en viss risk att hybrida finansiella instrument utnyttjas, trots harmoniseringsförsök enligt direktivet. Utöver detta är EU-rättsliga direktiv enbart tillämpliga för dess medlemsstater, situationer med hybrida mismatchningar som omfattar andra länder skulle normalt falla utanför reglernas tillämpningsområde. Ändringsdirektivets bestämmelser ämnar dock till att även inkludera länderna utanför EU varpå reglernas tillämpningsområde ökar. Hybridregeln i direktivet kan enbart anses ta sikte på resultatet av en hybrid mismatchning, vilket innebär att problematiken kring klassificering blir sekundär. Regelns vaga utformning och breda omfång innebär dock enbart en lägsta skyddsnivå för medlemsstaternas skattebaser. Enskilda länder kan sedan gå utöver regleringen i direktivet.

Även bestämmelser i olika skatteavtal har en stor inverkan på regleringen av hybrida mismatchningar då de styr hur kapitalvinster och förluster behandlas samt klassificering av avkastning på finansiella instrument. Då skatteavtal är bilaterala överenskommelser kring dessa problem och specifika gränsöverskridande situationer kan mer anpassade lösningar finnas. MLI kommer antagligen av samma anledning få en stor inverkan på tillämpningen av skatteavtalen och kan därför också antas få stora regleringseffekter på hybrida mismatchningar.

6. Svensk reglering av hybrida mismatchningar

6.1 Inledning

En implementering av BEPS-rekommendationer och direktivet mot skatteundandragande i svensk rätt tar sin utgångspunkt i gällande lagstiftning som syftar till att förhindra skattebaserodering och påverka utnyttjandet av hybrida mismatchningar. Detta kapitel syftar därför till att ge en bild av befintlig svensk lagstiftning kring hybrida mismatchningar samt att redogöra för hur hybridregler enligt EU-rättsliga direktiv och BEPS rekommendationer kommer att införas i Sverige.

6.2 Nuvarande reglering

Svenska nuvarande regler som ligger till grund för beskattningen av hybrida instrument återfinns främst i inkomstskattelagen [1999:1229], förkortad IL. Aktiebolag och juridiska personer beskattas i inkomstslaget näringsverksamhet, jfr 1 kap 3§ 2st IL. Den grundläggande bestämmelsen är att alla inkomster i en näringsverksamhet tas upp i inkomstslaget näringsverksamhet enligt 15 kap 1§ IL. Vidare ska utgifter för att förvärva eller bibehålla inkomster dras av som kostnad. Ränteutgifter och kapitalförluster ska dras av trots att de inte är sådana utgifter enligt 16 kap 1§ 1st IL. Det finns vissa undantag från denna huvudregel för avdrag, ett sådant är 24 kap 4b§ IL som innebär att avdrag inte får göras för ränta på vissa efterställda skulder.

Det har tidigare i uppsatsen redogjorts för problematiken vid beskattningen av hybrida finansiella instrument till följd av att svårigheten att klassificera dessa som skuld eller eget kapital och de betalningar som är kopplade till instrumenten som utdelning eller ränta. Att ränteutgifter är avdragsgilla enligt IL i kombination med undantag för beskattning av

utdelning för näringsbetingade andelar, vilket redogjordes för under 3.2.2.1, ökar incitamenten för skatteplanering genom utnyttjande av hybrida instrument varför regler har införts i svensk rätt för att motverka denna utveckling.

6.2.1 Rän-teavdragsbegränsningsreglerna

I svensk skatterätt finns det generellt en omfattande rätt till avdrag för ränteutgifter, framförallt i inkomstslaget näringsverksamhet men även i inkomstslaget kapital. Huvudbestämmelsen för rätt till avdrag finns som nämnts ovan i 16 kap 1§ IL. Syftet med rän-teavdrag är att underlätta företagsfinansiering av sin verksamhet genom lån, det kan dock vara svårt för lagstiftaren att identifiera vilka ränteutgifter som hänför sig till lån som är företagsekonomiskt motiverade. Rän-teavdraget har kommit att användas i flera fall av omfattande skatteplanering varför förändringar av reglerna skett vid olika tillfällen. Reglerna återfinns idag i 24 kap 10 b-e §§ IL.¹²⁷

Syftet med en begränsning av rän-teavdraget är främst att motverka s.k. räntesnurror vilket innebär att företag erhåller avdragsrätt genom att skapa koncerninterna lån för att på så sätt minska sitt beskattningsunderlag. Bakgrunden till regleringen är HFD:s avgörande i de s.k. ”Industrivärdendomarna”¹²⁸, då ett dotterbolag lånade pengar av moderbolaget som erhåll ränta på lånet vars kostnader var avdragsgilla enligt 16:1 IL. Skatteflyktslagen ansågs inte vara tillämplig på förfarandet varför regelverket kring rän-teavdragsbegränsningar på koncerninterna lån därefter skapades.¹²⁹

Huvudregeln för rän-teavdragsbegränsningar återfinns i 24 kap 10b§ IL och innebär att företag inte får dra av en ränteutgift som är hänförlig till en skuld till ett företag i intressegemenskap. Avdragsbegränsningen utvidgas även till att gälls s.k. back-to-back-lån enligt 24 kap 10c§, d.v.s. ett lån från en extern långivare som i sin tur har en motsvarande fordran på ett annat

¹²⁷ Dahlberg, Internationell beskattning, s. 213.

¹²⁸ RÅ 2007 ref. 84 och ref. 85. I de aktuella domsluten fälldes inte en s.k. ”räntesnurra” genom skatteflyktslagen utan ansågs godtagbar genom hänvisning till RÅ 2001 ref 79. I.

¹²⁹ Dahlberg, Internationell beskattning, s. 214.

företag inom, då lånet avser förvärv av en delägarrätt i ett företag som ingår i intressegemenskapen. Företag i intressegemenskap definieras i 24 kap 10a§ som situationer då ett av de aktuella företagen, direkt eller indirekt, har ett väsentligt inflytande i det andra företaget eller att både företagen huvudsakligen står under samma ledning. Väsentligt inflytande definieras ej i lagtexten men enligt förarbeten anges att ägarandelar strax under 50 % kan beaktas.¹³⁰ Med företag avses i paragrafen juridiska personer och svenska handelsbolag.¹³¹

Det finns undantag från begränsningen från rätten till ränteavdrag i 24 kap 10 d-f §§ IL. Den s.k. 10%-regeln finns i 24 kap 10d§ 1st och innebär att avdrag för ränta ska medges om inkomsten i mottagarlandet som motsvarar ränteutgiften beskattas med minst 10% hos mottagaren. 10%-regeln är dock inte tillämplig enligt 24 kap 10d § 3st om det huvudsakliga skälet till skuldförhållandet är att uppnå en väsentlig skatteförmån. För företag mellan vilka det föreligger koncernbidragsrätt anses inte ränteutgiften ge upphov till någon väsentlig skatteförmån.¹³² Rekvisitet ”inkomsten som motsvarar ränteutgiften” är något ospecifikt till följd av att lagstiftaren har velat undvika hybrida mismatchningar som uppstått genom utnyttjandet av bl.a. hybridinstrument. Således syftar rekvisitet på att täcka in de situationer där klassificeringssvårigheter kan uppstå, exempelvis då en stat klassificerar en transaktion som ränteutgift men en annan stat klassificerar denna som utdelning eller kapitalvinst.¹³³ Ännu ett undantag från ränteavdragsbegränsningsreglerna görs i 24 kap 10d § IL, detta undantag kallas för ventilen. Bestämmelsen innebär att om kraven enligt ovan inte är uppfyllda kan ränteavdrag trots allt medges om skuldförhållandet som ligger till grund för lånet är huvudsakligen affärsmässigt motiverat. Även förvärvet måste vara huvudsakligen affärsmässigt motiverat om lånet avser andelar i ett företag som ingår i intressegemenskapen eller förvärvet gör det. Vid en bedömning av om lånet skall anses vara affärsmässigt motiverat ska särskilt beaktas om finansiering istället hade kunnat ske genom tillskott från det

¹³⁰ Regeringens proposition 2012/13:1, s. 239.

¹³¹ 24 kap 10a§ 2st IL [1999:1229].

¹³² Regeringens proposition 2012/12:1, s. 254.

¹³³ Dahlberg, Internationell beskattning, s. 218.

företag som har en fordran eller från annat företag som direkt eller indirekt har väsentligt ägarinflytande i det låntagande företaget. Enligt förarbeten kan bedömningen av affärsmissigt motiverat påverkas av hybridinstrument då omständighet som t.ex. utnyttjandet av olika former av hybridinstrument eller hybridföretag för att uppnå skattefördelar ska tala mot att ett avdrag bör ges.¹³⁴ 10%-regeln samt ventilen gäller båda även för back-to-back-lån som avses i 24 kap 10c§ IL.¹³⁵ Då reglerna för ränteavdragsbegränsningar främst tar sikte på att motverka räntesnurror anses de dock inte utgöra ett lämpligt eller komplett skydd mot hybrida mismatchningar.¹³⁶

De befintliga reglerna för ränteavdrag har ansetts vara oförutsägbara och svårtillämpliga, och trots tidigare förändringar har företagens totala skuldsättning varit densamma. Av denna anledning utgör företags avdrag för externa räntekostnader ett problem för den svenska bolagsskattebasen.¹³⁷

6.2.1.1 Reglernas förenligt med EU-rätten

Reglerna kring begränsning av avdragsrätten för ränta enligt ovan har ytterligare kritiserats på EU-rättslig nivå. Bakgrunden till kritiken är att reglerna praktiskt enbart omfattar de upplägg med koncerninterna lån mellan bolag i olika länder.¹³⁸ Reglerna har ansetts strida mot den EU-rättsliga etableringsfriheten och EU-kommissionen har inlett ett överträdelseförfarande mot Sverige till följd av detta.¹³⁹ En av de regler som mött mycket kritik är 10%-regeln som redogjordes för ovan. Då bolagsskatten i Sverige är 22% är det oftast utländska situationer som inte omfattas då rent inhemska situationer enbart i undantagsfall beskattas med en lägre skattesats än 10%.¹⁴⁰ Den svenska regeringen har tidigare hävdade att ränteavdragsreglerna trots allt är förenliga med FEUF och hänvisar till tvingande hänsyn i form av motverkande av skatteflykt samt behovet av att upprätthålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan

¹³⁴ Prop. 2012/13:1 s. 257.

¹³⁵ 24 kap 10f§ IL [1999:1229].

¹³⁶ Arfwidsson, Hybridregeln i ATAD, Skattenytt 2017, s. 574.

¹³⁷ Haider, Abed Ali, Nya ränteavdragsregler för företagssektorn, Skattenytt 2017 s. 206.

¹³⁸ Dahlberg, Internationell beskattning, s. 232ff.

¹³⁹ Formell underrättelse - Överträdelse nummer 2013/4206.

¹⁴⁰ Dahlberg, Internationell beskattning, s. 232ff.

medlemsstaterna.¹⁴¹ Frågan är ännu ej avgjord men förändringar i lagstiftning kring de svenska ränteavdragen har föreslagits av regeringen under 2018.¹⁴²

6.2.2 Hybridregeln i 24:19 IL

Ett undantag från huvudregeln om skattefri utdelning på näringsbetingade andelar som redogjordes för under 3.2.2.1 finns i 24 kap 19§ IL. Enligt bestämmelsen ska utdelning på en andel som lämnas av ett utländskt företag tas upp till den del utdelningen får dras av som ränta eller liknande i det företag som lämnar utdelningen. Bestämmelsen tar på detta sätt sikte på hybrida mismatchningar och infördes 2015 med anledning av ändringar i EU:s moder/dotterbolagsdirektiv.¹⁴³ Syftet med ändringen var att ta itu med olikheter i medlemsstaternas skattesystem som medförde gränsöverskridande skatteplanering med hybridfinansiering som kunde användas för att uppnå skattearbitrage.¹⁴⁴ Syftet med bestämmelsen i 24 kap 19§ IL är således att begränsa situationer som uppstår vid användning av hybrida finansiella instrument då avdrag medges i den stat där dotterbolaget är etablerat men utdelningen inte beskattas i moderbolagets hemviststat.¹⁴⁵ Paragrafen är även tillämplig då ett moderbolags andelsinnehav i ett dotterbolag är mindre än 10% av all kapitalandelar men då dessa andelar fortfarande kan anses näringsbetingade, t.ex. situationer med onoterade andelar.¹⁴⁶

Hybridregeln begränsas till att gälla för situationer där utdelning får dras av som ränta, dock kan även den skattemässiga bedömningen omfatta liknande situationer och är på så sätt inte beroende av mottagarlandets

¹⁴¹ Regeringens svar 2015-02-20, FI2014/4205 s. 11.

¹⁴² Se prop. 2017/18:245: Nya skatteregler för företagssektorn, förslaget redogörs för mer utförligt under 6.3.

¹⁴³ Perman Borg, Ebba, Karnov Lagkommentar till 24 kap 19§ IL.

¹⁴⁴ Lindberg, Carl, Begränsad skattefrihet för utdelning och nya bestämmelser om skatteflykt i fråga om kupongskatt, Skattenytt 2015, s. 839 samt Förslag till rådets direktiv om ändring av direktiv 2011/96/EU om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater, s. 3

¹⁴⁵ Förslag till rådets direktiv om ändring av direktiv 2011/96/EU om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater, s. 7ff.

¹⁴⁶ Lindberg, Begränsad skattefrihet för utdelning och nya bestämmelser om skatteflykt i fråga om kupongskatt, Skattenytt 2015, s. 841f.

klassificering. Ränta eller liknande har dock inte definierats i bestämmelsen, enligt förarbeten kan utdelning till utländska motsvarigheter till preferensaktier omfattas av bestämmelsen men i övrigt är det upp till rättstillämparen att avgöra tillämpningsområdet för ”ränta eller liknande”.¹⁴⁷

Tillämpningen av hybridregeln i 24 kap 19§ IL avgränsas till att omfatta utdelningar som lämnats till svenska bolag. Utdelning som lämnas från ett svenskt bolag till ett utländskt bolag beskattas inte enligt IL utan enligt kupongskattelagen.¹⁴⁸ Gällande hybrida finansiella instruments klassificeringsproblematik bör kupongskattelagen inte vara problematisk.¹⁴⁹

6.2.3 Skatteflyktslagen

Skatteflyktslagen, Lag [1995:575] mot skatteflykt, infördes till följd av att HFD:s normala principer för tolkning och tillämpning av skattelag ansågs otillräckliga för att förhindra skatteflykt.¹⁵⁰ Lagens infördes ursprungligen 1980 men hade då en så pass restriktiv utformning och stort fokus på rättssäkerhet att lagen nästan aldrig kunde tillämpas.¹⁵¹ Att lagen har förändrats ett flertal gånger har dock medfört att den praxis som utvecklats på området till stor del är föråldrad, vilket är negativt ur en rättssäkerhetssynvinkel då det är just praxis som motverkar den osäkerhet kring rättsläget som uppkommer vid lagstiftning som skatteflyktslagen.¹⁵² Den nuvarande skatteflyktslagen består av fyra paragrafer och är tillämplig vid fastställande av kommunal och statlig inkomstskatt enligt 1§. De rekvisit som måste vara uppfyllda för att lagen ska vara tillämplig anges i 2§. 3§ fastställer rättsföljden vid uppfyllda rekvisit och 4§ hur lagen prövas, av förvaltningsrätt eller skatteverket. De kumulativa rekvisiten i 2§, den s.k. generalklausulen som redogör för innebörden av skatteflykt i skatteflyktslagens mening, ser ut enligt följande:

¹⁴⁷ Prop. 2015/16:14, s. 21ff.

¹⁴⁸ Prop. 2015/16:14, s. 33.

¹⁴⁹ Skatteverkets rapport dnr. 131-183077-12/1211, s. 82.

¹⁵⁰ Lodin m.fl. Inkomstskatt del 2, s. 734, följd av Industrivärden-domar.

¹⁵¹ Pahlsson, Robert, Kringgående av inkomstskattelag – en resa utan slut, Skattenytt 2016, s.118 f.

¹⁵² Lodin m.fl. Inkomstskatt del 2, s. 734.

Vid fastställandet av underlag ska hänsyn inte tas till en rättshandling, om

- *1. rättshandlingen, ensam eller tillsammans med annan rättshandling, ingår i ett förfarande som medför en väsentlig skatteförmån för den skattskyldige,*
- *2. den skattskyldige direkt eller indirekt medverkat i rättshandlingen eller rättshandlingarna,*
- *3. skatteförmånen med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det övervägande skälet för förfarandet, och*
- *4. ett fastställande av underlag på grundval av förfarandet skulle strida mot lagstiftningens syfte som det framgår av skattebestämmelsernas allmänna utformning och de bestämmelser som är direkt tillämpliga eller har kringgåtts genom förfarandet*

2§ tillkom 1997 till följd av den kontinuerliga utvecklingen av nya metoder för att undvika beskattning, en specifik lagstiftning har ensamt svårt att förhindra detta. Lagen mot skatteflykt har vidare kritiserats då rekvisiten i 2§ är vagt utformade vilket innebär att lagens tillämpningsområde blir oförutsägbart.¹⁵³ Generalklausulen kan anses ge visst skydd mot hybrida mismatchningar, och aktualiseras vid användningen av hybrida finansiella instrument i vissa fall om de fyra rekvisiten ovan är uppfyllda. Lagen har dock ett snävare tillämpningsområde än de krav på implementering som ställs upp i artikel 9 i direktivet mot skatteundandragande.¹⁵⁴ Att skatteflyktslagens innehåller generella skatteflyktsregler såsom generalklausulen anses vidare mindre lämpligt för att motverka hybridinstrument som orsakar dubbel icke-beskattning då generella skatteflyktsregler ofta kräver att det aktuella arrangemanget syftar till att undvika skatt i den aktuella jurisdiktionen. Istället är hybrida mismatchningar ofta nationellt lagenliga och faller således utanför generella reglers tillämpningsområde.¹⁵⁵

¹⁵³ Pålsson, Skattenytt 2016, s. 118.

¹⁵⁴ Arfwidsson, Skattenytt 2017 Hybridregeln i ATAD, s. 574.

¹⁵⁵ OECD, Hybrid Mismatch Arrangements: tax policy and compliance issues, s. 13.

6.3 Förslag: Nya skatteregler för företagssektorn

6.3.1 Bakgrund

I maj 2018 publicerade Sveriges regering via Finansdepartementet en proposition med förslag på nya skatteregler för företagssektorn.¹⁵⁶ Förslaget har sin bakgrund i EU:s direktiv mot skatteundandragande¹⁵⁷ samt OECD:s BEPS rekommendationer och avser att uppfylla kraven i direktivet på harmonisering samt att motverka skattebaserosion och vinstförflyttning och även att minska företags skuldsättning. Motivering till förslaget gällande hybrida mismatchningar följer av att skatteplanering med hybridföretag och hybridinstrument kan påverka effektiviteten på marknaden och skapa en snedvridning av konkurrensen mellan företag som ingår i en internationell intressegemenskap gentemot de företag som inte gör det samt även innebära en erodering av staters sammanlagda skattebaser. Förslaget behandlar främst nya regler för ränteavdragsbegränsningar men innehåller även förslag på nya regler för att motverka vissa hybrida mismatchningar som uppstår till följd av olikheter i nationell lagstiftning.¹⁵⁸

Förslaget grundas i Företagsskattekommitténs (FSK) rapport vilken utformats på uppdrag av regeringen och vars uppdrag var att se över den svenska bolagsbeskattningen.¹⁵⁹ En utgångspunkt för kommitténs uppdrag var att skattesystemet skulle utformas så att investeringar och företagande gynnas. Kommittén skulle även värna om den svenska skattebasen och att utformningen av skattesystemet var förenlig med EU-rätten. FSK:s slutbetänkande¹⁶⁰ överlämnades till regeringen 2014 och föreslog huvudsakligen en begränsning av ränteavdrag i bolagssektorn i kombination med en sänkning av bolagsskatten. Syftet med förslaget var att öka

¹⁵⁶ Prop. 2017/18:245 Nya skatteregler för företagssektorn. Se även Finansdepartementets promemoria Nya skatteregler för företagssektorn, Fi2017/02752/S1 och Lagrådsremiss Nya skatteregler för företagssektorn.

¹⁵⁷ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion.

¹⁵⁸ Prop. 2017/18:245, s. 1f samt s. 57ff.

¹⁵⁹ Dir. 2011:1.

¹⁶⁰ SOU 2014:40 Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet.

neutraliteten mellan finansiering med eget respektive lånat kapital. En begränsning av ränteavdraget gör det mindre avgörande för en investerings finansiering hur denna beskattas.¹⁶¹

6.3.2 Innehåll: Avdragsbegränsning med syfte att motverka hybrida mismatchningar

I det internationella BEPS-arbetet har ett antal olika rekommendationer tagits fram för att neutralisera de skattemässiga effekter som kan uppstå vid hybrida mismatchningar. Sverige ämnar genomföra dessa rekommendationer via hybridreglerna i EU:s direktiv mot skatteundandragande samt ändringsdirektivet stegvis, och som ett första steg i detta genomförande föreslås ett avdragsförbud för ränteutgifter vid vissa gränsöverskridande situationer. Övriga delar av OECD:s BEPS rekommendationer (åtgärd 2), direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet kommer att genomföras i ett senare steg.¹⁶²

Avdragsförbudet som föreslås införs i svensk rätt för att motverka hybrida mismatchningar som ger upphov till dubbel icke-beskattning liknar det i 24 kap 4b§ IL vilket gäller avdragsförbud för ränta på vissa efterställda skulder. Reglerna kring hybrida instrument i direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet samt OECD:s BEPS-rekommendationer avser transaktioner mellan företag i samma kontrollgrupp samt strukturerade arrangemang. Regeringen anser att det saknas skäl till att utvidga detta tillämpningsområde till andra situationer. Det väljs därför initialt att i svensk rätt enbart fokusera på reglering av avdragsrätt för ränteavgifter för företag som ingår i samma kontrollgrupp och närstående företag. Det föreslås att ett avdragsförbud för ränta vid vissa

¹⁶¹ Prop. 2017/18:245, s. 57.

¹⁶² Prop. 2017/18:245, s. 2 samt s. 158f.

gränsöverskridande situationer ska införas för företag som är i intressegemenskap med varandra.¹⁶³

Tidigare har termen intressegemenskap förekommit i flera olika sammanhang i inkomstskattelagen, det har dock inte tidigare funnits en gemensam definition. Det anses därför nödvändigt med hänsyn till den reglering som nu införs att definitionen av företag i intressegemenskap som begränsar tillämpningsområdet för de föreslagna bestämmelserna följer definitionen av närstående person och kontrollgrupp i OECD:s BEPS-rekommendationer (åtgärd 2) samt definitionen av närstående företag i direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet. Företag i intressegemenskap anses således vara de företag som ingår i samma koncern enligt 1 kap 4§ ÅRL, då ett av företagen direkt eller indirekt innehar minst 25% i det andra företaget eller har rätt till minst lika stor del av vinsten. Företag är även i intressegemenskap om en och samma person, direkt eller indirekt, innehar minst 25% av kapitalet eller rösterna i företagen. Vid bedömningen av frågan om företag ingår i en intressegemenskap ska de personer som agerar tillsammans gällande kapitalinnehav eller rösträtt i ett annat företag behandlas som samma person. Bakgrunden till denna bedömning är att man vill förhindra att innehav sprids ut på flera personer för att undvika avdragsförbudet. Vid tillämpning av bestämmelserna om dubbla avdrag eller hybrida företag bör istället för de tidigare nämnda 25%, 50% gälla. Förslaget föranleder att en ny paragraf, 24 kap 15a§, införs i IL.¹⁶⁴

Avdragsförbudet föreslås utformas på så sätt att företag inte får dra av ränteutgifter om avdrag för samma utgift får göras av ett företag som hör hemma i en annan stat och som ingår i samma intressegemenskap och ränteutgifterna betalas av det andra företaget eller då ränteutgiften betalas av företag och avdrag nekas i den andra staten. Avdrag för ränteutgiften får dock göras om den inkomst som företaget i Sverige tar upp även tas upp till beskattning inom tolv månader i den stat där det andra företaget hör hemma, räknat från utgången av det beskattningsår som ränteutgifterna hänför sig till. Ett företag får inte heller dra av ränteutgifter som betalats till ett företag som

¹⁶³ Prop. 2017/18:245, s. 159.

¹⁶⁴ Prop. 2017/18:245, s. 160ff.

hör hemma i en annan stat och som ingår i samma intressegemenskap om motsvarande inkomst inte tas upp till beskattning av det andra företag och detta beror på skillnader i den rättsliga klassificeringen av något av företagen i skattehänseende i Sverige och den andra staten eller i två eller flera andra stater, eller skillnader i den rättsliga klassificeringen av det finansiella instrumentet eller betalningen i skattehänseende i Sverige och den andra staten.¹⁶⁵

Situationerna som omfattas av det svenska avdragsförbudet för ränteutgifter enligt ovan är samma två situationer med hybrida mismatchningar som tas upp i BEPS rekommendationer åtgärd 2 samt i direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet, d.v.s. situationer med dubbla avdrag samt avdrag utan inkludering. Detta innebär, som tidigare nämnts, situationer då avdrag för en och samma ränteutgift får göras av två företag i två olika stater samt då avdrag för en betalning av ränteutgifter får göras i en stat utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning i den andra staten. Motiveringen till att det svenska reglerna utformas på detta sätt är att avdragsförbudet ska kunna fungera i en internationell miljö där även andra stater genomför OECD:s BEPS-rekommendationer samt direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet.¹⁶⁶

Syftet med hybridreglerna är inte att de ska tillämpas enbart till följd av skillnader avseende tidpunkten när ett avdrag får göras respektive när en inkomst får tas upp, vilket föranleder att bestämmelsen kring inkludering begränsas till att föreligga om inkomsten tas upp inom tolv månader räknat från utgången av det beskattningsår som ränteutgifterna hänför sig till.¹⁶⁷

Förslaget föranleder en ändring i nuvarande 24 kap 19§ II samt att fem nya paragrafer, 24 kap 15a-15e§§, införs i IL. Detta leder till även till att 24 kap 19§ kommer att betecknas 24 kap 39§ IL.¹⁶⁸ Eftersom detta första steg i implementeringen endast avser möjligheten till avdrag för ränteutgifter placeras de nya reglerna i 24 kap IL som behandlar räntor och utdelningar. Ett andra steg av implementeringen bör öka tillämpningsområdet till att avse

¹⁶⁵ Prop. 2017/18:245, s. 164ff.

¹⁶⁶ Prop. 2017/18:245, s. 165.

¹⁶⁷ Prop. 2017/18:245, s. 168.

¹⁶⁸ Prop. 2017/18:245, s. 169.

även andra betalningar, strukturerade arrangemang samt ytterligare situationer med hybrida mismatchningar. Dessa situationer involverar fasta driftställen, hybridöverföringar, importerade mismatchningar och mismatchningar som rör företag med dubbel hemvist. Reglerna bör då lämpligen samlas i ett eget kapitel i inkomstskattelagen.¹⁶⁹

6.3.3 Innehåll: Nya ränteavdragsregler för företagssektorn

I samma lagförslag som ovan föreslås en ny utformning för de svenska ränteavdragsreglerna. En generell begränsning av ränteavdrag ska införas i form av en EBITDA-regel, med vilket avses en regel som är baserad på resultatmättet EBITDA ("Earnings Before Interest and Tax, Depreciation and Amortization"). Avdragsutrymmet kommer då uppgå till 30% av EBITDA vilket kombineras med en sänkning av bolagsskatten och expansionsfondsskatten från 22% till 20,6%. Det föreslås också en förenklingsregel som innebär att ett negativt räntenetto (då ränteutgifter överstiger ränteinkomster) får dras av upp till fem miljoner kronor. Ett sådant avdrag får göras i stället för ett avdrag med 30 procent av avdragsunderlaget enligt EBITDA-regeln. Förslaget om införande av en generell ränteavdragsbegränsningsregel är precis som för reglerna om avdragsförbudet ovan som syftar till att förhindra hybrida mismatchningar föranlett av direktivet mot skatteundandraganden samt av OECD:s BEPS-rekommendationer avseende ränteavdragsbegränsningar (åtgärd 4).¹⁷⁰ OECD rekommenderar inom ramen för BEPS att ett avdrag negativa räntenetton bör begränsas till en andel mellan 10 till 30 procent av EBITDA. Artikel 4 i direktivet mot skatteundandragande anger att negativa räntenetton är avdragsgilla upp till 30 procent av EBITDA. Direktivets bestämmelser är ett

¹⁶⁹ Prop. 2017/18:245, s. 159f.

¹⁷⁰ Prop. 2017/18:254, s. 1 samt s. 76ff.

minimikrav och medlemsländerna kan även välja att införa ett alternativt mått som hänvisar till EBIT (Earnings Before Interest and Taxes).¹⁷¹

Med anledning av införandet av generella utformade regler enligt ovan som begränsar ränteavdragen samt införandet av regler mot hybrida mismatchningar har de riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna som redogjorts för under 6.2.1 setts över. Förslaget är att dessa regler ska snävas in till att i princip avse rena missbruksfall. Enligt förslaget får inte ränteutgifter på interna skulder dras av om skuldförhållandet uteslutande eller så gott som uteslutande har uppkommit för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån. Enligt dessa regler får ränteutgifter på interna skulder till lågskattejurisdiktioner över huvud taget inte dras av.¹⁷²

Införandet av ränteavdragsbestämmelser och implementering av BEPS-rekommendationer och direktivet mot skatteundandragande föranleder ett behov av att definiera uttrycken ”ränteutgifter” och ”ränteinkomster” då dessa som tidigare nämnts inte definieras i den nuvarande Inkomstskattelagen. Vid utformningen av definitionen gällande generella ränteavdragsbegränsningar beaktas den räntedefinition som följer av direktivet mot skatteundandraganden och OECD:s BEPS-rekommendationer (åtgärd 4). Det anses dock lämpligt att samma definition gäller för samtliga regler som begränsar avdragsrätten för ränta i 24 kap IL. Definitionen kommer alltså att gälla även avdragsförbud för ränteutgifter vid vissa gränsöverskridande situationer som syftar till att motverka hybrida mismatchningar. Då den generella ränteavdragsbegränsningsregeln tar sikte på avdragsbegränsning för negativa räntenetton bör definitionen ta sikte på den ekonomiska meningen av ränta, vilken också följer av direktivet och rekommendationen. Med detta avses räntekostnader kostnader för alla former av skulder, andra kostnader som ekonomiskt motsvarar ränta och kostnader som uppkommer i samband med införskaffandet av kapital, enligt vad som definieras i nationell rätt. För att uttrycka att det ska vara fråga om ränta i ekonomisk mening föreslår regeringen i likhet med promemorian att med ränteutgifter ska avses ränta och andra utgifter för kredit samt utgifter som är jämförbara med ränta.

¹⁷¹ Haider, Skattenytt 2017 s. 692.

¹⁷² Prop. 2017/18:254, s. 2 samt s. 171ff.

Definitionen blir därmed också i linje med såväl OECD:s BEPS-rekommendationer som direktivet mot skatteundandraganden.¹⁷³ Rän-teutgifter föreslås definieras i 24 kap 2§ IL och ränteinkomster i 3§ samma kapitel.

6.3.4 Implementering och effekter

Endast ett fåtal remissinstanser har yttrat sig över förslaget kring avdragsförbud för ränteutgifter vid vissa gränsöverskridande situationer. De flesta instanser välkomnar förslaget syfte att försvåra för eroderingen av skattebasen, däribland Skatteverket och Sveriges Riksbank. Andra instanser anser att bestämmelser kan införas genom skatteavtal eller att det aktuella förslaget ökar kostnaden för regelefterlevnad och skattesystemets administrativa börda. Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet är kritiska till att reglerna implementeras i flera olika steg, en samlad implementering förordas.¹⁷⁴ Det kan konstateras att artikel 9 i direktivet mot skatteundandragande är avsedd att vara generellt tillämplig vid hybrida mismatchningar. I regeringens lagförslag innebär avdragsförbudet för ränta vid hybrida mismatchningar enbart en delvis implementering av direktivets artikel 9. Risker, enligt remissinstanser, med att implementera bestämmelsen i direktivet i flera steg avseende olika slags betalningar är ett succesivt skapande av ett ”lappverk” där vissa hybrida mismatchningar riskerar att i slutändan inte träffas av direktivets implementering.¹⁷⁵ En motivering till en succesiv implementering är att det anses krävas en internationell koordination för att vidare motverka hybrida mismatchningar varför Sverige inte kan välja en alternativ lösning då denna riskerar att innebära ytterligare olikheter mellan staterna behandling av företag och finansiella instrument, risken för

¹⁷³ Prop. 2017/18:254, s. 2 samt s. 208f.

¹⁷⁴ Prop. 2017/18:245, s. 157 samt remissyttrande Juridiska Fakulteten i Uppsala JURFAK 2017/50, Skatteverkets remissvar dnr 202-267330-17/112, Sveriges Riksbank remissyttrande Nya skatteregler för företagssektorn dnr 2017-00555.

¹⁷⁵ Remissyttrande Juridiska fakulteten i Uppsala, JURFAK 2017/50, Skatteverkets remissvar dnr 202-267330-17/112.

att avvika från internationella lösningar för dubbelbeskattning är att internationell dubbelbeskattning snarare ökar.¹⁷⁶

Då de svenska föreslagna bestämmelserna mot hybrida mismatchningar är en del i implementeringen av OECD:s BEPS rekommendationer (åtgärd 2) samt hybridreglerna i direktivet mot skatteundandraganden och ändringsdirektivet, måste dessa således tolkas mot bakgrund av rekommendationerna och direktiven. Som tidigare tagits upp anges det också i ändringsdirektivet att tillämpliga förklaringar och exempel i OECD:s BEPS-rekommendationer (åtgärd 2) ska användas som en källa till illustration eller tolkning i den mån som dessa överensstämmer med bestämmelserna i direktivet och unionsrätten.¹⁷⁷

Förslaget att införa ränteavdragsbegränsningar vid gränsöverskridande situationer bedöms främst påverka större företag som ingår i multinationella företagsgrupper, det beräknas finnas cirka 500 aktiebolag i Sverige som kan räknas som dessa. Förslaget bedöms också vara förenligt med EU-rätten och FEUF. Förslaget förväntas ha en avhållande effekt för företag som kan tänkas använda sig av aggressiva skatteplaneringsstrategier då det ökar skattekostnaderna för företag som idag använder sig av sådana upplägg. I längden anses därför företag som inte använder sig av aggressiva skatteplaneringsstrategier därför kunna konkurrera på mer likvärdiga villkor vilket har en positiv effekt på konkurrensförhållanden.¹⁷⁸

Införandet av en generell ränteavdragsbegränsning i form av en EBITDA-regel på 30 procent innebär minskade möjligheter till aggressiv skatteplanering med ränteavdrag. De riktade avdragsbegränsningarna, däribland förslaget om avdragsförbud för ränteutgifter vid vissa gränsöverskridande situationer, syftar till att gälla i de situationer som är särskilt angelägna för att skydda skattebasen mot skatteplanering utöver övriga ränteavdragsbegränsningsregler.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Prop. 2017/18:245, s. 309.

¹⁷⁷ Prop. 2017/18:245, s. 166 samt Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer, s. 5.

¹⁷⁸ Prop. 2017/18:245, s. 309f.

¹⁷⁹ Prop. 2017/18:245, s. 181.

6.4 Sammanfattning och analys

För att sammanfatta kan befintliga regler i svensk rätt till viss del anses syfta till att förhindra utnyttjandet av hybrida finansiella instrument, främst reglerna för begränsning av rätten till ränteavdrag, bestämmelser i lagen mot skatteflykt samt den s.k. hybridregeln i inkomstskattelagen.

Regler för begränsning av ränteavdrag kan sägas erbjuda ett visst skydd mot utnyttjandet av hybrida mismatchningar i de situationer betalningar hänförliga till hybrida instrument klassificeras som ränta. Då syftet med dessa regler främst är att motverka s.k. räntesnurror kan dock inte ränteavdragsbegränsningsreglerna anses vara ett komplett eller lämpligt skydd mot hybrida mismatchningar. Ur aspekten att hybridregeln i artikel 9 i direktivet mot skatteundandragande enbart syftar till att motverka avdrag som leder till hybrida mismatchningar kan de svenska ränteavdragsbegränsningsreglerna anses mer långtgående än direktivets krav. Dock strider de befintliga reglerna för begränsning av ränteavdrag med stor sannolikhet mot etableringsfriheten inom EU och kräver därför omarbetning, ett förslag på nya regler presenterades också under 2018 av regeringen. Det nya förslaget på regler för ränteavdragsbegränsning anses vara förenligt med EU-rätten och är därför ett mer lämpligt verktyg för att förhindra att avdrag görs för ränta kopplat till hybrida finansiella instrument i alltför stor utsträckning. De nya generella reglerna för begränsning av ränteavdrag följer en internationell utformning baserad på måttet EBITDA och möjligheten till avdrag begränsas till 30% av detta måttet. De riktade reglerna för ränteavdrag ska istället avse rena missbruksfall.

Hybridregeln i 24 kap 19§ IL syftar precis som artikel 9 i direktivet mot skatteundandragande på att komma tillrätta med hybrida mismatchningar genom avdrag utan inkludering, då avdrag medges i den stat där dotterbolaget är etablerat men utdelningen inte beskattas i moderbolagets hemviststat. Dock omfattar bestämmelsen enbart utdelningar som lämnats av svenska bolag. I direktivet anges istället att vid situationer med avdrag utan inkludering ska avdrag inte medges i den utbetalande staten, den svenska gällande bestämmelsen tar sikte på mottagarstaten vilket istället stämmer överens med

BEPS rekommendation 2.1. Svensk rätt kan ur detta perspektiv anses stämma väl överens med EU-rättsliga bestämmelser och redan uppfylla krav på harmonisering. Begreppet ”ränta eller liknande” har dock inte definierats i bestämmelsen och bedömningen har istället lämnats till domstolarna. Till följd av klassificeringsproblematiken kring hybrida finansiella instrument blir hybridregeln därför svårtillämplig vid situationer med hybrida missmatchningar.

Skatteflyktslagen tar sikte på att motverka förfarande såsom hybrida missmatchningar och kan komma att aktualiseras i dessa sammanhang om den fyra rekvisiten i lagens 2§ är uppfyllda. Skatteflyktslagen bestämmelser är ämnade att omfatta ett stort antal förfarande vilket föranleder kritiken kring en vag utformning av dess bestämmelser. Till följd av dessa allmänna rekvisit är lagen därför svårtillämpad i situationer med hybrida missmatchningar. Dessutom kräver skatteflyktslagen att det aktuella arrangemanget syftar till att undvika skatt i den aktuella jurisdiktionen, hybrida missmatchningar är ofta nationellt lagenliga och faller på så sätt utanför lagens tillämpningsområde.

Sammanfattningsvis kan sägas att Sveriges befintliga reglering av hybrida missmatchningar inte kan anses tillräcklig för att möta de internationella krav som ställs genom BEPS och direktivet mot skatteundandragande samt ändringsdirektivet. Problematiken kring skattebaserodering genom bl. a. hybrida missmatchningar har försökt åtgärdas, ett exempel är nya utformningar av bestämmelser i skatteflyktslagen och ränteavdragsbegränsningsregler, men generellt kan svenska motgärdsåtgärder mot skattebaserodering och hybrida missmatchningar anses sakna en heltäckande effekt. Ännu ett problem vid skapandet av nationella regler som ämnar motverka utnyttjandet av gränsöverskridande situationer är risken att de strider mot unionsfriheterna, vilket exemplifieras genom kritiken mot svenska bestämmelser kring ränteavdragsmöjligheter.

Det nya förslaget kring reglering av hybrida missmatchningar och de nya bestämmelser som nu införs i 24 kap IL kring avdragsförbud på ränta vid vissa gränsöverskridande situationer för företag i intressegemenskap kan anses träffa hybrida missmatchningar på ett bra sätt gällande utnyttjandet av

möjlighet till avdrag för ränteutgifter. De kan också anses vara förenligt med EU-rätten då förslaget följer EU-rättsliga direktiv. Dock träffar inte de nya bestämmelserna situationer med andra sorters betalningar, strukturerade arrangemang samt ytterligare situationer med hybrida mismatchningar som involverar fasta driftställen, hybridöverföringar, importerade mismatchningar och mismatchningar som rör företag med dubbel hemvist. Sådana regler mot hybrida mismatchningar planeras istället att införas i ett andra steg av en implementering av de EU-rättsliga direktiven och BEPS-rekommendationer och då också få ett eget kapitel i IL. Att man i Sverige väljer att inledningsvis fokusera på avdragsförbud vid vissa gränsöverskridande situationer för just ränta kan anses ske av anledningen att det görs förändringar för båda riktade och generella ränteavdrag i det övriga lagförslaget. Vidare implementering av direktivets bestämmelser kring hybrida mismatchningar kräver alltså ytterligare förändringar i svensk lagstiftning som är mer ingripande än att enskilda bestämmelser införs.

Kritiken gällande en succesiv implementering av regler kring hybrida mismatchningar anser jag vara befogad på så sätt att en samlad implementering hade varit att föredra då risken är att en succesiv implementering kan skapa ytterligare luckor i svensk lagstiftning. Dock anser jag även att regeringens motivering, att en samlad implementering utan en harmoniserad internationell förändring blir svår att genomföra i praktiken. Det kan av denna anledning anses svårt att helt och hållet reglera uppkomsten av hybrida mismatchningar. Sverige hade inte ensamma kunnat införa en fullständig och samlad implementering av BEPS-rekommendationerna och direktivet då risken snarare hade ökat för hybrida mismatchningar. Detta illustrerar tydligt problemet kring regleringen av hybrida mismatchningar och internationell beskattning. Att Sverige inte inför en samlad reglering utan istället väljer en successiv implementering kan leda till att direktivet mot skatteundandragande och ändringsdirektivet ändå blir tillämpligt i Sverige genom direkt effekt. På så sätt kan ändå hybrida mismatchningar åtgärdas till viss del.

Till följd av implementeringen av ovanstående bestämmelser definieras ränta genom "ränteutgifter" och "ränteinkomster" i inkomstskattelagen, en

definition som tidigare saknats och hade gjort de införda bestämmelserna svårtillämpliga. Dock gäller denna definition enbart för 24 kap IL, men träffar då nya bestämmelser gällande avdragsförbud på ränta vid vissa gränsöverskridande situationer. Det oklara rättsläget kring definitionen av ränta lär alltså kvarstå i svensk skatterätt.

7. Avslutning

Hybrida mismatchningar uppstår till följd av skillnader vid beskattning och klassificering av hybrida finansiella instrument vid gränsöverskridande situationer och kan således från ett europeiskt perspektiv sägas vara en konsekvens av avsaknaden av en harmoniserad beskattningen på den inre marknaden. Beskattning är istället en nationell angelägenhet då det bl.a. är ett viktigt politiskt styrmedel och EU saknar faktisk befogenhet på den direkta beskattningens område. Dock finns tendenser på att EU:s befogenheter på området ökar, främst genom avgörande från EU-domstolen, vilket ofta föranleder kritik från unionens medlemsländer. Direktivet mot skatteundandragande är ett ytterligare exempel på en sådan tendens och trots att det syftar till att upprätthålla unionsfriheter och minska skattebaserodering mellan medlemsländerna kan direktivet till viss del anses innebära en inskränkning av den EU-rättsliga marknaden.

Det är dock enbart genom en gemensam reglering och harmonisering som utnyttjandet av finansiella hybrida instrument kan motverkas, till följd av problematikens gränsöverskridande karaktär. Skillnader i skatterättsliga klassificeringar kan sägas utgöra kärnan till denna problematik, varför inte enbart regler kring vilket land som ska ta upp en inkomst till beskattning eller göra avdrag för denna är tillräckliga. En harmonisering av kriterier vid bedömningen och klassificeringen av hybrida finansiella instrument krävs för att reglerna ska få avsedd effekt. Att Sverige saknar skatterättsliga definitioner av betalningar kopplat till de hybrida finansiella instrumenten, ränta och utdelning, försvårar ytterligare en sådan nationell bedömning.

Förslaget för nya skatteregler i företagssektorn åtgärdar endast till viss del den tidigare avsaknaden av en komplett reglering av hybrida finansiella instrument i svensk skatterätt. Förslaget att bestämmelser kring avdragsförbud för ränta vid vissa gränsöverskridande situationer ska införas i 24 kap IL innebär begränsade möjligheter till ränteavdrag vid utnyttjandet av klassificeringsskillnader i länders lagstiftning och följer av EU-rättsliga direktiv samt BEPS-rekommendationer åtgärd 2. Således uppfyller reglerna

kraven på harmonisering vilket är en förutsättning för att åtgärda hybrida mismatchningar, men reglerna gäller enbart betalningar som klassificeras som ränta varför ytterligare steg av implementering av direktivet mot skatteundandragande kommer att krävas. Kritiken till en succesiv implementering är risken att skapa ytterligare luckor i lagen och att den slutgiltiga lagstiftningen inte träffar alla de fall som innebär hybrida mismatchningar. Som tagit upp i tidigare motiveras denna succesiva implementering av svårigheterna för Sverige att fullständigt implementera direktivet då nya regler riskerar att avvika från andra internationella lösningar. Denna aspekt är central vid en implementering av EU-rättsliga direktiv och bestämmelser som syftar till att förhindra hybrida mismatchningar. Direktivets karaktär som sekundär rättskälla innebär att det enbart anger det slutgiltiga resultatet som varje medlemsstat ska uppnå inom en viss tid. Hur detta resultat uppnås är sedan upp till varje medlemsland. Således kan fortfarande olika medlemsländers regler skilja sig åt efter en implementering av direktivet och möjligheter till hybrida mismatchningar kan bestå. Att skilda implementeringar är harmoniserade och samstämmiga är därför av stor vikt.

I samband med införandet av de nya reglerna görs ett förtydligande av hur en klassificering av hybrida finansiella instrument bör ske då ränta definieras i 24 kap genom ”ränteinkomster” och ”ränteutgifter”. En sådan definition är välkommen i svensk skattelagstiftning, då det är centralt för en reglering av hybrida mismatchningar att rättsläget klargörs kring definitionen av ränta samt utdelning, samt denna definitionen harmoniseras internationellt. Den föreslagna definitionen gäller dock enbart för det aktuella kapitlet och är således inte en sådan generell definition som efterlyses i svensk inkomstbeskattning.

Ett annat angreppssätt med syfte att förhindra hybrida mismatchningar är att införa reglering kring dessa i skatteavtal. En sådan reglering har föreslagit av remissinstanser som ett alternativ till att införa ny skattelagstiftning. Att införa reglering av hybrida mismatchningar genom skatteavtal kan dock inte anses som ett tillräckligt långtgående ingripande då hybrida mismatchningar uppstår genom skillnader i nationell lagstiftning,

lösningen som krävs är därför att försöka utjämna dessa faktiska skillnader genom harmonisering. Från perspektivet att skatteavtal är bilaterala överenskommelser som reglerar gränsöverskridande beskattningssituationer kan dock avtalen anses vara en bra metod för reglering av hybrida mismatchningar som just uppkommer i sådana situationer. Vidare kan två stater genom skatteavtal avtala om specifika skillnader i klassificering och beskattning som uppstår i den aktuella situationer mellan de två länderna. Skatteavtal hade på detta sätt kanske inneburit en mer detaljerad reglering av hybrida mismatchningar. Dock hade ett land behövt förhandla om alla aktuella skatteavtal för att uppnå ett harmoniserat resultat vilket kan antas vara en tidsödande och oeffektiv process. OECD:s multilaterala verktyg är på grund av denna anledning en ny sorts reglering som är att föredra då den tillämpas vid sidan av aktuella skatteavtal. När det träder i kraft kommer verktyget att påverka alla befintliga skatteavtal för de länder som har ratificerat MLI. Det kan därför antas att MLI kommer att få stora inverknings på hybrida mismatchningar. Dock påverkar inte MLI de länder som inte ratificerat avtalet. Därför är de bestämmelser som även omfattar situationer som inkluderar tredje länder, såsom ändringsdirektivets bestämmelser, av stor vikt vid reglering av hybrida mismatchningar.

För att summera, problematiken med hybrida mismatchningar kan inte lösas på enbart en nationell nivå utan kräver internationell harmonisering. Det kommer heller inte enbart krävas motverkansåtgärder i form av regler som syftar till att förhindra uppkomna skillnader i klassificering vid gränsöverskridande situationer, utan gemensamma kriterier för klassificeringen av hybrida finansiella instrument och för avkastningen kopplat till dessa för att komma åt den bakomliggande problematiken. Försvinner olikheterna vid sådana klassificeringar finns det inte längre något syfte med utnyttjandet av hybrida instrument. Att uppnå en enhetlig beskattning och klassificering inom EU på detta sätt ligger antagligen inte i en nära framtid men är ett mål som bör tas i beaktande om man vill komma till rätta med skattebaseroering genom hybrida mismatchningar.

Bilaga A

Artikel 9 i RÅDETS DIREKTIV (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer

”Hybrida mismatchningar

1. I den mån en hybrid mismatchning leder till dubbla avdrag

- a) ska avdraget vägras i den medlemsstat som är investerarens jurisdiktion, och*
- b) om avdraget inte vägras i investerarens jurisdiktion, ska avdraget vägras i den medlemsstat som är betalarens jurisdiktion.*

Varje sådant avdrag ska icke desto mindre kunna kvittas mot inkomster som omfattas av dubbel inkludering oavsett om de uppkommer under den innevarande eller följande beskattningsperioden.

2. I den mån en hybrid mismatchning leder till ett avdrag utan inkludering

- a) ska avdraget vägras i den medlemsstat som är betalarens jurisdiktion, och b) om avdraget inte vägras i betalarens jurisdiktion, ska den del av betalningen som annars skulle ge upphov till en mismatchning inkluderas i inkomsten i den medlemsstat som är betalningsmottagarens jurisdiktion.*

3. En medlemsstat ska vägra avdrag för varje betalning av en skattskyldig i den mån en sådan betalning direkt eller indirekt finansierar avdragsgilla utgifter som ger upphov till en hybrid mismatchning genom en transaktion eller en serie av transaktioner mellan närstående företag eller som ingås som en del av ett strukturerat arrangemang utom i den mån någon av de jurisdiktioner som är inblandade i transaktionerna eller i serien av transaktioner har gjort en likvärdig justering avseende en sådan hybrid mismatchning.

4. En medlemsstat får undanta följande från tillämpningsområdet för

- a) punkt 2 b i denna artikel: hybrida mismatchningar såsom de definieras i artikel 2.9 första stycket b, c, d eller f,*
- b) punkt 2 a och b i denna artikel: hybrida mismatchningar som är ett resultat av en räntebetalning som gjorts enligt ett finansiellt instrument till ett närstående företag där*
 - i) det finansiella instrumentet har funktioner av konvertering, bail-in eller nedskrivning,*
 - ii) det finansiella instrumentet har emitterats med det enda syftet att tillgodose de krav på förlusttäckningskapacitet som är tillämpliga på banksektorn och det finansiella instrumentet behandlas som sådant i den skattskyldiges krav på förlusttäckningskapacitet,*

iii) det finansiella instrumentet — har emitterats i samband med finansiella instrument med funktioner av konvertering, bail-in eller nedskrivning hos ett moderföretag, — har emitterats på en nivå som krävs för att uppfylla tillämpliga krav på förlusttäckningskapacitet, — är inte en del av ett strukturerat arrangemang, och

iv) det totala nettoavdraget för koncernen enligt arrangemanget inte överstiger det belopp det skulle ha uppgått till om den skattskyldige hade emitterat sådana finansiella instrument direkt till marknaden. Led b ska tillämpas till och med den 31 december 2022.

5. I den mån en hybrid mismatchning omfattar inkomster för ett obeaktat fast driftställe vilka inte beskattas i den medlemsstat där den skattskyldige är skattemässigt hemmahörande ska den medlemsstaten kräva att den skattskyldige inkluderar de inkomster som annars skulle hänföras till det obeaktade fasta driftstället. Detta gäller såvida inte medlemsstaten måste undanta inkomsterna enligt ett skatteavtal som medlemsstaten ingått med ett tredjeland.

6. I den mån en hybridöverföring har utformats för att framkalla ett avräkningsbelopp för källskatt på en betalning som härrör från ett överfört finansiellt instrument till mer än en av de deltagande parterna, ska den skattskyldiges medlemsstat begränsa förmånen med denna lättnad i proportion till den skattepliktiga nettoinkomsten avseende en sådan betalning.”

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Regeringens proposition 1989/90:110 *om reformerad inkomst- och företagsbeskattning.*

Regeringens proposition 2002/03:121. *Redovisning och värdering av finansiella instrument.*

Regeringens proposition 2012/13:1. *Budgetpropositionen för 2013: Förslag till statens budget för 2013, finansplan och skattefrågor.*

Regeringens proposition 2015/16:14. *Begränsad skattefrihet för utdelning och nya bestämmelser mot skatteflykt i fråga om kupongskatt.*

Regeringens proposition 2017/18:245. *Nya skatteregler för företagssektorn.*

Statens offentliga utredningar

SOU 1999:79. *Källskatt på utdelning och royalty till begränsat skattskyldiga.*

SOU 2014:40. *Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet.*

Departementspromemorior

Finansdepartementets promemoria, *Nya skatteregler för företagssektorn*, Fi2017/02752/S1.

Direktiv

Kommittédirektiv Fi 2011:1, *Översyn av företagsbeskattningen.*

Lagrådsremisser

Lagrådsremiss, *Nya skatteregler för företagssektorn*

Doktrin

Litteratur

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders (2014). *Europarättens grunder*, 5e uppl. Stockholm: Nordstedts Juridik.

Dahlberg, Mattias (2017). *Internationell beskattning*, 4 uppl., Lund: Studentlitteratur AB.

Dahlberg, Mattias (2011). *Ränta eller Kapitalvinst: Grundproblem i kapitalinkomstbeskattningen – särskilt vad gäller finansiella instrument i gränlandet mellan lånekapital och eget kapital*, 1:a uppl., Uppsala: Iustus.

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (2005). *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Stockholm: Norstedts Juridik AB.

Korling, Fredric & Zamboni, Mauro(red.) (2013). *Juridisk metodlära*. 1:2 uppl. Lund: Studentlitteratur AB.

Lodin, Sven-Olof, Lindencrona, Gustaf, Melz, Peter, Silfverberg, Christer (2017). *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt*, del 2, 16:1 uppl. Lund: Studentlitteratur AB.

Artiklar

Arwidsson, Autilia. *Hybridregeln i ATAD*, Skattenytt 2017 s. 574.

Eberhartinger, E, Six, M. *Taxation of Cross-Border Hybrid Finance: A Legal Analysis*, Intertax, 2009 (vol. 37), Issue 1, s. 4–18.

Haider, Abed Ali. *Nya ränteavdragsregler för företagssektorn*, Skattenytt 2017 s. 602.

Hilling, Axel. *Begreppet ränteutgift i svensk inkomstskatterätt – en kritisk analys*, Juridisk Tidsskrift 2012-13 Nummer 2 s 321f o 327

Hilling, Axel. *Income taxation of derivatives and other financial instruments - economic substance versus legal form - A study focusing on Swedish non-financial companies*, Axel Hilling och Jönköping International Business School, Jönköping 2007, JIBS Dissertation Series No 042.

Hultqvist, Anders. *A Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) och subsidiaritetsprincipen – Svenska folkets urgamla rätt att sig beskatta eller EU:s rätt?* Skattenytt, 2016, s. 853- 863

Kleist, David. *Ett multilateralt instrument för att genomföra ändringar i skatteavtal*, Skattenytt 2016 s. 713.

Lindberg, Carl. *Begränsad skattefrihet för utdelning och nya bestämmelser om skatteflykt i fråga om kupongskatt*, Skattenytt 2015, s. 839.

Påhlsson, Robert. *Kringgående av inkomstskattelag – en resa utan slut*, Skattenytt 2016, s. 105.

EU-rättsligt material

Formell underrättelse nummer 2013/4206, C (2014) 8699 final/ Kommissionens brev till den svenska regeringen i ärende EU Pilot 4437/13/TAXU - Sweden, daterat den 9 januari 2013/ Generalsekretariatet, Europeiska kommissionen, Överträdelse nummer 2013/4206, (C)2014 8699, Bryssel 2014-11-26.

Förslag till rådets direktiv om ändring av direktiv 2011/96/EU om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater.

Rådets Direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion.

Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer.

Rådets resolution om en uppförandekod för företagsbeskattning

OECD

Convention on the Organisation for Economic Co-operation and Development

Multilateral convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting

OECD report (2012) *Hybrid Mismatch Arrangements: Tax policy and compliance issues*.

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris.

OECD (2016), *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD/G20 *Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement*, 2015 Final reports.

OECD:s *Model Tax Convention on Income and on Capital*.

Elektroniska källor

Perman Borg, Ebba, *Inkomstskattelag [1999:1229] 24 kap 19§*, Karnov, Elektronisk källa hämtad 2018-04-15.

EUR-lex. *Sammanfattning av EU-lagstiftningen: Skatter*. Hämtad 2018-03-28. Tillgänglig:

[https://eur-](https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/taxation.html?locale=sv&root_default=SUM_1_CODED%3D21)

[lex.europa.eu/summary/chapter/taxation.html?locale=sv&root_default=SUM_1_CODED%3D21](https://eur-lex.europa.eu/summary/chapter/taxation.html?locale=sv&root_default=SUM_1_CODED%3D21).

Skatteverket, *Remissvar Nya skatteregler i företagssektorn*, dnr 202-267330-17/112. Hämtad 2018-04-15. Tillgänglig:

<http://www.regeringen.se/4a7e9b/contentassets/4a09a6238283470c9515378315dde84e/skatteverket.pdf>.

Juridiska Fakulteten vid Uppsala Universitet, *Remissvar över finansdepartementets promemoria Nya Skatteregler för företagssektorn*, JURFAK2017/50. Hämtad 2018-04-15. Tillgänglig:

http://www.jur.uu.se/digitalAssets/551/c_551324-l_3-k_jurfak2017_50.pdf.

Sveriges Riksbank, *Remissyttrande Nya skatteregler för företagssektorn* dnr 2017-00555. Hämtad (2018-04-15). Tillgänglig:

<http://www.regeringen.se/4a7a7a/contentassets/4a09a6238283470c9515378315dde84e/riksbanken.pdf>.

OECD, *BEPS – frequently asked questions*. Hämtad 2018-03-15. Tillgänglig:

<http://www.oecd.org/ctp/beps-frequentlyaskedquestions.htm>.

OECD (2017). Ground-breaking multilateral BEPS convention signed at OECD will close loopholes in thousands of tax treaties worldwide. Hämtad 2018-04-15. Tillgänglig: <http://www.oecd.org/tax/ground-breaking-multilateral-beps-convention-will-close-tax-treaty-loopholes.htm>.

OECD (2018). Milestone in BEPS implementation: Multilateral BEPS Convention will enter into force on 1 July following Slovenia's ratification. Hämtad 2018-04-15. Tillgänglig: <http://www.oecd.org/tax/milestone-in-beps-implementation-multilateral-beps-convention-will-enter-into-force-on-1-july-following-slovenia-s-ratification.htm>.

OECD, *What is the G20*. Hämtad 2018-02-28. Tillgänglig:

<http://www.oecd.org/g20/about.htm>.

Övrigt

Finansdepartementet, Fi2013/153, Fråga om avdragsrätten för ränta som betalas avseende koncerninterna lån, (EU/Pilot 4437/13/TAXU-Sweden), 20/03/2013 (Svar på kommissionens skrivelse)

IAS 32 – Finansiella instrument: klassificering

Skatteverkets rapport, *Hybridsituationer inom bolagssektorn: gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering*, 2012-04-23. Dnr. 131-183077-12/1211.

Rättsfallsförteckning

Regeringsrättens årsbok

RÅ 1997 ref 44

RÅ 1994 ref 26

RÅ 1999 ref 69

RÅ 2001 ref 21

RÅ 2001 ref 79

RÅ 2007 ref 84

RÅ 2007 ref 85

RÅ 2008 ref 24

RÅ 2010 ref. 51

RÅ 2010 ref 112

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2012 ref. 13

HFD 2014 ref. 10.

EU-domstolen

Mål 270/83 Avoir Fiscal

Mål 6/64 Costa mot E.N.E.L.

Mål 26/62 Van Gend en Loos