



# JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Victor Marciniak

2013- och 2019 års riktade ränteavdragsregler och deras förenlighet med  
EU-rätten

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet

30 högskolepoäng

Handledare: Mats Tjernberg

Termin för examen: HT2020

## Förord:

Mitt examensarbete är färdigt vilket innebär slutet på min tid som juriststudent. Under studietiden har jag fått mycket hjälp av studieadministratören Hans Liepack och studievägledaren Josefin Burge. Jag är väldigt tacksam för allt som dessa två har gjort för mig.

En annan person som har gett mig välbehövd hjälp är min handledare Mats Tjernberg. Han har under mitt skrivande varit mycket generös både med sin tid och goda råd. Detta är väldigt uppskattat.

Slutligen vill jag tacka personalen på Lunds Fontänhus. Deras stöd under utmanande tider har betytt mycket för mig.

Nu bär det av till ett liv som jurist. Jag är nyfiken på hur detta kommer att vara!

## Innehållsförteckning:

Sammanfattning:	1
Summary:	2
<b>1. Introduktion</b>	<b>4</b>
<i>1.1 Allmänt:</i>	4
<i>1.2 Uppsatsens övergripande syften:</i>	4
<i>1.3 Frågeställningar:</i>	4
<i>1.4 Avgränsningar:</i>	4
<i>1.5 Perspektiv och metod:</i>	5
<i>1.6 Forskningsläge:</i>	5
<i>1.7 Disposition:</i>	5
<b>2. EU-rätt:</b>	<b>6</b>
<b>2.1 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF):</b>	<b>6</b>
<i>2.1.1 Diskrimineringsförbud:</i>	6
<i>2.1.2 Fördragsfriheterna:</i>	6
<i>2.3 BEPS-projektet och Skatteflyktsdirektivet:</i>	7
<b>3. Rättspraxis från EU-domstolen:</b>	<b>8</b>
3.1 Ramverket av Femke Van Der Zeijden - hur EU-domstolen analyserar inskränkningar av EU-8 rätt:	
<b>3.2 Frågan om jämförbara situationer:</b>	<b>9</b>
<i>3.2.1 Objektivt jämförbara situationer:</i>	9
<i>3.2.2 Åtnjutande av samma förmåner och avsaknad av beskattningsrätt utomlands:</i>	9
<i>3.2.3 Slutsats om jämförbarhet:</i>	12
<b>3.3 Frågan om negativ särbehandling:</b>	<b>12</b>
<i>3.3.1 Praktiska konsekvenser, indirekt diskriminering och skillnader i skattesystem.</i>	12
<i>3.3.2 Sammanfattande slutsats om negativ särbehandling:</i>	15
<b>3.4 Vikten av avskräckande effekt:</b>	<b>16</b>
<i>3.4.1 avskräckande effekt:</i>	16
<i>3.4.2 Sammanfattande slutsats om avskräckande effekt:</i>	18
<b>3.5 Konkurrens av friheter - när fler än en frihet kan anses vara inskränkt:</b>	<b>18</b>
<i>3.5.1 - etableringsfriheten eller frihet av kapital:</i>	18
<i>3.5.2 Sammanfattande slutsats om konkurrens av friheter:</i>	19
<b>3.6 Rättfärdigandegrunder:</b>	<b>19</b>
<i>3.6.1 Två viktiga rättfärdigandegrunder:</i>	19
<i>3.6.2 Sammanfattande slutsats om rättfärdigandegrunder:</i>	22
<b>3.7 Kravet på proportionalitet:</b>	<b>22</b>

3.7.1 rekvisit för proportionalitet:	22
3.7.2 Sammanfattande slutsats om proportionalitet:	27
4. De svenska reglerna om riktade ränteavdragsbegränsningar - lagstiftning, förarbeten och praxis:	27
4.1 Allmänt om ränteavdrag:	27
4.2 Bakgrund till de riktade ränteavdragsreglerna:	27
4.3 2013 års riktade ränteavdragsbegränsningar:	28
4.3.1 Upphävda men relevanta regler om ränteavdragsförbud för företag i intressegemenskap:	28
4.3.2 Huvudreglerna - intressegemenskap, avdragsnekande och utomstående företag:	28
4.3.3 10%-regeln - ett undantag:	29
4.3.4.1 Ventilen:	30
4.3.4.2 Ventilen vid koncernbidragsrätt:	31
4.3.5 Bevisbörda på koncernerna:	31
4.4 2019 års riktade ränteavdragsbegränsningar:	31
4.4.1 Allmänt om 2019 års regler:	31
4.4.2 Avdragsrätt inom EES - ifall skuldförhållandet inte uteslutande skapats för skatteförmåner:	32
4.4.3 Utomstående företag som mellanhand - en utvidgning:	33
4.4.4 Bevisbörda på koncernerna:	33
4.5 HFD 2011 ref.90 - ett vägledande rättsfall:	33
4.5.1 HFD 2011 ref. 90 som rättfärdigande:	33
4.5.2 Frågorna i 2011 ref. 90 del II:	33
4.6 Sammanfattande slutsats av de riktade ränteavdragsreglerna:	34
5. Myndigheters uttalande om 2013 års riktade ränteregler - Skatteverkets rapportering, EU-kommissionens kritik och regeringens försvar:	35
5.1 Skatteverkets rapportering och uttalanden:	35
5.1.1 Skatteverkets rapport om 2013 års regler - effektivitet:	35
5.1.2 Skatteverkets rapport - svårigheter med tillämpning:	35
5.1.3 Skatteverkets tolkning av ”den som faktiskt har rätt till inkomsten”:	36
5.2 Oenigheter mellan EU-kommissionen och den svenska regeringen:	36
5.2.1 EU-kommissionens kritik av 2013 års riktade ränteregler:	36
5.2.2 Regeringens försvar av 2013 års ränteregler:	37
5.2.2.1 Svenska regeringens svar till EU-kommissionen - avsaknad av jämförbarhet:	37
5.2.2.2 Regeringen om betydelsen av hemvist och rätten att ställa krav på utländsk beskattning:	37
5.2.2.3 Regeringen om principen om reciprocitet och skillnader i skattesystem:	38
5.2.2.4 Regeringen om proportionalitet och de svenska reglernas bredare syften:	39
5.2.2.5 Regeringen om rent konstlade upplägg:	39

5.2.2.6 <i>Regeringen om SIAT-målet och de svenska reglernas förutsebarhet:</i>	40
5.3 <i>Sammanfattande slutsats om myndigheters uttalanden:</i>	40
6. <i>Doktrin om EU-rättslig diskriminering och de riktade ränteavdragsreglerna:</i>	41
6.1 <i>Doktrin om jämförbarhet:</i>	41
6.1.1 <i>Helminen om jämförbarhet på ett övergripande plan:</i>	41
6.1.2 <i>Ohlsson om jämförbarhet vid ränteutgifter:</i>	41
6.1.3 <i>Ohlsson och X BV-målet:</i>	42
6.1.4 <i>Ohlsson och Väljemark om betydelsefulla skillnader mellan ränteavdrag och koncernbidrag:</i>	43
6.1.5 <i>Sammanfattande slutsats om jämförbarhet:</i>	44
6.2 <i>Doktrin om negativ särbehandling:</i>	44
6.2.1 <i>Doktrin om negativ särbehandling - indirekt diskriminering:</i>	44
6.2.1.1 <i>Bammens och indirekt diskriminering:</i>	44
6.2.1.2 <i>Sammanfattning:</i>	45
6.2.2 <i>Doktrin om negativ särbehandling - sker avdrags-nekande främst i gränsöverskridande sammanhang?:</i>	45
6.2.2.1 <i>Ohlsson om koncernbidragsreglernas betydelse:</i>	45
6.2.2.2 <i>Ohlsson och Dahlberg om 10%-regeln och huruvida avdrag kan göras oftare i helsvenska koncerner:</i>	46
6.2.2.3 <i>Ohlsson om regeringens argument om förflyttning av underskott via ränta:</i>	46
6.2.2.4 <i>Sammanfattning:</i>	46
6.2.3 <i>Doktrin om negativ särbehandling - skillnader mellan skatterättsliga system:</i>	47
6.2.3.1 <i>Helminen om skillnader mellan skatterättsliga system:</i>	47
6.2.3.2 <i>Ohlsson om HFD:s försvar av ränteavdragsreglerna och hänvisning till EU-praxis:</i>	47
6.2.3.3 <i>Sammanfattning:</i>	48
6.2.4 <i>Sammanfattande slutsats av negativ särbehandling:</i>	48
6.3 <i>Doktrin om proportionalitet:</i>	49
6.3.1 <i>Doktrin om proportionalitet - krav på konstlade upplägg och armlängdsprincipen:</i>	49
6.3.1.1 <i>Ohlsson om bekämpande av skatteflykt och krav på fiktiva upplägg:</i>	49
6.3.1.2 <i>Maria Hilling om kombination av rättfärdigandegrunder och kravet på rent konstlade upplägg:</i>	50
6.3.1.3 <i>Ohlsson om armlängdsprincipen som mindre ingripande åtgärd:</i>	50
6.3.1.4 <i>Sammanfattning:</i>	51
6.3.2 <i>Doktrin om proportionalitet - språklig precision och innebörd</i>	51
6.3.2.1 <i>Ohlsson och Hilling om SIAT-målet, vaga formuleringar och svårigheter med tillämpning:</i>	51
6.3.2.2 <i>"Den som faktiskt har rätt till inkomsten" - Coen Deijs kritik av Skatteverket:</i>	52
6.3.2.3 <i>Sammanfattning:</i>	52

6.3.3 Sammanfattande slutsats om proportionalitet:	53
6.4 Doktrin om 2019 års regler - regeländringarnas inverkan:	53
6.4.1 Haider Abed Alis tvivel om 2019 års reglers genomslagskraft:	53
6.4.2 Några övriga röster om de nya reglernas genomslagskraft:	54
6.4.3 Sammanfattande slutsats om de nya reglerna:	54
7. Analys:	55
<u>7.1 Steg 1 - gränsöverskridande situation</u>	55
<u>7.2 Steg 2 - diskriminering och inskränkning av EU:s friheter:</u>	55
7.2.1 Jämförbara situationer:	56
7.2.1.1 Två jämförbara situationer - lagmässigt syfte och åtnjutande av samma förmåner:	56
7.2.1.2 Koncernbidragreglernas inverkan och X BV:	56
7.2.1.3 Skattesubjekt som inte är kommersiella bolag och avsaknad av beskattningsrätt utomlands:	57
7.2.1.4 Sammanfattning av jämförbara situationer:	57
7.2.2 Negativ särbehandling:	57
7.2.2.1 Negativ särbehandling och krav på utländsk beskattning:	58
7.2.2.2 10%-regeln — på egen hand och i samverkan med ventilen:	58
7.2.2.3 Negativ särbehandling - inhemska koncerner:	59
7.2.2.4 Negativ särbehandling och inverkan från koncernbidragsrätten:	60
7.2.2.5 Sammanfattning av negativ särbehandling:	61
7.2.3 rekvisitet ”skillnader i skattesystem”:	62
7.2.3.1 ”Skillnader i skattesystem” och reciprocitetsprincipen:	62
7.2.3.2 Skillnader i skattesystemen - 2013 års regler och 10%-regeln:	62
7.2.3.3 Skillnader i skattesystem - hänvisningar till Schempp och National Grid:	63
7.2.3.4 Skillnader i skattesystem - 2019 års regler	63
7.2.3.5 Sammanfattning av rekvisitet ”skillnader i skattesystem”:	64
<u>7.3 Steg 3 - Rättfärdigandegrunder:</u>	64
<u>7.4 Steg 4 - proportionalitet:</u>	65
7.4.1 Effektivitet	65
7.4.1.1. Effektivitet - 2013 års regler:	65
7.4.1.2 Effektivitet - 2019 års regler:	65
7.4.1.3 Sammanfattning av effektivitet:	66
7.4.2 Längre än nödvändigt?:	66
7.4.2.1 Kravet på rent konstlade upplägg och kombination av rättfärdigandegrunder:	66
7.4.2.2.1 Kravet på rent konstlade upplägg och armlängdsprincipen för 2013 års regler:	67
7.4.2.2.2 Kravet på rent konstlade upplägg och armlängdsprincipen för 2019 års regler:	67
7.4.2.3 Armlängdsprincipen eller objektiva kriterier:	68

7.4.2.4 <i>Frågan om språklig precision och rättssäkerhet:</i>	68
7.4.2.4.1 <i>Språklig precision - Ohlssons invändningar och Skatteverkets rapport:</i>	68
7.4.2.4.2 <i>Språklig precision - "kunskapsluckor":</i>	69
7.4.2.5 <i>Sammanfattning av huruvida reglerna är för långtgående:</i>	70
7.5 <i>Är de riktade ränteavdragsreglerna förenliga med EU-rätten? - Sammanfattande slutsats:</i>	70
Käll- och litteraturförteckning:	71

## Sammanfattning:

I kapitel 24 av inkomstskattelagen återfinns regler som benämns ”de riktade ränteavdragsreglerna”. Dessa regler innebär inskränkningar i bolags möjligheter att göra skattemässiga avdrag för ränta som de betalat till andra bolag i samma intressegemenskap. Ifall svenska bolag kan ta lån från utländska lågbeskattade bolag inom samma intressegemenskap, för att därefter göra avdrag för räntan som dessa svenska bolag betalar, så riskerar den svenska bolagsskattebasen att urholkas genom att beskattningsbar vinst lämnar Sverige. De riktade ränteavdragsreglerna syftar till att motverka att detta sker.

De riktade ränteavdragsreglerna infördes i svensk lag år 2009, men de har reviderats om i två omgångar; först under år 2013 och sedan under år 2019.

Det har under åren riktats mycket kritik mot de riktade ränteavdragsreglerna. Kritiken bygger på att reglerna missgynnar gränsöverskridande koncerner inom EU, något som eventuellt kan innebära ett brott mot EU-rätten.

Syftet med denna uppsats är att reda ut huruvida de riktade ränteavdragsreglerna från år 2013 och år 2019 är förenliga med EU-rätten.

En EU-rättslig analys innehåller olika delmoment. Ett av dessa moment är att man undersöker ifall reglerna förorsakar en negativ särbehandling gentemot bolag från andra EU-länder eller gentemot koncerner som är etablerade i flertalet EU-länder. Ifall reglerna innebär en negativ särbehandling undersöks därefter ifall särbehandlingen kan rättfärdigas på basis av så kallade ”rättfärdigandegrunder”. Ifall särbehandlingen kan rättfärdigas undersöker man till sist ifall reglerna är proportionella, dvs ifall de är effektiva i att uppfylla sitt syfte och inte går längre än vad som behövs för att uppnå sitt syfte.

Från att ha gjort en EU-rättslig analys når jag slutsatsen att 2019 års riktade ränteavdragsregler inte innebär en negativ särbehandling till skillnad från 2013 års regler. Denna negativa särbehandling tillskriver jag bland annat en regel som kallas för ”10%-regeln”, som inte drabbar inhemska och gränsöverskridande koncerner likadant. Denna regel förekommer inte bland 2019 års riktade ränteavdragsregler. Jag tillskriver även särbehandlingen till att reglerna sällan drabbar svenska bolag som har koncerbidragsrätt, något som är vanligt för svenska bolag att ha men ovanligt för utländska bolag att ha. Eftersom 2019 års regler har ett mycket snävare tillämpningsområde så bör inte skillnaden, mellan hur ofta svenska och utländska bolag drabbas av ränteregler, vara lika påtaglig. Således når jag slutsatsen att 2019 års regler inte innebär en negativ särbehandling i detta avseende heller, eller i något annat avseende som jag kan utläsa.

I min analys når jag vidare slutsatsen att både årgångars regler kan rättfärdigas.

Gällande proportionalitet når jag slutsatsen att 2013 års regler inte är proportionella och att 2019 års regler inte heller hade varit det ifall de innebar en negativ särbehandling. Denna slutsats baserar jag på att de riktade ränteavdragsreglerna inte tar sikte på ”rent konstlade upplägg”, att de inte följer armlängdsprincipen och att de innehåller rekvisit som är för vaga för att kunna anses vara rättssäkra. 2019 års regler innebär, enligt min mening, en icke-diskriminerande restriktion av EU-rätten.



## Summary:

In chapter 24 of the Swedish statute of income taxation there are rules that, translated into English, would be called "the aimed interest deduction rules". These rules infringe on the possibilities of companies to deduct interests of loans that said companies have taken from other companies - within the same corporate group of companies. If Swedish companies secure loans from foreign low taxed companies, within the same corporate group, and if the Swedish companies can deduct the interest connected to these loans, the Swedish state is in risk of losing its ability to tax the earnings of said Swedish companies. The purpose of the aimed interest deduction rules is to prevent this from happening.

The aimed interest deduction rules were first put into law in the year 2009, but they were then modified in the year 2013 and then again in the year 2019.

The aimed interest deduction rules have received a lot of criticism over the years. The criticism is based on the notion that the rules are detrimental for groups of companies that are located in more than one EU-state (with Sweden being one of them). If groups of companies that transcend borders are struck worse than groups that are solely located in Sweden; then the rules are in risk of violating EU-law.

This essay aims at sorting out whether or not the interest deduction rules from the years 2013 and 2019 are in violation of EU-law.

A legal analysis, pertaining to EU-law, contains several steps. One step is to determine whether or not the rules lead to negative special treatment towards foreign companies (in other EU-states) or towards groups of companies located in more than one EU-state. In case the rules lead to a negative special treatment; the existence of potential "justification grounds" are examined. The existence of said grounds would allow states to conduct the negative special treatment without violating EU-law.

If justification grounds are determined to exist the final step of the analysis is to determine whether or not the rules are proportionate, in other words whether or not the rules are effective in fulfilling their purpose and do not constitute infringements that go longer than necessary.

From conducting above mentioned legal analysis I have reached the conclusion that the aimed interest deduction rules of 2013 lead to a negative special treatment towards foreign companies and cross-border groups of companies, unlike the rules from 2019. I have reached this conclusion based on the presence of a rule called "the 10%-rule" among the rules of 2013. This rule affects cross border groups of companies differently from how it affects strictly national groups of companies. This rule is absent from the rules of 2019.

Another reason for why I reach this conclusion is that the rules from 2013 are not applied to companies that can give each other contributions, something that is much more common between Swedish companies than it is between Swedish and foreign companies. Since the rules of 2019 have a much narrower field of application, I deem the difference in how often Swedish and cross border groups of companies are struck by them, to be much smaller.

I further deem the rules of both years to be justifiable via aforementioned "justification grounds".

Regarding the proportionality of the rules I deem the rules of 2013 to be disproportionate and the rules of 2019 to have been disproportionate if they had led to a negative special treatment. I base this conclusion on the fact that the rules do not exclusively target what is called "purely fictitious arrangements". Two other reasons is that the rules do not follow the arm length principle and that their criteria are too vague to be able to provide reliability in how they are applied. Regarding the rules of 2019; my view is that they probably entail a non-discriminatory restriction of EU-law.

# 1. Introduktion

## 1.1 Allmänt:

Denna uppsatts är ämnad åt att utreda huruvida de svenska riktade ränteavdragsreglerna, inom företagsbeskattningens område, är förenliga med EU-rätten. De riktade ränteavdragsreglerna återfinns i 24 kap. inkomstskattelagen (IL). Reglerna innebär inskränkningar för bolags möjligheter att göra skattemässiga avdrag för ränta som de betalat till andra närstående företag.

Ifall företag tillåts att oinskränkt dra av ränta, som de betalat till andra företag i samma koncern, föreligger en risk för att svenska bolagsskattebasen urholkas. Koncerner som är etablerade i mer än ett land kan anordna upplägg vari företag från högre beskattade länder betalar ränta till företag i lägre beskattade länder. Ifall Sverige är den stat som har högre beskattning gynnar detta beteende koncernerna på bekostnad av svenska staten. De riktade ränteavdragsreglernas funktion är att begränsa koncerners möjligheter till att handla på nyssnämnda sätt.

De riktade ränteavdragsreglerna infördes för första gången år 2009 men reglerna har gjorts om i två omgångar; först år 2013 och sedan år 2019.

Ränteavdragsreglernas överensstämmelse med EU-rätten är en omdiskuterad fråga inom företagsbeskattningens område. Detta syns bland annat i en nyutkommen rapport från professorn och skatterättsexperten Mattias Dahlberg.<sup>1</sup> Reglerna har mottagit kritik för att de påstås försämra möjligheterna till att bedriva gränsöverskridande verksamhet inom EU, något som eventuellt bryter mot EU-rätten. Denna uppsatts utreder huruvida reglerna från år 2013 och 2019 bryter mot EU-rätten.

## 1.2 Uppsatsens övergripande syften:

Uppsatsens syfte är att dra lärdom om vilka inskränkningar som kan göras i bolagskoncerners rätt att göra ränteavdrag, utan att detta bryter mot EU-rätten. Detta görs genom att studera huruvida de svenska riktade ränteavdragsreglerna är förenliga med EU-rätten.

## 1.3 Frågeställningar:

Frågeställningarna som uppsatsen grundar sig på är:

1. Bryter de riktade ränteavdragsreglerna från 2013 mot EU-rätten?
2. Bryter de riktade ränteavdragsreglerna från 2019 mot EU-rätten?

## 1.4 Avgränsningar:

Denna uppsatts behandlar inte de generella ränteavdragsreglerna som återfinns i 24 kap. IL. Vidare behandlar denna uppsatts enbart ytligt koncernbidragsreglerna som har en stark inverkan på hur de riktade ränteavdragsreglerna tillämpas, särskilt 2013 års regler. Detta val har jag gjort för att uppsatsen varken ska bli för omfattande eller för invecklad.

---

<sup>1</sup> Se rapporten "EU och svensk företagsbeskattning" av Mattias Dahlberg

### *1.5 Perspektiv och metod:*

Denna uppsats åtar sig ett kritiskt perspektiv då den kritiskt granskar svensk lag, doktrinuttalanden och myndigheters uttalanden om de riktade ränteavdragsreglerna. Jag har valt att följa den rättsdogmatiska metoden och jag har valt att använda mig av de källor som domstolar använder sig av, i enlighet med denna metod. Dessa källor är lag, förarbeten, praxis och doktrin.<sup>2</sup> Jag har valt att behandla materialet på ett systematiskt och sammanhängande sätt då detta ska göras enligt nämnda metod.<sup>3</sup>

### *1.6 Forskningsläge:*

Gällande 2013 års riktade ränteavdragsregler finns det omfattande material skrivet av skattejuristen Fredrik Ohlsson. Andra som har skrivit om dessa regler är Caroline Våljemark, Maria Hilling, Coen Deij och Mattias Dahlberg.

Det tycks inte finnas lika mycket skrivet om 2019 års regler. Några som har skrivit om dessa regler är Haider Abed Ali, Peter Melz, Peter Nilson och Erik Norrman. Deras material tar dock inte fokus på 2019 års regler, men reglerna diskuteras i deras material.

### *1.7 Material:*

Det material som jag har använt mig av innefattar doktrin, förarbeten och myndigheters uttalanden. Gällande doktrin har jag främst använt mig av artiklar från tidskriften Skattenytt. Dessa är bland andra skrivna av Fredrik Ohlsson, Coen Deij och Haider Abed Ali. Jag har även använt mig av tidskriften Svensk skattetidning vari jag har funnit artiklar skrivna av Maria Hilling. När det kommer till allmän information om skatterätt inom EU-rättslig kontext har jag främst använt mig av artiklar skrivna av Marjaana Helminen och Niels Bammens. Dessa har skrivit bidrag i kompilationer om internationell skatterätt.

Gällande myndigheters uttalanden har jag använt mig av uttalanden som gjorts av EU-kommissionen, regeringen och Skatteverket.

### *1.7 Disposition:*

De kapitel som denna uppsatts innehåller är följande:

Kapitel 2: EU-rätt

Kapitel 3: Rättspraxis från EU-domstolen

Kapitel 4: De svenska reglerna om riktade ränteavdragsbegränsningar - lagstiftning, förarbeten och praxis

Kapitel 5: Myndigheters uttalande om 2013 års riktade ränteregler - Skatteverkets rapportering, EU-kommissionens kritik och regeringens försvar

Kapitel 6: Doktrin om EU-rättslig diskriminering och de riktade ränteavdragsreglerna

Kapitel 7: Analys

---

<sup>2</sup> Jareborg, Nils: Rättsdogmatik som vetenskap, SvJT 2004, s. 8

<sup>3</sup> Hellner, Jan: Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt, 2001, s. 22

## 2. EU-rätt:

Detta kapitel innehåller en redogörelse för den EU-rätt som är relevant för mina frågeställningar. Först behandlas relevanta artiklar ur Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF). Därefter följer en kortfattad beskrivning av BEPS-projektet, som tagits på initiativ av den ekonomiska organisationen OECD, samt det EU-rättsliga skatteflyktsdirektivet som införts på basis av nyssnämnda projekt.

### 2.1 Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF):

#### 2.1.1 Diskrimineringsförbud:

I Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (FEUF) stadgas ett diskrimineringsförbud gentemot diskriminering baserat på nationalitet. I artikel 18 stadgas detta förbud. Artikel 19 specificerar att rådet, när det är enhetligt och stöds av kommissionen, får vidta särskilda åtgärder för att bekämpa diskriminering baserat på egenskaper såsom kön, ras, sexuell läggning, religion och dylikt.

#### 2.1.2 Fördragsfriheterna:

I den tredje delen av fördraget, avdelning I, fastställer FEUF att EU upprätthåller den så kallade "inre marknaden". I artikel 26 p.2 beskrivs den inre marknaden som ett område utan inre gränser där fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital säkerställs i enlighet med bestämmelserna i fördragen. Häri stadgas alltså de så kallade "fördragsfriheterna".

#### *Fri rörlighet för personer - artikel 21:*

I avdelning II i andra delen av FEUF behandlas fri rörlighet av personer. I artikel 21 (f.d artikel 18 FEG) stadgas att varje unionsmedborgare har rätt att fritt röra sig och upprätthålla sig inom medlemsstaternas territorier. Detta stadgas i första stycket av nämnda artikel.

#### *Etableringsfriheten - artikel 49:*

I avdelning IV av FEUF behandlas den fria rörligheten av personer, kapital och tjänster. I kapitel 2 av denna avdelning stadgas det som heter "etableringsfriheten". I artikel 49 (f.d. artikel 43 FEG) beskrivs etableringsfriheten.

I stycke 1 av artikel 49 fastslås ett förbud mot inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium. Detta innefattar inskränkningar för medborgare att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag i andra medlemsstater.

I stycke 2 stadgas att etableringsfriheten innefattar: rätten att starta och utöva verksamhet som egenföretagare i andra EU-stater; samt rätt att bilda och driva företag på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för sina egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.

### *Fri rörlighet av tjänster - artikel 56:*

I kapitel 3 av avdelning IV behandlas den fria rörligheten av tjänster. Artikel 56 (f.d. artikel 49 FEG) stadgar ett förbud mot inskränkningar av den fria rörligheten av tjänster. I stycke 1 fastslås att inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen ska förbjudas beträffande medborgare i medlemsstater som har etablerat sig i en annan medlemsstat än mottagaren av tjänsten.

### *Fri rörlighet av kapital - artikel 63:*

I kapitel 4 av avdelning IV behandlas den fria rörligheten av kapital. Artikel 63 (f.d. artikel 56 FEG) stadgar i p.1 att, inom ramen för bestämmelserna i kapitel 4, ska alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna. P.2 stadgar samma förbud gentemot restriktioner när det kommer till betalningar. Det kan noteras att denna artikel lyfter fram att den fria rörligheten av kapital även gäller gentemot tredje land.

### *2.3 BEPS-projektet och Skatteflyktsdirektivet:*

BEPS-projektet är ett initiativtagande av den internationella ekonomiska organisationen OECD. Projektet syftar till att skapa en ökad harmonisering av länders nationella skattesystem. Detta i sin tur är ämnat att motverka ett urholkande av länders skattebaser, något som sker på grund av skatteplanering och skatteflykt.<sup>4</sup> EU har infört skatteflyktsdirektivet för att leva upp till BEPS-projektet.

Syftet bakom EU:s skatteflyktsdirektiv är att säkerställa att skatt betalas där vinsterna genereras.<sup>5</sup> Vidare ska direktivet främja regeringarnas suveränitet på skatteområdet och motverka erodering av skattebasen.<sup>6</sup> Detta görs alltså för att leva upp till BEPS-projektet.<sup>7</sup>

Direktivet är vidare tänkt att stärka den genomsnittliga skyddsnivån mot aggressiv skatteplanering. Sättet som direktivet ämnar att uppnå detta är genom att ”man skapar en minsta skyddsnivå för nationella bolagsskattesystem mot skatteflyktsmetoder i unionen”.<sup>8</sup>

Direktivet är ett minimidirektiv vilket innebär att det finns möjligheter att införa strängare lagstiftning än vad direktivet förordnar. Man måste dock hålla i åtanke att EU:s friheter stammar ur fördragen, och således utgör primärrätt, medans EU-direktiv utgör sekundärrätt. Detta innebär att staters lagstiftning, oavsett hur förlåtande skatteflyktsdirektivets bestämmelser är, fortfarande måste vara förenliga med friheterna som stadgas i FEUF.

---

<sup>4</sup> Helminen avsnitt 3.4.1

<sup>5</sup> Skatteflyktsdirektivet p.1

<sup>6</sup> Skatteflyktsdirektivet p.1

<sup>7</sup> Skatteflyktsdirektivet p.1

<sup>8</sup> Skatteflyktsdirektivet p.3

### 3. Rättspraxis från EU-domstolen:

Detta avsnitt redogör för de praxisfall som kommer att vara relevanta för min analys. Jag behandlar inte nödvändigtvis all rättsfakta som förekommer i fallen utan jag lyfter fram de rättsfakta som är relevanta för min analys.

#### *3.1 Ramverket av Femke Van Der Zeijden - hur EU-domstolen analyserar inskränkningar av EU-rätten:*

I ett nummer av Skattenytt gör den holländska skattejuristen Femke Van Der Zeijden flertalet iakttagelser.<sup>9</sup> Dessa handlar om hur några svenska skatterättsliga regler förhåller sig till EU-rätten. Framförallt lyfter hon fram hur de svenska räntereglererna med stor sannolikhet kan utgöra restriktion i en EU-rättslig mening.

För att avgöra om en svensk skatterättslig regel inskränker på EU-rätten använder sig Van Der Zeijden av ett särskilt ramverk. Ramverket bygger på praxis från EU-domstolen.<sup>10</sup> I själva verket har alltså EU-domstolen utvecklat ramverket men Van Der Zeijden har gjort en bra överblickbar kartläggning av det. Ramverket har olika delmoment som redogörs härunder:

1. Till en början ska det avgöras huruvida en skattebetalare (som ett ärende handlar om) är påverkad av reglerna i FEUF. Detta är fallet ifall ärendet berör en ekonomisk aktivitet i en gränsöverskridande situation.
2. Därefter undersöks om det föreligger en restriktion av de friheter som fastslås i FEUF. Dessa friheter är fri rörlighet av människor, varor, kapital, tjänster och etableringar. Enligt Mattias Dahlberg är restriktion en bredare term än diskriminering. Restriktion innebär direkt- och indirekt diskriminering men även icke-diskriminerande restriktioner.<sup>11</sup> Icke-diskriminerande restriktioner innebär att åtgärder som inskränker på EU:s fria rörligheter utan att vara diskriminerande. Ifall en restriktion mot någon frihet inte föreligger ska det fastställas huruvida ett åtagande (förmodligen från staten eller en myndighet) är diskriminerande i det hänseende att det strider mot artiklarna 18 och 19 i FEUF, dessa artiklar tillämpas bara självständigt ifall friheterna ej inskränkts.<sup>12</sup> I båda fall ska man ta hänsyn till huruvida två "jämförbara situationer" ("comparable situations") blir behandlade olika. Vidare ska det finnas en nackdel för parter som befinner sig i gränsöverskridande situationer; jämfört med de som befinner sig i en rent inhemsk situation. Dessutom ska denna negativa särbehandling inte bero på skillnader i medlemsstaternas lagstiftning/skattesystem.
3. Det tredje steget är att undersöka om det föreligger så kallade rättfärdigandegrunder. Dessa grunder kan alltså tillåta att en stat utför vad som i normalfallet skulle betraktas som en restriktion. Vanliga rättfärdigandegrunder är behovet av att motverka skatteflykt och att vidhålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.

---

<sup>9</sup> Skattenytt 2019 s.257 ff

<sup>10</sup> Skattenytt 2019 s. 257

<sup>11</sup> Se även Dahlberg 2012 s.340

<sup>12</sup> Se även Ståhl mfl. 2011, s. 71.

4. Om en rättfärdigande grund föreligger så blir det sista steget att se ifall åtgärden (som undersöks för att avgöra om den är restriktiv) är lämplig och proportionerlig. Åtgärden ska alltså vara behövlig och får inte gå längre än vad som krävs för att uppnå sitt syfte.

Ovan beskrivna genomgång har jag främst hämtat från Van Der Zeijdens artikel men jag har kompletterat den med andra källor.

### *3.2 Frågan om jämförbara situationer:*

Detta avsnitt behandlar EU-praxis som diskuterar vad som utgör jämförbara situationer.

#### *3.2.1 Objektivt jämförbara situationer:*

För att avgöra huruvida diskrimineringsförbudet eller någon av friheterna har inskränkts så ska det oftast röra sig om "objektivt jämförbara situationer", detta stadgas bland annat i fallet *Nordea Bank Danmark* som beskrivs nedan.

#### *Nordea Bank Danmark C-48/13:*

I rättsfallet *Nordea Bank Danmark* blev ett danskt bolag utsatt för oförmånlig behandling i Danmark när bolaget ville bedriva sin verksamhet via ett fast driftställe i en annan medlemsstat, något som utgjorde en inskränkning av etableringsfriheten enligt EES-avtalet.<sup>13</sup> Domstolen fastställde att en sådan inskränkning enbart kan tillåtas ifall den tar sikte på situationer som inte är objektivt jämförbara eller kan motiveras av tvingande skäl till allmänintresse.<sup>14</sup>

Omvänt innebär alltså domen att en förutsättning för att etableringsfriheten ska anses inskränkt ofta är att det föreligger objektivt jämförbara situationer.

#### *3.2.2 Åtnjutande av samma förmåner och avsaknad av beskattningsrätt utomlands:*

Huruvida en jämförbar situation ligger för hand ska beaktas i ljuset av det mål som en nationell lagstiftning utformats efter. Om bolag i gränsöverskridande koncerner ämnar komma i åtnjutande av samma förmåner som bolagen i en inhemsk koncern verkar huvudregeln vara att jämförbara situationer ligger för hand. Denna slutsats drar jag av fallen *Finanzamt Litz* och *X Holding* som beskrivs undertill. Sistnämnda fallet *X holding* handlar om koncernbidragsregler; men från nedanstående *X BV*-mål kan man dra slutsatsen att slutsatserna om jämförbara situationer, när det kommer till koncernbidragsregler, även är tillämpligt på ränteavdragsregler.

Att en stat saknar möjlighet att beskatta de utländska bolagen (i en gränsöverskridande koncern) utesluter inte att jämförbarhet föreligger gentemot de inhemska koncernerna, detta framgår ur fallet *Oy AA*.

---

<sup>13</sup> *Nordea Bank Danmark* p.22

<sup>14</sup> *Nordea Bank Danmark* p.23



*Finanzamt Linz C-66/14:*

Målet rörde ett bolag i en österrikisk koncern som ville göra en så kallad "goodwillavskrivning" för förvärv av andelar i en utländsk juridisk person. Avskrivningen nekades enligt österrikisk rätt medans avdraget kunnat medges ifall det utländska bolaget varit nationellt och ingått i samma företagsgrupp.<sup>15</sup>

I detta rättsfall menade EU-domstolen att bedömningen av huruvida en gränsöverskridande situation är objektivt jämförbar med en inhemsk situation ska prövas med beaktande av det mål som eftersträvas med de aktuella nationella bestämmelserna.<sup>16</sup>

I detta fall ansågs situationen för ett inhemskt moderbolag som ville bilda en företagsgrupp med ett inhemskt dotterbolag jämförbart med situationen vari dotterbolaget istället var utländskt. Detta på grund av att både nationella och icke-nationella företag kunde utgöra en företagsgrupp enligt österrikisk rätt och i både situationerna försökte bolagen komma i åtnjutande av de förmåner som beskattningssystemet gav.<sup>17</sup>

*X holding C-337/08:*

X holding var ett kapitalbolag med hemvist i Nederländerna. Bolaget önskade bilda en skattemässig enhet med ett utländskt dotterbolag, något som gav bättre möjligheter för skattekonsolidering för koncernen; när koncernens bolag gav varandra koncernbidrag.<sup>18</sup> Denna begäran nekades av de nederländska skattemyndigheterna trots att samma önskemål hade gått an gentemot ett inhemskt dotterbolag, enligt nederländsk rätt. Frågan var om detta inskränkte mot artiklarna 43 och 48 EG avtalet, alltså etableringsfriheten.<sup>19</sup>

EU domstolen ansåg att situationen vari ett moderbolag ville bilda en skattemässig enhet med ett inhemskt bolag var objektivt jämförbart med motsvarande situation vari dotterbolaget istället var utländskt. Jämförbarhet, mellan inhemska och gränsöverskridande situationer, förelåg till den del både fallen präglades av bolag som sökte komma i åtnjutande av de förmåner som det nationella beskattningssystemet gav.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Finanzamt Linz p.25

<sup>16</sup> Finanzamt Linz p.31

<sup>17</sup> Finanzamt Linz p.33

<sup>18</sup> X holding p.18

<sup>19</sup> X holding p.15

<sup>20</sup> X holding p.24

*X BV C-398/16:*

I målet lånade ett holländskt bolag vid namn X BV pengar från ett svenskt moderbolag för att finansiera ett tredje koncernbolag i Italien.<sup>21</sup> X BV ville dra av räntan på lånet från det svenska bolaget, avdraget nekades dock.

Enligt nederländsk rätt kunde ett sådant avdrag enbart beviljas ifall lånet hade baserats på sunda affärsmässiga överväganden eller ifall räntan hos långivaren utsattes för ”skälig” skatt.<sup>22</sup>

Nederländsk rätt innebar vidare att samma avdragsbegränsning inte hade förekommit om det långivande bolaget hade varit holländskt. Detta på grund av regler om koncernintern resultatsutjämning, denna utjämning fick ske inom skattegrupper. Enbart holländska företag och vissa utländska företag med skattemässig hemvist i Nederländerna fick ingå i dessa grupper dock.<sup>23</sup>

Domstolen menade att det i sammanhanget saknade betydelse ifall reglerna var neutralt utformade eller tog sikte på utländska aktörer, det viktiga var syftet bakom regeln (skattekonsolidering) mot ljuset av reglernas konsekvens.<sup>24</sup>

Domstolen ansåg att den gränsöverskridande och interna situationen var jämförbara. Domstolen hänvisade till X-Holding-målet. I X-holding fastslogs att fall vari inhemska moderbolag ville bilda en skattemässig enhet med inhemska dotterbolag; var jämförbart med motsvarande situationer vari moderbolaget var inhemskt och dotterbolaget utländskt. Därav drogs slutsatsen att situationerna var objektivt jämförbara även gällande X BV.<sup>25</sup> Vidare menade domstolen att den fördel som X BV ville åtnjuta, gällande ränteavdragsrätt, inte skulle förväxlas med den fördel som följer av konsolideringen inom en skattemässig enhet.<sup>26</sup>

Denna särbehandling ansågs inte kunna motiveras med syftet bakom reglerna om skattekonsolidering. Särbehandlingen inskränkte således på EU-rätten.<sup>27</sup>

*Oy AA C-231/05:*

Fallet Oy AA handlar om att ett finskt dotterbolag nekades möjligheten att kunna göra avdrag för ett koncernbidrag till ett förlustbringande utländskt moderbolag. Moderbolaget hade sitt säte i Förenta Kungadömet. Detta nekande berodde på att finländsk skattelagsting förbjöd avdraget; samtidigt som finsk lag tillät samma avdrag gentemot inhemska (finska) moderbolag.<sup>28</sup>

---

<sup>21</sup> X BV p.7

<sup>22</sup> X BV p.3

<sup>23</sup> SOU 2014:40 s. 390-391 som även Ohlsson hänvisar till, termen ”skattemässig hemvist” är hämtat ur Ohlssons beskrivning i Skattenytt 2018 s.706 som beskrivs mer i doktrinavsnittet.

<sup>24</sup> X BV p.35

<sup>25</sup> X BV p.33-37

<sup>26</sup> X BV p.40

<sup>27</sup> X BV p.38-51

<sup>28</sup> Oy AA p.6-10

Frågan som EU-domstolen hade att ta ställning till var huruvida denna särbehandling, gentemot utländska moderbolag, var förbjuden med hänseende till etableringsfriheten.<sup>29</sup>

EU-domstolen började bedömningen med att fastställa att det rörde sig om två jämförbara situationer. Det hade funnits invändningar om att det inte rörde sig om jämförbara situationer på grund av att moderbolaget var utländskt, vilket hindrade finska myndigheter från att beskatta det eller att se till att koncernbidraget blev beskattat i Förenta Kungariket.<sup>30</sup> EU-domstolen avsåg dessa argument genom att fastställa att det rörde sig om två jämförbara situationer.<sup>31</sup> Domstolen menade att denna särbehandling, vid två jämförbara situationer, utgjorde en inskränkning av etableringsfriheten.<sup>32</sup>

### *3.2.3 Slutsats om jämförbarhet:*

Vi har bevittnat att en förutsättning för att diskrimineringsförbudet och EU:s friheter ska anses inskränkta i huvudsak kräver att objektivt jämförbara situationer ligger för hand. Man ska i detta sammanhang se till vilka konsekvenser nationell skattelagstiftning har. Jämförbara situationer förekommer oftast när gränsöverskridande koncerner vill åtnjuta samma förmåner som inhemska koncerner. Att staten inte kan beskatta utländska bolag utesluter inte att dessa befinner sig i en jämförbar situation med de inhemska, vilket vi såg i fallet Oy AA.

### *3.3 Frågan om negativ särbehandling:*

Detta avsnitt redogör för praxis som diskuterar vad ”negativ särbehandling” innebär.

#### *3.3.1 Praktiska konsekvenser, indirekt diskriminering och skillnader i skattesystem.*

Huruvida en negativ särbehandling föreligger verkar inte vila på formaliteter. Detta framkommer bland annat i fallen Eurowings och Commerzbank som visar att det är lagstiftningarnas praktiska verkan som är viktigt. Ifall regler som formellt ger utländska och inhemska aktörer samma behandling ändå visar sig behandla utländska aktörer mer oförmånligt i praktiken; kan alltså diskriminering föreligga. Detta tydliggörs i Commerzbankmålet som beskriver hur diskrimineringsförbudet även innefattar ”indirekt diskriminering”; som betecknar regler som formellt behandlar inhemska och utländska aktörer likadant men som ger sämre villkor för utländska aktörer i praktiken (detta beskrivs vidare i Bammens analys i doktrinkapitlet). Dock måste inte lagstiftningen i alla lägen överbrygga all oförmånlig behandling som följer av skillnader i staters beskattningssystem. Detta förutsätter att lagstiftningen utformats enligt objektiva kriterier och utan hänsyn till nationalitet. Exempel som illustrerar detta finns i rättsfallen Deutsche Shell, Schempp och National Grid som beskrivs nedan.

---

<sup>29</sup> Oy AA p.17

<sup>30</sup> Oy AA p.33-34

<sup>31</sup> Oy AA p.38

<sup>32</sup> Oy AA p.39

Dessutom får stater lov att ställa krav på hur företag beskattas utomlands, något som framkommer från fallet Oy AA.

*Eurowings C-294/97:*

Fallet handlar om det tyska bolaget Eurowings som hyrde ett luftfartyg från ett Irländskt bolag, något som pga tysk rätt gav Eurowings skyldighet att lägga till vissa bokföringsposter i sitt skatteunderlag.<sup>33</sup> Enligt tysk rätt blev företag i huvudsak underkastade företagsskatt på rörelsekapital och rörelsevinst. Men när ett tyskt bolag hyrde från ett utländskt bolag som inte utsattes för nyssnämnda beskattning, förekom ovannämnda bokföringsskyldighet som en kompensation, detta utgjorde enligt Eurowings en inskränkning av artikel 49 FEG. Det fanns dock även situationer vari ett tyskt företag inte underkastats skatt på rörelsekapital och rörelsevinst, således kunde bokföringsreglerna även träffa inhemska situationer.<sup>34</sup>

EU-domstolen noterade att även ifall reglerna kunde träffa inhemska situationer så fanns det många sätt att i praktiken sänka den faktiska skatten, när man blev utsatt för skatten på rörelsekapital och rörelsevinst.<sup>35</sup>

Således var artikel 49 inskränkt.<sup>36</sup>

*Commerzebank C-330/91:*

I detta fall (med brittisk härkomst) var skattesubjekten, som var utländska men hade en "permanent establishment" i Storbritannien, berättigade till ersättning för skatt som de inte skulle ha behövt betala ("unduly paid tax"). Men de var inte befogade till återbetalning av ränta som var kopplad till denna skatt. Enligt högsta domstolen i Förenta Kungariket kunde en sådan diskriminering av utländska skattesubjekt göras på vad som kan beskrivas som en formalitet (formaliteten byggde på att det inte kunde röra sig om diskriminering ur skattehänseende eftersom ränta inte är skatt). EU-domstolen menade att de EU-rättsliga reglerna om likabehandling inte enbart förbjuder öppen diskriminering; utan även dold diskriminering som genom tillämpning av andra särskiljande kriterier leder till samma resultat.<sup>37</sup> EU-domstolen betraktade därmed behandlingen som diskriminering och fastställde att etableringsfriheten hade blivit kränkt.

Fallet är viktigt för att det illustrerar vad som kallas "indirekt diskriminering", dvs att diskriminering täcker inte enbart fall vari det formellt sätt föreligger diskriminering; utan även fall vari diskrimineringen sker indirekt.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> Eurowings p.2

<sup>34</sup> Eurowings p.25-27

<sup>35</sup> Eurowings p.38

<sup>36</sup> Eurowings p.41-46

<sup>37</sup> Eurowings p.14

<sup>38</sup> Se bl.a Bammens avsnitt 4.1.3 ff

*Deutsche Shell C-293/06:*

Bolaget "Deutsche Shell" hade invänt mot den skattemässiga behandling som tyska myndigheter hade tillämpat i fråga om försämringen av penningvärdet av kapital som nämnda bolag hade tillskjutit till ett fast driftställe, som tillhörde bolaget, och som var etablerat i en annan medlemsstat, när detta kapital togs hem igen.<sup>39</sup>

De tyska myndigheterna hade inte tagit hänsyn till det minskade värde som kapitalet hade fått som en följd av "valutakursförluster". Detta menade Deutsche Shell utgöra en inskränkning av etableringsfriheten.<sup>40</sup>

I detta rättsfall fastställer EU-domstolen att etableringsfriheten inte kan förstås så att en medlemsstat är skyldig att utforma sina skattebestämmelser utifrån en annan medlemsstats skattebestämmelser. Vidare menade domstolen att bestämmelserna inte måste säkerställa en beskattning som överbryggar alla olikheter till följd av de nationella lagstiftningarna. Dessutom tilläts det att beslut som ett bolag fattade i fråga om etablering av företagsstrukturer i utlandet, beroende på omständigheterna, blev mer eller mindre fördelaktiga eller ofördelaktiga för ett sådant bolag.<sup>41</sup>

*Schempp C-403/03:*

Fallet Schempp handlar om underhållsbidrag som den frånskilde Egon Schempp, bosatt i Tyskland, hade att betala till sin f.d. maka i Österrike. Schempp önskade att göra skattemässigt avdrag för detta bidrag, något som nekades.<sup>42</sup> Anledningen till nekandet var att förutsättningarna till avdrag inte var uppfyllda enligt tysk rätt, det krävdes nämligen att Schempp skulle erhålla intyg från österrikiska skatteförvaltningen som visade att nämnda bidrag hade betalats till ex-makan. Schempp kunde inte erhålla intyget eftersom nämnda bidrag inte beskattades enligt österrikisk rätt. Schempp menade att nekandet av avdragsrätten innebar en inskränkning av artiklarna 12 och 18 EG (fri rörlighet för personer).<sup>43</sup>

Enligt tysk rätt förutsatte avdragsrätten att den motsvarande inkomsten (som gick till maken) skulle beskattas, något som den inte gjorde enligt österrikisk rätt. EU-domstolen tolkade, i ljuset av nyss framförda, att nekandet av avdrag var en följd av olikheter i staternas beskattningssystem.<sup>44</sup>

Olikheter i behandling var dock acceptabelt, menade EU-domstolen, ifall skillnaderna berodde på lagstiftning som tillämpas på samtliga personer som omfattas av den, enligt objektiva kriterier och utan hänsyn till nationalitet.<sup>45</sup>

---

<sup>39</sup> Deutsche Shell p.2

<sup>40</sup> Deutsche Shell p.16-19

<sup>41</sup> Deutsche Shell p.43

<sup>42</sup> Schempp p.2

<sup>43</sup> Schempp p.7-11

<sup>44</sup> Schempp p.32

<sup>45</sup> Schempp p.34

Den tyska lagstiftningen ansågs vara förenligt med artiklarna 12 och 18 EG.<sup>46</sup>

#### *National grid indus C-371/10*

National grid indus var ett nederländskt bolag som hade en fordran på ett brittiskt bolag, vid namn National grid Company plc, inom samma koncern. Fordran ökade i värde i samband med att det brittiska pundet ökat i värde i relation till nederländsk valuta.

Det nederländska bolaget (som ägde fordran) flyttade sin verkliga ledning till Storbritannien. Detta innebar att bolaget upphörde att vara en beskattningsbar person i Nederländerna, vidare innebar detta att bolaget delgavs en utflyttningsbeskattning på fordrans värdeökning.

Utflyttningsbeskattningen innebar att skatt på den orealiserade fordran både fastställdes och togs ut när utflyttningen skedde.

Den nederländska skattelagen beaktade inte eventuella värdeminskningar som fordran kunde utsättas för, efter utflyttningen, till dess att valutakursvinsten realiserades.

EU-domstolen ansåg inte att den nederländska skatterätten behövde beakta eventuella värdeminskningar som skett efter utflyttningen. Domstolen menade att en utflyttning av ett bolags verkliga ledning inte måste vara neutral ur skattehänseende. Eventuella oförmånliga konsekvenser fick ses som resultatet av skillnader mellan staters skattesystem. Stater behövde inte utforma sina skattelagar med hänsyn till andra länders skattelagar för att överbrygga alla eventuella olikheter mellan olika länders skattelagar.<sup>47</sup>

EU-domstolen fastställde att de holländska skattereglerna innebar en otillåten inskränkning av etableringsfriheten.<sup>48</sup> Detta var dock av andra skäl än att eventuella värdeminskningar, som skett efter utflyttningen, inte beaktades.

#### *Oy AA:*

I Oy AA fastställde EU-domstolen att avdrag för koncernbidrag, gentemot utländska bolag, kunde villkoras med att det ställdes krav för hur koncernbidraget behandlades i motagarbolagets stat.<sup>49</sup>

#### *3.3.2 Sammanfattande slutsats om negativ särbehandling:*

Vi har sett hur den praktiska verkan är det viktiga när det gäller att fastställa eventuell negativ särbehandling. I Eurowings kunde både inhemska och gränsöverskridande koncerner drabbas av nekande av skatteavdrag; men i praktiken fanns det bättre möjligheter att kringgå detta nekande för inhemska koncerner. Lagstiftningens praktiska effekter innebar alltså negativ särbehandling.

---

<sup>46</sup> Schempp p.47

<sup>47</sup> National grid indus p.62-64

<sup>48</sup> National grid indus p.41

<sup>49</sup> Oy AA p.37

I Commerzbank framkom hur regler som formellt sett inte diskriminerar ändå leder till diskriminering på grund av inverkan från andra regler. Detta är ett exempel på indirekt diskriminering.

I Deutsche Shell såg vi dock hur regler inte alltid måste förebygga oförmånlig behandling som följer av länders olika skattesystem. Schempp gav ett exempel på detta i formen av att skatteavdrag kunde nekats om underhållsbidrag till en maka i ett annat land inte beskattades. Från National Grid gavs ett till exempel då bolag som flyttade sitt säte till ett annat EU-land tilläts drabbas av en oförmånlig behandling, något som ansågs följa av skillnader i skattesystem. Slutligen såg vi i fallet Oy AA att stater får ställa krav på hur koncernbidrag till utlandet behandlas utomlands.

### 3.4 Vikten av avskräckande effekt:

Detta avsnitt behandlar praxis som beskriver hur betydelsefullt det är att lagstiftningar kan avskräcka skattesubjekt från att nyttja sina EU-rättsliga friheter.

#### 3.4.1 Avskräckande effekt:

För att friheterna ska anses vara inskränkta sätter EU-domstolen vikt vid så kallad "avskräckande effekt". Det vill säga att om bolag och koncerner avskräcks från att etablera sig i andra EU-länder, som en följd av nationell lagstiftning, föreligger nämnda inskränkning. Detta stadgas i rättsfallet Mark & Spencer.

#### *Mark & Spencer C-446/03:*

I rättsfallet "Mark & Spencer" ville ett förlustbringande moderbolag, i bolagskoncernen Mark & Spencer, göra avdrag för förluster som ansamlats av dotterbolag i andra EU-länder. Mark & Spencer-koncernen avsåg även att likvidera de utländska förlustbringande bolagen.<sup>50</sup> Skattelagstiftningen i Förenta Kungariket tillät att förluster från ett bolag fördes över till ett annat bolag i samma koncern, under villkoret att överföringen skedde mellan inhemska bolag.<sup>51</sup> Mark & Spencer ville göra skattemässiga avdrag för förlusterna som de utländska dotterbolagen ansamlat,<sup>52</sup> något som de nekades att göra av myndigheterna.

Den huvudsakliga frågan som uppstod var huruvida detta stred mot etableringsfriheten i enlighet med artiklarna 43 och 48 i EG-fördraget.<sup>53</sup>

EU-domstolen fastställde att nekandet av ett avdrag, som inträffat i ett utländskt koncernbolag, skulle strida mot etableringsfriheten. Detta menade domstolen var fallet eftersom nekandet av ett sådant avdrag skulle avskräcka inhemska bolagskoncerner från att etablera sig i andra EU-

---

<sup>50</sup> Mark & Spencer p.21

<sup>51</sup> Mark & Spencer p.12-14

<sup>52</sup> Mark & Spencer p. 22

<sup>53</sup> Mark & Spencer p.26

länder.<sup>54</sup> Vidare menade EU-domstolen att det är i samband med att den inhemska lagen behandlade förluster i inhemska dotterbolag annorlunda än förluster i utländska dotterbolag; som inskränkningen av etableringsfriheten förelåg.<sup>55</sup>

#### *Thin Cap Group litigation C-524/04*

Fallet handlar om lagstiftning från Förenade kungariket som begränsade avdragsrätt för ränta avseende lån som inhemska bolag fått från utländska koncernbolag, samtidigt som samma avdragsrätt förelåg för rent inhemska koncerner.<sup>56</sup> Vid de gränsöverskridande fallen klassificerades räntan, under vissa omständigheter, som vinst som togs upp till beskattning.<sup>57</sup>

EU-domstolen menade att även ifall den gränsöverskridande bolagskoncernernas ställning, ur skattesynpunkt, inte var jämförbar med inhemska bolagskoncerners ställning, så kunde lagstiftningens särbehandling ändå utgöra en inskränkning av etableringsfriheten.<sup>58</sup> Eftersom lagstiftningen i fråga gjorde det mindre attraktivt att bilda gränsöverskridande koncerner så ansåg EU-domstolen att etableringsfriheten blivit inskränkt.<sup>59</sup>

#### *SGL C-311/08:*

Fallet SGI handlar om en belgisk skattelag som påbjöd skatt för inhemska bolag när dessa medgav lån utan ränta, eller medgav andra "avvikande" eller "vederlagsfria" förmåner, gentemot utländska koncernbolag. Dock påbjöds inte samma skatt ifall samma handlande företogs gentemot inhemska koncernbolag.

EU-domstolen fastställde att ovannämnda särbehandling som den belgiska lagstiftningen påbjöd kunde avhålla inhemska företag från att förvärva, bilda och bibehålla dotterbolag i andra medlemsstater. Dessutom ansågs lagstiftningen kunna avhålla bolag med hemvist i andra medlemsstater från att förvärva, bibehålla eller bilda dotterbolag i Belgien samt bibehålla en väsentlig andel i ett belgiskt bolag.<sup>60</sup>

I rent inhemska situationer blev det långgivande (eller förmångs-givande) bolaget inte beskattat utan det mottagande bolaget blev det, medan i gränsöverskridande situationer blev det givande bolaget beskattat. EU-domstolen menade att bara vid den gränsöverskridande situationen förelåg en risk

---

<sup>54</sup> Mark & Spencer p.33

<sup>55</sup> Mark & Spencer p.34

<sup>56</sup> Thin Cap Group litigation p.23

<sup>57</sup> Thin Cap Group litigation p.28

<sup>58</sup> Thin Cap Group litigation p.59

<sup>59</sup> Thin Cap Group litigation p.61

<sup>60</sup> SGI p.44-45



för dubbelbeskattning. Detta kunde avskräcka gränsöverskridande verksamhet, således ansågs etableringsfriheten vara inskränkt.<sup>61</sup>

#### 3.4.2 Sammanfattande slutsats om avskräckande effekt:

I rättsfallet Mark & Spencer krävdes att en negativ särbehandling skulle föreligga för att en avskräckande effekt skulle anses föreligga. I målet Thin Cap framkom att även ifall jämförbarhet inte låg för hand så kunde en lags avskräckande effekt ändå utgöra en inskränkning av etableringsfriheten. Att avgöra huruvida det föreligger en avskräckande effekt verkar således som väldigt centralt för att göra en EU-rättslig analys.

### 3.5 Konkurrens av friheter - när fler än en frihet kan anses vara inskränkt:

Detta avsnitt beskriver EU-praxis i vilka fler än en frihet har kunnat anses vara inskränkta.

#### 3.5.1 - Etableringsfriheten eller frihet av kapital:

Ibland går det att argumentera för att fler än bara en av friheterna har inskränkts. När det kommer till företagsbeskattning verkar det främst råda kontroverser över huruvida frihet av kapital eller etableringsfriheten blivit inskränkt. I dessa fall brukar etableringsfriheten ha företräde ifall det rör regler som träffar närstående företag som befinner sig i olika medlemsstater. Två företag är närstående när ett av företagen har ett bestämmande inflytande i det andra.

#### Oy AA:

I Oy AA hade EU-domstolen att ta ställning till huruvida en negativ särbehandling, vari avdrag för koncernbidrag till utländska moderbolag nekades, var förbjuden med hänseende till etableringsfriheten.<sup>62</sup> Då särbehandlingen berörde både etableringsfriheten och fri rörlighet av kapital fastställde EU-domstolen att etableringsfriheten var den frihet som reglerna skulle testas mot. Detta företräde för etableringsfriheten berodde på att fri rörlighet av kapital skulle testas mot etableringsfriheten som fri rörlighet av kapital uppstod ur i dessa sammanhang.<sup>63</sup>

#### Thin Cap Group litigation:

I ovannämnda målet Thin Cap hade EU-domstolen att avgöra vilken frihet som den nationella lagen (möjligen) inskränkte. Den frihet som EU-domstolen valde att pröva den nationella lagstiftningen mot var etableringsfriheten på grund av att lagstiftningen enbart träffade koncerninterna förhållanden.<sup>64</sup> En eventuell inskränkning mot friheten att tillhandahålla tjänster

---

<sup>61</sup> SGI p.52-55

<sup>62</sup> Oy AA p.17

<sup>63</sup> Oy AA p.24

<sup>64</sup> Thin Cap Group litigation p.26-34

eller frihet av kapital ansågs, i detta sammanhang, enbart föreligga som en följd av att etableringsfriheten inskränkts.<sup>65</sup>

*SGI:*

Även ovannämnda fall SGI tog upp frågan om konkurrerande friheter. Även i detta fall var frågan ifall lagstiftningen innebar en inskränkning gentemot etableringsfriheten eller frihet av kapital.<sup>66</sup> Etableringsfriheten ansågs vara tillämplig då lagen tog sikte på närstående bolag, i gränsöverskridande situationer, i vilka det ena bolaget hade ett bestämmande inflytande i det andra.<sup>67</sup>

### *3.5.2 Sammanfattande slutsats om konkurrens av friheter:*

Rättsfallen visar att regelverk som riktar in sig mot koncernliknande förhållanden i första hand brukar bedömas enligt etableringsfriheten.

## 3.6 Rättfärdigandegrunder:

Detta avsnitt behandlar EU-praxis i vilka inskränkningar i de EU-rättsliga friheterna kunnat godtas via så kallade "rättfärdigandegrunder".

### *3.6.1 Två viktiga rättfärdigandegrunder:*

Inskränkningar av fördragsfriheterna kan vara tillåtet ifall det föreligger så kallade "rättfärdigandegrunder".

Två rättfärdigandegrunder som ofta nämns i sammanhangen kallas "upprätthållande av en välavvägd fördelning av skatterätten mellan medlemsstaterna" och "behovet av att förhindra skatteflykt". Dessa anses äventyras av att stater kan välja i vilken stat vinsten ska beskattas. I fallen Oy AA och Mark & Spencer beskrivs detta. I Oy AA ansågs en kombination av de två grunderna leda till att rättfärdigande föreligger.

I rättsfallet Mark & Spencer togs en till rättfärdigandegrund upp; nämligen "att motverka risken att en förlust kan räknas två gånger". Sistnämnda rättfärdigandegrund kommer dock inte ha en betydelse i min analys senare.

*Mark & Spencer:*

I rättsfallet Mark & Spencer tilläts inte ett bolag göra avdrag för förluster i utländska koncernbolag. I fallet medgav EU-domstolen att det kan finnas situationer i vilka inskränkningar, som innebär negativ särbehandling, är tillåtna. För att inskränkningen skulle vara tillåten var den tvungen att ha följande karaktärsdrag: "syftet med den är legitimt och överensstämmer med fördraget och om

---

<sup>65</sup> Thin Cap Group litigation p.34

<sup>66</sup> SGI p.19-20

<sup>67</sup> SGI p.36

den kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset.”<sup>68</sup> Dessutom var den inskränkande bestämmelsen tvungen att vara ägnad till att uppnå nyssnämnda syfte och inte gå längre än behövt.<sup>69</sup> Dessa sista två krav kommer sedanefter att kallas för proportionalitetskravet. För att avgöra huruvida ovannämnda inskränkning var acceptabel gick EU-domstolen igenom 3 så kallade ”berättigandegrunder”.<sup>70</sup> Grunderna byggde på en hypotetisk analys kring vad som hade inträffat om förmånen, för inhemska bolag, utvidgades.<sup>71</sup>

Den första berättigandegrunden var ”en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna”.<sup>72</sup> Denna grund byggde på tanken att vinst och förlust ska ses av två sidor av samma mynt och således behandlas symmetriskt vid beskattning. Risken för att en förlust kunde betraktas två gånger skulle äventyra denna symmetri.<sup>73</sup> Likväl skulle symmetrin äventyras av att förlusten inte betraktades i dotterbolagets stat, detta på grund av ett eventuellt skatteundandragande som hade kunnat bli följden.

EU-domstolen menade att en risk för minskade skatteintäkter i sig inte innebar att första berättigandegrunden var uppfylld, däremot kunde den uppfyllas för att motverka att bolag kan välja vari förlusten ska beaktas.<sup>74</sup> Denna valmöjlighet kunde alltså äventyra en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.

Den andra berättigandegrunden, angående risk för att förluster skulle räknas två gånger, var också uppfylld. Domstolen ansåg att en stat måste tillåtas att undvika att en förlust beaktas två gånger, något som ansågs uppnås genom att förbjuda förlustavdrag från utländska dotterbolag.<sup>75</sup> Precis som de två första berättigandegrunderna ansågs den tredje, angående motverkandet av skatteundandragande, också vara uppfylld. Om förluster kunde överföras mellan medlemsländerna, från dotterbolaget till moderbolaget, kunde följaktligen förlusterna flyttas till länder med högre skattesats. Att förlusterna flyttades till länder med högre skattesats hade lönat sig då det hade minskat skattebördan på bolagskoncernerna. Detta var alltså ett medel för skatteundandragande som innebar att nekandet av gränsöverskridande koncernavdrag var berättigat.<sup>76</sup>

---

<sup>68</sup> Mark & Spencer p.35

<sup>69</sup> Mark & Spencer p.35

<sup>70</sup> Mark & Spencer p.38 f

<sup>71</sup> Mark & Spencer p.41

<sup>72</sup> Mark & Spencer p.43

<sup>73</sup> Mark & Spencer p.43

<sup>74</sup> Mark & Spencer p.45-46

<sup>75</sup> Mark & Spencer p.47-48

<sup>76</sup> Mark & Spencer p.49-50

Oy AA:

I Oy AA nekades ett bolag avdrag för koncernbidrag som gjorts till ett utländskt koncernbolag. I fallet diskuterade EU-domstolen huruvida inskränkningen av etableringsfriheten kunde tillåtas utifrån tvingande hänsyn till allmänheten.<sup>77</sup> Gällande behovet av att upprätthålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten menade domstolen att detta inte kunde åberopas systematiskt för att avstå från att ge ett dotterbolag skattemässiga fördelar; bara för att inkomsten går till ett utländskt moderbolag som inte beskattas i dotterbolagets stat.<sup>78</sup>

Men rättfärdigandegrunden i fråga fick dock användas för att säkerställa beskattningsrätten av verksamhet inom en stats territorium.<sup>79</sup> I samband med detta menade domstolen att en välavvägd beskattningsrätt kunde äventyras av att bolag kunde välja vari deras förluster skulle beskattas.<sup>80</sup> Nyssnämnda problematik kunde, enligt domstolen, också uppstå ifall vinster kunde flyttas mellan medlemstater, något som möjligheter till koncernbidrag över gränserna kunde tillåta.<sup>81</sup>

Domstolen fastställde sedan att möjligheter till att föra över vinster till lägre beskattade (eller obeskattade) skattejurisdiktioner hade givit möjligheter till skatteflykt. Att den finska lagen krävde att koncernbidrag fick dras av enbart ifall det gick till ett finskt moderbolag, menade domstolen, kunde hindra sagda skatteflykt.<sup>82</sup>

Behovet av att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten, i kombination med behovet att förhindra skatteflykt, ansågs vara legitima mål som kunde rättfärdiga inskränkningen av etableringsfriheten.<sup>83</sup> Dessa grunder omfattades alltså av tvingande hänsyn till allmänintresset.

*X holding:*

Domstolen konstaterade i X holding att en utvidgning av rättigheten att bilda en skattemässig enhet till att omfatta även utländska bolag skulle möjliggöra för moderbolag att välja vari och hur inkomster förvärvade i Nederländerna skulle beskattas. Detta kunde äventyra behovet av att försäkra en välavvägd fördelning av beskattningsrätten länderna emellan.<sup>84</sup>

EU-domstolen ansåg att reglerna kunde rättfärdigas med beaktande av behovet av att upprätthålla fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.<sup>85</sup>

---

<sup>77</sup> Oy AA p.44

<sup>78</sup> Oy AA p.53

<sup>79</sup> Oy AA p.54

<sup>80</sup> Oy AA p.55

<sup>81</sup> Oy AA p.56

<sup>82</sup> Oy AA p.58-59

<sup>83</sup> Oy AA p.60

<sup>84</sup> X holding p.29-31

<sup>85</sup> X holding p.33

### 3.6.2 Sammanfattande slutsats om rättfärdigandegrunder:

Medan önskan att förhindra minskade skatteintäkter inte är en godtagbar rättfärdigandegrund så är önskan att motverka skatteflykt det; tillsammans med önskan att vidhålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Det läggs stor vikt vid att koncerner inte ska kunna välja vari de vill bli beskattade. När det kommer till att vidhålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten kan man, från Oy AA, dra slutsatsen att beskattningen ska ske i den stat vari verksamheten bedrivs.

## 3.7 Kravet på proportionalitet:

Detta avsnitt behandlar EU-praxis om vad som krävs för att nationella regler ska vara proportionella för det fall att reglerna kan rättfärdigas.

### 3.7.1 rekvisit för proportionalitet

Även om rättfärdigandegrunder föreligger så måste nationella skatteregler vara proportionella. Detta innebär att skattereglerna måste vara effektiva och inte vara mer inskränkande än vad som behövs för att uppnå sina syften.

Nationella regler som tar sikte på konstlade upplägg måste sikta in sig på objektiva och verifierbara omständigheter för att vara proportionella. Detta framgår i SIAT-målet. I samma mål framgår att de bara ska neka avdrag för transaktioner till den del de inte stämmer överens med vad som hade avtalats under marknadsmässiga förhållanden. I samma mål stadgas också att nationella regler ska vara förutsebara så att de anses vara rättssäkra, annars är de inte proportionella.

I normalfallet krävs att de nationella regelverken uteslutande tar sikte på rent fiktiva uppläggningar, alltså uppläggningar vars enda (eller övervägande) syfte är att ge skattelättnader. Detta framgår i målet Cadbury Schweppes. I Oy AA blev dock regler som inte uteslutande tog sikte på fiktiva uppläggningar godkända av EU-domstolen.

### SIAT C-318/10:

SIAT-målet rör ett belgiskt bolag SIAT som bildade ett gemensamt dotterbolag med en nigeriansk koncern som hade ett luxemburgskt moderbolag.<sup>86</sup> Samarbetet höll inte och det avtalades om att SIAT skulle betala en slutlig summa till det luxemburgska moderbolaget. Enligt belgisk rätt betraktades det luxemburgska moderbolaget som ett holdingbolag som inte beskattades, detta ledde till att SIAT nekades avdrag för betalningen.<sup>87</sup> SIAT menade att detta stred mot artikel 49 EG.

Den belgiska rätten innefattade en huvudregel som vid avdragsönskan ålade den skattskyldiga att visa att kostnadernas äkthet och belopp samt att kostnaderna var nödvändiga för att förvärva

---

<sup>86</sup> SIAT p.8

<sup>87</sup> SIAT p.12

eller bibehålla skattepliktiga intäkter.<sup>88</sup> Det rörde sig alltså om en presumtion som den skattskyldige skulle bryta.

Vidare fanns en specialregel enligt vilken skattskyldige, för att motbevisa en presumtion om att transaktionen inte var legitim, skulle visa att det rör sig om verkliga och legitima transaktioner.<sup>89</sup> Specialregeln kunde tillämpas när betalning skedde till leverantörer som inte beskattades eller beskattades enligt rekvisitet "väsentligen förmånligare regler".<sup>90</sup> Det saknades preciseringar i vad rekvisitet innebär i den nationella lagstiftningen och som följd av denna brist av precision ansågs således artikel 49 EG vara inskränkt.<sup>91</sup>

Domstolen ansåg dock att de belgiska reglerna gick att rättfärdiga avseende deras syfte. Syftet var delvis att hindra beteenden som bestod i att minska den beskattningsbara inkomsten genom att betala för tjänster, som inte utförts, för att undvika skatt som normalt ska betalas.<sup>92</sup>

Reglerna ansågs även effektivt kunna uppfylla syftena att förhindra skattebedrägeri och skatteundandragande samt att upprätthålla en effektiv skattekontroll och bevara en välavvägd fördelning av skatterätten mellan medlemsstaterna.<sup>93</sup>

Men reglerna ansågs gå längre än nödvändigt. Prövningen för att avgöra om konstlade tillägg låg för hand skulle bygga på objektiva och verifierbara omständigheter, vilket inte ansågs uppfyllt.<sup>94</sup> Dessutom skulle en transaktion, som inte överensstämde med marknadsmässiga förhållanden, bara träffas av reglerna till den del de inte motsvarade vad som skulle ha avtalats under nämnda förhållanden.

Specialregeln ansågs slutligen sakna tillräcklig precision för att dess tillämpningsområde skulle kunna anses vara förutsebart.<sup>95</sup> Detta bröt mot rättssäkerhet vilket ansågs göra reglerna oproportionella.<sup>96</sup>

#### *Cadbury Schweppes C-196/04:*

I målet Cadbury Schweppes (hädanefter CS) hade moderbolaget i den brittiska CS-koncernen bildat dotterbolag utomlands i länder med lägre beskattning. Inom Förenta Kungariket beskattades moderbolag för vinster i utländska dotterbolag i lågbeskattade länder.<sup>97</sup> Samtidigt beskattades, enligt nationell rätt, inte moderbolaget för vinster i nationella dotterbolag. Detta

---

<sup>88</sup> SIAT p.21

<sup>89</sup> SIAT p.22

<sup>90</sup> SIAT p.25

<sup>91</sup> SIAT p.22-29

<sup>92</sup> SIAT p.41-42

<sup>93</sup> SIAT p.48

<sup>94</sup> SIAT p.49

<sup>95</sup> SIAT p.57

<sup>96</sup> SIAT p.58-60

<sup>97</sup> Cadbury Schweppes p.3-4

invände CS mot vilket föranledde EU-domstolen att utreda huruvida diskriminering eller inskränkning av friheterna i EG-fördraget låg för hand, mer specifikt artiklarna 43, 49, 53 EG.<sup>98</sup> Etableringsfriheten ansågs inskränkt men denna inskränkning kunde godtas såtillvida den brittiska lagstiftningen enbart tog sikte på rent konstlade upplägg som gjorts i syfte att kringgå en medlemsstats skattelagstiftning.<sup>99</sup>

*Oy AA:*

I Oy AA genomförde domstolen en proportionalitetsbedömning. Häri fastställde domstolen att de två ovannämnda (viktigare) rättfärdigandegrunderna hänger ihop, alltså behovet av att förhindra skatteflykt och bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten.

Om koncerner fritt kunde välja vari vinsterna skulle beskattas, och på så sätt skapa fiktiva uppläggningar, så kunde det som de två rättfärdigandegrunderna sammanlagt strävar efter äventyras.<sup>100</sup> Domstolen menade att de två målen, sett som en helhet, var proportionerliga då de undanröjde möjligheter till fiktiva upplägg. Domstolen menade att detta var fallet trots att lagstiftning inte tog sikte på just fiktiva uppläggningar.<sup>101</sup>

Vidare menade domstolen att lagen var proportionerlig i att det saknades mindre ingripande sätt att uppnå samma mål.<sup>102</sup> Alltså var den finska lagstiftningen inte oförenlig med EU-rätten.

*Thin Cap Group litigation:*

I målet Thin Cap, vari avdragsrätten för ränta betalad till utländska bolag begränsades, kunde en inskränkning av etableringsfriheten rättfärdigas av syftet att motverka missbruk. Lagstiftningen kunde förhindra att underkapitalisering användes för att flytta vinster, som genererats inom UK, till utlandet.<sup>103</sup>

Gällande proportionalitet kom domstolen fram till att lagstiftningen i fråga var proportionerlig i den mån som den mötte vissa villkor.<sup>104</sup> Bland dessa villkor fanns att lagstiftningen skulle bygga på en prövning av objektiva och verifierbara omständigheter som möjliggjorde identifieringen av fiktiva upplägg som uteslutande betingades av skattemässiga hänsyn. Vidare skulle, när ett fiktivt upplägg hade fastställts, räntorna enligt lagstiftning bara klassificeras som vinst till den del de översteg vad som skulle ha avtalats under marknadsmässiga förhållanden.

---

<sup>98</sup> Cadbury Schweppes p.28

<sup>99</sup> Cadbury Schweppes p.51

<sup>100</sup> Oy AA p.62

<sup>101</sup> Oy AA p.63-64

<sup>102</sup> Oy AA p.65

<sup>103</sup> Thin Cap Group litigation p.76

<sup>104</sup> Thin Cap Group litigation p.92

Ett annat villkor som skulle vara uppfyllt var att den skatteskyldige, när ett fiktivt upplägg inte kunde uteslutas, gavs möjlighet att utan onödig administrativt omgång lägga fram uppgifter som rörde eventuella affärsmässiga skäl som föranledde upplägget.<sup>105</sup>

*Equiom och Enka C-6/16:*

Equiom och Enka handlar om franska beskattningsregler som innebar att dotterbolag, som gav utdelning till utländska moderbolag vars aktieägare kom från tredje länder, blev utagsbeskattade. Enligt reglerna skedde dock ingen beskattning när det bevisades att det huvudsakliga syftet bakom transaktionen inte var att dra skattemässiga fördelar.<sup>106</sup> I likartade konstellationer, vars enda skillnad var att moderbolaget var inhemskt, skedde dock aldrig samma beskattning till och med när moderbolaget ägdes av aktieägare från tredje länder.<sup>107</sup>

De franska reglerna prövades mot etableringsfriheten eftersom lagstiftningen enbart tillämpades på andelsinnehav som gav bestämmande inflytande över ett bolags beslut.<sup>108</sup> Motivet bakom den franska regleringen var att förhindra skatteundandragande och skatteflykt samt att upprätthålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.<sup>109</sup> EU-domstolen fastställde att de franska reglerna var för långtgående då de inte uteslutande tog sikte på rent konstlade upplägg.<sup>110</sup>

*Diester Holding AG och Juhler Holding A/S C-504/16 och C-613/16:*

Detta mål handlar om en tysk lagregel som innebar att en tysk källskatt togs ut från dotterbolag, som gav utdelning till utländska moderbolag, ifall vissa villkor inte hade blivit mötta. Gentemot inhemska moderbolag förekom dock aldrig källskatt.<sup>111</sup> Av samma skäl som i ovan beskrivna Equiom och Enka testades den nationella lagstiftningen mot etableringsfriheten.<sup>112</sup> Etableringsfriheten fastslogs vara inskränkt. Tysklands motivering bakom inskränkningen var att motverka skatteflykt och skatteundvikande samt säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten.<sup>113</sup>

---

<sup>105</sup> Thin Cap Group litigation p.82

<sup>106</sup> Equiom och Enka p.55

<sup>107</sup> Equiom och Enka p.55

<sup>108</sup> Equiom och Enka p.41

<sup>109</sup> Equiom och Enka p.61

<sup>110</sup> Equiom och Enka p.64 och p.30-36

<sup>111</sup> Diester Holding AG och Juhler Holding p.89

<sup>112</sup> Diester Holding AG och Juhler Holding p.78

<sup>113</sup> Diester Holding AG och Juhler Holding p.95



Den tyska lagstiftningen tog inte uteslutande sikte på rent konstlade upplägg som skapats i syfte att på ett otillbörligt sätt komma i åtnjutande av en skattefördel, således kunde lagstiftningen inte rättfärdigas av behovet att motverka skatteflykt och skatteundvikande.<sup>114</sup>

Vad beträffade den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten kom EU-domstolen fram till att, i ljuset av att den i sammanhanget reglerades av moder- och dotterbolagdirektivet, den tyska lagstiftningen inte kunde motiveras med denna rättfärdigandegrund.<sup>115</sup>

#### *SGL:*

I SGI påbjöd en belgisk skattelag skatt för inhemska bolag när dessa medgav lån utan ränta, eller medgav andra "avvikande" eller "vederlagsfria" förmåner, gentemot utländska koncernbolag. I SGI tog den belgiska lagstiftningen inte enbart sikte på rent konstlade upplägg, något som skulle ske när syftet var att motverka skatteflykt enligt Cadbury Schweppes. Trots detta ansågs den belgiska lagstiftningen kunna rättfärdigas genom att kombinera syftet att bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan staterna med syftet att motverka skatteflykt.<sup>116</sup>

Lagstiftningen ansågs vidare vara proportionerlig. Detta ansågs dels följa av att lagstiftningen prövade vad som var fiktiva upplägg baserat på objektiva och verifierbara omständigheter. En annan faktor som talade för proportionalitet var att den skattskyldige kunde visa att affärsmässiga förhållanden förelåg utan administrativ omgång. Att lagstiftningen bara gjorde en skattemässig korrigerig till den del en transaktion inte överensstämde med vad som hade avtalats under affärsmässiga förhållanden ansågs också göra lagstiftningen proportionerlig.<sup>117</sup>

#### *X holding:*

I X holding nekades ett holländskt bolag möjligheten att bilda en skattemässig enhet med ett utländskt dotterbolag. Gällande huruvida reglerna uppnådde proportionalitet anförde EU-domstolen att Nederländerna fick bestämma villkoren för beskattning och nivån på denna för de olika etableringsformer som inhemska bolag kunde använda sig av för sin verksamhet i utlandet, så länge de inte utsattes för en behandling som var diskriminerande i förhållande till hur inhemska jämförbara etableringar behandlas.<sup>118</sup>

Reglerna ansågs vara proportionerliga.

---

<sup>114</sup> Diester Holding AG och Juhler Holding p.60-74 och 97

<sup>115</sup> Diester Holding AG och Juhler Holding p.98-99

<sup>116</sup> SGI p.66-70

<sup>117</sup> SGI p.71-76

<sup>118</sup> X holding p.40

### *3.7.2 Sammanfattande slutsats om proportionalitet:*

Från rättsfallen kan man tydligt se två viktiga krav som ställs på nationella lagstiftningar för att de ska anses vara proportionella. Det ena är att nationella regler ska vara förutsebara, och därmed rättssäkra, för att anses proportionella. I samma veva ska regler bygga på objektiva och verifierbara omständigheter.

Det andra är kravet att reglerna ska ta sikte på rent konstlade upplägg. Detta andra kravet måste dock inte alltid vara uppfyllt, något vi kan se i Oy AA fallet. När det kom till fall som handlar om källskatt så verkar det vara så att kravet på att enbart träffa rent konstlade upplägg måste vara uppfyllt. När det kommer till regler om koncernbidrag och koncernavdrag verkar inte detta krav vara lika strängt.

## 4. De svenska reglerna om riktade ränteavdragsbegränsningar - lagstiftning, förarbeten och praxis:

Detta kapitel innehåller en genomgång av lagstiftningen kring de riktade ränteavdragsreglerna som återfinns i 24 kap. IL. Dessutom innehåller kapitlet en genomgång av förarbetsutalanden som är relevanta för min avslutande analys.

Först ger kapitlet allmän information om ränteavdragsregler och en kort bakgrund till varför de riktade ränteavdragsreglerna infördes. Detta följs av en redogörelse av 2013 års riktade ränteavdragsregler som numera är upphävda. Därefter redogör kapitlet för 2019 års riktade ränteavdragsregler som är giltiga i skrivande stund.

Slutligen presenteras ett praxisfall från högsta förvaltningsdomstolen som varit vägledande i utformningen av båda årgångars ränteregler.

### *4.1 Allmänt om ränteavdrag:*

Enligt huvudregeln i 16 kap. 1§ IL, angående vad som får dras av i inkomstslaget näringsverksamhet, får utgifter för ränta dras av. 24 kap IL ger däremot begränsningar för avdragsrätten för räntor. I 24 kap. IL återfinns de nuvarande riktade ränteravdragsreglerna från 2019 och innan dess återfanns de riktade ränteavdragsreglerna från 2013.

### *4.2 Bakgrund till de riktade ränteavdragsreglerna:*

Under 00-talet förekom omfattande diskussioner om så kallade räntesnurror. Räntesnurrorna innebar i första hand att svenska bolag hade lånat pengar från utländska bolag, inom samma koncern, som befann sig i lågbeskattade länder. Detta skapade avdragsgilla ränteutgifter i Sverige och lågbeskattade ränteinkomster i utlandet, något som gynnade koncernerna. Problemet var att detta urholkade den svenska skattebasen.

Det förekom dock också inhemska räntesnurror som bara innefattade svenska skattesubjekt.<sup>119</sup> På grund av räntesnurrorna infördes år 2009 begränsningar av rätten för koncernliknande grupperingar att kunna göra avdrag för ränta kopplad till koncerninterna lån.<sup>120</sup> 2009 års ränteavdragsbegränsningar har reviderats i två omgångar, först gjordes reglerna om år 2013 och sedan år 2019.

#### *4.3 2013 år riktade ränteavdragsbegränsningar:*

##### *4.3.1 Upphävda men relevanta regler om ränteavdragsförbud för företag i intressegemenskap:*

2013 års regler om riktade ränteavdragsbegränsningar var en utvidgning av 2009 års riktade ränteregler som inte kommer att beskrivas i detta arbete. 2013 års riktade ränteavdragsregler infördes för att skydda den svenska skattebasen.<sup>121</sup> I propositionen framkommer följande: "Skatteplanering med ränteavdrag utgör ett allvarligt hot mot den svenska bolagsskattebasen som dessutom kommer att öka i omfattning om inte denna möjlighet till skatteplanering motverkas".<sup>122</sup>

2013 års regler återfanns 24 kap. 10 a–10 f §§ IL och är numera upphävda.<sup>123</sup> Men deras förenlighet med EU-rätten, en fråga som ännu inte fått ett definitivt svar, påverkar de nuvarande bestämmelsernas giltighet. Detta är något som bland annat skattejuristen Mattias Dahlberg framför.<sup>124</sup> Därav finner jag det lämpligt att gå igenom dessa.

Något som i skrivande stund gör reglerna från 2013 aktuella är att HFD har begärt ett förhandsavgörande, från EU-domstolen, för att utreda reglernas förenlighet med EU-rätten. I rättsfallet blev ett svenskt bolag nekat avdragsrätt för ränta som betalades till ett franskt bolag i samma koncern.<sup>125</sup>

##### *4.3.2 Huvudreglerna - intressegemenskap, avdragsnekande och utomstående företag.*

I 24:10 a IL (i 2013 års lagstiftning) framkom att reglerna var tillämplbara på företag i intressegemenskap. Två bolag befann sig inom samma intressegemenskap ifall ett av bolagen, direkt eller indirekt, genom ägarandel eller på annat sätt hade väsentligt inflytande i det andra bolaget. Ifall två bolag stod under gemensam ledning så befann sig även dessa två bolag i samma intressegemenskap.

---

<sup>119</sup> Prop 2008/09:65 s. 37

<sup>120</sup> Dahlberg 2019 s.86

<sup>121</sup> Skattenytt s. 2013 s. 104

<sup>122</sup> Prop. 2012/13:1 volym 1 s. 272

<sup>123</sup> Se Lag 2018:1206

<sup>124</sup> Dahlberg 2019 s.87

<sup>125</sup> Se HFD mål nr. 4849-18 från 2019-06-05

Huvudregeln stadgades i 10 b §, enligt den fick företag i intressegemenskapen inte dra av ränta på skulder som de hade gentemot varandra. Det fanns dock undantag från denna huvudregel.

I 10 c § stadgades att ovannämnda regler ibland också tillämpades gentemot företag utanför gemenskapen. Detta förutsatte dels att ett företag i gemenskapen hade en fordran på det utomstående företaget (eller på ett företag i samma intressegemenskap som det utomstående företaget) och det fanns en skuld inom gemenskapen som hade ett samband med denna fordran. En andra förutsättning var att skulden skulle avse ett förvärv av en delägarrätt. c § avsåg alltså situationer vari ett utomstående företag agerade som mellanhand mellan intressegemenskapers företag; när gemenskapens företag lånade till och från varandra - i samband med att de handlade med delägarrätter.

#### *4.3.3 10%-regeln - ett undantag:*

I 10 d § stadgades en undantagsregel som blivit omdebatterad. Denna regel var den så kallade "10%-regeln". Den fastslog att ränteutgifter, kopplade till lån gentemot företag i samma intressegemenskap, fick dras av ifall bolaget som faktiskt hade rätt till inkomsten (långivaren) skulle ha beskattats med minst 10% i sin hemstat; ifall långivaren bara hade haft den inkomsten. I tillämpandet av regeln skulle alltså ett hypotetiskt test göras för att avgöra vad långivaren hade blivit beskattad på ränteinkomsten; om bolaget bara hade haft denna inkomst.

Begreppet "den som har rätt till inkomsten" skulle tolkas efter det engelska begreppet "beneficial owner". Det som avsågs var att mottagaren skulle ta emot den inkomst som motsvarar ränteutgiften för egen del. Det räckte alltså inte att enbart ha en formell rätt till inkomsten, utan företaget skulle vara den verkliga och rättmätiga ägaren som åtnjöt de ekonomiska fördelarna.<sup>126</sup>

Enligt Sven Olof Lodin och hans kollegor ska 10%-regeln vara en följd av EU:s diskrimineringsförbud och faktumet att vissa EU-rättsliga länder har en beskattning på 10%.<sup>127</sup> Både nu och vid tiden av 2013 års regler giltighet har vissa svenska skattesubjekt beskattats lägre än 10%. Således kunde helt svenska koncerner träffas av 10%-regeln.

Några exempel är kommuner som inte beskattas för ränteinkomster, detta följer av 7 kap. IL. Ett annat exempel är investmentföretag som schablonbeskattas på 1,5% enligt 39 kap. 14§. Diverse stiftelser, ideella föreningar och likartade organisationer beskattas inte heller enligt 7 kap. IL.

Enligt 10 d § st. 3 förelåg dock ingen avdragsrätt, även när 10%-regeln uppfyllts, ifall det huvudsakliga skälet till att skuldförhållandet tillkommit var att intressegemenskapen skulle få en väsentlig skatteförmån. I förarbetena framgår däremot att när ett svenskt moderbolag lånar pengar från sin svenska internbank för ge ett utländskt dotterbolag ett kapitaltillskott, så att

---

<sup>126</sup> prop.2008/09:65 s. 61-62

<sup>127</sup> Lodin m.fl s.443

dotterbolaget ska få en skatteförmån i sitt land, så ska avdrag ej vägras. Anledningen som framförs till detta är att ränteavdraget i detta fall balanseras av en motsvarande ränteinkomst.<sup>128</sup> I förarbetena förekommer mycket kritik mot rekvisitet "huvudsaklig" från diverse remissinstanser, kritiken bygger till stor del på att rekvisitet anses vara oförutsebart.<sup>129</sup>

#### 4.3.4.1 Ventilen:

Enligt 10 e § fick ett avdrag ändå göras trots att 10%-rekvisitet inte uppfyllts, i ett visst fall. Detta var när det långivande företaget (i intressegemenskapen) befann sig inom EES (eller ett land som Sverige hade ett skatteavtal gentemot som omfattade motsvarande regler) och det bakomliggande skälet för skuldförhållandet var huvudsakligen affärsmässigt motiverat.

Med "huvudsakligen" avsågs, enligt förarbetena, 75% eller mer. Vad som avsågs med detta kvantitativa begrepp var att de affärsmässiga skälen skulle föreligga till övervägande del och att det skulle föreligga sunda affärsmässiga överväganden bakom beslutet - utöver skattemässiga effekter.<sup>130</sup>

Vid bedömningen av om skuldförhållandet var affärsmässigt motiverat skulle det beaktas ifall finansiering av det låntagande företaget hade kunna ske genom ett tillskott istället.

Enligt rättspraxis, som har varit vägledande i reglernas utformning, har det nämligen konstaterats att interna lån inte ökar skuldbelastning för koncerner; men lånen ger lägre skatt när tillskott istället hade kunnat användas. Bland annat vid omorganisation inom koncerner kan tillskott användas enligt HFD.<sup>131</sup> Vid lån som sker inom koncerner på grund av omorganisering skulle alltså skuldförhållandet inte anses vara huvudsakligen affärsmässigt motiverat.

Reglerna i 10 e § kallas för "ventilen".<sup>132</sup> Ventilen infördes eftersom regeringen önskade skapa ett undantag från de riktade begränsningarna i ränteavdrag när 10%-regeln inte blivit uppfylld. Undantaget var avsett att tillämpas när det var "uppenbart" att skatteplanering inte låg för hand trots att det förelåg mycket låg beskattning.<sup>133</sup>

Enligt förarbetena är fallen vari skuldförhållandet uppkommit för att ge intressegemenskapen en väsentlig skatteförmån, och fallen vari det bakomliggande skälet till skuldförhållandet varit huvudsakligen affärsmässigt motiverat, ömsesidigt uteslutande.<sup>134</sup> Både fallen kunde alltså inte stämma in på ett skuldförhållande samtidigt.

---

<sup>128</sup> Prop. 2012/13:1 s.252f

<sup>129</sup> Prop.2012/13:1 s.245-250

<sup>130</sup> Prop.2008/09:65 s. 68

<sup>131</sup> HFD 2011 ref.90 I och II

<sup>132</sup> Skattenytt 2013 s.104

<sup>133</sup> Prop. 2012/13:1 volym 1 s. 255

<sup>134</sup> Prop 2012/13:1 s. 334

Ifall schablonbeskattade företag inte kunde visa att skuldförhållandena var huvudsakligen affärsmässigt motiverade så skulle dessa bedömas enligt 10%-regeln, detta kallas för kompletteringsregeln.<sup>135</sup> I förarbetena förklaras kompletteringsregeln som att den ger ett säkerhetsavstånd mellan 10%-regeln och ventilen.

#### 4.3.4.2 Ventilen vid koncernbidragsrätt:

I förarbetena framkommer att ventilen inte skulle tillämpas bland företag bland vilka det föreligger koncernbidragsrätt (enligt svensk lag). Motiveringen till detta var att för företag, bland vilka det föreligger koncernbidragsrätt, antogs inte ränteutgiften ge upphov till någon väsentlig förmån.<sup>136</sup> Dessa fall skulle alltså bedömas enligt 10%-regeln.

För att koncernbidragsrätt ska föreligga krävs att det rör sig om ”helägda koncerner”. Det som avses med detta begrepp är att moderbolaget äger minst 90% av andelarna i dotterföretaget enligt 35 kap. 2§ IL.

Det kan nämnas att utländska bolag, från ESS-länder, kan ha koncernbidragsrätt under förutsättning att bolagen motsvarar svenska aktiebolag och att de utländska bolagen är skattskyldiga i Sverige för den verksamhet som bidraget hänförs till. Detta stadgas i 35 kap 2a§ IL.

#### 4.3.5 Bevisbörda på koncernerna:

I propositionen framkommer att bevisbördan, för att villkoren för att bevilja ränteavdrag är uppfyllda, ligger på företagen. Detta ligger i överensstämmelse med hur prövningen enligt 2019 års regler ska gå till. Enligt både årgångars regler ska alltså bevisbördan läggas på företagen.<sup>137</sup>

### 4.4 2019 års riktade ränteavdragsbegränsningar:

#### 4.4.1 Allmänt om 2019 års regler:

2019 års regler är utformade efter ett förslag av finansdepartementets gällande förändringar av ränteavdragsreglerna (se Fi2017/02752/S1). I samband med att generella ränteavdragsregler infördes, som en följd av skatteflyktsdirektivet, reformerades de gamla riktade ränteavdragsreglerna till de nya.<sup>138</sup> De nya reglerna har ett snävare tillämpningsområde än vad de gamla hade, vilket beskrivs mer undertill.

Precis som med 2013 års regler är det övervägande syftet med 2019 års riktade ränteavdragsregler att skydda den svenska bolagsskattebasen.<sup>139</sup> Reglerna i 2019 års lagstiftning är avsiktligt snävare än 2013 års regler. De nya reglerna är avsedda att träffa rena

<sup>135</sup> Prop.2012/13:1 s334

<sup>136</sup> Prop. 2012/13:1 s.334

<sup>137</sup> Prop. 2017/18:245 s. 185 f

<sup>138</sup> Prop. 2017/18:245 s.2

<sup>139</sup> Prop. 2017/18:245 s. 171

missbruksfall.<sup>140</sup> Men begränsningar i rätt till ränteavdrag har ansetts vara nödvändiga för att motverka skatteplanering.<sup>141</sup>

Samtidigt har definitionen av ränteutgifter gjorts mer omfattande, detta har gjorts så att reglerna ska matcha EU:s skatteflyktsdirektiv.<sup>142</sup>

#### 4.4.2 Avdragsrätt inom EES - ifall skuldförhållandet inte uteslutande skapats för skatteförmåner:

De nuvarande riktade ränteavdragsreglerna återfinns i 24 kap. 16–20 §§ IL. Återigen fastslås inledningsvis att reglerna behandlar företag i intressegemenskap, detta sker i 16 §. Detta trots att det i förarbetena till 2019 års regler framkommer remissyttranden från instanser som kritiserar termen ”intressegemenskap” för dess vaghet.<sup>143</sup>

I 18 § stadgas att företagen får dra av ränta på skulder gentemot andra företag i samma intressegemenskap på vissa alternativa villkor. Villkoren är: 1. Ifall företaget som har rätt till inkomsten (långgivaren) befinner sig inom EES. 2. det föreligger en sådan rätt enligt ett skatteavtal. 3. Om det långgivande företaget hade beskattats med minst 10% i sin hemstat ifall det bara hade haft inkomsten som räntan motsvarar. 10%-regeln i detta fall gäller alltså bara för företag utanför EES. Således kommer 2019 års 10%-regel inte att behandlas i detta arbete.

I 18 § st. 3 stadgas att ifall skuldförhållandet uteslutande, eller så gott som uteslutande, uppkommit för att ge intressegemenskapen en skatteförmån så får ränteutgiften inte dras av. Från propositionen bakom 2019 års regler framkommer att reglerna ska vara enklare att tillämpa. Detta beslut fattades delvis på grund av en rapport från Skatteverket vari 10%-regeln bedömdes vara svår att tillämpa.<sup>144</sup>

Det ansågs däremot fortfarande vara nödvändigt att ha en undantagsregel för att komma åt skatteplanering. Den nya undantagsregeln skulle tillämpas när skuldförhållandena ”uteslutande eller så gott som uteslutande” uppkommit av skattemässiga skäl. Rekvisitet avsågs innebära fall vari skattemässiga skäl utgjorde 90-100% av anledningen till att skuldförhållandet uppkommit.<sup>145</sup>

19 § stadgar att ifall skuldförhållandet, mellan intressegemenskapens företag, avser förvärv av delägarrätt så får ränteavdraget enbart göras ifall förvärvet är väsentligen affärsmässigt motiverat.

---

<sup>140</sup> Prop. 2017/18:245 s. 2

<sup>141</sup> Prop. 2017/18:245 s. 181

<sup>142</sup> Prop. 2017/18:245 s.2

<sup>143</sup> Prop. 2017/18:245 s.200

<sup>144</sup> Prop.2017/18:245 s.183

<sup>145</sup> Prop. 2017/18:245 s.184

#### 4.4.3 Utomstående företag som mellanhand - en utvidgning:

I 20 § stadgas att ovannämnda regler ibland också tillämpas gentemot företag utanför intressegemenskapen. Detta sker när ett företag i gemenskapen har en fordran på det utomstående företaget (eller på ett företag i samma intressegemenskap som det utomstående företaget) och det finns en skuld inom gemenskapen som har ett samband med denna fordran. 20 § fyller alltså samma funktion som gamla 10 c §. Dock är denna bestämmelse en utvidgning av den gamla 10 c §. Denna regel gäller nämligen alla interna skuldförhållanden, i vilka utomstående företag agerar mellanhand, och inte bara vid förvärv av delägarätter.

#### 4.4.4 Bevisbörda på koncernerna:

I propositionen framkommer att bevisbördan, för att villkoren för att bevilja ränteavdrag är uppfyllda, ligger på företagen. Detta ligger i överensstämmelse med hur prövningen enligt 2013 års regler skulle gå till. Enligt både årgångars regler ska alltså bevisbördan läggas på företagen.<sup>146</sup>

### 4.5 HFD 2011 ref.90 - ett vägledande rättsfall:

#### 4.5.1 HFD 2011 ref. 90 som rättfärdigande:

I propositionen till 2019 års regler diskuteras huruvida de föreslagna ränteavdragsreglerna är förenliga med EU-rätten. Framförallt diskuteras huruvida begreppet "väsentligen affärsmässigt motiverat" är för vagt. I detta sammanhang hänvisas till HFD:s bedömning av 2009-års ränteavdragsregler. Begreppet fanns nämligen i 2009-års regler och dessa regler bröt, enligt HFD, inte mot EU-rätten - vare sig mot FEUF eller etableringsfriheten. På grund av likheter mellan 2009 års regler och efterföljande 2013 års; och 2019 års (föreslagna) regler dras slutsatsen att inte heller de efterföljande reglerna strider mot EU-rätten. Detta var alltså baserat på att HFD inte ansåg att 2009 års regler stred mot EU-rätten.<sup>147</sup>

#### 4.5.2 Frågorna i 2011 ref. 90 del II:

I HFD 2011 ref. 90 skulle HFD bland annat ta ställning till huruvida de riktade ränteavdragsbegränsningarna var förenliga med EU rätten. Rättsfallet har 5 volymer men frågan behandlas mest utförligt i volym II. Häri refererade HFD till EU-fallet Oy AA.

I Oy AA hade EU-domstolen fastslagit att rätten till koncernavdrag kan villkoras med krav på hur motsvarande koncernbidrag beskattas utomlands.<sup>148</sup> HFD menade att det som var tillämpligt på koncernbidrag kunde analogt tillämpas på ränteavdragsreglerna. Detta sågs som ett rättfärdigande av 10%-regeln.

---

<sup>146</sup> Prop. 2017/18:245 s. 185 f

<sup>147</sup> Prop 2017/18:245 s.194 f

<sup>148</sup> HFD 2011 ref. 90 del II - sida 16 i Skatteverkets PDF-fil innehållande målet (målet i sig är ej sidnumrerat)



Vidare hänvisade HFD till målet C-403/03, Schempp vari EU-domstolen fastslog att negativa skattemässiga effekter som följer av medlemsstaters olika lagstiftning inte inskränker på den fria rörligheten. Från detta drog HFD slutsatsen att 10%-regeln som tillämpas när bolag utomlands beskattas lägre än 10%, men inte på svenska bolag som beskattas högre, får anses vara en följd av skillnader i staternas lagstiftning. Detta innebar alltså enligt HFD att etableringsfriheten ej inskränkts.<sup>149</sup>

#### *4.6 Sammanfattande slutsats av de riktade ränteavdragsreglerna:*

Båda årgångars regler är lika till sin struktur med tanke på att både har liknande undantagsregler som antingen kan bevilja eller neka avdrag. Båda regelverken har såklart samma syfte som består i att skydda ett urholkande av den svenska skattebasen.

En skillnad mellan både årgångars regler ligger i hur 10%-regeln tagits bort för de nya reglerna (i EU-rättsliga sammanhang). De nyare reglerna verkar också mer förlåtande; då det inte längre räcker att skattelättnader ska vara det huvudsakliga skälet bakom skuldförhållandena för att avdrag ska nekas. Numera måste skuldförhållandena nästintill uteslutande uppstått för att uppnå skatteskillnader.

Men skillnaderna i båda årgångars regler ser vid första anblick ut att vara ganska marginella. Denna slutsats stöds av faktumet att båda årgångars regler rättfärdigades med hjälp av samma rättsfall från HFD.

---

<sup>149</sup> HFD 2011 ref. 90 del II - sida 17 i PDF-filen

## 5. Myndigheters uttalande om 2013 års riktade ränteregler - Skatteverkets rapportering, EU-kommissionens kritik och regeringens försvar:

Detta kapitel handlar om uttalanden som myndigheter har gjort angående 2013 års regler. Kapitlet kan grovt delas in i två delar.

Den första delen redogör för Skatteverkets uttalanden om reglernas effektivitet och svårigheter som finns kring tolkning av vissa av reglernas rekvisit. Främst innehåller denna del en beskrivning av en rapport från Skatteverket. Därutöver innehåller denna del av kapitlet även en kort beskrivning av en rättslig vägledning som Skatteverket har gjort.

Den andra delen av kapitlet berör kritik som EU-kommissionen har riktat mot reglerna och regeringens svar på denna kritik.

### 5.1 Skatteverkets rapportering och uttalanden

#### 5.1.1 Skatteverkets rapport om 2013 års regler - effektivitet:

År 2017 släppte Skatteverket en rapport om 2013 års riktade ränteavdragsregler vid namn "Skatteplanering med ränteavdrag i företagssektorn".

I denna rapport drog Skatteverket slutsatsen att reglerna hade visat sig vara effektiva när det kom till att bekämpa skatteplanering med ränteavdrag. Denna slutsats baserades delvis på att koncerninterna lån minskat under åren 2012-2015. Detta i kombination med att andelen eget kapital vid utländska direktinvesteringar hade ökat; visade, enligt Skatteverket, att reglerna hade effekt.<sup>150</sup>

#### 5.1.2 Skatteverkets rapport - svårigheter med tillämpning:

Däremot fann Skatteverket att reglerna var svåra att tillämpa. De menade bland annat att 10%-regeln krävde insikt om hur beskattning förelåg utomlands; något som var svårt och resurskrävande att reda ut.<sup>151</sup>

Dessutom ansågs ränteavdragsreglerna vara svårtillämpade på grund av avsaknad av rättspraxis.<sup>152</sup>

Ytterligare ett skäl till att reglerna ansågs vara svårtillämpade var att rekvisitet "intressegemenskap" var svårbedömt när ägarkretsen var väldigt spridd. Denna svårighet ska enligt Skatteverket främst förekomma när det handlar om riskkapitalägda bolag.<sup>153</sup>

---

<sup>150</sup> Skatteverkets PM s. 25

<sup>151</sup> Skatteverkets PM s. 25

<sup>152</sup> Skatteverkets PM s. 20

<sup>153</sup> Skatteverkets PM s. 23f

Även rekvisitet ”den som faktiskt har rätt till inkomsten” (som i förenklade termer handlar om långgivaren) var svårt att bedöma. Detta ansågs vara fallet i vissa koncerner som hade särskilda strukturer. I dessa koncerner hade den omedelbara långgivaren, som befann sig i ett relativt högbeskattat land, själv lånat från ett företag i samma koncern i ett lågbeskattat land.<sup>154</sup> Dessa typer av strukturer ska vara väldigt vanliga enligt Skatteverket och de ska finnas i många olika varianter med diverse komplexa finansieringsstrukturer.<sup>155</sup>

#### 5.1.3 Skatteverkets tolkning av ”den som faktiskt har rätt till inkomsten”:

Skatteverket själv tolkar begreppet ”den som faktiskt har rätt till inkomsten” som att den som har rätt till inkomsten alltid ska befinna sig inom intressegemenskapen, detta enligt en vägledning på Skatteverkets hemsida. Skatteverket menar att detta följer av en ordagrann tolkning av 24:18 IL i 2019 års regler. Dessutom menar Skatteverket att begreppet borde tolkas likadant när det kommer till de tidigare årens riktade ränteavdragsregler.<sup>156</sup>

### 5.2 Oenigheter mellan EU-kommisionen och den svenska regeringen.

#### 5.2.1 EU-kommisionens kritik av 2013 års riktade ränteregler:

I ett så kallat ”pilotförfarande” framförde EU-kommisionen kritik mot de riktade ränteavdragsreglerna från 2013.<sup>157</sup> Enligt EU-kommisionen kunde reglerna rättfärdigas då de lämpligen motverkade skatteflykt och missbruk; samtidigt som behovet av att upprätthålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten uppfylldes. Men kommissionen bedömde reglerna vara oproportionerliga och således inskränka mot etableringsfriheten på ett otillbörligt sätt. Detta menade kommissionen var fallet eftersom reglerna inte uteslutande riktade sig gentemot fiktiva upplägg.<sup>158</sup>

Kommissionen hänvisade bland annat till fallet ”Eurowings” (punkt 40) i vilket nationell lag tillät skatteförmåner till företag som hyrde varor från inhemska företag, men aldrig gentemot företag som hyrde från utländska sådana.<sup>159</sup> I detta mål hade alltså de nationella reglerna underkänts på grund av denna särbehandling. Kommissionen menade att de riktade ränteavdragsreglerna är tillräckligt lika de regler som granskades i Eurowings; för att de ska underkännas.

Kommissionens analys omfattade inte investmentföretag, skattefria kommuner, ideella föreningar eller kooperativa föreningar. Kommissionen ansåg att dessa inte var jämförbara med kooperativa

---

<sup>154</sup> Skatteverkets PM s. 24

<sup>155</sup> Skatteverkets PM s. 24

<sup>156</sup> Skatteverkets vägledning på <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2020.6/376552.html> med titeln ”Begreppet ”det företag som faktiskt har rätt till inkomsten””

<sup>157</sup> Kommissionens underrättelse, SG-Greffe (2014)D/17633, ärendenummer 2013/4206.

<sup>158</sup> Regeringens svar, Fi2014/4205. s.11, jag har behövt använda mig av denna andrahandskälla då jag inte kunnat se kommissionens underrättelse i sin helhet.

<sup>159</sup> Fi2014/4205 s.7

företag, därmed analyserade kommissionen enbart reglerna till den del de tillämpades på nyssnämnda företag.<sup>160</sup>

Kommissionen menade att reglerna i praktiken inte gjorde sig aktuella i helsvenska koncerner vari företagen kunde ge koncernbidrag dem emellan, även om reglerna kunde tillämpas i helsvenska situationer i teorin.<sup>161</sup> Då samma avdragsrätt för koncernbidrag sällan gavs gentemot närstående utländska företag menade kommissionen att detta kunde avskräcka företag från att etablera sig utomlands.

Kommissionen menade vidare att reglernas syfte, att motverka urholkande av svenska skattebasen, innebar att reglerna främst riktar sig mot gränsöverskridande situationer. Detta ansågs vara fallet eftersom urholkande inte sker i inhemska situationer då ett skatteavdrag i ett företag vägs upp av att ett annat blir beskattat på motsvarande inkomst.<sup>162</sup>

Vidare ansåg kommissionen att avdrag inte fick nekas till sin helhet när det förekom fiktiva upplägg. Avdragsnekande skulle bara träffa den del av räntan som översteg vad två oberoende parter hade avtalat, detta menade kommissionen kunde utläsas från fallet ”Thin Cap”.<sup>163</sup>

## *5.2.2 Regeringens försvar av 2013 års ränteregler:*

### *5.2.2.1 Svenska regeringens svar till EU-kommissionen - avsaknad av jämförbarhet:*

I ett svar till EU-kommissionen invände svenska regeringen mot vad kommissionen hade anfört. Regeringen menade bland annat att de gränsöverskridande fallen inte är jämförbara med de rent inhemska fallen.

Regeringen hänförde denna avsaknad av jämförbarhet till att det bland inhemska koncerner förelåg rätt till avdrag för koncernbidrag företagen emellan (med hänvisning till 35 kap. IL), något som inte fanns när det kom till gränsöverskridande koncerner.<sup>164</sup>

### *5.2.2.2 Regeringen om betydelsen av hemvist och rätten att ställa krav på utländsk beskattning:*

Regeringen lyfte fram att enligt viss EU-praxis, såsom Oy AA och X Holding, kunde rätt till koncernbidrag och koncernavdrag begränsas till att enbart gälla mellan inhemska bolag. Vidare menade regeringen att nyssnämnda rättsfall innebar att skillnaden i hemvist har erkänts som en relevant omständighet; som motiverar en skillnad i fråga om ”rätten att omfattas av regler av detta slag”.<sup>165</sup> Jag förmodar att kategorin ”regler av detta slag” innefattar både koncernavdragsregler och ränteavdragsregler.

---

<sup>160</sup> Se avsnitt 4 i SG-Greffe, jag har behövt förlita mig på regeringens svar för att få denna info

<sup>161</sup> Fi2014/4205. s. 6

<sup>162</sup> Fi2014/4205. s.8

<sup>163</sup> Fi2014/4205 s.14

<sup>164</sup> Fi20114/4205. s.4 f

<sup>165</sup> Fi2014/4205 s.5

Vidare menade regeringen att Euowings-målet saknade relevans. Regeringen byggde denna slutsats på att Euowings-målet handlade om regler som alltid vägrade skatteförmåner i gränsöverskridande situationer, något som regeringen menade att de svenska reglerna inte gör.<sup>166</sup> De svenska reglerna gav rätt till avdrag i gränsöverskridande situationer; så länge inkomsten beskattades med minst 10% och det inte handlade om att i första hand försöka uppnå skattemässiga fördelar, vilket regeringen lyfte fram.<sup>167</sup>

Regeringen framförde även att reglerna kan leda till att avdrag vägras i vissa inhemska situationer; såsom när underskott flyttas inom inhemska koncerner, med hjälp av ränta, för att uppnå stora skattemässiga fördelar.<sup>168</sup>

Dessutom menade regeringen att fallet Oy AA tillåter att krav, på hur beskattning sker utomlands, får ställas som villkor för att medge koncernavdrag. Regeringen menade att alla dessa faktorer innebär att de riktade räntereglerna är förenliga med EU-rätten.<sup>169</sup>

### *5.2.2.3 Regeringen om principen om reciprocitet och skillnader i skattesystem:*

Regeringen anförde även att reglerna följde principen om "reciprocitet", enligt vilka ett avdrag i ena koncernbolaget leder till beskattning av motsvarande intäkt i ett annat bolag. I samband med detta menade regeringen att metoden, med lagstiftningen byggd på reciprocitet, kunde motverka otillbörliga skattelättnader som kunde ske inom gränsöverskridande koncerner utan att konstlade upplägg behövde föreligga.<sup>170</sup>

Då reciprocitet kom till uttryck i de svenska reglerna, samtidigt som reglerna inte gjorde skillnad på svenska och utländska aktörer menade regeringen att skillnader på utfall berodde på skillnader i staternas lagstiftning. Således ansåg regeringen att reglerna inte var diskriminerande.<sup>171</sup>

Regeringen hänvisade till målet Schempp p. 34 för att göra en poäng om särbehandling som följd av olikheter i staters skattesystem. Enligt nyssnämnda mål behövde skillnader i behandling som följde av staternas olikheter i lagstiftning inte innebära att diskriminering förelåg. Detta förutsatte dock att lagstiftningen tillämpades på alla som omfattas av den och att behandlingen skedde enligt objektiva kriterier och utan hänsyn till nationalitet.<sup>172</sup>

Vidare hänvisade regeringen till målet National Grid, enligt detta mål innebar inte etableringsfriheten att stater måste utforma sina lagstiftningar för att i alla lägen överbrygga de skillnader som följer av olikheter i staters lagstiftningar. Detta gav enligt regeringen ytterligare stöd

---

<sup>166</sup> Fi2014/4205 s.7

<sup>167</sup> Fi2014/4205 s.8

<sup>168</sup> Fi2014/4205 s.8

<sup>169</sup> Fi2014/4205 s.10

<sup>170</sup> Fi2014/4205 s.10

<sup>171</sup> Fi2014/4205 s.10

<sup>172</sup> Fi2014/4205 s.10

för deras ställningstagande om att reglerna inte var diskriminerande bara för att de aktiveras av utländska staters lägre beskattning.<sup>173</sup>

#### *5.2.2.4 Regeringen om proportionalitet och de svenska reglernas bredare syften:*

Regeringen bemötte även kommissionens kritik om reglernas proportionalitet.<sup>174</sup> Härvid hade ju kommissionen menat att reglerna var lämpade till att motverka missbruk och bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Att de svenska reglerna inte syftade på att träffa rent konstlade arrangemang och att de träffade även andra situationer, påstods dock av kommissionen göra reglerna oproportionella.

Regeringen framförde att syftet var bredare än att enbart motverka missbruk och att säkerställa den välavvägda fördelningen. Regeringen menade att syftet var att skydda bolagskattebasen, vilket var ett bredare syfte än det som kommissionen framförde.<sup>175</sup> Regeringen menade att reglerna var utformade att inte enbart träffa gränsöverskridande situationer, vilket de rättfärdigande grunder som kommissionen tog upp; påstods vara. Vidare ansåg regeringen reglerna vara lämpade att motverka att företagskoncerner kunde välja var beskattning skedde.<sup>176</sup>

#### *5.2.2.5 Regeringen om rent konstlade upplägg:*

Regeringen framförde att i Oy AA var lagstiftning proportionell, gällande koncernavdrag, som inte enbart träffade rent konstlade upplägg, med motiveringen syftena att förhindra skatteflykt och vidhålla en välavvägd fördelning kombinerades. Detta tolkades av regeringen som att de svenska reglerna om ränteavdrag kunde göra detsamma.<sup>177</sup>

Kommissionen hade anfört, med hänvisning till Thin Cap, att avdrag vid fiktiva upplägg inte får nekas till sin helhet när reglerna aktiveras. Avdragsnekandet skulle alltså bara få ske till den del räntan översteg vad som skulle gälla mellan två oberoende parter. Detta kunde dock bara undersökas om det rörde sig om fiktiva tillägg, vilket inte fastslogs av den svenska lagen.<sup>178</sup> Att den svenska lagen nekade avdrag i sin helhet, och inte bara till den överstigande delen, var alltså oproportionellt.

Regeringen anförde i sitt svar att det som fastställdes i Thin Cap saknade relevans då syftena bakom de svenska reglerna inte uteslutande var att motverka skatteflykt och missbruk utan även fastställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. I samma veva låg, enligt regeringen, kravet på att rikta in sig på rent kontrade upplägg inte för handen.<sup>179</sup>

---

<sup>173</sup> Fi2014/4205 s.11

<sup>174</sup> Fi2014/4205 s.11

<sup>175</sup> Fi2014/4205 s.11

<sup>176</sup> Fi2014/4205 s.12

<sup>177</sup> Fi2014/4205 s.13

<sup>178</sup> Fi2014/4205 s.14

<sup>179</sup> Fi2014/4205 s.15

#### 5.2.2.6 Regeringen om SIAT-målet och de svenska reglernas förutsebarhet:

Kommissionen hade även menat, avseende bevisplacering, att de svenska reglerna är oproportionella med avseende på SIAT-målet. Regeringen invände med att fastställa att reglerna som prövades i SIAT-målet hade andra ändamål och att det delvis förelåg skillnader i vilka rättfärdigande grunder som tjänades. Att uppnå en välavvägd fördelning av beskattningsrätten förelåg inte i SIAT-målet.<sup>180</sup>

Avseende SIAT-målet menade även kommissionen att de svenska reglerna brast i att de inte gav vägledning för att tolka begreppet "väsentlig skatteförmån". Regeringen menade att de svenska reglerna var mer förutsebara med tanke på 10%-regeln än de reglerna som fanns i SIAT-målet.<sup>181</sup>

Dessutom fanns det vägledning, kring hur de svenska reglerna skulle tillämpas i förarbetena, någon sådan vägledning fanns inte i reglerna som behandlades i SIAT-målet.

Sammanfattningsvis ansåg regeringen att de svenska reglerna var proportionella.

### 5.3 Sammanfattande slutsats om myndigheters uttalanden:

Varken Skatteverket, EU-kommissionen eller regeringen verkar hysa tvivel om att 2013 års riktade ränteregler är effektiva i att uppfylla sina syften. EU-kommissionen och regeringen går dock skilda vägar i sina bedömningar av huruvida reglerna är diskriminerande samt proportionella. Härvid är både parter osams gällande huruvida reglerna måste ta sikte på rent konstlade upplägg, huruvida reglerna får neka avdragen i sin helhet och huruvida reglerna är tillräckligt förutsebara.

Skatteverkets rapport om att vissa av rekvisiten var svårtolkade och därmed svårtillämpade ger fog åt kommissionens ställningstagande om bristande förutsebarhet.

---

<sup>180</sup> Fi2014/4205 s.17

<sup>181</sup> Fi2014/4205 s.18

## 6. Doktrin om EU-rättslig diskriminering och de riktade ränteavdragsreglerna:

Detta kapitel behandlar ett urval av den doktrin som berör EU-rättslig restriktion och de riktade ränteavdragsreglernas förenlighet med EU-rätten. Kapitlet innehåller underkapitel som i grova drag följer den ordning som EU-domstolen följer när den gör en EU-rättslig analys.

Först kommer ett avsnitt som behandlar doktrin om jämförbarhet.

Därefter ett avsnitt om vad som utgör negativ särbehandling. Här behandlas bland annat frågor om indirekt diskriminering och vad som utgör grunden ”skillnader i skattesystem”.

Efter det kommer ett avsnitt om proportionalitet.

Kapitlet avslutas med beskrivningar av doktrin som handlar om huruvida de nya riktade ränteavdragsreglerna är mer förenliga med EU-rätten än de gamla.

### 6.1 Doktrin om jämförbarhet:

Detta avsnitt behandlar doktrin om vad rekvisitet ”jämförbarhet” innebär och beskriver argumentering kring huruvida de svenska riktade räntereglerna uppfyller rekvisitet. Jämförbarhetsrekvisitet måste vara uppfyllt för att negativ särbehandling ska föreligga. Därför redogörs denna doktrin i detta rekvisit.

Först beskrivs allmänna villkor som ska uppfyllas för att jämförbarhet ska ligga för hand, enligt författaren Marjaana Helminen. Därefter beskrivs Fredrik Ohlssons argumentering av varför de svenska riktade räntereglerna uppfyller rekvisitet jämförbarhet. I sin argumentering hänvisar Ohlsson mycket till fallet X-BV, därmed beskrivs fallet i avsnittet.

Avsnittet avslutas med att behandla argumentation om den grad till vilka regler som handlar om koncernbidrag kan jämföras med regler som handlar om ränteavdrag.

#### 6.1.1 Helminen om jämförbarhet på ett övergripande plan:

I en kartläggning av vad som utgör ”jämförbara situationer” ur skattehänseende lyfter skattejuristen Helminen fram några viktiga iakttagelser.

Hon menar att för att diskriminering ska föreligga så måste antingen; två jämförbara situationer behandlas olika, eller, två olika situationer få samma behandling.<sup>182</sup> För att det ska röra sig om två jämförbara situationer för de inhemska och utländska skattesubjekten bör skattelagstiftning för de två situationerna ha samma syfte och innehåll.<sup>183</sup>

#### 6.1.2 Ohlsson om jämförbarhet vid ränteutgifter:

I ett nummer av Skattenytt fördjupar Ohlsson sig lite mer i vad ”jämförelsesituationer” innebär när det kommer till ränteavdrag i gränsöverskridande situationer.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> Helminen avsnitt 2.1.3.1

<sup>183</sup> Helminen avsnitt 2.1.3.1

<sup>184</sup> Skattenytt 2018 s. 701 och s. 709



Han beskriver situationen i vilken ett låntagande konventionellt beskattat företag betalar ränta till ett konventionellt beskattat företag inom samma intressegemenskap. Härmed menar han att situationer vari det företaget, som har rätt till inkomsten som ränteutgiften motsvarar, är utländskt är jämförbart med situationer där företaget istället är svenskt.<sup>185</sup> Detta blir således, om man ska tänka i Ohlssons banor, en sådan jämförbar situation vari negativ särbehandling kan föreligga. Detta påstående stödjer han genom att hänvisa till X BV-domen.

### 6.1.3 Ohlsson och X BV-målet:

I sin diskussion om jämförbarhet hävisar Ohlsson till X BV-domen.

I målet lånade ett holländskt bolag vid namn X BV pengar från ett svenskt moderbolag för att finansiera ett tredje koncernbolag i Italien.<sup>186</sup> X BV ville dra av räntan för lånet från det svenska bolaget, avdraget nekades dock.

Enligt nederländsk rätt kunde ett sådant avdrag enbart beviljas ifall lånet hade baserats på sunda affärsmässiga överväganden eller ifall räntan hos långgivaren utsattes för ”skälig” skatt.<sup>187</sup> Ohlsson påpekar, med hänvisning till svenska förarbeten, att skälig beskattning innebar en skatt på 10% eller mer.<sup>188</sup> Han menar vidare att avdraget nekades då ränteinkomsten i Sverige kunde kvittas mot annat underskott, något som inte framkommer i domen.<sup>189</sup>

Nederländsk rätt innebar vidare att samma avdragsbegränsning inte hade förekommit ifall det långgivande bolaget hade varit holländskt. Detta på grund av inverkan från regler om koncernintern resultatsutjämning, en utjämning som fick ske inom skattegrupper. Enbart holländska företag och vissa utländska företag med skattemässig hemvist i Nederländerna fick ingå i dessa skattegrupper.<sup>190</sup>

Domstolen menade att det i sammanhanget saknade betydelse ifall reglerna var neutralt utformade eller tog sikte på utländska aktörer, det viktiga var syftet bakom regeln.<sup>191</sup> Enligt Ohlsson innebär detta att EU-domstolen fastställer att en neutralt regel kan innebära negativ särbehandling i EU-rättens mening; på grund av inverkan från andra nationella regler.<sup>192</sup>

Domstolen ansåg att en gränsöverskridande och interna situationen var jämförbara och att en negativ särbehandling förelåg.<sup>193</sup>

---

<sup>185</sup> Skattenytt 2018 s. 709

<sup>186</sup> X BV p.7

<sup>187</sup> X BV p.3

<sup>188</sup> Skattenytt 2018 s. 705 och prop. 2012/13:1 s. 223-224

<sup>189</sup> Skattenytt 2018 s. 705

<sup>190</sup> SOU 2014:40 s. 390-391, Skattenytt 2018 s.706

<sup>191</sup> X BV p.35

<sup>192</sup> Skattenytt 2018 s. 705

<sup>193</sup> X BV p.37

Denna särbehandling ansågs inte kunna motiveras med syftet bakom reglerna (syftet bakom reglerna om skattegrupper var skattekonsolidering). Särbehandlingen inskränkte således på EU-rätten.

Ohlsson menar att det finns betydelsefulla likheter mellan de nederländska reglerna om skattegrupper och de svenska koncernbidragsreglerna.<sup>194</sup> Bland annat att både syftar till koncernintern resultatutjämning. Likväl leder den svenska koncernbidragsrätten, precis som den nederländska skattegruppsregleringen, till att avdrag kommer att medges när den ligger för hand. Fallet, menar Ohlsson, talar för att de svenska ränteavdragsreglerna inte lever upp till EU-rätten; och varför räntebetalningar till konventionellt beskattade bolag inom samma intressegemenskap utgör jämförbara situationer.

#### *6.1.4 Ohlsson och Väljemark om betydelsefulla skillnader mellan ränteavdrag och koncernbidrag:*

Ohlsson lyfter fram att det är skillnad mellan att göra avdrag för räntekostnader och att göra en allmän avräkning mellan utgifter och inkomster inom ramen för koncernbidragssystem. Detta menar han även fastslås i X-BV-domen vari EU-domstolen framför: ”Den fördel som X BV vill komma i åtnjutande av i detta fall ska dock inte förväxlas med den fördel som följer av konsolideringen inom en skattemässig enhet. Det nationella målet rör möjligheten att göra avdrag för en räntekostnad och inte en allmän avräkning mellan utgifter och inkomster inom den skattemässiga enheten”.<sup>195</sup>

På dessa grunder avfärdar Ohlsson de argument som regeringen dragit från Oy AA (som handlar om koncernbidragsregler). Med andra ord avfärdar han argumentet att Oy AA talar för att de svenska reglerna kan anses proportionella då de siktar på att bibehålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten.

Även skattejuristen Caroline Väljemark verkar tänka i liknande banor. Hon för fram att situationer som avser affärsmässiga förbindelser med krav på motprestation, såsom lån, inte kan jämföras med situationer som saknar affärsmässig förankring såsom koncernbidrag. Väljemark menar i detta sammanhang att det bara är i den sistnämnda situationen som fördelningen av skatterätten kan äventyras. Hon menar att om koncernbidrag kan ges oinskränkt så kan koncerner enkelt omfördela sin skattebörda, något som hon menar är svårare med lån ifall dessa har krav på affärsmässighet.<sup>196</sup>

Således verkar situationer som avser avräkning för koncernbidrag enligt dessa författare inte vara jämförbart med situationer som avser avdrag för räntekostnader.

---

<sup>194</sup> Skattenytt 2018 s.706

<sup>195</sup> Skattenytt 2018 s.718

<sup>196</sup> Skattenytt 2015 s.316

### 6.1.5 Sammanfattande slutsats om jämförbarhet:

För att jämförbarhet ska föreligga måste två potentiellt jämförbara situationer träffas av lag med samma syfte och innehåll enligt Helminen. Ohlsson menar att konventionellt beskattade företag som ger ränta till andra företag, inom samma intressegemenskap, är jämförbara oavsett om intressegemenskapen är gränsöverskridande eller ej. Detta stödjer han genom att hänvisa till X BV domen vari nederländska regler om ränteavdragsbegränsningar, som hade likheter med de svenska reglerna, ansågs inskränka mot EU-rätten.

Både Ohlsson och Väljemark verkar anse att det finns för svag jämförbarhet mellan regler som koncernbidrag och regler ränteavdrag för att slutsatser om den ena typen av regler kan appliceras på den andra typen av regler.

## 6.2 Doktrin om negativ särbehandling:

För att de svenska riktade ränteavdragsreglerna ska bryta mot EU-rätten bör de negativt särbehandla gränsöverskridande situationer. Detta avsnitt behandlar således doktrin om vad som utgör negativ särbehandling i EU rättsligt avseende; och huruvida de svenska reglerna uppfyller detta rekvisit.

Först behandlar avsnittet vad som utgör indirekt diskriminering enligt författaren Niels Bammens. Därefter behandlas huruvida de svenska reglerna oftare inskränker möjligheter till ränteavdrag för gränsöverskridande koncerner. Här har Ohlsson lyft fram några argument för att detta är fallet. Vidare har han och givit gensvar till regeringens argumentering mot att detta skulle vara fallet. Slutligen behandlas frågan om den oförmånliga behandling som de svenska reglerna möjligtvis ger kan anses vara konsekvensen av ”skillnader i skattesystem”. Detta på grund av att ifall den oförmånliga behandling som reglerna (potentiellt) ger; inte inskränker mot EU-rätten ifall behandlingen beror på nysnämnda rekvisit.

### 6.2.1 Doktrin om negativ särbehandling - indirekt diskriminering:

Även om de svenska riktade ränteregler formellt behandlar inhemska och utländska situationer likadant så kan de ändå vara diskriminerande, och således strida mot EU-rätten. Detta avsnitt redogör således för ett urval av doktrin om vad som kännetecknar så kallad ”indirekt diskriminering”.

#### 6.2.1.1 Bammens och indirekt diskriminering:

Niels Bammens skriver om diskriminering inom EU. I en jämförelse mellan OECDs diskrimineringsregler och EUs diskrimineringsregler framhäver Bammens något som utmärker EUs diskrimineringsregler. EU:s regler tar sikte på så kallad ”indirekt diskriminering”, och inte bara regelrätt diskriminering (direkt diskriminering).<sup>197</sup>

---

<sup>197</sup> Bammens avsnitt 4.1.7

Indirekt diskriminering innebär att diskriminering anses föreligga ifall regeln i sig inte gör åtskillnad på utländska och inhemska bolag men i praktiken drabbar utländska bolag (och koncerner i vilka utländska bolag ingår) hårdare.

Vidare framkommer det från diverse EU-rättsliga fall som Bammens beskriver att EU-domstolen inte löser diskrimineringsfrågor baserat på formaliteter. Bammens lyfter i detta sammanhang fram fallet Commerzbank.<sup>198</sup> I detta fall var skattesubjekten, som var utländska men hade en "permanent establishment" i Storbritannien, berättigade till ersättning för skatt som de inte skulle ha behövt betala ("unduly paid tax"). Men de var inte befogade till återbetalning av ränta som var kopplad till denna skatt. Enligt högsta domstolen i Storbritannien kunde en sådan diskriminering av utländska skattesubjekt göras på vad som Bammens beskriver som en formalitet (formaliteten byggde alltså på att det inte kunde röra sig om diskriminering ur skattehänseende eftersom ränta inte är skatt).<sup>199</sup> Detta gick inte an enligt EU-domstolen som betraktade behandlingen som diskriminering.

#### *6.2.1.2 Sammanfattning:*

Regler som formellt ger samma behandling kan ändå vara diskriminerande på grund av inverkan från andra regler. Detta är något som Bammens lyfter fram med hänvisning till Commerzbank-målet.

#### *6.2.2 Doktrin om negativ särbehandling - sker avdrags-nekande främst i gränsöverskridande sammanhang?:*

Något som skulle tala för att negativ särbehandling föreligger vore ifall avdrags-nekande främst sker i gränsöverskridande situationer. Inom doktrinen har bland annat Fredrik Ohlsson och Mattias Dahlberg uttalat sig om huruvida detta är fallet för 2013 års riktade ränteregler.

##### *6.2.2.1 Ohlsson om koncernbidragsreglernas betydelse:*

Ohlsson har betonat hur koncernbidragsreglerna leder till att de riktade avdragsreglerna innebär negativ särbehandling. Detta på grund av att reglerna inte ska tillämpas ifall koncernbidragsrätt föreligger, något som ofta föreligger mellan svenska bolag. Men han framhäver även att om koncernbidragsrätt inte föreligger så kommer förmodligen avdrag ändå medges i helsvenska koncerner. Detta baserar han på att ränteavdraget balanseras av svensk ränteinkomst vilket leder till avdragsrätt, med hänvisning till förarbetena.<sup>200</sup> I förarbetena står det nämligen att när en internbank lånar ut pengar till ett moderbolag så ska avdrag ej vägras; eftersom ränteavdraget i detta fall balanseras med en ränteintäkt.

Således menar han att de svenska riktade räntereglerna drabbar gränsöverskridande situationer hårdare i detta avseende.

---

<sup>198</sup> Bammens avsnitt 4.1.3

<sup>199</sup> Bammens avsnitt 4.1.4

<sup>200</sup> Skattenytt 2018 s. 713

#### 6.2.2.2 Ohlsson och Dahlberg om 10%-regeln och huruvida avdrag kan göras oftare i helsvenska koncerner:

Ohlsson menar att det kan föreligga en negativ särbehandling då fall med helsvenska koncerner ska bedömas utifrån 10%-regeln när motsvarande gränsöverskridande fall hade blivit bedömt enligt ventilen. Han baserar detta på att det i förarbetena står att ett "säkerhetsavstånd" ska finnas mellan 10%-regeln och ventilen som leder till att avdrag i svenska fall medges relativt oftare enligt 10% regeln.<sup>201</sup> Vidare menar han att 10%-regeln ger förmånligare behandling än vad ventilen ger; vilket således ger inhemska koncerner en fördel.

Uppsalaprofessorn Mattias Dahlberg framhäver i en rapport hur 10%-regelns arrangemang förminskar möjligheterna att etablera "koncerninterna bolag som förmedlar lån inom koncernen".<sup>202</sup> Han framför vidare att detta, i hans mening, förmodligen är inriktat mot utländska företeelser. Detta baserar han på att svenska skatteobjekt i huvudsak beskattas med mer än 10%. Han medger dock att det finns svenska juridiska personer som är utsatta för lägre än 10% beskattning; och att regeln således inte bara träffar utländska subjekt.<sup>203</sup>

#### 6.2.2.3 Ohlsson om regeringens argument om förflyttning av underskott via ränta:

I svaret till EU-kommissionen anförde regeringen att de riktade ränteavdragsreglerna bland annat skapats för situationer i vilka stora underskott förflyttas med hjälp av ränta för att undkomma skatt. Således kunde rent inhemska koncerner drabbas; vilket talar emot att negativ särbehandling gentemot gränsöverskridande koncerner föreligger.

Ohlsson lyfter fram att detta motiv inte återfinns i förarbetena bakom räntereglererna. Vidare menar Ohlsson att även ifall dessa situationer kan uppkomma i teorin så måste de vara väldigt sällsynta.<sup>204</sup> På dessa grunder avfärdar han regeringens argument.

#### 6.2.2.4 Sammanfattning:

Av Ohlssons argument kan man dra slutsatsen att han anser att de svenska riktade ränteavdragbegränsningarna är diskriminerande då de i praktiken oftare träffar gränsöverskridande fall. Detta följer dels av hur ränteutgifter inom helsvenska koncerner balanseras av svensk ränteinkomst, något som ger avdragsrätt. Vidare följer diskrimineringen, enligt Ohlsson, av att 10%-regeln ofta används inom inhemska koncerner på grund av vad som kallas för "säkerhetsavståndet". Slutligen menar han att de situationer som regeringen lyfte fram, då underskott flyttas inom inhemska koncerner för att undkomma skatt, sker så pass sällan att detta främst är teoretiskt, och inget som tycks drabba inhemska koncerner i praktiken.

---

<sup>201</sup> Skattenytt 2018 s. 712

<sup>202</sup> Dahlberg 2019 s.86

<sup>203</sup> Dahlberg 2019 s.86

<sup>204</sup> Skatenytt 2018 s.713

### 6.2.3 Doktrin om negativ särbehandling - skillnader mellan skatterättsliga system:

Ifall de svenska riktade ränteavdragsreglerna enbart ger oförmånlig behandling gentemot gränsöverskridande koncerner, som en följd av skillnader mellan staters skattesystem, så behöver inte EU-rätten vara inskränkt. Härunder beskrivs doktrin om just rekvisitet ”skillnader mellan staters skattesystem”.

#### 6.2.3.1 Helminen om skillnader mellan skatterättsliga system:

Författaren Marjaana Helminen lyfter fram hur skillnader mellan staters skatterättsliga system kan ge upphov till fördelar såväl som nackdelar.<sup>205</sup> I detta sammanhang är det, enligt Helminen, godtagbart att ena skatterättsliga system ger mer fördelar än det andra. Att det ska vara godtagbart verkar dock hänga på att det ska röra sig om en situation som inte är harmoniserad inom EU-rätten.<sup>206</sup>

Ovannämnda tillåtlighet bygger, enligt Helminen, på faktumet att en stat inte ska behöva utforma sin skattelagstiftning på basis av andra medlemsstater. Detta faktum baserar Helminen bland annat på tidigare nämnda rättsfall *Deutsche Shell*.

Skillnaderna, mellan länders lagstiftning, bör dock utgöra diskriminering i fall i vilka en stat behandlar sina egna (juridiska) personer bättre än personer från andra länder, enligt Helminen.<sup>207</sup>

#### 6.2.3.2 Ohlsson om HFD:s försvar av ränteavdragsreglerna och hänvisning till EU-praxis:

Ohlsson lyfter fram hur rättsfallet HFD 2011 ref. 90 har använts av lagstiftaren för att rättfärdiga de riktade ränteavdragsreglerna.

Ohlsson ifrågasätter hur HFD på basis av EU-målet Schempp dragit slutsatsen att eftersom utländska bolag får missgynnas, ifall detta beror på skillnader i skattelagstiftning, så är 10%-regeln inte inskränkande gentemot etableringsfriheten. Han ifrågasätter vidare hur HFD menat att EU-fallet Oy AA ger fog för 10%-regeln på basis av att det enligt rättsfallet går bra att ställa krav på andra länders beskattning som villkor för att medge koncernavdrag, utan att detta kommer att anses vara en negativ särbehandling.<sup>208</sup> Han menar att SIAT-målet talar emot HFD:s uttalanden.<sup>209</sup> Målet handlar om en lagregel i Belgien som förordnar att avdrag, för kostnader till utländska bolag, kan vägras om det utländska bolaget befinner sig i ett land där bolaget inte beskattas eller får ”väsentligt förmånligare skatteregler”.<sup>210</sup> Det var upp till de nationella domstolarna att avgöra vad som menades med ”väsentligt förmånligare skatteregler” och detta skulle avgöras från fall till fall. EU domstolen menade att detta gjorde att reglerna brast i sin rättssäkerhet då de var för

---

<sup>205</sup> Helminen avsnitt 2.1.2

<sup>206</sup> Helminen avsnitt 2.1.2

<sup>207</sup> Helminen avsnitt 2.1.2

<sup>208</sup> Skattenytt 2013 s.105

<sup>209</sup> Skattenytt 2013 s. 105 f

<sup>210</sup> Skattenytt 2013 s. 106

oförutsebara. Detta i sin tur innebar att reglerna inte var proportionerliga och inskränkte på den fria rörligheten av tjänster.<sup>211</sup>

Enligt Ohlsson visar SIAT-målet att det visst kan vara diskriminerande att ställa krav på att det ska föreligga en viss beskattningsnivå i mottagarstaten.<sup>212</sup> Han menar härmed att den svenska 10%-regeln innebär negativ särbehandling. Detta går alltså emot HFD:s bedömning om att Oy AA och Schempp innebär att ingen negativ särbehandling sker av de svenska reglerna, vilket Ohlsson lyfter fram.

Därav anser han förmodligen inte att de svenska riktade ränteavdragsreglerna bara ger oförmånlig behandling som en följd av skillnader i länders skattesystem.

Ohlsson medger dock att det finns skillnader mellan de Belgiska skattereglerna i SIAT-målet och den svenska 10% regeln.<sup>213</sup> Den främsta av dess skillnader, som Ohlsson lyfter fram, är att de Belgiska reglerna uttryckligen tar sikte på utländska bolag medan de svenska inte gör det. Men han tycker uppenbarligen SIAT- domen, trots dessa skillnader, visar att den svenska 10%-regeln inskränker på EU-rätten då regeln innebär en negativ särbehandling i praktiken.<sup>214</sup>

#### *6.2.3.3 Sammanfattning:*

Ifall gränsöverskridande koncerner drabbas negativt av att olika länder har olika skattelagar så anses detta i sig inte innebära att diskriminering sker. Helminen menar att stater inte måste anpassa sig till andra länders beskattning.

HFD har menat att EU-målet Schempp innebär att de svenska reglerna inte är diskriminerande då de, precis som i Schempp-målet, bara drabbar gränsöverskridande koncerner som en följd av skillnader i olika länders skattelagar. Ohlsson menar dock att SIAT-målet vederlägger detta ställningstagande som HFD har gjort.

#### *6.2.4 Sammanfattande slutsats av negativ särbehandling:*

Reglers praktiska verkan är viktigare än huruvida de formellt särbehandlar utländska aktörer eller inte. Härifrån stammar begreppet ”indirekt diskriminering”. Härmed blir det viktigt att försöka fastställa huruvida de svenska ränteavdragsreglerna främst drabbar utländska aktörer, något som Ohlsson menar att de gör.

Vidare menar Ohlsson att det negativa utfall som de svenska reglerna innebär för utländska aktörer inte kan godtas genom att anses vara en följd av ”skillnader mellan länders skattesystem”.

---

<sup>211</sup> Skattenytt 2013 s. 106

<sup>212</sup> Skattenytt 2013 s. 108

<sup>213</sup> Skattenytt 2013 s. 106

<sup>214</sup> Skattenytt 2013 s.107 f

### 6.3 Doktrin om proportionalitet:

Detta avsnitt behandlar doktrin om proportionalitet. Först beskrivs argumentation om huruvida de svenska ränteavdragsreglerna uteslutande måste sikta in sig på rent konstlade upplägg för att vara proportionella.

Därefter beskrivs argumentation om huruvida ränteregler som baserats på armlängdsprincipen hade varit ett mer proportionellt (och således nödvändigt) sätt att uppnå reglernas syfte.

Slutligen behandlas argumentation som tar sikte på räntereglernas språkliga precision och innebörd. Häri beskrivs dels argument om huruvida vissa av rekvisiten är för vaga för att vara proportionella. Därefter beskrivs argumentation om vad rekvisitet ”den som faktiskt har rätt till inkomsten” har för egentlig innebörd.

#### 6.3.1 Doktrin om proportionalitet - krav på konstlade upplägg och armlängdsprincipen:

I doktrinen förekommer diskussioner om huruvida de svenska riktade ränteavdragsreglerna måste ta sikte på rent konstlade upplägg. Ifall detta är fallet kan man argumentera för att de svenska reglerna är oproportionella genom att träffa även andra typer av finansieringsstrukturer. Härunder beskrivs doktrin som diskuterar de EU-rättsliga kraven om konstlade upplägg. Vidare beskrivs doktrin om huruvida en lagstiftning baserad på armlängdsprincipen hade varit ett mer lämpligt sätt att uppfylla kravet om proportionalitet.

##### 6.3.1.1 Ohlsson om bekämpande av skatteflykt och krav på fiktiva upplägg:

I en Skattenytt-artikel lyfter Ohlsson fram hur EU-domstolen har fastställt att särbehandlande regler kan motiveras med önskan att motverka skatteflykt.<sup>215</sup> Härmed tar Ohlsson upp att en sådan motivering måste sikta in sig på att förebygga så kallade ”fiktiva upplägg”, dessa upplägg består av koncern-arrangemang vars enda syften är att undkomma skatt.

Ohlsson ger i samband med ovanstående beskrivning invändningen att de svenska reglerna nog träffar mer situationer än bara sådana i vilka fiktiva upplägg förekommer.<sup>216</sup> Han menar att detta följer av att räntereglerna skapar en presumtionsregel som är svår att motbevisa.<sup>217</sup>

Regeringen menade däremot, i sitt svar till EU-kommissionen, att de svenska räntereglerna inte måste ta sikte på rent konstlade upplägg. Regeringen framförde att en lagstiftning, som både syftar till att motverka skatteflykt (eller skatteundvikande) och säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten, inte uteslutande måste hindra rent konstlade upplägg.

Ohlsson menar att Equiom och Enka samt Diester Holding AG och Juhler Holding A/S-målen visar att regeringens slutsats är felaktig.<sup>218</sup> I dessa fall hade ju både nyssnämnda rättfärdigandegrunder åberopats i kombination - och i både fall ansågs lagstiftningarna vara för långtgående då de inte bara hindrade rent konstlade upplägg, något som Ohlsson menar vederlägger regeringens

---

<sup>215</sup> Skattenytt 2013 s. 109

<sup>216</sup> Skattenytt 2013 s. 109

<sup>217</sup> Skattenytt 2018 s.720

<sup>218</sup> Skattenytt 2018 s.718 f



påstående. Ohlsson menar alltså att även när de båda grunderna kombineras så måste de uteslutande rikta in sig mot rent konstlade upplägg. Således menar han att de svenska reglerna är oproportionella trots att de kombinerar nämnda rättfärdigandegrunder.<sup>219</sup>

### *6.3.1.2 Maria Hilling om kombination av rättfärdigandegrunder och kravet på rent konstlade upplägg:*

I ett lite äldre nummer av "Svensk Skattetidning" verkar Maria Hilling hålla samma linje som regeringen höll när det kommer till kravet på rent konstlade upplägg.<sup>220</sup> Hilling menar nämligen att rättfärdigandegrunden att motverka skatteflykt och skattundvikande, i kombination med att upprätthålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten, utesluter att lagstiftningen måste ta sikte på rent konstlade upplägg.<sup>221</sup>

I en något tidigare artikel menade Hilling att denna slutsats kan dras från rättsfallen, Marks & Spencer, Oy AA och SGI.<sup>222</sup>

Vidare menar Hilling att det så kallade "huvudsaklighetsrekvisitet" inte kommer att orsaka några problem i detta avseende. Hilling framför att kritiken som kunnat göras av detta rekvisit har, i sammanhanget, varit att rekvisitet leder till att de svenska reglerna träffar mer än bara rent konstlade upplägg.

Dock menar Hilling att även om reglerna inte måste ta sikte på konstlade upplägg, så är detta inte en garant för att reglerna skulle klara proportionalitetsbedömningen.<sup>223</sup>

### *6.3.1.3 Ohlsson om armlängdsprincipen som mindre ingripande åtgärd:*

Ohlsson menar att en regel om begränsning av ränteavdrag hade kunnat baserats på armlängdsprincipen. Han menar att om reglerna hade baserats på sagda princip så hade reglernas syfte kunnat uppnås samtidigt som reglerna vore mindre ingripande.<sup>224</sup> Ohlssons resonemang är att ifall lånevillkoren motsvarar vad två oberoende parter hade avtalat så sker ingen otillbörlig flytt av beskattningsunderlag.

Vidare lyfter Ohlsson fram att fallen SGI- och SIAT-målen ska tolkas som att armlängdsprincipen är ett krav för att uppnå proportionalitet. I dessa mål fastställde nämligen EU-domstolen att nationella regler bara får ge en skattemässig korrigerings till den del som avdragen inte motsvarar vad två oberoende bolag hade avtalat sinsemellan. Ohlsson menar att detta är ett stadgande av att armlängdsprincipen måste uppfyllas för att uppnå proportionalitet.<sup>225</sup>

---

<sup>219</sup> Skattemytt 2018 s.720

<sup>220</sup> Svensk Skattetidning 2012:10 s.804 ff

<sup>221</sup> Svensk Skattetidning 2012:10 s.824 f

<sup>222</sup> Svensk Skattetidning 2012:9 s.767 f

<sup>223</sup> Svensk Skattetidning 2012:10 s.825

<sup>224</sup> Skattemytt 2018 s.721f

<sup>225</sup> Skattemytt 2015 s.68 f

#### 6.3.1.4 Sammanfattning:

Ohlsson menar att de svenska reglerna är oproportionerliga eftersom de inte enbart tar sikte på rent konstlade upplägg. Han menar att detta är ett krav för att uppnå proportionalitet även när behovet av att förebygga skatteflykt kombineras med behovet av att vidhålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Detta går tvärs emot vad Maria Hilling och regeringen har framfört. Ohlsson menar dessutom att armlängdsprincipen måste uppfyllas för att reglerna ska vara proportionella. Enligt Ohlsson uppfylls denna princip genom regler som enbart nekar ränteavdrag till den del räntan överstiger vad två oberoende parter hade avtalat sinsemellan.

#### 6.3.2 Doktrin om proportionalitet - språklig precision och innebörd

Utöver frågan om kravet på "rent konstlade upplägg" finns det en till fråga som är väsentlig för att avgöra de riktade ränteavdragsreglernas proportionalitet. Detta är frågan om rekvisitens precision och förutsebarhet, något som kan äventyras av att rekvisiten är för vaga. Ifall rekvisiten inte är förutsebara så är de inte rättssäkra och följaktligen inte proportionella.

Därför behandlas härunder doktrin som berör kritik om vaga rekvisit bland de riktade räntereqlerna. Vidare behandlas doktrin om kontroverser kring vad rekvisitet "den som faktiskt har rätt till inkomsten" innebär, denna kontrovers kan nämligen ge vägledning i frågan om huruvida rekvisiten är för vaga för att vara förutsebara.

##### 6.3.2.1 Ohlsson och Hilling om SIAT-målet, vaga formuleringar och svårigheter med tillämpning:

I sin diskussion om proportionalitet hänvisar Ohlsson till SIAT-målet som handlade om proportionalitet. Han drar härmed paralleller mellan målets avgörande, som föll på att de belgiska var för orätsäkra på grund av sin oförutsebarhet, och de svenska reglerna som Ohlsson menar också verkar vara oförutsebara.<sup>226</sup> Ohlsson påpekar att rekvisiten i 2013 års regler har "luddiga formuleringar" såsom "väsentlig skatteförmån för intressegemenskapen" och "huvudsakliga skälet för skuldförhållandet".

Detta i kombination med att remissinstanserna (inför stadgandet av 2013 års regler) gjorde invändningar om att reglerna blir svåra att tillämpa; verkar enligt Ohlsson innebära att proportionalitet inte föreligger.<sup>227</sup> Allt detta beskrivs i ljuset av att SIAT-domen har beskrivits. Han lyfter fram att i både de belgiska reglerna i SIAT-domen och i de svenska reglerna så ska domstolarna avgöra om rekvisiten är uppfyllda.<sup>228</sup>

Även Hilling menar att ventilen som innehåller rekvisitet "huvudsakligen affärsmässigt motiverat" kan vara problematiskt på grund av sin vaga karaktär. Hon menar att det i vissa situationer kan vara omöjligt att med tillräckligt hög precision avgöra hur reglerna kommer att tillämpas.<sup>229</sup>

<sup>226</sup> Skattenytt 2013 s. 109

<sup>227</sup> Skattenytt 2013 s. 109 f

<sup>228</sup> Skattenytt 2013 s.110

<sup>229</sup> Svensk Skattetidning 2012:10 s.825f

### 6.3.2.2 "Den som faktiskt har rätt till inkomsten" - Coen Deijs kritik av Skatteverket:

Skattejuristen Coen Deij är kritisk mot hur Skatteverket har tolkat begreppet "den som faktiskt har rätt till inkomsten" (hädanefter "mottagaren"). Artikeln som Deij har skrivit talar om 2013 års regler men han anser att hans analys är tillämplig på 2019 års regler såväl som 2013 års regler.<sup>230</sup>

Deij lyfter fram att begreppet enligt Skatteverket ska tolkas som att mottagaren alltid måste befinna sig inom intressegemenskapen. Denna tolkning är enligt Deij bristfällig.<sup>231</sup> Enligt honom kan mottagaren även befinna sig utanför intressegemenskapen för att reglerna ska vara tillämpliga.<sup>232</sup>

Han anser vidare att lagtexten är olyckligt formulerad då 10%-regeln fastslår att ränteutgifter får dras av om den skulle ha beskattats med minst 10% enligt lagstiftningen i den stat "där det företag inom inom intressegemenskapen som faktiskt har rätt till inkomsten hör hemma".<sup>233</sup>

Trots lagtextens ordalydelse menar Deij att reglernas syfte, att motverka urholkning av den svenska skattebasen, innebär att mottagaren inte måste befinna sig inom intressegemenskapen.<sup>234</sup> Han föreslår härmed att en ändamålsenlig tolkning måste göras, som tar sikte på ändamålet bakom reglerna, för att komma till rätta med reglernas riktiga innebörd.<sup>235</sup>

Vidare lyfter Deij fram några situationer i vilka det blir problematiskt att inte göra en ändamålsenlig tolkning och istället tolka reglerna som att mottagaren alltid måste befinna sig inom intressegemenskapen. Framförallt menar han att situationer i vilka fonder, som i sig inte kan bära skyldigheter eller rättigheter, ger lån till en tillhörande intressegemenskap. Deij menar att Skatteverkets tolkning hade resulterat i att ränteavdrag i dessa situationer hade vägrats trots att en urholkning av skattebasen ej sker.<sup>236</sup>

Deij menar även att en ändamålsenlig tolkning, enligt vilket mottagaren ej måste finnas inom intressegemenskapen, bättre skulle stå i överensstämmelse med begreppet "beneficial owner". Detta menar han uppenbarar sig i exemplet med den utomstående fondägaren som tillskjuter pengar till intressegemenskapen. Tanken är att fonden är "the beneficial owner" samtidigt som den inte befinner sig inom intressegemenskapen.

### 6.3.2.3 Sammanfattning:

Från mer än ett håll uttrycks att rekvisitet "huvudsakligen affärsmässigt motiverat" är för vagt för att vara förutsebart. Ohlsson menar att denna vaghet gör rekvisitet orätsäkert så att de svenska reglerna i sin tur blir oproportionerliga. Han menar att andra rekvisit delar denna vaghet.

---

<sup>230</sup> Skattenytt 2020 s.133, detta framkommer i fotnoterna

<sup>231</sup> Skattenytt 2020 s.142f

<sup>232</sup> Skattenytt 2020 s.144

<sup>233</sup> Skattenytt 2020 s.144

<sup>234</sup> Skattenytt 2020 s.144 f

<sup>235</sup> Skattenytt 2020 s.145

<sup>236</sup> Skattenytt 2020 s.144 ff

Det kan diskuteras huruvida rekvisitet ”den som faktiskt har rätt till inkomsten” är för vagt. Det råder nämligen delade meningar om dess innebörd mellan Coen Deij och Skatteverket. Deij menar, till skillnad från Skatteverket, att den som har rätt till inkomsten inte alltid måste befinna sig inom en intressegemenskap.

#### *6.3.3 Sammanfattande slutsats om proportionalitet:*

I doktrinen verkar det finnas två huvudsakliga sätt som reglerna möjligtvis kan betraktas som oproportionella. Det ena är att de träffar fler situationer än vad som behövs för att uppfylla sina syften. Härifrån stammar diskussionerna om huruvida reglerna bara borde träffa konstlade upplägg och huruvida de borde vara utformade efter armlängdsprincipen.

Det andra sättet, som reglerna möjligtvis kan vara oproportionella på, är genom att deras rekvisit är för vaga för att vara förutsebara. Härifrån stammar diskussioner om termers precision och vaghet samt diskussioner om vissa termers innebörd.

### 6.4 Doktrin om 2019 års regler - regeländringarnas inverkan:

Detta avsnitt beskriver doktrin som analyserar frågor om de nya riktade ränteavdragsreglernas EU-rättsliga genomslagskraft. Doktrinen diskuterar huruvida de ändringar som gjorts i de nya reglerna innebär att de nya reglerna är mer EU-förenliga än de gamla reglerna.

#### *6.4.1 Haider Abed Alis tvivel om 2019 års reglers genomslagskraft:*

I ett nummer av Skattenytt gjorde Haider Abed Ali, som är verksam vid ”skeppsbron skatt”, kommentarer på finansdepartementets förslag.<sup>237</sup> Gällande de riktade ränteavdragsreglerna verkade han skeptisk till de nya reglernas genomslagskraft.

När det kom till att avdrag skulle tillåtas till andra länder inom EU/ESS (alltså att 10%-regeln inte skulle gälla inom EU) lyfte Abed Ali fram att ränteinkomster oftast redan beskattas med minst tio procent.<sup>238</sup> Därmed ifrågasatte han hur mycket bredare den nya undantagsregeln var.

Han menade vidare att borttagande av den så kallade ventilen, som stadgar att avdrag får göras ifall rekvisitet ”huvudsakligen affärsmässigt motiverat” är uppfyllt, är meningslöst. Detta på grund av att den omvända ventilen, som stadgar att avdrag ändå kan nekas när skuldförhållandet uppkommit huvudsakligen för att intressegemenskapen ska få en väsentlig skatteförmån, i stort sett fanns kvar.<sup>239</sup>

Vidare menade han att den omvända ventilen fått ett högre beviskrav i och med att rekvisitet ”huvudsakligen” ändrats till ”uteslutande eller så gott som uteslutande”. Han ifrågasatte ifall detta höjda beviskrav (som måste nås av skattemyndigheterna) hade någon större praktisk

---

<sup>237</sup> Skattenytt 2017 s.602

<sup>238</sup> Skattenytt 2017 s. 611

<sup>239</sup> Skattenytt 2017 s. 611 f

betydelse.<sup>240</sup> Han tyckte att betydelsen var begränsad eftersom i situationer, vari ränteavdrag skulle nekas med den omvända ventilen, så var det inte säkert om det kunde beaktas några andra icke-skattemässiga skäl i bedömningen.<sup>241</sup>

#### *6.4.2 Några övriga röster om de nya reglernas genomslagskraft:*

Akademikerna Peter Melz, Peter Nilsson och Erik Norrman verkar hysa liknande åsikter som Haider Abed Ali. De uttrycker att tillämpningen av de nya reglerna inte kommer att underlättas och att tillämpningsproblematiken kring de gamla reglerna kommer att kvarstå. De tillskriver detta (påstådda) faktum till att de nya reglerna, precis som de gamla, innehåller subjektiva inslag som leder till tillämpningssvårigheter.<sup>242</sup>

Samtidigt menar de tre akademikerna att ändringarna i beviskrav kommer att leda till att de nya reglerna inte behöver tillämpas lika ofta.<sup>243</sup>

Även Dahlberg menar att de nya riktade räntereglererna har samma problematiska förhållande till EU-rätten, särskilt när det kommer till etableringsfriheten, som de gamla reglerna har.<sup>244</sup>

#### *6.4.3 Sammanfattande slutsats om de nya reglerna:*

Enligt doktrinen som täcker de nya reglerna så kommer de förändringar som de nya reglerna medför att ha liten betydelse. Haider Ali tillskriver denna magra betydelse till att de nya reglerna fortfarande har kvar den "omvända ventilen" som stadgar att avdrag nekas om skuldförhållanden i främsta grad uppkommit för att ge koncernen skatteförmåner. De övriga akademikerna tillskriver regeländringarnas magra betydelse till att de gamla reglernas subjektiva rekvisit kvarstår.

---

<sup>240</sup> Skattenytt 2017 s. 612

<sup>241</sup> Skattenytt 2017 s. 612

<sup>242</sup> Skattenytt 2018 s. 493

<sup>243</sup> Skattenytt 2018 s. 493 f

<sup>244</sup> Dahlberg 2019 s.87

## 7. Analys:

För att avgöra huruvida de riktade ränteavdragsreglerna är förenliga med EU-rätten tänker jag utgå från det ramverk som Van Der Zeijden fastställde. I detta kapitel försöker jag alltså att besvara mina frågeställningar.

Först fastställer jag huruvida FEUF blir tillämpligt genom att reglerna träffas av gränsöverskridande situationer. Därefter undersöker jag om det råder diskriminering eller någon inskränkning av EU:s friheter. Härmed analyserar jag om det rör sig om jämförbara situationer, om det sker en negativ särbehandling av gränsöverskridande koncerner och om en eventuell särbehandling kan tillskrivas "skillnader i skattesystem".

Därefter analyseras huruvida en eller flera rättfärdigande grunder ligger för hand.

Det sista momentet i analysen blir att utföra en proportionalitetsbedömning. Häri undersöker jag dels huruvida reglerna är lämpliga för att uppfylla sina syften genom att vara effektiva. Dessutom undersöker jag, i detta moment, huruvida reglerna går längre än vad som behövs för att uppnå sina syften. För att utreda detta undersöker jag dels huruvida reglerna måste träffa "rent konstlade upplägg" och följa armlängdsprincipen. Dessutom utreder jag huruvida reglernas rekvisit är tillräckligt precisa och förutsebara för att uppfylla kravet på rättssäkerhet.

Frågan som jag ska besvara är alltså:

Anser jag att de riktade ränteavdragsreglerna från 2013 och 2019 är förenliga med EU-rätten?:

### 7.1 Steg 1 - gränsöverskridande situation

Det första steget i ramverket är, som bekant, att fastställa huruvida FEUF är tillämpligt. Ifall det rör sig om en gränsöverskridande situation, vilket är fallet gällande de riktade ränteavdragsreglerna, är FEUF tillämpligt. Som bekant tillämpas reglerna INTE ALLTID i gränsöverskridande situationer. Men de gör det ofta, när de tillämpas på gränsöverskridande koncerner, vilket måste göra FEUF-tillämpligt åtminstone i dessa situationer.

### 7.2 Steg 2 - diskriminering och inskränkning av EU:s friheter:

Andra steget i den EU-rättsliga analysen gick ut på att se om diskrimineringsförbudet i artiklarna 18 och 19 eller någon av friheterna hade inskränkts.

Ifall någon av friheterna är inskränkta på grund av de riktade ränteavdragsreglerna så förmodar jag att det är etableringsfriheten. Som framkommit ur EU-praxis brukar lagstiftning som drabbar koncernliknande etableringar prövas mot etableringsfriheten. Eftersom de riktade ränteavdragsreglerna tar sikte på företag intressegemenskap så tycker jag att de verkar drabba koncernliknande etableringar i första hand.

### 7.2.1 Jämförbara situationer:

En förutsättning, för att steg 2 ska anses uppfyllt, bygger på att det ska röra sig om jämförbara situationer mellan inhemska och utländska bolag. Bland annat stadgas detta i *Nordea Bank Danmark*. Därför diskuteras härunder huruvida rekvisitet jämförbara situationer uppfylls; när det kommer till de riktade ränteavdragsreglernas inverkan på inhemska och gränsöverskridande intressegemenskaper.

#### 7.2.1.1 Två jämförbara situationer - lagmässigt syfte och åtnjutande av samma förmåner:

Något som framkommer i *Finanzamt Linz*, och som Helminen lyfte fram, är att samma lagmässiga innehåll och syfte ska föreligga; för att jämförbara situationer ska ligga för handen. I ljuset av detta uppfyller ränteavdragsreglerna förmodligen rekvisitet om jämförbara situationer. Oavsett om det rör sig om en gränsöverskridande koncern eller ej; så handlar det om ränteavdrag för en ränta med basis av ett lån från ett företag i samma koncern. Både situationer träffas av samma lagstiftning om ränteavdragsbegränsningar och i båda situationer har lagstiftningen samma syfte, att skydda skattebasen. Slutsatsen om jämförbarhet kan nog appliceras på båda årgångars ränteavdragsregler.

Man hade kunnat invända med att framföra att Finanzamt Linz inte handlar om ränteavdragsregler; och att den slutsats som drogs i målet inte kan tillämpas på svenska ränteavdragsregler.

I X holding framkom dock att jämförbarhet förelåg när ett utländskt moderbolag ville komma i åtnjutande av samma skattemässiga förmåner som ett inhemskt moderbolag. Detta talar för att jämförbarhet föreligger, mellan gränsöverskridande och inhemska situationer, när det kommer till de svenska riktade ränteregler. De gränsöverskridande koncernerna vill såklart komma åt samma förmåner, i form av att kunna göra avdrag för ränta, som de svenska koncernerna.

Man hade kunnat invända med att påpeka att X holding inte heller handlade om ränteavdragsregler, utan koncernavdrag. Således hade man kunnat påstå att jämförbarheten i X holding målet ej innebär att en likartad jämförbarhet föreligger när det kommer till de svenska riktade ränteavdragsreglerna.

Men X-BV-målet handlade om ränteavdragsregler och regler om skattekonsolidering som på många sätt påminde om de svenska ränteavdragsreglerna och koncernbidragsreglerna. Och i X BV refererade EU-domstolen till X holding-domen och menade att X holding-domen innebär att jämförbarhet föreligger ifråga om de belgiska ränteavdragsreglerna. Detta innebär att det som fastställdes i X holding om jämförbarhet, när det kommer till koncernavdrag, är analogt tillämpligt på regler om ränteavdrag. Således borde samma jämförbarhet ligga för hand när det kommer till de svenska ränteavdragsreglerna.

#### 7.2.1.2 Koncernbidragsreglernas inverkan och X BV:

Regeringen framförde, gällande 2013 års ränteregler, att koncernbidragsreglernas inverkan på reglerna innebär avsaknad av jämförbarhet, då koncernbidragsrätt främst föreligger för inhemska koncerner. Jag tycker att X BV-målet vederlägger detta påstående. Jag anser att detta följer av att

de holländska reglerna i X BV-målet var lika de svenska ränteavdrags- och koncernbidragsreglerna i sin struktur, och i rättsfallet förelåg jämförbarhet.

En stor strukturell likhet med de svenska reglerna ligger i hur de holländska ränteregelema påverkades av reglerna om skattekonsolidering som gjorde att de holländska reglerna var lätta att kringgå för inhemska koncerner. Detsamma gäller ju för de svenska ränteregelema i ljuset av reglerna om koncernbidrag.

Ohlsson menade att så länge det rör sig om konventionellt beskattade bolag så är rekvisitet uppfyllt, detta menade han följer av X BV-målet. Denna mening delar inte jag och jag tycker att det är en alltför hårdragen slutsats. Men på grund av de strukturella likheterna så tycker jag att X BV-målet talar för att de svenska reglerna uppfyller jämförbarhetsrekvisitet.

#### *7.2.1.3 Skattesubjekt som inte är kommersiella bolag och avsaknad av beskattningsrätt utomlands:*

Kommissionen framförde dock att situationer som innefattade investmentbolag, ideella föreningar, skattefria kommuner och dylikt inte kunde beaktas som jämförbara med situationer i vilka utländska kommersiella bolag är inblandade. Men även om detta stämmer så föreligger ändå jämförbara situationer när kommersiella bolag är inblandade. Så reglerna täcker ändå jämförbara situationer även om de ibland behandlar situationer som inte är jämförbara med de gränsöverskridande fallen.

Vidare vill jag framföra att ifall det mottagande företaget är utländskt, så att svenska staten inte kan beskatta det, så utesluter inte detta att det rör sig om två jämförbara situationer.

Mitt påstående stöds av resonemang som fördes i Oy AA. I rättsfallet argumenterade ju vissa regeringar om att inskränkning mot att bidrag till ett utländskt moderbolag inte var att anses som jämförbart med bidrag till ett inhemskt moderbolag, detta på grund av avsaknad av beskattningsrätt gentemot det utländska moderbolaget. Detta avvisades ju av EU-domstolen.

#### *7.2.1.4 Sammanfattning av jämförbara situationer:*

Mycket talar för att jämförbarhet, mellan inhemska och gränsöverskridande koncerner, ligger för hand. Bland detta finns att både inhemska och gränsöverskridande koncerner träffas av samma regler som har samma syfte i båda situationer.

Att de gränsöverskridande koncernerna vill ha samma förmåner som de inhemska; talar för jämförbarhet, vilket styrks av rättsfallen X holding och Finamnzamt Litz. I X-BV-målet förelåg jämförbarhet, mellan inhemska och gränsöverskridande koncerner, när det kom till nationella regler som har stora strukturella likheter med de svenska ränteavdragsreglerna. Även detta styrker att de svenska ränteavdragsreglerna uppfyller rekvisitet om jämförbara situationer mellan inhemska och gränsöverskridande koncerner.

#### *7.2.2 Negativ särbehandling:*

För att steg 2 ska vara uppfyllt bör det, som bekant, inte vara nog med att två jämförbara situationer ska föreligga. De som engagerar sig i gränsöverskridande aktivitet bör drabbas av



sämre behandling för att steget ska uppfyllas. Härunder diskuteras således om huruvida de riktade ränteavdragsreglerna uppfyller rekvisitet om negativ särbehandling.

#### *7.2.2.1 Negativ särbehandling och krav på utländsk beskattning:*

Dahlberg menade ju att 2013 års regel försvårar för gränsöverskridande verksamhet. Detta ser jag som trovärdigt; ju mer villkor som måste uppfyllas för att kunna bedriva gränsöverskridande verksamhet, desto svårare blir det. Detta talar för negativ särbehandling.

Dock håller jag med regeringens ställningstagande om att Oy AA och X holding innebär att krav får ställas på hur beskattning sker utomlands som ett villkor för avdrag. Så länge dessa krav inte gör det mindre attraktivt för koncerner att agera gränsöverskridande. Och jag anser inte att Euowings vederlägger detta såsom kommissionen menar att rättsfallet gör. I likhet med regeringen anser jag att Euowingsfallet förlorar relevans i och med att reglerna i det fallet innebar att avdragsmöjligheter ALLTID vägrades i gränsöverskridande situationer. Dessa fakta talar emot negativ särbehandling.

Med tanke på vad som har framkommit om att svenska juridiska personer ibland träffas av ränteregeleterna så är det inte uppenbart att de gränsöverskridande koncernerna blir sämre behandlade. Vid en ytlig inspektion så verkar koncernerna i fråga inte bli sämre behandlade. En ytlig koll på 2019 års riktade ränteavdragsregler borde ge samma intryck; nämligen att negativ särbehandling inte föreligger.

#### *7.2.2.2 10%-regeln – på egen hand och i samverkan med ventilen:*

Gällande 2013 års regler så kunde reglerna träffa även svenska skattesubjekt som beskattas lägre än 10%. Däremot så tror jag inte att det borde föreligga något väsentligt hot, gentemot skattebasen, från att koncerner utnyttjar dessa inhemska skattesubjekt för att undkomma beskattning. Att exempelvis bilda juridiska personer såsom ideella föreningar eller investmentföretag måste vara omfattande projekt. Om ett företag som tillverkar kontaktlinser vill undkomma beskattning, genom att bilda nyssnämnda typer av skattesubjekt, så måste detta företag ge sig in i en helt ny bransch. Detta borde vara betydligt mer krävande än att bilda ett utländskt dotterbolag inom samma bransch; vars enda, eller främsta, syfte är att motta finanser som sedan utsätts för låg beskattning. Dessa fakta talar för att 10%-regeln främst träffar gränsöverskridande situationer. Med tanke på vad Skatteverkets rapport visade, om att det 10%-regeln var svårt att tillämpa när man skulle fastställa beskattningen utomlands, så medför regeln förmodligen en negativ särbehandling. Det är vidare väldigt troligt att detta skulle avskräcka bolag från att etablera sig utomlands, något som väger tungt när man ska fastställa negativ särbehandling.

Det går möjligtvis att argumentera mot detta med hänvisning till Abed Alis påstående om att beskattning på 10%, eller mer, redan är standard bland EU-länder. Detta faktum verkar dock i första hand innebära att 10%-regeln inte tillämpas så ofta. Att regeln tillämpas sällan utesluter inte att regeln, relativt sett, främst leder till avdragsnekande i gränsöverskridande situationer.

Ohlsson framförde däremot att 2013 års regler innebär negativ särbehandling eftersom de svenska fallen, som innefattar konventionellt beskattade bolag, så gott som uteslutande kommer att bedömas enligt 10%-regeln - samtidigt som de gränsöverskridande fallen bedöms enligt ventilen. Då 10%-regeln relativt oftare ska leda till avdrag, enligt Ohlssons tolkning av förarbetena, så talar detta för att sämre behandling av de gränsöverskridande fallen föreligger. Själv tror jag att fall som blir bedömda enligt ventilen blir hårdare bedömda. Om det är fastställt att ett bolag beskattas högre än 10%, vilket är standard bland svenska bolag, så måste det ju vara förmånligare att bedömas enligt 10%-regeln jämfört med att bedömas enligt ventilen. Således anser jag att 10%-regeln har större betydelse i dess samverkan med ventilen än vad regeln har på egen hand.

Dessutom föreligger de utredningssvårigheter, som 10%-regeln innebar när det kom till gränsöverskridande fall, förmodligen inte i inhemska fall. Så att inhemska koncerner främst bedöms enligt denna regel är nog förmånligt gentemot dem.

Så oavsett om 10%-regeln används oftare i inhemska eller gränsöverskridande situationer så finns det mycket som talar för att den medför negativ särbehandling, just för att 10%-regeln drabbar inhemska och utländska bolag annorlunda.

Ifall Ohlssons tolkning av förarbetena är korrekt (vilket jag tror att den är) så är 2019 års regler förmodligen bättre i detta avseende; med tanke på att 10% regeln enligt dessa regler bara används gentemot länder utanför EU. Jag tycker dock att förarbetena till 2019 års regler är otydliga när det kommer till huruvida inhemska koncerner kan träffas av (den utomeuropeiska) 10%-regeln. Lagtexten får det att framstå som att de inte träffas av 10%-regeln. I detta avseende är nog 2019 års regler befriade från att medföra negativ särbehandling.

#### *7.2.2.3 Negativ särbehandling - inhemska koncerner:*

Något som talar emot att negativ särbehandling förekommer gentemot gränsöverskridande koncerner är vad regeringen lyfte fram om inhemska koncerner; i sitt svar till EU-kommissionen. Regeringen framförde hur inhemska koncerner kan använda räntor för att undkomma skatt genom förflyttning av underskott. Regeringen framförde hur reglerna är ämnade att även motverka dessa inhemska situationer utöver de gränsöverskridande fallen.

Ohlsson framförde däremot att detta syfte med reglerna inte framkom i några förarbeten, något som jag själv inte har hittat. Dessutom menade Ohlsson att det måste vara väldigt sällsynt att räntor används bland inhemska företag för att undkomma skatt.

Själv har jag svårt att uppskatta hur ofta räntor används bland inhemska koncerner för att undkomma skatt. Men det finns två stycken fakta som får mig att tvivla på Ohlssons utsago. Den ena faktan är att de riktade ränteavdragsreglerna uppstod ur behovet av att bekämpa räntesnurror. Enligt Dahlberg fanns det rent inhemska fall i vilka räntesnurror kunde uppstå. Den andra faktan, som jag tycker talar emot Ohlsson, är något som framkom i rättsfallet HFD 2011 ref. 90. Häri framkom att när tillskott kan användas i koncerner som omorganiserar; så kan ränta användas istället för att ge lägre skatt. Detta bör även vara fallet för inhemska koncerner.

De två styckena fakta som jag nyss beskrivit verkar innebära att fallen, vari inhemska koncerner använder ränta för att undkomma skatt, inte bara är ett teoretiskt problem. Istället tycks det vara något som kan ske i praktiken.

#### *7.2.2.4 Negativ särbehandling och inverkan från koncernbidragsrätten:*

EU:s diskrimineringsförbud tar sikte på indirekt diskriminering såväl som direkt sådan, vilket bland annat Bammens lyfte fram. Detta innebär att reglernas praktiska inverkan på utländska bolag har större betydelse än om de formellt behandlar inhemska och utländska bolag lika.

Som Commerzebank-målet visade kan regler innebära indirekt diskriminering på grund av inverkan från andra regler. När det kommer till de riktade ränteavdragsreglerna förekommer diskussioner om huruvida reglerna kan vara diskriminerande på grund av inverkan från reglerna om koncernbidrag. Bland företag som har koncernbidragsrätt så är ju ränteregler i stort sett verkningslösa. Frågan blir då ifall koncernbidragsrätt främst förekommer bland inhemska koncerner.

Något som talar emot att koncernbidragsreglerna gör ränteregler negativt särbehandlande är att inte alla svenska företag har tillgång till koncernbidrag. Som tidigare nämnts är förutsättningen för koncernbidrag att det rör sig om helägda koncerner vari moderbolaget äger minst 90% av andelarna i dotterbolaget (eller dotterbolagen).

De riktade ränteavdragsreglerna träffar företag i intressegemenskap, vilket innebär att ena företaget i gemenskapen har väsentligt inflytande i det andra eller att företagen står under i huvudsak gemensam ledning. Även om denna definition är vag så framstår det för mig som rimligt att anta att företag kan vara i samma intressegemenskap utan att ha koncernbidragsrätt. Om vi som exempel tar situationen att ett moderbolag äger 85% av andelarna i ett dotterbolag. I denna situation föreligger ingen koncernbidragsrätt (på grund av 90%-regeln), men jag måste förmoda att företagen får anses vara i samma intressegemenskap. Moderbolaget, med sina 85% av dotterbolagets andelar, borde ju ha ett väsentligt inflytande i dotterbolaget.

Då nyssnämnda situation kan förekomma ser jag det som troligt att det kan finnas inhemska koncerner som använder ränta för att flytta underskott, för att undvika beskattning. Således borde reglerna kunna träffa inhemska koncerner på det sätt som regeringen framförde. Detta talar emot att ränteregler, genom inverkan från koncernbidragsreglerna, medför en negativ särbehandling. Ränteregler kan ju fortfarande träffa inhemska koncerner såväl som gränsöverskridande koncerner.

Det finns ytterligare en omständighet som jag anser talar emot att koncernbidragsreglerna gör ränteregler negativt särbehandlande. Utländska bolag kan ju ha koncernbidragsrätt. Detta förutsätter att bolaget motsvarar ett svenskt bolag, som omfattas av reglerna, och att det utländska bolaget är skattskyldigt i Sverige för den näringsverksamhet som koncernbidraget hänför sig till.

Att inhemska koncerner kan sakna koncernbidragsrätt samtidigt som gränsöverskridande kan ha en sådan rätt talar för att koncernbidragsreglerna ej gör de riktade ränteregler diskriminerande.

Dock så tror jag att de flesta koncernbolag inom Sverige befinner sig inom helägda koncerner. Det ligger i sakens natur, med en fri marknad vari olika koncerner inom samma bransch konkurrerar mot varandra, att de flesta bolag inte är av en joint-venture karaktär med moderbolag från olika koncerner. Eftersom det typiska svenska koncernbolaget bör tillhöra en helägd koncern så tror jag att koncerbidragsreglerna främst gynnar inhemska koncerner. Således bör de riktade räntereglerna negativ särbehandla gränsöverskridande koncerner.

Dessutom tror jag att fallen vari utländska bolag, i gränsöverskridande koncerner, har koncerbidragsrätt är betydligt mer sällsynta än vad bolag i helsvenska koncerner med koncerbidragsrätt är. Att gränsöverskridande koncerner måste utreda huruvida ett utländsk koncernbolag motsvarar ett svenskt bolag som kan ha koncerbidragsrätt kan dessutom avskräcka bolag från att förlita sig på denna rätt. En avskräckande effekt från att agera gränsöverskridande innebär ju i huvudregel att EU-rättslig negativ särbehandling föreligger enligt EU-praxis.

Jag tror alltså att det typiska svenska bolaget har koncerbidragsrätt medan det typiska utländska bolaget inte har det. Således tror jag att koncerbidragsrätten gör de riktade ränteavdragsreglerna negativt särbehandlande.

Dessa problem tror jag inte uppenbarar sig för 2019 års regler. I dessa regler skulle ju avdrag nekas ifall skuldföihållandet (nästan) uteslutande uppkommit för att skapa en skatteförmån. För både inhemska och gränsöverskridande koncerner bör i så fall det typiska bolaget ha ränteavdragsrätt.

#### *7.2.2.5 Sammanfattning av negativ särbehandling:*

10%-regeln från 2013 års lagstiftning verkar enligt mig ha stor betydelse. Även om en skatt på över 10% är standard både i Sverige och i utlandet, så medför 10%-regeln utredningssvårigheter för gränsöverskridande koncerner som kan ha en avskräckande effekt. 10%-regeln kan även anses medföra negativ särbehandling i hur regeln samverkar med "ventilen". Detta följer av att inhemska konventionella bolag tenderar bedömas enligt 10%-regeln medan utländska främst bedöms enligt ventilen, således blir de utländska bolagen hårdare bedömda. Följaktligen verkar 2019 års regler mindre restriktiva i detta avseende.

2013 års ränteregler kan dock träffa inhemska koncerner av konventionellt beskattade bolag. Detta kan framförallt ske om dessa bolag saknar koncerbidragsrätt. Vidare kan utländska bolag ha koncerbidragsrätt så att räntereglerna ej träffar dem. Detta talar för att reglerna inte är negativt särbehandlande. Däremot borde det typiska svenska bolaget ha koncerbidragsrätt medan det typiska utländska bolaget inte har det. Således är nog de riktade ränteavdragsreglerna negativt särbehandlande.

Jag tycker dock inte att 2019 års regler medför dessa problem, åtminstone inte i en tillräckligt betydande utsträckning för att reglerna ska anses vara negativt särbehandlande.

Jag alltså tycker att 2013 års regler förmodligen innebär negativ särbehandling men inte 2019 års regler.

### 7.2.3 Rekvisitet ”skillnader i skattesystem”:

Ifall reglernas oförmånliga behandling, gentemot gränsöverskridande koncerner, är resultatet av ”skillnader i skattesystem” så anses inte reglerna innebära negativ särbehandling. Härunder diskuteras huruvida rekvisitet ”skillnader i skattesystem” uppfylls av de riktade ränteavdragsreglerna.

#### 7.2.3.1 ”Skillnader i skattesystem” och reciprocitetsprincipen:

I sitt svar till EU-kommissionen anförde regeringen att reglerna inte innebär en otillåten inskränkning av etableringsfriheten. Detta menade regeringen var fallet eftersom reglerna följer reciprocitetsprincipen; i kombination med att reglerna inte gör åtskillnad mellan inhemska och gränsöverskridande koncerner. Vidare menade regeringen att denna kombination innebar att den oförmånliga behandling som koncerner kan drabbas av, som följd av regelverken, får anses vara en följd av ”skillnader i skattesystem”. När detta rekvisit är uppfyllt så anses ej negativ särbehandling föreligga.

Jag anser inte att regeringens argument är hållbart. När det kommer till att reglerna inte gör åtskillnad mellan inhemska och gränsöverskridande koncerner har jag redan redogjort för att de verkar göra åtskillnad i praktiken. Vidare har jag redogjort för att det är den praktiska verkan som är viktig.

Att reglerna följer principen av reciprocitet tycker jag inte heller påverkar något. Att principen följs verkar inte vara något som särskiljer de svenska ränteregler från de i X BV eller SIAT-målen. Bland annat SIAT-målets regler som inte godtog att bolag i gränsöverskridande fall fick väsentlig förmånlig beskattning verkar bygga på en tanke om reciprocitet. De allra flesta regler som nekar avdrag i gränsöverskridande situationer verkar bygga på reciprocitet, ändå underkänns de ibland.

#### 7.2.3.2 Skillnader i skattesystemen - 2013 års regler och 10%-regeln:

Jag tror inte att man kan hänföra 2013 års ränteregler negativa särbehandling till skillnader i staternas skattesystem. 10%-regeln är ju trots allt något som tar sikte på just en viss typ av beskattning. Detta blir alltför konstlat för att kunna räknas som något som följer av staters olika skattesystem.

Som Helminen lyfte fram är det godtagbart om skillnaderna i skattesystem uppstår från att staterna INTE beaktat andra länder i sin skattelagstiftning. Detta tycker jag styrks av fallet *Deutsche Shell* som Helminen hänvisar till.

Enligt Lodin ska 10%-regeln följa av EU:s diskrimineringsförbud och faktumet att det finns EU-länder som har beskattning på 10%. Detta klingar dåligt med att de svenska reglerna skulle ha utformats oberoende av andra länders skattelagstiftning.

Med 10%-regeln verkar man alltså beaktat andra länder. Man har på så sätt i viss mån utformat sitt skattesystem efter andra skattesystem. Och då blir inte ”skillnader i skattesystem” ett hållbart argument.

HFD argumenterade för att 10%-regeln varken inskränkte på etableringsfriheten eller EUF-fördraget med hänvisning till just "skillnader i skattesystem". På grund av vad jag nyss har gått igenom tycker jag inte att deras argument är hållbart.

#### *7.2.3.3 Skillnader i skattesystem - hänvisningar till Schempp och National Grid:*

HFD menade att fallet Schempp ger fog för att de svenska räntereglerna kan godkännas med hänvisning till "skillnader i staters skattesystem". Jag delar inte denna mening.

Dels beror mitt ställningstagande på vad som fastställdes i Schempp-målet. I målet fastställdes att olikheter i behandling, som följde av skillnader i staters beskattningssystem, kunde godtas ifall detta gjordes med lagstiftning som verkade enligt objektiva kriterier. Men som lyftes fram av diverse akademiker i en skattenyttartikel; så präglas de gamla och de nya räntereglerna av tillämpningssvårigheter som följer av deras subjektiva rekvisit. Detta är alltså inte förenligt med de kriterier som lagstiftning, vilken kan godkännas utifrån skattesystems skillnader, ska ha enligt Schempp-målet.

Dessutom är situationen som Egon Schempp och hans ex-maka befann sig i väldigt olik de situationer som gränsöverskridande koncerner, som vill ha ränteavdrag, befinner sig i.

Lagstiftningen som granskades i Schempp-fallet medförde nog inga större risker för att varken fysiska eller juridiska personer skulle avskräckas från att utöva sina EU-rättsliga friheter. Den som utnyttjade sin rörelsefrihet var ex-makan och det finns väldigt lite i de tyska reglerna som skulle avskräcka henne från att göra detta. Egon Schempp var ju tvungen att betala bidraget oavsett om han kunde få ett skattemässigt avdrag eller ej, således drabbades den som använde sig av friheten ej negativt utav lagens särbehandling. Att de svenska reglerna inte skulle avskräcka någon från att utnyttja EU:s fördragsfriheter är mindre självklart.

Regeringen förde en argumentation, som påminner om HFD:s hänvisning till Schempp, genom att hänvisa till målet National Grid. I National Grid hade ju EU-domstolen fastslagit att stater inte måste utforma sina lagstiftningar för att i alla lägen överbrygga de skillnader som följer av olikheter i staters lagstiftningar. Sammanhanget som EU-domstolen gjorde detta uttalanden handlade om utflyttningsbeskattning vid utflykt av den verkliga ledningen för ett bolag. Jag anser att det blir för hårdtag att från detta fall mena att de svenska räntereglerna inte innebär en negativ särbehandling. Situationen som beskrivs i målet var alltför olik de situationer som koncerner som söker ränteavdrag befinner sig i. Därför tycker jag inte att regeringens argument håller.

#### *7.2.3.4 Skillnader i skattesystem - 2019 års regler*

HFD:s resonemang, om skillnader i länders skattesystem, vore enligt min mening rimligare ifall det tillämpades på 2019 års regler. Dessa regler tar nämligen inte sikte på ett visst skattesystem (som har en viss beskattningsnivå). Då kan det nog enklare hävdas att eventuella skattemässiga inskränkningar, som gränsöverskridande koncerner kommer att utsättas för, sker som en följd av skillnader i ländernas skattesystem.

Något som däremot talar emot att 2019 års regler kan rättfärdigas med skillnader i skattesystem är att de, liksom 2013 års regler, innehåller subjektiva rekvisit. Således bryter 2019 års regler mot de rekvisit som fastställdes i Schempp-målet.

Läget är helt enkelt inte lika tydligt i frågan om 2019 års regler. Men överlag tror jag att argumentet om skillnader i skattesystem inte håller för 2019 års regler heller. Detta på grund av de subjektiva inslagen.

#### *7.2.3.5 Sammanfattning av rekvisitet "skillnader i skattesystem":*

Regeringen påstod att räntereglerens negativa särbehandling kan anses vara följden av "skillnader i skattesystem". Detta på grund av att reglerna ej gjorde skillnad mellan inhemska och utländska aktörer samt att reglerna följde reciprocitetsprincipen. Jag anser inte att påståendet håller då reglerna särbehandlar utländska bolag i praktiken och reciprocitetsprincipen tycks inte särskilja de svenska reglerna från andra regler som blivit underkända av EU-domstolen.

10%-regeln tycks vara anpassad till andra stater och dess inverkan kan därför inte hänföras till skillnader i skattesystem. Således håller jag inte med HFD:s yttrande om den regeln.

Fallet Schempp ger i min mening inte fog för rekvisitet "skillnader i skattesystem" är uppfyllt när det kommer till räntereglerna. Snarare talar fallet emot att rekvisitet uppfyllts. Detta följer av att fallet fastställer att lagstiftning som uppfyller rekvisitet ska verka enligt objektiva kriterier, något som är oförenligt med räntereglerens subjektiva rekvisit. Av detta skäl lyckas varken 2013 års eller 2019 års ränteregler uppfylla rekvisitet "skillnader i skattesystem".

#### 7.3 Steg 3 - Rättfärdigandegrunder:

Som framkommit är syftet med både årgångarnas regler att säkra den svenska skattebasen. Enligt mig framstår detta som ett adekvat syfte i förenlighet med rättfärdigandegrunderna. Syftet påminner om vad som nämnades i Mark & Spencer-fallet om att förebygga risk för skatteundandragande är en acceptabel rättfärdigandegrund.

Rättsfallen som jag beskrivit, framförallt Mark & Spencer och Oy AA, lägger vikt vid vad som kallas "en välavvägd fördelning av skatterätten" som rättfärdigandegrund. I fallet Oy AA framkommer att grunden i fråga kan användas för att säkerställa beskattningsrätten av verksamhet inom en stats territorium. I fallet menade domstolen att den välavvägda fördelningen kunde äventyras ifall förluster eller vinster kunde flyttas från ett inhemskt bolag till ett utländskt. I slutändan verkar EU-domstolen tycka det är acceptabelt att begränsa möjligheterna för skattesubjekt att välja vilken stat vinster och förluster ska beaktas.

Ränteavdragsreglerna tycks vara utformade för att tjäna detta syfte. De verkar även lämpade till att tjäna detta syfte.

#### 7.4 Steg 4 - proportionalitet:

Även om det föreligger rättfärdigande grunder så kan reglerna fortfarande bryta mot EU-rätten ifall de inte är proportionella. Därav görs en proportionalitetsanalys härunder. Här måste vi avgöra huruvida reglerna uppfyller sina syften (det vill säga är effektiva) och inte är för långtgående. Även om jag ovan fastställt att jag inte anser 2019 års regler vara negativt särbehandlande så ska jag göra en proportionalitetsanalys även på dessa regler. Eftersom jag inte med full säkerhet kan utesluta att de är negativt särbehandlande; så kan en proportionalitetsanalys vara värdefull för det fall att 2019 års regler skulle anses vara just negativt särbehandlande.

##### *7.4.1 Effektivitet*

Det första steget i proportionalitetsanalysen är att reda ut huruvida reglerna är lämpliga för att uppfylla sina syften, det vill säga huruvida de är effektiva. Detta analyseras härunder.

##### *7.4.1.1. Effektivitet - 2013 års regler:*

Det följer av vad jag har skrivit tidigare att jag tror att reglerna uppfyller sina syften. Reglerna försvårar antagligen för koncerner att agera gränsöverskridande genom att ställa krav på när sådant agerande kan ske. Följaktligen bör mindre beskattningsbar vinst komma att lämna landet via skatteplaneringsmetoder.

Eftersom 2013 års regler ställer strängare krav, än 2019 års regler, förmodar jag att de är effektivare. Något som talar för att de är effektiva är vad Skatteverket fastslog deras rapport. Precis som Skatteverket anser jag att faktumet att koncerninterna lån minskat; talar för att 2013 års regler hade effekt. Att eget kapital vid utländska direktinvesteringar ökat talar för att koncerner väljer andra finansieringsmetoder. Således borde 2013 års regler vara effektiva.

Rapporten innehåller dock något som talar emot mitt (och Skatteverkets) ställningstagande. Diverse rekvisit inom 2013 års regler var svåra att tillämpa. Likväl var det svårt att utreda hur beskattningen såg ut utomlands.

Detta kan enligt min mening slå fel på två sätt. Antingen tillämpas reglerna för frikostigt (det vill säga för strängt) eller så tillämpas reglerna för sällan. Reglerna kan följaktligen vara antingen för långtgående eller inte tillräckligt långtgående. Med tanke på att bevisbördan, för att avdragsrätt föreligger, ligger på företagen så borde den överhängande risken vara att reglerna är för stränga. Men detta borde i min mening inte innebära en hög risk att effektiviteten hämmas.

Den bästa måttstocken i sammanhanget är att se på företagens beteende och deras beteende talar, som nämnts, för att reglerna har en effekt - enligt rapporten.

##### *7.4.1.2 Effektivitet - 2019 års regler:*

Gällande 2019 års regler är effektiviteten svårare att reda ut. Det finns för nuvarande ingen rapport från Skatteverket som kan ge samma vägledning som det finns för 2013 års regler. 2019 års regler kan möjligtvis vara mindre effektiva i ett avseende. Deras snävare tillämpningsområde borde möjligen göra det lättare att undkomma beskattning via



skatteplanering. Men detta måste beaktas i ljuset av att 2019 års regler strävar efter att ha ett snävare tillämpningsområde. Dessutom kan införandet av generella ränteregler möjligtvis väga upp mot de nya räntereglernas snävare tillämpningsområde. Då reglerna ska ta sikte på rena missbruksfall så kanske de inte behöver vara lika vida som 2013 års regler för att anses vara effektiva.

Något som borde göra 2019 års regler tillräckliga är att bevisbördan, för att skatteplanering inte ligger för hand, ligger på företagen. Detta försvårar för företag att komma undan med aggressiv skatteplanering om de måste bevisa att detta inte ligger för hand.

#### *7.4.1.3 Sammanfattning av effektivitet:*

Det som talar för att 2013 års regler är effektiva är att Skatteverkets rapport gav indikationer som antyder effektivitet. Ytterligare ett faktum, som talar för effektivitet är att bevisbördan ligger på den som vill ha ett avdrag. Detta faktum talar även för 2019 års regler är effektiva. Det som talar emot 2019 års reglers effektivitet är deras snävare tillämpningsområde, men detta borde åtminstone delvis åtgärdas utav införandet av generella ränteavdragsregler. Således tror jag att både årgångars regler är effektiva.

#### *7.4.2 Längre än nödvändigt?:*

Det andra steget i proportionalitetsanalysen är att analysera huruvida reglerna inte går längre än nödvändigt för att uppnå sina syften. När det kommer till de riktade ränteavdragsreglerna finns det två huvudsakliga frågor att reda ut i detta sammanhang. Den ena frågan är huruvida reglerna måste sikta in sig på rent konstlade upplägg och följa armlängdsprincipen. Den andra frågan är huruvida reglernas rekvisit är tillräckligt klara och tydliga för att leva upp till kravet på rättssäkerhet.

##### *7.4.2.1 Kravet på rent konstlade upplägg och kombination av rättfärdigande grunder:*

Hilling och regeringen har både menat att kravet på att enbart träffa "rent konstlade upplägg" inte är aktuellt när det kommer till de svenska räntereglerna. Detta på grund av att reglerna kombinerar motivet att motverka skatteflykt med motivet att bevara en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Hilling anförde hur viss EU-rättslig praxis innebär att kravet på konstlade upplägg inte måste uppfyllas ifall dessa motiv kombineras. Detta stödde hon med fallen Mark & Spencer, Oy AA och SGI.

Ohlsson lyfte dock fram rättsfallen Equiom och Enka respektive Diester Holding AG och Juhler Holding A/S. I dessa rättsfall kombinerades nämnda syften som rättfärdigande grunder, utan att vinna framgång hos EU-domstolen.

Från alla nyssnämnda fall framgår att kombinationen av de två rättfärdigande grunderna ibland låter regeringar undkomma kravet på rent konstlade upplägg, men inte alltid.

Detta skapar oklarheter i frågan om huruvida de svenska riktade räntereglerna kan anses proportionella genom att kombinera nämnda rättfärdigande grunder. Jag anser att man kan lösa

detta problem, dels genom att beakta skillnaderna mellan att göra avdrag för koncernbidrag och att göra avdrag för ränta, och dels genom att beakta armlängdsprincipen.

#### *7.4.2.2.1 Kravet på rent konstlade upplägg och armlängdsprincipen för 2013 års regler:*

Jag anser att Ohlsson gör en god poäng när han framför att det finns relevanta skillnader mellan att göra ränteavdrag; och att göra avdrag inom ett koncernbidragssystem. Såsom Väljemark påpekar; borde situationer i vilka affärsmässighet med krav på motprestation förekommer, särskiljas från situationer som inte alls involverar krav på affärsmässighet; såsom när koncernbidrag ges.

När det kommer till lån och ränta går det nämligen att kompromissa mellan att neka avdrag i sin helhet och att tillåta avdrag i sin helhet. Man kan nämligen, såsom Ohlsson förespråkade, kräva att räntan dras av i enlighet med armlängdsprincipen och tar sikte på rent konstlade inlägg. Utöver att reglerna enbart träffar rent konstlade upplägg innebär alltså detta att ränteavdrag enbart nekas till den del räntan överstiger vad två oberoende parter skulle ha avtalat sinsemellan.

Samma möjligheter existerar inte när det kommer till koncernbidrag. Armlängdsprincipen innebär ju att prissättningar styrs av vad oberoende parter hade avtalat sinsemellan. Men oberoende parter hade med all förmodan inte avtalat att den ena parten ska ge den andra parten finanser utan motprestation. Därav finns inte samma kompromissmöjlighet när det kommer till koncernbidrag. Härvid måste man nog neka eller tillåta avdrag i sin helhet i fall som angår koncernbidrag.

Följaktligen blir det inte rimligt att kräva att regeringar utformar sina begränsningar av koncernbidrags-möjligheter med samma precision som de utformar sina begränsningar av ränteavdragsmöjligheter. Omvänt innebär detta en större rimlighet att ränteavdragsregler utformas med större precision, såsom att de enbart tar sikte på rent konstlade upplägg. Således kan man inte dra slutsatsen att de begränsningar som regeringar tillåts göra av gränsöverskridande koncernbidrag även gäller för gränsöverskridande ränteavdrag.

Man hade kunnat invända med att kombinationen av rättfärdigande grunder gick an i SGI-fallet i en situation som handlade just om ränteavdrag. Denna invändning är dock inte hållbar på grund av att de nationella reglerna i SGI-fallet inte bara tillämpades på ränteavdrag, utan de tillämpades på vederlagsfria förmåner rent allmänt.

2013 års regler följer inte armlängdsprincipen då de inte tar sikte på rent konstlade upplägg och eftersom de nekar avdrag till sin helhet. Således anser jag inte att 2013 års regler är proportionella.

#### *7.4.2.2.2 Kravet på rent konstlade upplägg och armlängdsprincipen för 2019 års regler:*

Jag anser att de riktade ränteavdragsreglerna från 2019 visar en större förenlighet med kravet på att enbart träffa rent konstlade upplägg. Detta beror på att 2019 års regler är utformade för att ta sikte på rena missbruksfall. I och med kravet på att reglerna bara ska neka avdrag när skuldförhållandet (nästintill) uteslutande uppkommit för att ge en skatteförmån tycker jag att kravet följs. Dessa skuldförhållanden verkar ju väldigt lika vad som hade kunnat beskrivas som "rent konstlade upplägg".

Dock blir det fortfarande problematiskt ifall avdragen i dessa renodlade missbruksfall nekas i sin helhet. Så de är nog inte helt förenliga med armlängdsprincipen. Således bör dessa regler inte heller vara proportionella, men de kommer närmare till att vara det enligt min mening.

#### *7.4.2.3 Armlängdsprincipen eller objektiva kriterier:*

I doktrinen har både årgångars rätteregler kritiserats för att innehålla subjektiva rekvisit. Dessa rekvisit ska enligt kritikerna leda till tillämpningssvårigheter och bristande förutsebarhet. Man hade kunnat invända mot Ohlsson ideér (vilka jag instämmer med) genom att påpeka att armlängdsprincipen tillämpas enligt ett subjektivt rekvisit. Vad två oberoende parter hade avtalat om är ju en subjektiv fråga dem emellan.

Jag ser dock inte detta som ett problem. Min anledning till detta är att det borde gå att få vägledning via branchpraxis och därigenom uppskatta vad två oberoende parter hade avtalat. Eftersom armlängdsprincipen är en internationellt erkänd princip inom skatterätt så förmodar jag att denna princip inte är för svår att tillämpa i praktiken.

Således ser jag det inte heller som nödvändigt att ha en lagstiftning som bygger på objektiva kriterier. Dessutom borde objektiva kriterier vara enklare att kringgå genom missbruk av formaliteter. I sådana fall hade reglerna nog brutit i effektivitet.

#### *7.4.2.4 Frågan om språklig precision och rättssäkerhet:*

Det förekommer omfattande diskussioner om huruvida vissa av rekvisiten bland de riktade rättereglerna är tillräckligt tydliga för att vara rättssäkra. Härmed finns det skäl till att tycka att 2013 års regler går längre än nödvändigt.

##### *7.4.2.4.1 Språklig precision - Ohlssons invändningar och Skatteverkets rapport:*

Vad Ohlsson har påpekat, om att reglerna innehåller vaga formuleringar, såsom "väsentlig skatteförmån för intressegemenskapen" och "huvudsakliga skälet för skuldförhållandet", är sant. Ju vagare regler är; desto friare är stater och myndigheter att använda dem skönhetsmässigt. Detta kan tänkas sänka förutsägbarheten och rättssäkerheten likt den belgiska regeln i SIAT-målet.

Dock anser jag inte att Ohlsson har helt rätt i sina slutsatser. Ifall de termer som Ohlsson invände mot hade varit oförutsebara och allmänt problematiska så hade jag förväntat mig att detta hade avspeglats i Skatteverkets rapport. Termerna som Ohlsson kritiserade togs dock inte upp i rapporten som problematiska.

Däremot tog Skatteverkets rapport upp problematik som påminde om Ohlssons invändningar. Bland annat var rekvisitet "intressegemenskap" svårtillämpat när ägarkretsen var väldigt spridd och riskkapitalägda bolag var inblandade.

Likväl var rekvisitet "den som faktiskt har rätt till inkomsten" svårtillämpat. Svårigheterna inträffade när långgivaren i sin tur lånat från en eller flera andra bolag vilket var vanligt förekommande. Vidare kunde detta ske i varierande former i diverse olika bolagsstrukturer vari lån och räntor slussades genom bolagsstrukturen.

Att Skatteverket redogör för att det finns svårtillämpade rekvisit ger fog för Ohlssons invändningar på ett mer övergripande plan. Även om just de exempel som Ohlsson tog upp inte verkar vara lika problematiska som han beskriver; så innehåller ju lagstiftningen ändå rekvisit som möjligen hotar förutsägbarheten och därmed rättsäkerheten. Detta i sin tur hotar proportionaliteten, i likhet med SIAT-målet, vilket i sin tur kan göra reglerna restriktiva i EU-rättens mening.

Frågan blir då om de rekvisit som Skatteverket tog upp verkligen är så vaga och svårtillämpade att de faktiskt hotar rättssäkerheten i likhet med SIAT-målet.

#### 7.4.2.4.2 Språklig precision - "kunskapsluckor":

Problem med svårtillämpade rekvisit är i min mening mindre allvarliga om de situationer som problemen uppkommer i är väldigt specifika. Med "specifika situationer" menar jag i sammanhanget att situationerna inte kommer i särskilt varierande former eller väldigt ofta. Ju mer specifika situationerna är; desto enklare är det att reda ut rekvisiternas oklarheter genom rättspraxis. Då rör det sig alltså om snävare kunskapsluckor som är enklare att täppa till.

När det kommer till det förstnämnda svårtillämpade rekvisitet, nämligen "intressegemenskap", tycks svårigheten uppkomma i en väldigt specifik situation. Att det rör sig om om väldigt spridda ägarkretsar är ju en kraftig avgränsning av fallen när problematiken uppkommer. Att det även, i huvudsak, rör sig om riskkapitalägda bolag är en till kraftig avgränsning.

När det kommer till nästa svårtillämpade rekvisit, nämligen rekvisitet "den som faktiskt har rätt till inkomsten", ter sig saker annorlunda. Det verkar röra sig om en större kunskapslucka som måste täppas till i detta fall. Skatteverket lyfte ju fram hur situationerna vari rekvisitet är svårtillämpat förekommer ofta. Likaväl förekommer dessa situationer väldigt varierande former. Även om det redan förekommit rättspraxis i frågan så borde det vara väldigt svårt att täppa till hela kunskapsluckan med rättspraxis. Kombinationen av att problemet är vanligt förekommande och att det förekommer i flera former gör osäkerheten för stor för att regeln kan anses vara förutsebar. Något som vidare stödjer min mening är kritiken som Coen Deij hade av Skatteverkets behandlande av rekvisitet "den som faktiskt har rätt till inkomsten". Det är för inte mig klart om Deij har rätt med att det krävs en ändamålsenlig tolkning eller om Skatteverket gör rätt med sin bokstavstroga tolkning. Jag tycker att man kan argumentera för både. Coens argument om att en ändamålsenlig tolkning står i bättre överensstämmelse med begreppet "beneficial owner" är ett starkt argument i hans förmån. Men jag tycker likt Skatteverket att det är svårt att frånga lagtextens ordalydelse, något som bör väga oerhört tungt. Detta innebär oklarheter som skapar sämre förutsägbarhet likt de belgiska regelverken i SIAT-målet.

Jag anser alltså att det första rekvisitet om "intressegemenskap" inte hotar proportionaliteten då den innehåller en snäv kunskapslucka. Däremot anser jag att det andra rekvisitet om "den som faktiskt har rätt till inkomsten" hotar proportionaliteten på grund av att kunskapsluckan är för vid. Följaktligen är både 2013 och 2019 års regler oproportionella då det sistnämnda rekvisitet är för oförutsebart.

#### *7.4.2.5 Sammanfattning av huruvida reglerna är för långtgående:*

Det finns förmodligen ett krav på att enbart rent konstlade upplägg ska träffas av riktade ränteavdragsbegränsningar. Dessutom hade regler som följer armlängdsprincipen förmodligen varit ett mindre ingripande sätt att uppnå reglernas syfte. Följaktligen är både årgångars regler förmodligen oproportionella. 2019 års regler verkar dock följa kravet på att enbart träffa rent konstlade upplägg.

Eftersom jag, liksom Ohlsson, förespråkar armlängdsprincipen så anser jag att reglernas subjektiva rekvisit är fullt acceptabla.

Gällande kravet på rättssäkerhet så anser jag att vagheten kring rekvisitet "den som faktiskt har rätt till inkomsten" innebär att varken 2013 års eller 2019 års ränteregler är rättssäkra. Detta anser jag för att det borde vara svårt att åtgärda denna vaghet genom rättspraxis.

#### *7.5 Är de riktade ränteavdragsreglerna förenliga med EU-rätten? - Sammanfattande slutsats:*

Enligt min mening är inte de riktade ränteavdragsreglerna från varken år 2013 eller 2019 helt förenliga med EU-rätten. Men 2019 års regler kommer enligt min mening mycket närmare till att vara det. Denna slutsats bygger jag på att jag inte anser att de innebär en negativ särbehandling. Gällande 2013 års regler så anser jag att de innebär en negativ särbehandling. Dessutom anser jag att 2013 års regler är oproportionella. Gällande 2019 års regler verkar dessa innebära en icke-diskriminerande restriktion av etableringsfriheten då dessa regler, liksom 2013 års regler, är orättsäkra - samtidigt som de inte innebär en negativ särbehandling, enligt min mening.

Käll- och litteraturförteckning:

*Offentligt tryck:*

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.*

SOU 2014:40, *Neutral bolagsskatt– för ökad effektivitet och stabilitet, Slutbetänkande av Företagsskatteskommittén, Stockholm, 2014,*

*Litteratur:*

Abed Ali, Haider, *Nya ränteavdragsregler för företagssektorn*, SN 2017, s. 602-614

Bammens, Niels, *Chapter 4: The Non-Discrimination Analysis under the OECD Model as Compared to the EU Fundamental Freedoms in International Tax Law: New Challenges to and from Constitutional and Legal Pluralism* (J. Englisch ed., IBFD 2016), Books IBFD

Dahlberg, Mattias, *Internationell beskattning*, Tredje upplagan, Lund, 2012.

Dahlberg, Mattias, *EU och svensk företagsbeskattning*, SNS förlag, Stockholm, 2019

Deij, Coen, *Begreppet den faktiska mottagaren av ränteinkomster*, SN 2020, s. 133-149.

Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Stockholm, 2001.

Helminen, Marjaana, *Chapter 3: Corporate Tax Directives in EU Tax Law – Direct Taxation – 2019: 2019 edition* (IBFD 2019), Books IBFD

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.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatisk som vetenskap*, SvJT 2004.

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.

Melz, Peter, Nilsson, Peter, Norrman, Erik, *Bolagsskattereformen 2019 - ränteavdragsbegränsningar*, SN 2018, s. 471-501

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

Ohlsson, Fredrik, *EU-rätten och 2013 års ränteavdragsbegränsningar*, SN 2018, s. 701-727.

Ståhl Kristina, Persson Österman Roger, Hilling Maria, Öberg Jesper, *EU-skatterätt. Tredje upplagan*, Uppsala, 2011.

Van Der Zeijden, Femke, *Some European views on the Swedish tax system "Here, we are dealing with a so-called 'outsider'."*, SN 2019, s. 257-270.

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

Övrigt:

Finansdepartementet, Skatte- och tullavdelningen, 2017. *Nya skatteregler för företagssektorn.*, Fi2017/02752/S1.

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.

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

Skatteverkets promemoria den 10 januari 2017, *Skatteplanering med ränteavdrag i företagssektorn Uppföljning av tillämpningen av 2013 års regler samt externa lån*, Dnr 1 31 533857-16/113

Skatteverkets vägledning på <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2020.6/376552.html> ”Begreppet ”det företag som faktiskt har rätt till inkomsten””, hämtat 12 mars 2020

#### *Rättsfallsregister:*

EU-domstolen:

C-330/91: Commerzbank

C-294/97: Eurowings

C-403/03: Schempp

C-446/03: Mark & Spencer

C-196/04: Cadbury Schweppes

C-524/04: Thin Cap Group litigation

C-231/05: Oy AA

C-293/06: Deutsche Shell

C-311/08: SGI

C-337/08: X holding

C-371/10: National grid indus

C-318/10: SIAT

C-48/13: Nordea Bank Danmark

C-66/14: Finanzamt Linz

C-6/16: Equiom och Enka

C-398/16: X BV

C-504/16 och C-613/16: Diester Holding AG och Juhler Holding A/S



Högsta förvaltningsdomstolen:

HFD 2011 ref. 90 I - VI.

HFD mål nr. 4849-18 från 2019-06-05