



INTERNATIONELLA HANDELSHÖGSKOLAN  
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

# Ränteavdragsbegränsningar

De nya reglernas förenlighet med den fria etableringsrätten

Magisteruppsats inom Skatterätt och EG-rätt

Författare: Eva-Maria Norén

Nina Törling

Handledare: Björn Westberg

Mentor: Maria Karlsson

Framlägningsdatum 2009-01-15

Jönköping januari 2009



JÖNKÖPING INTERNATIONAL BUSINESS SCHOOL  
Jönköping University

# **Interest deduction restrictions**

The new rules' compliance with the freedom of establishment

Master's thesis within tax law and EC-law

Author: Eva-Maria Norén

Nina Törling

Tutor: Björn Westberg

Mentor: Maria Karlsson

Jönköping January 2009

## Magisteruppsats inom skatterätt och EG-rätt

Titel:	Ränteavdragsbegränsningar – De nya reglernas förenlighet med den fria etableringsrätten
Författare:	Eva-Maria Norén och Nina Törling
Handledare:	Björn Westberg
Datum:	2009-01-15
Ämnesord	Skatterätt, ränteavdragsbegränsningar, EG-rätt, fri etableringsrätt

### Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att undersöka huruvida de nya reglerna angående ränteavdragsbegränsningar är förenliga med EG-fördragets fria etableringsrätt och om reglerna inte anses vara det - huruvida en sådan inskränkning kan rättfärdigas.

De nya reglerna avser en begränsning av avdragsrätten för ränteutgifter och gäller vid räntebetalningar mellan företag i intressegemenskap. Avdrag för ränteutgifter får göras under förutsättning att den inkomst som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats med en skattesats som uppgår till minst tio procent (tio-procentsregeln) enligt lagstiftningen i den stat där det företag i intressegemenskapen som faktiskt har rätt till ränteinkomsterna hör hemma, om företaget bara skulle ha haft den inkomsten. Avdrag får även göras för ränteutgifter i de fall såväl förvärvet som den skuld som ligger till grund för ränteutgifterna är huvudsakligen affärsmässigt motiverade. Regeln är ett alternativ till tio-procentregeln och gäller därmed även i de fall ränteinkomsten inte beskattas med minst tio procent. Med ordet huvudsakligen avses 75 procent eller mer.

De svenska reglerna om ränteavdrag är tillämpliga på dotterbolag med både inhemska och utländska moderbolag. Reglerna får till följd att behandlingen av dotterbolag med inhemskt moderbolag skiljer sig från den av dotterbolag med utländskt bolag eftersom reglerna får den *effekten* att avdragsförbudet endast drabbar dotterbolag med utländskt moderbolag (under förutsättning att beskattningen är lägre än tio procent samt att transaktionen har affärsmässiga motiv som understiger 75 procent). Reglerna medför att det blir mindre attraktivt för bolag med moderbolag i andra medlemsstater att utöva etableringsfriheten och moderbolagen kan på grund av detta komma att avstå från att bilda eller bibehålla etableringar i Sverige där en sådan bestämmelse finns. EG-domstolen menar att detta resonemang även är tillämpligt då det lånegivande bolaget istället är det utländska moderbolagets dotterbolag som i likhet med moderbolaget är hemmahörande i en annan medlemsstat. Enligt vår mening utgör därför de nya reglerna en inskränkning av den fria etableringsrätten i enlighet med artikel 43 och 48 EG.

En av de rättfärdigande grunder som kan motivera en inskränkning av den fria etableringsrätten är skatteflykt. EG-domstolen är beredd att pröva skatteflykt som rättfärdigande grund under förutsättning att reglerna har som syfte att hindra rent konstlade upplägg. Det är därmed tillåtet att försöka minimera sin skattebörda genom att etablera sig i andra medlemsstater så länge som de åtgärder som bolagen vidtar inte medför att vinstmedlen överförs genom konstlade upplägg.

Ett konstlat upplägg definieras av EG-domstolen som en etablering där ingen faktiskt ekonomisk verksamhet bedrivs. Ett riktmärke kan till exempel vara att lokaler, personal eller utrustning saknas. Förekommer det således affärsmässiga skäl anser vi att det inte kan röra sig om ett konstlat upplägg eftersom ett rent konstlat upplägg enligt definitionen ska sakna faktisk ekonomisk verksamhet. En affärsmässighet om 75 procent och ett konstlat upplägg om 25 procent är därmed omöjligt då ett konstlat upplägg i stort sett förutsätter noll procents motiverad affärsmässighet.

Enligt ”rule of reason”-doktrinen kan en nationell regel endast godtas om den är utformad på så sätt att den faktiskt säkerställer det syfte som eftersträvas och den får inte utgöra ett mer ingripande hinder i den fria rörligheten än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med regeln. Eftersom reglerna, med den lydelse de har idag, träffar fler transaktioner än de rent konstlade är de oproportionerliga i förhållande till sitt syfte. De kan därmed inte rättfärdigas och utgör således ett hinder för den fria etableringsrätten.

## **Master's Thesis in Tax law and EC-law**

Title:	Interest deduction restrictions – 'The new rules' compliance with the freedom of establishment
Author:	Eva-Maria Norén and Nina Törling
Tutor:	Björn Westberg
Date:	2009-01-15
Subject terms:	Tax law, interest deduction restrictions, EC-law, the freedom of establishment

### **Abstract**

The purpose with this thesis is to examine whether the new rules, concerning interest deduction restriction, is compatible with the freedom of establishment in the EC-treaty and if it is not - whether such a restriction can be justified.

The rules concerns interest deduction restrictions and apply to payment of interest between companies within a community of interest. Interest deductions are allowed when the income that corresponds with the interest paid, would have been taxed with a tax rate of at least ten percent (the ten-percent rule). This, in accordance with the legislation in that state where the company in the community of interest that actually is entitled to the income from interest is situated, if the company would only have had that income. Interest deductions are also allowed when both the acquisition as well as the debt, originating from the payment of interest, is mainly commercially motivated. This regulation is an alternative to the ten-percent rule and is consequently applicable even though the interest paid is not taxed with at least ten percent. The term mainly motivated means at least 75 percent.

The Swedish rules about interest deduction restrictions are applicable on Swedish subsidiaries regardless of the place of their parent company. However, the mere consequence of the regulation is that subsidiaries with a foreign parent company do not have the right to interest deduction (presumed that the taxation is less than ten percent and that the transaction has commercial motives below 75 percent) while subsidiaries with a domestic parent company do. This means that it becomes less attractive for companies with a parent company in another member state to exercise the freedom of establishment and the parent companies may therefore choose to refrain to establish or maintain establishments in Sweden because of this regulation. The European court of justice argue that this reasoning is also applicable when the lending company, instead of the parent company, is the foreign parent company's subsidiary, also situated in another member state. In our opinion, the new rules therefore derogate the freedom of establishment found in article 43 and 48 EC.

However, one ground of justification for a derogation of the freedom of the establishment is the prevention of fiscal evasion. The European court of justice is prepared to try this as a ground of justification if the rules have as its aim to prevent wholly artificial arrangements exclusively. This means that it is legitimate for a company to try to minimize their tax burden through establishments in other member states as long as the measures the company is taking does not result in a wholly artificial transaction.

A wholly artificial arrangement is, according to the European court of justice, an establishment where no actual economic activity exists. For example a lack of premises, employees or equipment could be a perceptible sign. If the transaction is somehow commercially motivated, there cannot be a question of an artificial arrangement in our opinion since wholly artificial arrangements by the definition lacks actual economic activity. A transaction that has commercial motives that equals 75 percent and an artificial arrangement that equals 25 percent is consequently impossible since a wholly artificial arrangement more or less provides commercial motivation that equals zero percent

According to "the rule of reason"-doctrine a national rule can only be accepted if it is suitable for securing the attainment of the objective which they pursue and must not go beyond what is necessary in order to attain it. This means that since the rules, with its current wording, cover more transactions than the wholly artificial ones it is not proportionate. The rules cannot be justified and consequently constitutes a restriction in the freedom of establishment.

# Innehåll

<b>1</b>	<b>Inledning.....</b>	<b>4</b>
1.1	Bakgrund.....	4
1.2	Syfte.....	5
1.3	Avgränsning .....	5
1.4	Metod och material.....	5
1.5	Disposition.....	5
<b>2</b>	<b>Ränteavdragsbegränsningar .....</b>	<b>7</b>
2.1	Skatteverkets kartläggning .....	7
2.1.1	Beskrivning av ett typfall .....	7
2.2	De nya reglerna.....	9
2.2.1	Företag i intressegemenskap .....	9
2.2.2	Förvärv av delägarätter .....	9
2.2.3	Externa lån .....	10
2.2.4	Undantagsregler i IL 24:10 d - e .....	10
2.2.4.1	Tio-procentregeln .....	10
2.2.4.2	Huvudsakligen affärsmässigt motiverat.....	12
<b>3</b>	<b>Den fria etableringsrätten .....</b>	<b>14</b>
3.1	Fördragets betydelse för den direkta beskattningen .....	14
3.2	Fri etablering .....	15
3.2.1	En av de fyra friheterna .....	15
3.2.2	Artiklarnas innehåll och omfattning .....	15
3.2.3	Direkt effekt .....	16
3.3	Begreppet etablering .....	17
<b>4</b>	<b>Inskränkningar av den fria etableringsrätten.....</b>	<b>19</b>
4.1	EG-fördragets förbud mot diskriminering på grund av nationalitet .....	19
4.1.1	Artikel 12 EG .....	19
4.1.2	Begreppet diskriminering .....	19
4.1.3	Principens betydelse i artikel 43 EG .....	20
4.1.4	Direkt och indirekt diskriminering .....	20
4.2	Hinder för den fria etableringen.....	21
4.2.1	Etableringshinder via dotterbolag .....	21
4.2.1.1	Hinder i etableringsstaten .....	22
4.2.1.2	Hinder i hemstaten .....	22
<b>5</b>	<b>Huruvida de nya reglerna inskränker den fria etableringsrätten .....</b>	<b>23</b>
5.1	Tillämpliga bestämmelser.....	23
5.2	Tolkningsfrågor .....	23
5.3	Moderbolaget är långgivare.....	24
5.3.1	Beskrivning av scenario ett.....	25
5.3.2	Objektivt jämförbara situationer .....	25
5.3.3	Ett hinder för den fria etableringsrätten.....	26
5.4	Ett utländskt dotterbolag är långgivare .....	27
5.4.1	Beskrivning av scenario två .....	27
5.4.2	Ett hinder för den fria etableringsrätten.....	28

<b>6</b>	<b>Huruvida de nya reglerna kan rättfärdigas.....</b>	<b>30</b>
6.1	Rättfärdiganden i fördraget.....	30
6.2	Rättfärdiganden som utvecklats i praxis.....	30
6.2.1	Grunder som avfärdats .....	31
6.2.2	Grunder som accepterats .....	32
6.2.2.1	Effektiv skattekontroll .....	32
6.2.2.2	Territorialitetsprincipen.....	33
6.2.2.3	Skattesystemets inre sammanhang .....	35
6.2.2.4	Skatteflykt .....	36
6.2.2.4.1	Rent konstlade upplägg .....	38
6.2.3	Skatteflyktsregler och etableringsfrihet.....	40
<b>7</b>	<b>Avslutande kommentar .....</b>	<b>42</b>
	<b>Referenslista.....</b>	<b>43</b>



## **Figurer**

Figur 1 Exempel på en räntesnurra.....	8
Figur 2 Moderbolaget är långivare .....	24
Figur 3 Ett utländskt dotterbolag är långivare.....	28

## **Bilagor**

Bilaga 1 IL 24:1 och IL 24:10 a-e i inkomstskattelag (1999:1229).....	46
---	----

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Skatteverket har upptäckt avancerade fall av skatteplanering. Företag i intressegemenskap undgår beskattning genom ett visst ränteupplägg, så kallade räntesnurror. Skatteförmånen uppstår genom kombinationen av att kapitalvinster vid avyttring av näringsbetingade andelar är skattefria och att obegränsade ränteavdrag kan göras i Sverige. Motsvarande ränteintäkt kan komma att beskattas lågt eller inte alls i vissa utländska jurisdiktioner. Skatteverket hävdar att flera miljarder svenska kronor lämnar rikets gränser i skattebortfall genom dessa förfaranden. Den 1 juni 2008 lämnade Skatteverket därför in en hemställan<sup>1</sup> till Finansdepartementet med förslag på lagändring i inkomstskattelagen (1999:1229). Lagändringen gäller ränteavdragsbegränsningar som syftar till att hindra sådan skatteplanering inom en intressegemenskap.

Skatteverkets hemställan fick skarp kritik från de remissinstanser som uttalade sig där den starkaste kritiken låg i att de föreslagna reglerna även träffade normal affärsverksamhet. Reglerna ansågs vara alltför generellt utformade och träffade alla koncerninterna lån i vissa situationer, oavsett syftet med transaktionerna och oavsett om dessa faktiskt lett till en lägre beskattning eller inte. Remissinstanserna menade att när reglerna går utöver vad som är nödvändigt för att syftet ska uppnås, är dessa inte förenliga med gemenskapsrätten.

Sedan Sverige valde att gå med i Europeiska unionen (EU) måste den svenska rätten harmonisera med Europeiska gemenskapsrätten (EG-rätten). Förhållandet mellan EG-rätten och de nationella rättsordningarna behandlas inte uttryckligen i de EG-rättsliga grundfördragen och det har fastslagits i praxis att europarätten har företräde framför nationell rätt. Artikel 43 i EG-fördraget<sup>2</sup> innefattar en rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt en rätt att bilda och driva företag på samma villkor som föreskrivs i etableringsstatens lagstiftning för dess egna medborgare. Etableringsfriheten inbegriper också, enligt artikel 48 EG, en rätt för bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning, och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen, att utöva verksamhet i den berörda medlemsstaten genom ett dotterbolag, en filial eller ett kontor. Syftet med etableringsfriheten kan därmed sägas vara att säkerställa en nationell behandling i värdmedlemsstaten genom att all diskriminering som baserar sig på var bolagen har sitt säte förbjuds.

På grund av den kritik som remissinstanserna framförde mot Skatteverkets hemställan kom Finansdepartementet, den 25 augusti 2008, ut med ett reviderat förslag på lagändringen i en promemoria<sup>3</sup> som även den skickades ut på remiss. I promemorian har kritiken beaktats och de föreslagna reglerna skulle endast träffa konstlade ränteupplägg vid förvärv av delägarätter. Regeringen har därefter beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag om ändring i inkomstskattelagen. Lagrådsremissens<sup>4</sup> förslag motsvarar i allt väsentligt

---

<sup>1</sup> Skatteverkets hemställan, *Förslag om begränsningar i avdragsrätten för ränta m.m. på vissa skulder*, dnr Fi2008/4093.

<sup>2</sup> Konsoliderad version av fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen, Officiella tidning nr C 325, 24 december 2002.

<sup>3</sup> Promemoria, *Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förbindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, Fi 2008/4390, 2008-08-25.

<sup>4</sup> Lagrådsremiss, *Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förbindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, 2008-09-25.

förslaget i Finansdepartementets promemoria förutom några förtydliganden och redaktionella ändringar. Efter Lagrådets yttrande har regeringen även överlämnat en proposition<sup>5</sup> till riksdagen. Även propositionen motsvarar i allt väsentligt förslaget i Finansdepartementets promemoria, bortsett från vissa redaktionella ändringar. Propositionen har godkänts och reglerna träder i kraft den 1 januari 2009.

### 1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att undersöka huruvida de nya reglerna om ränteavdragsbegränsningar är förenliga med EG-fördragets fria etableringsrätt. En inskränkning av denna rättighet kan under vissa förutsättningar rättfärdigas. I det fall det skulle visa sig att de nya reglerna utgör en inskränkning av den fria etableringsrätten kommer vi att undersöka huruvida en sådan inskränkning kan rättfärdigas.

### 1.3 Avgränsning

Syftet med uppsatsen är att undersöka huruvida de nya reglerna är förenliga med EG-fördragets fria etableringsrätt. För att uppfylla syftet kommer EG-fördragets bestämmelser om fri etableringsrätt att analyseras mot bakgrund av de nya svenska reglerna om ränteavdragsbegränsningar. EG-fördragets övriga bestämmelser om fri rörlighet omfattas dock inte av denna studie. Inte heller förs någon diskussion om hur EG-rätten förhåller sig till svensk rätt generellt.

### 1.4 Metod och material

För att utreda huruvida de nya svenska reglerna utgör en inskränkning av den fria etableringsrätten har vi inledningsvis tillämpat den rättsdogmatiska metoden<sup>6</sup>. Vi har främst använt oss av den bakomliggande propositionen, lagrådsremissen samt Finansdepartementets promemoria. Efter en genomgång av de nya reglerna kommer den fria etableringsrätten i EG-fördraget att analyseras närmre med hjälp av EG-rättens rättskällor.

EG-rättens rättskällor utgörs av primärrätten, sekundärrätten, internationella avtal ingångna av gemenskapen samt EG-domstolens rättspraxis. Eftersom den fria etableringsrätten återfinns i EG-fördraget och därmed inom primärrätten är det också den vi kommer koncentrera oss på. Ytterligare en rättskälla av stor betydelse är EG-domstolens rättspraxis. Domstolen tolkar Romfördraget och därför kan vi finna stor ledning i praxis både vad gäller frågan om vad som utgör en inskränkning av den fria etableringsrätten samt vilka eventuella rättfärdigande grunder som kan finnas till en sådan inskränkning.

Kommissionen publicerar även så kallade KOM-rapporter, vilka fungerar som underlag för gemenskapens lagstiftning. De rapporter som behandlar den fria etableringen och dess rättfärdigande grunder kommer vi att ta del av.

### 1.5 Disposition

I uppsatsens nästkommande kapitel presenteras ett förenklat typfall, identifierat av Skatteverket, för att belysa om hur skatteplaneringen genomförs och vilken typ av skatteplanering som omfattas av de nya reglerna. Därefter presenteras reglerna med en

---

<sup>5</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*.

<sup>6</sup> Rättshierarkin enligt denna metod är lag, förarbeten, praxis och doktrin.

## Inledning

beskrivning av de avvägningar och avgränsningar som ansetts nödvändiga för att dessa ska uppnå sitt syfte.

Kapitel tre behandlar innebörden av fri etablering samt hur denna princip kan komma att påverka den nationella, direkta, beskattningen. Detta kapitel finns med för att visa att principen om fri etablering kan tillämpas på de nya reglerna trots att det är fråga om den direkta beskattningen.

Det fjärde kapitlet behandlar inskränkningar av den fria etableringsrätten. Kapitlet tar bland annat upp vad en inskränkning i etableringsfriheten är samt var en sådan inskränkning kan uppkomma.

I kapitel fem avgörs slutligen huruvida de nya reglerna inskränker den fria etableringsrätten. Här omsätts de deskriptiva delarna i kapitel två till och med fyra till analys för att ge ett svar till den första frågan i vårt syfte. Eftersom vår slutsats är att de nya reglerna faktiskt inskränker den fria etableringsrätten kommer vi i kapitel sex att analysera huruvida reglernas inskränkning av den fria etableringsrätten kan rättfärdigas eller om dessa utgör ett hinder. Det sjunde och sista kapitlet är en avslutande kommentar till det vi kommit fram till i de ovanstående kapitlen.

## 2 Ränteavdragsbegränsningar

### 2.1 Skatteverkets kartläggning

Skatteverket har kartlagt problemet med skatteplanering genom ränteupplägg inom intressegemenskaper. En förutsättning för ränteupplägg är den obegränsade avdragsrätten för räntor i inkomstslaget näringsverksamhet.<sup>7</sup> Genom att utdelningar och kapitalvinster på näringsbetingade andelar<sup>8</sup> är skattefria<sup>9</sup> samt att underprisöverlåtelse, under vissa förutsättningar<sup>10</sup>, är möjliga utan att uttagsbeskattning sker, har företag i intressegemenskapen goda förutsättningar att kunna föra över kapital utan skatteeffekter. Svenska företag har även möjlighet att inom Sverige skapa nya företag och på det viset flytta kapital genom exempelvis koncernbidrag under förutsättning att villkoren för dessa är uppfyllda.<sup>11</sup>

Företag i intressegemenskap använder sig av olika tillvägagångssätt och bestämmelser för att uppnå dessa skatteeffekter men de har alla gemensamt att den räntebärande fordringen och skulden uppkommer genom interna transaktioner såsom koncerninterna aktieförvärv. Det säljande företaget erhåller sedan en räntebärande revers som ersättning.

#### 2.1.1 Beskrivning av ett typfall<sup>12</sup>

Ett svenskt rörelsedrivande bolag (S AB) vill överföra en del av resultatet till ett annat koncernföretag (A), vilket inte driver någon verksamhet i Sverige, för att minska beskattningen. A hör hemma i ett land med avsevärt lägre beskattning. Koncernmodern är vidare ett utländskt bolag (U MB) hemmahörande i ett land som saknar regler som hindrar förfarandet genom exempelvis effektiva CFC-regler<sup>13</sup>.

S AB kan inte resultatutjämna genom att lämna koncernbidrag till A eftersom mottagaren av koncernbidraget, A, inte är skattskyldig i Sverige för den näringsverksamhet som koncernbidraget hänförs till.<sup>14</sup> S AB kan inte heller överföra tillgångar till underpris till A eftersom resultatet skulle kunna komma att korrigeras med stöd av den så kallade korrigeringsregeln om oriktig prissättning.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> Inkomstskattelag (1999:1224) (IL) 16:1.

<sup>8</sup> Med näringsbetingad andel avses en andel i ett aktiebolag eller en ekonomisk förening om den uppfyller villkoren i IL 24:14.

<sup>9</sup> Se IL 24:17 samt 25 a:5.

<sup>10</sup> Villkor för underprisöverlåtelse, se IL 23:14-29.

<sup>11</sup> Förutsättningar för koncernbidrag, se IL 35:3-8.

<sup>12</sup> Typfallet är hämtat ur Skatteverkets promemoria, *Förslag om begränsningar i avdragsrätten för ränta m.m. på vissa skulder*, bilaga till dnr 2008-06-23 131-348803-08/113, s 16-18.

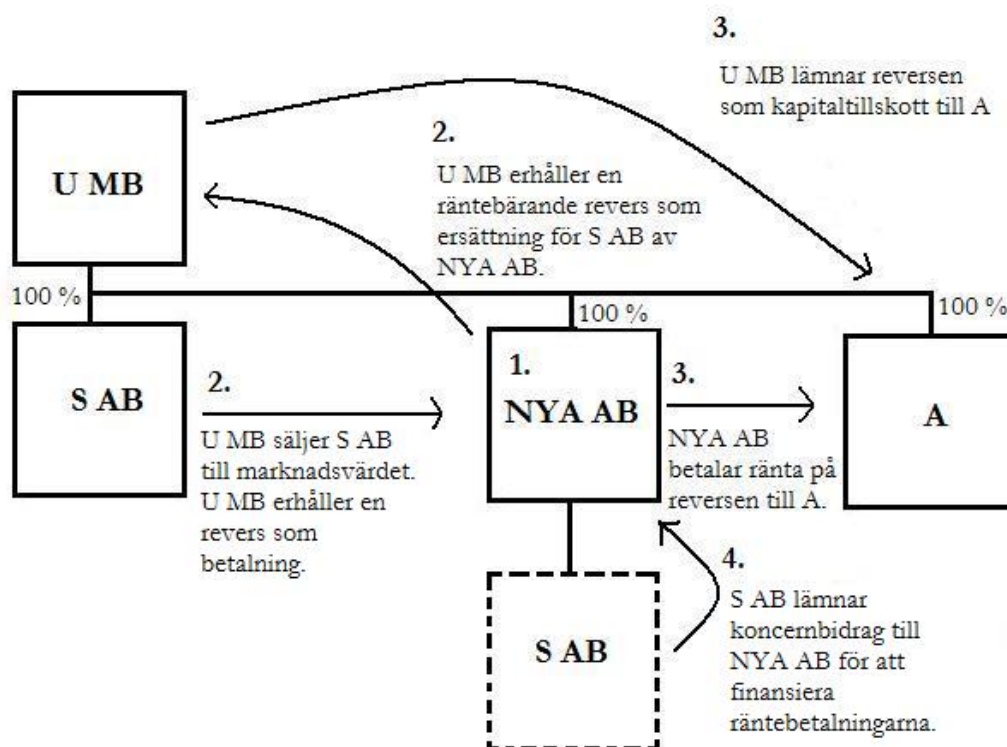
<sup>13</sup> CFC står för Controlled Foreign Company och avser bolag som ägs eller kontrolleras av personer bosatta i en annan jurisdiktion än där bolaget är registrerat eller bedriver sin verksamhet. Ett CFC-bolag är en utländsk juridisk person som enligt svenska skattenormer lägbeskattas i sitt hemland.

<sup>14</sup> IL 35:2 a.

<sup>15</sup> IL 14:19.

För att minska resultatet i S AB företas därför transaktionerna som följer:

1. Det utländska moderbolaget bildar ett nytt svenskt aktiebolag, NYA AB.
2. Därefter överläts S AB av U MB till NYA AB mot dess marknadsvärde och U MB erhåller som ersättning en räntebärande revers. Räntan på reversen och övriga villkor måste vara marknadsmässiga för att inte aktualisera några regler om internprissättning.
3. U MB kan nu lämna reversen till A som kapitaltillskott. Det svenska NYA AB ska därmed betala ränta på reversen till A.
4. Räntebetalningarna som NYA AB ska erlägga finansieras genom att S AB lämnar koncernbidrag till NYA AB.<sup>16</sup> Koncernbidragen är avdragsgilla hos S AB.<sup>17</sup> Genom detta förfarande minskar S AB sitt resultat, NYA AB kan med full avdragsrätt betala ränta på reversen och A beskattas lite eller inte alls för de mottagna ränteintäkterna.



Figur 1 Exempel på en räntesnurra<sup>18</sup>

<sup>16</sup> S AB kan också fusioneras med NYA AB för att uppnå samma effekter.

<sup>17</sup> IL 35:3.

<sup>18</sup> Skatteverkets promemoria, *Förslag om begränsningar i avdragsrätten för ränta m.m. på vissa skulder*, bilaga till dnr 2008-06-23 131-348803-08/113, s. 17.

## 2.2 De nya reglerna

Finansdepartementet fastslår i sin promemoria den 25 augusti 2008 att den skatteplanering som förekommer inom intressegemenskaper genom konstlade ränteavdrag måste förebyggas och att lösningen på problemet är att införa ränteavdragsbegränsningar i inkomstskattelagen. Det är dock av stor vikt att reglerna avgränsas för att inte hindra eller försvåra affärsmässigt bedriven verksamhet.<sup>19</sup> Propositionen godkändes den 10 december och de nya reglerna motsvarar i allt väsentligt förslaget i Finansdepartementets promemoria, bortsett från vissa redaktionella ändringar. Reglerna träder i kraft den 1 januari 2009. Nedan beskrivs de avvägningar och avgränsningar som ansetts vara nödvändiga för att de nya reglerna ska uppnå sitt syfte.

### 2.2.1 Företag i intressegemenskap

De nya reglerna om begränsning av avdragsrätten för ränteutgifter ska gälla för räntebetalningar till företag i intressegemenskap.

Företag ska anses vara i intressegemenskap med varandra om

1. ett av företagen, direkt eller indirekt, genom ägarandel eller på annat sätt har ett bestämmande inflytande i det andra företaget, eller
2. företagen står i huvudsak gemensam ledning.<sup>20</sup>

Syftet med de nya reglerna är att hindra konstlade ränteupplägg varför uttrycket intressegemenskap måste ges en viss bredd för att täcka in samtliga förhållanden mellan företag som lagstiftningen är tänkt att omfatta. Med företag menas därför både juridiska personer<sup>21</sup> och handelsbolag vilket också framgår av IL 24:10 a. Handelsbolag ska anses ingå i intressegemenskaper för att undvika kringgåendesituationer. Intressegemenskaperna kan även ha en kommun, staten eller en annan juridisk person som ägare. Koncerner med en eller flera fysiska personer, så kallade oäkta koncerner, bör också omfattas.<sup>22</sup>

Många av de remissinstanser som har uttalat sig över de nya reglerna har kritiserat definitionen och menar att uttrycket ”i huvudsak gemensam ledning” är för vid och svårtolkad.<sup>23</sup> Regeringen hävdar dock att uttrycket måste ges en viss bredd för att det inte ska vara alltför lätt att kringgå reglerna. Uttrycket anses vidare vara välavvägt och en tolkning av dess innebörd vid rättstillämpningen ska göras med beaktande av omständigheterna i övrigt i det enskilda fallet.<sup>24</sup>

### 2.2.2 Förvärv av delägarätter

De nya reglerna omfattar skulder som avser förvärv av delägarätter<sup>25</sup> från ett företag i en intressegemenskap. Fodringsrätter utelämnas. Reglerna avser att begränsa avdragen för

---

<sup>19</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 1.

<sup>20</sup> IL 24:10 a.

<sup>21</sup> I enlighet med definitionen i IL 2:3.

<sup>22</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 46.

<sup>23</sup> Se till exempel FAR SRS, Fi 2008/4093, Remissyttrande, 2008-06-18, s. 3-4.

<sup>24</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 48.

<sup>25</sup> En delägar rätt är ett rent skattemässigt begrepp. I inkomstskattelagen indelas värdepapper i delägar rätter och fordringsrätter där delägar rätter beskattas enligt reglerna för aktier.

ränteutgifter för lån från ett företag i en intressegemenskap där lånet avser ett förvärv av en delägarrätt i ett annat företag i intressegemenskapen. I alla de fall som Skatteverket identifierade under sin kartläggning rörde det sig om förvärv av andelar, främst i dotterbolag. Därför bör interna lån i samband med förvärv av andelar i ett företag inom intressegemenskapen omfattas av reglerna. Regeringen fastslår i propositionen att allt som behandlas som delägarrätter i IL 48:2 bör omfattas av reglerna. Detta för att hindra kringgåenden.<sup>26</sup>

### 2.2.3 Externa lån

Avdragsbegränsningen i de nya reglerna ska även omfatta externa skulder i de fall ett företag i intressegemenskapen har en fordran på den externa långgivaren eller något annat företag i intressegemenskap med den externa långgivaren, så kallade back-to-back-lån. Även så kallade tillfälliga lån, där en skuld till ett företag som inte ingår i intressegemenskapen ersätts med en skuld till ett företag i intressegemenskapen, ska omfattas av bestämmelserna.<sup>27</sup> Bestämmelserna återfinns i IL 24:10 b andra stycket samt IL 24:10 c. Reglerna fanns även med som förslag i Skatteverkets hemställan, dock med en annan formulering.

Remissinstanserna gav Skatteverket kritik angående dessa externa lån. Instanserna hävdade bland annat att det skapar snedvridningar och orimliga konsekvenser för företagen genom att de hindras från att ta lån hos de aktörer som erbjuder bäst villkor.<sup>28</sup> Regeringen hävdar dock att dessa back-to-back-lån och tillfälliga lån måste omfattas för att hindra kringgåenden och för att reglerna om avdragsbegränsningar ska få önskad effekt.

### 2.2.4 Undantagsregler i IL 24:10 d - e

Syftet med reglerna om avdragsbegränsningar för ränteutgifter är att hindra skatteplanering inom intressegemenskaper. De transaktioner som reglerna främst är tänkt att motverka är överlåtelser av näringsbetingade andelar från företag i intressegemenskap genom intern lånefinansiering. Affärsmässigt bedriven verksamhet ska däremot inte, så långt det är möjligt, försvåras av förslaget.<sup>29</sup> Det ursprungliga förslaget fick stark kritik för att de fick alltför långtgående konsekvenser, varför Finansdepartementet kompletterade förslaget med två undantagsregler. De nya reglerna överensstämmer i huvudsak med Finansdepartementets promemoria. Utöver promemorians förslag har regeringen dock gjort några redaktionella ändringar, några förtydligande samt några tillägg.

#### 2.2.4.1 Tio-procentregeln

Avdrag för ränteutgifter får göras under förutsättning att den inkomst som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats med en skattesats som uppgår till minst tio procent enligt lagstiftningen i den stat där det företag i intressegemenskapen som faktiskt har rätt till ränteinkomsterna hör hemma, om företaget bara skulle ha haft den inkomsten.<sup>30</sup> I detta sammanhang betraktas tillfälliga lån som interna förfaranden eftersom bedömningen av

<sup>26</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 49.

<sup>27</sup> Ibidem (Ibid) s. 49.

<sup>28</sup> Se exempelvis Näringslivets skattedelegation (NSD), Fi 2008/4093, Remissyttrande, 2008-08-14, s. 12.

<sup>29</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 1.

<sup>30</sup> Tioprocentsregeln återfinns i IL 24:10 d första stycket 1 men gäller även back-to-back-lån enligt IL 24:10 e första stycket 1.



beskattningsnivån görs gentemot den interna långgivaren och inte den tillfälliga externa långgivaren. Vad gäller back-to-back-lån kommer bedömningen av beskattningsnivån att göras i förhållande till ett företag inom intressegemenskapen som har en fordran på den externa långgivaren.<sup>31</sup> Det har ifrågasatts om det är praktiskt möjligt att helt isolera en ränteinkomst från övriga inkomster och/eller omständigheter. Ett exempel är att skattesatsen kan bero på inkomstens storlek eftersom det i vissa länder finns progressiva bolagsskatter och grundavdrag.<sup>32</sup>

Om det företag i intressegemenskapen som faktiskt har rätt till ränteinkomsten har möjlighet att få avdrag för utdelning får tio-procentsregeln emellertid inte tillämpas, om Skatteverket kan visa att såväl förvärvet som den skuld som ligger till grund för ränteutgifter till övervägande del inte är affärsmässigt motiverade.<sup>33</sup> Med ”övervägande del” avses mer än hälften.<sup>34</sup>

Regeringen delar bedömningen som gjordes i promemorian att beskattningsnivån ska avgöras genom ett hypotetiskt test där ett antagande görs att en, mot den aktuella ränteutgiften, motsvarande ränteintäkt utgör en beskattningsbar inkomst hos mottagaren samt att denna är den enda inkomst som mottagaren har. Ingen hänsyn bör tas till eventuella överskott och underskott hos mottagaren. Uppgår beskattningen i dessa fall till minst tio procent är kravet på lägsta beskattning uppfyllt. Det är den utländska rättsordningen som styr beskattningen av ränteintäkten och i de fall den till exempel betraktas som utdelning på kvalificerade andelar och därför är skattefri är undantaget inte tillämpligt.<sup>35</sup> Jesper Barenfeld påpekar dock att lånen i varje led, genom att ränteintäkten ska bedömas och beskattas utifrån mottagarlandet, kan bli svåra att identifiera. Hur avgörs beskattningen till exempel då inkomsten i ena landet betraktas som ränta, medan det i nästa land ses som utdelning och i det tredje landet som royalty?<sup>36</sup>

För att hindra kringgåenden där räntan till exempel först betalas till ett företag i ett land där den beskattas med tio procent och därefter vidarebetalas till ett företag i intressegemenskapen beläget i ett skatteparadis, så kallad slussning, är det beskattningen av ”det företag som faktiskt har rätt till ränteinkomsten” som är intressant. Det som avses är att mottagaren ska ta emot den inkomst som motsvaras av ränteutgiften för egen del. Jesper Barenfeld menar att en sådan slussningsregel innebär att låneströmmar måste kunna identifieras, vilket i sig kan skapa problem. Många företag bedriver i stor utsträckning centraliserad in- och utlåning genom sin internbankverksamhet och en sådan regel kan komma att leda till besvärliga bedömningssituationer och tillämpningsproblem eftersom

---

<sup>31</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 58.

<sup>32</sup> Fast, Katarina, *Seminarium om s.k. räntesnurror*, Svensk Skattetidning, årgång 75:9, 2008, s. 596.

<sup>33</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 57. Regeln återfinns i IL 24:10 d andra stycket samt genom hänvisning i 24:10 e andra stycket.

<sup>34</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 65.

<sup>35</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 85.

<sup>36</sup> Fast, Katarina, *Seminarium om s.k. räntesnurror*, Svensk Skattetidning, årgång 75:9, 2008, s. 598.

alla pengaflöden är svåra att öronmärka. Han anser därför att regeln bör återopas med försiktighet och att internbanker normalt bör betraktas som faktisk mottagare.<sup>37</sup>

Regeringen menar att ledning för att fylla ut begreppet ”den som faktiskt har rätt till inkomsten” kan hämtas hos det anglosaxiska begreppet ”beneficial owner” och att dessa i princip ska motsvara varandra.<sup>38</sup> Anders Köhlmark konstaterade härvid att det är första gången i svensk lagstiftning som vi får en bestämmelse om vem som är den rättmätige ägaren. Begreppet återfinns i många av dubbelbeskattningsavtalen men har aldrig tidigare gjorts gällande i Sverige.<sup>39</sup>

Sammanfattningsvis kan sägas att avdragsrätt inte föreligger för ränteutgifter på lån från ett företag som hör hemma i en lågskattejurisdiktion, även om betalningen vidarebefordrats via en jurisdiktion där räntan beskattats med minst tio procent. Vidare gäller e contrario att avdragsrätt faktiskt föreligger i de fall räntan betalas till ett företag i intressegemenskapen, beläget i ett skatteparadis, och därefter vidarebetalas till ett företag beläget i en stat där ränteinkomsten beskattas med minst tio procent.<sup>40</sup>

### 2.2.4.2 Huvudsakligen affärsmässigt motiverat

Avdrag får göras för ränteutgifter i de fall såväl förvärvet som den skuld som ligger till grund för ränteutgifterna är huvudsakligen affärsmässigt motiverade.<sup>41</sup> Regeln är ett alternativ till tio-procentregeln och gäller därmed även i de fall ränteinkomsten inte beskattas med minst tio procent.<sup>42</sup> Regeringen menar att det kan finnas situationer där skatteundandragande inte är anledningen till transaktionen och att dessa då ska kunna företas utan hinder.

Ett exempel på en sådan situation kan vara när det i en intressegemenskap finns ett företag i en lågskattejurisdiktion men där inkomsten i det företaget CFC-beskattas i Sverige. I ett sådant fall beskattas överskottet hos det mottagande bolaget, beläget i en lågskattejurisdiktion, i Sverige och enligt svenska regler och därmed inte med utgångspunkt för vad som gäller i det mottagande företags hemstat, vilket är en förutsättning för tillämpningen av tio-procentregeln. Vissa jurisdiktioner har också särskilda regler för inkomster som inte härrör från verksamhet inom det området. Ränteinkomsten beskattas då lågt eller inte alls på grund av att den inte genererats av bolaget i landet. Finns då affärsmässiga skäl för transaktionen ska ränteutgiften ändå få dras av i Sverige.<sup>43</sup>

Det understryks i propositionen att för att avdragsrätt ska medges ska både det interna förvärv som finansierat upplåningen samt den skuldförbindelse som ligger till grund för räntebetalningen vara huvudsakligen affärsmässigt motiverade. Både skulden och fordran

---

<sup>37</sup> Fast, Katarina, *Seminarium om s.k. räntesnurror*, Svensk Skattetidning, årgång 75:9, 2008, s. 597.

<sup>38</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 61.

<sup>39</sup> Fast, Katarina, *Seminarium om s.k. räntesnurror*, Svensk Skattetidning, årgång 75:9, 2008, s. 598.

<sup>40</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 61.

<sup>41</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 66.

<sup>42</sup> Regeln återfinns i IL 24:10 första stycket 2 och vad gäller back-to-back-lån i IL 24:10 e första stycket 2.

<sup>43</sup> Promemoria, *Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förbindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, Fi 2008/4390, 2008-08-25, s. 36-37.

ska motiveras för att hindra kringgåenden där företagen motiverar den ena delen i transaktionen som affärsmässig medan den andra delen är en del i ett skatteupplägg.<sup>44</sup>

Med ordet ”huvudsakligt” avses, i propositionen till IL, 75 procent eller mer.<sup>45</sup> Motiveringen till varför ordet huvudsakligen finns med i paragraferna är för att det klart ska framgå att undantaget inte får tillämpas i de fall de affärsmässiga skälen är klart underordnade de skattundandragande skälen. Med ”affärsmässigt motiverat” menas därmed att det finns rent företagsekonomiska och affärsmässiga skäl bakom de företagna transaktionerna i intressegemenskapen. Det krävs dock inte enbart affärsmässiga skäl för att undantaget ska få tillämpas.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 69.

<sup>45</sup> Prop. 1999/2000:2 del 1, *Inkomstskattelagen*, s. 497-499.

<sup>46</sup> Prop.2008/09:65 *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 68.

## 3 Den fria etableringsrätten

### 3.1 Fördragets betydelse för den direkta beskattningen

Den svenska skatterätten och dess lagstiftning har påverkats avsevärt sedan Sverige valde att gå med i EU. De indirekta skatterna styrs numera till stor del av olika EG-direktiv. Mervärdesskatten samt de vitalaste punktskatterna är harmoniserade med EG-rätten genom direktiv och utgör därmed del av den svenska lagstiftningen.<sup>47</sup> Skatterätten och EG-rätten harmoniserar dock enbart till viss del med medlemsländernas nationella skattelagstiftning.<sup>48</sup>

Vad gäller den direkta beskattningen, såsom inkomstskattelagstiftningen, saknas en gemensam harmonisering på det EG-rättsliga området vilket medför att EU inte har samma bestämmande inflytande på området. Det betyder dock inte att medlemskapet i EU inte påverkar detta beskattningsområde nationellt. De viktiga fördragsbestämmelserna om fri rörlighet av varor, tjänster, personer och kapital samt ickediskriminering har kommit att spela en stor roll även inom den direkta beskattningen.<sup>49</sup> EG-domstolen har i flera fall funnit att nationell skatterätt stridigt mot dessa grundläggande fördragsbestämmelser och i flertalet skattemål som behandlar den fria etableringsrätten erinrar domstolen inledningsvis om att trots att det är medlemsstaterna som är behöriga i frågor avseende direkta skatter ska de respektera gemenskapsrätten vid utövandet av sina befogenheter.<sup>50</sup>

Det strider inte mot EG-fördraget att medlemsländerna sinsemellan har olika rättsregler inom skatteområdet. Skillnader på rättsområdet kan komma att påverka den fria etableringsrätten eftersom att det kan avvärja etableringar i medlemsländer med mindre förmånliga skatteregler.<sup>51</sup> EG-domstolen hävdar dock att en etablering i annan medlemsstat inte kan vara neutral i beskattningshänseende vilket gör att olikheter mellan medlemsländernas skattelagstiftning kan leda till att en överföring är mer eller mindre förmånlig för den skattskyldige. Så länge som skattereglerna inte diskriminerar personer eller transaktioner på grund av dess anknytning till utlandet utan är desamma för inhemska som utländska subjekt så strider de inte mot fördraget.<sup>52</sup>

Finner EG-domstolen att skatteregler negativt särbehandlar ett gränsöverskridande förhållande utgör detta ett hinder mot fördragsbestämmelserna om fri rörlighet. Det är därmed krav på en skattemässig likabehandling av inhemska som gränsöverskridande transaktioner och förhållanden, både vad gäller etableringsstaten och hemstaten.<sup>53</sup>

---

<sup>47</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 17.

<sup>48</sup> Moëll, Christina, *Proportionalitetsprincipen i skatterätten*, 2003, s. 1.

<sup>49</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 17.

<sup>50</sup> Se exempelvis Mål C-264/96 *ICI*, REG 1998, ECR I-4695, punkt 19 samt mål C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, REG 1999, ECR I-2651, punkt 19.

<sup>51</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 94.

<sup>52</sup> Mål C-387/01 *Weigel*, REG 2004, ECR I-4981 och mål C-365/02 *Lindfors*, REG 2004, ECR I-7183.

<sup>53</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 9.

## 3.2 Fri etablering

### 3.2.1 En av de fyra friheterna

Rätten till fri etablering är en av de fundamentala friheterna<sup>54</sup> som ligger till grund för en gemensam inre marknad inom den Europeiska gemenskapen.<sup>55</sup> De grundläggande bestämmelser för denna frihet stadgas i artiklarna 43 och 48 EG. Rätten innebär att inskränkningar, för fysiska och juridiska personer i en medlemsstat att fritt kunna etablera sig i en annan medlemsstat, ska förbjudas.<sup>56</sup> EG-domstolen har med hjälp av dessa fördragsartiklar kommit att utveckla den fria etableringsrätten genom praxis vad gäller begreppets innebörd samt inskränkningar till denna. EG-fördraget och dess bestämmelser innehåller endast ramen och grundprinciperna för gemenskapens normsystem och det är upp till EG:s institutioner att forma och tolka de konkreta reglerna efter fördraget inom ramen för sekundärrätten<sup>57</sup>. EG-fördraget är därmed att se som ett så kallat ramfördrag.<sup>58</sup> Det gör att gemenskapen har en kontinuerlig utveckling inom sekundärrätten och praxis där institutionerna och EG-domstolen har en central roll i processen.<sup>59</sup>

### 3.2.2 Artiklarnas innehåll och omfattning

Det första stycket i artikel 43 EG kräver avskaffande av hinder för fri etablering oavsett om det rör sig om en primär eller sekundär etablering. Det andra stycket indikerar att etableringsrätten medför en rätt för egenföretagare att utöva verksamhet på samma villkor som etableringslandets medborgare.<sup>60</sup> Artikeln omfattar därmed en rätt för fysiska och juridiska personer, att som näringsdrivande rättssubjekt, etablera sig i andra medlemsstater både genom primär- och sekundär etablering.

Primär etablering sker när en näringsverksamhet väljer att nyetablera eller flytta över hela sin verksamhet medan en sekundär etablering inträffar när ett dotterbolag, en filial eller liknande upprättas i en annan medlemsstat. Alla EU-medborgare har rätt till en primär etablering medan det för en sekundär etablering även krävs att det redan finns en etablering i en medlemsstat inom EU.<sup>61</sup> EG-domstolen tog ställning i målet *Gebhard*<sup>62</sup> och konstaterade att rätten till fri etablering har en vittomfattande tolkning och innebär att medborgare inom gemenskapen ska ha möjlighet att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i annan stat än hemstaten och samtidigt dra fördel av detta.<sup>63</sup>

---

<sup>54</sup> De fyra friheterna är fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Rätten till fri etablering är en del av rätten till fri rörlighet för personer.

<sup>55</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2002, s. 30.

<sup>56</sup> Artikel 43 EG och 48 EG.

<sup>57</sup> Inom sekundärrätten finnes förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden.

<sup>58</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2002, s. 38-39.

<sup>59</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Rolf, *EG-skatterätt*, 2006, s. 25.

<sup>60</sup> Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU law, text, cases and materials*, 2003, s. 772.

<sup>61</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 92.

<sup>62</sup> Mål 55/94 *Gebhard*, REG 1995, ECR I-04165.

<sup>63</sup> *Ibid* p. 25.

Ordalydelsen i artikel 43 EG åsyftar endast inskränkningar som hindrar etableringsfriheten i etableringsstaten då artikeln enbart refererar till situationer där medborgare i en medlemsstat önskar etablera sig i en annan medlemsstat. Det betyder dock inte att hemstaten får ha restriktioner som hindrar personer eller bolag att lämna medlemsstaten för att etablera sig i en annan medlemsstat.<sup>64</sup> Bestämmelsen har kommit till uttryck genom praxis och innebär att hemstaten inte heller får ha lagstiftning som hindrar eller gör det mindre attraktivt för inhemska företag att flytta och etablera sig i en annan medlemsstat.<sup>65</sup>

Bolag som har bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen är enligt artikel 48 EG att likställas med fysiska personer som är EU-medborgare. Det gör att dessa bolag ska kunna etablera kontor, dotterbolag och filialer i andra medlemsstater på samma villkor som medlemsstatens egna medborgare.<sup>66</sup> Artikeln syftar till att bolag ska behandlas på samma sätt som fysiska personer vad gäller fördragets rättigheter till fri etablering inom gemenskapen. Detta är dock något som kan ses omöjligt eftersom det finns skillnader mellan juridiska och fysiska personer. Det kan till exempel vara enklare att identifiera vad som är en primär respektive sekundär etablering för ett bolag i jämförelse med en fysisk person som utövar sitt yrke på två olika platser i två olika medlemsstater.<sup>67</sup> Trots dessa skillnader måste de båda fördragsartiklarna ses i ett sammanhang som knyter an till varandra eftersom artikel 48 EG utvidgar den fria etableringsrätten till att även omfatta bolag.

### 3.2.3 Direkt effekt

En fördragsartikel kan ha så kallad direkt effekt och kan därmed åberopas av enskilda som stöd för de rättigheter som ges av fördragsartikeln.<sup>68</sup> Bestämmelsen ger individuella rättigheter och skyldigheter som kan göras gällande av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter.<sup>69</sup> EG-domstolen fann i målet *Reyners*<sup>70</sup> att artikel 43 EG om fri etablering har direkt effekt. Domstolen sa att med hänvisning till alla de rättsregler som faktiskt tillämpas på dess egna medborgare, är artikel 43 EG till sin natur ägnad att kunna åberopas direkt av alla andra medlemsstaters medborgare.<sup>71</sup> Det betyder att bestämmelser som hindrar den fria etableringen även kan åberopas av enskilda.

Medborgarna i en medlemsstat får inte utnyttja de möjligheter som instiftas i fördraget för att på ett otillbörligt sätt försöka undandra sig den nationella lagstiftningen. Inte heller har de rätt att åberopa bestämmelser i gemenskapsrätten när det är fråga om missbruk eller bedrägeri. Vad gäller etableringsfriheten har domstolen dock slagit fast att etablering i andra

---

<sup>64</sup> Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU law, text, cases and materials*, 2003, s. 787

<sup>65</sup> Se ex Mål 81/87 *Daily Mail*, REG 1988, ECR 5483, p. 16 och C- 251/98 *Baars*, REG 2000, ECR I-02787, p. 28.

<sup>66</sup> 48.1 EG.

<sup>67</sup> Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU law, text, cases and materials*, 2003, s. 793

<sup>68</sup> Allgårdh, Olof & Norberg, Sven, *EU och EG-rätten*, 2004, s. 109.

<sup>69</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2002, s. 87.

<sup>70</sup> Mål 2/74 *Reyners*, REG 1974, ECR 631.

<sup>71</sup> *Ibid* p. 25.

medlemsstater, för att få ta del av ett mer förmånligt skattesystem, inte räcker för att konstatera att denna frihet har missbrukats.<sup>72</sup>

### 3.3 Begreppet etablering

Begreppet etablering i artikel 43 EG har definierats av EG-domstolen och innebär, ett faktiskt utövande av ekonomisk verksamhet genom en fast inrättning i en annan medlemsstat under obestämd tid.<sup>73</sup> En etablering, enligt fördragets bestämmelser förutsätter att fysiska eller juridiska personer i en medlemsstat varaktigt integrerar sig i en annan medlemsstat för att där utöva verksamhet av ekonomisk natur. Det kan trots denna definition dock vara svårt att, på ett fullständigt och konkret sätt, utvärdera vad som egentligen utmärker en etablering. Svaret på om en etablering föreligger eller inte får därmed sökas i ett antal sammanvägda faktorer i varje enskilt fall. De faktorer som får anses ha en avgörande roll vid bedömningen är ekonomisk och fysisk integration samt verksamhetens varaktighet.<sup>74</sup>

Frågan huruvida ekonomisk integration föreligger avgörs utifrån den intensitet den fysiska personen eller bolaget har till etableringsstatens ekonomi. Ett varaktigt utförande av olika ekonomiska aktiviteter för verksamhetens räkning medför i de flesta fall att en ekonomisk integration föreligger. Ekonomisk integration har framförts som ett kriterium för etablering, främst för att kunna skilja huruvida det är fråga om etablering eller tjänst. Det får en speciell betydelse för bolag då det endast är bolag med faktiskt och varaktigt samband med hemstaten som har rätt till en sekundär etablering i en annan medlemsstat. Ett huvudkontors placering i en medlemsstat får anses uppfylla kriterierna för ekonomisk integration medan endast ett formellt säte inte kan anses göra det. Kravet på faktiskt och varaktigt samband har till avsikt att stänga ute de bolag som reellt inte tillhör gemenskapen men som vill ta del av den fria rörligheten genom att sätta upp ett fiktivt säte i någon medlemsstat.<sup>75</sup>

Ett kriterium för fysisk integration kan anges vara en fast installation, eller för egenföretagare en bosättning i etableringsstaten. Det har dock genom praxis<sup>76</sup> framkommit att etableringsrätten ger rätt att bilda ett obegränsat antal etableringar vilket gör att kravet på bosättning inte längre kan anses som ett relevant kriterium. En yrkesutövare som väljer att etablera sin verksamhet i flera medlemsstater kan inte krävas bosätta sig i varje etablerad stat.<sup>77</sup> Detta gör att det är ytterst oklart vad som egentligen är att betrakta som fysisk integration och huruvida kraven för detta kriterium får anses vara uppfyllda.

För att en ekonomisk verksamhet ska anses etablerad inom gemenskapen krävs även varaktighet för denna verksamhet. Även här saknas exakta kriterier som ska vara uppfyllda för att varaktighet för en ekonomisk verksamhet ska föreligga. Den behöver inte vara permanent men måste ändå överstiga gränsen för tillfällig. Gränsdragningen torde dock bero på hur länge den ekonomiska verksamheten kan komma att äga rum. Någon exakt tid

---

<sup>72</sup> Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, REG 2006, ECR I-07995, p. 37.

<sup>73</sup> Mål C221/89 *Factortame*, REG 1991, ECR I-03905, p. 20

<sup>74</sup> S:t Clair Renard, Susanne, *Allmänt om etableringsrätten och fri rörlighet för tjänster*, 1996, häfte 14, s. 4.

<sup>75</sup> *Ibid* s. 5.

<sup>76</sup> Se exempelvis mål 107/83 *Klopp*, REG 1984, ECR 2971, p. 19.

<sup>77</sup> S:t Clair Renard, Susanne, *Allmänt om etableringsrätten och fri rörlighet för tjänster*, 1996, häfte 14, s. 5.

## Den fria etableringsrätten

i detta sammanhang kan inte bestämmas, utan måste bedömas i varje enskilt fall, då till exempel tjänster kan komma att utföras under en lång tid i form av entreprenörsarbeten. En bedömning om huruvida etablering föreligger kan därmed komma att få stora variationer beroende på verksamhetens art, varför enade kriterium för varaktighet inte finns att tillgå.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> S:t Clair Renard, Susanne, *Allmänt om etableringsrätten och fri rörlighet för tjänster*, 1996, häfte 14, s. 5.



## 4 Inskränkningar av den fria etableringsrätten

### 4.1 EG-fördragets förbud mot diskriminering på grund av nationalitet

#### 4.1.1 Artikel 12 EG

Principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet genomsyras i hela fördraget och kommer till uttryck i flera fördragsartiklar.<sup>79</sup> Dess huvudregel återfinns i artikel 12 EG och förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet. Avsikten med bestämmelsen är att förhindra att medborgare i andra medlemsstater särbehandlas eller missgynnas negativt i jämförelse med medlemsstatens egna medborgare. Det hindrar dock inte en medlemsstat att ha strängare lagstiftning än andra medlemsstater inom ett särskilt område.<sup>80</sup>

#### 4.1.2 Begreppet diskriminering

Begreppet diskriminering har bland annat behandlats i målet *Italien mot kommissionen*<sup>81</sup>. Materiell diskriminering föreligger både när liknande situationer behandlas olika eller när olika situationer behandlas lika.<sup>82</sup> EG-domstolen förklarade dock att olika behandling av icke jämförbara situationer inte automatiskt kunde ses som diskriminering. I åtskilliga fall som formellt sett ger intryck av diskriminering föreligger nämligen materiellt sett inte någon sådan. För att utreda huruvida det föreligger diskriminering ska det vara fråga om objektivt jämförbara situationer och en bedömning ska ske i varje enskilt fall.<sup>83</sup> Vid undersökning huruvida diskriminering på grund av nationalitet föreligger jämförs medborgare och bosatta med icke medborgare och icke bosatta.

EG-domstolen slog fast i målet *Schumacker*<sup>84</sup> att det i situationer för personer med hemvist i viss medlemsstat respektive för personer som saknar hemvist där, sällan är jämförbara på grund av att det finns objektiva skillnader vad gäller förvärvskälla, skatteförmåga samt personliga förhållanden.<sup>85</sup> Ett avsteg från denna huvudregel gjordes dock i målet *Wielockx*<sup>86</sup> där EG-domstolen menade att invånare och icke invånare som har sin inkomst i samma stat är att se som objektivt jämförbara situationer eftersom de är skattskyldiga i samma stat för ett beskattningsunderlag av samma slag.<sup>87</sup>

För bolag är regleringen vad gäller objektivt jämförbara situationer lite annorlunda. Här görs istället en jämförelse av, exempelvis, huruvida bolag med säte i en annan medlemsstat

---

<sup>79</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, 2005, s. 64.

<sup>80</sup> Allgårdh, Olof & Norberg, Sven, *EU och EG-rätten*, 2004, s. 94.

<sup>81</sup> Mål 13/63 *Italien mot Kommissionen*, REG 1963, ECR 165.

<sup>82</sup> *Ibid* p. 4.

<sup>83</sup> Steiner, Josephine & Woods, Lorna, *Textbook on EC law*, 2003, s. 175.

<sup>84</sup> Mål C-279/93 *Schumacker*, REG 1995, ECR s. I-00225.

<sup>85</sup> *Ibid* p. 31-34.

<sup>86</sup> Mål C-80/94 *Wielockx*, REG 1995, ECR I-02493.

<sup>87</sup> *Ibid* p. 20

har rätt att utnyttja samma skatteförmåner som bolag med säte i medlemsstaten med de aktuella förmånliga skattereglerna.<sup>88</sup> I förenade målen *Metallgesellschaft m.fl.*<sup>89</sup> gjorde EG-domstolen en jämförelse mellan i Förenade Kungariket belägna dotterbolag med, å ena sidan, utländskt moderbolag och, å andra sidan, inhemskt moderbolag. Vidare begränsades jämförelsen till huruvida i Förenade Kungariket belägna dotterbolag kunde utnyttja möjligheten att lämna utdelning utan att först erlagga bolagsskatt.<sup>90</sup>

I målet *Thin Cap*<sup>91</sup> uttalade EG-domstolen att en särbehandling av dotterbolag med inhemskt moderbolag istället för utländskt moderbolag, kan inskränka etableringsfriheten trots att en gränsöverskridande bolagskoncerns ställning, åtminstone ur skattesynpunkt, inte är jämförbar med den ställning som innehas av en koncern vars samtliga bolag är hemmahörande inom en och samma koncern.<sup>92</sup>

### 4.1.3 Principens betydelse i artikel 43 EG

Den grundläggande regeln om icke-diskriminering kompletteras av särskilda mer specificerade diskrimineringsförbud inom olika områden i fördraget. Exempel på sådana förbud är de fyra friheterna, däribland den fria etableringsrätten.<sup>93</sup> Artikel 43 EG är en kodifiering av den generella principen om icke-diskriminering.<sup>94</sup> Vid flera tillfällen har domstolen tagit ställning till huruvida artikel 12 EG och den mer specificerade regeln i artikel 43 EG ska förhålla sig till varandra. I de förenade målen *Metallgesellschaft Ltd, m.fl.* beslutade domstolen att artikel 12 EG endast kan tillämpas självständigt i situationer som omfattas av gemenskapsrätten, men för vilka det inte har föreskrivits några särskilda regler om icke-diskriminering i fördraget.<sup>95</sup> Vid diskriminering på grund av nationalitet som rör den fria etableringsrätten blir artikel 43 EG tillämplig då denna i det specifika fallet har företräde framför artikel 12 EG.

### 4.1.4 Direkt och indirekt diskriminering

Förbud mot diskriminering på grund av nationalitet kan inom EG-rätten förekomma genom såväl direkt (öppen) som indirekt (dold) diskriminering.<sup>96</sup> Till skillnad från direkt diskriminering grundar sig indirekt diskriminering på ett annat kriterium än nationalitet. Resultatet av denna behandling blir dock den samma som om det varit fråga om direkt

---

<sup>88</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and The Free Movement of Capital*, 2005, s. 106.

<sup>89</sup> Förenade målen C-397/98 *Metallgesellschaft Ltd m.fl.*, C410/98 *Hoechst AG och Hoechst (UK) Ltd mot Commissioners of Inland Revenue och HM Attorney General*, REG 2001, ECR 0.

<sup>90</sup> Ibid p. 51-56.

<sup>91</sup> Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, REG 2007, ECR I-02107.

<sup>92</sup> Ibid p. 59.

<sup>93</sup> Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2002, s. 110.

<sup>94</sup> Ibid s. 220.

<sup>95</sup> Ibid p. 38.

<sup>96</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, 2005, s. 67-68.

diskriminering.<sup>97</sup> Exempel på indirekt diskriminering kan vara att medlemsstaten särskiljer bolag med hemvist i medlemsstaten från bolag med hemvist i en annan medlemsstat. Diskriminering uppstår eftersom det oftast är utländska bolag som har hemvist utomlands.<sup>98</sup> Mål inför EG-domstolen som rör direkt beskattning behandlar ofta frågan om indirekt diskriminering. Anledningen till detta är att beskattning är beroende av andra grunder än nationalitet såsom skattesubjektets bosättning eller inkomstkällan.<sup>99</sup> Direkt och indirekt diskriminering kan endast förekomma i etableringsstaten.<sup>100</sup>

## 4.2 Hinder för den fria etableringen

EG-domstolen har i flera olika fall funnit att regler i etableringsstaten stridigt mot fördraget eftersom de har ansetts utgöra ett hinder för den fria etableringsrätten.<sup>101</sup> I dessa mål har domstolen valt att inte uttala sig om huruvida det föreligger direkt eller indirekt diskriminering utan istället kallat det *hinder*. För att nationella regler ska utgöra hinder krävs att de har en inskränkande effekt på gränsöverskridande transaktioner inom gemenskapen.<sup>102</sup>

Vid distinktion mellan diskriminering och hinder är det viktigt att förtydliga skillnaden mellan hemstat och etableringsstat. Inskränkningar i etableringsfriheten sker i etableringsstaten när statens skatteregler särbehandlar utländska subjekt som därmed inte kan verka på samma villkor som de inhemska subjekten. Vad gäller inskränkningar i hemstaten utgörs dessa istället av ofördelaktiga regler för de inhemska subjektens etableringar utomlands, där de alltså avhålls från att etablera sig i andra EU-medlemsstater. Inskränkningar i etableringsrätten genom direkt och indirekt diskriminering kan enbart uppstå i etableringsstaten medan inskränkningar i form av hinder kan förekomma i etableringsstaten såväl som i hemstaten.<sup>103</sup>

### 4.2.1 Etableringshinder via dotterbolag

Artikel 43 EG innefattar fri etablering av dotterbolag. Ett moderbolag har därmed rätt att etablera ett dotterbolag i andra medlemsstater inom EU utan inskränkningar samt på samma villkor som de inhemska bolagen.<sup>104</sup> Till skillnad från en etablering via fast driftställe utgör dotterbolaget ett eget rättssubjekt och därmed ett eget skattesubjekt. Eftersom dotterbolaget är ett eget subjekt kommer de vinster som genereras att beskattas av dotterbolaget i den stat där det är etablerat. Först vid en eventuell utdelning till moderbolaget kommer beskattning att ske i moderbolagets hemstat. Det är moderbolaget

---

<sup>97</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, 2005, s. 67.

<sup>98</sup> Ståhl, Kristina & Persson, Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 95

<sup>99</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and The Free Movement of Capital*, 2005, s. 67.

<sup>100</sup> Ibid s. 100.

<sup>101</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s 95.

<sup>102</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and The Free Movement of Capital*, 2005, s. 107.

<sup>103</sup> Ibid.

<sup>104</sup> Art 43 första stycket EG.

och inte dotterbolaget, som har utnyttjat friheten att etablera sig i en annan medlemsstat vilket gör att det är moderbolaget som är skyddat av fördraget. I målet *Halliburton*<sup>105</sup> kom EG-domstolen fram till att även beskattningsåtgärder som hindrar andra subjekt än det som utnyttjat rätten till fri rörlighet kan strida mot fördraget. En negativ särbehandling av inhemska dotterbolag med utländska moderbolag utgör därmed hinder för den fria etableringen.<sup>106</sup>

#### 4.2.1.1 Hinder i etableringsstaten

I det fall det utländska bolaget utsätts för negativ särbehandling kommer hinder för den fria etableringen att uppstå i den stat som bolaget är verksamt i, det vill säga etableringsstaten. En särbehandling kan uppstå genom att nationella regler är ofördelaktiga för dotterbolag som ägs av utländska moderbolag jämfört med de dotterbolag som ägs av inhemska moderbolag. Moderbolaget blir därmed särbehandlat på grund av sin nationalitet eller sitt säte och sådana kriterier eller regler som indirekt försätter det utländska bolaget i en sämre position är otillåtna.<sup>107</sup>

#### 4.2.1.2 Hinder i hemstaten

Ett moderbolag är normalt inte skattskyldigt för sitt dotterbolag vid en sekundär etablering i en annan medlemsstat. Dotterbolagets etablering kan dock få skattemässig betydelse för moderbolaget. Det kan finnas möjlighet för moderbolaget att göra avdrag gällande kostnader som har uppstått i och med det förknippade andelsinnehavet, till exempel räntekostnader.<sup>108</sup>

I målet *Bosal Holding*<sup>109</sup> fastställer EG-domstolen att det strider mot den fria etableringen att på något sätt villkora moderbolagets avdragsrätt på de räntekostnader som hänför sig till dotterbolaget bara för att de är skattskyldiga i en annan medlemsstat. Ett utländskt dotterbolag beskattas vanligtvis i sitt eget hemland och inte i den stat där moderbolaget är beläget. I och med målet måste avdragsrätten för kostnader avseende dotterbolagsaktier vara detsamma oavsett i fall dotterbolaget är inhemskt eller utländskt.<sup>110</sup>

---

<sup>105</sup> C-1/93 *Halliburton*, REG 1994, ECR I-1137, p. 23.

<sup>106</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s.103.

<sup>107</sup> Ibid s 103-104.

<sup>108</sup> Ibid s. 109.

<sup>109</sup> Mål C-168/01 *Bosal Holding* REG 2003, ECR I-9409, p. 27.

<sup>110</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 109-110.

## 5 Huruvida de nya reglerna inskränker den fria etableringsrätten

### 5.1 Tillämpliga bestämmelser

De bestämmelser som är relevanta i vårt fall är kompletteringsreglerna i IL 24:10 d första stycket 1 och 2 eftersom det är dessa regler som avgör huruvida avdragsrätt föreligger eller inte.<sup>111</sup> Enligt huvudregeln i IL 24:10 b<sup>112</sup> får ett företag som ingår i en intressegemenskap inte dra av ränteutgifter avseende en skuld till ett företag i intressegemenskapen, till den del skulden avser ett förvärv av en delägar rätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen. För att diskriminering ska föreligga ska det i princip vara fråga om antingen olika situationer som behandlas lika eller lika situationer som behandlas olika. I huvudregeln behandlas lika situationer lika och bestämmelsen är inte diskriminerande. Denna regel utgör därmed inget hinder för den fria etableringsrätten eftersom den är generellt utformad och endast uttrycker ett allmängiltigt ränteavdragsförbud. Det är först i kompletteringsregeln kraven på avdragsrätt uppställs. På grund av detta är det kompletteringsregelns eventuella inskränkande av den fria etableringsrätten som kommer undersökas.

Skatteverket har under sin kartläggning funnit att skatteplanering med ränteupplägg inom intressegemenskaper är vanligast inom utlandsägda, jämfört med svenskägda, intressegemenskaper.<sup>113</sup> Vi kommer därför utgå från typfallet i avsnitt 2.1.1. Undersökningen sker i två steg eftersom det kan vara fråga om ett i Sverige hemmahörande bolag som ägs direkt eller indirekt av ett i landet ej hemmahörande moderbolag och som erhållit lån, antingen från det bolaget eller från ett annat i landet ej hemmahörande bolag som ägs direkt eller indirekt av nämnda moderbolag.

### 5.2 Tolkningsfrågor

Då IL 24:10 d första stycket 1 berättigar ett företag till ränteavdrag i de fall ränteintäkten beskattas med minst tio procent kommer räntebetalningar i en sådan situation där både moderbolaget och dotterbolaget är hemmahörande i Sverige nästan alltid vara avdragsgilla eftersom företag i Sverige beskattas med mer än tio procent.<sup>114</sup> Däremot finns det utländska jurisdiktioner där ränteintäkten beskattas med mindre än tio procent eller i vissa fall inte alls och i de fall räntan betalas till ett företag beläget i ett sådant land är tio-procentsregeln inte tillämplig och avdragsrätt föreligger inte.

Enligt IL 24:10 d första stycket 2 har bolaget ändå rätt till ränteavdrag i de fall räntebetalningen kan anses vara huvudsakligen affärsmässigt motiverad. Detta gäller även om ränteintäkten inte beskattas med mer än tio procent. Enligt propositionen måste dock

---

<sup>111</sup> IL 24:10 e avser back-to-back-lån. Eftersom förutsättningarna för avdragsrätt för back-to-back-lån är densamma som för interna och tillfälliga lån kommer inte denna paragraf behandlas för sig.

<sup>112</sup> För back-to-back-lån se IL 24:10 c.

<sup>113</sup> Promemoria, *Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, Fi 2008/4390, 2008-08-25, s. 11.

<sup>114</sup> Svenska kommuner och landsting samt investmentbolag beskattas med mindre än 10 procent och i vissa fall inte alls. Vi anser dock att dessa inte befinner sig i en jämförbar situation med vanliga vinstdrivande bolag. Se vidare avsnitt 5.3.3.

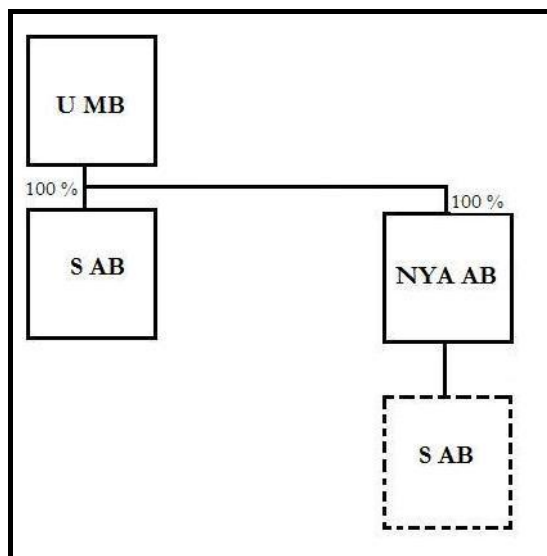
transaktionen vara affärsmässigt motiverad till minst 75 procent för att undantaget ska gälla.<sup>115</sup>

Vi har därför följande tolkningsfrågor att ta ställning till:

- Är det oförenligt med artikel 43 och 48 EG att Sverige (det låntagande bolagets hemstat) upprätthåller och tillämpar sådana bestämmelser, enligt vilka det föreskrivs begränsningar av möjligheterna för ett i Sverige hemmahörande bolag (det låntagande bolaget) att göra skattemässigt avdrag för räntor på lån som beviljats från ett direkt eller indirekt moderbolag hemmahörande i en annan medlemsstat, under förutsättning att dessa beskattas med mindre än tio procent för ränteintäkten och där transaktionen har affärsmässiga motiv som understiger 75 procent?
- Hur påverkas svaret om det istället är ett annat bolag inom intressegemenskapen som har samma direkta eller indirekta moderbolag som det låntagande bolaget, där både moderbolaget och det långivande bolaget är hemmahörande i andra medlemsstater än det låntagande bolaget som är hemmahörande i Sverige?

I det följande kommer två olika scenarion presenteras för att utreda huruvida en inskränkning av den fria etableringsrätten föreligger. I det ena scenariot kommer moderbolaget vara långivaren och i det andra kommer moderbolagets dotterbolag vara långivaren. Eftersom den fria etableringsrätten är en EG-rättslig princip kommer en förutsättning vara att alla bolag är belägna inom EU.

### 5.3 Moderbolaget är långivare



Figur 2 Moderbolaget är långivare

<sup>115</sup> Prop. 1999/2000:2 del 1, *Inkomstskattelagen*, s. 497-499.

### 5.3.1 Beskrivning av scenario ett

I detta scenario är det ett svenskt bolag (S AB) som vill överföra en del av resultatet till det utländska moderbolaget (U MB), för att minska beskattningen. U MB är hemmahörande i en annan medlemsstat.

S AB kan, för att minska sitt resultat, varken lämna koncernbidrag eller överföra tillgångar till underpris till U MB. Istället bildar U MB en nytt svensk aktiebolag, NYA AB, till vilket S AB sedan överläts. U MB erhåller som ersättning en räntebärande revers.

Räntebetalningarna som NYA AB ska erlägga finansieras genom att S AB lämnar koncernbidrag till NYA AB. Ytterligare en förutsättning är att ränteintäkten som U MB erhåller beskattas med mindre än tio procent och att transaktionen har affärsmässiga motiv som understiger 75 procent vilket därmed medför att räntebetalningarna inte är avdragsgilla.

I det fallet att moderbolaget hade varit svenskt hade räntebetalningen varit avdragsgill eftersom ränteintäkten hade beskattats hos mottagaren, det svenska moderbolaget, med mer än tio procent. Utgör således artikel 43 och 48 EG ett hinder mot en sådan reglering?

### 5.3.2 Objektivt jämförbara situationer

För att avgöra om reglerna om ränteavdragsbegränsningar inskränker den fria etableringsrätten måste det först avgöras om bolagen, som bestämmelserna ska tillämpas på, befinner sig i en objektivt jämförbar situation. Det framgår nämligen av fast rättspraxis att diskriminering uppkommer när skilda regler tillämpas på jämförbara fall eller när samma regel tillämpas på skilda fall.<sup>116</sup> I förenade målen *Metallgesellschaft m.fl.* hade dotterbolag i Förenade Kungariket med utländskt moderbolag inte möjlighet att ge utdelningar till sina moderbolag utan att först behöva erlägga bolagsskatt i förskott, vilket inte var fallet när moderbolaget hade hemvist i Förenade Kungariket. I målet gjorde EG-domstolen en jämförelse mellan i Förenade Kungariket belägna dotterbolag med, å ena sidan, utländskt moderbolag och, å andra sidan, inhemskt moderbolag. Vidare begränsades jämförelsen till huruvida i Förenade Kungariket belägna dotterbolag kunde utnyttja möjligheten att lämna utdelning utan att först erlägga bolagsskatt.<sup>117</sup>

Detta innebär att det i detta fall borde vara möjligt att göra en jämförelse mellan dotterbolag belägna i Sverige med såväl utländska som svenska moderbolag och huruvida dessa dotterbolag har möjlighet att utnyttja kompletteringsregeln. Dotterbolag med utländskt moderbolag ska vara berättigade till samma skattelättnader som dotterbolag med svenska moderbolag. Vi anser därmed att en jämförelse är möjlig.

Det ska även tilläggas att EG-domstolen i målet *Thin Cap* påpekade att en särbehandling av dotterbolag med inhemskt moderbolag istället för utländskt moderbolag, kan inskränka etableringsfriheten trots att en gränsöverskridande bolagskoncerns ställning, ur skattesynpunkt, inte är jämförbar med den ställning som innehas av en koncern vars samtliga bolag är hemmahörande inom en och samma koncern.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Mål C-317/97 *Royal Bank of Scotland*, REG 1999, ECR I-2651, p.26.

<sup>117</sup> Förenade målen C-397/98 *Metallgesellschaft Ltd m.fl.*, C410/98 *Hoechst AG och Hoechst (UK) Ltd mot Commissioners of Inland Revenue och HM Attorney General*, REG 2001, ECR 0, p. 51-56.

<sup>118</sup> Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, REG 2007, ECR I-02107, p. 59.

### 5.3.3 Ett hinder för den fria etableringsrätten

Regeringen har i sin proposition uttalat att de nya bestämmelserna inte inskränker den fria etableringsrätten eftersom det inte är fråga om att tillämpa skilda regler i jämförbara situationer eller att tillämpa samma regel i olika situationer. Vidare menar regeringen att reglerna är desamma oavsett om det företag som har lämnat ett lån har hemvist i Sverige eller i en annan medlemsstat.<sup>119</sup>

Reglerna är generellt utformade och gäller alla bolag, oavsett moderbolagets hemvist, men tio-procentsregeln är alltid tillämplig då dotterbolaget har ett svenskt moderbolag vilket skiljer sig från när moderbolaget är utländskt. Först då kan nämligen avdragsrätten komma att utebli, naturligtvis under förutsättning att ränteinkomsten faktiskt beskattas med en skattesats som är lägre än tio procent.

Reglerna kan utgöra en inskränkning i etableringsrätten trots att den är tillämplig på både dotterbolag med utländskt som inhemskt moderbolag. I målet *Lankborst-Hoborst* ansågs en tysk skatteregel utgöra hinder för den fria etableringsrätten. Den stadgade att vederlag på främmande kapital som ett bolag har erhållit från en ägare, såsom moderbolaget, som har en väsentlig andel i bolagskapitalet, under vissa förutsättningar ska anses utgöra förtäckt vinstutdelning. Bestämmelsen var endast tillämplig på vederlag på kapital som erhållits från en ägare som inte hade rätt till skatte kredit.<sup>120</sup> Moderbolag med säte i Tyskland hade i de allra flesta fall rätt till skatte kredit medan utländska bolag inte hade det. EG-domstolen menade därmed att det var mindre attraktivt för bolag i andra medlemsstater att etablera sig i Tyskland till följd av en sådan bestämmelse. I det aktuella målet var det därmed *effekten* av de tyska bestämmelserna som utgjorde en inskränkning av den fria etableringsrätten.<sup>121</sup>

De svenska reglerna om ränteavdrag är tillämpliga på dotterbolag med både inhemska och utländska moderbolag men får den effekten att avdragsförbudet endast drabbar dotterbolag med utländskt moderbolag, under förutsättning att beskattningen är lägre än tio procent samt att transaktionen har affärsmässiga motiv som understiger 75 procent.

Svenska företag som kan komma att omfattas av reglerna är investmentbolag eftersom dessa bolag genom avdrag för lämnad utdelning kan eliminera ränteinkomster.<sup>122</sup> Kommuner och landsting omfattas också av reglerna på grund av att de utgör skattefria subjekt.<sup>123</sup> Liknande förutsättningar fanns i målet *Lankborst-Hoborst* där de företag i Tyskland som var befriade från bolagsskatt, och därmed inte hade rätt till skatte kredit, var offentligrättsliga juridiska personer samt juridiska personer vilka utövade ekonomisk verksamhet i en särskild bransch.<sup>124</sup> EG-domstolen menade att dessa juridiska personer inte kunde anses befinna sig i en jämförbar situation som bolag vilka bedriver ekonomisk verksamhet i vinstsyfte samt är skyldiga att betala bolagsskatt.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 71.

<sup>120</sup> Mål C-324/00 *Lankborst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 27-29.

<sup>121</sup> Mål C-324/00 *Lankborst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 32.

<sup>122</sup> IL 39:14 första stycket 3.

<sup>123</sup> IL 7:2 första stycket 2.

<sup>124</sup> Mål C-324/00 *Lankborst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 4.

<sup>125</sup> Mål C-324/00 *Lankborst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 28.



Svenskt näringsliv menar även att investmentbolag måste anses ha så speciell karaktär att de inte kan jämföras med vanliga vinstdrivande bolag.<sup>126</sup> Investmentbolag är svenska aktiebolag som uteslutande förvaltar ett välfördelat värdepappersinnehav i syfte att erbjuda riskspridning och ägs av ett stort antal fysiska personer. Bolagen betalar heller ingen skatt på realisationsvinster, men får heller inte dra av förluster. Dessa bolag kan därför anses vara i en bransch för sig och är därmed inte jämförbara med bolag som driver ekonomisk verksamhet.

De nya reglerna får den effekten att behandlingen av dotterbolag med inhemskt moderbolag skiljer sig från den av dotterbolag med utländskt bolag. De bolag som kan komma att omfattas av tio-procentsregel är endast utländska bolag där den faktiska beskattningen av ränteintäkter är lägre än tio procent och där transaktionens affärsmässighet understiger 75 procent<sup>127</sup>. Reglerna får även den effekten att det endast är när långgivaren är ett utländskt bolag som en bevisning om att transaktionen är huvudsakligen affärsmässigt motiverad kan bli aktuell. Räntebetalningar mellan svenska bolag beskattas alltid med den svenska bolagsskatten, varför denna regel aldrig kommer användas i sådana situationer eftersom den är ett komplement till tio-procentsregeln. En sådan reglering utgör därmed ett *hinder i etableringsstaten* då den särbehandlar dotterbolag med ett utländskt moderbolag på ett negativt sätt. Reglerna får till följd att det blir mindre attraktivt för bolag med moderbolag i andra medlemsstater att utöva etableringsfriheten och moderbolagen kan på grund av detta komma att avstå från att bilda eller bibehålla etableringar i Sverige där en sådan bestämmelse finns.<sup>128</sup>

## 5.4 Ett utländskt dotterbolag är långgivare

### 5.4.1 Beskrivning av scenario två

Scenario två är också det typfall som Skatteverket beskrivit i sin hemställan. Det rör sig alltså om ett svenskt bolag (S AB) som vill överföra en del av resultatet till det utländska dotterbolaget (A), för att minska beskattningen. Både moderbolaget (U MB) och dotterbolaget är hemmahörande i andra medlemsstater.

S AB kan, för att minska sitt resultat, varken lämna koncernbidrag eller överföra tillgångar till underpris till A. Istället bildar U MB en nytt svenskt aktiebolag, NYA AB, till vilket S AB sedan överlåts. U MB erhåller som ersättning en räntebärande revers som sedan överlåts till A som ett kapitaltillskott.

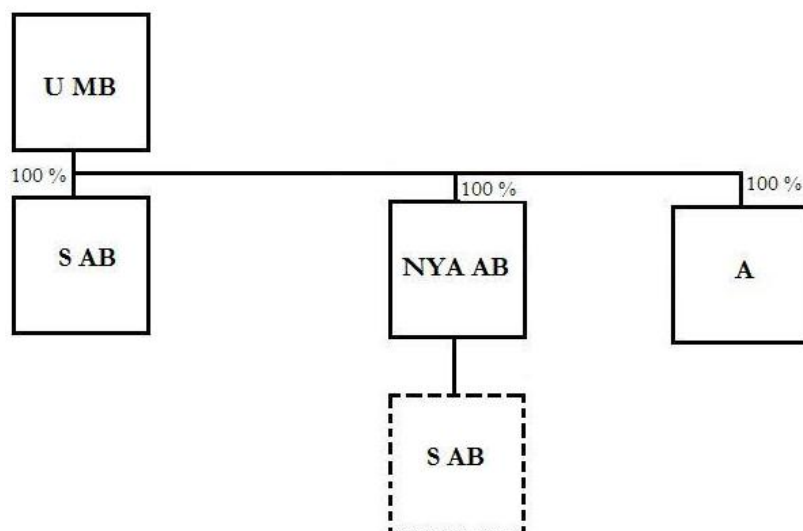
Räntebetalningarna som NYA AB ska erlägga finansieras genom att S AB lämnar koncernbidrag till NYA AB. Ytterligare en förutsättning är att ränteintäkten som A erhåller beskattas med mindre än tio procent och att transaktionen har affärsmässiga motiv som understiger 75 procent, vilket därmed medför att räntebetalningarna inte är avdragsgilla.

---

<sup>126</sup> *Lagrädsremiss - Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, Svenskt Näringsliv, 2008-09-29, s. 2.

<sup>127</sup> Märk att en affärsmässighet om exempelvis 74 procent *inte* är affärsmässigt motiverat.

<sup>128</sup> Se för ett liknande resonemang mål C-324/00 *Lankhorst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 32.



Figur 3 Ett utländskt dotterbolag är långgivare

Fråga uppkommer huruvida artikel 43 och 48 EG utgör ett hinder mot en sådan reglering även i det fallet att ett annat bolag inom intressegemenskapen är långgivare och som har samma direkta eller indirekta moderbolag som det låntagande bolaget, där både moderbolaget och det långgivande bolaget är hemmahörande i andra medlemsstater än det låntagande bolaget som är hemmahörande i Sverige?

#### 5.4.2 Ett hinder för den fria etableringsrätten

I målet *Lankhorst-Hoborst* stred en tysk skatteregel mot den fria etableringsrätten. Enligt den skulle vederlag på främmande kapital som ett bolag har erhållit från en ägare, såsom moderbolaget, som har en väsentlig andel i bolagskapitalet, under vissa förutsättningar anses som förtäckt utdelning. Regeln var nämligen endast tillämplig på vederlag på kapital som erhållits från en ägare som inte har rätt till skattecredit. Eftersom moderbolag som har sitt säte i landet i de allra flesta fall har rätt till skattecredit, medan utländska moderbolag i allmänhet inte har det ansågs regelns *effekt* utgöra ett hinder.<sup>129</sup> Då den aktuella regeln tog sikte på ägare, behandlades aldrig frågan om huruvida en inskränkning skulle föreligga i det fallet att regleringen även avsett utländska dotterbolag tillhörande samma koncern.

I målet *Thin Cap* tog EG-domstolen ställning till frågan om huruvida Förenade Kungarikets skatteregler, där räntebetalningar till ett i landet ej hemmahörande bolag i samma koncern skulle ses som ”utdelad vinst”, utgjorde ett hinder för den fria etableringsrätten i det fallet att det var ett annat bolag som var långgivare, istället för det utländska moderbolaget, vilket tillhörde samma koncern och som i likhet med koncernens moderbolag var hemmahörande i en annan medlemsstat.<sup>130</sup>

Domstolen hade tidigare i målet konstaterat att en medlemsstats lagstiftning som begränsar möjligheten för ett i landet hemmahörande bolag att skattemässigt göra avdrag för räntor på lån som beviljas av ett direkt eller indirekt moderbolag hemmahörande i en annan medlemsstat utgjorde ett hinder i etableringsfriheten enligt artikel 43 EG. En sådan särbehandling av i landet hemmahörande dotterbolag som baserar sig på var deras

<sup>129</sup> Mål C-324/00 *Lankhorst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 32.

<sup>130</sup> Mål C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*, REG 2007, ECR I-02107, p. 93.

moderbolag har sitt säte utgör en inskränkning i etableringsfriheten, eftersom den leder till att det blir mindre attraktivt för bolag hemmahörande i andra stater att utöva denna frihet.<sup>131</sup>

Vidare menade domstolen att detta resonemang även var tillämpligt på denna tolkningsfråga, där det långivande bolaget istället är det utländska moderbolagets dotterbolag som i likhet med moderbolaget är hemmahörande i en annan medlemsstat.<sup>132</sup> Domstolen fastställde därmed att det även utgör en inskränkning i etableringsfriheten i det fallet att det låntagande bolaget beviljas ett lån från ett annat dotterbolag, beläget utanför låntagarens hemstat, där de båda kontrolleras av samma utländska moderbolag. EG-domstolen anger ingen direkt motivering till varför utgången blir densamma då det istället för moderbolaget är ett dotterbolag som är långivare utan gör snarare ett konstaterande om att så är fallet. Anledningen till detta torde vara att det blir mindre attraktivt för moderbolaget att etablera sig i Sverige eftersom reglerna får den effekten att avdragsrätt inte föreligger då det är ett utländskt bolag som är långivare. Detta oavsett om det är moderbolaget självt eller moderbolagets dotterbolag som är långivare.

Eftersom förutsättningarna i vårt scenario är utformade på samma sätt som i den aktuella tolkningsfrågan i målet *Thin Cup* bör utgången också bli densamma, det vill säga att även de svenska reglerna utgör ett hinder för den fria etableringsrätten. De svenska reglerna får den effekten att det långivande bolaget inte får vara beläget utanför Sverige. Det är moderbolaget som är skyddat av fördraget eftersom det är detta bolag som utnyttjat friheten att etablera sig i en annan medlemsstat. De nya reglerna innebär att det blir mindre attraktivt för moderbolaget att driva verksamhet i Sverige eftersom reglerna får den effekten<sup>133</sup> att avdragsrätt inte föreligger då det är ett utländskt bolag som är långivare inom intressegemenskapen (där beskattningen sker med mindre tio procent och där transaktionen är affärsmässig till mindre än 75 procent) medan avdragsrätt alltid föreligger då långivaren är ett svenskt bolag. Enligt vår mening utgör därför de nya reglerna en inskränkning av den fria etableringsrätten i enlighet med artikel 43 och 48 EG. Nästa steg i analysen blir därmed att undersöka huruvida det finns några grunder som kan rättfärdiga regeringens nya regler.

---

<sup>131</sup> Ibid p. 92.

<sup>132</sup> Ibid p. 95.

<sup>133</sup> Se mål C-324/00 *Lankhorst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 32 angående att reglernas effekt kan utgöra hinder i den fria etableringsrätten.

## 6 Huruvida de nya reglerna kan rättfärdigas

### 6.1 Rättfärdiganden i fördraget

Artikeln 46 EG tillåter en inskränkning av den fria etableringsrätten i de fall den kan motiveras med hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Undantaget i artikeln tolkas dock mycket restriktivt och det är endast undantagsvis som skatteregler, framför allt inkomstskatteregler, skulle kunna motiveras på de angivna grunderna. Hittills har det aldrig hänt att EG-domstolen har godtagit en skatteregel på dessa grunder.<sup>134</sup> De nya reglerna kan därmed inte rättfärdigas under denna fördragsartikel eftersom det vore högst osannolikt att dessa skulle kunna motiveras med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

### 6.2 Rättfärdiganden som utvecklats i praxis

EG-domstolen har i sin tolkning av fördraget utvidgat möjligheten att rättfärdiga skatteregler som inskränker den fria etableringsrätten. EG-domstolen har i vissa domar valt att tala om hinder eller inskränkningar av den fria etableringsrätten istället för diskriminering, eftersom en särbehandling ibland inte riktar sig direkt mot utländska subjekt. Detta har betydelse för den slutliga bedömningen av vilket fördragsbrott diskrimineringen eller hindret hänför sig till, vilket i sin tur har betydelse för vilka rättfärdiganden som kan bli aktuella. Öppen diskriminering kan endast godtas på de grunder som anges uttryckligen i fördraget. Vid dold diskriminering och vid andra hinder för den fria etableringsrätten har EG-domstolen däremot i sin tolkning av fördraget accepterat fler rättfärdigandegrunder. Även dessa tillämpas emellertid mycket restriktivt av domstolen.<sup>135</sup> Vi har konstaterat att de nya reglerna utgör ett *hinder* för den fria etableringsrätten, varför rättfärdigandegrunder kan sökas i praxis.

För att fastställa om en annars fördragsstridig åtgärd kan rättfärdigas på särskild grund har EG-domstolen tillämpat ett test, vilket brukar kallas ”rule of reason”, och innebär att en regel kan rättfärdigas om det grundas på en tvingande hänsyn till allmänintresset. Testet används i princip på samma sätt oavsett vilken fördragsfrihet det gäller, varför domstolen ofta hänvisar till rättsfall rörande andra fördragsfriheter än den som är uppe till bedömning i det aktuella målet utan några särskilda reservationer.<sup>136</sup>

”Rule of reason”-doktrinen, för att utreda huruvida nationellt inskränkande åtgärder kunde rättfärdigas, tillämpades från början endast på fri rörlighet för varor.<sup>137</sup> Den kom dock att få en utvidgad tillämpning genom EG-domstolens avgörande i *Gebhard*-målet till att även omfatta etableringsfriheten.<sup>138</sup> Domstolen formulerade fyra krav för att en nationell regel ska kunna godtas med stöd av ”rule of reason”-doktrinen:

1. Den ska vara tillämplig på ett icke-diskriminerande sätt.
2. Den ska framstå som motiverad med hänsyn till ett trängande allmänintresse.

---

<sup>134</sup> Se även Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 142-143.

<sup>135</sup> Ibid s. 97.

<sup>136</sup> Ibid s. 144.

<sup>137</sup> Mål 120/78 *Cassis de Dijon*, REG 1979, ECR 00649, p. 8.

<sup>138</sup> Mål C-55/94 *Gebhard*, REG 1995, ECR. I-4165.

3. Den ska vara ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom den.
4. Den ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning (det vill säga vara proportionerlig).<sup>139</sup>

Det bör vara ur det första kravet i Gebhard-testet som det kan utläsas att öppen diskriminering aldrig kan godtas under ”rule of reason”-doktrinen. Det andra kravet innebär att den skatteregel som hindrar den fria rörligheten ska kunna motiveras av ett så viktigt intresse att detta väger tyngre än intresset att upprätthålla fri rörlighet. Här ska därmed en avvägning ske mellan önskan om att upprätthålla den fria rörligheten samt det bakomliggande syftet med den ifrågasatta nationella regeln. Utöver detta måste den nationella regeln, enligt tredje och fjärde kravet, även vara utformad på så sätt att den faktiskt säkerställer det syfte som eftersträvas samt att den inte utgör ett mer ingripande hinder i den fria rörligheten än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med regeln.<sup>140</sup>

### 6.2.1 Grunder som avfärdats

EG-domstolen har i flera mål slagit fast att en önskan om att skydda en medlemsstats skattebas alternativt att förhindra en förlust av skatteintäkter aldrig kan utgöra en rättfärdigande grund.<sup>141</sup> Ett sådant motiv kan nämligen aldrig väga tyngre än intresset av att upprätthålla den fria rörligheten. I målet *Eurowings*<sup>142</sup> ifrågasattes en medlemsstats lagstiftning som förbehöll flertalet företag som hyrde varor av uthyrningsföretag etablerade i den egna staten en skatteförmån bestående av undantag från skyldigheten att göra vissa tillägg, men som alltid utestängde de företag som hyrde varor av uthyrningsföretag etablerade i en annan medlemsstat från en sådan förmån. En särbehandling av detta slag som grundas på var den som tillhandahåller tjänsten är etablerad kan inte rättfärdigas med hänvisning till behovet att uppnå kongruens i skattesystemet. Den kan inte heller rättfärdigas av att det uthyrningsföretag som är etablerat i en annan medlemsstat betalar låg skatt i den stat där det är etablerat.<sup>143</sup> En sådan kompensationsbeskattning skulle enligt domstolen strida mot grunderna för den inre marknaden.<sup>144</sup> Domstolen avvisade också, i målet *Danner*<sup>145</sup>, en medlemsstats argumentation om att staten måste ha rätt att skydda sin skattebas genom att motverka att de skattskyldiga placerar sitt kapital i lågskatteländer.<sup>146</sup>

Andra grunder som avfärdats är nationella regler som diskriminerar subjekt på grund av att de åtnjuter andra skattefördelar eller att det är motiverat av administrativa skäl. I målet *Commerzbank*<sup>147</sup> ansåg domstolen att en nationell bestämmelse var diskriminerande då bolag

<sup>139</sup> Mål C-55/94 *Gebhard*, REG 1995, ECR I-4165, p. 37.

<sup>140</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatte rätt*, 2006, s. 145.

<sup>141</sup> Se till exempel mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, REG 2006, ECR I-07995, p. 49 samt mål C-136/00 *Danner*, REG 2002, ECR I-8147, p. 56.

<sup>142</sup> Mål C-294/97 *Eurowings*, REG 1999, ECR. I-7447.

<sup>143</sup> *Ibid* p. 41-42.

<sup>144</sup> *Ibid* p. 45.

<sup>145</sup> Mål C-136/00 *Danner*, REG 2002, ECR I-8147.

<sup>146</sup> *Ibid* p 33-35.

<sup>147</sup> Mål C-330/91 *Commerzbank*, REG 1993, ECR I-4017.

som hade skatterättslig hemvist i den staten medgavs tillägg vid återbetalning av skatt som inte skulle ha erlagts, samtidigt som bolag som hade skatterättslig hemvist i en annan medlemsstat vägrades sådant tillägg. Den omständigheten att bolag utan hemvist i landet inte skulle ha varit befriade från skatten om de hade haft hemvist i staten saknade betydelse i detta avseende.<sup>148</sup> En negativ särbehandling kan alltså inte kompenseras genom en positiv särbehandling, utan varje skatteregel ska bedömas var för sig.<sup>149</sup>

Skatteverkets kartläggning avser endast räntebetalningar till utlandet och därför kan vi dra slutsatsen att de nya reglerna syftar till att hindra avdrag för räntebetalningar till utländska rättssubjekt.<sup>150</sup> Regeringen uttalar även i sin proposition att "[d]enna skatteplanering inom företagssektorn minskar den svenska bolagsskattebasen och ger upphov till skattebortfall i mångmiljardklassen".<sup>151</sup> Eftersom en önskan om att hindra en förlust av skatteintäkter aldrig kan utgöra en rättfärdigandegrund, kan de nya reglerna inte motiveras på denna basis.

## 6.2.2 Grunder som accepterats

De rättfärdigande grunder som accepterats av EG-domstolen angående den fria etableringsrätten i relation till den direkta beskattningen är effektiv skattekontroll, territorialitetsprincipen, bevarande av skattesystemets inre sammanhang och skatteflykt.<sup>152</sup>

### 6.2.2.1 Effektiv skattekontroll

Önskemålet att upprätthålla en effektiv skattekontroll är en rättfärdigande grund som, åtminstone rent principiellt, har blivit accepterad av EG-domstolen. Dock har domstolen i praktiken inte ännu godtagit någon skatteregel som prövats på den grunden utan ofta har regelns proportionalitet brutit.<sup>153</sup>

Målet *Futura*<sup>154</sup> behandlade Luxemburgs lagstiftning om bolagsförlusters kompabilitet med den fria etableringsrätten. Futura var ett franskt bolag med säte i Paris och Singer var Futuras filial i Luxemburg. Frågan som EG-domstolen skulle ta ställning till i målet var huruvida den fria etableringsrätten i fördraget hindrade Luxemburg från att ha en skattelagstiftning där vissa krav uppställdes för att utländska bolag skulle få göra avdrag för förluster. Regeln föreskrev för det första att förlusterna var ekonomiskt relaterade till den, av skattebetalaren, intjänade inkomsten i staten där filialen var etablerad, det vill säga Luxemburg. Det krävdes också att bolag med säte utanför Luxemburg måste ha räkenskaper för det aktuella räkenskapsåret som uppfyllde de luxemburgska skatterättsliga kraven på sådan redovisning.

EG-domstolen ansåg inte att det första kravet i den aktuella regeln i Luxemburgs skattelagstiftning var diskriminerande eftersom den stod i överensstämmelse med den

---

<sup>148</sup> Mål C-330/91 *Commerzbank*, REG 1993, ECR I-4017, p. 18-19.

<sup>149</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 146.

<sup>150</sup> Vi delar även denna uppfattning med Svenskt Näringsliv, se *Lagrådsremiss – Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, Svenskt Näringsliv, 2008-09-29, s. 2.

<sup>151</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 1.

<sup>152</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, 2005, s. 233.

<sup>153</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 147.

<sup>154</sup> Mål C-250/95 *Futura*, REG 1997, ECR I-2471.

skatterättsliga territorialitetsprincipen.<sup>155</sup> Däremot konstaterade domstolen att det andra kravet, det vill säga kravet på räkenskaper, i princip stod i strid med den fria etableringsrätten. Kravet ansågs gå utöver vad som var nödvändigt för att uppnå syftet med regeln eftersom det innebar att utländska företag, utöver sin bokföring, skulle vara tvungna att fullgöra en särskild bokföring avseende verksamheten i Luxemburg.<sup>156</sup> EG-domstolen gjorde därmed en hänvisning till proportionalitetsprincipen.

Domstolen fortsatte därför med frågan om det fanns några rättfärdigande grunder som kunde motivera en sådan inskränkning av den fria etableringsrätten. Genom en hänvisning till *Cassis de Dijon*<sup>157</sup> fallet erkände EG-domstolen önskan om effektiv skattekontroll som en rättfärdigande grund. Domstolen anförde vidare att en medlemsstat får företa åtgärder vilket möjliggör att både den beskattningsbara inkomsten i den staten samt förlusterna som kan rullas vidare kan bli tillförsäkrade klart och precist.<sup>158</sup> Men ett sådant krav måste alltså vara proportionerligt, vilket inte detta ansågs vara eftersom redovisningen var tvungen att vara upprättad i enlighet med luxemburgsk skattelagstiftning.<sup>159</sup>

Det har även i andra mål hänt att EG-domstolen uttalat att ett avdragsförbud för utgifter som är kopplade till utlandet inte kan motiveras av kontrollsvårigheter eftersom en sådan åtgärd inte är proportionerlig.<sup>160</sup> Domstolen hänvisar istället ofta till direktiv 77/799/EEG om myndighetssamarbete och menar att medlemsstaterna får ta hjälp av varandra för att kontrollera den skattskyldiges uppgifter.<sup>161</sup>

Effektiv skattekontroll är inte en rättfärdigande grund som regeringen kan använda sig av. Enligt Kristina Ståhl och Roger Persson Österman är det mycket osannolikt att en materiell skatteregel som på något sätt innebär en restriktion för den fria rörligheten skulle kunna rättfärdigas på denna grund. Däremot är det möjligt att andra, mer praktiska regler, såsom krav på viss bevisning eller uppgiftslämnande skulle kunna rättfärdigas med hänvisning till att en effektiv skattekontroll eftersträvas.<sup>162</sup> De nya reglerna utgör dock inga kontrollregler utan det är istället fråga om materiella regler som dessutom inskränker den fria etableringsrätten. De nya reglerna kan därmed inte rättfärdigas på denna grund.

### 6.2.2.2 Territorialitetsprincipen

Territorialitetsprincipen innebär, i internationellt skattehänseende, att en stat har rätt att beskatta all inkomst som har ett samband med staten. I *Futura* målet ansåg EG-domstolen att en skatterättslig reglering, där avdragsrätt endast förelåg när förlusterna var ekonomiskt

---

<sup>155</sup> Mål C-250/95 *Futura*, REG 1997, ECR I-2471, p. 22.

<sup>156</sup> *Ibid* p. 25-26.

<sup>157</sup> Mål 120/78 *Cassis de Dijon*, REG 1979, ECR 00649, p. 8

<sup>158</sup> Mål C-250/95 *Futura*, REG 1997, ECR I-2471, p. 31.

<sup>159</sup> *Ibid* p. 43.

<sup>160</sup> Se t.ex. mål C-254/97 *Baxter*, REG 1999, ECR I-4809, p. 19:e och mål C-136/00 *Danner*, REG 2002, ECR I-8147, p. 45.

<sup>161</sup> Se t.ex. mål C-136/00 *Danner*, REG 2002, ECR I-8147, p. 49.

<sup>162</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 147.

relaterade till den, av skattebetalaren, intjänade inkomsten i staten där filialen var etablerad, inte var diskriminerande eftersom den stod i överensstämmelse med denna princip.<sup>163</sup>

Målet *Bosal Holding*<sup>164</sup> rörde bolaget Bosal, ett bolag som bedrev holdingverksamhet och verksamhet avseende finansiering, licenser och royalties. Bolaget var skattskyldigt i Nederländerna och yrkade i en komplettering till deklarationen, avdrag för kostnader hänförliga till dotterbolag i utlandet.<sup>165</sup> Bosal nekades avdrag på grund av att dotterbolagen inte hade genererat inkomster som beskattats i Nederländerna där moderbolaget var etablerat. Fråga uppkom huruvida detta var förenligt med den fria etableringsrätten.

EG-domstolen fann att de nederländska skattereglerna stred mot den fria etableringsrätten och nästa steg blev därför att utreda om det fanns några rättfärdigande grunder.<sup>166</sup> Domstolen inledde med att konstatera att önskemålet om att bevara kongruensen i skattesystemet inte kunde rättfärdiga de aktuella reglerna av den orsaken att det saknades ett direkt samband inom ramen för en och samma beskattning eftersom moder- och dotterbolag var för sig är enskilda skattesubjekt.<sup>167</sup>

Den nederländska regeringen åberopade även territorialitetsprincipen som rättfärdigande grund med hänvisning till erkännandet av principen i *Futura* målet. Regeringen ansåg att det inte förelåg någon diskriminering eftersom de dotterbolag som genererar skattepliktig inkomst i Nederländerna och dotterbolag som inte gör det befinner sig i situationer som inte är jämförbara.<sup>168</sup> Argumentet att situationerna inte är jämförbara har även vår svenska regering använt sig av för att motivera att de nya reglerna inte utgör en inskränkning av den fria etableringsrätten.

EG-domstolen inledde med att påpeka att i domen i målet *Futura* tillämpades territorialitetsprincipen på beskattningen av en *enskild* skattskyldig som bedrev verksamhet både i en medlemsstat, där han hade sin huvudsakliga verksamhet, och i ytterligare medlemsstater genom filialer. Därefter konstaterade domstolen att argumentet att dotterbolagen inte befann sig i jämförbara situationer var irrelevant eftersom den ifrågavarande skillnaden i den skattemässiga behandlingen rörde moderbolagen och huruvida de ägde del eller ej i dotterbolag som genererar inkomster som är skattepliktiga i Nederländerna.<sup>169</sup> Territorialitetsprincipen kunde därmed inte rättfärdiga den nederländska skatteregleringen. Vad gäller de svenska reglerna kan vi till en början även här konstatera att det inte rör sig om enskilda skattskyldiga, varför målet *Futura* inte torde kunna tillämpas. Det är också i vårt fall irrelevant huruvida dotterbolagen befinner sig i jämförbara situationer eller inte eftersom den ifrågavarande skillnaden även här ligger i att de svenska

---

<sup>163</sup> Mål C-250/95 *Futura*, REG 1997, ECR I-2471, p. 22.

<sup>164</sup> Mål C-168/01 *Bosal Holding*, REG 2003, ECR. I-9409.

<sup>165</sup> *Ibid* p. 9.

<sup>166</sup> *Ibid* p. 27.

<sup>167</sup> *Ibid* p. 29-32.

<sup>168</sup> *Ibid* p. 37.

<sup>169</sup> *Ibid* p. 38-39.



reglerna behandlar moderbolag annorlunda beroende på var dessa har sitt säte.<sup>170</sup> Detta innebär att de nya reglerna inte kan rättfärdigas under territorialitetsprincipen.

### 6.2.2.3 Skattesystemets inre sammanhang

En rättfärdigandegrund som har accepterats av EG-domstolen är bevarandet av skattesystemets inre sammanhang. Målet *Bachmann*<sup>171</sup> rörde visserligen den fria rörligheten för arbetstagare men fallet har ändå fått stor betydelse inom den fria etableringsrätten. Den tyska medborgaren Bachmann, som var anställd i Belgien, nekades att från sin sammanlagda inkomst av tjänst göra avdrag för premier som betalats i Tyskland till sjuk- och invaliditetsförsäkringar och till en livförsäkring. Försäkringsavtalen hade ingåtts innan han kom till Belgien. Den belgiska skattemyndigheten vägrade Bachmann avdrag för de belopp han erlagt premier, med motiveringen att belgisk skattelag föreskrev att endast försäkringspremier erlagda till belgiska försäkringsbolag var avdragsgilla.<sup>172</sup>

Domstolen fastslog att det i den belgiska regleringen fanns ett samband mellan avdragsrätten för premier och beskattningen av de belopp som utbetalats av försäkringsgivarna till uppfyllelse av pensions- och livförsäkringsavtal. I det belgiska skattesystemet kompengades nämligen förlusten av skatteintäkter som är en följd av avdraget från den totala skattepliktiga inkomsten för premier för livförsäkringar genom beskattningen av pensions-, ränte- eller kapitalbelopp som utbetalas av försäkringsgivarna. För det fall avdrag inte fick göras för sådana premier undantogs dessa belopp från beskattning.<sup>173</sup>

Det inre sammanhanget i det belgiska skattesystemet förutsatte därför att avdrag endast skulle medges om det kunde tillförsäkras att utfallande belopp kom att beskattas i Belgien, vilket inte var fallet om försäkringen istället tecknats i ett utländskt bolag.<sup>174</sup> EG-domstolen ansåg därför att avdragsförbudet var rättfärdigat.<sup>175</sup>

Efter *Bachmann*-målet har fler medlemsstater åberopat rättfärdigandegrunden om skattesystemets inre sammanhang men denna har inte godtagits av EG-domstolen.<sup>176</sup> Ofta har kravet på ett direkt samband mellan en skattefördel och en skattenackdel saknats.<sup>177</sup> Vi anser att argumentet om att bevara skattesystemets inre sammanhang inte heller håller för att rättfärdiga de svenska reglerna om avdragsbegränsningar eftersom det inte finns något direkt samband mellan ett dotterbolags, med hemvist i Sverige och med utländskt moderbolag, möjlighet till avdragsrätt på erlagda räntebetalningar och hur denna

---

<sup>170</sup> Märk att detsamma gäller i det fallet att det är moderbolagets utländska dotterbolag som är långivare. Se avsnitt 5.4.

<sup>171</sup> Se även det samtidigt avgjorda målet C-300/90 *Kommissionen mot Belgien*, REG 1992, ECR I-305.

<sup>172</sup> Mål C-204/90 *Bachmann*, REG 1992, ECR I-249, p. 2-3.

<sup>173</sup> *Ibid* p. 21-22.

<sup>174</sup> *Ibid* p. 23.

<sup>175</sup> *Ibid* p. 28.

<sup>176</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 149.

<sup>177</sup> Se till exempel förenade målen C-397/98 *Metallgesellschaft Ltd m.fl.*, C410/98 *Hoechst AG och Hoechst (UK) Ltd mot Commissioners of Inland Revenue och HM Attorney General*, REG 2001, ECR 0, p. 65-69 samt mål C-251/98 *Baars*, REG 2000, ECR I-02787, p.37-40.

räntebetalning beskattas. Detta eftersom avdragsrätten och beskattningen faller på två olika skattesubjekt (låntagaren och långgivaren).<sup>178</sup>

#### 6.2.2.4 Skatteflykt

Syftet med de nya reglerna är att hindra skatteplanering med ränteavdrag. Regeringen uttalar i propositionen att "[d]et är nödvändigt att vidta lagstiftningsåtgärder för att motverka skatteplanering med hjälp av ränteupplägg inom en intressegemenskap".<sup>179</sup> Skatteverket har tidigare försökt att förhindra att ränteavdrag får göras i sådana fall genom att åberopa skatteflyktslagen. Regeringsrätten har dock klargjort, i de så kallade Industrivärden-domarna, att skatteflyktslagen inte är tillämplig i dessa fall.<sup>180</sup> Det är därför intressant att undersöka huruvida motivet att hindra skatteflykt kan rättfärdiga de nya reglerna.

I målet *avoir fiscal*<sup>181</sup> slog domstolen fast att risken för skatteflykt inte är en sådan rättfärdigande grund som tillåter undantag från principen om etableringsfrihet.<sup>182</sup> Mattias Dahlberg menar dock att det är svårt att avgöra om domstolen syftar till det faktum att det inte finns några uttalade begränsningar eller undantag till den fria etableringsrätten att förebygga skatteflykt eller att, den i praxis framtagna, "rule of reason"-doktrinen inte tillåter skatteflykt som en rättfärdigande grund.<sup>183</sup> Faktum är dock att frågan om huruvida skatteflykt kan rättfärdiga en inskränkning av den fria etableringsrätten har behandlats ett antal gånger i EG-domstolen. Vi anser därför att domstolen menar att skatteflykt inte är en rättfärdigande grund som finns uttryckligen i fördragen men att den, under vissa förutsättningar, kan motiveras med en tvingande hänsyn till allmänintresset det vill säga under "rule of reason"-doktrinen.

I målet *ICI*<sup>184</sup>, ville Förenade kungariket få klarlagt huruvida deras lagstiftning stred mot den fria etableringsrätten i fråga om bolag som är etablerade i medlemsstaten och som ingår i ett konsortium varigenom de äger ett holdingbolag, gör rätten till skattelättnad beroende av huruvida holdingbolagets verksamhet uteslutanden eller huvudsakligen består i att inneha aktier i dotterbolag som är etablerade inom det nationella territoriet. EG-domstolen fann att lagstiftningen stred mot den fria etableringsrätten och nästa steg var därför att avgöra ifall det fanns några rättfärdigande grunder. Den brittiska regeringen menade att lagstiftningen kunde rättfärdigas eftersom den syftade till att hindra skatteflykt.<sup>185</sup>

EG-domstolen fann att lagstiftningen i fråga i målet inte hade något specifikt syfte att utesluta en skattemässig fördel som skulle följa av rent konstlade kopplingar, vilkas syfte

<sup>178</sup> Se mål C-251/98 *Baars*, REG 2000, ECR I-02787, p. 40 för ett liknande resonemang.

<sup>179</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 43.

<sup>180</sup> RÅ 2007 ref. 84 och 85.

<sup>181</sup> Mål 270/83 *avoir fiscal*, REG 1986, ECR 273.

<sup>182</sup> Ibid p. 25.

<sup>183</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, 2005, s. 235.

<sup>184</sup> Mål C-264/96 *ICI*, REG 1998, ECR I-4695.

<sup>185</sup> Mål C-264/96 *ICI*, REG 1998, ECR I-4695, p. 25-27. Domstolen förde även samma resonemang i mål C-324/00 *Lankhorst-Hoborst*, REG 2002, ECR I-11779, p. 37 och mål C-436/00 *X och Y*, REG 2002, ECR I-10829, p. 61.

skulle vara att kringgå brittisk skattelagstiftning, utan på ett generellt sätt avsåg varje situation i vilken merparten av dotterbolagen i koncernen av en eller annan anledning var etablerade utanför Förenade kungariket. Vidare konstaterade domstolen att etablering av ett dotterbolag utanför Förenade kungariket inte i sig innebar skatteflykt, eftersom bolaget i fråga i varje fall omfattades av etableringsstatens skattelagstiftning.<sup>186</sup>

Målet *ICI* visar att EG-domstolen är beredd att pröva skatteflykt som en rättfärdigandegrund men att reglerna måste ha som syfte att hindra rent konstlade upplägg. Reglerna måste också ha till syfte att fånga in sådana transaktioner som företas för att kringgå skattelagstiftningen i det land där företaget har sitt säte. Slutligen, får reglerna inte heller vara generellt tillämpliga på alla situationer där majoriteten av en företagsgrupps dotterföretag är etablerade utanför staten i fråga, oavsett anledningen till etableringen.<sup>187</sup>

Domstolen bekräftade även uttryckligen i målet *Cadbury Schweppes*<sup>188</sup> att det är helt legitimt att etablera dotterbolag i andra medlemsstater i syfte att ta del av ett mera förmånligt skattesystem.<sup>189</sup> Det är därmed tillåtet att försöka minimera sin skattebörda genom att etablera sig i andra medlemsstater så länge som de åtgärder som bolagen vidtar inte medför att vinstmedlen överförs genom konstlade upplägg. Det faktum att ett bolag etablerat sig i en medlemsstat med mera förmånligt skattesystem kan därmed inte rättfärdiga en missgynnande särbehandling av dessa bolag, så länge de inte missbrukar bestämmelserna i fördraget.<sup>190</sup>

För att bedöma huruvida ett konstlat upplägg föreligger anser domstolen att det mål som eftersträvas med etableringsfriheten måste beaktas. Detta ändamål består i att möjliggöra för en medborgare i en medlemsstat att inrätta en sekundär etablering i en annan medlemsstat för att bedriva sin ekonomiska verksamhet där. Etableringsfriheten avser därmed att ge medborgare i gemenskapen en möjlighet att stadigvarande och kontinuerligt delta i en annan medlemsstats ekonomiska liv och även dra fördel av detta.<sup>191</sup> Med ett rent konstlat upplägg menas därför ett förfarande där en ekonomisk förankring saknas och där enda syftet med etableringen är att undvika skatt som normalt ska betalas på vinst från verksamhet som bedrivs inom det nationella territoriet.<sup>192</sup>

För att regler som är avsedda att hindra skatteflykt ska vara motiverade krävs att de är begränsade till situationer där det finns ett ytterligare tecken på missbruk.<sup>193</sup> I *Cadbury Schweppes* har EG-domstolen tydliggjort dessa kriterier vad gäller rent konstlade upplägg. Domstolen anser att huruvida en etablering ska anses vara genuin ska grundas på objektiva omständigheter som kan kontrolleras av utomstående, däribland i vilken grad bolaget faktiskt existerar fysiskt, i form av lokaler, personal och utrustning. Vidare menar

---

<sup>186</sup> Mål C-264/96 *ICI*, REG 1998, ECR I-4695, p. 26.

<sup>187</sup> Dahlberg, Mattias, *Direct taxation in relation to the freedom of establishment and the free movement of capital*, 2005, s. 236.

<sup>188</sup> Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, REG 2006, ECR I-07995.

<sup>189</sup> *Ibid* p.37.

<sup>190</sup> Mål C-294/97 *Eurowings*, REG 1999, ECR I-7447, p. 44.

<sup>191</sup> Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, REG 2006, ECR I-07995, p. 52-53.

<sup>192</sup> *Ibid* p. 55.

<sup>193</sup> KOM 2007 785 slutlig, s. 4.

domstolen att om en sådan kontroll utmynnar i konstaterandet att bolaget utgör en fiktiv etablering och att ingen faktiskt ekonomisk verksamhet bedrivs, ska därmed bildandet av detta bolag anses utgöra en del i ett konstlat upplägg. Exempel på sådana fall skulle kunna vara brevlådeföretag eller frontföretag.<sup>194</sup>

#### 6.2.2.4.1 Rent konstlade upplägg

Syftet med de nya reglerna är att förhindra skatteplanering inom en intressegemenskap genom att begränsa avdragsrätten på vissa räntebetalningar. Reglerna ska begränsa möjligheten att göra avdrag för räntor vid internt finansierade förvärv av delägarrätter från ett företag inom intressegemenskapen. De är avsedda att träffa fiktiva upplägg och bör, enligt uttalanden i propositionen, utformas så att affärsmässigt bedriven verksamhet så långt det är möjligt inte påverkas negativt.<sup>195</sup> EG-domstolen är beredd att pröva skatteflykt som en rättfärdigande grund då reglerna har som syfte att hindra rent konstlade upplägg men reglerna får då *inte* vara utformade på ett sätt som gör att de allmänt träffar varje situation då långivaren är ett utländskt bolag. Fråga uppstår därmed om de svenska reglerna endast träffar rent konstlade upplägg eller om det är fler transaktioner som kommer att träffas av reglerna?

Tio-procentsregeln syftar inte direkt till att hindra rent konstlade upplägg utan syftar snarare till att begränsa tillämpningsområdet. Eftersom det är skatteplanering reglerna ska hindra vill regeringen naturligtvis att det är lågskatteländer som ska omfattas av bestämmelserna. Däremot är det regeln om att transaktionen ska vara huvudsakligen affärsmässigt motiverad som visar att avdragsrätt inte föreligger när det är fråga om fiktiva upplägg. Regeln är ett alternativ till tio-procentsregeln och gäller därmed även i de fall ränteinkomsten beskattas med mindre än tio procent. Detta innebär att de företag som är etablerade i medlemsstater som har en beskattningsnivå som understiger tio procent måste bevisa att transaktionerna är huvudsakligen affärsmässigt motiverade då de mottar en räntebetalning.

Enligt propositionen till inkomstskattelagen avses med termen ”huvudsakligen” 75 procent eller mer.<sup>196</sup> Det går dock inte att utläsa någonstans vad dessa 75 procent avser eller hur en mätning ska ske trots att detta utgör ett *kriterium* för att avdragsrätt ska föreligga. Regeringen menar att innebörden av ”affärsmässigt motiverat” är att det ska ligga sunda företagsekonomiska och affärsmässiga överväganden, dit eventuella skatteeffekter inte ska räknas, bakom de transaktioner som ska bedömas.<sup>197</sup> Genom en sådan definition anser vi att regeringen utesluter att en viss mån skatteplanering överhuvudtaget skulle utgöra en affärsmässig transaktion. Detta är något vi motsätter oss helt. Dels för att det i praxis framkommit att det är helt legitimt för företag att etablera sig i andra medlemsstater för att ta del av en mera förmånlig beskattning och dels för att det måste anses vara ett naturligt led i ett företags verksamhet att minimera sin beskattning och samtidigt optimera sitt resultat. Vi delar även denna åsikt med Lagrådet.<sup>198</sup> Att uttrycket ”affärsmässigt” innebär att det ligger företagsekonomiska motiv bakom transaktionen ger heller ingen vägledning när

<sup>194</sup> Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, REG 2006, ECR I-07995, p. 67-68.

<sup>195</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 1.

<sup>196</sup> Prop. 1999/2000:2 del 1, *Inkomstskattelagen*, s.497-499.

<sup>197</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 68.

<sup>198</sup> Lagrådet, *Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra viss skatteplanering inom en intressegemenskap*, utdrag ur protokoll vid sammanträde 2008-10-06, s. 5.

det kommer till att dessa motiv ska motsvara 75 procent och hur detta mäts. Vi ställer oss frågan hur en domstol ska kunna avgöra om en transaktion uppnår 75 procents affärsmässighet och därmed uppfyller detta kriterium eller inte?

Regeringen har uttalat sig angående Lagrådets kritik mot uttrycket ”affärsmässigt” och menar att uttrycket måste ses i ljuset av det sammanhang som det används och att det ligger i sakens natur att skatteeffekter inte ingår i termen affärsmässigt i detta sammanhang.<sup>199</sup> Vi ställer oss frågande även till detta uttalande eftersom vi anser att det är omöjligt att avgöra när skatteeffekterna är en del av ett affärsmässigt beslut och när de inte är det då ett företag rimligtvis alltid tar hänsyn till skatteeffekterna i alla transaktioner även om dessa ibland är underordnade. En allmän presumtion om skatteflykt kan i alla fall inte baseras enbart på den omständigheten att ett bolag eller dess moderbolag är hemmahörande i en annan medlemsstat.<sup>200</sup>

Med ett konstlat upplägg menas enligt EG-domstolen en etablering där ingen faktiskt ekonomisk verksamhet bedrivs. Domstolen nämnde särskilt brevlådeföretag som exempel på ett konstlat upplägg.<sup>201</sup> Ett riktmärke kan då till exempel vara att lokaler, personal eller utrustning saknas. Förekommer det således affärsmässiga skäl anser vi att det inte kan röra sig om ett konstlat upplägg eftersom ett rent konstlat upplägg enligt definitionen ska sakna faktisk ekonomisk verksamhet. En affärsmässighet om 75 procent och ett konstlat upplägg om 25 procent är därmed omöjligt då ett konstlat upplägg i stort sett förutsätter noll procents motiverad affärsmässighet. Ett sådant kriterium innebär således att de nya reglerna träffar fler transaktioner än de rent konstlade.

Många av de remissinstanser som uttalat sig om den bakomliggande promemorian till propositionen har ansett att begreppet huvudsakligen affärsmässigt motiverat borde utformas med IL 39a:7 a som förebild för att uppnå en kongruent lagstiftning.<sup>202</sup> Regeln innebär att CFC-beskattning inte ska ske när det är fråga om en verklig etablering från vilken en affärsmässigt motiverad verksamhet bedrivs. Regeringen uttalade i propositionen ”Ändrade regler för CFC-beskattning m.m.” att det är just förekomsten av affärsmässiga motiv som skiljer en verklig etablering från ett konstlat upplägg. Vidare menade regeringen att uttrycket ”*affärsmässigt motiverad verksamhet*” inte innebär strängare krav för att en etablering ska föreligga än de som uppställs i domen *Cadbury Schweppes* där en etablering definierades som en faktisk ekonomisk verksamhet.<sup>203</sup> I likhet med många av remissinstanserna anser vi att det på grund av detta uttalande verkar orimligt att regeringen uppställer andra och mer långtgående krav vad gäller bedömningen av vad som avses med ett konstlat upplägg vid ränteavdragsbegränsningar där det krävs att de är *huvudsakligen* affärsmässigt motiverade.<sup>204</sup>

Enligt ”rule of reason”-doktrinen kan en nationell regel endast godtas om den är utformad på så sätt att den faktiskt säkerställer det syfte som eftersträvas och den får heller inte utgöra ett mer ingripande hinder i den fria rörligheten än vad som är nödvändigt för att

---

<sup>199</sup> Prop. 2008/09:65, *Sänkt bolagsskatt och vissa andra skatteåtgärder för företag*, s. 88.

<sup>200</sup> Se Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 148.

<sup>201</sup> Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, REG 2006, ECR I-07995, p. 67-68.

<sup>202</sup> Se exempelvis Näringslivets skattedelegation (NSD), Fi 2008/4390, Remissyttrande, 2008-08-31, s. 3.

<sup>203</sup> Prop. 2007/08:16, *Ändrade regler för CFC-beskattning m.m.*, s. 19.

<sup>204</sup> Se exempelvis Näringslivets skattedelegation (NSD), Fi 2008/4390, Remissyttrande, 2008-08-31, s. 3.

uppnå syftet med regeln.<sup>205</sup> Det innebär att eftersom reglerna, med den lydelse de har idag, träffar fler transaktioner än de rent konstlade är oproportionerliga i förhållande till sitt syfte. Reglerna kan därmed inte rättfärdigas och utgör således ett hinder för den fria etableringsrätten.

### 6.2.3 Skatteflyktsregler och etableringsfrihet

Nationella skatteflyktsregler som utgör en inskränkning i etableringsfriheten kan rättfärdigas endast i de fall det rör sig om rent konstlade upplägg som inte har någon ekonomisk förankring. Samtidigt definierar EG-domstolen begreppet etablering, enligt fördragets bestämmelser om etableringsfrihet, som en faktiskt bedriven ekonomisk verksamhet via ett fast driftställe på obestämd tid.<sup>206</sup> Det betyder att ett bolag varaktigt måste integrera sig i en annan medlemsstat för att där bedriva verksamhet av ekonomisk natur, för att en etablering över huvudtaget ska komma i fråga. De faktorer som är avgörande vid bedömningen av huruvida en etablering föreligger är ekonomisk och fysisk integration samt verksamhetens varaktighet.<sup>207</sup> Ekonomisk integration uppstår vid ett varaktigt utförande av olika ekonomiska aktiviteter för verksamhetens räkning.<sup>208</sup>

Genom dessa definitioner kan ett konstlat upplägg i form av till exempel ett frontföretag i en annan medlemsstat inte ses som en etablering, då det i sådana fall inte föreligger någon ekonomisk verksamhet alls. Nationella skatteflyktsregler som är ämnade att träffa rent konstlade upplägg torde därmed aldrig kunna komma att strida mot den fria etableringsrätten, eftersom det i dessa fall inte föreligger någon ekonomisk integration och därmed heller ingen etablering. Skatteflyktsreglerna kan endast komma i konflikt med etableringsfriheten när det finns något slag av ekonomisk verksamhet eftersom det är först då som en etablering föreligger. Förekommer det ekonomisk verksamhet, i någon form, träffar reglerna konstellationer som inte enbart består av rent konstlade upplägg vilket i sin tur innebär att de inte kan rättfärdigas.

På grund av detta ställer vi oss frågande till huruvida skatteflykt egentligen kan utgöra en rättfärdigande grund för etableringsfriheten eftersom rent konstlade upplägg aldrig kan utgöra en etablering och därmed inte inskränka etableringsfriheten.<sup>209</sup> Vi anser att EG-domstolen är något motsägelsefull i sin motivering till huruvida en inskränkning i etableringsfriheten kan rättfärdigas genom skatteflykt. Å ena sidan menar domstolen att skatteflyktsregler endast kan rättfärdigas då de träffar rent konstlade upplägg och å andra sidan konstaterar domstolen att ett rent konstlat upplägg är sådana upplägg som saknar någon ekonomisk förankring och som därmed inte utgör någon etablering.

Skatteflyktsregler kan dock ändå komma att stå i strid med EG-rätten. En regel får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå sitt ändamål och måste stå i proportion till sitt syfte.<sup>210</sup> Skatteflyktsregler måste därför prövas enligt proportionalitetsprincipen och reglerna får enligt praxis enbart träffa rent konstlade upplägg. Träffar reglerna andra

---

<sup>205</sup> Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, 2006, s. 145.

<sup>206</sup> Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, REG 2006, ECR I-07995, p. 54-55.

<sup>207</sup> S:t Clair Renard, Susanne, *Allmänt om etableringsrätten och fri rörlighet för tjänster*, 1996, häfte 14, s. 4.

<sup>208</sup> *Ibid* s. 5.

<sup>209</sup> Vi delar även denna åsikt med Ståhl, Kristina, *EG-rätt och skatteflykt*, Skattenytt, häfte 10, 2007, s. 590.

<sup>210</sup> Artikel 5.3 EG.

## Huruvida lagförslaget kan rättfärdigas

transaktioner än de rent fiktiva, går reglerna utöver sitt syfte och står därmed i strid mot EG-rätten. Vi anser därför att EG-domstolen inte bör pröva skatteflykt som en rättfärdigande grund till artiklarna 43 och 48 EG om etableringsfrihet utan istället lägga koncentrationen på proportionalitetsprincipen, kodifierad i artikel 5.3 EG, eftersom det är tillämpningen av denna princip som avgör huruvida nationella skatteflyktsregler går utöver sitt syfte eller inte.

## 7 Avslutande kommentar

Som genomgången ovan visat, utgör de nya reglerna om ränteavdragsbegränsningar inom en intressegemenskap enligt vår mening ett hinder för den fria etableringsrätten och kan inte rättfärdigas på grunden skatteflykt eftersom reglerna inte enbart träffar rent konstlade upplägg. Reglerna strider därmed mot EG-rätten och en ändring måste beaktas då EG-rätten har företräde framför svensk rätt. För att dessa regler, så som de är utformade idag, ändå ska kunna tillämpas i Sverige måste reglerna ändras något så att de istället endast träffar rent konstlade upplägg. De kan då rättfärdigas på grunden skatteflykt.

För att de nya reglerna ska träffa endast rent konstlade upplägg anser vi att ordet huvudsakligen borde slopas. Det skulle betyda att avdragsrätt i IL 24:10 d första stycket 2 föreligger, *om såväl förvärvet som den skuld som ligger till grund för ränteutgifterna är affärsmässigt motiverad*. Genom en sådan lydelse skulle även reglerna i större utsträckning motsvara lydelsen i IL 39a:7 a vilket skulle medföra en mer kongruent lagstiftning. Vi anser inte att det behövs strängare och mer långtgående krav för ränteavdragsbegränsningar än vad som krävs för CFC-beskattning.

Genom att slopa ordet huvudsakligen kommer företagen inte längre vara tvungna att visa en affärsmässighet till 75 procent, vilket vi anser är en fördel eftersom vi inte överhuvudtaget kan se hur en sådan bevisning skulle kunna företas. Förekommer ingen affärsmässighet i transaktionen är det således istället fråga om ett rent konstlat upplägg. Det är då, enligt EG-praxis, rättfärdigat att missgynna de utländska bolag som beskattar denna inkomst med mindre än tio procent eftersom det är uppenbart att dessa upplägg är till för att undgå beskattning.

Görs en ändring kommer de nya reglerna att kunna rättfärdigas på grunden skatteflykt eftersom de då enbart träffar rent konstlade upplägg. Därmed utgör reglerna inte längre en inskränkning i den fria etableringsrätten. Värt att notera är dock att vi även ställt oss frågan om huruvida sådana regler som är till för att undanröja skatteflykt över huvudtaget skulle kunna inskränka etableringsfriheten när de enbart ska träffa rent konstlade upplägg. Vi har konstaterat att ett rent konstlat upplägg inte är att se som en etablering eftersom det i dessa fall saknas en ekonomisk verksamhet. Saknas en ekonomisk verksamhet bör reglerna inte heller kunna strida mot den fria etableringsrätten. Vi anser därför att sådana regler istället måste prövas enligt proportionalitetsprincipen.



## Referenslista

### Författningar

Konsoliderad version av fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen, Officiella tidning nr C 325, 24 december 2002.

Inkomstskattelag (1999:1229).

### Offentligt tryck

Proposition 1999/2000:2 del 1, *Inkomstskattelagen*.

Proposition 2007/08:16, *Ändrade regler för CFC-beskattnings m.m.*

Skatteverkets hemställan, *Förslag om begränsningar i avdragsrätten för ränta m.m. på vissa skulder*, dnr Fi2008/4093.

Skatteverkets promemoria, *Förslag om begränsningar i avdragsrätten för ränta m.m. på vissa skulder*, bilaga till dnr 2008-06-23 131-348803-08/113.

Promemoria, *Förslag om begränsningar i avdragsrätten för ränta m.m. på vissa skulder*, dnr 131-348803-08/113, 2008-06-23.

Lagrådsremiss, *Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, 2008-09-25.

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

### KOM rapport

KOM 2007 785 slutlig, *Om tillämpning av åtgärder för att motverka missbruk i fråga om direkt beskattning – inom EU och i förhållande till tredje man*, Bryssel 2007-12-10.

### EG-praxis

13/63 *Italien mot Kommissionen*, REG 1963, ECR 165.

2/74 *Jean Reyners mot belgiska staten*, REG 1974, ECR 631.

120/78 *Reve-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, REG 1979, ECR 00649.

107/83 *Ordre des avocats au barreau de Paris mot Onno Klopp*, REG 1984, ECR 2971.

270/83 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Franska republiken (avoir fiscal)*, REG 1986, ECR 273.

81/87 *The Queen mot H.M Treasury and commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc*, REG 1988, ECR 5483.

C-221/89 *The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd mfl*, REG 1991, ECR I- 03905.

C-204/90 *Hanns-Martin Bachmann mot Belgiska staten*, REG 1992, ECR I-249.

## Referenslista

- C-300/90 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien*, REG 1992, ECR I-305.
- C-330/91 *The Queen mot Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG*, REG 1993, ECR I-4017.
- C-1/93 *Halliburton Services BV mot Staatssecretaris van Financiën*, REG 1994, ECR I-1137.
- C-279/93 *Finanzamt Köln-Alstadt mot Roland Schumacker*, REG 1995, ECR s. I-00225.
- 55/94 *Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, REG 1995, ECR I-04165.
- C-80/94 *G. H. E. J. Wielockx mot Inspecteur der directe belastingen*, REG 1995, ECR I-02493.
- C-250/95 *Futura Participations SA och Singer mot Administration des contributions*, REG 1997, ECR I-2471.
- C-264/96, *Imperial Chemical Industries plc (ICI) mot Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, REG 1998, ECR I-4695.
- C-254/97 *Société Baxter, B. Braun Médical SA, Société Fresenius France och Laboratoires Bristol-Myers-Squibb SA mot Premier Ministre, Ministère du Travail et des Affaires sociales, Ministère de l'Economie et des Finances och Ministère de l'Agriculture, de la Pêche et de l'Alimentation*, REG 1999, ECR I-4809.
- C-294/97 *Eurowings Luftverkehrs AG mot Finanzamt Dortmund-Unna*, REG 1999, ECR I-7447.
- C-311/97, *Royal Bank of Scotland plc mot Elliniko Dimosio (grekiska staten)*, REG 1999, ECR I-2651.
- C-251/98 *C. Baars mot Inspecteur der Belastingen*, REG 2000, ECR I-02787.
- Förenade målen C-397/98 *Metallgesellschaft Ltd m.fl.*, C-410/98 *Hoechst AG och Hoechst (UK) Ltd mot Commissioners of Inland Revenue och HM Attorney General*, REG 2001, ECR 0.
- C-136/00 *Rolf Dieter Danner*, REG 2002, ECR I-8147.
- C-324/00 *Lankhorst-Hoborst GmbH mot Finanzamt Steinfurt*, REG 2002, ECR I-11779.
- C-436/00 *X och Y mot Riksskatteverket*, REG 2002, ECR I-10829.
- C-168/01 *Bosal Holding BV mot staatssecretaris van Financiën*, REG 2003, ECR I-9409.
- C-387/01 *Harald Weigel och Ingrid Weigel mot Finanzlandesdirektion für Voralberg*, REG 2004, ECR I-4981.
- C-365/02 *Marie Lindfors*, REG 2004 ECR I-7183.
- C-196/04 *Cadbury Schweppes plc och Cadbury Schweppes Overseas Ltd mot Commissioners of Inland Revenue*, REG 2006, ECR I-07995.
- C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation mot Commissioners of Inland Revenue*, REG 2007, ECR I-02107.

## Svensk praxis

RÅ 2007 ref. 84 och 85.

## Litteratur

Allgårdh Olof & Norberg, Sven, *EU och EG-rätten - En handbok och lärobok om EU och i EG-rätt*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2004.

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002.

Craig, Paul & De Búrca, Gráinne, *EU law, text, cases and materials*, tredje upplagan, Oxford University Press, Oxford New York, 2003.

Dahlberg, Mattias, *Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and the Free Movement of Capital*, nionde upplagan, Kluwer Law International, Haag, 2005.

FAR SRS, Fi 2008/4093, Remissyttrande, 2008-06-18.

Fast, Katarina, *Seminarium om s.k. räntesnurror*, Svensk Skattetidning, årgång 75:9, 2008.

Lagrådet, *Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra viss skatteplanering inom en intressegemenskap*, utdrag ur protokoll vid sammanträde 2008-10-06, s. 5.

*Lagrådsremiss - Ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra vissa fall av skatteplanering inom en intressegemenskap*, Svenskt Näringsliv, 2008-09-29.

Moëll, Christina, *Proportionalitetsprincipen i skatterätten*, Juristförlaget i Lund, Lund, 2003.

Näringslivets skattedelegation (NSD), Fi 2008/4390, Remissyttrande, 2008-08-31.

Näringslivets skattedelegation (NSD), Fi 2008/4093, Remissyttrande, 2008-08-14.

S:t Claire Renard, Susanne, I Eliasson, Dan & Whal, Nils Redaktörer Publica, *EU – kommentar till EG-rätten*, Pärm 2, Häfte 14, s 3-18, Publica, Stockholm, 1996.

Steiner, Josephine & Woods, Lorna, *Textbook on EC law*, Oxford University Press, Oxford New York, 2003.

Ståhl, Kristina, *EG-rätt och skatteflykt*, Skattenytt, häfte 10, 2007, sida 575-594.

Ståhl, Kristina & Persson Österman, Roger, *EG-skatterätt*, andra upplagan, Iustus förlag, Västerås, 2006.

## **Bilaga 1 IL 24:1 och IL 24:10 a-e i inkomstskattelag (1999:1229)**

Reglerna återfinns från den 1 januari 2009 i inkomstskattelagen.

### **24 kapitlet**

#### 1 §

I detta kapitel finns bestämmelser om

- tillämpning i inkomstslaget näringsverksamhet av vissa bestämmelser i inkomstslaget kapital i 2 och 3 §§,
- partiell fission i 3 a §,
- kapitalrabatt på optionslån i 4 §,
- avdragsrätt för ränta på vinstandelslån i 5–10 §§,
- *begränsningar i avdragsrätten för ränta på vissa skulder 10 a–10 e §§*,
- avdrag för lämnad utdelning i 11 §, och
- skattefria utdelningar i 12–22 §§,

En bestämmelse om skattefrihet för utdelning från privatbostadsföretag finns i 15 kap. 4 §.

Bestämmelser om i vilken utsträckning ersättningar i form av livränta och liknande utbetalningar för avyttrade tillgångar räknas som ränta finns i 44 kap. 35 och 37-39 §§.

### ***Begränsningar i avdragsrätten för ränta på vissa skulder***

#### *Definition av företag i intressegemenskap*

##### *10 a §*

*Företag ska vid tillämpningen av 10 b-10 e §§ anses vara intressegemenskap med varandra om*

- 1. ett av företagen, direkt eller indirekt, genom ägarandel eller på annat sätt har ett bestämmande inflytande i det andra företaget, eller*
- 2. företagen står i huvudsak gemensam ledning*

*Med företag avses i första stycket och i 10 b-10 e §§ juridiska personer och svenska handelsbolag.*

#### *Huvudregler*

##### *10 b §*

*Ett företag som ingår i en intressegemenskap får inte – om inte annat följer av 10 d § - dra av ränteutgifter avseende en skuld till ett företag i intressegemenskapen, till den del skulden avser ett förvärv av en delägarrätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen.*

*Om en tillfällig skuld till ett företag som inte ingår i intressegemenskapen ersätts av en skuld till ett företag i intressegemenskapen, ska första stycket tillämpas på den sistnämnda skulden om bestämmelsen hade varit tillämplig på den förstnämnda skulden, för det fall det företaget hade ingått i intressegemenskapen.*

10 c §

Bestämmelsen i 10 b § första stycket tillämpas också – om inte annat följer av 10 e § - på en skuld till ett företag som inte ingår i intressegemenskapen, till den del ett företag i intressegemenskapen har en fordran på det förstnämnda företaget, eller på ett företag som är i intressegemenskap med det förstnämnda företaget, såvida skulden kan anses ha samband med denna fordran och avser förvärv av en delägarrätt från ett företag som ingår i intressegemenskapen.

Kompletteringsregler

10 d §

Ränteutgifter avseende sådana skulder som avses i 10 b § ska dras av om någon av följande förutsättningar är uppfyllda.

1. Inkomsten som motsvarar ränteutgiften skulle ha beskattats med minst 10 procent enligt lagstiftningen i den stat där det företag inom intressegemenskapen som faktiskt har rätt till inkomsten hör hemma, om företaget bara skulle ha haft den inkomsten.
2. Såväl förvärvet som den skuld som ligger till grund för ränteutgifterna är huvudsakligen affärsmässigt motiverade.

Om det företag inom intressegemenskapen som faktiskt har rätt till inkomsten har möjlighet att få avdrag för utdelning får första stycket 1 inte tillämpas, om Skatteverket kan visa att såväl förvärvet som den skuld som ligger till grund för ränteutgifter till övervägande del inte är affärsmässigt motiverade.

10 e §

Ränteutgifter avseende sådana skulder som avses i 10 c § ska dras av om någon av följande förutsättningar är uppfyllda.

1. Ett företag som har en sådan fordran som avses i 10 c § beskattas för den inkomst som har samband med denna fordran i enlighet med vad som sägs i 10 d § första stycket 1.
2. Såväl förvärvet som den skuld som ligger till grund för ränteutgifterna är huvudsakligen affärsmässigt motiverade.

Om ett företag som avses i första stycket 1 har möjlighet att få avdrag för utdelning ska 10 d § andra stycket tillämpas på motsvarande sätt.