



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Dina Cereberg

De nya riktade räntereglerna och EU-rätten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Nilsson

Termin för examen: HT2018

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Terminologi	9
1.5 Avgränsningar	9
1.6 Disposition	10
1.7 Forskningsläge	10
2 DE NUVARANDE RÄNTEREGLERNA	11
2.1 De nuvarande räntereglerna – en överblick	11
2.2 Sammanfattning	13
3 DE NYA RIKTADE RÄNTEREGLERNA	14
3.1 Allmänt om de nya skattereglerna för företagssektorn	14
3.2 Har skuldförhållandet uppkommit uteslutande eller så gott som uteslutande för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån?	15
3.3 Förvärv av delägar rättigheter och kravet på att förvärvet ska vara väsentligen affärsmässigt motiverat	19
3.4 Intressegemenskap	20
3.5 Sammanfattning	21
4 DEN EU-RÄTTSLIGA SKATTERÄTTEN	23
4.1 Allmänt om den EU-rättsliga skatterätten	23

4.2 EU-domstolens praxis avseende skattelagars förenlighet med fördragsfriheterna	23
4.2.1 Tillämplig fördragsfrihet	23
4.2.2 Hinder för den fria rörligheten	27
4.2.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning	31
4.2.3.1 Skatteflykt som rättfärdigandegrund	31
4.2.3.2 Säkerställandet av fördelning av beskattningsrätten som rättfärdigandegrund	33
4.2.3.3 Samlad bedömning	34
4.2.3.4 Krav på rättssäkerhet	36
4.3 Sammanfattning	38
5 SKRIFTVÄXLING MELLAN EU-KOMMISSIONEN OCH DEN SVENSKA REGERINGEN	40
5.1 EU-kommissionen	40
5.1.1 Tillämplig fördragsfrihet	40
5.1.2 Hinder för den fria rörligheten	40
5.1.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning	42
5.2 Den svenska regeringen	44
5.2.1 Tillämplig fördragsfrihet	44
5.2.2 Hinder för den fria rörligheten	44
5.2.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning	46
5.3 Sammanfattning	47
6 DOKTRIN	49
6.1 Tillämplig fördragsfrihet	49
6.2 Hinder för den fria rörligheten	50
6.2.1 Jämförbar situation	50
6.2.2 Negativ särbehandling	53
6.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning	58
6.4 Krav på rättssäkerhet	61
6.5 Sammanfattning	63
7 ANALYS AV DE NYA RIKTADE RÄNTEREGLERNAS FÖRENLIGHET MED EU-RÄTTEN	65
7.1 Tillämplig fördragsfrihet	66
7.2 Hinder för etableringsfriheten	70
7.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning	75
7.4 Krav på rättssäkerhet	78
7.5 Sammanfattning och framåtblickande reflektioner	81

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	83
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	85

Summary

Sweden has enacted major changes to its corporate income tax rules. The changes will apply from 1 January 2019. The changes include a general interest deduction limitation rule (based on EBITDA) combined with a reduction in corporate tax rate and limitation rules on hybrid mismatches. Despite these changes it was considered necessary that the current interest deduction limitation rules be reviewed. The thesis aims to determine how the targeted interest deduction limitation should be interpreted and whether they comply with the EU-law.

The current interest deduction limitation rules for certain intra-group loans are amended. The main rule will be that interest deduction on such debt should be granted under certain circumstances. Interest deduction should be granted if the beneficial owner of the interest income within the group is subject to a corporate tax of at least 10 per cent. However, no tax deduction should be granted if the underlying purpose with the loan exclusively, or as good as exclusively is to obtain a substantial tax benefit for the group. Such is the case when the reason behind the debt is 90 per cent or more is motivated by taxation reasons.

It is my view that the new interest deduction limitation rules would be subject to the freedom of establishment. Furthermore, an impediment is created by the rules. However, this impediment could be justified by the need to prevent fraud and tax evasion combined with the protection of the balanced allocation of the power to impose tax between the member states. However, it is my view that the new rules do not meet the requirements of the principle of legal certainty because of their vagueness. Therefore, they are not in compliance with EU-law.

Sammanfattning

Den 1 januari 2019 träder nya skatteregler för företagssektorn i kraft. Med anledning av införandet av en generell ränteavdragsbegränsning som är baserad på ett resultatmått EBITDA samt regler mot vissa hybrida mismatchningar har dagens riktade ränteregler snävats in. Syftet med förevarande framställning är att utreda hur de nya riktade räntereglerna ska tolkas samt om de är förenliga med EU-rätten.

De nya riktade ränteregler kommer att innebära att ränteutgifter som är hänförliga till företag inom intressegemenskap som huvudregel får dras av under vissa omständigheter. Det krävs likt de nuvarande räntereglerna att det företag som faktiskt har rätt till inkomsten som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats med minst tio procent. Ränteutgiften är vidare inte avdragsgill om skuldförhållande uteslutande eller så gott som uteslutande uppkommit för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån. För att detta ska vara uppfyllt krävs att skuldförhållandet till 90 procent eller mer varit motiverat av skatteskal. I den situation som en skuld till ett företag inom intressegemenskapen avser ett förvärv av en delägarrätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen, krävs det att förvärvet är väsentligen affärsmässigt motiverat för att avdragsrätt ska föreligga.

Min uppfattning är att de nya riktade räntereglerna ska prövas mot etableringsfriheten. Räntereglerna bör vidare anses utgöra ett hinder för etableringsfriheten. Räntereglerna kan dock motiveras med rättfärdigandeunderna att motverka skatteflykt i kombination med behovet av att bibehålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten. Om reglerna ändå kan rättfärdigas uppställas vidare ett krav på att reglerna är proportionerliga för att inte stå i strid med EU-rätten. Jag är av uppfattningen att räntereglerna inte uppfyller kravet på rättssäkerhet och att de således inte är förenliga med EU-rätten.

Förord

Med spänning och stor förväntan markerar denna examensuppsats ett avslut på en oförglömlig tid i mitt liv. Fyra och ett halvt år som jag alltid kommer att minnas och se tillbaka på med glädje och stolthet.

Först och främst vill jag rikta ett tack till min handledare Peter Nilsson för dina kloka råd och synpunkter under processens gång. Jag vill också tacka mina fantastiska vänner. Tack för alla otaliga gånger ni hjälpt till med korrekturläsning och bollande av idéer, samt till all stöttning och för att ni alltid trott på mig när energin och självkänslan inte har varit på topp. Slutligen vill jag framföra min tacksamhet till min älskade familj för att ni stöttat mig genom hela utbildningen. Tack för att ni alltid finns där och för att ni aldrig slutar tro på mig!

Nu lämnar jag Juridicum för att ta mig an nya äventyr. Som jag har längtat!

Lund 2019

Dina Cereberg

Förkortningar

BEPS	Base erosion and profit shifting
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolens årsbok
IL	Inkomstskattelagen (1999:1229)
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Skatteflyktsdirektivet	Rådets direktiv 2016/1164/EU av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadsens funktion

1 Inledning

1.1 Bakgrund

År 2009 infördes de första ränteavdragsbegränsningsreglerna. Ränteregeleernas syfte var att förhindra skatteplanering med ränteavdrag inom en intressegemenskap då en sådan skatteplanering ansågs erodera den svenska skattebasen och snedvrída konkurrensen. Ränteregeleerna tillämpades på interna lån som finansierade interna förvärv av delägarätter och inte vid övriga interna eller externa lån.¹ Trots 2009 års ränteregeleer ansågs det fortfarande finnas stora möjligheter att minska sin bolagsskatt genom skatteplanering. Regleerna utvidgades år 2013 och det är de regleerna som gäller idag. Till skillnad från 2009 års ränteregeleer avser lagstiftningen alla skulder inom en intressegemenskap.² Regleerna har sedan deras ikraftträdande år 2009 varit föremål för kritik. Kritiken har till stor del avsett regleernas förenlighet med EU-rätten.³ År 2011 prövades 2009 års ränteregeleer av Högsta förvaltningsdomstolen⁴ som ansåg att ränteregeleerna inte stred mot EU-rätten.⁵ EU-kommissionen förklarade inom ramen för ett så kallat EU-pilotförfarande att de nuvarande ränteregeleerna inte var förenliga med EU-rätten. Regeringen var av motsatt uppfattning.⁶ Inga offentliga steg har tagits inom ramen för EU-pilotförfarandet sedan februari 2015.

Regeringens föreslår att nya skatteregleer ska träda i kraft den 1 januari 2019. Ikraftträdandet av de nya regleerna syftar till att undvika skattebaserosion och vinstförflyttning. Ytterligare ett syfte är att förbättra den skattemässiga neutraliteten mellan eget och lånat kapital samt att möjliggöra en breddning av bolagsskattebasen.⁷ I

¹ Prop. 2008/09:65, s. 1.

² Prop. 2012/13:1, s. 41.

³ Dahlberg (2014), s. 215.

⁴ Försättningsvis HFD.

⁵ HFD 2011 ref. 90 I-IV.

⁶ Regeringens svar den 20 februari 2015, *Svar på formell underrättelse avseende avdragsrätt för ränta för koncerninterna lån*, FI2014/4205.

⁷ Prop. 2017/18:245, s. 1 f.

propositionen⁸ föreslås att en generell begränsning av ränteavdrag i bolagssektorn införs i form av en EBITDA-regel⁹. I syfte att minska användandet av gränsöverskridande skatteplaneringsstrategier för att undkomma skatt föreslås införandet av regler om hybrida mismatchningar.¹⁰ Med anledning av införandet av ovan nämnda regler har de nuvarande räntereglerna setts över. Räntereglerna som i propositionen benämns de riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna föreslås ges ett snävare tillämpningsområde.¹¹

De nya riktade räntereglerna har varit föremål för kritik. Kritiken har främst riktat sig mot att analysen av skattereglernas förenlighet med EU-rätten nästan är obefintlig samtidigt som det anses föreligga en beaktansvärd risk att reglerna skulle anses vara oförenliga med EU-rätten.¹² I den situation reglerna skulle visa sig vara oförenliga med EU-rätten föreligger det en stor risk att EU-kommissionen går vidare med en fördragsbrottstalan mot Sverige.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med förevarande framställning är att utreda om de nya riktade räntereglerna som avser ränta på skuldförhållanden mellan företag inom samma intressegemenskap, som träder ikraft 1 januari 2019 är förenliga med EU-rätten. Inom ramen för framställningens syfte avser jag besvara följande frågeställningar:

⁸ Forsättningsvis prop.

⁹ Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization. I framställningen kommer begreppet EBITDA fortsättningsvis användas.

¹⁰ Prop. 2017/18:245, s. 1 f. Förslaget om införande av en generell ränteavdragsbegränsningsregel är föranlett av rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion (direktivet mot skatteundandraganden) samt av OECD:s rekommendationer mot skattebaserodering och vinstförflyttning (BEPS, Base Erosion and Profit Shifting) avseende ränteavdragsbegränsningar (åtgärd 4).

¹¹ Prop. 2017/18:245, s. 108.

¹² Se exempelvis Stockholms universitet, *Remiss: Promemorian "Nya skatteregler för företagssektorn"*, dnr SU FV-1.1.3-2166-17, s. 9. Se även Uppsala universitet, *Remissvar över finansdepartementets promemora Nya skatteregler för företagssektorn (Fi2017/02752/S1)*, s. 3.

- När ska de nya riktade räntereglerna tillämpas?
- Är de nya riktade räntereglerna förenliga med EU-rätten?

1.3 Metod och material

I syfte att besvara framställningens första frågeställning kommer de nuvarande räntereglerna samt de nya riktade räntereglerna att undersökas. Detta görs med hjälp av de svenska accepterade rättskällorna som består av lagtext, förarbeten, rättspraxis samt doktrin.¹³ Lagtext rangordnas högst, följt av förarbeten och rättspraxis. Doktrin har i sin tur använts för att fylla de luckor som finns i lagtexten, förarbetena och rättspraxis.¹⁴ Så långt har således den rättsdogmatiska metoden använts.¹⁵

I syfte att belysa ytterligare aspekter av reglernas problematik är det ändamålsenligt att lyfta fram de analyser som återfinns i Skatteverkets ställningstaganden. Sådana ställningstaganden har i sig inget rättskällvärde men används ändå i syfte att visa Skatteverkets uppfattning frågorna. Skatteverkets inställning och tolkning har vidare stor betydelse för den faktiska tillämpningen.¹⁶

Framställningens andra frågeställning är inriktad på EU-rätten varför även en EU-rättslig metod har använts. I framställningen har fördragstext, doktrin samt rättspraxis från EU-domstolen använts. Både fördragstext och praxis från EU-domstolen är erkända inom EU-rätten.¹⁷ Fördragstexten kan dock i många fall upplevas för vag och kan av den anledningen brista i vägledning varför prejudikatstolkning har fått en stor betydelse för EU-rätten.¹⁸ Mot bakgrund av detta används rättspraxis från EU-domstolen i en stor utsträckning för att

¹³ Kleinman i: Korling och Zamboni (2013), s. 21.

¹⁴ Zetterström (2017), s. 56 f.

¹⁵ Kleinman i: Korling och Zamboni (2013), s. 21.

¹⁶ Pahlsson (2006), s. 401 ff.

¹⁷ Hettne och Eriksson (2011), s. 40.

¹⁸ Hettne och Eriksson (2011), s. 49.

beskriva EU-rätten. Valet av rättspraxis har skett med hjälp av hänvisningar i litteratur och EU-rättsfall.

I framställningen används även EU-kommissionens och regeringens skrivelser avseende 2013 års regler. Deras ståndpunkter redogörs för i den mån de anses vara relevanta för framställningens syfte.

Det är ganska naturligt att remissvaren har kommit att få en betydelse för handläggningen av förslaget. Remissinstansernas yttranden har därför lästs för inspiration till den här framställningen. Vad som anförts där har dock inte redogjorts för då de inte har bedömts ha någon relevant betydelse för framställningen samt för att de inte har ett rättskällevärde som sådana. Remissyttranden som särskilt premierats är Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet, Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet, Förvaltningsrätten i Stockholm, Svenska Bankföreningen samt Sveriges Advokatsamfund. Dessa remissvar har även premierats för att de på ett ingående sätt belyser den EU-rättsliga aspekten av reglerna. De nya skattereglerna har av intressentgrupper bemötts med både positiva och negativa reaktioner. Mot bakgrund av att remissinstanserna är parter med särskilda intressen är det av vikt att läsaren intar ett kritiskt perspektiv.

I framställningen används även artiklar för att belysa de olika argument som lyfts fram i debatten om de ursprungliga samt nuvarande räntereglerna. Många av de artiklar som använts är skrivna av praktiker som kan ha ett visst intresse vilket bör beaktas av läsaren. Läsaren bör även vara uppmärksam på att majoriteten av den doktrin som används behandlar 2013 års regler och i vissa fall 2009 års regler. Såväl de nya reglerna som sådana samt det bakomliggande EU-rättsliga direktivet¹⁹ har nyligen publicerats. Mot bakgrund av detta är

¹⁹ Rådet direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion (direktivet mot skatteundandraganden).

mängden material som behandlar dessa rättskällor därför av naturliga skäl begränsad.

1.4 Terminologi

I framställningen kommer 2009 års ränteavdragsbegränsningsregler benämnas *de ursprungliga räntereglerna*. 2013 års bestämmelser kommer att benämnas *de nuvarande räntereglerna*. Begreppet *de nya riktade räntereglerna* kommer att användas synonymt med de nya riktade ränteavdragsbegränsningsreglerna som träder i kraft i januari 2019.

1.5 Avgränsningar

Framställningen avser främst behandla de nya riktade räntereglerna som avser ränta på skuldförhållanden mellan företag inom samma intressegemenskap. Den generella ränteavdragsbegränsningen kommer enbart kort att redogöras för i den mån det anses vara intressant i förhållande till framställningens syfte. Övriga skatteregler i propositionen lämnas således utan avseende. De nya räntereglerna bygger till stor del på de nuvarande reglerna varför dessa måste redogöras för men då framställningens huvudsakliga fokus är de nya reglerna beskrivs de nuvarande reglerna inte särskilt ingående.

Räntereglerna kommer enbart att prövas mot EU-rättens etableringsfrihet samt fri rörlighet av kapital. Direktivet mot skatteundandraganden²⁰ och direktivet om ändring av direktiv vad gäller hybrida mismatchningar med tredje länder lämnas således utan avseende.²¹

²⁰ Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion.

²¹ Rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer.

1.6 Disposition

I det andra avsnittet presenteras de nuvarande räntereglerna. Reglerna redogörs för i stora drag i syfte att kunna jämföra med de nya riktade räntereglerna. I nästföljande kapitel kommer presenteras de nya riktade räntereglerna. Avsnittet kommer att fokusera på de riktade räntereglerna och den generella räntebegränsningen kommer således få endast en liten del i avsnittet. I det fjärde avsnittet kommer den EU-rättsliga skatterätten att redogöras för. I det femte avsnittet presenteras vad som anförts av regeringen och EU-kommissionens gällande de nuvarande räntereglernas EU-förenlighet. I avsnitt sex redogörs för de argument som har framförts i doktrin gällande de ursprungliga samt de nuvarande räntereglernas förenlighet med EU-rätten. I avsnittet har fokus lagts på de nuvarande räntereglernas förenlighet då dessa anses ligga närmast de nya riktade räntereglerna till utformningen. I det sjunde och avslutande avsnittet kommer framställningens föregående kapitel analyseras och slutsatser dras.

1.7 Forskningsläge

Frågan om de ursprungliga samt de nuvarande räntereglernas förenlighet med EU-rätten är omdiskuterad. Många av de artiklar där ämnet diskuterats har redogjorts för i detta arbete. Exempel på forskning är den som företas av Hilling²², Väljemark²³ och Ohlsson²⁴. Frågan hamnar dock i nytt ljus till följd av det nya förslaget som kommer innebära att reglerna till viss del förändras. Forskning som behandlar de nya riktade räntereglernas EU-förenlighet är av den anledningen nästintill obefintlig, så vitt jag vet.

²² Se Hilling (2012:1), *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skatteflyktsregler? En analys med särskilt fokus på rättfärdigandegrunden att upprätthålla den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten*. Se även Hilling (2012:2), *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skatteflyktsregler? En analys med särskilt fokus på EU-domstolens proportionalitetsbedömning*.

²³ Se Väljemark (2015).

²⁴ Se Ohlsson (2013), *Även solen har sina fläckar: EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*. Se även Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*. Se även Ohlsson (2014), *Dags för HFD att begära ett förhandsavgörande om ränteavdragsbegränsningarna*.

2 De nuvarande räntereglerna

2.1 De nuvarande räntereglerna – en överblick

De nuvarande räntereglerna som gäller idag finns att hitta i 24 kap. 10 a-f § inkomstskattelagen (1999:1229)²⁵. Enligt 24 kap. 10 a § IL ska företag anses vara i intressegemenskap med varandra om ett av företagen, direkt eller indirekt, genom ägarandel eller på annat sätt har ett väsentligt inflytande i det andra företaget eller om företagen står under i huvudsak gemensam ledning. Med företag avses juridiska personer och handelsbolag. Ändringen som gjordes i förhållande till de ursprungliga räntereglerna²⁶ var att kravet på inflytande i det andra företaget sänktes. Syftet var att fler företag skulle falla inom definitionen och träffas av räntereglerna.²⁷

Huvudregeln finns i 24 kap. 10 b § IL och där framgår det att företag som ingår i intressegemenskap inte får – om inte annat följer av 10 d § eller 10 e § – dra av ränteutgifter avseende en skuld till ett företag i intressegemenskap. Till skillnad från de ursprungliga räntereglerna omfattar de nuvarande räntereglernas huvudregel alla typer av skulder inom en intressegemenskap och gäller oavsett vad lånet har använts till.²⁸

Från huvudregeln i 24 kap. 10 b § IL finns två undantag. Det första undantaget finns i 24 kap. 10 d § 1 st. IL som ofta benämns för tioprocentregeln. Lagrummet föreskriver att ränteutgifter avseende sådana skulder som avses i 10 b § ska dras av om inkomsten som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats med minst tio procent

²⁵ Försättningsvis IL.

²⁶ 2009 års ränteregler. Försättningsvis kommer de benämnas för de ursprungliga räntereglerna.

²⁷ Prop. 2012/13:1 s. 239.

²⁸ Prop. 2012/13:1 s. 236.

enligt lagstiftningen i den stat där det företag inom intressegemenskapen som faktiskt har rätt till inkomsten hör hemma, om företaget bara skulle ha haft den inkomsten. Att avdragsrätt föreligger om mottagarlandets skatt uppgår till minst tio procent är en följd av EU-rättens diskrimineringsförbud, då det finns medlemsstater med en skattesats om tio procent.²⁹ Enligt 24 kap. 10 d § 4 st. får dock ränteutgiften inte dras av om det huvudsakliga skälet till att skuldförhållandet har uppkommit är att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån. Enligt propositionen avses med ”huvudsakligt skäl” 75 procent eller mer.³⁰ I proposition anfördes att ”med en så pass hög gräns bör det i de allra flesta fall vara tämligen klart om skälen för skuldförhållandet är sådana att avdrag ska få göras eller inte”. Vid bedömningen ska hela skuldförhållande beaktas. Således ska både långgivarens som låntagarens skattemässiga situation beaktas. I propositionen anføres vidare att undantaget från kommer att tillämpas på rent inhemska situationer avseende interna lån mellan företag där koncernbidragsrätt föreligger, eftersom att det i sådan situation inte anses uppkomma en väsentlig skatteförmån.³¹

Det andra undantaget finns i 24 kap. 10 e § IL och brukar benämnas ventilen. Av lagrummet följer att avdrag får göras för affärsmässigt motiverade förhållanden. Detta gäller om företaget kan visa att det skuldförhållandet som ligger till grund för ränteutgifterna är huvudsakligen affärsmässigt motiverat. Ventilen gäller bara om det företag som har rätt till inkomsten som motsvarar ränteutgiften hör hemma i en stat inom EES eller i en stat med vilken Sverige har ingått ett skatteavtal som inte är begränsat till att omfatta vissa inkomster, om företaget omfattas av avtalets regler om begränsning av beskattningsrätten och har hemvist i denna stat enligt avtalet. Detta innebär att avdrag inte får göras för betalningar till lågskattejurisdiktioner. Om skulden avser ett förvärv av en delägarrätt

²⁹ Lodin, m.fl. (2017), s. 443.

³⁰ Lodin, m.fl. (2017), s. 444. Se även prop. 1999/2000:2 del 1, s. 505.

³¹ Prop. 2012/13:1 s. 252 ff.

från ett företag som ingår i intressegemenskapen eller i ett företag som efter förvärvet ingår i intressegemenskapen ska företaget visa att även förvärvet är huvudsakligen affärsmässigt motiverat för att avdragsrätt ska föreligga. Även en skuld som har ersatt en tillfällig skuld till ett företag som inte ingår i intressegemenskapen omfattas av bestämmelsen om förvärv av delägarätter, om denna tillfälliga skuld avser ett sådant förvärv. Enligt samma lagrum i 3 st. ska det vid bedömningen av om skuldförhållandet är affärsmässigt motiverat särskilt beaktas om finansiering i stället hade kunnat ske genom ett tillskott från det företag som innehar den aktuella fordran på företaget eller från ett företag som, direkt eller indirekt, genom ägarandel eller på annat sätt har ett väsentligt inflytande i det låntagande företaget.

2.2 Sammanfattning

Med en god inblick i de nuvarande räntereglernas systematik blir det intressant att jämföra räntereglerna med de nya riktade räntereglerna. Visar det sig att likheterna mellan de nuvarande räntereglerna och nya riktade räntereglerna är fler än skillnaderna är det något som talar för att de nya riktade räntereglerna kan komma att bedömas likadant som de nuvarande räntereglerna.

3 De nya riktade räntereglerna

3.1 Allmänt om de nya skattereglerna för företagssektorn

Mot bakgrund av att alltför förmånliga skatteregler anses leda till skattebaserosion och vinstförflyttning samt med hänsyn till målet att förbättra den skattemässiga neutraliteten mellan eget och lånat kapital samt möjliggöra en breddning av bolagsskattebasen införs en generell ränteavdragsbegränsning. Avdragsunderlaget kommer att baseras på resultatmåttet EBITDA. Avdragsutrymmet uppgår till 30 procent av EBITDA och detta kommer att kombineras med en sänkning av bolagsskatten och expansionsfondskatten från 22 procent till 20,6 procent. Istället för ett avdrag med 30 procent av avdragsunderlaget enligt EBITDA-regeln finns möjligheten att göra avdrag enligt den så kallade förenklingsregeln. Förenklingsregeln kommer att innebära att ett negativt räntenetto får dras av med upp till fem miljoner kronor.³²

Med anledning av införandet av den generella ränteavdragsbegränsningen samt regler mot vissa hybrida mismatchningar har dagens riktade ränteregler i 24 kap. IL setts över. De nya riktade räntereglerna kommer innebära att avdragsrätt endast kommer att föreligga om det företag inom intressegemenskapen som faktiskt har rätt till inkomsten som motsvarar ränteutgiften hör hemma i en stat inom EES eller i en stat med vilken Sverige har ingått skatteavtal med som inte är begränsat till viss inkomst, om företaget omfattas av avtalets regler om begränsning av beskattningsrätten och har hemvist i denna stat enligt avtalet. I övriga fall får avdrag göras om det företag som faktiskt har rätt till inkomsten som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats för inkomsten med minst tio procent enligt lagstiftningen i den stat där företaget hör hemma, om företaget

³² Prop. 2017/18:245, s. 1.

bara skulle ha haft den inkomsten. Ränteutgifter är vidare inte avdragsgilla om skuldförhållandet uteslutande eller så gott som uteslutande har uppkommit för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån. I den situation en skuld till ett företag i intressegemenskap avser ett förvärv av en delägarrätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen, råder avdragsrätt endast om även förvärvet är väsentligen affärsmässigt motiverat. I det fall en skuld har ersatt en tillfällig skuld till ett företag som inte ingår i intressegemenskapen och denna skuld avser ett förvärv av delägarrätter, ska även den förstnämnda skulden anse avse förvärvet. De nya riktade reglerna innebär även att bestämmelser som rör vissa externa skuldförhållanden, s.k. back-to-back-lån utvidgas till att omfatta alla interna lån.³³

Regeringen har i propositionen gjort bedömningen att den föreslagna utformningen av de riktade räntereglerna bedöms vara förenliga med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.³⁴

3.2 Har skuldförhållandet uppkommit uteslutande eller så gott som uteslutande för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån?

Regeringen framhåller att det som anförs i förarbetena till de nuvarande räntereglerna fortsättningsvis ska beaktas när det gäller de nya riktade räntereglerna men bedömningen ska ske utifrån de förändringar som föreslås i propositionen till de nya riktade räntereglerna.³⁵

³³ Prop. 2017/18:245, s. 177.

³⁴ Prop. 2017/18:245, s. 313. Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt kommer fortsättningsvis benämnas FEUF.

³⁵ Prop. 2017/18:245, s. 187.

I förarbetena ges vägledning i hur rekvisiten ska tolkas, notera dock att det inte redogörs uttömmande för omständigheter som kan ha betydelse.³⁶ I propositionen anförs att hela skuldförhållandet ska beaktas vid bedömningen och en prövning ska göras utifrån både gäldenärens och borgenärens perspektiv. Bedömningen ska vidare göras utifrån omständigheterna som är hänförliga till det aktuella skuldförhållandet vid tidpunkten för räntebetalningen. Regeringen anför att en regel som endast skulle beakta gäldenärens perspektiv skulle riskera bli verkningslös. I syfte att regeln ska få avsedd effekt är det således nödvändigt att de relevanta omständigheterna som har samband med skuldförhållandet beaktas, vilket förutsätter att man ser till omständigheterna som rör borgenären.³⁷

Omständigheter som bör beaktas är om det handlar om slussning av räntebetalningar via andra företag i intressegemenskapen och om slussningen framstår som omotiverad vid sidan av de skatteeffekter som uppnås. Här har den valda strukturen en betydelse för bedömningen av om det rör sig om omotiverad slussning eller inte.³⁸ Ett exempel är den situation där ett företag som har stora underskott och som saknar medel att låna ut ändå agerar som långgivare genom att pengar slussas dit från andra företag i intressegemenskapen i syfte att uppnå skattefördelar. Om skuldförhållandet har upprättats för att intressegemenskapen ska kunna utnyttja ett underskott i ett företag i ett visst land genom att ett lån eller kapital för utlåning utslussas dit bör avdrag inte medges. Sådana förfaranden bör anses ha genomförts för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån. Syftet kan t.ex. vara att kringgå koncernbidragsreglerna. Ytterligare en situation som enligt förarbetena skulle kunna ifrågasättas är den när en intressegemenskap i samband med förvärv av delägarrätter bildar nya bolag vars huvudsakliga funktion är att inneha en lånefordran.³⁹

³⁶ Prop. 2017/18:245, s. 186. För förarbetena till den nu gällande lagstiftningen se bl.a. prop. 2012/13:1 s. 253 f. och 333 f.

³⁷ Prop. 2017/18:245, s. 186.

³⁸ Prop. 2013/2013:1, s. 253.

³⁹ Prop. 2012/2013:1, s. 254.

Kapitalets ursprung är ytterligare en faktor som bör beaktas. Det är mycket som talar för att det skulle vara sunda affärsmässiga skäl i den situation då det rör sig om egenupparbetade medel som lånas ut.⁴⁰

Även beskattningsnivån bör beaktas vid bedömningen.

Räntebetalningar på interna lån mellan konventionellt beskattade aktiebolag mellan vilka det föreligger koncernbidragsrätt kommer inte att träffas av begränsningen. En kortfristig skuld ska normalt göra så att skuldförhållandet anses vara affärsmässigt och således inte uppkommit för att få en väsentlig skatteförmån.⁴¹

I likhet med vad som gäller för de nuvarande räntereglerna ska möjlighet att kunna lämna tillskott vara en sådan omständighet som bör beaktas tillsammans med övriga relevanta omständigheter vid tillämpningen.⁴² Hänsyn bör dock tas till juridiska hinder för att lämna tillskott enligt lagstiftningen i det land där företaget hör hemma. Vid bedömningen bör även beaktas om långivaren har fått ett tillskott för att kunna lämna ett lån eller om långivaren tillskjuter sin fordran till ett annat företag i intressegemenskapen. I en sådan situation kan man tänka sig att företaget som har lämnat tillskottet skulle ha kunnat lämna det direkt till företaget som är i behov av finansiering.⁴³

I syfte att reglerna ska vara neutrala och omfatta alla juridiska personer kommer reglerna inte innehålla undantag från vissa sektorer. Bedömningen av om tillskott kunnat lämnas kommer att göras på intressegemenskapsnivå och inte bara utifrån det långivande och det låntagande företaget. I enlighet med vad som anges i propositionen till de nuvarande räntereglerna är avsikten inte att möjligheten att lämna kapitaltillskott från varje företag inom intressegemenskapen ska beaktas.⁴⁴

⁴⁰ Prop. 2012/2013:1, s. 254.

⁴¹ Prop. 2012/2013:1, s. 334.

⁴² Prop. 2012/2013:1, s. 253.

⁴³ Prop. 2017/18:245, s. 190.

⁴⁴ Prop. 2017/18:245, s. 192.

Enligt regeringens uppfattning ska med begreppet ”uteslutande eller så gott som uteslutande” förstås en mycket hög grad av skatteplanering. Det ska röra sig om cirka 90-95 procent upp till 100 procent. Det räcker således med en relativt liten förekomst av andra skäl för att skuldförhållandet inte ”uteslutande eller så gott som uteslutande” ska anses ha uppkommit för att uppnå väsentliga skattefördelar. Således kommer färre situationer att träffas än med de nuvarande räntereglerna.⁴⁵

Sveriges advokatsamfund riktade under remissförfarandet en kritik om hur prövningen av om ”skuldförhållandet uteslutande eller så gott som uteslutande har uppkommit för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån” ska gå till och menade att domstolar i praktiken inte kommer att bedöma till hur många procent ett förfarande utgörs av specifika skäl. Regeringen svarade att en helhetsbedömning ska göras av förutsättningarna. Regeringens menade att den prövning som domstolar kommer att göra med anledning av det nya rekvisitet kan liknas vid den prövning som idag görs när domstolen ska värdera det samlade bevisvärdet utifrån termer som ”sannolikt”, ”övervägande sannolikt” eller ”styrkt”. Även i dessa fall ska en helhetsbedömning göras av de omständigheter som domstolen ska pröva. Regeringen påminner om tidigare uttalanden i förarbetena där det angetts en procentsats som ska beaktas, ett exempel är ”huvudsakligen” som anses motsvara 75 procent. Regeringen anför att procentsatsen är avsedd att vara som ett stöd för tillämparen, syftet med det nya begreppet ”uteslutande eller så gott som uteslutande” innebär således inte att en bedömning ska ske utifrån den specifika procentsatsen. Procentsatsen används endast som en indikation om att tillämpningen av regeln kräver en mycket hög grad av skatteplanering, d.v.s. i princip rena missbruksfall.⁴⁶

⁴⁵ Prop. 2017/18:245, s. 187.

⁴⁶ Prop. 2017/18:245, s. 185.

3.3 Förvärv av delägarrätter och kravet på att förvärvet ska vara väsentligen affärsmässigt motiverat

Enligt den nuvarande ventilen gäller att i den situation en skuld till ett företag i intressegemenskap avser ett förvärv av en delägarrätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen, råder avdragsrätt endast om förvärvet även är huvudsakligen affärsmässigt motiverat. Det räcker alltså inte med att endast skuldförhållandet är huvudsakligen affärsmässigt motiverat enligt ventilen. Det gäller även om externa förvärv normalt kan antas göras av affärsmässiga skäl om mottagaren är ett oberoende företag.⁴⁷ Avsikten är således att avdrag inte ska få göras om förvärvet inte har skett av genuint affärsmässiga skäl.⁴⁸

Avseende den nya lydelsen framhåller regeringen att det inte ska vara möjligt att undvika att träffas av begränsningen genom att endast visa att kriterierna är uppfyllda avseende en del av ett skatteplaneringsförfaranden, d.v.s. att skuldförhållandet inte uteslutande eller så gott som uteslutande har uppkommit av skatteplaneringsskäl. Regeringen fortsätter att en liknande regel som den nu gällande behövs för att den riktade begränsningsregeln ska motverka skatteplanering med ränteavdrag på avsett sätt vid förvärv av delägarrätter. Med beaktande av att det även införs andra regler som begränsar avdragsrätten för ränta bedöms det dock vara tillräckligt att regeln omfattar interna förvärv av delägarrätter.⁴⁹

Regeringen anser vidare att kriteriet ”huvudsakligen” bör ändras till en lägre grad. Avsikten är att avdrag inte ska få göras om förvärvet inte har skett av genuint affärsmässiga skäl. För att uppnå detta är det lämpligt att använda något av de andra kvantifierande uttryck som gäller enligt IL. Det skulle inte vara ändamålsenligt att använda det

⁴⁷ Prop. 2012/13:1, s. 256.

⁴⁸ Prop. 2017/2018:245, s. 193.

⁴⁹ Prop. 2017/2018:245, s. 193.

lägsta uttrycket ”ringa”. Om det endast finns ringa affärsmässiga skäl för ett förvärv bör det inte vara fråga om en genuin situation och avdrag bör inte få göras. Inte heller ”klart övervägande del” eller ”övervägande” bedöms lämpligt eftersom fler fall än avsett skulle kunna träffas av begränsningen. Således ska en skuld som avser förvärv av en delägarrätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen så ska ränteutgifterna bara få dras av om förvärvet är väsentligen affärsmässigt motiverat. Detta gäller även om skuldförhållandet inte uteslutande eller så gott som uteslutande har uppkommit för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån. Med en sådan utformning får avdrag bara göras om det finns verkliga affärsmässiga skäl för förvärvet. Det bedöms inte vara lämpligt att utvidga bestämmelsen till att omfatta ett skuldförhållande som direkt eller indirekt, har samband med förvärvet.⁵⁰

3.4 Intressegemenskap

Enligt regeringens bedömning finns det inget behov av att förändra definitionen av intressegemenskap i och med de nya skattereglerna.⁵¹ Definitionen av intressegemenskap kommer således att behållas och kommer att innebära att företag ska anses vara i intressegemenskap med varandra om ett av företagen, direkt eller indirekt, genom ägarandel eller på annat sätt har ett väsentligt inflytande i det andra företaget, eller att företagen står under i huvudsak gemensam ledning. En andel i ett svenskt handelsbolag eller i en i utlandet delägarbeskattad juridisk person som hör hemma i en stat inom EES ska behandlas som en delägarrätt. Med företag avses juridiska personer och svenska handelsbolag.⁵²

Enligt förarbetena till de nuvarande räntereglerna innebär uttrycket väsentligt inflytande att i vart fall en ägarandel strax under 50 procent kan beaktas. Regeringen förklarade dock att även andra faktorer än

⁵⁰ Prop. 2017/2018:245, s. 193.

⁵¹ Prop. 2017/18:245, s. 201.

⁵² Prop. 2017/18:245, s. 199.

storleken på ägarandelen ska kunna beaktas vid bedömningen.⁵³ Även Skatteverket har i ett ställningstagande uttalat sig om hur fastställandet av väsentligt inflytande ska göras. Skatteverket anför att det finns en allmän presumtion om att väsentligt inflytande anses föreligga vid en ägarandel om 40 procent eller mer. Desto mer ägarandelen understiger gränsen på 40 procent desto större blir presumtionen för att väsentligt inflytande inte föreligger. Skatteverket anför dock att inte enbart ägarandelen ska beaktas utan även andra omständigheter som till exempel, delägars inbördes relationer, förekomsten formella och informella delägaravtal samt faktiskt agerande. Således kan väsentligt inflytande föreligga långt under 40 procentens ägarandel om det föreligger en omständighet som ändå talar för att väsentligt inflytande trots allt föreligger.⁵⁴

3.5 Sammanfattning

De nya riktade räntereglerna innebär att regeln om att ränteutgifter inte är avdragsgilla blir ett undantag snarare än en huvudregel, detta då syftet är att avdragsrätt på koncerninterna skulder endast ska vägras ifall av rena missbrukssituationer. Kravet på att förvärvet ska vara ”huvudsakligen affärsmässigt motiverat” förvinner men det införs ett nytt rekvisit som innebär att avdragsrätt inte föreligger då skuldförhållandet uppkommit ”uteslutande eller så gott som uteslutande” av skatteskäl. Det införs även ett krav på att förvärvet varit väsentligen affärsmässigt motiverat vid fråga om delägarätter. Samtidigt kvarstår definitionen av intressegemenskap.

Om man ser till ett övergripande plan är den nya lagstiftningens utformningens syfte och funktion till stora delar lik den nuvarande lagstiftningen. De nya riktade räntereglerna bygger till stora delar på den nuvarande lagstiftningen. En övervägande del av den vägledning som ges avseende de nya riktade räntereglerna hänvisar också till

⁵³ Prop. 2012/13:1, s. 239.

⁵⁴ Skatteverkets ställningstagande, dnr. 131 117306-13/111.

förarbetsuttalanden till de nuvarande räntereglerna. Jag är således av uppfattningen att stora delar av den argumentation som framförts i förhållande till de nuvarande räntereglerna i kvarstår i förhållande till de nya riktade räntereglerna.

Rekvisitet som innebär att det endast är skuldförhållanden som från cirka 90-95 procent till 100 procent betingade av skatteskal som ska träffas av reglerna innebär en insnävning i förhållande till dagens regler. Vid bedömningen om syftet är att erhålla en väsentlig skatteförmån ska samma omständigheter som beaktas idag visas hänsyn till. Frågan är om det i praktiken egentligen skulle bli någon skillnad från hur man tillämpar de nuvarande räntereglerna. Detta då det i praktiken förefaller vara mycket osannolikt att domstolen skulle bedöma till hur många procent ett förfarande utgörs av specifika skäl.

4 Den EU-rättsliga skatterätten

4.1 Allmänt om den EU-rättsliga skatterätten

Genom medlemskapet i Europeiska unionen⁵⁵ har medlemsländer avstått från en del av den nationella suveräniteten till förmån för EU. Genom EU-fördraget har en rättsordning, EU-rätten, skapats. EU-rätten är bindande för medlemsstaterna samt deras medborgare och ska vidare utgöra en integrerad del av staternas nationella rätt. Genom medlemskapet i EU har medlemsstaterna en skyldighet att beakta EU-rätten vid lagstiftning. En medlemsstat kan således inte lagstifta så att EU-rättens rättsverkan på det egna systemet inskränks, detta då EU-rätten är överordnad och har företräde framför den nationella rätten. Detta gäller under förutsättning att den EU-rättsliga bestämmelsen har direkt effekt.⁵⁶ Fördragsfriheternas anses ha direkt effekt och kan därför åberopas direkt i nationell domstol och skattelagstiftning som strider mot någon av dessa friheter får således inte tillämpas.⁵⁷ Prövningen av om en skatteregel kan anses strida mot EU-fördragets bestämmelser om fri rörlighet görs i flera steg. I detta avsnitt kommer de olika stegen att redogöras för.

4.2 EU-domstolens praxis avseende skattelagars förenlighet med fördragsfriheterna

4.2.1 Tillämplig fördragsfrihet

Vid prövningen av om en skatteregel är oförenlig med någon av fördragsfriheterna börjar EU-domstolen med att undersöka om någon av fördragets rättigheter har utnyttjats. Fördraget skyddar enbart

⁵⁵ Fortsättningsvis EU.

⁵⁶ Ståhl m.fl. (2011), s. 21.

⁵⁷ Ståhl m.fl. (2011), s. 71.

gränsöverskridande förhållanden och är således inte tillämplig på rent interna förhållanden.⁵⁸

I artikel 49 FEUF stadgas etableringsfriheten. Av artikeln framgår att det är förbjudet att inskränka medborgare i en medlemsstats rätt att etablera sig på annan medlemsstats territorium. Med medborgare ska likställas bolag som bildats i överensstämmelse med annan medlemsstats lagstiftning, detta framgår av artikel 54 FEUF. I artikel 63 FEUF stadgas den fria rörligheten av kapital. Av artikeln framgår att det är förbjudet med bestämmelser som utgör restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater. Av artikeln följer också ett förbud mot restriktioner mellan medlemsstat och tredje land.⁵⁹

Gränsdragningen mellan etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital kan vid frågor om ränteregler ibland bli svår. Huruvida det är den ena eller den andra fria rörligheten som blir tillämplig har ofta varit föremål för diskussion i EU-domstolen.⁶⁰ Samtidigt som att lån är att se som en sådan kapitalrörelse som avses i artikel 63 FEUF kan det argumenteras för att etableringsfriheten skulle bli tillämplig i det fall den nationella lagstiftningen blir tillämplig på situationer där ett bolag har bestämmande inflytande i ett annat.⁶¹

I *Thin Cap Group Litigation*⁶² och *Lasertec*⁶³ gav EU-domstolen riktlinjer för vilka kriterier som ska vara avgörande för bedömningen av vilken fördragsfrihet som blir tillämplig i det enskilda fallet. *Thin Cap Group Litigation* handlade om nationella regler som endast blev tillämpliga när det långgivande bolaget hade ett bestämmande inflytande på det låntagande bolaget, alternativt själv kontrollerades av ett bolag med sådant inflytande. Bestämmande inflytande ansågs

⁵⁸ Ståhl m.fl. (2011), s. 175.

⁵⁹ Ståhl m.fl. (2011), s. 71.

⁶⁰ Se mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation* och mål C-282/12 *Itelcar*.

⁶¹ Mål C-282 *Itelcar*, p. 14 samt mål C-35/11 *FII*, p. 91.

⁶² Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation Group Litigation*.

⁶³ Mål C-492/04 *Lasertec*.

föreligga vid en ägarandel om minst 75 procent. EU-domstolen anförde att nationella regler som är tillämpliga på ett gränsöverskridande ägande som ger innehavaren ett bestämt inflytande över bolagets beslut och verksamhet, ska omfattas av etableringsfriheten. Nationell lagstiftning som tar sikte på rent koncerninterna förhållanden, huvudsakligen har ett inflytande på etableringsfriheten och ska därför prövas mot den. En eventuell inskränkning i den fria rörligheten för kapital ansågs vara en oundviklig följd av ett eventuellt hinder för etableringsfriheten.⁶⁴ I *Lasertec* konstaterade EU-domstolen att etableringsfriheten blev tillämplig när det var fråga om 25 procent ägarandel.⁶⁵

I *Beker* blev den nationella lagstiftningen tillämplig på ägarandelar understigande tio procent. EU-domstolen anförde att ägarandel understigande tio procent inte nödvändigtvis innebar att bolaget utövade bestämmande inflytande, tillämplig fördragsfrihet bedömdes vara fri rörlighet av kapital. I denna bedömning beaktades dock att reglerna även kunde tillämpas på utdelning från tredje land.⁶⁶

EU-domstolen anförde i *FII* att frågan om vilken fördragsfrihet som blir tillämplig ska avgöras med ändamålet med lagstiftningen. I det fall en nationell skattelagstiftning enbart ska tillämpas på andelsinnehav som ger ett bestämmande inflytande över ett bolags beslut och verksamhet ska lagstiftningen omfattas av etableringsfriheten. I det fall att lagstiftningen enbart är tillämplig på innehav som förvärvats i placeringssyfte, utan avsikt att erhålla något inflytande på förvaltning eller kontroll av företaget så ska frågan bedömas enbart utifrån den fria rörligheten av kapital.⁶⁷ I doktrin har av *FII* dragits slutsatsen att reglerna om den fria rörligheten för kapital kan aktualiseras om lagstiftningen i fråga inte uteslutande är tillämplig på situationer där moderbolaget utövar ett bestämmande inflytande.

⁶⁴ Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation Group Litigation*, p. 26-34.

⁶⁵ Mål C-492/04 *Lasertec*, p. 24.

⁶⁶ Mål C-168/11 *Beker*, p. 29 - 31.

⁶⁷ Mål C-35/11 *FII*, p. 90 - 92.

Detta innebär att så fort en nationell lagstiftning träffar kapitalrörelser mellan bolag inom en intressegemenskap kan fri rörlighet av kapital aktualiseras, oberoende ägarandelen i det enskilda fallet.⁶⁸

FII handlade visserligen inte om ränteregler men domstolen har i det senare *Itelcar* bekräftat att slutsatserna i *FII* kan appliceras på frågor om ränteregler. Det senare målet rörde ränteregler som blev tillämpliga först vid en ägarandel om minst tio procent av antingen kapitalet eller av rösterna i ett annat bolag. EU-domstolen konstaterade att detta inte nödvändigtvis innebar att aktieägaren ifråga utövar bestämmande inflytande på besluten i det bolag i vilket det är aktieägare. Mot bakgrund av detta resonemang befanns reglerna om fri rörlighet av kapital vara aktuell.⁶⁹

I *Egiom och Enka* konstaterade EU-domstolen att en ägarandel om minst 20 procent inte nödvändigtvis innebar att bolaget utövade ett bestämmande inflytande.⁷⁰ Mot bakgrund av de enskilda omständigheterna som visade att det ena bolaget ägde samtliga aktier i det andra bolaget, fann domstolen att bestämmande inflytande förelåg. De aktuella skattereglerna ansåg aktualisera etableringsfriheten.⁷¹ Likt *FII* samt *Lasertec* anförde domstolen här att vid bestämmande av vilken frihet som blir tillämplig ska lagstiftningens ändamål beaktas. Vidare ska alltså lagstiftning som uteslutande ska tillämpas då det föreligger bestämmande inflytande prövas mot etableringsfriheten. Vad detta innebär är att ett företag ska ha bestämmande inflytande över ett annat bolags beslut och möjlighet att fastställa dess verksamhet. I de fall bestämmelserna tillämpas då ett bolag äger andelar i ett annat uteslutande i placeringssyfte och det saknas avsikt att få kontroll över bolaget ska de prövas mot fri rörlighet av kapital. I det fall lagstiftningen ifråga inte nödvändigtvis enbart ska tillämpas då

⁶⁸ Se Ceije & Hilling (2013) *Aktuellt om EU-domstolens praxis – direkt beskattning*, samt *A EUF-fördraget*. Se även mål C-35/11 *FII*, p. 104.

⁶⁹ Mål C-282/12 *Itelcar*, p. 22 – 25.

⁷⁰ Mål C-6/16 *Egiom SAS och Enka SA*, p. 42 - 43.

⁷¹ Mål C-6/16 *Egiom SAS och Enka SA*, p. 45 - 46.

ett företag har bestämmande inflytande över ett annat får hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet för att bedöma vilken frihet bestämmelserna som lagstiftningen ska prövas mot.⁷²

4.2.2 Hinder för den fria rörligheten

I det andra steget i den EU-rättsliga prövningen undersöks om de nationella skattereglerna utgör ett hinder för utövandet av fördragsfriheten. Ett hinder föreligger om de aktuella skattereglerna negativt särbehandlar gränsöverskridande transaktioner, förhållanden etc. i jämförelse med rent inhemska fall. I det här steget ingår också att avgöra om den gränsöverskridande situationen och inhemska situationen är objektivt jämförbara, det är nämligen endast då som det finns ett krav på likabehandling.⁷³

Målet *Oy AA* handlade om förbud att lämna koncernbidrag med skatterättslig verkan från ett finskt dotterbolag till ett utländskt moderbolag.⁷⁴ EU-domstolen anförde att de två situationerna där moderbolaget hade hemvist inom landet och utom landet ansågs jämförbara.¹⁰⁷ Mot bakgrund av att avdragsrätt hade förelegat om koncernbidraget hade lämnats till ett finskt moderbolag konstaterade EU-domstolen att det utgjorde en inskränkning av etableringsfriheten.⁷⁵

På liknande sätt har underkapitaliseringsregler i *Thin Cap Group Litigation* ansetts utgöra en inskränkning av etableringsfriheten. Reglerna innebar att räntebetalningar mellan närstående bolag under vissa omständigheter omklassificerades till ej avdragsgill utdelning. EU-domstolen började med att konstatera att reglerna behandlade lånesituationer olika beroende på om det långivande bolaget var hemmahörande i landet eller i ett annat. Domstolen konstaterade att

⁷² Mål C-6/16 *Eqiom SAS och Enka SA*, p. 40 - 44.

⁷³ Ståhl m.fl. (2011), s. 175.

⁷⁴ Mål C-231/05 *Oy AA*.

⁷⁵ Mål C-231/05 *Oy AA*, p. 39.

situationen var mindre förmånlig i de fall långivande närstående företag inte var hemmahörande i landet än vid strikt interna förhållanden.⁷⁶ EU-domstolen medgav att gränsöverskridande och inhemska koncerner inte var jämförbara, detta då situationer skiljde sig på så sätt att gränsöverskridande koncerner kan flytta vinster till ett annat land genom lånefinansiering, vilket inte inhemska koncerner kan.⁷⁷ Domstolen kom ändå fram till att lagstiftningen som antagits med det specifika syftet att reglera gränsöverskridande koncerner skulle anses utgöra en inskränkning av etableringsfriheten.⁷⁸ EU-domstolen menade vidare att lagstiftningen särbehandlade beroende på var dotterbolags moderbolag hade sitt säte och att detta därför utgjorde en inskränkning av etableringsfriheten.⁷⁹

X-holding handlade om regler som innebar att det förelåg en möjlighet för inhemska bolag inom en och samma koncern att beskattas som en enda skattemässig enhet medan samma möjlighet inte förelåg när moderbolaget hade utländska dotterbolag. EU-domstolen började med att anföra att den nationella lagstiftningens syfte ska studeras när man ska göra en bedömning av om situationerna är jämförbara eller inte.⁸⁰ Ett bolags hemvist skulle kunna motivera en särbehandling i vissa fall, etableringsfriheten skulle annars bli verkningslös. EU-domstolen ansåg att moderbolag som önskade skapa en enda skattemässig enhet med ett dotterbolag som befann sig i landet var i samma situation som det moderbolag som önskade skapa en sådan skattemässig enhet med ett dotterbolag med hemvist i ett annat land.⁸¹

SIAT handlade om regler som medgav avdrag för nödvändiga kostnader för att förvärva eller bibehålla skattepliktiga intäkter vars

⁷⁶ Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 45.

⁷⁷ Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 58.

⁷⁸ Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 59 - 60.

⁷⁹ Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 61 - 62.

⁸⁰ Mål C-337/08 *X-Holding*, p. 18 och p. 21.

⁸¹ Mål C-337/08 *X-Holding*, p. 18 och p. 23.

äkthet och belopp har påvisats av den skattskyldige. Till denna huvudregel fanns också en specialregel. Specialregeln angav att kostnader för förvärv av intäkter som betalas till skattskyldig i annan medlemsstat inte ska omfattas av huvudregeln i fall intäkterna inte är skattepliktiga eller omfattas av väsentligt förmånligare skatteregler i denna andra stat. Dock tillämpas huvudregeln i fall den skattskyldige visar att transaktionen bygger på verkliga och legitima grunder.⁸² EU-domstolen fann att inhemska och utländska tjänsteleverantörer befann sig i jämförbara situationer. Detta eftersom mottagaren av tjänsten i båda fallen haft verkliga kostnader för att förvärva eller bibehålla inkomster.⁸³ Reglerna innebar vidare en presumtion för avdragsrätt för leverantörer som hade hemvist i landet medan motsatsen gällde då denne inte hade det och omfattades av väsentligt förmånligare bestämmelser eller inte beskattas alls, ansågs det vara svårare att få avdrag i det sistnämnda fallet.¹⁰² EU-domstolen ansåg att reglerna hade en avhållande effekt som stred mot de fria rörligheterna enligt fördraget. Dessutom ansågs reglernas vaga utformning omöjliggöra att i förväg förutse regelns tillämpningsområde och därför var det oklart hur den skulle komma att tillämpas. Regelns otydlighet fick anses bidra till att regeln fick en avhållande effekt genom sin otydlighet.⁸⁴

Eurowings handlade om regler som innebar en förmån för de flesta företag som hyrde varor av företag inom landet samtidigt som företag som hyrde varor från företag i annan stat alltid stängdes ute från denna förmån.⁸⁵ Detta skedde på så sätt att lagstiftningen innebar att företag som betalade hyra till annat företag som inte omfattas av en viss tysk skatt skulle lägga till en kostnadspost. Omfattades mottagaren av denna skatt så behövde den som betalade inte lägga till denna kostnadspost till sitt skatteunderlag.⁸⁶ Eftersom bestämmelser i flertalet fall innebar en skatteförmån för de företag som hyrde varor av uthyrare i landet

⁸² Mål C-318/10 *SIAT*, p. 4-6.

⁸³ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 31

⁸⁴ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 28.

⁸⁵ Mål C-294/97 *Eurowings*, p. 40.

⁸⁶ Mål C-294/97 *Eurowings*, p. 10-11.

samtidigt som företag som hyrde varor från uthyrare i annan stat alltid utestängdes ansågs hinder föreligga.⁸⁷ Av målet framgår således att nationell lagstiftning som förhindrar etablering i andra medlemsstater endast med hänsyn tagen till beskattningsnivån i den andra staten, är oförenlig med grundläggande friheter.

Lankhorst-Hohorst handlade om tyska regler som innebar att ränta som betalades från dotterbolag till moderbolag med hemvist i annat land i vissa fall skulle beskattas som förtäckt utdelning. I det fall moderbolaget i stället haft hemvist i landet skulle i princip alltid räntan behandlas som utgift i stället för förtäckt utdelning. Reglernas tillämplighet var villkorad med att moderbolaget hade rätt till skattecredit. Denna skattecredit beviljades i princip alltid bolag med hemvist i landet. Samtidigt beviljades bolag med hemvist i annat land i princip aldrig det. EU-domstolen anförde att regeln gjorde det mindre attraktivt för bolag med säte i andra medlemsstater att utöva sin etableringsfrihet och därför ansågs regeln innebära ett hinder för etableringsfriheten.⁸⁸

I *Hervis* förtydligade EU-domstolen att formellt sett neutrala regler kan leda till negativ särbehandling i praktiken. I målet prövades en ungersk omsättningsskatt. Skatten togs ut på samma villkor för samtliga bolag som bedrev viss verksamhet i Ungern. Skatten var progressiv och skattesatsen blev högre ju fler ungerska juridiska personer som fanns i koncernen. Skatteregeln var till sin utformning neutral då den inte uttryckligen särbehandlade gränsöverskridande koncerner. EU-domstolen kom ändå fram till att hinder för etableringsfriheten förelåg. Detta då koncerner som blev föremål för den högre progressiva skatten i de flesta fall var sådana som sambeskattades med bolag i andra medlemsstater. EU-domstolen anförde dessutom att det ankom på den

⁸⁷ Mål C-294/97 *Eurowings*, p. 40.

⁸⁸ Mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, p. 28–29.

nationella domstolen att kontrollera hur verkligheten såg ut, trots att lagstiftningen till sin utformning var neutral.⁸⁹

4.2.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning

Det sista steget i den EU-rättsliga prövningen är att undersöka om hindret ändå kan rättfärdigas med stöd av antingen en uttrycklig fördragsbestämmelse eller EU-domstolens praxis.

Rättfärdigande grunder som har utvecklats i praxis är de mest använda och de som är av mest betydelse. Både att motverka skatteflykt och behovet av att behålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätterna har accepterats som rättfärdigande grunder i EU-domstolens praxis.⁹⁰

Enligt EU-domstolens praxis kan även dessa två grunder åberopas i kombination.⁹¹ Som ett led i tredje steget ingår proportionalitetsbedömningen som innebär att man undersöker om den aktuella skatteregeln utgör ett alltför ingripande hinder för den fria rörligheten.⁹² Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömningen överlappar varandra till viss del och i EU-domstolens praxis kan det vara svårt att tyda vilka resonemang som hör till vilken bedömning. I den fortsatta framställningen kommer rättfärdigande- och proportionalitetsbedömningen att behandlas gemensamt.

4.2.3.1 Skatteflykt som rättfärdigande grund

En förutsättning för att skatteflykt ska godtas som separat rättfärdigande grund är att den nationella lagstiftningen ska vara riktad mot beteenden som består i att iscensätta rent konstlade upplägg. EU-domstolen förklarade i målen *Cadbury Schweppes* och *Thin Cap Group Litigation* att nationella hindrande regler kan rättfärdigas om de träffar rent konstlade upplägg utan ekonomisk förankring i

⁸⁹ Mål C-385/12 *Hervis*, p. 39.

⁹⁰ Se till exempel mål C-318/10 *SIAT*, p. 37 och mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 72.

⁹¹ Mål C-311/08 *SGI*, p. 66.

⁹² Ståhl m.fl. (2011) s. 177.

etableringsstaten som skett i syfte att undvika skatt i hemstaten. För att uppfylla kravet på konstlat upplägg krävs förekomsten av ett subjektivt element i form av en avsikt att uppnå en skattemässig fördel. Samt att det av objektiva omständigheter framgår att det ändamål som eftersträvas genom etableringsfriheten inte har uppnåtts trots att kraven i unionsrätten formellt har iakttagits. Vidare ska det ha gjorts i syftet att få en skattefördel på ett otillbörligt sätt.⁹³ Den nationella myndighet som ska pröva transaktionen åläggs att göra en individuell prövning i det enskilda fallet. Den nationella myndigheten får således inte nöja sig med på förhand fastställda kriteriet. En nationell regel med allmän räckvidd som blir till en skattskyldigs nackdel utan att den nationella myndigheten ens behöver lägga fram indicium om missbruk går utöver vad som anses nödvändigt i förhållande till att motverka skatteflykt.⁹⁴ Frågan om ett fiktivt upplägg föreligger ska vidare prövas utifrån objektiva och verifierbara omständigheter, t.ex. att lånet skett på icke-marknadsmässiga villkor. Den skattskyldige måste vidare alltid ha möjlighet att visa att de aktuella transaktionerna företagits av affärsmässiga skäl. Det uppställs därmed ett krav på att den skattskyldige ges möjlighet att lägga fram motbevisning när skattemyndigheten presenterat omständigheter som tyder på att det är fråga om ett fiktivt upplägg.⁹⁵

Av *Thin Cap Group Litigation* framgår vidare att den omständigheten att ett inhemskt bolag beviljas ett lån av ett i en annan medlemsstat hemmahörande närstående bolag in ska grunda en allmän presumtion om missbruk och kunna motivera en fördragsstridig nationell lagstiftning.⁹⁶

⁹³ Mål C-6/16 *Eqiom SAS och Enka SA*, p. 30. Se även mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, p. 55. Se även mål C-318/10 *SIAT*, p. 40.

⁹⁴ Mål C-6/16 *Eqiom SAS och Enka SA*, p. 32. Se även mål C-14/16 *Europark*, p. 55–56.

⁹⁵ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 50.

⁹⁶ Mål C-524-04 *Thin Cap Group Litigation*. p. 73.

4.2.3.2 Säkerställandet av fördelning av beskattningsrätten som rättfärdigandegrund

I avsaknad av enhetliga eller harmoniserade EU-bestämmelser har medlemsstaterna behörighet att genom avtal eller ensidigt, bestämma vilka kriterier som beskattningsrätten ska fördelas mellan dem.⁹⁷

Fördelningsgrunden innebär en rätt för medlemsstaterna att hindra att beskattningsunderlag fritt kan förflyttas ut ur deras beskattningssfär.

EU-domstolen har konstaterat att rättfärdigande grunden kan användas när syftet med förhandenvarande lagstiftning bland annat är att förebygga beteenden som kan äventyra en medlemsstats rätt att beskatta verksamhet som bedrivs i landet.⁹⁸

Det centrala i rättfärdigande grunden är en medlemsstat ska ha rätt att säkerställa att inkomster som enligt den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten ska beskattas i landet verkligen blir föremål för beskattning där. Därmed är det naturligt att denna grund har kommit att tillämpas i kombination med grunden för skatteflykt. Den har dock i *X-Holding* accepterats som separat grund.⁹⁹ EU-domstolen konstaterade att upprätthållandet av fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna kunde göra det nödvändigt att tillämpa endast en stats skatteregler på såväl vinster som förluster. I den situation utländska dotterbolag skulle omfattas av förmånen i fråga skulle bolagen kunna välja vilken beskattningsmetod som skulle tillämpas på eventuella underskott samt om de skulle beaktas i Nederländerna eller i dotterbolagets hemviststat. Detta skulle enligt domstolen äventyra fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.¹⁰⁰

En fördelning av beskattningsrätten upprätthålls inte i den situation bolaget har en möjlighet att välja vilken stat förluster ska beaktas, om

⁹⁷ Mål C-231/05 *Oy AA*, p. 52.

⁹⁸ Mål C-231/05 *Oy AA*, p. 54. Se även mål C-318/10 *SIAT*, p. 45.

⁹⁹ För mer info om målet se avsnitt 2.2.2.

¹⁰⁰ Mål C-337/08 *X Holding*, p. 28 och 31–33.

det är i etableringsstaten eller i en annan medlemsstat.¹⁰¹ Mot bakgrund av detta kunde avdragsförbudet i *Oy AA* rättfärdigas. EU-domstolen ansåg att om avdrag skulle medges kunde bolaget välja vilket land beskattning av vinsterna skulle ske eftersom dotterbolagets hemvisstat skulle vara tvunget att avstå sin rätt att beskatta dotterbolagets inkomst. Rättfärdigandegrunden får dock inte användas då det är fråga om att medlemsstat systematiskt nekar att ett inhemskt bolag en skattefördel p.g.a. att bolaget bedrivit gränsöverskridande verksamhet som inte kan beskattas i den aktuella medlemsstaten.¹⁰² Målet *Rewe* handlade om bestämmelser om avdrag för förluster p.g.a. nedskrivning av värdet av andelar i dotterbolag. EU-domstolen ansåg att dessa inte kunde rättfärdigas med stöd av rättfärdigandegrunden då villkoren för avdrag var strängare när det var fråga om andelar i utländska jämfört med när det var fråga om andelar i inhemska dotterbolag. Detta ansågs missgynna bolag med utländska dotterbolag vilket inte hade något att göra med bevarandet av fördelningen av beskattningsrätten.¹⁰³

4.2.3.3 Samlad bedömning

Ovan redogjordes för det strikta kravet om att lagstiftningen måste vara riktad mot rent konstlade upplägg utan förankring i den ekonomiska världen då den motiverats med behovet av att motverka skatteflykt och missbruk. Här ska redogöras för den särskilda bedömning som EU-domstolen gjort gällande detta krav vid kombination av de båda rättfärdigandegrunderna som presenterats ovan. EU-domstolen tycks inte upprätthålla kravet på konstlat upplägg när de två rättfärdigandegrunderna åberopas tillsammans. I dessa fall är det risken för skatteflykt som har rättfärdigat hindrandet av den nationella lagstiftningen.

¹⁰¹ Mål C-337/08 *X Holding*, mål C-347/04 *Rewe* och mål C-414/06 *Lidl*.

¹⁰² Mål C-347/04 *Rewe* p. 43 och mål C-231/05 *OY AA*, p. 53.

¹⁰³ Mål C-347/04 *Rewe*, p. 27-28 och p. 43.

I målet *Marks & Spencer* tillämpades för första gången en samlad bedömning av flera rättfärdigande grunder.¹⁰⁴ Här tillämpades bland annat skatteflyktsgrunden med fördelningsgrunden och här skiljde sig domstolens resonemang på ett påtagligt sätt från tidigare praxis i skattemål. Innan *Mark & Spencer* hade EU-domstolen inordnat parterna argument under separata, mer tydligt definierade, rättfärdigande grunder. Här uppställdes inte kravet på konstlat upplägg. De faktum att det förelåg en risk för att reglerna kunde utnyttjas genom fiktiva upplägg, genom att förluster respektive inkomster överförs till andra länder i syfte att vinna skattefördelar var tillräckligt.¹⁰⁵

I *SGI* behandlades en korrigeringsregel. EU-domstolen började med att konstatera att utgångspunkten är att det föreligger ett krav på att den nationella lagstiftningen ska vara inriktad mot fiktiva upplägg.¹⁰⁶ Emellertid uppmärksammades det faktum att en avsaknad av korrigeringsregeln vid oriktig prissättning kunde riskera att resultera i fiktiva upplägg där inkomster överförs till länder med de lägsta skattesatserna.¹⁰⁷ EU-domstolen klargjorde mot bakgrund av de omständigheterna att även om lagstiftningen inte har som ändamål att undanta fiktiva upplägg som inte är affärsmässiga och vilka skapats i syfte att undvika skatt, kunde behovet av att förhindra skatteflykt och behovet att bevara fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstater tillsammans rättfärdiga hindret.¹⁰⁸

Även i målet *Oy AA* som handlade om koncernbidragsregler åberopades rättfärdigande grunderna tillsammans. EU-domstolen konstaterade den nationella lagstiftningen inte riktade sig mot rent konstlade upplägg. Domstolen anförde dock att det fanns en risk för

¹⁰⁴ Lang, Michael (2006), s. 426.

¹⁰⁵ Mål C- 446/03 *Marks & Spencer* p. 49–51.

¹⁰⁶ Mål C-311/08 *SGI*, p. 57.

¹⁰⁷ Mål C-311/08 *SGI*, p. 67-68. Domstolen hänvisar till mål C-231/05 *Oy AA*, p. 58-59.

¹⁰⁸ Mål C-311/08 *SGI*, p. 66 och p. 69.

skatteflykt och det räckte således med en risk för fiktiva upplägg det vill säga risken för att bolag genom fiktiva upplägg skulle överföra vinster till koncernbolag i lågskatteländer, för regelns rättfärdigande.¹⁰⁹

4.2.3.4 Krav på rättssäkerhet

Under senare år har ett krav på rättssäkerhet i samband med proportionalitetsbedömningen utvecklats i EU-domstolens praxis.¹¹⁰ Rättssäkerhetskravet ställer krav på att rättsregler ska vara klara, precis och syfta till att vara förutsebara. Principen inkluderar även att enskilda på ett otvetydigt sätt ska kunna få kännedom om sina rättigheter och skyldigheter och på så sätt få möjlighet att kunna vidta åtgärder efter det.¹¹¹

I *SIAT* förde EU-domstolen resonemang kring kravet på rättssäkerhet. EU-domstolen anförde följande avseende rättssäkerhetskravet. Huvudregeln innebar att den skattskyldige skulle bevisa utgifternas äkthet och belopp, det presumerades samtidigt om att avdrag skulle medges.¹¹² Specialregeln blev däremot tillämplig när ersättningar lämnades till tjänsteleverantörer som omfattades av väsentligt förmånligare skatteregler än vad som gällde i Belgien. Specialregeln innebar att det förelåg en presumtion för att avdragsrätt inte förelåg. Den skattskyldige ålades att motbevisa detta genom att visa att de tillhandahållna tjänsterna var legitima trots att det inte fanns några objektiva och av tredje man verifierbara omständigheter som visade på rent fiktiva upplägg. Det var enbart beskattningsnivån som tjänsteleverantören skulle betala i sin hemstat som beaktades. Det fanns vidare inga riktlinjer gällande när väsentligt förmånligare skatteregler ansågs föreligga varken i lagstiftning eller administrativa

¹⁰⁹ Mål C-231/05 *Oy AA*, p. 58-63.

¹¹⁰ Mål C-318/10 *SIAT*, Mål C-282/12 *Itelcar*.

¹¹¹ Mål C-199/03 *Irland mot Kommissionen*, p. 69. Mål C-158/06 *ROM-projecten*, p. 25. Se även mål C-318/10 *SIAT*, p. 58-59.

¹¹² Mål C-318/10 *SIAT*, p. 21.

föreskrifter.¹¹³ Specialregeln innebar således att den skattskyldige systematiskt visade att alla kostnader var legitima och låg på en normalnivå utan att skattemyndigheten först pekat på någon omständighet som talade för att så inte var fallet. Detta då det inte krävdes att det förelåg några objektiva av tredjeman verifierbara omständigheter som tydde på att det var fråga om upplägg som saknade affärsmässig grund i syfte att undvika skatt.¹¹⁴ Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterade EU-domstolen att det saknades tillräckliga preciseringar om vad som utgjorde väsentligt förmånligare skatteregler. Detta medförde att de nationella reglerna inte uppfyllde rättssäkerhetskravet. De nationella reglerna var således inte tillräckligt klara, precisa och förutsebara. EU-domstolen anförde att rättssäkerhetskravet inbegrips i proportionalitetskravet och avsaknad av rättssäkerhet innebär också att den nationella lagstiftningen inte uppfyller kravet som följer av proportionalitetsprincipen.¹¹⁵

Itelcar handlade om underkapitaliseringsregler. Reglerna innebär att skattskyldig inom landet saknades avdragsrätt till den del skulden utgjorde överskuldssättning. Detta blev tillämpligt i de fall den skattskyldige hade skuld till annan aktör utan hemvist inom EU när den ena, direkt eller indirekt, hade betydande inflytande i det andra. Den nationella lagstiftningen föreskrev att ett sådant inflytande inte nödvändigtvis baseras på att företaget ägde andelar i det andra.¹¹⁶ Regeringen förklarade dock att begränsningen enbart avsågs tillämpas då företaget, direkt eller indirekt, ägde en andel i det låntagande bolagets kapital.¹¹⁷ EU-domsten hänvisade till *SIAT* och konstaterade att den nationella lagstiftningen inte skulle anses uppfylla rättssäkerhetskravet. Detta då lagstiftningen var begränsad enligt regeringens riktlinjer, trots att motsatsen framgick av lagstiftningen.¹¹⁸

¹¹³ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 26.

¹¹⁴ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 55-56.

¹¹⁵ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 49-59.

¹¹⁶ Mål C-282/12 *Itelcar*, p. 3.

¹¹⁷ Mål C-282/12 *Itelcar*, p. 21.

¹¹⁸ Mål C-282/12 *Itelcar*, p. 43-44..

4.3 Sammanfattning

Vid studerandet av EU-rättsfallen separat kan det vara svårt att förstå och dra slutsats om hur EU-rätten ska tolkas. I det enskilda rättsfallet uttrycker sig EU-domstolen i vissa fall så bristfälligt att det kan vara svårt att förstå vad domstolen menar. Vidare kan det faktum att domen riktar in sig på omständigheterna i det enskilda fallet försvåra förståelsen. Genom att studera en rad rättsfall kan man dock förstå att det finns en underläggande princip som EU-domstolen håller fast vid.

Avseende frågan om tillämplig fördragsfrihet är jag av uppfattningen att gränsdragningen mellan etableringsfriheten och fri rörlighet för kapital är av stor betydelse. Naturligtvis är det att föredra en tillämpning av etableringsfriheten framför fri rörlighet av kapital då den sistnämnda gäller gentemot tredje land. Även om EU-domstolen i samtliga fall beaktar ägarandelens storlek verkar det som att den huvudledande principen är att titta på den nationella lagstiftningens bakomliggande syfte. Ägarandelens storlek spelar en roll men jag är av uppfattningen att den beaktas efter att lagstiftningens bakomliggande syfte inte har kunnat utrönas, detta framgår tydligt av *Eqiom och Enka*.

Vad gäller rättfärdigandebedömningen verkar det som att EU-domstolen inte håller fast vid kravet på att den nationella lagstiftningen ska vara inriktad på rent konstlade upplägg vid en samlad bedömning. Detta faktum kan underlätta för att rättfärdiga de nya riktade räntereglerna i det fall de skulle anses utgöra en negativ särbehandling.

Emellertid har rättssäkerhetskravet i samband med proportionalitetsbedömningen utvecklats i EU-domstolens praxis. Rättsreglerna krävs i enlighet med rättssäkerhetskravet att vara klara, precisa och förutsebara. EU-domstolen verkar inte heller vara

restriktiva i sin bedömning. Frågan är om de nya riktade räntereglerna klarar rättssäkerhetskravet?

5 Skriftväxling mellan EU-kommissionen och den svenska regeringen

5.1 EU-kommissionen

EU-kommissionen lämnade den 26 november 2014 en formell underrättelse till den svenska regeringen där det uttrycktes att de nuvarande räntereglerna innebar ett hinder för etableringsfriheten.¹¹⁹

5.1.1 Tillämplig fördragsfrihet

EU-kommissionen började med att konstatera att mot bakgrund av att räntereglerna blir tillämpliga då det föreligger aktieinnehav som garanterar aktieägare bestämmande inflytande hos motparten i skuldförhållandet, blir etableringsfriheten tillämplig.¹²⁰

5.1.2 Hinder för den fria rörligheten

Gällande hinder för etableringsfriheten inledde EU-kommissionen med att konstatera att situationen där ett svenskt företag betalar ränta på lån till ett annat företag i en EES-stat inom samma koncern är jämförbar med situationen där det svenska företaget istället betalar ränta på lån till ett annat företag i Sverige och där företagen kan lämna koncernbidrag till varandra. I det här hänseendet hänvisade EU-kommissionen till *Thin Cap Group Litigation*.¹²¹ Räntereglerna innebär att avdragsrätt föreligger mellan två företag som har hemvist i Sverige som kan lämna koncernbidrag mellan varandra. Samma möjlighet till avdragsrätt föreligger inte i en gränsöverskridande situation. EU-kommissionen hänvisade till de svenska förarbetena där det uttrycks att reglerna är riktade mot gränsöverskridande koncerner

¹¹⁹ Formell underrättelse, s. 9.

¹²⁰ Formell underrättelse, s. 6.

¹²¹ Formell underrättelse, s. 6. Se även mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 59-60 som kommissionen hänvisar till.

och syftar till att skapa lika konkurrensvillkor mellan internationella koncerner och andra företag eller koncerner som inte kan få internationella koncerninterna lån.¹²² EU-kommissionen menade att avdragsrätten i praktiken nästan i samtliga fall är förbehållen koncerner med närstående inhemska koncernmedlemmar, medan koncerner med närstående koncernmedlemmar i andra medlemsstater i praktiken sällan kommer att kunna få samma avdragsmöjlighet. De nuvarande räntereglerna ansågs därför i synnerhet missgynna sådana koncerner.¹²³ Mot bakgrund av effekten för företagsgrupper med gränsöverskridande verksamhet, menade EU-kommissionen att reglerna var indirekt diskriminerande. De nuvarande räntereglerna gör det mindre attraktivt för företag, etablerade i andra medlemsstater eller i EES-stater att förvärva, etablera eller behålla dotterbolag i Sverige. Räntereglerna gör det även mindre attraktivt för företag som är etablerade i Sverige eftersom reglerna kan avhålla dem från att förvärva, etablera eller behålla ett dotterbolag i en annan medlemsstat eller EES-stat.¹²⁴ EU-kommissionen hänvisade i denna del till *Eurowings* och *Hervis* där EU-kommissionen menade att en liknande bedömning gjorts.¹²⁵

EU-kommissionen menade därför att detta utgör en inskränkning av etableringsfriheten. EU-kommissionen var således av uppfattningen att räntereglerna i teorin är tillämpliga på samma sätt på inhemska koncerner och gränsöverskridande koncerner, men att de i praktiken aldrig kommer att tillämpas på konventionellt beskattade helsvenska koncerner som har rätt att ge varandra koncernbidrag.¹²⁶

¹²² Formell underrättelse, s. 7. Se även bl.a. prop. 2012/13:1, s. 231 och 272.

¹²³ För liknande resonemang se mål C-294/97 *Eurowings*, p. 40. Se även mål C-385/12 *Hervis* p. 39.

¹²⁴ Formell underrättelse, s. 6 ff.

¹²⁵ Formell underrättelse, s. 7.

¹²⁶ Formell underrättelse, s. 7.

5.1.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning

EU-kommissionen var av uppfattningen att de nuvarande räntereglererna var lämpade för att förebygga skatteflykt och missbruk i kombination med behöver att bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten, men att reglerna går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.¹²⁷

För att kunna motivera en inskränkning av en fördragsfrihet med behovet att motverka missbruk krävs att det specifika ändamålet med en sådan inskränkning är att hindra beteenden som består i att iscensätta rent fiktiva upplägg som inte har någon ekonomisk förankring och som arrangerats i syfte att undvika skatt som normalt ska betalar på den vinst som genererats i verksamhet som bedrivs inom det nationella territoriet.¹²⁸ Av målet *MAT* framgår vidare att varken skattefördelar eller organisatoriska skäl för en transaktionen i sig kan betyda att transaktionen inte är verklig och legitim.¹²⁹ EU-kommissionen var av uppfattningen att de nuvarande räntereglererna inte uppfyller dessa kriterier. Räntereglerernas syfte är inte att förhindra rent fiktiva upplägg och tillämpningen begränsas inte till enbart sådana upplägg. EU-kommissionen påpekade att förekomsten av fiktivt upplägg inte uppställs som ett villkor för att avdrag ska vägras. Dessutom räcker det med att förfarandet till 26 procent är motiverat av skattemässiga skäl för att avdrag ska vägras.¹³⁰

För att inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet med lagstiftningen måste det av den nationella lagstiftningen fastslås att om en granskning av objektiva omständigheter leder till slutsatsen att transaktionen i fråga utgör ett rent fiktivt upplägg utan någon

¹²⁷ Formell underrättelse, s. 7.

¹²⁸ Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 74.

¹²⁹ Mål C-318/10 *MAT*, p. 51.

¹³⁰ Formell underrättelse, s. 7.

underliggande affärsmässig grund, begränsas det belopp för vilket avdrag inte får göras till den del av räntan som överstiger vad som skulle ha gällt mellan två oberoende part, här hänvisar EU-kommissionen till *Thin Cap Group Litigation*.¹³¹ De nuvarande räntereglerna anses gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet eftersom avdrag vägras i sin helhet så fort minst 26 procent varit motiverade av skattemässiga skäl.¹³²

EU-kommissionen framhöll vidare att bevisbördans placering är problematisk. Det faktum att den skattskyldiga åläggs bördan att visa att de affärsmässiga skälen för transaktionen motsvarar minst 75 procent utan att Skatteverket behöver tillhandahålla ett indicium som pekar på skatteflykt eller skatteundandragande. I det fall den som har bevisbördan inte vidtar den skyldighet som åläggs den beaktas endast den skatt som åläggs mottagaren av ränteinkomsten i hemvisstaten. EU-kommissionen hänvisade till *SIAT* och menade att EU-domstolen i målet har konstaterat att detta strider mot EU-rätten.¹³³

EU-kommissionen var vidare av uppfattningen att räntereglerna inte uppfyller rättssäkerhetskravet. Räntereglerna är inte klara och precis och inte heller förutsebara. Det finns inte tillräcklig vägledning för hur rekvisiten affärsmässiga skäl och väsentlig skatteförmån ska tolkas. Reglerna är formulerade i breda termer och försvårar att bestämma dess omfattning med tillräcklig precision, följaktligen förblir reglernas tillämplighet osäker. I denna del hänvisar EU-kommissionen till *SIAT* samt *Itelcar*.¹³⁴ I dessa mål uttrycker EU-domstolen betydelsen av att lagstiftningen är tydlig, precis och förutsebar, särskilt om lagstiftningen kan föra med sig ofördelaktiga konsekvenser för individer och företag. Mot bakgrund av det ovan nämnda drog EU-kommissionen slutsatsen att de nuvarande räntereglerna inte uppfyller

¹³¹ Formell underrättelse, s. 8. Se även mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 83.

¹³² Formell underrättelse, s. 8.

¹³³ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 55-56.

¹³⁴ Se mål C-318/10 *SIAT*, p. 58-59. Se även mål C-282/12 *Itelcar*, p. 44.

kraven på rättssäkerhet och anses emellertid inte stå i proportion till sina syften.¹³⁵

5.2 Den svenska regeringen

Sverige lämnade svar den 20 februari 2015 med inställningen att reglerna inte stred mot EU-rätten.¹³⁶ Regeringen har i sitt svar till EU-kommissionen anslutit sig till den inställning som har uttryckts i förarbetena till reglerna.¹³⁷

5.2.1 Tillämplig fördragsfrihet

Regeringen ifrågasätter inte den av EU-kommissionen vald fördragsfrihet, utan väljer att pröva de nuvarande ränteregler mot etableringsfriheten som EU-kommissionen gör.¹³⁸

5.2.2 Hinder för den fria rörligheten

Regeringen inleder med att konstatera att det inte är fråga om att tillämpa skilda regler i jämförbara situationer. Regeringen är av uppfattningen att situationerna som EU-kommissionen anser ska ligga till grund för prövningen inte är jämförbara. Situationen då två företag som båda har hemvist i Sverige och som kan lämna koncernbidrag sinsemellan och som betalar ränta mellan varandra är inte jämförbar med situationen när ett företag som har hemvist i Sverige betalar ränta på lån till ett företag inom samma koncern som har hemvist i en annan EES-stat. Regeringen menar att EU-domstolen har bedömt det vara förenligt med EU-rätten och regler av sådant slag kan således begränsas till att gälla mellan företag som har skattemässigt hemvist i en och samma medlemsstat. Regeringen menar att det av EU-domstolen är en erkänd skillnad mellan dessa situationer då EU-domstolen i mål *X-Holding* och mål *Oy AA* bedömt att det inte strider

¹³⁵ Formell underrättelse, s. 8.

¹³⁶ Regeringens svar den 20 februari 2015, Svar på formell underrättelse angående avdragsrätt för ränta för koncerninterna lån, FI2014/4205.

¹³⁷ Prop. 2012/13:1, s. 268 f.

¹³⁸ Regeringens svar, s. 3.

mot EU-rätten att begränsa koncernbidragsrätten till rent inhemska situationer.¹³⁹

Om det mot förmodan skulle anses vara fråga om jämförbara situationer anser regeringen att det ändå inte föreligger någon inskränkning. De svenska skattereglerna särskiljer inte svenska och utländska företag. EU-kommissionen hänvisade i underrättelsen till p. 40 i målet *Eurowings*, där det framgår att en sådan nationell lagstiftning som var föremål för prövning och som förbehåller flertalet företag som hyr varor av uthyrningsföretag etablerade i den staten en skatteförmån, men som alltid utestänger de företag som hyr varor av uthyrningsföretag etablerade i en annan medlemsstat från en viss förmån, medför en särbehandling som grundas på var den som tillhandahåller tjänsten är etablerad och som är förbjuden enligt art. 59 i fördraget¹⁴⁰. Regeringen anser inte att målet har någon relevans för de svenska reglernas EU-förenlighet. Till skillnad från *Eurowings* innebär inte de svenska reglerna alltid hinder mot avdragsrätt vid koncerninterna lån mellan Sverige och annan medlemsstat. *Hervis* är inte relevant för bedömningen av de svenska reglerna eftersom bedömningen av de svenska reglerna ska ske utifrån en samlad bedömning utifrån kriterierna och är således inte i sig beroende av det mottagande intresseföretagets hemvist.¹⁴¹

Att det i förarbetena framgår att syftet med bestämmelserna är att den svenska skattebasen inte ska urholkas och att urholkning normalt inte sker i inhemska situationer så betyder inte det att bestämmelserna är riktade mot gränsöverskridande situationer.¹⁴² Regeringen menar att reglerna inte innebär någon inskränkning av etableringsfriheten.

¹³⁹ Regeringens svar, s. 5. Se även mål C-231/05 *Oy AA* p. 37 samt mål C- 337/08 *X-Holding*.

¹⁴⁰ Numera art. 56 FEUF.

¹⁴¹ Regeringens svar, s. 7.

¹⁴² Regeringens svar, s. 8.

5.2.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning

Om det mot förmodan skulle anses föreligga ett hinder för etableringsfriheten så ska detta kunna rättfärdigas. EU-kommissionen anser att de svenska reglerna är lämpade att motverka skatteflykt och missbruk i kombination med behovet av att bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. I den formella underrättelsen anför EU-kommissionen dock argument om att reglerna går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta ändamål. Detta eftersom att syfte med de nuvarande räntereglerna inte är att förhindra rent fiktiva upplägg och eftersom tillämpningen inte heller begränsas till sådana upplägg. Regeringen menar att EU-kommissionens anförande i denna del tolkas på det sätt att EU-kommissionens bedömning av om lagstiftningen kan rättfärdigas eller inte endast baseras på rättfärdigandegrunden förebyggande av skattefusk och missbruk. Eftersom proportionaliteten enligt EU-kommissionens uppfattning brister i förhållande till den grunden anser EU-kommissionen att reglerna står i strid med EU-rätten. Om räntereglerna skulle anses innebära en inskränkning av etableringsfriheten, är den svenska regeringen av uppfattningen att de rättfärdigandegrunder som skulle vara aktuella är behovet av att upprätthålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten i kombination med behovet av att motverka skatteflykt. Regeringen menar dock att det alltså inte är det enda syftet och att bestämmelserna inte brister om man även ser till det andra syftet.¹⁴³

Vidare menar den svenska regeringen att räntereglerna är proportionerliga i förhållande till deras ändamål.¹⁴⁴ EU-kommissionen anför att reglerna är oproportionerliga då hela avdraget nekats så fort reglerna blir tillämpliga utan att avdraget proportioneras ner. Regeringen anför att kravet på att proportionera ner avdraget till vad

¹⁴³ Regerings svar, s. 11.

¹⁴⁴ Regeringens svar, s. 12.

som skulle gälla mellan två oberoende parter är kopplat till rättfärdigande grunden att motverka skatteflykt och missbruk. Regeringens uppfattning är att kravet inte gäller i den situation reglerna motiverats med denna rättfärdigande grund i kombination med rättfärdigande grunden att bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Detta på samma sätt som kravet på att bestämmelserna ska vara riktade mot rent konstlade upplägg inte upprätthålls vid kombination av dessa rättfärdigande grunder.¹⁴⁵ EU-kommissionen menar även att reglerna skulle vara oproportionerliga då de inte uppfyller kraven på rättssäkerhet. Regeringen påpekar att den praxis som EU-kommissionen hänvisar till gällande detta krav, *SIAT*, berör regler med delvis annan rättfärdigande grund än de svenska bestämmelserna.¹⁴⁶ EU-kommissionen menar dels att det inte ges några riktlinjer för vägledning och tolkning. Avseende det uttalandet hänvisar den svenska regeringen till de svenska förarbetena och anför att det för de svenska reglerna finns gott om riktlinjer i förarbetena och pekar på den betydelse som förarbetena har för svensk rättstillämpning. Något som enligt regeringen saknats i de fall då liknande bestämmelser fällts i EU-domstolen med hänvisning till bristande rättssäkerhet. Regeringen anser sammanfattningsvis, för det fall att en indirekt inskränkning skulle anses föreligga, att de svenska reglerna kan rättfärdigas och att reglerna är i linje med proportionalitetskravet.¹⁴⁷

5.3 Sammanfattning

EU-kommissionen har konstaterat att de nuvarande räntereglerna innebär en överträdelse av etableringsfriheten. Genom att Sverige har antagit och behållit de nuvarande räntereglerna har Sverige också underlåtit att uppfylla sina skyldigheter i enlighet med EU-rätten. Mot bakgrund av EU-kommissionens formella underrättelse, förväntades

¹⁴⁵ Regeringens svar, s. 15.

¹⁴⁶ Regeringens svar, s. 18.

¹⁴⁷ Regeringens svar, s. 19.

att kommissionen kort därefter skulle besluta att skicka ett motiverat yttrande till Sverige med uppmaningen att rätta sig efter EU-rätten. Ingenting har dock hänt sedan dess. Det har sedan dess spekulerats kring om Sverige hinner ändra reglerna innan EU-kommissionen tar frågan vidare till EU-domstolen. Med facit i handen, kan jag nu svara jakande på den frågan. EU-kommissionen är antagligen inte intresserade av att fullfölja det påbörjade överträdelseförfarandet. Ett retroaktivt avgörande torde inte vara så intressant för EU-kommissionen. Mer intressant blir om den argumentation som förs av EU-kommissionen avseende de nuvarande räntereglerna kan anses överförbar på de nya riktade räntereglerna.

6 Doktrin

6.1 Tillämplig fördragsfrihet

Ohlsson menar att de nuvarande räntereglerna skulle kunna aktualisera både fri rörlighet av kapital och etableringsfrihet. Ohlsson hänvisar till RÅ 2009 ref. 33 där det konstaterades att lån är en sådan kapitalrörelse som omfattas av den fria rörligheten för kapital. Uppenbart är därför att räntebetalningar på lån måste anses utgöra kapitalrörelser, detta är något som även EU-domstolen i bl.a. *Itelcar* har konstaterat.¹⁴⁸

Ohlsson hänvisar till *FII* och *Itelcar* där EU-domstolen förklarade att lagstiftning som inte uteslutande tillämpas på situationer där bestämmande inflytande utövas ska bedömas i förhållande till fri rörlighet av kapital.¹⁴⁹ Till följd av *FII* drogs slutsatsen i litteratur – att reglerna om kapitalets fria rörlighet blir tillämplig trots att aktieägandet i det enskilda fallet är tillräckligt stort att det utgör en etablering i fördragets mening. Den fria rörligheten av kapital blir aktuell om lagstiftningen i fråga inte uteslutande är tillämplig på situationer där moderbolag utövar ett bestämmande inflytande. Ohlsson menar att han delar den uppfattningen.¹⁵⁰

De nuvarande räntereglerna blir tillämpliga när det föreligger ”väsentligt inflytande”.¹⁵¹ I förarbetena anförs att ägarandelar under 50 procent kan träffas av regelverket. Det framgår vidare att uttrycket ”väsentligt inflytande” var ett vedertaget uttryck i andra skatterättsliga regler, t.ex. i 25 a kap. 2 § IL, samt att andra faktorer än ägarandelens storlek är av betydelse.¹⁵² Skatteverket har i ett ställningstagande

¹⁴⁸ Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*, s. 17.

¹⁴⁹ Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*, s. 15

¹⁵⁰ Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*, s. 15. Se även Ceije & Hilling (2013), *Aktuellt om EU-domstolens praxis – direkt beskattning*, s. 212. Samt Ceije & Hilling, *A EUF-fördraget*, s. 418-420.

¹⁵¹ 24 kap. 10 a § IL.

¹⁵² Prop. 2012/13:1, s. 239.

uttalat att det normalt kan presumeras att ”väsentligt inflytande” föreligger om ägarandelen uppgår till 40 procent eller mer, men beroende på förhållanden i det enskilda fallet, kan även en ägarandel långt under 40 procent innebära ett ”väsentligt inflytande”.¹⁵³ I ett dialogsvar av Skatteverket gjord den 9 april 2013, gjorde Skatteverket bedömningen att ett företag befann sig i intressegemenskap med ett annat i vilket företaget hade en ägarandel om tio procent. Detta då företagen ansågs vara i intressegemenskap genom samordnat agerande med två andra bolag vilka hade ägarandelar i företaget om 55 procent respektive 35 procent.¹⁵⁴ Mot bakgrund av att väsentligt inflytande kan föreligga vid ett sådan låg ägarandel som tio procent, samt att det är klart att EU-domstolen inte anser att bestämmande inflytande föreligger vid så låg ägarandel, menar Ohlsson att det skulle kunna argumentera för att reglerna skulle kunna prövas mot fri rörlighet av kapital.¹⁵⁵

6.2 Hinder för den fria rörligheten

6.2.1 Jämförbar situation

Väljemark kritiserar regeringens svar till EU-kommissionen där de menar att den inhemska och den gränsöverskridande situationen inte är jämförbara. Väljemark menar att ett accepterande av regeringens synsätt vore som ett accepterande, utan krav på rättfärdigande, för diskriminering i alla situationer och för alla regelverk där koncernbidragsrätt föreligger och om bolaget i fråga varit svenskt. Väljemark menar vidare att regeringens synsätt inte är förenlig med EU-domstolens tidigare avgöranden och hänvisar till *Thin Cap Group Litigation*.¹⁵⁶ EU-domstolen ansåg i målet att den inhemska och den gränsöverskridande situationen där räntor betalades på lån inom

¹⁵³ Skatteverkets ställningstagande, dnr 131-117306-13/11. Se även Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*, s. 18.

¹⁵⁴ Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*, s. 18.

¹⁵⁵ Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*, s. 19-20.

¹⁵⁶ Väljemark (2015), *Sveriges svar på EU-kommissionens formella underrättelse om ränteavdrag*, s. 310.

samma koncern var jämförbar. I målet behandlades regler vars specifika syfte var att riktas mot gränsöverskridande koncerner. Även om de svenska räntereglerna inte uttryckligen är begränsade till gränsöverskridande situationer menar Väljemark att det går att förstå ur förarbetena att reglerna är avsedda för just sådana situationer.¹⁵⁷

Vidare menar Väljemark att om EU-rätten skulle acceptera negativt särbehandlade situationer som följer av de svenska räntereglerna på grund av att de inte är jämförbara skulle det kunna öppna dörrarna för medlemsländer att implementera regler som är diskriminerande genom att inte uttryckligen ange att reglerna har som specifikt syfte att reglera situationen för gränsöverskridande koncerner och samtidigt istället göra avgränsningen i förarbetena.¹⁵⁸

Väljemark anser vidare att den bedömning som gjorde i *X Holding* bör kunna tillämpas på de nuvarande räntereglerna. I målet uttalades att en skattskyldigs hemvist är något som kan motivera en särbehandling men att om särbehandling vid gränsöverskridande situationer alltid tilläts så skulle etableringsfriheten bli innehållslös. I *SIAT* fokuserade EU-domstolen sin jämförelse på det inhemska bolaget i fråga och fastställde att inhemska bolag som mottar tjänster och yrkar avdrag för ersättning för dessa tjänster befinner sig i jämförbara situationer oberoende av var motparten har hemvist och oberoende av om beskattningen hos tjänsteleverantören är mer eller mindre förmånlig än den som tillämpas i det inhemska fallet. Väljemark är av uppfattningen att samma jämförelse skulle kunna göras på de nuvarande räntereglerna. Ett svenskt bolag som lånar från ett annat svenskt bolag bör därmed anses befinna sig i en jämförbar situation med ett svenskt bolag som lånar från ett utländskt bolag.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Véljemark (2015), *Sveriges svar på EU-kommissionens formella underrättelse om ränteavdrag*, s. 311.

¹⁵⁸ Véljemark (2015), *Sveriges svar på EU-kommissionens formella underrättelse om ränteavdrag*, s. 311.

¹⁵⁹ Véljemark (2015), *Sveriges svar på EU-kommissionens formella underrättelse om ränteavdrag*, s. 311.

Dessutom menar Våljemark att det finns många fler exempel på när gränsöverskridande och inhemska situationer ansetts jämförbara trots att det funnits EU-förenliga resultatutjämningsregler som enbart varit tillämpliga i den inhemska situationen.¹⁶⁰

Ohlsson jämför de nuvarande räntereglerna med EU-domstolens dom *X BV*, där nederländska räntereglerna befanns oförenliga med EU-rätten.¹⁶¹ Ohlsson konstaterar att de nederländska räntereglerna inte är helt identiska med de svenska räntereglerna men är ändå av uppfattningen att domen kan ge viktig vägledning i vissa frågor som är relevanta för svenska ränteavdragsmål.¹⁶² Ohlsson är av uppfattningen att följande slutsats kan dras av *X BV*. I det fall ett utländskt bolag som anses ha rätt till den inkomst som motsvarar den svenska ränteutgiften är ett konventionellt beskattat bolag i sin hemvistjurisdiktion, ska jämförelsen också ske med en identisk situation där man jämför utfallet med om det utländska bolaget istället hade varit ett hypotetiskt svenskt konventionellt beskattat aktiebolag. Detta ska gälla oavsett vilken skattesats som det utländska bolaget beskattas med och oavsett om det är tioprocentsregeln eller ventilen som blir tillämplig. Situationerna ska ändå anses objektivt jämförbara. Det är värt att notera att i det nederländska ränteavdragsmålet så var rimligen *X BV* hänvisat till den nederländska motsvarigheten till ventilen, eftersom den svenska långgivaren inte ansågs beskattat tillräckligt effektivt, d.v.s. under 10 procent. Skillnaden i beskattning mellan Sverige och Nederländerna gjorde dock inte att EU-domstolen ansåg att situationerna inte var objektivt jämförbara.¹⁶³ Ohlsson är mot bakgrund av det ovan anförda av uppfattningen att EU-domstolen i *X*

¹⁶⁰ Våljemark (2015), *Sveriges svar på EU-kommisionens formella underrättelse om ränteavdrag*, s. 313. Jfr. Mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* samt Mål C-337/08 *X-Holding*.

¹⁶¹ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 701. Se *X BV* och *X NV*, C-398/16 och C-399/16, EU:C:2018:110. Det mål som rörde räntereglerna var C-398/16, *X BV*.

¹⁶² Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 701.

¹⁶³ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 709.

BV klargjort att när det gäller lån från närstående företag är den gränsöverskridande och den rent nationella situationen objektivt sett jämförbara.

6.2.2 Negativ särbehandling

Gällande frågan om de nuvarande räntereglerna utgör en negativ särbehandling pekar Ohlsson på *SIAT*. Målet visar att negativ särbehandling kan föreligga om nationell lagstiftning ställer upp krav på viss beskattningsnivå i mottagarstaten.¹⁶⁴ Ohlsson syftar här på tioprocentsregeln i den nuvarande lagstiftningen som innebär att om mottagaren beskattades med tio procent eller mer skulle som huvudregel avdrag medges. Ohlsson menar vidare att det är tydligt att reglerna är riktade mot just gränsöverskridande situationer och hänvisar till förarbetena där det uttrycks att det föreligger ett stort hot mot den svenska bolagsskattebasen och att detta ska åtgärdas med de skärpta reglerna, Ohlsson anför att skattebasen inte påverkas i rent inhemska situationer. I förarbetena framhålls också att ränteutgift inte anses ge upphov till någon väsentlig skatteförmån i de situationer där det föreligger koncernbidragsrätt. Ohlsson är av uppfattning att de svenska räntereglerna innebär att det alltid kommer råda en osäkerhet kring avdragsrätten för ränteutgifter till utländska koncernbolag medan det i rent inhemska situationer alltid föreligger avdragsrätt, detta ger en avskräckande effekt.¹⁶⁵

Ohlsson drar även paralleller till *X BV*. Ohlsson drar med stöd av domen slutsatsen att såväl tioprocentsregeln som ventilen innebär negativ särbehandling. Ohlsson menar att de nuvarande räntereglerna innebär att lån från konventionellt beskattade aktiebolag som inte har skattemässig hemvist i Sverige behandlas sämre än motsvarande lån

¹⁶⁴ Ohlsson (2013), *Även solen har sina fläckar: EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*, s. 108.

¹⁶⁵ Ohlsson (2013), *Även solen har sina fläckar: EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*, s. 108. Se även Ohlsson (2014), *Dags för HFD att begära ett förhandsavgörande om ränteavdragsbegränsningarna?*, s. 652-655.

från svenska konventionellt beskattade aktiebolag. Detta oavsett om koncernbidragsrätt skulle ha förelegat eller inte om alla inblandade bolag hade varit svenska.¹⁶⁶

För att enklare hänga med i Ohlssons resonemang följer här en kort bakgrund till målet. Målet *X BV* handlade om det nederländska bolaget *X BV* som tog ett lån från ett svenskt koncernbolag i syfte att göra ett kapitaltillskott i ett italienskt koncernbolag. Målet rörde frågan om *X BV* skulle ha rätt att dra av räntan på lånet från Sverige.¹⁶⁷ Enligt nederländsk rätt fick räntekostnader på lån från närstående företag, där det lånade kapitalet bl.a. användes för att förvärva andelar i ett närstående företag eller för att lämna kapitaltillskott till ett närstående företag, dras av endast om låntagaren visade antingen att lånet och de övriga rättshandlingarna baserats på sunda affärsmässiga överväganden, eller att räntan hos långivaren var föremål för en inkomstskatt som är ”skälig”.¹⁶⁸ Av svenska förarbeten framgår att med ”skälig” avses en effektiv skattesats om minst tio procent beräknat på ett underlag enligt nederländska regler.¹⁶⁹ Den nederländska skattemyndigheten nekade avdrag. Mot bakgrund av att den svenska bolagsskattesatsen år 2008 var högre än tio procent (28 procent), kan man sluta sig att ränteinkomsterna i Sverige direkt eller indirekt genom koncernbidrag, kunde kvittas mot skattemässiga underskott. Antagligen har heller lånet och de övriga rättshandlingarna ansetts vara baserade på sunda affärsmässiga överväganden. Nederländerna har dock ett system med s.k. skattegrupper som likt de svenska koncernbidragsreglerna syftar till att möjliggöra koncernintern resultatutjämnning.¹⁷⁰ Utgångspunkten var att enbart bolag med skattemässig hemvist i Nederländerna kunde ingå i en nederländsk skattegrupp. Ett utländskt företag kunde ingå i en sådan

¹⁶⁶ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 709 f.

¹⁶⁷ Mål C-398/16, *X BV*, p. 7.

¹⁶⁸ Mål C-398/16, *X BV*, p. 3.

¹⁶⁹ Prop. 2012/13:1, s. 223 f.

¹⁷⁰ C-398/16, *X BV*, p. 28.

grupp under förutsättning att det motsvarade ett nederländskt aktiebolag samt hade skattemässig hemvist i Nederländerna.¹⁷¹

I det fall *X BV* hade lämnat de lånade medlen i kapitaltillskott till ett bolag som ingår i samma skattegrupp som *X BV* så hade ränteavdraget inte vägrats. Detta då den nederländska beskattningen bortsåg från alla transaktioner mellan de olika bolag som ingår i skattegruppen.¹⁷²

Skattegruppsregeln skulle medföra att kapitaltillskottet inte skulle ha ansetts ha ägt rum och därmed fanns inte någon transaktion som skulle göra ränteavdragsbegränsningarna tillämpliga. Avdrag skulle således inte ha nekats.¹⁷³

EU-domstolen konstaterade att avdrag inte skulle ha vägrats i det fall *X BV* hade lämnat medlem i kapitaltillskott till ett nederländskt koncernbolag som ingick i samma skattegrupp. Det utgjorde således en negativ särbehandling att avdrag vägrade när kapitaltillskottet hade lämnats till ett italienskt bolag, när så inte hade blivit fallet i en jämförbar inhemsk situation. Genom skattegruppsregeln skulle *X BV* ha möjlighet att dra av räntan, under förutsättning att de lämnat kapitaltillskott till ett bolag i samma skattegrupp – detta utan att behöva uppfylla villkoren i ränteavdragsbegränsningarna.¹⁷⁴ EU-domstolen drog slutsatsen att även om en nationell regel i sig är neutralt utformad, kan andra rättsregler och andra rättsprinciper i landet ändå leda till en negativ särbehandling i praktiken.¹⁷⁵

I ett låneförhållande mellan två svenska bolag kan i de flesta fall, dock beroende på ägarförhållanden, koncernbidrag utväxlas mellan bolagen. Alla lån från svenska konventionellt beskattade aktiebolag kommer dock ändå bedömas enligt tioprocentregeln. Av vad som följer av förarbetena, d.v.s. att räntebetalningar på interna lån mellan

¹⁷¹ SOU 2014:40, s. 390 f.

¹⁷² SOU 2014:40, s. 391.

¹⁷³ Mål C-398/16 *X BV*, p. 28.

¹⁷⁴ Mål C-398/16 *X BV*, p. 31.

¹⁷⁵ Mål C-398/16 *X BV*, p. 33–37.

konventionellt beskattade aktiebolag mellan vilka det föreligger koncernbidragsrätt inte kommer att träffas av undantaget från tioprocentsregeln, kan följande slutsats dras: Föreligger koncernbidragsrätt så medges avdraget.¹⁷⁶

Ohlsson hänvisar till några kammarrättsavgöranden rörande tioprocentsregeln, som med bl.a. hänvisning till *X BV* kommit fram till att det föreligger en negativ särbehandling om koncernbidragsrätt skulle föreläggas i en helsvensk situation. Ohlsson framhåller att han delar den uppfattningen.¹⁷⁷ I ett kammarrättsavgörande som meddelades tre dagar innan *X BV* ansågs tioprocentsregeln inte utgöra en negativ särbehandling i en gränsöverskridande situation.¹⁷⁸ I målet var det låntagande bolaget svenskt. Det var i sin tur indirekt helägt dotterbolag till det långgivande franska koncernbolaget. Hur ägarförhållandet såg ut är dock osäkert.¹⁷⁹ Ohlsson delar inte rättens bedömning och framhåller att om det långgivande bolaget hade varit svenskt så hade koncernbidragsrätt föreläggas och således även avdragsrätt. Detta följer av *X BV*.¹⁸⁰

I ett kammarrättsavgörande efter *X BV* kom rätten dock fram till att ventilationen inte strider mot EU-rätten. I målet vägrades avdrag för ränteutgifter till ett belgiskt koncernbolag. Den belgiska bolagsskattesatsen var 34 procent men p.g.a. ett s.k. NID-avdrag enligt belgiska regler sjönk den s.k. hypotetiska bolagsskatten till under tio procent. Ohlsson framför att i det fall det belgiska bolaget istället hade varit svenskt hade långgivaren varit föremål för den svenska

¹⁷⁶ Prop. 2012/13:1 s. 254 och 334.

¹⁷⁷ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 711. Se även Kammarrätten i Stockholms dom den 13 april 2018 i mål nr 1770-1771-17 och den 29 juni 2018 i mål nr 5437-5438-17.

¹⁷⁸ Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 19 februari 2018 i mål nr 1594-17 och 3040-17.

¹⁷⁹ På s. 2 i Skatteverkets underliggande beslut för beskattningsåret 2013 framgår att det svenska bolaget var dotterdotterbolag till långgivaren. På s. 5 i det svenska bolagets årsredovisning för 2013 framgår att ägarandelarna i alla led var 100 procent.

¹⁸⁰ Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 19 februari 2018 i mål nr 1594-17 och 3040-17.

¹⁸⁰ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 711.

bolagsskattesatsen. Prövningen hade då skett enligt tioprocentsregeln och inte ventilen. Ventilen kan sägas indirekt diskriminera gränsöverskridande situationer. Mot bakgrund av hur det svenska ränteavdragssystemet är uppbyggt, blir det alltid tioprocentsregeln som blir tillämpliga när det är fråga om helsvenska situationer.¹⁸¹ Ohlsson framhåller härav att svenska långivare således får ett ”extra skyddsnät” som inte utländska långivare har.¹⁸² Dessutom så ägs över 90 procent av alla svenska dotterbolag till mer än 90 procent av sitt moderbolag.¹⁸³ I verkligheten ifrågasätts således avdragsrätten mycket sällan.¹⁸⁴

Ohlsson anför vidare att det inte spelar någon roll för bedömningen, oavsett om det är tioprocentsregeln eller ventilen som ska prövas, om koncernbidragsrätt inte skulle ha förelegat om det utländska företaget istället hade varit ett konventionellt beskattat företag. Det sägs nämligen i förarbetena att om ett svenskt företag tar lån från sin svenska internbank så ska avdrag medges, detta då ränteavdraget i ett sådant fall balanseras av en motsvarande ränteintäkt.¹⁸⁵ Uttalandet är väldigt generellt utformat. Ohlsson framhåller att ett moderföretag inte nödvändigtvis behöver ha koncernbidragsrätt med alla sina dotterbolag. Även i det fall koncernbidragsrätt inte skulle föreligga om samtliga bolag hade varit svenska, är det ytterst osannolikt att avdrag skulle vägras om ett lån hade erhållits från ett konventionellt beskattat svenskt aktiebolag eftersom ränteavdraget balanseras med en ränteinkomst.¹⁸⁶

Ohlsson framhåller vidare att även i de fall där ventilen blir tillämplig så måste rättstillämparen ställa sig frågan om hur motsvarade fall

¹⁸¹ Jfr. uttalandena i prop. 2012/13:1 s. 334 där regeringen uttryckligen säger att det föreligger ett ”säkerhetsavstånd” mellan tioprocentsregeln och ventilen som gör att avdrag kan medges i fler fall enligt tioprocentsregeln.

¹⁸² Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 712.

¹⁸³ Se Fredrik Ohlsson, *Skattenytt* 2014 s. 655 med vidare hänvisningar.

¹⁸⁴ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 712.

¹⁸⁵ Prop. 2012:13:1 s. 252–253.

¹⁸⁶ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 712 f.

skulle ha bedömts om långgivaren hade varit ett konventionellt beskattat svenskt aktiebolag istället. Detta följer av *X BV*. Vad gäller det belgiska fallet från Kammarrätten så är den korrekta jämförelsesituationen vad som hade skett om det belgiska bolaget hade varit ett konventionellt beskattat svenskt bolag. Ohlsson är av uppfattningen att avdrag med största sannolikhet hade medgivits i en sådan situation. Eftersom objektivt jämförbara situationer därmed behandlas olika, föreligger en negativ särbehandling.¹⁸⁷

6.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning

Ohlsson är av uppfattningen att det är långt ifrån självklart att reglerna skulle kunna anses vara motiverade. Ohlsson pekar på *Eurowings* där EU-domstolen uttalade att en negativ särbehandling av betalaren av ersättning för vissa tjänster inte kunde motiveras med att den utländska mottagaren av betalningen betalade en lägre skatt i den stat där den var etablerad. EU-domstolen har dock uttalat att motverkande av skatteflykt kan vara en rättfärdigandegrund. Förutsättningen för att använda den rättfärdigande grunden är dock den situation då reglerna omfattat fiktiva upplägg utan ekonomisk förankring som uteslutande arrangeras i syfte att undvika skatt. Enligt Ohlsson uppfattning träffar de svenska reglerna fler situationer än dessa.¹⁸⁸

Enligt Väljemark är rättfärdigande grunderna den välavvägda fördelningen av beskattningsrätt samt motverkande av skatteflykt starkt sammankopplade. Väljemark anser dock att rättfärdigande grunden bevarandet av en välavvägd fördelning av beskattningsrätterna inte nödvändigtvis är relevant när det är fråga om lagstiftning som ställer krav på affärsmässighet. Att regeringen dessutom menat att det övergripande syftet med de svenska reglerna är

¹⁸⁷ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 713. Se även Mål C-398/16 *X BV*, p. 33–37.

¹⁸⁸ Ohlsson (2013), *Även solen har sina fläckar: EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*, s. 109.

att förhindra att skattebasen urholkas genom att vinster med hjälp av ränteavdrag förs över till ett annat land, inte är helt verklighetsförankrat.¹⁸⁹

Gällande de ursprungliga reglerna anför Hilling följande. De svenska reglerna syftar till att undvika skatteplanering med hjälp av ränteavdrag. Det handlar således om att undvika situationer då beskattningsunderlag flyttas mellan stater. Hillings uppfattning är att det är just detta som EU-domstolen, genom rättfärdigandegrunden bevarandet av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten, accepterat att medlemsstaterna motverkas. Enligt Hillings uppfattning håller inte EU-domstolen fast vid kravet på att reglerna ska vara riktade mot konstlade upplägg i de fall regler motiveras med rättfärdigandegrunderna bevarandet av en välavvägd fördelning av beskattningsrätten samt motverkande av skatteflykt i kombination. Därmed skulle reglerna kunna motverkas av de två rättfärdigandegrunderna i kombination.¹⁹⁰

Ohlsson hänvisar även till *X BV* där EU-domstolen menade att de nederländska reglerna inte kunde motiveras av att den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna behövde upprätthållas.¹⁹¹ Emellertid ser Sveriges regelverk något annorlunda, läsaren bör därför vara uppmärksam på att argumentation som förs i domen inte är omedelbart överförbar på den svenska situationen.¹⁹² Ohlsson är av uppfattningen att rättfärdigandegrunderna, behovet av att motverka skatteflykt och behovet av att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten är två sidor av samma mynt. Han fokuserar inte så mycket på det utan går vidare för att titta på själva

¹⁸⁹ Väljemark (2015), *Sveriges svar på EU-kommisionens formella underrättelse om ränteavdrag*, s. 316.

¹⁹⁰ Hilling (2012:1), *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skatteflyktsregler? En analys med särskilt fokus på rättfärdigandegrunden att upprätthålla den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten*, s. 824.

¹⁹¹ Mål C-398/16 *X BV*, p. 38–42.

¹⁹² Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 716.

proportionalitetsanalysen.¹⁹³ Ohlsson är av uppfattningen att den svenska regleringen är mer ingripande än vad som krävs för att uppnå målen med lagstiftningen. Ohlsson hänvisar i detta hänseende till *X BV* där EU-domstolen konstaterade att det är skillnad mellan att göra avdrag för en räntekostnad och att göra en allmän avräkning mellan utgifter och inkomster inom ramen för ett koncernbeskattningssystem.¹⁹⁴

Ohlsson håller vidare varken med Hillings eller regeringens ståndpunkt om att kravet på att lagstiftningen enbart ska träffa s.k. fiktiva, konstlade upplägg inte längre upprätthålls av EU-domstolen när en nationell regel rättfärdigas av behovet av att upprätthålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten, i kombination med behovet att motverka skatteflykt.¹⁹⁵ Ohlsson hänvisar i detta hänseende till *Eqiom och Enka*¹⁹⁶ samt *Deister Holding AG och Juhler Holding A/S*¹⁹⁷. I förstnämnda mål anförde EU-domstolen att dessa två grunder är sammanlänkade, men att det även i en sådan situation krävs att en nationell regel måste syfta till att i det enskilda fallet förhindra s.k. rent konstlade upplägg. Mot bakgrund av att lagstiftningen ifråga träffade alla situationer och tillämpades inte enbart på rent konstlade upplägg ansåg EU-domstolen att lagstiftningen inte var proportionerlig.¹⁹⁸ Ohlsson hänvisar vidare till *SIAT* som han menar ger uttryck för samma princip. EU-domstolen anförde att den regel som var föremål för prövning bara ansågs kunna bevara den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten om lagstiftningen både hindrade bedrägliga beteenden (i form av konstlade upplägg) samtidigt som den möjliggjorde för medlemsstaten att beskatta verksamhet i landet.¹⁹⁹ Ohlsson drar härav slutsatsen att båda kraven

¹⁹³ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 717 f.

¹⁹⁴ Mål C-398/16 *X BV*, p. 40.

¹⁹⁵ Se bl.a. s. 15 i regeringens svar till EU-kommissionen den 20 februari 2015, Fi2014/4205.

¹⁹⁶ Mål C-6/16 *Eqiom och Enka*.

¹⁹⁷ Se mål C-504/16 *Deister Holding AG* och mål C-613/16 *Juhler Holding A/S*.

¹⁹⁸ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 719. Se även C-6/16 *Eqiom och Enka* p. 30–36 och 61–65 med vidare hänvisningar.

¹⁹⁹ Mål C-318/10 *SIAT*, p. 47.

måste vara uppfyllda för att en nationell lagstiftning av denna anledning skulle kunna motivera en inskränkning av de grundläggande friheterna.²⁰⁰

Enligt Ohlsson är orsaken till EU-domstolens slutsatser att en regel som är utformad på det här sättet – en presumptionsregel som är svår att motbevisa – träffar även situationer när det inte föreligger ett konstlat upplägg. Endast risken för att sådana situationer ska träffas av en negativ särbehandling kan således räcka för att EU-domstolen ska underkänna en nationell regel. Således får medlemsstater inte införa presumptionsregler som är svåra att motbevisa för den skattskyldige, förutom i det fall regeln har ett smalt tillämpningsområde och endast syftar till att motverka s.k. konstlade upplägg, annars är en sådan regel inte godtagbar mot de syften som den avser att motverka. Ohlsson menar att undantaget från tioprocentregeln och ventilen träffar även andra fall än när föreligger ett konstlat upplägg. Ohlsson menar avslutningsvis också att de nuvarande räntereglerna är generellt utformade och träffar också fall där det inte föreligger rent konstlade upplägg, vilket talar mot att de skulle godtas av EU-domstolen.²⁰¹

6.4 Krav på rättssäkerhet

En fråga som har varit omdiskuterad tidigare är rättssäkerhetsfrågans betydelse för proportionalitetsbedömningen. Att en nationell lagstiftning inte bedöms vara tillräckligt förutsägbar kan i sig leda till att lagstiftningen inte klarar den EU-rättsliga proportionalitetsprövningen

Hilling diskuterar rättssäkerhetsfrågan i förhållande till de ursprungliga räntereglerna och menar att de skulle kunna anses klara rättssäkerhetskravet. Hilling pekar främst på 2009 års ventilregel och menar att reglerna är uppbyggda på ett sätt som överensstämmer med

²⁰⁰ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 719.

²⁰¹ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 720.

vad EU-domstolen har förespråkat i EU-mål avseende rekvisitet konstlade upplägg, nämligen att det ska vara möjligt för den skattskyldige att undkomma avdragsbegränsning genom att visa att transaktionerna är affärsmässigt motiverade.²⁰² Vidare menar Hilling att det är troligt att EU-domstolen kommer att visa förståelse för den svårighet som är förknippad med att utforma rekvisit avseende affärsmässighet.²⁰³

Ohlsson menar att bedömningarna som följer av de nuvarande räntereglerna är rättsosäkra och oförutsebara och att det i det enskilda fallet är svårt att avgöra om kraven förknippade till räntereglerna är uppfyllda. Ohlsson framhåller vidare att tioprocentsregeln är väldigt brett utformad. Rekvisiten ”väsentlig skatteförmån för intressegemenskap” och det ”huvudsakliga skälet för skuldförhållandet! är mycket luddigt utformade. Vidare ger inte heller förarbetena någon tydlig vägledning om hur räntereglerna ska tillämpas. Det är omöjligt att utifrån förarbetena veta vilken vikt som ska läggas vid de olika omständigheter som sägs ha betydelse för bedömningen.²⁰⁴ Hur ska vägningen av vad som talar för och vad som talar mot göras? Hur ska möjligheten att lämna tillskott avgöras? Vad kommer i första hand och vad väger tyngst? Skyddet av skattebasen, den restriktiva bedömningen eller de sunda affärsmässiga skälen?²⁰⁵ Ohlsson är således av uppfattningen att det i det enskilda fallet är väldigt svårt för en skattebetalare att bedöma huruvida avdrag kommer medges i förväg.²⁰⁶ Dessa rättssäkerhetskrav ställs inte enbart när det är fråga om fri rörlighet av tjänst som i *SIAT*. I *Itelcar* ställdes dessa rättssäkerhetskrav vid prövning av fri rörlighet av kapital.²⁰⁷

²⁰² Se mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, p. 80 och 83

²⁰³ Hilling (2012:2), *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skattflyktsregler? En analys med särskilt fokus på EU-domstolens proportionalitetsbedömning*, s. 826.

²⁰⁴ Ohlsson (2014), *Dags för HFD att begära ett förhandsavgörande om ränteavdragsbegränsningarna?*, s. 659. Ohlsson (2013), *Även solen har sina fläckar: EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*, s. 109 f.

²⁰⁵ Ohlsson (2018), *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, s. 725.

²⁰⁶ Ohlsson (2013), *Även solen har sina fläckar: EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*, s. 109 f.

²⁰⁷ Ohlsson (2014), *Ränteavdragen och EU-rätten*, s. 23.

Tidigare har såväl ledamöter av Lagrådet som föredragande i Skatterättsnämnden uttryckt att de nuvarande räntereglerna aktualiserade mycket svårbedömda frågor och att det kunde ställas höga krav på att rättssäkerheten tillgodoses i regelsystemet. Ohlsson menar att om såväl ledamöter av Lagrådet som de föredragande i Skatterättsnämnden, har svårt tolka reglerna, talar det för att reglerna inte är så pass rättssäkra som det krävs.²⁰⁸

6.5 Sammanfattning

Mot bakgrund av det ovan anförda kan dras slutsatsen att doktrin har haft en del skilda uppfattningar om räntereglernas förenlighet med EU-rätten. Även om artiklarna kan vara av stor betydelse då författarna till artiklarna oftast har gedigen kunskap och erfarenhet är det viktigt att påminnas om att artiklarna är skrivna av praktiker som kan ha ett visst intresse. Läsaren bör vidare påminnas om att argumenten som presenteras här ovan redogör först och främst för de nuvarande räntereglerna, i vissa hänseendet berörs även de ursprungliga räntereglerna.

I avsnitt fyra kom jag fram till avseende tillämplig fördragsfrihet att EU-domstolen beaktar ägarandelens storlek men att detta inte göras förrän den nationella lagstiftningens ändamål har beaktats och inte kunnat fastställas. Ohlsson verkar dock inte vara av samma uppfattning och ställer EU-domstolens praxis mot vad som vad som anförts av Skatteverket i ett tidigare dialogsvar. Jag tolkar inte dialogsvaret på samma sätt som Ohlsson. Enligt min uppfattning kunde Skatteverket komma fram till slutsatsen att det förelåg ett ”väsentligt inflytande” redan vid en ägarandel om tio procent med anledning av att företaget i fråga hade inflytande i samverkan med

²⁰⁸ För Lagrådets yttrande se prop. 2012/13:1 Bilaga 6 s. 18–19. Se även s. 6 i Skatterättsnämndens föredragningspromemoria i dnr 71-13/D inför sammanträdet den 20 november 2013.

andra företag som ägde betydligt större andelar. Vidare anger Skatteverket i ett annat ställningstagande som jag redogjort för i avsnitt 3.4 att det blir aktuellt att anse att intressegemenskap föreligger vid lägre andelar först när det föreligger omständigheter som talar för att inflytande trots allt är stort.

Enligt min mening är den gränsöverskridande och den inhemska situationen helt klart jämförbara. I likhet med Väljemark anser jag regeringens argument för varför situationerna inte skulle ses som jämförbara inte är övertygande.

Vad gäller frågan om negativ särbehandling är det enligt mig mycket tydligt att reglerna i praktiken endast kommer att träffa gränsöverskridande situationer. Även om det inte anges tydligt i lagtexten anser jag att det ändå av vad som framgår av förarbetena att räntereglerna är avsedda för just sådana situationer. Även om de nya riktade räntereglerna synes vara neutralt utformade så innebär de en indirekt diskriminering i praktiken enligt min mening. I realiteten innebär det faktum att koncernbidragsrätt föreligger att avdragsrätt för ränteutgifter också. Räntebegränsningarna kommer således nästan aldrig träffa inhemska bolag.

Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning är intressant att diskutera då den har blivit en vattendelare. Frågan avser om kravet på att den nationella lagstiftningen ska vara riktad mot rent konstlade upplägg inte längre upprätthålls när man gör en samlad bedömning av de två rättfärdigandegrunderna. Jag är mot bakgrund av den praxis från EU-domstolen av uppfattningen att kravet på rent konstlat upplägg försvinner vid en samlad bedömning. Däremot är jag inte helt övertygad om att räntereglerna skulle klara rättssäkerhetskravet.

7 Analys av de nya riktade räntereglernas förenlighet med EU-rätten

Avdragsrätt enligt de nya riktade räntereglerna kräver det att det företag inom intressegemenskapen som faktiskt har rätt till inkomsten som motsvarar ränteutgiften hör hemma i en stat inom EES eller i en stat med vilken Sverige har ingått skatteavtal med som inte är begränsat till viss inkomst, om företaget omfattas av avtalets regler om begränsning av beskattningsrätten och har hemvist i denna stat enligt avtalet. Det krävs vidare att det företag som faktiskt har rätt till inkomsten som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats för inkomsten med minst tio procent enligt lagstiftningen i den stat där företaget hör hemma, om företaget bara skulle ha haft den inkomsten. Avdragsrätt föreligger vidare inte om skuldförhållandet uteslutande eller så gott som uteslutande har uppkommit för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån. I den situation en skuld till ett företag i intressegemenskap avser ett förvärv av en delägar rätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen, råder avdragsrätt endast om även förvärvet är väsentligen affärsmässigt motiverat. I det fall en skuld har ersatt en tillfällig skuld till ett företag som inte ingår i intressegemenskapen och denna skuld avser ett förvärv av delägar rätter, ska även den förstnämnda skulden anse avse förvärvet. De nya riktade räntereglerna innebär även bestämmelser som rör vissa externa skuldförhållanden, så kallat back-to-back-lån, utvidgas till att omfatta alla interna lån.

Med en god inblick i de nuvarande räntereglernas systematik blir det intressant att jämföra räntereglerna med de nya riktade räntereglerna. Visar det sig att likheterna mellan de nuvarande räntereglerna och nya riktade räntereglerna är fler än skillnaderna är det något som talar för att de nya riktade räntereglerna kan komma att bedömas likadant som de nuvarande räntereglerna. De nya riktade räntereglerna innebär att

huvudregeln om att ränteutgifter inte är avdragsgilla istället blir ett undantag än en huvudregel. Kravet på att förvärvet ska vara ”huvudsakligen affärsmässigt motiverat” förvinner men det införs ett nytt rekvisit som innebär att avdragsrätt inte föreligger då skuldförhållandet uppkommit ”uteslutande eller så gott som uteslutande” av skatteskal. Det införs även ett krav på att förvärvet varit väsentligen affärsmässigt motiverat vid fråga om delägarätter. Samtidigt kvarstår definitionen av intressegemenskap.

Om man ser till ett övergripande plan är den nya lagstiftningens utformningens syfte och funktion till stora delar lik den nuvarande lagstiftningen. De nya riktade räntereglerna bygger till stora delar på den nuvarande lagstiftningen. En övervägande del av den vägledning som ges avseende de nya riktade räntereglerna hänvisar också till förarbetsuttalanden till de nuvarande räntereglerna. Jag är således av uppfattningen att stora delar av den argumentation som framförts i förhållande till de nuvarande räntereglerna i kvarstår i förhållande till de nya riktade räntereglerna.

I propositionen till de nya riktade räntereglerna anförs mycket kort att bedömningen är att den föreslagna utformningen av reglerna är förenlig med FEUF. Enligt mig går det att ifrågasätta denna bedömning.

7.1 Tillämplig fördragsfrihet

Det är av särskild vikt att bestämma vilken fördragsfrihet som ska ligga till grund för den EU-rättsliga prövningen. En viktig skillnad mellan den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten är att den förstnämnda friheten även gäller gentemot tredje land.

Tillämpning av fri rörlighet för kapital skulle innebära att det skulle bli svårt att vägra avdrag för ränteutgifter hänförliga till lån från så kallade skatteparadis, vilket är något som även Ohlsson påpekar. Att fördragsfriheterna prövas gemensamt mot en medlemsstats

lagstiftning är uteslutet enligt EU-domstolens praxis och därför måste det bestämmas vilken frihet som en självständig bedömning ska göras mot.

Till att börja med kan det konstateras att definitionen av intressegemenskap inte kommer att förändras i och med den nya lagstiftningen. Den argumentation som förs i förarbetena och doktrin avseende de nuvarande räntereglerna får därför anses vara lika relevant för de nya riktade räntereglerna.

Av förarbetena till de nya riktade räntereglerna framgår att gränsen för när reglerna blir tillämpliga ligger strax under 50 procent ägarandel. I *Thin Cap Group Litigation* samt *Lasertec* konstaterade EU-domstolen att etableringsfriheten aktualiserades när det var fråga om 75 procent alternativt 25 procent ägarandel. Dessa mål talar för att de nya riktade räntereglerna skulle kunna aktualisera etableringsfriheten. Emellertid har ny EU-praxis, nya ställningstaganden samt dialogsvar från Skatteverket satt diskussionen i nytt ljus. Till följd av *FII* drogs följande slutsats i litteraturen. Fördragsfriheten fri rörlighet för kapital blir tillämplig trots att aktieägandet i det enskilda fallet är tillräckligt stort att det utgör en etablering i fördragets mening. Fördragsfriheten blir aktuell om lagstiftningen i fråga inte uteslutande är tillämplig på situationer där moderbolag utövar ett bestämmande inflytande. Ohlsson delar den uppfattningen. I *Itelcar* som avsåg räntekostnader återupprepades vad som hade anförts i *FII*. Med det sagt är det tydligt att de i *FII* uttalade principerna ska användas i mål om avdrag för räntekostnader. Mot bakgrund av denna slutsats kan således ett bolag oberoende andelsinnehav åberopa fri rörlighet för kapital under förutsättning att den nationella lagstiftningen inte uteslutande är tillämplig då det ena bolaget utövar bestämmande inflytande på det andra.

Ohlsson hänvisar till ett dialogsvar av Skatteverket daterad den 9 april 2013 där verket ställdes inför frågan om när ett väsentligt inflytande

kan anses föreligga. Skatteverket anförde att samtliga ägare, även det bolaget med en ägarandel om tio procent, ansågs ha ett väsentligt inflytande i räntereglernas mening då deras agerande var samordnat. Ohlsson menar att i det fall slutsatsen blir att räntereglerna ska tillämpas redan vid en så liten ägarandel som tio procent, kan detta förändra läget. Av *Itelcar* framgår nämligen tydligt att ett innehav om tio procent inte anses leda till ett bestämmande inflytande, däremot synes ett innehav om 25 procent kunna leda till ett bestämmande inflytande enligt *Lasertec*. Konsekvensen blir att de nya riktade räntereglerna kommer anses inte uteslutande träffa situationer där det föreligger ett bestämmande inflytande och den fria rörligheten för kapital aktualiseras därmed. Detta gäller således alldeles oavsett om innehavet i det enskilda fallet skulle vara hundra procentigt. Jag är dock inte av samma uppfattning som Ohlsson.

Först och främst kan det påminnas om att Skatteverkets dialogsvar inte är inte rättsligt bindande. Vidare anger Skatteverket i sitt ställningstagande att det blir aktuellt att anse att intressegemenskap föreligger vid låga ägarandelar först när det föreligger omständigheter som talar för att inflytande trots allt är stort. I dialogsvar som Ohlsson hänvisar till fann Skatteverket att inflytande fanns i samverkan med andra bolag som ägde betydligt större andelar.

Jag är vidare av uppfattningen att ägarandelen inte har en sådan avgörande betydelse som Ohlsson framhåller. I samtliga mål som redogjorts för i den här framställningen prövar EU-domstolen ägarandelen först efter att det konstaterats att syftet med bestämmelserna inte kunnat utrönas. I *Lasertec* ansågs det framgå att syftet var att bestämmelserna uteslutande skulle tillämpas när det förelåg bestämmande inflytande. EU-domstolen beaktade det faktum att lagstiftaren likställde en sådan ägarandel med det fall delägare ägde en mindre andel men fortfarande, själv eller tillsammans med andra, utövade ett kontrollerande inflytande över bolaget. Enligt EU-domstolen var detta ett uttryck för lagstiftarens vilja att visa att

bestämmelserna skulle bli tillämpliga när ett andelsinnehav gav möjlighet till ett bestämmande inflytande, detta utan att låta exakta tal vara avgörande. Mot bakgrund av detta blev var etableringsfriheten tillämplig i målet. EU-domstolen har vidare i *Itelcar* konstaterat att ägarandelen inte nödvändigtvis innebar att bestämmande inflytande förelåg. I både *FII*, *Itelcar* samt *Eqiom och Enka* anförde EU-domstolen att frågan om vilken fördragsfrihet som skulle bli tillämplig skulle avgöras med ändamålet med lagstiftningen. I det fall en nationell skattelagstiftning enbart ska tillämpas på andelsinnehav som ger ett bestämmande inflytande över ett bolags beslut och verksamhet ska lagstiftningen omfattas av etableringsfriheten. I det fall att lagstiftningen enbart är tillämplig på innehav som förvärvats i placeringssyfte, utan avsikt att erhålla något inflytande på förvaltning eller kontroll av företaget så ska frågan bedömas enbart utifrån den fria rörligheten av kapital. I *Eqiom och Enka* har EU-domstolen dessutom konstaterat att i det fall lagstiftningen ifråga inte nödvändigtvis enbart ska tillämpas då ett företag har bestämmande inflytande över ett annat får hänsyn tas till omständigheterna i det enskilda fallet för att bedöma vilken frihet bestämmelserna som lagstiftningen ska prövas mot. Ägarandelen spelar således ingen större roll i det fall lagstiftningens syfte talar för att avsikten är att lagstiftningen ska tillämpas på de fall där bestämmande inflytande föreligger.

EU-kommissionen förde i sin bedömning av de nuvarande räntereglerna ingen större diskussion kring tillämplig fördragsfrihet förutom att det konstaterades att etableringsfriheten blev tillämplig då räntereglerna blir tillämpliga då det föreligger aktieinnehav som garanterar aktieägare bestämmande inflytande hos motparten i skuldförhållandet. Att EU-kommissionen ansåg att etableringsfriheten blev aktuell i förhållande till de nuvarande räntereglerna talar för att samma bedömning skulle göras gällande de nya riktade räntereglerna, särskilt mot bakgrund av hur lika de är till utformningen.

De nya riktade räntereglerna tillämplighet är beroende av definitionen av intressegemenskap. Intressegemenskap innebär enligt denna nya lagstiftningen att ett av företagen, direkt eller indirekt, genom ägarandel eller på annat sätt har ett väsentligt inflytande i det andra företaget, eller att företagen står under huvudsak gemensam ledning. Enligt förarbetena innebär uttrycket väsentligt inflytande i vart fall strax under 50 procent. De nya riktade räntereglerna kräver således en viss mån av inflytande för att bli tillämpliga, därför går det att utesluta att enbart fri rörlighet av kapital skulle bli tillämplig. Det framgår av förarbetena att lägre ägarandelar enbart anses falla in under definitionen av intressegemenskap då det föreligger andra omständigheter som har betydelse för bedömningen. Min uppfattning är att lagstiftningens ändamål är att träffa de situationer där det föreligger bestämmande inflytande. Min slutsats i denna fråga blir därför att förslagens bestämmelser enbart kommer tillämpas i situationer där det föreligger bestämmande inflytande enligt EU-rätten. Etableringsfriheten blir således tillämplig.

7.2 Hinder för etableringsfriheten

Nästa fråga är huruvida de nya riktade räntereglerna negativt särbehandlar gränsöverskridande situationer i förhållande till rent inhemska. I frågan ingår att bedöma om situationerna överhuvudtaget är jämförbara. En stor del av den argumentationen gällande de nuvarande räntereglerna kretsar kring förarbetena till lagstiftningen. Detta är samma förarbeten som hänvisas till för vägledning gällande de nya riktade räntereglerna. Jag gör således bedömningen att de argument som lyfts fram gällande de nuvarande räntereglerna avseende detta steg i den EU-rättsliga prövningen är aktuella även för de nya riktade räntereglerna.

Avseende de nuvarande räntereglerna anförde EU-kommissionen att situationen där ett svenskt företag betalar ränta på lån till ett annat företag i en EES-stat inom samma koncern är jämförbar med

situationen där det svenska företaget istället betalar ränta på lån till ett annat företag i Sverige och där företagen kan lämna koncernbidrag till varandra. I det hänseendet hänvisade EU-kommissionen till den bedömning som hade gjorts i *Thin Cap Group Litigation*. Regeringen var däremot av motsatt uppfattning och menade att situationerna inte var jämförbara. Regeringen menade att EU-domstolen har bedömt det vara förenligt med EU-rätten och regler av sådant slag kan således begränsas till att gälla mellan företag som har skattemässigt hemvist i en och samma medlemsstat. Regeringen menar att det av EU-domstolen är en erkänd skillnad mellan dessa situationer då EU-domstolen i mål *X-Holding* och mål *Oy AA* bedömt att det inte strider mot EU-rätten att begränsa koncernbidragsrätten till rent inhemska situationer. Jag är inte övertygad av regeringens argument. Jag är av samma uppfattning som Väljemark, ett accepterande av regeringens synsätt vore som ett accepterande, utan krav på rättfärdigande, för diskriminering i alla situationer och för alla regelverk där koncernbidragsrätt föreligger och för alla regelverk där koncernbidragsrätt föreligger. Om EU-domstolen vid en prövning skulle acceptera regeringens ståndpunkt skulle etableringsfriheten bli verkningslös. I *X Holding* konstaterade EU-domstolen att en skattskyldigs hemvist är något som kan motivera en särbehandling men att om särbehandling vid gränsöverskridande situationer alltid tilläts skulle etableringsfriheten bli innehållslös. Dessutom har EU-domstolen i *SIAT* konstaterat att inhemska och utländska bolag befinner sig i jämförbara situationer oberoende av var motparten har hemvist och oberoende av om beskattningen är mer eller mindre förmånlig än den som tillämpas i det inhemska fallet. EU-domstolen slutsatser kan appliceras på de svenska räntereglerna. Ett svenskt inhemskt bolag som lånar från ett annat svenskt bolag bör därmed anses befinna sig i en jämförbar situation med ett svenskt bolag som lånar från ett utländskt bolag. Min slutsats stöds vidare av *X BV* där EU-domstolen menade att situationen där en utländsk långivare till ett svenskt bolag och som har rätt till ränteinkomsten är ett konventionellt beskattat bolag i sin hemvistjurisdiktion, så ska jämförelsen också ske

med en identisk situation där man jämför utfallet med om den utländska långgivaren istället hade varit ett hypotetiskt svenskt konventionellt beskattat aktiebolag. Detta gäller oavsett vilken skattesats som det utländska bolaget beskattas med. Situationerna är ändå objektivt jämförbara. Min uppfattning är således att situationerna är jämförbara även avseende de nya riktade räntereglerna.

EU-kommissionen menar vidare att de nuvarande räntereglerna utgör en negativ särbehandling. Detta då räntereglerna innebär att avdragsrätt föreligger mellan två företag som har hemvist i Sverige som kan lämna koncernbidrag mellan varandra. Samma möjlighet till avdragsrätt föreligger inte i en gränsöverskridande situation. EU-kommissionen hänvisade även till de svenska förarbetena där det uttrycks att reglerna är riktade mot gränsöverskridande koncerner och syftar till att skapa lika konkurrensvillkor mellan internationella koncerner och andra företag eller koncerner som inte kan få internationella koncerninterna lån. EU-kommissionen menade att avdragsrätten i realiteten nästan i samtliga fall är förbehållen koncerner med närstående inhemska koncernmedlemmar, medan koncerner med närstående koncernmedlemmar i andra medlemsstater i praktiken sällan kommer att kunna få samma avdragsmöjlighet. EU-kommissionen hänvisade i denna del till *Eurowings* och *Hervis* där man menade att en liknande bedömning gjorts. Regeringen var inte av samma uppfattning som EU-kommissionen och framhöll bland annat att det i förarbetena framgår att syftet med bestämmelserna är att den svenska skattebasen inte ska urholkas och att urholkning normalt inte sker i inhemska situationer. Detta betyder inte per automatik att bestämmelserna är riktade mot gränsöverskridande situationer.

Propositionen till de nya riktade räntereglerna hänvisar till förarbetena tillhörande de nuvarande räntereglerna och därför blir förarbetsuttalandet även tillämpligt på de nya reglerna. Jag är av uppfattningen att förarbetsuttalanden tydligt visar på att det just är i gränsöverskridande situationer som lagstiftningen avses tillämpas på.

Genom *Hervis* visar EU-domstolen att den knappast är restriktiv i sina bedömningar huruvida en nationell lagstiftning är i strid med EU-rätten eller inte. Målet visar på att även formellt sett neutrala regler kan leda till negativ särbehandling i praktiken. Även om de nya riktade räntereglerna till sin utformning är neutrala är det tydligt att de inte syftar till att verka neutralt.

Dessutom anser jag i likhet med kommissionen att de nuvarande räntebegränsningarna i praktiken endast kommer att träffa gränsöverskridande förhållanden, detta gäller även för de nya riktade räntereglerna. De nya räntereglerna innebär att avdragsbegränsning blir aktuellt då skuldförhållande skapats för att få en skatteförmån. I inhemska fall uppkommer ingen skatteförmån eftersom att svenska bolag har möjlighet att resultatjämma med koncernbidragsreglerna. Detta innebär att räntebegränsningen i praktiken nästan aldrig kommer att träffa inhemska situationer. De nya riktade räntereglerna likt de nuvarande räntereglerna innebär att det alltid kommer råda en osäkerhet kring avdragsrätt för ränteutgifter till utländska koncernbolag medan det i rent inhemska situationer alltid föreligger avdragsrätt. Dessutom har EU-domstolen i *Hervis* konstaterat att negativ särbehandling kan föreligga om den nationella lagstiftningen ifråga i realiteten endast träffar gränsöverskridande situationer, detta även om reglerna till utformningen är neutrala.

Ohlsson menar att *SIAT* visar att negativ särbehandling kan föreligga om nationell lagstiftning ställer upp krav på viss beskattningsnivå i mottagarstaten. Det föreligger dock en skillnad mellan tioprocentsregeln så som den är utformad idag och den som kommer att införas i och med den nya lagstiftningen. Den nuvarande tioprocentsregeln innebär att om mottagaren beskattades med tio procent eller mer skulle som huvudregel avdrag medges. Den nya tioprocentsregeln innebär istället att huvudregeln är att då mottagaren beskattas i EES-stat eller med minst tio procent så ska avdrag medges. Kravet på beskattning hos mottagaren blir således mer indirekt genom

att den skulle kunna motivera en tillämpning av undantaget. Detta då det i förarbetena till de nya riktade räntereglerna föreskrivs att beskattningsnivån är en sådan omständighet som ska beaktas vid bedömning av om ett skuldförhållande uppkommit uteslutande eller så gott som uteslutande för att få en väsentlig skatteförmån förklaras även i förslaget och de förarbeten som hänvisas till. Skillnaden mellan de nuvarande räntereglerna och de nya riktade räntereglerna blir således att det inte längre kommer att ställas ett direkt krav på beskattningsnivån hos mottagaren. Men Ohlssons argument kan enligt min mening ändå fortfarande anses vara argument för den nya lagstiftningen. EU-domstolen visade genom *SIAT* att även en nationell lagstiftnings vaga utformning kan tala för att det är fråga om negativ särbehandling. Detta då otydlig lagstiftning kan avhålla aktörer från att vända sig till leverantörer utom medlemsstaten. De nya riktade räntereglerna innehåller många oklarheter där bland annat rekvisiten ”uteslutande eller så gott som uteslutande” samt ”väsentlig skatteförmån” inkluderas.

De nya riktade räntereglerna innehåller ett rekvisit som liknar rekvisitet i den nuvarande regleringen, nämligen ”väsentligen affärsmässigt motiverat”. Ledning ges i propositionen som i sin tur hänvisar till propositionen till de nuvarande räntereglerna. Rekvisitet är svårtytt och skulle enligt min uppfattning ifrågasättas om det är förenligt med EU-rätten mot bakgrund av *SIAT*.

Det nuvarande undantaget från tioprocentregeln har särskilt varit föremål för kritik då den ansetts innebära en inskränkning av EU-rätten. Jag anser att ändringen i det s.k. undantaget från tioprocentregeln från ”huvudsakligen” till ”uteslutande eller så gott som uteslutande” knappast underlättar tillämpningen. Det underlättar heller inte när det i övrigt anges i förarbetena att i princip samma bedömning som i tidigare förarbeten föreskrivits, ska ske. Det är knappast enklare att på exakt samma omständigheter som är hänförliga inte endast till den sökande utan till dennes motpart i

skuldförhållandet liksom till övriga företag som ingår i intressegemenskapen att avgöra om ett skäl är ”uteslutande eller så gott som uteslutande” än om det är ”huvudsakligt”.

Det är dessutom olyckligt att man ska behöva söka ledning för rättstillämpning genom att kombinera studierna av de aktuella förarbetena med studier av äldre förarbeten. Dessutom anser jag att det är otillfredsställande att propositionen inte ger en tydligare hänvisning till vilka uttalanden i förarbetena till den nuvarande regleringen som ska anses vägledande för tillämpningen av de nya reglerna.

Min slutsats är mot bakgrund av det ovan anförda att det vid prövning av de nya riktade ränteregler hade ansetts att bestämmelserna innebär en negativ särbehandling av gränsöverskridande situationer och att dessa är objektivt jämförbara med inhemska situationer.

7.3 Rättfärdigande- och proportionalitetsbedömning

Nästa fråga är huruvida de hindrande reglerna kan rättfärdigas. Mot bakgrund av att de nya riktade ränteregler till utformning och syfte är mycket lika de nuvarande ränteregler gör jag bedömningen att samma rättfärdigande grunder som åberopats i förhållande till de nuvarande ränteregler blir aktuella i förhållande till de nya ränteregler. Jag kommer således i min analys att pröva de nya riktade ränteregler mot motverkande av skatteflykt och missbruk samt bevarandet av en väl avvägd fördelningen av beskattningsrätterna.

En av de rättfärdigande grunder som har belysts i doktrin och av EU-kommissionen som en tillämplig rättfärdigande grund är intresset av att motverka skatteflykt. Inskränkning enligt denna rättfärdigande grund måste syfta till att förhindra uppkomsten av rent konstlade upplägg

som inte speglar den ekonomiska verkligheten och som vidtas i syfte att undvika skatt som normalt ska betalas på vinst från verksamhet som bedrivs inom det nationella territoriet. Detta framgår bland annat av *Cadbury Schweppes*. Huruvida de nya riktade räntereglerna har ett sådant begränsat syfte kan enligt mig ifrågasättas. Mot bakgrund av rekvisitets utformning och vägledning i förarbeten gör jag bedömningen att lagstiftningen kommer att tillämpas på fler fall än endast ”rent konstlade upplägg”. Enligt de nya riktade räntereglerna kan avdrag nekas trots att det föreligger en viss affärsmässighet. Ränkebegränsning blir aktuell när ett skuldförhållande uteslutande eller så gott som uteslutande uppkommit för att inom koncernen få en väsentlig skatteförmån. Detta innebär att reglerna blir tillämpliga då ett skuldförhållande till tio procent motiverats med affärsmässiga skäl. Det är således min uppfattning att de nya riktade räntereglerna inte enbart kommer att träffa rent konstlade upplägg.

Den andra rättfärdigandegrunden som använts i doktrin och av kommissionen är bevarandet av den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten. Denna rättfärdigandegrund syftar till att bolagen inte ska kunna välja vilket land en utgift eller en intäkt ska tas upp. Jag är av samma uppfattning som Hilling *avseende* att de ursprungliga räntereglerna syftade till att motverka beteende som kan äventyra Sveriges rätt att beskatta verksamhet som bedrivs i landet. Det är just lagstiftning avsedd att motverka detta som EU-domstolen förklarar kan rättfärdigas med denna grund. Jag är av uppfattningen att de nya riktade räntereglerna har samma syfte och således kan samma resonemang föras angående dem.

I svensk doktrin har det diskuterats huruvida det upprätthålls ett krav på den nationella lagstiftningen enbart ska träffa s.k. konstlade upplägg vid en rättfärdigandebedömning där behovet av att motverka skatteflykt samt behovet av att bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten prövas tillsammans. Ohlsson menar att de två rättfärdigandegrunderna är två sidor av samma mynt och att kravet

inte försvinner vid en samlad bedömning. Hilling är däremot av en annan uppfattning.

Jag håller med Hilling om att kravet på konstlat upplägg inte längre upprätthålls av EU-domstolen i de fall reglerna motiveras med rättfärdigandegrunderna bevarandet av en välavvägd fördelning av beskattningsrätten samt motverkande av skatteflykt i kombination. I målen Marks & Spencer, Oy AA, SGI har rättfärdigandegrundens behovet att bevara fördelningen av beskattningsrätten bedömts ihop med skatteflyktsgrunden. EU-domstolen har ansett att dessa rättfärdigandegrunder hör ihop. I förstnämnda mål uppställdes inte kravet på konstlat upplägg. Det faktum att det förelåg en risk för att reglerna kunde utnyttjas genom fiktiva upplägg var tillräckligt. I SGI konstaterade EU-domstolen att även om den nationella lagstiftningen inte har som ändamål att undanta fiktiva upplägg som inte är affärsmässiga och vilka skapats i syfte att undvika skatt, kunde de två rättfärdigandegrunderna tillsammans rättfärdiga hindret. Även i Oy AA konstaterade EU-domstolen att det räckte med en risk för fiktiva upplägg för att den nationella lagstiftningen skulle kunna rättfärdigas i en samlad bedömning. Av de ovan nämnda målen gör jag bedömningen att nationell lagstiftning som inte är inriktade på att motverka rent konstlade upplägg utan mer allmänt syftar till att skydda den nationella skattebasen godtas när det finns en risk för skatteflykt. Det vill säga när det föreligger en risk för att nationella regler utnyttjas och ger skattefördelar exv. när skatteupplägget ger upphov till att beskattningsbar inkomst överförs till länder med lägre skattesats. Jag gör bedömningen att det föreligger en risk för fiktiva upplägg och de nya riktade räntereglererna kan således rättfärdigas med stöd av de två rättfärdigandegrunderna tillsammans.

Som tidigare nämnts är Ohlsson inte av samma uppfattning som Hilling avseende kravet på att lagstiftningen enbart ska träffa s.k. konstlade upplägg. Ohlsson hänvisar bland annat till *Eqiom och Enka*. I målet anförde EU-domstolen att de två rättfärdigandegrunderna var

sammanlänkade men att det trots det krävdes att den nationella lagstiftningen måste syfta till att förhindra s.k. rent konstlade upplägg för att kunna rättfärdigas. Jag är dock av uppfattningen att EU-domstolen uppställde det strikta kravet på konstlat upplägg för en anledning. Den nationella regeln i målet gick ut på att förhindra s.k. treaty shopping, vilket innebär att skattskyldig organiserar sina affärer i syfte att omfattas av visst skatteavtal. Genom upplägget erhåller den skattskyldige en förmån som annars inte hade varit tillgänglig. Förmånen består i att en inkomst blir föremål för en lägre beskattningseffekt än vad som varit fallet i avsaknad av treaty shopping-förfarandet. I målet handlade om att bolag med hemvist i tredje länder kringgick källskatten på utdelningar med ursprung i Frankrike vilken föreskrivs i fransk rätt eller det avtal som ingåtts mellan tredjelandet och Republiken Frankrike i syfte att omfattas av en lägre skattesats som föreskrivs i avtalet mellan en annan medlemsstat och samma tredjeland, genom undantaget från källskatt på utdelning mellan medlemsstater som föreskrivs i moder- och dotterbolagsdirektivet. Min uppfattning av målet är att EU-domstolen ansåg att det i fallet inte var fråga om en risk att beskattningsbar inkomst skulle ha flyttat mellan medlemsstaterna och det skulle möjligtvis vara förklaringen till domstolens strikta bedömning avseende kravet på konstlat upplägg.

Mot bakgrund av det ovan nämnda gör jag bedömningen att de nya riktade räntereglerna skulle kunna motiveras med rättfärdigandegrunderna behovet att motverka skatteflykt och behovet att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten.

7.4 Krav på rättssäkerhet

Först och främst vill jag konstatera att jag är av uppfattningen att kravet på rättssäkerhet gäller samtliga fördragsfriheter. Så vitt jag vet har EU-domstolen aldrig uttalat att kravet på rättssäkerhet är kopplat till någon särskild fördragsfrihet. Det rättssäkerhetskrav som ställdes i

SIAT och *Itelcar* anser jag vara aktuellt även när det är fråga om etableringsfrihet. Jag ser ingen anledning till varför EU-domstolen inte skulle anse rättssäkerhetskravet som aktuellt i förhållande till etableringsfriheten.

EU-kommissionen anförde i sin kritik mot de nuvarande räntereglerna att de inte var tillräckligt klara och precisa och inte heller förutsebara. Kommissionen anförde vidare att det inte finns tillräcklig vägledning för hur rekvisiten *affärsmässiga skäl* och *väsentlig skatteförmån* ska tolkas. EU-kommissionen konstaterade att de nuvarande räntereglerna inte uppfyller kraven på rättssäkerhet och anses emellertid inte stå i proportion till sina syften.

De nya riktade räntereglerna innebär istället rekvisiten att avdrag inte medges om skuldförhållandet ”uteslutande eller så gott som uteslutande har uppkommit för att få en väsentlig skatteförmån”. Avser förvärvet en delägarrätt från ett, medges avdrag endast om förvärvet är ”väsentligen affärsmässigt motiverat”. Enligt min bedömning är rekvisiten fortfarande i många hänseenden lika varandra. Det är fortfarande fråga om att kvantifiera de affärsmässiga skälen och ställa dem mot de skattemässiga skälen. Det som skiljer de nya riktade räntereglerna är graden av affärsmässiga skäl som krävs för avdragsrätt. Svårigheten att kvantifiera affärsmässiga skäl avseende de nuvarande räntereglerna kvarstår således avseende de nya riktade räntereglerna. Lagstiftningen blir knappast tydligare genom att det enligt de nya riktade räntereglerna ska kunna göras avdrag med andra mängder affärsmässiga skäl. Rekvisitet väsentlig skatteförmån behålls i den nya lagstiftningen och således kan den kritik som framförts avseende rekvisitet i den nuvarande regleringen anses vara relevant för den nya regleringen.

Till de nuvarande räntereglerna finns vägledning i förarbetena. Trots det ansåg EU-kommissionen att det saknades förvaltningsrättsliga riktlinjer. De nya riktade räntereglerna har i stora delar samma

vägledning som de nuvarande räntereglerna, då propositionen till de nya räntereglerna till stora delar hänvisar till de förarbetsuttalanden som var föremål för prövning hos EU-kommissionen. Denna omständighet talar för att EU-domstolen skulle göra samma bedömning avseende rättssäkerhetskravet vad gäller de nya reglerna.

I *SIAT* konstaterade EU-domstolen att lagstiftningen inte uppfyllde rättssäkerhetskravet då det inte fanns preciseringar i lagstiftningen eller administrativa föreskrifter. Men till skillnad från det som anfördes i *SIAT*, där det dessutom inte verkade finnas några riktlinjer överhuvudtaget, finns det riktlinjer avseende tolkningen av de nya riktade räntereglerna.

Enligt mig vore det märkligt om EU-kommissionen trots att de ansett att vägledningen i de svenska förarbetena varit tillräcklig ansett att rättssäkerhetskravet inte är uppfyllt då det lagtexten inte var tillräckligt preciserad. Precis som regeringen lyfter fram så har förarbetena en särskild betydelse för den svenska rättstillämpningen. Eftersom rättsläget får tolkas utifrån rättskällorna och förarbetena är en av dessa i Sverige kommer det utgå från att det är tillräckligt att riktlinjer ges i förarbetena. Jag är däremot av uppfattningen att den vägledning som ges i förarbetena inte är tillräcklig för att uppfylla rättssäkerhetskravet. Även om det i förarbetena radas upp flera omständigheter som ska beaktas vid prövning av om affärsmässiga skäl föreligger eller inte, saknas däremot vägledning avseende kvantifieringen av affärsmässiga skäl ska göras, utifrån de omständigheter som nämns.

Mot bakgrund av det ovan anförda är jag av uppfattningen att EU-domstolen inte hade ansett att förslagets bestämmelser uppfyller kravet på rättssäkerhet och att de således inte är förenliga med EU-rätten.

7.5 Sammanfattning och framåtblickande reflektioner

Sammantaget är min bedömning att de nya riktade räntereglerna vid en EU-rättslig prövning hade bedömts utgöra ett hinder mot etableringsfriheten. EU-domstolen hade dock kommit fram till att reglerna kan motiveras genom att göra en samlad bedömning av båda rättfärdigandegrunderna behovet att motverka skatteflykt och behovet att bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Reglerna skulle dock inte anses klara rättssäkerhetskravet på grund av deras vaghet och osäkerhet.

De nuvarande räntereglerna har allvarligt kritiserats av både remissinstanserna under remissförfarandet samt av EU-kommissionen. Tyvärr har instanserna fått rätt i sin kritik och reglerna har visat sig svårtillämpade och har gett upphov till en mängd rättsprocesser. Mot bakgrund av det ovan sagda kan jag dra slutsatsen att de rekvisit som var föremål för kritik inte har förbättrats i och med införandet av de nya riktade räntereglerna.

Att EU-kommissionen inte har vidtagit någon ytterligare åtgärd avseende de nuvarande räntereglerna sedan februari 2015 kan tolkas som att EU-kommissionen blev övertygade av regeringens svar. EU-kommissionen är troligtvis ointresserade av att fullfölja ett överträdelseförfarande när de nya riktade räntereglerna nu kommer att införas. Detta innebär dock inget hinder för att EU-domstolen istället i framtiden skulle pröva de nya riktade räntereglerna.

Dessutom anser jag att behovet av att införa nya riktade ränteregler ska vägas mot de nackdelar som kan uppstå. I det här fallet anser jag att införandet medför så stora nackdelar att det väger tyngre än de fördelar som följer av ränteavdragsbegränsningarna. Införandet av de nya räntereglerna kan enligt min mening således ifrågasättas. Är den verkligen nödvändig? Mitt förslag är att slopa rekvisiten ”uteslutande

eller så gott som uteslutande” och ”väsentligen affärsmässigt motiverat”. Ränkebegränsningen kan således enbart bestå av kravet på att mottagaren ska vara hemmahörande inom EES eller som Sverige ingått ett skatteavtal med, alternativt beskattas med minst tio procent enligt den lagstiftning i den stat där mottagaren hör hemma. De fall som lagstiftningen inte lyckas fånga, kan man applicera skatteflyktslagen på.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Prop. 1999/2000:2, *Inkomstskattelagen*.

Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*.

Prop. 2012/13:1, *Budgetproposition för 2013 – förslag till statens budget för 2013, finansplan och skattefrågor*.

Prop. 2017/18:245, *Nya skatteregler för företagssektorn*.

Litteratur

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

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.

Hilling, Maria (2012:1), *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skatteflyktsregler? En analys med särskilt fokus på rättfärdigande grunden att upprätthålla den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten*, SvSkt 2012, s. 754 – 772.

Hilling, Maria (2012:2), *Är det möjligt att utforma EU-förenliga skatteflyktsregler? En analys med särskilt fokus på EU-domstolens proportionalitetsbedömning*, SvSkt 2012, s. 814 – 827.

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

Lodin, Sven-Olof, Lindencrona, Gustaf, Melz, Peter, Silfverberg, Christer och Simon-Almendal, Teresa, *Inkomstskatt: en läro- och handbok i skatterätt*. del. 2, 16. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2017.

Ohlsson, Fredrik, *Även solen har sina fläckar: EU-rättsliga frågetecken kring flera svenska skatteregler*, SN 2013, s. 102 – 116.

Ohlsson, Fredrik, *Ränteavdragen och EU-rätten*, SN 2014, s. 11 – 24.

Ohlsson, Fredrik, *Dags för HFD att begära ett förhandsavgörande om räntereglerna?*, SN 2014, s. 650 – 660.

Ohlsson, Fredrik, *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, SN 2018, s. 701-272.

Påhlsson, Robert, *Skatteverkets styrsignaler – en ny blomma i regeldebatten*, SN 2006, s. 401 - 418.

Ståhl, Kristina, Persson Österman, Roger, Hilling, Maria och Öberg, Jesper, *EU-skatte rätt*, 3. uppl., Iustus, Uppsala, 2011.

Väljemark, Caroline, *EU-kommisionens formella underrättelse: De svenska räntereglerna och EU-rätten – var står vi nu?*, SN 2015, s. 200 – 214.

Väljemark, Caroline, *Sveriges svar på EU-kommisionens formella underrättelse om ränteavdrag*, SN 2015, s. 306 – 318.

Övrigt

Kommissionens skrivelse den 9 januari 2013, EU-pilot 4437/13/TAXU-Sweden.

Kommissionens formella underrättelse den 26 november 2014, överträdelse nummer 2013/4206.

Regeringens svar den 20 februari 2015, *Svar på formell underrättelse avseende avdragsrätt för ränta för koncerninterna lån*, FI2014/4205.

Skatteverkets ställningstagande den 25 februari 2013, *Några frågor vid tillämpningen av räntereglerna gällande väsentligt inflytande, undantaget från 10%-regeln och ventilen*, dnr. 131-11730613/111,

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*.

Stockholms universitet, *Remiss: Promemorian ”Nya skatteregler för företagssektorn”*, dnr SU FV-1.1.3-2166-17.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

C-294/97 *Eurowings*, EU:C:1999:524.

C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, EU:C:2002:749.

C-446/03 *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763.

C-196/04 *Cadbury Schweppes*, EU:C:2006:544.

C-347/04 *Rewe*, EU:C:2007:194.

C-492/04 *Lasertec*, EU:C:2007:273.

C-524/04, *Thin Cap* EU:C:2007:161.

C-231/05 *Oy AA*, EU:C:2007:439.

C-311/08 *SGL*, EU:C:2010:26.

C-337/08 *X-holding*, EU:C:2010:89.

C-318/10 *SIAT*, EU:C:2012:415.

C-35/11 *FII*, EU:C:2012:707.

C-168/11 *Beker*, EU:C:2014:47.

C-282/12 *Itelcar*, EU:C:2013:629.

C-385/12 *Hervis*, EU:C:2014:47.

C-14/16 *Europark*, EU:C:2017:177.

C-6/16 *Egiom SAS och Enka SA*, EU:C:2017:641.

C-398/16 *X BV*, EU:C:2018:110.

C-399/16 *X NV*, EU:C:2018:110.

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2007 ref. 84.

RÅ 2007 ref. 85.

RÅ 2008 ref. 24

HFD 2011 ref. 90 I - IV.