



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Den svenska CFC-lagstiftningen i ljuset av skatteflyktsdirektivet

Amanda Alexandersson

Juridiska institutionen

Juristprogrammet, HT19

Examensarbete i skatterätt, 30 hp

Handledare: Robert Pålsson

Examinator: David Kleist

Sammanfattning

CFC-beskattning syftar till att förhindra skatteflykt genom att vinster placeras i utländska lågbeskattade dotterbolag. EU-domstolens rule of reason-doktrin har länge utgjort grunden för avvägningen mellan etableringsfriheten å ena sidan och behovet av att bekämpa skatteflykt å andra sidan. I mål C-196/04 Cadbury Schweppes uttalade sig EU-domstolen om under vilka förutsättningar CFC-beskattning kan tillåtas inom EES. CFC-regler som träffar andra förfaranden än rent konstlade upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen ansågs utgöra ett otillåtet hinder mot etableringsfriheten.

Sedan skatteflyktsdirektivets ikraftträdande har medlemsstaterna en skyldighet att agera mot denna typ av skatteundandragande. Parallellt med utvecklingen på skatteflyktsområdet förefaller EU-domstolen ha utvidgat sin syn på vad som kan anses utgöra en verklig etablering.

Vid tillämpning av CFC-regler finns nu två gränser att förhålla sig till, där den nedre utgörs av skatteflyktsdirektivets minimikrav och den övre av fördragen och EU-domstolens rule of reason-doktrin. Lagstiftaren tycks vid implementeringen av CFC-reglerna enbart ha tagit hänsyn till den lägre av dessa gränser, utan att i någon större utsträckning ha problematiserat direktivets tolkning utifrån primärrätten. Detta har resulterat i en svensk CFC-lagstiftning som på flera sätt är problematisk i förhållande till etableringsfriheten.

Förkortningar

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
CFC	Controlled foreign corporation
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FAR	Föreningen Auktoriserade Revisorer och Svenska Revisorsamfundet
FEU	Fördraget om Europeiska Unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
MBDB	Rådets direktiv 2011/96/EU av den 30 november 2011 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater
OECD prop.	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling Proposition

Innehållsförteckning

1. CFC-bolag - skatteflykt eller etableringsfrihet?	5
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	6
1.3.1 Kritisk rättsdogmatisk metod och EU-rättslig metod	6
1.3.2 EU-rättsliga tolkningsprinciper	7
1.3.3 Tillgängliga rättskällor	8
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Disposition	10
2. Direkt beskattning är inte enbart en nationell angelägenhet	11
2.1 EU-rätten som rättskälla	11
2.1.1 Primär- och sekundärrätt	11
2.1.2 EU-rättens genomslag i nationell rätt	12
2.1.2.1 Förhandsavgörande	12
2.1.2.2 Direkt effekt	13
2.1.2.3 Indirekt effekt och direktivkonform tolkning	13
2.1.2.4 Företrädesprincipen	13
2.2 EUs betydelse på skatteområdet	14
2.2.1 EUs lagsiftningskompetens	14
2.2.2 EU och direkt skatt	14
2.3 När utgör beskattning ett hinder för den fria rörligheten?	16
3. Restriktionsförbudet och rättfärdigandegrunderna	18
3.1 Restriktionsförbudet och rättfärdigandegrunderna i fördraget	18
3.1.1 Inledning	18
3.1.2 Etableringsfriheten	18
3.1.3 Den fria rörligheten för kapital och gränsdragningen mot etableringsfriheten	19
3.2 Rättfärdigande genom rule of reason-doktrinen	20
3.2.1 Inledning	20
3.2.2 Skatteflykt som rättfärdigandegrund	20
3.2.3 Rent konstlat upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen	21
3.2.4 Fiktivt upplägg	24
3.2.5 Flera rättfärdigandegrunder tillsammans	24
3.2.6 Rättfärdigandegrunder som inte accepterats	25
3.3 Är förbud mot missbruk en EU-rättslig princip?	26
3.4 Sammanfattning	27

4. Skatteflyktsdirektivets CFC-regler och etableringsfriheten	28
4.1 Skatteflyktsdirektivets bakgrund och syfte	28
4.2 Skatteflyktsdirektivets CFC-regler	29
4.2.1 Inledning	29
4.2.2.1 Artikel 7	29
4.2.2.2 Passiv inkomst-katalogen	30
4.2.2.3 Principal purpose-testet	31
4.2.2.4 Undantag	31
4.2.3 Artikel 8	32
4.3 Hur förhåller sig skatteflyktsdirektivets CFC-regler till etableringsfriheten och EU-domstolens praxis?	33
4.3.1 Inledning	33
4.3.2.1 Skatteflyktsdirektivets CFC-regler och EU-domstolens krav på rent konstlade upplägg	34
4.3.2.2 CFC-reglerna som uttryck för den välavvägda beskattningsrätten mellan medlemsstaterna	36
4.3.3 Risken för dubbelbeskattning vid indirekt ägda CFC-bolag	38
4.3.4 Skatteflyktsdirektivet som minimireglering	39
4.4 Ger skatteflyktsdirektivet medlemsstaterna vidare möjligheter att tillämpa CFC-regler än vad primärrätten medger?	41
4.4.1 Inledning	41
4.4.2 EU-domstolens tolkningsföreträde	41
4.4.3 Är direktivet ett uttryck för förändrade prioriteringar inom EU?	44
4.5 Sammanfattning	46
5. De svenska CFC-reglerna och etableringsfriheten	47
5.1 Den svenska CFC-lagstiftningen	47
5.1.1 Inledning	47
5.1.2.1 Bakgrund	47
5.1.2.2 Följden av CFC-beskattning	47
5.1.2.3 Förutsättningarna för CFC-beskattning	48
5.2 Potentiella problem i förhållande till etableringsfriheten	51
5.2.1 CFC-reglerna är mer långtgående än skatteflyktsdirektivet kräver	51
5.2.2.1 Rule of reason tillåter inte en presumtion för missbruk vid passiv förvaltning	52
5.2.2.2 CFC-reglerna leder till dubbelbeskattning vid indirekt ägande genom utländska bolag	53
5.3 Sammanfattning	54
6. Avslutande diskussion	56
Källförteckning	58

1. CFC-bolag - skatteflykt eller etableringsfrihet?

1.1 Bakgrund

CFC-lagstiftning har funnits i Sverige sedan 1990. CFC står för Controlled Foreign Corporation och regelverket syftar till att förhindra internationell skatteplanering och skatteflykt.¹ Ur ett nationellt perspektiv finns en risk att svenska bolag bedriver sin verksamhet genom utländska lågbeskattade bolag i syfte att undvika beskattning. Vinsten blir då föremål för svensk beskattning endast om dotterbolaget väljer att dela ut vinstmedlen till moderbolaget - en utdelning som dessutom ofta är skattefri enligt reglerna om näringsbetingade andelar.² Även den utökade skattefriheten för vinster vid avyttring av näringsbetingade andelar kunde utnyttjas för att ta hem lågbeskattade vinstmedel till Sverige utan någon ytterligare beskattning påfördes. CFC-beskattning syftar alltså till att minska incitamenten för bolag att placera vinster i lågbeskattade dotterbolag.³ I propositionen till den nuvarande svenska CFC-lagstiftningen tas som exempel upp koncerninterna transaktioner till felaktiga priser som innebär att en del av vinsten förs över till koncernföretag i lågskattestater för att sedan plockas ut i form av skattefri utdelning eller kapitalvinst.⁴

EU-domstolen klargjorde år 2006 i det välkända målet Cadbury Schweppes⁵ att CFC-beskattning utgör ett hinder för etableringsfriheten. Under vissa förutsättningar kan en sådan inskränkning emellertid rättfärdigas, i enlighet med den så kallade rule of reason-doktrinen. EU har under de senaste åren, till följd av OECD:s arbete mot BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), utarbetat ett direktiv för att säkerställa ett minimiskydd mot skatteflykt i samtliga medlemsstater.

Den 1 januari i år trädde Rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknadens funktion (härefter skatteflyktsdirektivet) i kraft. Som svar på skatteflyktsdirektivet har vissa regeländringar skett i den svenska CFC-lagstiftningen. Reglerna har mött kritik från flera håll för att vara alltför långtgående.⁶ Som motivering för den svenska regleringen har angetts att skatteflyktsdirektivets bestämmelser utgör en miniminivå, och därmed inte hindrar att nationella CFC-regler går längre än direktivet kräver.⁷ EU-domstolens tidigare praxis

¹ Dahlberg, Mattias, *Internationell Beskattning*, 4 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014 s. 185.

² *Ibid.*, s. 186. Jmf. 24 kap 35 § IL.

³ *Ibid.*, s. 189.

⁴ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 23.

⁵ Dom den 12 september 2006, C-196/04 Cadbury Schweppes, EU:C:2006:544.

⁶ Se exempelvis Blomquist, Erik, *Förslag till förändringar av CFC-reglerna - en kritisk kommentar*, Skattenytt, 2018:12, s 793-806, 2018 och remissinstansernas uttalande i prop. 2017/18:296 s. 27.

⁷ Se prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden.

avseende direkt beskattning och de fria rörligheterna ger emellertid uttryck för en helt annan ståndpunkt.⁸ Skatteflyktsdirektivets CFC-regler är dessutom själva, som kommer att framgå, inte helt förenliga med EU-domstolens praxis. Frågan uppkommer därmed hur bestämmelserna i direktivet ska tolkas, och hur de förhåller sig till etableringsfriheten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda vad det nya skatteflyktsdirektivet egentligen innebär för etableringsfriheten och hur direktivet påverkar medlemsstaternas möjlighet att tillämpa nationella CFC-regler. Uppsatsen syftar vidare till att utreda hur den svenska implementeringen av direktivets CFC-regler står sig i förhållande till etableringsfriheten. För att svara på detta utgår uppsatsen från två huvudsakliga frågeställningar:

- Hur ska skatteflyktsdirektivets CFC-regler tolkas mot bakgrund av fördragen och EU-domstolens rule of reason-doktrin, och i synnerhet de principer som fastställdes i Cadbury Schweppes?

- Mot bakgrund av detta, är de svenska CFC-reglerna förenliga med etableringsfriheten?

1.3 Metod och material

1.3.1 Kritisk rättsdogmatisk metod och EU-rättslig metod

I uppsatsen används en kritisk rättsdogmatisk metod kombinerad med en EU-rättslig metod. Uppsatsens studieobjekt är befintliga regler på skatteområdet. De regler uppsatsen behandlar bygger emellertid på ett nytt direktiv som till stor del präglas av politiska avvägningar och vars utfall med säkerhet inte ännu kan konstateras. En rättsdogmatisk metod där gällande rätt fastställs mot bakgrund av de klassiska rättskällorna kommer därför inte att vara tillräcklig, utan behöver kompletteras med en kritisk analys och argumentation.

För att svara på den första frågeställningen behöver en tolkning göras dels av skatteflyktsdirektivets motivuttalanden och bestämmelsernas innebörd, dels av EU-domstolens praxis. För detta ändamål kommer en EU-rättslig metod att användas, där textens ordalydelse sätts i ljuset av EU-rättens övergripande mål. Den EU-rättsliga tolkningsmetoden berörs mer strax nedan.

⁸ Se exempelvis C-196/04, Cadbury Schweppes, dom den 7 september 2017, C-6/16 Eqiom & Enka, EU:C:2017:641 och dom den 8 mars 2017, C-14/16, Euro Park Service, EU:C:2017:177.

För att svara på den andra frågeställningen behöver innebörden av de svenska CFC-reglerna fastställas. För att göra det används istället en rättsdogmatisk metod, där lagtext och förarbeten står i centrum för tolkningen av gällande rätt.⁹ Svenska domstolar och myndigheter är mer bundna av normer än vad EU-domstolen är, vilket innebär att en rättsdogmatisk metod där svaren söks bland de klassiska rättskällorna lämpar sig bättre vid studier av svenska rättsregler än vad som är fallet vid tolkning av EU-rätten. En svaghet med rättsdogmatiken som gett upphov till kritik av metoden är att den beskriver normer, men inte hur dessa tillämpas i verkligheten.¹⁰ En annan sak är att svenska dömande myndigheter är skyldiga att tolka reglerna i ljuset av EU-rätten, på områden där ett direktiv finns.¹¹ För att möjliggöra en problematisering de svenska CFC-reglerna i förhållande till EU-rätten kommer en kritisk rättsdogmatik att användas.¹²

1.3.2 EU-rättsliga tolkningsprinciper

Eftersom EU-rättsliga tolkningsprinciper skiljer sig en hel del från de svenska bör något sägas om de tolkningsmetoder EU-domstolen använder sig av och som därmed kommer att prägla den EU-rättsliga metod som används i uppsatsen.

Den skrivna EU-rätten är till stor del inkomplett och på de flesta områden saknas heltäckande reglering. Istället återfinns gällande rätt till övervägande del i EU-domstolens praxis, vilket betyder att unionsrätten till stor del utgörs av domarskapta regler.¹³ Som utgångspunkt anser EU-domstolen att man vid tolkning av en EU-rättslig bestämmelse inte enbart ska beakta bestämmelsens lydelse, utan också dess sammanhang och det syfte som eftersträvas.¹⁴ Detta har lett till att EU-domstolen använder sig av en ändamålsenlig tolkningsmetod som tillåter domstolen att fylla ut luckor i den skrivna rätten genom att tolka in rättsregler som den anser förbättrar det normativa systemet. Att denna metod fått så stort genomslag i EU-rätten beror till stor del på att unionsrättsliga bestämmelser ofta är målinriktade och därmed tämligen oprecisa.¹⁵ Tanken bakom fördragets målinriktade natur är att innehållet ska kunna fyllas ut med sekundärrättsliga bestämmelser. Eftersom inte heller de sekundärrättsliga bestämmelserna alltid är helt klara till sin ordalydelse ankommer det på EU-domstolen som uttolkare av EU-rätten att fylla ut innehållet och ge bestämmelserna en ändamålsenlig och

⁹ Kleineman, Jan, *Rättsdogmatik metod*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), i *Juridisk Metodlära*, 2 uppl., Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 21 ff.

¹⁰ *Ibid.*, s. 24.

¹¹ Se artikel 4 FEU och 288 FEUF. EU-rättens betydelse för svensk rätt kommer att belysas närmare i avsnitt 2 nedan.

¹² Kleineman, s. 35.

¹³ Hettne & Otken Eriksson (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 41.

¹⁴ *Ibid.*, s. 159.

¹⁵ *Ibid.*, s. 168.

sammanhängande innebörd.¹⁶ EU-domstolen har framhållit att tolkningen av sekundärrätt alltid måste ske mot bakgrund av fördragets syfte.¹⁷ EU-rätten innehåller också allmänna oskrivna rättsprinciper. Om ett direktiv lämnar flera alternativa tolkningsmöjligheter väljs den tolkning som stämmer bäst överens med fördraget och EU:s allmänna rättsprinciper.¹⁸ EU-domstolen har i ett flertal fall valt att tolka en EU-rättslig bestämmelse utifrån dess ändamål snarare än ordalydelse, för att säkerställa att bestämmelsen får den innebörd som bäst gynnar EU-rättens utveckling.¹⁹ Jämfört med domstolens roll i svensk rätt intar EU-domstolen därmed en mer rättsskapande position.

Motsatsslut används sällan i EU-domstolens resonemang, och man bör därför vara försiktig med att tolka innehåll i EU-rättsliga bestämmelser och domskäl e contrario.²⁰ Däremot gör domstolen ofta analogitolkningar. I detta hänseende skiljer sig EU-domstolen från svenska dömande myndigheter.²¹ Att EU-domstolen ofta gör analogislut hänger samman med den dynamiska tolkningsmetod som används inom EU och som möjliggör att regler tolkas på ett sätt som gynnar rättsutvecklingen och de allmänna mål som eftersträvas.²²

Även om EU-domstolen inte formellt är bunden av praxis följer den i praktiken sina tidigare avgöranden. EU-domstolen kan emellertid ändra sin praxis, vilket den oftast gör genom att förklara att man förtydligar tidigare uttalanden.²³

1.3.3 Tillgängliga rättskällor

Rättskällorna jag använt mig av är lagstiftning på såväl nationell nivå som EU-nivå, förarbeten, doktrin i form av litteratur och tidskriftsartiklar samt EU-domstolens praxis. Vad gäller tolkningen av skatteflyktsdirektivets CFC-regler innebär det naturligtvis en svårighet att direktivet är så pass nytt. Inga avgöranden från EU-domstolen som rör tolkningen av skatteflyktsdirektivet har hunnit komma sedan dess ikraftträdande. Det EU-rättsliga material

¹⁶ Ibid..

¹⁷ Dom den 13 december 1983, C-218/82, Commission v. Council, EU:C:1983:369.

¹⁸ Ståhl, Kristina, Persson Österman, Roger, Hilling, Maria & Öberg, Jesper, *EU-skatte rätt*, 3 uppl., Uppsala, Iustus, 2011, s. 47.

¹⁹ Hettne & Otken Eriksson, s. 49.

²⁰ Ibid., s. 165.

²¹ Inom svensk rätt anses analogislut av många i princip vara otillåtet i skattemål, främst med hänsyn till rättssäkerheten. Se exempelvis Pålsson, Robert, *Konstitutionell Skatterätt*, 3 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2013, s. 91 och Hultqvist, Anders, *Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattning*, Juristförlaget, Stockholm, 1995, s. 395 f. Notera dock RÅ 1992 ref. 76, där domstolen tillämpade ett analogislut till fördel för den skattskyldige.

²² Hettne m.fl., s. 165.

²³ Ståhl m.fl., s. 41. Se inte minst C-196/04 Cadbury Schweppes, där EU-domstolen utvecklade innebörden av begreppet rent konstlade upplägg som tidigare uttalats i dom den 16 juli 1998, C-264/96 ICI v. Colmer, EU:C:1998:370.

som finns att tillgå utöver skatteflyktsdirektivet i sig är EU-domstolens tidigare praxis, förslaget till direktivet och dess motivuttalanden.

Förarbeten är typiskt sett av mindre betydelse inom ramen för EU-rätten än för den svenska. Det beror till stor del på att lagstiftningsprocessen i EU präglas av omfattande och utdragna förhandlingar. Den slutliga rättsakten är därmed ofta en kompromiss som avviker avsevärt från det ursprungliga förslaget, vilket gör det svårt att identifiera ett enhetligt motiv.²⁴ Förarbeten saknar emellertid inte helt betydelse för tolkningen av EU-rätten och har på senare tid kommit att få större betydelse, mycket på grund av den ökade offentligheten och den förbättrade tillgängligheten av EU-rättsliga dokument.²⁵ Jag kommer i viss utsträckning att använda mig av förarbeten i form av lagförslag och motivuttalanden för att försöka utröna avsikten bakom de direktivsbestämmelser som diskuteras i uppsatsen. Försiktighet krävs dock då det med hänsyn till de långdragna förhandlingarna som ligger bakom varje rättsakt kan vara svårt att identifiera lagstiftarens vilja. Ett större fokus kommer att ligga på EU-domstolens tidigare praxis då det trots avsaknaden av klara besked om hur skatteflyktsdirektivet ska tolkas, finns en mängd domar på den direkta beskattningens område som kan ge vägledning i frågan.

1.4 Avgränsningar

Jag har, avseende min första frågeställning, valt att enbart analysera CFC-reglerna i förhållande till etableringsfriheten, då det främst är denna frihet som aktualiseras vid CFC-beskattnings. Eftersom gränsdragningen mot den fria rörligheten för kapital inte alltid är alldeles klar och det råder stor konvergens mellan de båda friheterna kommer även den senare att kort beröras. Uppsatsen syftar inte till att problematisera direktivets tillkomst utifrån EU:s kompetens eller utifrån proportionalitets- och subsidiaritetsprincipen. Inte heller direktivets tillämplighet i förhållande till bilaterala skatteavtal kommer att beröras i denna uppsats.

Eftersom skatteflyktsdirektivet enbart är tillämpligt på juridiska personer²⁶ begränsas också uppsatsen till CFC-beskattnings av bolag. När jag i det följande skriver delägare avses juridiska personer som är delägare i ett CFC-bolag. Även om skatteflyktsdirektivet har föranlett förändringar på flera håll i inkomstskattelagen har jag av utrymmesskäl valt att enbart behandla CFC-reglerna i 39 a kap IL.

EU-domstolen har i ett mycket stort antal mål behandlat direkt beskattning i förhållande till etableringsfriheten. Av utrymmesskäl kommer jag enbart att redogöra för ett par av dem. Med

²⁴ Hettne & Otken Eriksson, s. 114.

²⁵ Ibid., s. 113.

²⁶ Se artikel 1 skatteflyktsdirektivet.

hänsyn till att EU-domstolen istället för att formulera nya domskäl ofta hänvisar till tidigare liknande mål saknas också anledning att gå igenom fler än ett par stycken. Jag har valt att fokusera mest på de mål som kommit att få störst inverkan på skatteflyktsområdet och därmed får anses utgöra grunden för EU-domstolens rule of reason-doktrin.

Av utrymmesskäl är uppsatsen begränsad till direkt beskattning. Något bör dock sägas om förhållandet mellan rule of reason-doktrinen och EU-domstolens missbrukspraxis på den indirekta beskattningens område. På mervärdesskatteområdet, som idag är helt harmoniserat inom EU, gäller principen om förfarandemissbruk - något som EU-domstolen slagit fast i bland annat Halifax.²⁷ Principen är tillämplig på transaktioner som huvudsakligen syftar till att uppnå en skattefördel och som innebär ett kringgående av skattereglerna på ett sätt som strider mot reglernas syfte.²⁸ Vanistendael är av uppfattningen att EU-domstolen genom de båda målen Halifax och Cadbury Schweppes slagit fast att det finns en enhetlig missbruksdoktrin som gäller i alla frågor som rör beskattning, såväl direkt som indirekt.²⁹ Dahlberg menar istället att principen om förfarandemissbruk är allt för vag för att kunna tillämpas på ett område som inte är fullt harmoniserat.³⁰ Även om likheter finns får det anses oklart huruvida samma princip om förfarandemissbruk även går att använda på den direkta beskattningens område.

1.5 Disposition

Uppsatsens första del har nu avhandlats och några ord ska sägas om den kommande framställningens upplägg. I avsnitt 2 redogörs för EU:s betydelse på den direkta beskattningens område. Därefter behandlas i avsnitt 3 EU-domstolens rule of reason-doktrin och den praxis som finns gällande skatteflykt och etableringsfrihet. Avsnitt 4 syftar till att redogöra för skatteflyktsdirektivets CFC-regler och hur dessa bör tolkas mot bakgrund av EU-domstolens praxis. I avsnitt 5 analyseras den svenska implementeringen i ljuset av denna tolkning. Slutligen kommer jag i avsnitt 6 knyta ihop de slutsatser som dragits och besvara mina frågeställningar.

²⁷ Dom den 21 februari 2006, C-255/02 Halifax EU:C:2006:121 p. 70.

²⁸ Ibid., p. 74-75.

²⁹ Vanistendael, Frans, *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax Law?*, EC Tax Review 2006-4, s.192-195, 2006, s. 194.

³⁰ Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 369 f.

2. Direkt beskattning är inte enbart en nationell angelägenhet

2.1 EU-rätten som rättskälla

2.1.1 Primär- och sekundärrätt

EU-rätten kan delas in i primärrätt och sekundärrätt. Primärrätten utgörs av fördrag och består av Fördraget om Europeiska Unionen och Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt (i det följande kallade EUF och FEUF), samt tillägg till dessa. De båda fördragen bör ses som ramfördrag då de huvudsakligen anger allmänna målsättningar och principer för unionen.³¹ I FEUF återfinns även bestämmelser om maktfördelningen mellan EU:s institutioner och beslutsprocessen vid lagstiftningsförfarandet. De mål och principer som uttrycks i fördragen ligger till grund för skapandet av sekundärrätten. Som kommer att framgå har inte primärrättens allmänna karaktär hindrat fördragen från att ligga till grund för EU-domstolens avgöranden. Tvärtom har domstolen i ett flertal mål konstaterat att även fördragsbestämmelser kan utgöra ett hinder mot att tillämpa nationell lag.³²

Sekundärrätten är underordnad primärrätten och består av en mängd rättsakter av olika karaktär.³³ Sekundärrätten måste utformas i enlighet med primärrätten och uppfylla såväl de formella reglerna om beslutsfattande som de mål och principer som anges i fördragen.³⁴ Artikel 288 FEUF föreskriver närmare vilka rättsakter EU:s institutioner kan anta. I artikeln anges förordningar, direktiv, beslut, rekommendationer och yttranden.

En förordning ska ha allmän giltighet och vara direkt tillämplig i samtliga medlemsstater. Den är till alla delar bindande³⁵ och nationell lagstiftning får inte innehålla några avvikelser, varken till fördel eller nackdel för dem som omfattas av bestämmelsen.³⁶ Ett direktiv ska med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men måste till skillnad från en förordning implementeras i nationell rätt av medlemsstaterna själva.³⁷ Det är också upp till medlemsstaterna att bestämma formen och tillvägagångssättet för genomförandet av direktivet. Det vanligaste sättet att införliva ett direktiv är genom nationell lagstiftning.³⁸ EU-domstolen har emellertid även godtagit

³¹ Ståhl m.fl., s. 24.

³² Ibid.

³³ Ibid.

³⁴ Ibid.

³⁵ Artikel 288 FEUF andra stycket.

³⁶ Ståhl m.fl., s. 25.

³⁷ Artikel 288 FEUF tredje stycket.

³⁸ Ståhl m.fl., s. 26.

implementering genom förarbeten.³⁹ I vissa fall har inte ens ett uttryckligt införlivande av direktivets innehåll ansetts krävas - EU-domstolen har nämligen uttalat att även oskrivna allmänna rättsprinciper kan vara tillräckligt för att direktivsbestämmelsen ska få genomslag.⁴⁰ Rekommendationer och yttranden är inte rättsligt bindande⁴¹ och kommer inte att beröras i denna uppsats.

2.1.2 EU-rättens genomslag i nationell rätt

På de områden EU saknar exklusiv kompetens finns i princip 28 olika rättsordningar, mer eller mindre förenliga med varandra. Institutionerna har dessutom, på den direkta beskattningens område, enbart givits möjligheten att lagstifta genom direktiv⁴², som ju inte är direkt tillämpliga utan måste införlivas i var och en av medlemsstaternas nationella rättssystem. För att säkerställa att EU-rätten får genomslag och i så stor utsträckning som möjligt tillämpas på samma sätt inom unionen finns därför i FEUF vissa bestämmelser som syftar till att tillförsäkra en enhetlig tolkning av EU-rätten.⁴³

2.1.2.1 Förhandsavgörande

Det kanske mest centrala verktyget för att säkerställa en enhetlig tolkning av EU-rätten är artikel 267 FEUF, enligt vilken de nationella domstolarna får hänskjuta frågor rörande tolkningen av bestämmelser i fördragen eller andra rättsakter till EU-domstolen, för ett så kallat förhandsavgörande. Ett förhandsavgörande innebär dock inte att domstolen uttalar sig om den nationella lagstiftningens förenlighet med EU-rätten. EU-domstolen tolkar bara bestämmelsens innebörd, för att sedan lämna till den hänskjutande domstolen att avgöra huruvida den nationella regeln strid med EU-rätten eller inte.⁴⁴ EU-domstolens avgörande är formellt bara bindande för den domstol som begärt förhandsavgörandet⁴⁵, men är i praktiken prejudicerande då EU-domstolen är den främsta uttolkaren av EU-rätten.⁴⁶

³⁹ Dom den 7 maj 2002, C-478/99, Kommissionen mot konungariket Sverige, EU:C:2002:281.

⁴⁰ Dom den 5 juli 2007, C-321/05, Kofoed, EU:C:2007:408.

⁴¹ Se artikel 288 femte stycket FEUF.

⁴² Se artikel 115 FEUF.

⁴³ Ståhl m.fl., s. 28.

⁴⁴ Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 344.

⁴⁵ Hettne & Otken Eriksson, s. 51.

⁴⁶ Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 351.

2.1.2.2 Direkt effekt

EU-domstolen har även i sin praxis utvecklat vissa principer för att ytterligare garantera ett effektivt genomförande av EU-rätten hos nationella domstolar och myndigheter. Principen om direkt effekt har varit av stor betydelse för EU-rättens genomslagskraft sedan den fastslogs av EU-domstolen i Van Gend & Loos⁴⁷. Att en bestämmelse har direkt effekt innebär att enskilda kan åberopa den inför nationella domstolar och myndigheter. Förordningar medför som nämnts alltid rättigheter och skyldigheter som kan åberopas av enskilda, men även andra rättsakter kan ha direkt effekt förutsatt att vissa villkor är uppfyllda. För att ha direkt effekt måste bestämmelsen i fråga vara ovillkorlig på så sätt att den ska kunna tillämpas utan att ytterligare åtgärder, exempelvis lagstiftning, behöver vidtas från medlemsstaternas sida. Vidare ska övergångsperioden ha löpt ut utan att rättsakten införlivats i nationell rätt på erforderligt vis. Slutligen ska bestämmelsens innebörd vara tillräckligt klar och precis för att kunna tillämpas av en nationell domstol.⁴⁸

2.1.2.3 Indirekt effekt och direktivkonform tolkning

Direktivkonform tolkning innebär att alla nationella regler som bygger på ett direktiv måste tolkas i enlighet med direktivet. Så är även fallet med de nationella regler som inte utfärdats i syfte att implementera ett direktiv men som likväl rör frågor där det finns bindande EU-rätt.⁴⁹ Man brukar tala om ett direktivs indirekta effekt. Principen om direktivkonform tolkning slogs fast av EU-domstolen i Von Colson⁵⁰. Medlemsstaternas skyldighet att tolka nationell rätt i ljuset av EU-direktiv följer även av den fördragsstadgade lojalitetsplikten som går att utläsa av artikel 4 FEU och 288 FEUF.

Nationella regler som bygger på ett direktiv blir per automatik av EU-rättslig karaktär, vilket innebär att det ytterst är EU-domstolen som tolkar dess innebörd. Bestämmelsens innebörd blir därmed beroende av EU-domstolens praxis och i den mån den nationella definitionen av ett begrepp avviker från EU-rätten är det den EU-rättsliga innebörden som ska användas.⁵¹

2.1.2.4 Företrädesprincipen

EU:s överstatlighet innebär att varje medlemsstat i samband med sitt inträde i unionen har av sagt sig en del av sin suveränitet. EU-rätten är överordnad den nationella rätten och har vid

⁴⁷ Dom den 5 februari 1963, C-26/62, Van Gend & Loos, EU:C:1962:42.

⁴⁸ Dahlberg, *Internationell beskattning*, s. 346.

⁴⁹ Ståhl m.fl., s. 36.

⁵⁰ Dom den 10 april 1984, C-14/83 Von Colson, EU:C:1984:153.

⁵¹ Hettne & Otken Eriksson, s. 181.

regelkonflikt företräde framför medlemsstaternas egna lagar.⁵² EU-rättens företräde slogs fast av EU-domstolen i det kända målet *Costa v E.N.E.L.*⁵³ Företrädesprincipen gäller oavsett om EU-regeln är av primärrättslig eller sekundärrättslig karaktär.⁵⁴

2.2 EU:s betydelse på skatteområdet

2.2.1 EU:s lagsiftningskompetens

EU:s lagstiftningskompetens grundas på principen om tilldelade befogenheter som finns uttryckt i artikel 5 FEU. Principen innebär att EU enbart ska handla inom ramen för de befogenheter den tilldelats av medlemsstaterna och för att nå de mål som fastställs där. Varje befogenhet som inte har tilldelats EU genom fördragen ska tillhöra medlemsstaterna själva. Utövandet av befogenheterna ska enligt samma artikel styras av proportionalitetsprincipen och subsidiaritetsprincipen. Enligt dessa principer får unionens åtgärder inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det mål som eftersträvas. På de områden EU inte har tilldelats exklusiv kompetens ska den enbart handla i den mån medlemsstaterna inte själva i tillräcklig utsträckning kan uppnå samma resultat.

Att medlemsstaterna har exklusiv befogenhet på skatteområdet framgår av artikel 3-6 FEUF. Skatter listas inte där som ett av de områden EU har befogenhet inom. Det innebär emellertid inte att EU saknar inflytande på svensk skattelagstiftning. EU-rätten har tvärtom kommit att få stor betydelse vid såväl utformningen som tillämpningen av nationella skatteregler.

2.2.2 EU och direkt skatt

Skatterätten går att dela in i två huvudområden: direkt beskattning och indirekt beskattning. Direkt beskattning är kanske den form de flesta tänker på när de hör ordet skatt. Den direkta skatten är den inkomstskatt som betalas av privatpersoner och företag. Indirekt skatt är alla andra typer av skatter, såsom mervärdesskatt och punktskatt. På den indirekta beskattningens område finns artikel 110-113 FEUF. Bestämmelserna avser regleringen av mervärdesskatt, punktskatt och andra indirekta skatter. Mervärdesskatten är idag i princip helt harmoniserad inom EU genom mervärdesskattedirektivet.⁵⁵ Inkomstskatten däremot är fortfarande till övervägande del oharmoniserad. Det finns avseende gränsöverskridande koncerner ett fåtal

⁵² Ståhl m.fl. s. 21.

⁵³ Dom den 15 juli 1964, C-6/64 *Costa v E.N.E.L.*, EU:C:1964:66.

⁵⁴ Ståhl m.fl. s. 21.

⁵⁵ Rådets direktiv 2006/112/EG av den 28 november 2006 om ett gemensamt system för mervärdesskatt.

direktiv som syftar till att harmonisera vissa särskilda typer av inkomstskattefrågor.⁵⁶ I övrigt är det upp till medlemsstaterna att själva utforma sina skatteregler.

Primärrätten innehåller få bestämmelser som uttryckligen tar sikte på direkt beskattning. Trots, eller kanske på grund av, frånvaron av uttrycklig reglering finns ett mycket stort antal domar från EU-domstolen som rör inkomstbeskattning och de fria rörligheterna. Vanligt är att EU-domstolen i dessa mål inleder sina domskäl med att konstatera att skatter är ett område där medlemsstaterna har exklusiv kompetens.⁵⁷ Samtidigt måste, som domstolen tydligt framhållit, den nationella lagstiftningen vara förenlig med EU-rätten.⁵⁸ Medlemsstaternas självbestämmande på skatteområdet kan därför uppfattas som paradoxalt. I den mån nationell rätt riskerar att inverka på den inre marknadens funktion ger fördragen EU kompetens att reglera även på den direkta beskattningens område. FEUF föreskriver nämligen att alla hinder för den fria rörligheten för varor, tjänster, personer och kapital ska undanröjas.⁵⁹ Detta ger EU indirekt kompetens även på områden där uttrycklig sådan saknas, om medlemsstaternas nationella rättsregler riskerar att inskränka någons fördragsstadgade rättigheter.⁶⁰ Som skydd för medlemsstaternas suveränitet gäller de ovan nämnda principerna om subsidiaritet och proportionalitet.⁶¹

Den primärrättsliga reglering som kan aktualiseras på området för direkt beskattning finns i Artikel 115 FEUF som lyder:

Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 114 ska rådet enhälligt i enlighet med ett särskilt lagstiftningsförfarande och efter att ha hört Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén utfärda direktiv om tillnärmning av sådana lagar och andra författningar i medlemsstaterna som direkt inverkar på den inre marknadens upprättande eller funktion.

Artikeln tycks föreskriva att medlemsländernas självbestämmande vad gäller direkt beskattning enbart kan inskränkas genom direktiv, som ju till skillnad från fördragen och förordningar inte alltid har direkt effekt utan måste implementeras i medlemsstaternas nationella rättssystem. I artikeln uppställs dessutom ett krav på enhällighet hos medlemsstaterna vid beslut om reglering av skatter och avgifter, vilket försvårar

⁵⁶ Se direktiv 2011/96 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater, direktiv 2003/49 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika länder och direktiv 2009/133 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, partiell fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater samt om flyttning av ett europabolags eller en europeisk kooperativ förenings säte från en medlemsstat till en annan.

⁵⁷ Dahlberg, *Europarätten - 20 år i Sverige*, s. 94.

⁵⁸ Se exempelvis dom den 16 juli 2015, C-95/14, UNIC & Uni.co.pel, EU:C:2015:492, och dom den 12 november 2015, C-198/14, Visnapuu, EU:C:2015:751 och C-14/16, Euro Park Service.

⁵⁹ Se exempelvis artikel 49 och 56 FEUF.

⁶⁰ Ståhl m.fl., s. 70.

⁶¹ Se artikel 5 FEU.

harmoniseringen på området.⁶² Längre var också den allmänna uppfattningen att fördragets bestämmelser i sig inte inkräktar på medlemsstaternas exklusiva kompetens i skattefrågor.⁶³ Att så inte är fallet konstaterade EU-Domstolen i *Avoir fiscal*.⁶⁴ Domstolen slog där fast att nationella skatteregler som innebär ett hinder för etableringsfriheten kan angripas direkt med stöd av fördraget. Även reglering på områden som inte harmoniserats genom direktiv måste således utformas och tolkas i enlighet med fördragets innehåll. Domstolen framhöll även i målet att risken för skatteflykt inte utgör ett sådant skäl som medger undantag från den grundläggande principen om etableringsfrihet.⁶⁵ Som kommer att framgå har domstolen på senare tid antagit en mer nyanserad inställning till saken.

2.3 När utgör beskattning ett hinder för den fria rörligheten?

Skatter innebär till sin natur ett hinder för den fria rörligheten, då beskattning medför att etableringar och kapitalinnehav fördyras. Skatter är emellertid motiverade av allmänhetens behov av att finansiera offentliga utgifter. Hela den moderna välfärdsstatens existens bygger på skatteintäkter och frågan om skatt kan därför inte jämföras med andra allmänintressen. Beskattning måste helt enkelt få ske även om det innebär ett hinder för den fria rörligheten. Frågan som härrör från förhållandet mellan beskattning och de fria rörligheterna bör därför inte förstås i form av om det föreligger ett hinder, utan snarare om det råder skatteneutralitet mellan gränsöverskridande och rent interna situationer.⁶⁶ Eftersom de fördragsstadgade friheterna aktualiseras först i en gränsöverskridande situation kan en nationell bestämmelse som enbart träffar rent interna förhållanden inte utgöra ett hinder. Någon måste på något sätt ha hindrats från att utnyttja sin fria rörlighet genom bestämmelsen.⁶⁷ Vidare krävs för att ett hinder ska anses föreligga att den nationella bestämmelsen innebär en negativ särbehandling i gränsöverskridande transaktioner jämfört med vad som gäller för motsvarande rent interna situationer. Något hinder anses dock inte föreligga då en gränsöverskridande transaktion i och för sig medför en högre beskattning än om den varit rent intern, men där ingen av medlemsstaternas lagstiftning innebär en negativ särbehandling. En sådan negativ skatteeffekt anses bara vara ett resultat av att flera medlemsstater parallellt utövar sin beskattningsrätt.⁶⁸ Negativ särbehandling föreligger inte heller om en gränsöverskridande situation behandlas på ett mer förmånligt sätt än en rent intern. Det är dock inte nödvändigt att en viss bestämmelse alltid har en hindrande effekt på den fria rörligheten, det är tillräckligt att regeln i enstaka

⁶² Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 344.

⁶³ Ståhl m.fl., s. 70.

⁶⁴ Dom den 28 januari 1986, C-270/83, *Avoir fiscal*, EU:C:1986:37.

⁶⁵ C-270/83 *Avoir fiscal*, p. 25.

⁶⁶ Bizzioli, Gianluigi, *Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?*, *EC Tax Review* 2017-3, s.167-175, 2017, s. 169.

⁶⁷ Ståhl m.fl., s. 71.

⁶⁸ Se dom den 14 november, 2006, C-513/04, *Mark Kerckhaert och Bernadette Morres v. Belgische Staat*, EU:C:2006:713, p. 20.

situationer innebär en nackdel i gränsöverskridande sammanhang för att för att vara fördragsstridig.⁶⁹ Bedömningen ska ske för varje enskild bestämmelse för sig. Detta innebär att en bestämmelse som innebär en negativ särbehandling inte kan vägas upp genom att samma subjekt åtnjuter en skattemässig fördel i ett annat avseende.⁷⁰

En skatteregel måste alltså, för att anses utgöra ett hinder för den fria rörligheten 1. göra åtskillnad mellan gränsöverskridande och rent interna förhållanden och 2. behandla den förra på ett mindre fördelaktigt sätt skattemässigt. Alla typer av diskriminering är förbjuden, såväl direkt som indirekt diskriminering, och gäller oavsett om det är värdstaten eller ursprungsstaten som ställer upp hindret.⁷¹

⁶⁹ Ståhl m.fl., s. 73.

⁷⁰ Ibid., s. 74.

⁷¹ Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 395.

3. Restriktionsförbudet och rättfärdigandegrunderna

3.1 Restriktionsförbudet och rättfärdigandegrunderna i fördraget

3.1.1 Inledning

EU ska arbeta för att upprätthålla den inre marknaden, vilket innebär att fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital ska råda inom unionen.⁷² Det råder därför förbud mot nationella åtgärder som inskränker de friheter som garanteras i fördraget. Sådana restriktioner kan dock rättfärdigas under vissa förutsättningar. Uppsatsens syfte har avgränsats till etableringsfriheten, men då det råder en stor konvergens mellan etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital kommer ett par ord sägas även om den sistnämnda.

3.1.2 Etableringsfriheten

Etableringsfriheten fastslås huvudsakligen i artikel 49 FEUF som lyder:

Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.

Artikel 52 FEUF medger ett undantag till restriktionsförbudet. Där stadgas att

Bestämmelserna i detta kapitel och åtgärder som vidtagits med stöd av dessa ska inte hindra tillämpning av bestämmelser i lagar och andra författningar som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

Möjligheten att inskränka etableringsfriheten genom fördraget får dock anses vara av mycket begränsad betydelse då EU-domstolen hittills aldrig godtagit en hindrande nationell

⁷² Artikel 26 FEUF.

skatteregel genom fördragsundantaget. Detsamma gäller för den fria rörligheten för kapital.⁷³ Gränsdragningen mellan de båda friheterna ska i det följande kort beröras.

3.1.3 Den fria rörligheten för kapital och gränsdragningen mot etableringsfriheten

EU-domstolen har slagit fast att aktieäggande kan utgöra en etablering enbart om innehavet, direkt eller indirekt, är så stort att aktieägaren faktiskt har kontroll över bolaget. Om delägaren inte äger en sådan stor andel är det istället fråga om ett kapitalinnehav, som skyddas av artikel 63 FEUF.⁷⁴

I artikel 63 FEUF föreskrivs att alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredjeländer ska vara förbjudna. Artikeln förbjuder medlemsstater att tillämpa skattebestämmelser som gör åtskillnad mellan skattebetalare, beroende på bostadsort och var de investerat sitt kapital. Samma rättfärdigande grunder har ansetts gälla vid restriktioner för kapitalrörelser som för etableringsfriheten, trots att artikelns ordalydelse tycks indikera en vidare möjlighet att inskränka den fria rörligheten för kapital.⁷⁵ Dahlberg menar att mycket tyder på att EU-domstolen tolkar artikel 63 FEUF som en kodifiering av rule of reason-doktrinen.⁷⁶ Även Ståhl är av uppfattningen att domstolen valt att tolka bestämmelsen som en kodifiering av praxis snarare än en utvidgning av undantagen i fördraget.⁷⁷ Jag ansluter mig till denna uppfattning då EU-domstolen i sin praxis tycks göra sin hindersprövning mot bakgrund av samma typer av rättfärdigande grunder avseende de båda friheterna.

Gränsdragningen mellan de båda friheterna i det enskilda fallet är således i praktiken av underordnad betydelse när transaktionerna sker inom EES. Eftersom den fria rörligheten för kapital emellertid även gäller gentemot tredje land⁷⁸, kan omfattningen av innehavet i vissa fall komma att få stor betydelse. Då uppsatsen endast syftar till att analysera CFC-beskattnings av delägare i dotterbolag inom EES saknar denna gränsdragning i princip betydelse, och jag kommer härefter enbart att uttrycka mig i termer av etableringsfrihet.

⁷³ Ståhl m.fl., s. 147. Jmf. artikel 63 och 65.1 b FEUF.

⁷⁴ Dom den 21 november 2002, C-436/00, X & Y, EU:C:2002:704, p. 68.

⁷⁵ Jmf. artikel 65.1 b FEUF.

⁷⁶ Dahlberg, *Internationell Beskattnings*, s. 404.

⁷⁷ Ståhl m.fl., s. 148.

⁷⁸ Se artikel 63.2 FEUF.

3.2 Rättfärdigande genom rule of reason-doktrinen

3.2.1 Inledning

Fördragsbestämmelserna tillåter enbart i yttersta undantagsfall nationella skatteregler som är diskriminerande eller verkar hindrande för etableringsfriheten. För detta krävs att regeln i fråga grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa. Det torde vara sällsynt att en inkomstskatteregel kan motiveras med någon av dessa grunder. Utöver de rättfärdigande grunder som finns i fördraget har EU-domstolen genom sin så kallade rule of reason-doktrin utvecklat vissa ytterligare grunder för inskränkningar av etableringsfriheten på det direkta skatteområdet. Dessa kommer att behandlas närmare i följande avsnitt.

3.2.2 Skatteflykt som rättfärdigande grund

För att en nationell bestämmelse ska kunna rättfärdigas med stöd av rule of reason-doktrinen måste den uppfylla de allmänna krav som utformats i EU-domstolens praxis. Redan år 1977 var domstolen inne på att en avvägning mellan etableringsfriheten och nationella regler med hänsyn till allmänintresse måste göras.⁷⁹ Kraven så som de tillämpats under de senaste åren formulerades i det kända Gebhard-målet och har sedan dess utgjort grunden för domstolens prövning. Bestämmelsen ska 1. vara tillämplig på ett icke-diskriminerande sätt, 2. framstå som motiverad med hänsyn till ett trängande allmänintresse, 3. vara ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och 4. inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.⁸⁰

Det första kravet innebär att en nationell skatteregel som är öppet diskriminerande, det vill säga uttryckligen gör skillnad på rent interna och gränsöverskridande transaktioner, aldrig kan rättfärdigas genom rule of reason-doktrinen. En sådan regel kan således enbart rättfärdigas av de skäl som anges i fördraget⁸¹, vilka torde aktualiseras mycket sällan.

För att kunna rättfärdigas måste skatteregeln också vara motiverad med hänsyn till ett trängande allmänintresse. Vad som kan utgöra ett trängande allmänintresse har ofta varit föremål för EU-domstolens diskussion. Domstolens inställning har till synes utvecklats genom åren. Exempelvis uttalade EU-domstolen år 1986 i Avoir fiscal att man

inte i detta sammanhang [kan] åberopa risken för skatteflykt. [...] Artikel 52 i EEG-fördraget tillåter inte undantag från den grundläggande principen om etableringsfrihet av sådana skäl.⁸²

⁷⁹ Se dom den 28 april 1977, C-71/76 Thieffry, EU:C:1977:65, p. 15.

⁸⁰ Dom den 30 november 1995, C-55/94 Gebhard, EU:C:1995:411, p. 37.

⁸¹ Dom den 29 april 1999, C-311/97 Royal Bank of Scotland, EU:C:1999:216, p. 32.

⁸² C-270/83 Avoir fiscal p. 25.

Förhindrande av skatteflykt anses emellertid numera utgöra en sådan grund som kan motivera en negativ särbehandling som hindrar den fria rörligheten.⁸³ Däremot har EU-domstolen vid flera tillfällen slagit fast att någon allmän presumtion för skatteflykt inte kan grundas på enbart den omständigheten att ett bolag etablerar sig i en annan medlemsstat.⁸⁴ Istället gäller att en nationell skatteregel som syftar till att förhindra skatteflykt måste vara riktad mot rent konstlade upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen. Principen om rent konstlade upplägg har slagits fast av EU-domstolen i ett stort antal mål och tycks även vara ett uttryck för kravet på ändamålsenlighet och proportionalitet. Även om en nationell skatteregel är motiverad med hänsyn till tvingande skäl av allmänintresse kan en inskränkning av den fria rörligheten inte rättfärdigas om regeln går utöver vad som krävs för att uppnå målet som eftersträvas. En regel som har ett vidare tillämpningsområde än rent konstlade upplägg har av EU-domstolen inte ansetts vara proportionerlig. Proportionalitetskravet har i praxis visat sig vara det svåraste kravet för medlemsstaterna att tillgodose.⁸⁵

3.2.3 Rent konstlat upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen

EU-domstolen har i sina domskäl ofta nöjt sig med att konstatera den tillåtna räckvidden av en bestämmelse för att den ska kunna anses proportionerlig, och har därefter lämnat åt den hänskjutande domstolen att själv avgöra om så är fallet med den nationella bestämmelsen i fråga.⁸⁶ Det som för domstolen varit avgörande är huruvida bestämmelsen har ett tillämpningsområde som enbart träffar arrangemang med rent konstlade upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen i den berörda medlemsstaten. Kravet på rent konstlade upplägg uttalades av EU-domstolen för första gången redan år 1998 i *ICI v. Colmer*.⁸⁷ Domstolen upprätthöll denna syn i ett flertal efterföljande rättsfall⁸⁸, men det dröjde till år 2006 och EU-domstolens avgörande i *Cadbury Schweppes*⁸⁹ innan innebörden av uttrycket rent konstlat upplägg preciserades.

Avgörandet, som får anses vara ett av EU-domstolens mest omtalade på det direkta beskattningsområdet, har kommit att få stor betydelse för rule och reason-doktrinen och förtjänar därför att redogöras för i detalj. I målet behandlades den brittiska CFC-lagstiftningens förenlighet med EU-rättens grundläggande friheter. Det brittiska

⁸³ Skatteflykt som rättfärdigandegrund har sedan *Avoir fiscal* godtagits i ett flertal mål, se exempelvis C-196/04 *Cadbury Schweppes*, dom den 13 december 2005, C-446/03 *Marks & Spencer*, EU:C:2005:763 och C-436/00 *X & Y*.

⁸⁴ Se bland annat *X & Y* p. 62, och *Cadbury Schweppes* p. 50.

⁸⁵ *Ståhl m.fl.*, s. 150.

⁸⁶ Se exempelvis dom den 13 mars 2007, C-524/04, *Thin Cap Group Litigation*, EU:C:2007:161, p. 127, C-196-04, *Cadbury Schweppes*, p. 72 och C-14/16, *Euro Park Service*, p. 24.

⁸⁷ C-264/96 *ICI v Colmer*, p. 26.

⁸⁸ Se exempelvis dom den 12 december, 2002, C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, EU:C:2002:749, C-436/00 *X & Y* och dom den 11 mars 2004, C-9/02 *Lasteyrie du Saillant*, EU:C:2004:138.

⁸⁹ C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

moderbolaget Cadbury Schweppes plc hade ett flertal dotterbolag i både Storbritannien, andra EU-länder och tredjeländer. Två irländska dotterbolag bedrev finansverksamhet och förmedlade lånekapital inom koncernen. Dessa bolag var föremål för den lägre bolagsskatt om ca 10 procent som gällde i Irland. De brittiska CFC-reglerna var tillämplig på de irländska dotterbolagens vinster, vilket medförde att moderbolaget blev beskattat för även denna inkomst. Den brittiska domstolen begärde ett förhandsavgörande i frågan om CFC-lagstiftningen var förenlig med etableringsfriheten och den fria rörligheten för tjänster och kapital.

EU-domstolen inledde med att konstatera att en etablering av dotterbolag i en medlemsstat som använder en särskilt gynnsam bolagsbeskattning inte i sig utgör missbruk av EU-rätten. EU-domstolen konstaterade därefter att den brittiska CFC-lagstiftningen innebär ett hinder för etableringsfriheten då skillnaden i behandling mellan brittiska och utländska dotterbolag riskerar att avhålla bolag från att utöva sin etableringsfrihet genom att bilda eller förvärva dotterbolag i andra medlemsstater.⁹⁰ Detta ansåg EU-domstolen innebära en sådan inskränkning av etableringsfriheten som avses i artikel 49 och 54 FEUF.⁹¹ Efter att ett hinder konstaterats var nästa led i prövningen att avgöra om detta hinder kunde rättfärdigas på någon grund. Precis som i tidigare avgöranden konstaterade EU-domstolen att en inskränkning i etableringsfriheten bara är tillåten om den är motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset, är ägnad att uppnå det eftersträvade målet och dessutom är proportionerlig.⁹²

EU-domstolen behandlade inte särskilt utförligt frågan om skatteflykt kan utgöra en rättfärdigandegrund utan konstaterade kort att risken för skatteflykt kan rättfärdiga en hindrande skatteregel. Därefter uttalade EU-domstolen att enbart det förhållande att någon drar fördel av en medlemsstats lägre beskattningsnivå inte i sig utgör en skatteflyktstransaktion som ger moderbolagets hemviststat rätt att kompensera denna fördel genom att behandla moderbolaget sämre i skattemässigt hänseende.⁹³ Domstolen uttalade också att det av rättspraxis följer att den omständigheten att ett i landet hemmahörande bolag skaffar sig en sekundär etablering i en annan medlemsstat inte kan grunda en allmän presumtion om skattebedrägeri som motiverar en åtgärd som inskränker en grundläggande frihet som garanteras i fördraget.⁹⁴ Däremot ansåg domstolen att en åtgärd som inskränker etableringsfriheten kan vara motiverad när den specifikt avser rent konstlade upplägg som görs i syfte att kringgå lagstiftningen i den berörda medlemsstaten.⁹⁵

⁹⁰ C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 46.

⁹¹ Vid tidpunkten för avgörandet artikel 43 och 48 EG.

⁹² C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 47.

⁹³ Ibid., p. 49.

⁹⁴ Ibid., p. 50, med hänvisning till C-436/00 X & Y.

⁹⁵ Ibid., p. 51.

EU-domstolen förtydligade för första gången vad den avsåg med begreppet rent konstlat upplägg. För att vara ett rent konstlat upplägg krävdes enligt domstolen att verksamheten saknar ekonomisk förankring och skapats i syfte att undvika den skatt som normalt betalas på vinst från verksamhet som bedrivs inom det nationella territoriet.⁹⁶ Bedömningen ska grundas på objektiva omständigheter som kan kontrolleras av utomstående, exempelvis i vilken grad CFC-bolaget existerar fysiskt i form av lokaler, utrustning och personal.⁹⁷ Om det efter en kontroll av sådana objektiva omständigheter uppdragas att CFC-bolaget utgör en fiktiv etablering och inte bedriver någon faktisk ekonomisk verksamhet måste bildandet av detta bolag anses utgöra ett rent konstlat upplägg.⁹⁸

Domstolen kom således till slutsatsen att en CFC-lagstiftning är förenlig med etableringsfriheten enbart om den är begränsad till rent konstlade upplägg i syfte att uppnå en skattefördel. Om CFC-reglerna däremot även träffar situationer där CFC-bolaget har en ekonomisk förankring i värdstaten, och objektiva omständigheter inte ger stöd för att det är fråga om ett rent konstlat upplägg, går den utöver vad som krävs för att motverka skatteflykt och kan därmed inte rättfärdigas. Detta gäller även om etableringen har ett skattemässigt syfte - den omständigheten att verksamheten lika väl kunde ha bedrivits i det egna landet innebär inte att det är fråga om ett rent konstlat upplägg.⁹⁹

För att ett rent konstlat upplägg ska föreligga förutsätts alltså både ett subjektivt element i form av en avsikt hos den skattskyldige att genom etableringen uppnå en skattemässig fördel, samt att det av objektiva verifierbara omständigheter framgår att en reell ekonomisk verksamhet inte bedrivs.

En särskild fråga som uppkommer beträffande rent konstlade upplägg är hur holdingbolag ska bedömas utifrån kravet på objektiva verifierbara omständigheter. Sådana bolag saknar ofta fysiska lokaler, inventarier och personal vilket komplicerar bedömningen. I två nyligen avgjorda mål¹⁰⁰ uttalade sig EU-domstolen om möjligheten att använda mellanliggande holdingbolag i syfte att uppnå skattefördelar. Målen avsåg tolkningen av direktiv 2011/96 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater (härefter MBDB) i förhållande till etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital. EU-domstolen ansåg att det i princip är tillåtet att organisera sin verksamhet genom holdingbolag. Inte heller avseende bolag som bedriver passiv förvaltning får en allmän presumtion för missbruk grundas på det faktum att den skattskyldige försökt finna det mest

⁹⁶ Ibid., p. 55.

⁹⁷ Ibid., p. 67.

⁹⁸ Ibid., p. 68.

⁹⁹ C-196/04 Cadbury Schweppes, p. 69.

¹⁰⁰ Dom den 26 februari 2019, C-116/16 och C-116/17 T Danmark & Y Danmark, EU:C:2019:135 och dom den 26 februari 2019, C-115/16, C-118/16, C-119/16 och C-299/16 N Luxembourg 1, EU:C:2019:134.

gynnsamma skattesystemet.¹⁰¹ Av EU-domstolens avgörande i Deister Holding & Juhler Holding framgår också att ett krav på objektivt verifierbara omständigheter inte kan tillämpas strikt avseende alla typer av bolag. Bedömningen ska istället grundas på om dotterbolaget är lämpligt utrustat utifrån sitt uppdrag.¹⁰²

3.2.4 Fiktivt upplägg

I ett efterföljande mål, Thin Cap Group Litigation, prövades nationella underkapitaliseringsregler som syftade till att förhindra koncerninterna upplägg där ränteintäkter placerades i utländska bolag som var föremål för en lindrigare beskattning. EU-domstolen anförde i målet att en hindrande nationell skatteregel specifikt måste avse *fiktiva upplägg* som har till syfte att kringgå nationell lagstiftning.¹⁰³ I sina domskäl hänvisade domstolen för liknande resonemang till ovan nämnda mål Cadbury Schweppes.¹⁰⁴ Hänvisningen tyder på ett direkt samband i förhållandet mellan fiktiva och rent konstlade upplägg. Vidare framgår av domskälen att samma typ av bedömning ska göras avseende både rent konstlade upplägg och fiktiva upplägg.¹⁰⁵

Enligt min uppfattning verkar domstolen tagit fasta på det faktum att en transaktion helt eller delvis kan utgöras av ett fiktivt upplägg. Så kan exempelvis vara fallet beträffande räntebetalningar eller överlåtelser av tillgångar mellan bolag. Till den del betalningen avser marknadsräntan respektive marknadspriset kan transaktionen knappast anses som ett fiktivt upplägg, även om givaren och mottagaren står i intressegemenskap med varandra. Enligt denna tolkning möjliggör begreppet fiktivt upplägg, till skillnad från *rent konstlat* upplägg, ett rättfärdigande av nationella skatteflyktsregler som enbart träffar en särskild del av en transaktion, exempelvis den del av en räntebetalning som överstiger marknadsräntan, även då upplägget i sin helhet inte kan anses vara konstlat.

3.2.5 Flera rättfärdigande grunder tillsammans

Även i situationer där det inte är fråga om rent konstlade eller fiktiva upplägg kan det finnas en möjlighet att rättfärdiga ett hinder med hänvisning till risken för skatteflykt. I de mål där prövningen skett med beaktande av mer än en rättfärdigande grund har EU-domstolen inte

¹⁰¹ C-115/16 N Luxembourg 1, p. 81. Se även C-6/16 Eqiom, p. 66, dom den 29 november 2011, C-371/10 National Grid Indus, EU:C:2011:785, p. 84 och dom den 24 november 2016, C-464/14 SECIL, EU:C:2016:896, p. 60.

¹⁰² Dom den 20 december 2017, C-504/16 Deister Holding & Juhler Holding EU:C:2017:1009, p. 74.

¹⁰³ C-524/04, Thin Cap Group Litigation, p. 72-74.

¹⁰⁴ Ibid., p. 75.

¹⁰⁵ Ibid., p. 81.

tillämpat samma strikta krav som när en grund ensamt åberopats för att motivera ett hinder.¹⁰⁶ I Marks & Spencer¹⁰⁷ prövade domstolen en brittisk skatteregel med hänsyn till tre olika rättfärdigande grunder som åberopats parallellt av den nationella domstolen. Grunderna som åberopades var i) den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, ii) risken att en förlust beaktas två gånger och iii) risken för skatteflykt.¹⁰⁸ Risken att en förlust beaktas två gånger likställdes av EU-domstolen vid den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten. Detta då innebörden av ett dubbelt avdrag är att vinsten inte beskattas enligt den vanliga beskattningsrättsfördelningen. Domstolen ansåg sammantaget att de åberopade grunderna kunde rättfärdiga en hindrande skatteregel, även om denna inte specifikt avsåg rent konstlade upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen.¹⁰⁹

I det efterföljande målet *SGI* ansåg EU-domstolen att en belgisk regel kunde rättfärdigas med hänsyn till risken för skatteflykt och den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten. EU-domstolen uttalade där att

I detta sammanhang gäller att även om en nationell lagstiftning inte har till specifikt ändamål att från den skatteförmån som föreskrivs i lagstiftningen undanta fiktiva upplägg som inte är affärsmässiga och vilka skapats i syfte att undvika den skatt som normalt skulle ha erlagts på den vinst som skapas i verksamhet som bedrivs i landet, kan en sådan lagstiftning icke desto mindre anses vara rättfärdigad av ändamålet att förhindra skatteflykt tillsammans med ändamålet att upprätthålla en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.¹¹⁰

Det får därmed anses stå klart att en kombination av dessa grunder kan rättfärdiga regler som inte enbart syftar till att motverka rena kringgåenden utan också mer allmänt syftar till att skydda skattebasen.¹¹¹

3.2.6 Rättfärdigande grunder som inte accepterats

EU-domstolen har även uttalat sig om ett antal rättfärdigande grunder som den inte ansett är av trängande allmänintresse och därmed inte kan rättfärdiga ett hinder för etableringsfriheten. Domstolen har flera gånger slagit fast att en medlemsstats intresse av att maximera sin egen skatteinkomst och förhindra en förlust av skatteintäkter aldrig kan utgöra en

¹⁰⁶ Ståhl m.fl., s. 167.

¹⁰⁷ C-446/03, Marks & Spencer..

¹⁰⁸ Ibid., p. 43-49.

¹⁰⁹ Ibid., p. 51.

¹¹⁰ Dom den 21 januari 2010, C-311/08, SGI, EU:C:2010:26, p. 66.

¹¹¹ Se även Ståhl m.fl., s. 155.

rättfärdigandegrund.¹¹² En skatteregel som i allmänhet syftar till att förhindra ett utflöde av skatteintäkter är således inte tillåten. En annan rättfärdigandegrund som åberopats men inte accepterats av EU-domstolen är att skattenackdelen har kompenserats för genom att samma subjekt åtnjuter en annan skattefördel.¹¹³

3.3 Är förbud mot missbruk en EU-rättslig princip?

Det har länge diskuterats huruvida förbudet mot missbruk av friheterna utgör en grundläggande rättsprincip inom EU-rätten. Att en princip om förfarandemissbruk gäller på den indirekta beskattningens område följer sedan tidigare av EU-domstolens uttalande i Halifax. I ett mål som avgjordes så sent som den 26 februari i år undanröjde EU-domstolen alla tvivel genom att tydligt slå fast att även en allmän sådan princip existerar.¹¹⁴ I sina domskäl anförde domstolen att

Enligt fast rättspraxis finns det i unionsrätten en allmän princip som innebär att enskilda inte får missbruka unionsrätten eller åberopa den i bedrägligt syfte. Enskilda måste iakttä denna allmänna princip. [...] Tillämpningen av unionsbestämmelser kan nämligen inte utsträckas till att täcka sådana förfaranden som genomförs i syfte att erhålla förmåner enligt unionsrätten genom bedrägeri eller missbruk.¹¹⁵

Generaladvokaten yttrade i sitt förslag till dom att där det vidtagits en harmoniseringsåtgärd bör inte den skattskyldige också vara föremål för en generell EU-rättslig princip, då detta skulle innebära en risk för att harmoniseringsändamålet inte uppnås.¹¹⁶ Detta argument godtogs emellertid inte av domstolen, som gick på motsatt linje och uttalade att det följer av missbruksprincipen att medlemsstaterna inte får bevilja skattskyldiga en förmån som följer av en EU-rättslig bestämmelse om det föreligger ett missbruk av unionsrätten.¹¹⁷

Att det saknas nationella anti-missbruksbestämmelser påverkar inte medlemsstaternas skyldighet att neka den skattskyldige en skatteförmån när det föreligger missbruk av unionsrätten.¹¹⁸ Den allmänna EU-rättsliga principen om missbruk har således, i likhet med primärrätten, genomslagskraft i medlemsstaterna oavsett hur sekundärrättsbestämmelserna

¹¹² Se exempelvis C-264/96 ICI v. Colmer, dom den 21 september 1999, C-307/97 Saint-Gobain, EU:C:1999:438, dom den 8 mars 2001, C-397/98 Metallgesellschaft, EU:C:2001:134 och C-324/00 Lankhorst-Hohorst.

¹¹³ Ståhl m.fl., s. 152.

¹¹⁴ C-115/16, N Luxembourg 1. Målet i sin helhet och dess betydelse för EU-rätten har även behandlats relativt utförligt av Stig von Bahr. Se von Bahr, Stig, *Klargörande avgörande från EU-domstolen om rättsmissbruk*, Skattenytt, 2019:11, s.771-783, 2019.

¹¹⁵ C-115/16 N Luxembourg 1, p. 96-97.

¹¹⁶ C-115/16, Generaladvokatens förslag till avgörande, EU:C:2018:143, p. 104.

¹¹⁷ C-115/16, N Luxembourg 1, p. 98.

¹¹⁸ Ibid., p. 111.

eller den nationella lagstiftningen är utformad. EU-domstolen går därmed emot sitt tidigare uttalande i Kofoed. Där ansåg domstolen att även om en princip mot missbruk finns kan ett direktiv inte användas för att ålägga enskilda skyldigheter. För att en fördel ska kunna nekas krävs att en sådan regel införts i nationell rätt.¹¹⁹

Av målet går det att dra vissa slutsatser. EU-domstolens ställningstagande innebär sannolikt inte något avsteg från kravet på rent konstlade upplägg, särskilt då det i domskälen hänvisas till Cadbury Schweppes.¹²⁰ Däremot går domstolen längre än i sina tidigare avgöranden genom att alltid kräva att medlemsstaterna vägrar enskilda skatteförmåner när missbruk föreligger. Svårigheten att avgöra vilken roll begreppet rent konstlat upplägg har för missbruksbedömningen i en konkret situation kvarstår emellertid.

3.4 Sammanfattning

EU-domstolen har gått från att över huvud taget inte erkänna skatteflykt som en rättfärdigandegrund till att numera acceptera vissa hindrande regler under rule of reason-doktrinen. För att CFC-beskattning ska tillåtas krävs emellertid att reglerna specifikt träffar rent konstlade upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen.

EU-domstolen har också gradvis integrerat sin syn på missbruk av skatteregler i den allmänna unionsrättsliga principen om förbud mot missbruk. Efter uttalandet i N Luxembourg 1 får det anses stå klart att medlemsstaterna numera inte bara får vägra skatteförmåner under vissa omständigheter, utan också är skyldiga att göra det. Skatteflyktsdirektivet innebär till synes ytterligare ett steg i denna riktning och följande avsnitt ägnas åt att närmare analysera direktivets CFC-regler och dess innebörd i förhållande till etableringsfriheten.

¹¹⁹ C-321/05, Kofoed p. 38-42.

¹²⁰ Se C-115/16, N Luxembourg 1, p. 96 och 109.

4. Skatteflyktsdirektivets CFC-regler och etableringsfriheten

4.1 Skatteflyktsdirektivets bakgrund och syfte

Skatteflyktsdirektivet trädde i kraft den 1 januari i år. Direktivet är en del av EU:s anti-skatteflyktspaket som kommissionen utarbetat parallellt med OECD:s projekt Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). Skatteflyktsdirektivet tillkom för att införliva BEPS-åtgärderna, och syftar till att stärka den genomsnittliga skyddsnivån mot aggressiv skatteplanering på den inre marknaden, genom att säkerställa att skatter betalas där vinster och mervärde skapas.¹²¹ OECD:s rekommenderade BEPS-åtgärder har införts i artikel 4, 5, 7, 8 och 9. Utöver dessa specialbestämmelser har EU på eget initiativ infört en generalklausul mot skatteflykt i artikel 6.¹²²

Skatteflyktsdirektivet innehåller alltså två typer av bestämmelser. Generalklausulen i artikel 6 är en generell anti-missbruksregel som syftar till att täppa till luckor där ingen av specialreglerna är tillämpliga. Även rent interna transaktioner träffas av generalklausulen.¹²³ Övriga artiklar är specialbestämmelser som tar sikte på specifika förfaranden som förutsätts leda till en erodering av medlemsstaternas skattebas. Syftet med specialbestämmelserna är att undvika att medlemsstaternas skatteintäkter minskar genom att vinster placeras utomlands i situationer där det anses rimligt att en inkomst beskattas i hemviststaten.¹²⁴

Redan av skatteflyktsdirektivets preambel går att utläsa två till synes motstridiga syften. Direktivet syftar som nämnts till att införliva OECD:s BEPS-åtgärder i EU-rätten, vilka har som uttryckligt mål att värna de nationella skattebaserna. Av preambeln går att utläsa att direktivet även syftar till att säkerställa att medlemsstaternas genomförandeåtgärder är förenliga med unionsrätten.¹²⁵ EU-domstolen har tidigare uttalat att en minskning av den nationella skattebasen inte utgör ett godtagbart skäl för medlemsstaterna att ställa upp hinder för etableringsfriheten, vilket ger upphov till frågan hur skatteflyktsdirektivets första syfte, att införa BEPS-åtgärderna, förhåller sig till primärrätten. Anmärkningsvärt är dessutom att vissa av skatteflyktsdirektivets bestämmelser går längre än vad OECD:s åtgärdsprogram hade krävt.

¹²¹ Se recit 1 skatteflyktsdirektivet.

¹²² Jmf. Förslag till rådets direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion och OECD, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/>, (besökt den 15 december 2019).

¹²³ Se Förslag till rådets direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion, s. 9 och artikel 6 skatteflyktsdirektivet.

¹²⁴ Recit 5 skatteflyktsdirektivet. Se även Bizioli, s. 172.

¹²⁵ Recit 2 skatteflyktsdirektivet.

¹²⁶ Recit 5 stadgar vidare att reglerna i direktivet inte enbart bör syfta till att motverka skatteflyktsmetoder utan även till att undvika att hinder skapas på den inre marknaden. Ett potentiellt hinder för den fria rörligheten som uttryckligen angrips i preambeln är risken för dubbelbeskattning. Paradoxalt nog kan skatteflyktsdirektivets bestämmelser själva ge upphov till dubbelbeskattning i vissa situationer. Denna problematik kommer att analyseras närmare nedan i avsnitt 4.3.

4.2 Skatteflyktsdirektivets CFC-regler

4.2.1 Inledning

I artikel 7 och 8 i skatteflyktsdirektivet återfinns CFC-reglerna. Jag kommer inledningsvis att redogöra för CFC-reglernas utformning, för att sedan i avsnitt 4.3 analysera hur de förhåller sig till etableringsfriheten och EU-domstolens praxis. Avslutningsvis följer i avsnitt 4.4 en diskussion om hur bestämmelserna bör tolkas.

4.2.2.1 Artikel 7

Artikel 7 har sin grund i OECD:s tredje BEPS-åtgärd som syftar till att förhindra en urholkning av den nationella skattebasen genom att vinster placeras i utländska bolag som kontrolleras av den skattskyldige.¹²⁷ I 7.1 anges under vilka förutsättningar en medlemsstat ska behandla ett subjekt som ett CFC-bolag.

1. Den skattskyldiges medlemsstat ska behandla ett subjekt, eller ett fast driftställe vars vinster är befriade eller undantagna från skatter i den medlemsstaten, som ett kontrollerat utländskt bolag om följande villkor är uppfyllda:

a) När det gäller ett subjekt, att den skattskyldige själv eller tillsammans med sina närstående företag innehar en direkt eller indirekt andel på över 50 procent av rösterna eller direkt eller indirekt äger mer än 50 procent av subjektets kapital eller har rätt att motta mer än 50 procent av subjektets vinst och

b) Den faktiska bolagsskatt som subjektet eller det fasta driftstället betalat på sin inkomst dessutom är lägre än skillnaden mellan den bolagsskatt som skulle ha tagits ut på subjektet eller det fasta driftstället enligt det tillämpliga systemet för bolagsbeskattning i den

¹²⁶ Smit, Daniel, *The Anti Tax Avoidance Directive*, i: Wattel, Peter J, Marres, Otto & Vermeulen, Hein (editors), Terra/Wattel – European Tax Law, Volume 1 General Topics and Direct Taxation, 7 uppl., Alphen ann den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, s. 488.

¹²⁷ OECD, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/action3>, (hämtad den 15 december 2019).

skattskyldiges medlemsstat och den faktiska bolagsskatt som subjektet eller det fasta driftstället betalat på sin inkomst.

Bestämmelsen uppställer två villkor som ska vara uppfyllda. Dels ett kontrollkrav, såväl indirekt som direkt, dels ett krav på en särskilt låg beskattningsnivå.¹²⁸ Med innehav likställs här rätten att motta vinstmedel. Någon faktisk kontroll i form av majoritet krävs således inte. Detsamma gäller vid definitionen av närstående. Enligt artikel 2.4 avses med närstående företag:

a) ett subjekt i vilken den skattskyldige direkt eller indirekt har en andel i form av rösträtt eller kapitalinnehav motsvarande 25 procent eller mer eller har rätt att motta 25 procent eller mer av vinsterna i det subjektet.

b) en fysisk person eller ett subjekt som direkt eller indirekt har en andel i form av rösträtt eller kapitalinnehav motsvarande 25 procent eller mer eller har rätt att motta 25 procent eller mer av den skattskyldiges vinster.

CFC-reglerna innebär att inkomsten ska omfördelas från det utländska kontrollerade bolaget till moderbolaget. Till följd av detta åläggs moderbolaget att betala skatt för CFC-bolagets inkomster där moderbolaget har sin skatterättsliga hemvist, vanligtvis en stat med en förhållandevis hög bolagsskatt. CFC-reglerna syftar därmed till att undanröja skattemässiga incitament att placera vinster i utländska lågbeskattade bolag.¹²⁹

Under förhandlingarna kunde inte rådet enas om vilka inkomster som skulle falla under CFC-reglernas tillämpningsområde. Det slutliga skatteflyktsdirektivet innehåller därför två möjliga alternativ som medlemsstaterna kan välja mellan vid implementeringen av direktivet, vilka presenteras nedan.

4.2.2.2 Passiv inkomst-katalogen

Det första alternativet finns i artikel 7.2 a och innebär att alla ej utdelade inkomster som härrör från en viss typ av verksamhet ska ingå i delägarens skatteunderlag. De inkomst kategorier som räknas upp i artikeln är i) räntor eller andra inkomster som genereras av finansiella tillgångar, ii) royalty eller andra inkomster som genereras av immateriella

¹²⁸ Vid tillämpning av första stycket b ska ett fast driftställe till ett kontrollerat utländskt bolag som är befriat eller undantaget från skatt i det utländska kontrollerade bolagets jurisdiktion inte beaktas. Vidare ska med den bolagsskatt som skulle ha tagits ut i den skattskyldiges medlemsstat avses bolagsskatt beräknad enligt reglerna i den skattskyldiges medlemsstat. Se artikel 7.1 b andra stycket skatteflyktsdirektivet.

¹²⁹ Förslag till Rådets direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt påverkar den inre marknads funktion, COM(2016) 26 final, 28 januari 2016, s. 10.

rättigheter, iii) utdelningar och inkomster från avyttring av aktier, iv) inkomster från finansiell leasing, v) inkomster från försäkrings- och bankverksamhet och annan finansiell verksamhet, vi) inkomster från faktureringsföretag som får försäljnings- och tjänsteintäkter från varor och tjänster som köpts från och sålts till närstående företag och som inte tillför något eller litet ekonomiskt mervärde.

Dessa inkomstkategorier har av OECD på grund av deras geografiska mobilitet ansetts vara särskilt riskabla ur ett skatteflyktperspektiv.¹³⁰

4.2.2.3 Principal purpose-testet

Enligt artikel 7.2 b kan medlemsstaterna istället välja att beskatta delägaren för ej utdelade inkomster från icke genuina arrangemang som genomförts med det huvudsakliga syftet att uppnå en skattefördel. Till skillnad från 7.2 a som träffar all inkomst som härrör från en viss typ av verksamhet innebär detta alternativ att det prövas huruvida subjektet eller det fasta driftstället kan betraktas som ett genuint arrangemang. I andra stycket i 7.2 b klargörs under vilka förutsättningar ett arrangemang ska betraktas som icke genuint.

Vid tillämpning av detta led ska ett arrangemang eller en uppsättning arrangemang betraktas som icke-genuina i den mån som subjektet eller det fasta driftstället inte skulle äga tillgångarna eller inte skulle ha åtagit sig de risker som genererar hela eller delar av dess inkomster om det inte kontrollerades av ett företag i vilket de betydelsefulla funktioner som utförs av personer, som är relevanta för dessa tillgångar och risker, utförs och som är av stor betydelse för att generera det kontrollerade företags inkomster.

Kort uttryckt: hade CFC-bolaget på egen hand kunnat generera samma inkomst, utan inblandning från moderbolaget? Bestämmelsen är uttryck för armlängdsprincipen och det är också utifrån armlängdsprincipen som underlaget för delägarens beskattning ska beräknas.¹³¹

4.2.2.4 Undantag

Direktivet ger alltså medlemsstaterna möjlighet att välja mellan två olika långtgående alternativ. Det första alternativet innebär en striktare tillämpning av CFC-reglerna då bestämmelsen innebär att delägaren kategoriskt beskattas för all passiv inkomst hos det utländska lågbeskattade dotterbolaget. För att inte stå i strid med EU-domstolens praxis

¹³⁰ OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, p. 78, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1, (hämtad den 19 december 2019).

¹³¹ Se artikel 8.2 skatteflyktsdirektivet.

tilläggs därför i 7.2 a andra stycket att detta alternativ *inte* ska tillämpas avseende bolag inom EES som bedriver verklig ekonomisk verksamhet som stöds av personal, utrustning, tillgångar och lokaler, vilket visas av relevanta fakta och omständigheter.¹³² Undantagets utformning kan ge upphov till vissa problem när det kommer till holdingbolag. Jag återkommer till denna problematik i avsnitt 4.3.2.1.

Något krav på att införa motsvarande undantag för bolag hemmahörande utanför EES ställs inte på medlemsstaterna. Etableringsfriheten gäller enbart inom EES, men den fria rörligheten för kapital gäller som nämnts även i förhållande till tredjeland.¹³³ EU-domstolen har tidigare klargjort att gränsdragningen mellan etablering och kapitalinnehav utgörs av storleken på innehavet.¹³⁴ Beroende på vilken tröskel för beskattning medlemsstaterna väljer att tillämpa kan den fria rörligheten för kapital komma att aktualiseras. Eftersom uppsatsen är avgränsad till CFC-beskattning av bolag inom EES kommer detta problem inte beröras närmare.

Värt att notera är att artikel 7 enbart avser ej utdelade inkomster, vilket innebär att reglerna kan kringgå genom att utdelning sker innan beskattningsåret är slut. Enligt kommissionens förslag skulle detta inte ske, åtminstone inte till en särskilt hög grad, på grund av den föreslagna regeln om överflyttning av beskattning.¹³⁵ Enligt denna regel skulle all inkomst, det vill säga även utdelningar, som flyter in i unionen från ett tredje land bli föremål för beskattning i den medlemsstat inkomsten först hamnar. Istället för att undanta utdelningen helt från beskattning, som ofta är fallet vid näringsbetingade andelar, skulle avräkning göras för den skatt som redan erlagts.¹³⁶ Denna bestämmelse antogs emellertid aldrig av rådet och någon ändring av artikel 7 för att överbrygga risken för kringgående skedde inte.

Slutligen finns i artikel 7.4 undantag för vissa lägre CFC-inkomster som medlemsstaterna får undanta från reglernas tillämpningsområde.

4.2.3 Artikel 8

Artikel 8 anger hur det utländska kontrollerade bolagets inkomster ska beräknas. I 8.5-7 finns regler som syftar till att förhindra dubbelbeskattning.

5. Om subjektet delar ut vinst till den skattskyldige och denna utdelade vinst inbegrips i den skattskyldiges beskattningsbara inkomst ska, för att undvika dubbelbeskattning, de inkomster

¹³² Jmf. recit 12 skatteflyktsdirektivet.

¹³³ Se artikel 63.2 FEUF.

¹³⁴ C-436/00 X & Y, p. 68.

¹³⁵ Smit, *The Anti Tax Avoidance Directive*, s. 515.

¹³⁶ Förslag till rådets direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt påverkar den inre marknadens funktion, s. 9.

som tidigare inbegripits i skattebasen enligt artikel 7 dras av från skattebasen vid beräkning av det skattebelopp som ska betalas på utdelad vinst.

6. Om den skattskyldige avyttrar sin andel i subjektet eller i den verksamhet som bedrivs av det fasta driftstället och någon del av inkomsterna från avyttringen tidigare har inbegripits i skattebasen i enlighet med artikel 7 ska, för att undvika dubbelbeskattning, det beloppet dras av från skattebasen vid beräkning av det skattebelopp som ska betalas på inkomsterna.

7. Den skattskyldiges medlemsstat ska medge avdrag för den skatt som subjektet eller det fasta driftstället har betalat från den skatt som den skattskyldige ska betala i den stat där den skattskyldige är skattemässigt hemmahörande eller belägen. Avdraget ska beräknas i enlighet med nationell rätt.

De två första bestämmelserna vällar inga särskilda problem. Eftersom vinsten i ett CFC-bolag beskattas löpande hos delägaren ska vid sådan utdelning som inte är skattefri den skattskyldiges medlemsstat medge avdrag för den skatt som redan erlagts av delägaren. Detsamma gäller vid avyttring av andel i CFC-bolaget, om någon del av inkomsterna från avyttringen redan beskattats i enlighet med artikel 7.

När det kommer till den löpande beskattningen väcks endel frågor. Enligt 8.7 ska delägaren medges avdrag i sin medlemsstat för den skatt som *subjektet eller det fasta driftstället* betalat. Bestämmelsen föreskriver en allmän skyldighet för moderbolagets medlemsstat att bevilja avdrag för skatt som redan erlagts av CFC-bolaget. Det framgår emellertid inte om termen "skatt som subjektet eller det fasta driftstället betalat" också inkluderar skatt som betalats på CFC-bolagets inkomst av ett mellanliggande bolag i en annan medlemsstat enligt det landets CFC-regler, eller om skyldigheten att medge avdrag endast är begränsad till den skatt som betalas av CFC-bolaget självt i sin egen jurisdiktion. En bokstavlig tolkning tycks indikera att enbart den senare situationen avses, men det är tveksamt om en sådan regel är förenlig med etableringsfriheten.

4.3 Hur förhåller sig skatteflyktsdirektivets CFC-regler till etableringsfriheten och EU-domstolens praxis?

4.3.1 Inledning

Avsnittet är ägnat att analysera skatteflyktsdirektivets CFC-regler mot bakgrund av primärrätten. Här ska först belysas några potentiella problem med CFC-reglerna i förhållande till etableringsfriheten och EU-domstolens praxis på området. I avsnitt 4.4 nedan kommer en analys göras av huruvida direktivet kan tillåtas vara mer inskränkande än undantagen enligt rule of reason, och hur CFC-reglerna kan komma att tolkas av EU-domstolen.

4.3.2.1 Skatteflyktsdirektivets CFC-regler och EU-domstolens krav på rent konstlade upplägg

Av EU-domstolens praxis¹³⁷ följer att en tillämpning av CFC-regler inom EES utgör ett hinder för etableringsfriheten. Ett sådant hinder kan visserligen rättfärdigas av behovet att förhindra skatteflykt vid rent konstlade upplägg i syfte att kringgå lagstiftningen, men EU-domstolen har varit tydlig med att ett missbruk måste fastställas på objektiva grunder i varje enskilt fall.¹³⁸ Moderbolaget måste även ges möjlighet att visa på att CFC-bolaget utgör en verklig etablering.¹³⁹

Skatteflyktsdirektivets CFC-regler tycks inte helt och hållet uppfylla EU-domstolens krav på rent konstlade upplägg. För det fall medlemsstaterna väljer att beskatta passiva inkomster enligt artikel 7.2 a måste som nämnts undantag göras det fall CFC-bolaget är hemmahörande inom EES och bedriver verklig ekonomisk verksamhet som stöds av personal, utrustning, tillgångar och lokaler. Undantaget syftar enligt direktivets preambel till att iaktta de grundläggande friheterna i fördraget¹⁴⁰, men vissa betydande skillnader finns mellan bestämmelsens ordalydelse och EU-domstolens uttalande i Cadbury Schweppes.

En av de frågor som uppstår är huruvida begreppet verklig ekonomisk verksamhet (på engelska substantive economic activity) är tänkt att spegla verklig etablering i syfte att bedriva faktisk ekonomisk verksamhet (på engelska genuine economic activities).¹⁴¹ På svenska kan skillnaden tyckas vara liten, men Schönfeld Bonn menar att det finns en avgörande skillnad i betydelse mellan genuine och substantive, då något kan vara genuint utan att existera materiellt.¹⁴² I förslaget till skatteflyktsdirektivet användes enbart begreppet genuina arrangemang, vilket speglar EU-domstolens uttalande i Cadbury Schweppes. I förslaget ansågs att CFC-reglerna skulle vara undantagna inom EES "såvida inte enheten [...] ägnar sig åt icke-genuina arrangemang som har införts med det huvudsakliga syftet att uppnå en skattefordel."¹⁴³ Begreppet ändrades emellertid, avseende det mer långtgående implementeringsalternativet i artikel 7.2 a, till verklig ekonomisk verksamhet. Det ursprungliga undantaget infördes istället i 7.2 b, i form av ett mindre långtgående alternativ till den striktare regeln i 7.2 a. Att medlemsstaterna givits två olika alternativ talar för att en

¹³⁷ Se exempelvis C-196/04, Cadbury Schweppes, C-201/05, Test Claimants in the CFC and Dividend GLO, EU:C:2008:239.

¹³⁸ Se C-196/04, Cadbury Schweppes, p. 67 och C-201/05, Test Claimants in the CFC and Dividend GLO, p. 79.

¹³⁹ C-196/04, Cadbury Schweppes, p. 70 och C-201/05, Test Claimants in the CFC and Dividend GLO, p. 82.

¹⁴⁰ Se recit 12 skatteflyktsdirektivet.

¹⁴¹ Jmf. C-196/04, Cadbury Schweppes p. 66.

¹⁴² Schönfeld Bonn, Jens, *CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive*, EC Tax Review 2007-3, s. 145-152, 2017, s. 150.

¹⁴³ Förslag till rådets direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt påverkar den inre marknadens funktion, s. 21.

skillnad mellan begreppen faktiskt är avsedd. En tillämpning baserad på bolagets materiella existens skulle emellertid innebära att ett CFC-bolag som på grund av verksamhetens natur saknar materiella tillgångar får presumeras utgöra ett rent konstlat upplägg. En sådan applicering av CFC-regler är problematisk då EU-domstolen har ansett det vara oproportionerligt, eller till och med olämpligt i förhållande till syftet, att generellt angripa vissa kategorier av gränsöverskridande situationer.¹⁴⁴ Artikel 7.2 a kräver visserligen en individuell prövning, men enbart om verksamheten existerar materiellt i form av personal, utrustning och lokaler.

För vissa typer av bolag, särskilt passiva holdingbolag vars enda uppgift är att förvalta tillgångar, kan dessa objektiva kriterier vara svåra att uppfylla. Holdingbolag har givits ett omfattande skydd i EU-domstolens praxis. Av EU-domstolens avgörande i Cadbury Schweppes går det att utläsa att kravet på objektiva verifierbara omständigheter som fysiska lokaler, inventarier och personal inte alltid kan upprätthållas fullt ut, utan snarare ska ses som exempel på omständigheter som talar för en verklig etablering.¹⁴⁵ Vidare förefaller EU-domstolen sedan dess ha utvidgat sin syn på vad som kan anses utgöra en verklig etablering. Vad som nu istället är relevant är om dotterbolaget är ändamålsenligt utrustat utifrån den verksamhet som bedrivs. Att en bedömning utifrån materiella indikatorer inte kan tillämpas vad gäller holdingbolag bekräftades av EU-domstolen i C-504/16 Deister Holding & Juhler Holding.¹⁴⁶ Domstolen uttalade angående passiv förvaltning att:

Den omständigheten att det utländska moderbolagets verksamhet består i att förvalta tillgångar tillhörande dess dotterbolag eller att detta moderbolags intäkter endast härrör från denna förvaltning kan inte i sig medföra att det föreligger ett rent konstlat upplägg som inte återspeglar den ekonomiska verkligheten.¹⁴⁷

Angående prövningen av om det föreligger ett rent konstlat upplägg betonade EU-domstolen vikten av att en helhetsbedömning görs i varje enskilt fall, på grundval av såväl organisatoriska som ekonomiska faktorer. Beroende på koncernens struktur och affärsstrategier kan ett innehav av tillgångar vara tillräckligt, även om någon ekonomisk verksamhet inte bedrivs i den andra medlemsstaten.¹⁴⁸

En passiv förvaltning eller det faktum att materiella tillgångar saknas innebär således inte i sig att det är fråga om ett rent konstlat upplägg. Enligt min uppfattning har EU-domstolen i sina avgöranden efter Cadbury Schweppes tagit större hänsyn till att skiftet till en digital ekonomi

¹⁴⁴ C-264/96, ICI v. Colmer, p. 26.

¹⁴⁵ Se C-196/04, Cadbury Schweppes, p. 67, där EU-domstolen framhöll att bedömningen ska grundas på objektiva omständigheter, däribland i vilken grad CFC-bolaget existerar fysiskt i form av lokaler, personal och utrustning.

¹⁴⁶ Se även C-6/16, Eqiom.

¹⁴⁷ C-504/16, Deister Holding & Juhler Holding, p. 73. Se även C-115/16, Luxembourg 1.

¹⁴⁸ C-504/16, Deister Holding & Juhler Holding, p. 74.

har lett till nya etableringsformer. Vermeulen menar att ett rent konstlat upplägg i princip är begränsat till ett brevlådeföretag eller ett frontföretag.¹⁴⁹ Även Kuźniacki är av uppfattningen att EU-domstolens praxis innebär ett långtgående skydd för holdingbolag. Han anser i sin artikel i Intertax att man av EU-domstolens avgöranden i Egiom, Deister Holding & Juhler Holding och Hornbach-Baumarkt¹⁵⁰ kan dra slutsatsen att tröskeln för vad som är ett godtagbart kommersiellt arrangemang bör sättas lågt av medlemsstaterna, och att bevisbördan för att ett arrangemang inte återspeglar den ekonomiska verkligheten bör åvila skattemyndigheterna snarare än de skattskyldiga. Någon presumtion för missbruk får alltså inte föreligga, även om bolaget i fråga bedriver en sådan passiv verksamhet som typiskt sett utgör en risk för skatteflykt.¹⁵¹ Jag delar denna uppfattning.

Vidare är det problematiskt att artikel 7.2 a inte innehåller något subjektivt krav, likt det som finns i 7.2 b. Det tycks alltså inte krävas någon avsikt hos den skattskyldige att kringgå lagstiftningen för att denne ska kunna CFC-beskattas, vilket står i strid med vad EU-domstolen fastställt i sina tidigare avgöranden.¹⁵² Även vad gäller holdingbolag, som kanske främst är den typ av bolag som riskerar att träffas av 7.2 a, har domstolen uttalat att en avsikt hos den skattskyldige krävs för att en hindrande skatteåtgärd ska kunna rättfärdigas.¹⁵³

Om undantaget i 7.2 a för bolag inom EES verkligen syftar till att säkerställa direktivets förenlighet med de grundläggande friheterna kan man fråga sig varför bestämmelsen har utformats på det sätt den gjorts. Med hänsyn till att preambeln inte är bindande för medlemsstaterna på samma sätt som direktivsbestämmelserna är det olyckligt att inte EU-domstolens praxis speglas bättre i undantaget. Medan det mindre långtgående alternativet i artikel 7.2 b förefaller ligga mer i linje med EU-domstolens tidigare praxis, avseende såväl det objektiva som det subjektiva kravet, riskerar en texttrogen tillämpning av artikel 7.2 a att stå i strid med etableringsfriheten.

4.3.2.2 CFC-reglerna som uttryck för den välavvägd beskattningsrätten mellan medlemsstaterna

Som konstaterats tycks artikel 7.2 a gå utöver vad som tillåts enligt rule of reason och riskerar därmed att stå i strid med etableringsfriheten, i synnerhet avseende holdingbolag. Det är i

¹⁴⁹ Vermeulen, Hein, *Corporate Income Taxation*, i: Wattel, Peter J, Marres, Otto & Vermeulen, Hein (editors), Terra/Wattel – European Tax Law, Volume 1 General Topics and Direct Taxation, 7 uppl., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, s. 741.

¹⁵⁰ C-16/6, Egiom, C-504/16, Deister Holding & Juhler Holding och dom den 31 maj 2018, C-382/16, Hornbach-Baumarkt, EU:C:2018:366.

¹⁵¹ Kuźniacki, Błażej, *The ECJ as a Protector of Tax Optimization via Holding Companies*, Intertax, Volume 47, Issue 3, s. 312-323, Kluwer Law International, 2019 s. 319 ff.

¹⁵² Se exempelvis C-196/04, Cadbury Schweppes, p. 51 och C-524/04, Thin Cap, p. 74 .

¹⁵³ Se C-504/16, Deister Holding & Juhler Holding, p. 64 och C-16/6, Egiom, p. 30.

sammanhanget värt att notera att EU-domstolen tidigare har accepterat den välavvägda beskattningsrätten mellan medlemsstaterna som rättfärdigandegrund för hindrande skatteregler. Domstolen har i ett flertal avgöranden visat att en nationell skatteregel som upprätthåller den välavvägda beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och som samtidigt syftar till att undvika skatteflykt kan rättfärdigas även om den inte specifikt avser rent konstlade eller fiktiva upplägg i syfte att uppnå en skattefördel.¹⁵⁴

Vid en kombination av dessa rättfärdigandegrunder ställs således inte samma hårda krav på rent konstlade upplägg som i *Cadbury Schweppes*. Beskattning kan då få ske utan att det vare sig föreligger en intention hos den skattskyldige att undvika beskattning eller ett rent konstlat upplägg. Ståhl m.fl lyfter det problematiska med utvecklingen av kombinerade rättfärdigandegrunder, och pekar på att i de fall EU-domstolen gjort en samlad bedömning av flera olika rättfärdigandegrunder har det sällan framgått vilken vikt den lagt vid de olika grunderna, vilket leder till svårtolkade avgöranden.¹⁵⁵

Brokelind och Wattel menar istället att EU-domstolen verkar ha insett det faktum att en reell risk för skatteflykt även innebär att den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten är hotad, och till följd av detta mer frikostigt börjat acceptera en generell tillämpning av hindrande skatteregler, baserad på förutbestämda kriterier. Att EU-domstolen även i sina senaste avgöranden krävt att anti-missbruksregler tar sikte på rent konstlade upplägg beror enligt dem på att de skattskyldiga inte givits någon möjlighet att visa på att det föreligger en verklig etablering. Medger inte den nationella skatteregeln en sådan möjlighet för de skattskyldiga måste utgångspunkten vara att en missbruksbedömning ska göras i varje enskilt fall.¹⁵⁶

Enligt detta resonemang skulle direktivets CFC-regler, tolkade som ett uttryck för den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna¹⁵⁷, innebära att nationell CFC-lagstiftning kan rättfärdigas även om den implementerats enligt 7.2 a och därmed inte enbart träffar arrangemang med rent konstlade upplägg i syfte att uppnå en skattefördel. En förutsättning vore förstås att de skattskyldiga ges en möjlighet att visa på att CFC-bolaget utgör en verklig etablering. Brokelinds och Wattels tolkning går möjligen att läsa in i EU-domstolens proportionalitetsbedömning i *SGI*,¹⁵⁸ men jag ställer mig tveksam till om det är vad domstolen verkligen menar. Enligt min mening ligger det närmare till hands att

¹⁵⁴ Se exempelvis C-446/03, *Marks & Spencer* och C-311/08, *SGI*.

¹⁵⁵ Ståhl m.fl., s. 167.

¹⁵⁶ Brokelind, Cecile & Wattel, Peter, *Free Movement and Tax Base Integrity*, i: Wattel, Peter J, Marres, Otto & Vermeulen, Hein (editors), *Terra/Wattel – European Tax Law, Volume 1 General Topics and Direct Taxation*, 7 uppl., Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2019, s. 651 f.

¹⁵⁷ En sådan tolkning förefaller rimlig, då specialbestämmelserna i direktivet bygger på BEPS-åtgärderna, som syftar till att säkerställa att skatt betalas där vinster och mervärde skapas. Se även Brokelind & Wattel, s. 688 f.

¹⁵⁸ Se C-311/08, *SGI*, p. 71, andra meningen.

tolka EU-domstolens uttalande som att en individuell missbruksprövning alltid måste göras och att de skattskyldiga dessutom, i fall där objektiva omständigheter pekar på att någon verklig verksamhet inte föreligger, ska ges tillfälle att bevisa motsatsen. Den välavvägda beskattningsrätten kan tillsammans med risken för skatteflykt emellertid rättfärdiga hindrande skatteregler som inte specifikt syftar till att beivra missbruk. När frågan om missbruk däremot är avgörande för om beskattning ska ske, som är fallet vid CFC-beskattning inom EES, får ingen allmän presumtion föreligga utan det är upp till skattemyndigheterna i varje enskilt fall att på objektiva grunder visa att ingen verklig verksamhet bedrivs.

4.3.3 Risken för dubbelbeskattning vid indirekt ägda CFC-bolag

Artikel 8.7 ger sken av att en indirekt etablering av CFC-bolag genom ett eller flera mellanliggande bolag får behandlas sämre skattemässigt än vad som vore fallet vid direkt ägande. En texttrogen tolkning av bestämmelsen innebär att medlemsstaterna inte har någon skyldighet att bevilja avdrag för skatt som erlagts av ett mellanliggande bolag i en annan medlemsstat än CFC-bolaget.

Att situationer med dubbelbeskattning inträffar är troligt då CFC-reglerna även gäller vid indirekt kontroll.¹⁵⁹ Om en eller flera medlemsstater väljer att enbart bevilja avdrag enligt minimikravet i artikel 8.7 kan en kedja av beskattning inom koncernen uppstå där CFC-bolagets inkomst beskattas av såväl det direkt ovanstående bolaget som det ultimata moderbolaget. Vidare kan det hända att samma CFC-inkomst beskattas flera gånger när flera olika medlemsstater är skyldiga att beskatta en delägare på någon av de grunder som anges i artikel 7.1. Exempelvis kan ett bolag i medlemsstat A inneha en tillräckligt hög andel av kapitalet, medan ett bolag i medlemsstat B innehar ett tillräckligt högt röstetal och ett tredje bolag i medlemsstat C har rätt att motta vinstmedel. Frågan är om den dubbelbeskattning som direktivets CFC-regler kan ge upphov till verkligen är förenliga med etableringsfriheten och EU-domstolens praxis på området.

EU-domstolen har tidigare framhållit att dubbelbeskattning är en konsekvens av att två medlemsstater parallellt utövar sin beskattningsrätt.¹⁶⁰ Av detta skäl innehåller inte EU-rätten några allmänna kriterier för fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och ställer inte heller något krav på avskaffande av dubbelbeskattning på den inre marknaden. I likhet med hindrande skatteregler överlag är dubbelbeskattning bara förbjudet såvida de nationella skattereglerna medför att gränsöverskridande situationer behandlas sämre än rent

¹⁵⁹ Se artikel 7.1 a skatteflyktdirektivet.

¹⁶⁰ C-513/04, Mark Kerckhaert och Bernadette Morres v. Belgische Staat, p. 20.

interna.¹⁶¹ Eftersom CFC-reglerna till följd av sin natur enbart träffar gränsöverskridande arrangemang är artikel 8.7 problematisk i förhållande till etableringsfriheten.

Risken för att samma CFC-inkomst beskattas två gånger adresserades av OECD vid utformandet av BEPS-åtgärderna. OECD föreslog en regelhierarki där det bolag i ägarkedjan som står närmast CFC-bolaget i första hand ska beskattas för dess inkomster. Eftersom medlemsstaterna använder olika bolagsskattesatser skulle CFC-beskattning ibland ändå kunna tillåtas ske i flera led. Om ett bolag högre upp i ägarkedjan är föremål för en högre skattesats än det bolag som i första hand ska CFC-beskattas skulle även förstnämnda bolag kunna beskattas för CFC-bolagets inkomster - dock först efter att den skatt som redan erlagts av andra bolag har avräknats.¹⁶² Kommissionens förslag till CFC-reglerna kritiserades även av CFE:s fiskalkommitté som föreslog en lösning där enbart det direkt ovanstående moderbolaget CFC-beskattas. Detta för att undvika kedjebeskattning i situationer där flera medlemsstaters CFC-regler är tillämpliga på samma inkomst.¹⁶³

Kritiken avvisades emellertid av rådet som nöjde sig med att angripa dubbelbeskattning mellan CFC-bolaget och det direkt ovanstående moderbolaget. En möjlig bakgrund till detta är enligt Ginevra att avhålla multinationella koncerner från att upprätta mellanliggande holdingbolag med det enda syftet att uppnå skattefördelar, genom att CFC-reglerna vid en sådan struktur istället innebär en nackdel i skattehänseende.¹⁶⁴ Att på förhand försöka avhålla skattskyldiga från att arrangera sin verksamhet enligt en viss struktur skulle i princip innebära en presumtion för missbruk, som jag har svårt att se att EU-domstolen skulle acceptera. Bestämmelsen står dessutom i strid med skatteflyktsdirektivets syfte att undanröja dubbelbeskattning¹⁶⁵, vilket ytterligare ställer frågan på sin spets huruvida bestämmelsen verkligen bör tolkas enligt sin ordalydelse.

4.3.4 Skatteflyktsdirektivet som minimireglering

Ett ytterligare problem består i att skatteflyktsdirektivets regler enbart utgör ett minimikrav. Enligt artikel 3 hindrar inte skatteflyktsdirektivets bestämmelser medlemsstaterna från att vidta åtgärder för att säkerställa en ännu högre skyddsnivå för den nationella skattebasen. Det är emellertid inte säkert att artikel 3 står sig i förhållande till primärrätten.

¹⁶¹ Bizioli, s. 169.

¹⁶² OECD, *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, s. 67, p. 126-130.

¹⁶³ Fiscal Committee Opinion Statement FC 3/2016 on the European Commission's proposal for an Anti-Tax Avoidance Directive, p. 3.4.

¹⁶⁴ Ginevra, Guglielmo, *The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level*, Intertax, Volume 45, Issue 2, s.120-137, Kluwer Law International, 2017, s 131.

¹⁶⁵ Recit 5 skatteflyktsdirektivet.

Det följer av fast rättspraxis att nationella åtgärder inom ett område där det har skett en fullständig harmonisering på EU-nivå ska bedömas mot bakgrund av harmoniseringsbestämmelserna och inte mot bakgrund av primärrätten.¹⁶⁶ Eftersom skatteflyktsdirektivet på grund av dess de minimi-karaktär inte innebär en fullständig harmonisering tillåter EU-rätten även en prövning av om nationell lagstiftning är förenlig med primärrätten, även om den nationella bestämmelsen i fråga har antagits för att införliva direktivet.

Medlemsstaterna har inte lämnats något utrymme att avvika från direktivets lägsta skyddsnivå mot skatteflykt. Nationella regler upp till minimikraven kommer därmed att bedömas i ljuset av skatteflyktsdirektivet. EU-domstolen har varit mycket mer restriktiv med att underkänna EU-rättslig sekundärrätt som strider mot primärrätten än vad den varit beträffande rent nationella bestämmelser, i synnerhet sekundärlagstiftning inom politiskt laddade områden.¹⁶⁷ Till den del medlemsstaternas CFC-lagstiftning följer direktivet kommer därmed EU-domstolen sannolikt inte pröva de nationella reglerna mot primärrätten, då det skulle innebära en prövning av direktivet i sig.

Det är enligt Smit först i området bortom minimikraven, där medlemsstaterna utövar sin kompetens på skatteområdet för att införa striktare regler än direktivet kräver, som EU-domstolen förväntas pröva medlemsstaternas lagstiftning. I detta område är det inte direktivet som bedöms i förhållande till primärrätten, utan medlemsstaternas nationella regler.¹⁶⁸ Även om det är svårt att föreställa sig en situation där skatteflyktsdirektivet prövas mot primärrätten kan alltså nationella skatteregler, som med stöd av artikel 3 går längre i sin utformning än direktivets tvingande bestämmelser, mycket väl bedömas stå i strid med fördraget.¹⁶⁹ Det är därmed inte enbart skatteflyktsdirektivets bestämmelser som ska beaktas, utan även primärrätten och EU-domstolens praxis påverkar medlemsstaternas möjlighet att implementera och tillämpa nationella CFC-regler genom att sätta en borte gräns för vad som tillåts.

¹⁶⁶ C-14/16, Euro Park Service, p. 26. Se även C-198/14, Visnapuu, p. 40 och C-95/14, UNIC & Uni.co.pel, p. 33.

¹⁶⁷ Brokelind och Wattel, s. 656. Se mer under avsnitt 4.4.2.

¹⁶⁸ Smit, s. 495.

¹⁶⁹ Se exempelvis dom den 18 september 2003 C-168/01, Bosal Holding, EU:C:2003:479, p. 26.

4.4 Ger skatteflyktsdirektivet medlemsstaterna vidare möjligheter att tillämpa CFC-regler än vad primärrätten medger?

4.4.1 Inledning

Skatteflyktsdirektivets CFC-regler avviker till viss del från primärrätten genom att de tycks tillåta mer långtgående åtgärder än vad som medges enligt fördragen och EU-domstolens praxis. Även om CFC-reglerna är ett uttryck för den välavvägda beskattningsrätten mellan medlemsstaterna är en förutsättning för beskattning inom EES att missbruk föreligger. Frågan om missbruk måste, enligt klara besked från EU-domstolen, fastställas i varje enskilt fall. Artikel 7.2 a går därmed längre än vad EU-domstolen tidigare tillåtit under rule of reason-doktrinen, och riskerar särskilt att vålla problem när CFC-bolaget bedriver passiv förvaltning. Ett ytterligare problem är att den dubbelbeskattning artikel 8.7 tycks tillåta riskerar att utgöra ett hinder för indirekta etableringar genom mellanliggande bolag i andra medlemsstater. Skatteflyktsdirektivets minimibestämmelse i artikel 3 tillåter medlemsstaterna att tillämpa ännu striktare CFC-regler än vad direktivet kräver, men innebär samtidigt att dess förenlighet med primärrätten kan komma att prövas av EU-domstolen.

EU-domstolen har tidigare slagit fast att förhindrande av skatteflykt som tvingande skäl av allmänintresse har samma räckvidd oavsett om det grundas på en direktivsbestämmelse eller på en primärrättslig princip.¹⁷⁰ Följande avsnitt ägnas åt att analysera huruvida skatteflyktsdirektivet trots det kan tillåtas tolkas utöver primärrättens ramar och ge medlemsstaterna ett större utrymme att bekämpa skatteflykt än vad EU-domstolen hittills medgett.

4.4.2 EU-domstolens tolkningsföreträde

EU-direktiv är en sekundärrättslig akt och som konstaterats ovan har fördragen i egenskap av primärrätt företräde framför sekundärrätten. EU-domstolen är ytterst uttolkaren av EU-rätten och det står således domstolen fritt att inte tillämpa ett EU-direktiv på ett sätt som står i strid med fördragen, grundläggande principer och gällande praxis.¹⁷¹ Det råder i litteraturen dock delade meningar om huruvida EU-domstolen bör pröva en sekundärrättslig akt mot primärrätten.

Både Lazarov och Govind är av uppfattningen att EU-domstolen bör pröva giltigheten av bestämmelserna i skatteflyktsdirektivet mot primärrätten och EU:s grundläggande princip om

¹⁷⁰ C-6/16, *Eqiom*, p. 64 och C-14/16, *Euro Park Service*, p. 69.

¹⁷¹ Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 350.

fri rörlighet inom unionen.¹⁷² Att tillåta en sådan prövning skulle ge EU-domstolen möjlighet att utvärdera om harmoniseringsmålet är i linje med fördragen och bidrar till den inre marknads effektivitet. De anser att det är nödvändigt att EU-domstolen har en sådan möjlighet eftersom både grundläggande friheter och sekundärlagstiftning i slutändan har ett och samma mål - nämligen att skydda den inre marknaden. Lazarov och Govind bemöter även Brokelind och Wattels uppfattning (se strax nedan) om att det är själva implementeringen av sekundärrättsliga bestämmelser som kan prövas av EU-domstolen. De förstnämnda anser att en sådan ordning ger primärrätten ett för snävt genomslag, i synnerhet då den generella principen om missbruk inte har utformats inom ramen för ett specifikt rättsområde såsom skatt, utan för EU-rätten i stort. Att neka skattskyldiga möjligheten att bestrida även EU-rättslig lagstiftning som står i strid med fördraget skulle därmed underminera hela unionens grundläggande syfte.¹⁷³

Även Axel Cordewener ställer sig kritisk till varför EU-domstolen ska acceptera att en direktivsbestämmelse tillåter medlemsstaterna att tillämpa en viss nationell regel, när fördraget och tillhörande praxis skulle innebära ett hinder för samma regel.¹⁷⁴ Han medger dock att EU-domstolen sällan underkänner sekundärrättsliga bestämmelser på grundval förenligheten med primärrätten.

Brokelind och Wattel pekar, utan att vara lika kritiska som sina kollegor, på att EU-domstolen nästan aldrig underkänner sekundärrätt som är oförenlig med primärrätten och att det förefaller osannolikt att EU-domstolen underkänner någon av bestämmelserna i skatteflyktsdirektivet i det fall de uppfattas vara mer långtgående än rule of reason-doktrinen. Även om det kan vara svårt att förstå varför medlemsstaterna skulle tillerkännas en vidare möjlighet att genom sekundärrätten införa begränsande skatteregler än vad primärrätten skulle tillåta kommer EU-domstolen sannolikt att dra sig för att ifrågasätta skatteflyktsdirektivets förenlighet med primärrätten. Inte minst med hänsyn till att skatteflyktsdirektivet är resultatet av långdragna politiska förhandlingar och kompromisser.¹⁷⁵

Även Ginevra har svårt att se EU-domstolen vidta åtgärder mot en medlemsstat som har implementerat bestämmelserna som de anges i direktivet. Han menar att det ligger närmare till hands att EU-domstolen tar hänsyn till den nya standard direktivet innebär och enbart underkänner nationella CFC-regler som uppenbart står i strid med direktivets syfte.¹⁷⁶

¹⁷² Lazarov, Ivan & Govind, Sriram, *Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law*, Intertax, Volume 47, Issue 10, s. 852-868, Kluwer Law International, 2019.

¹⁷³ Lazarov & Govind, s. 858.

¹⁷⁴ Cordewener, Axel, *Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?*, EC Tax Review 2017-2 s. 60-66, 2017.

¹⁷⁵ Brokelind & Wattel, s. 656.

¹⁷⁶ Ginevra, s. 129.

Det ska också tilläggas att den EU-rättsliga tolkningsmetoden ofta möjliggör för EU-domstolen att ge direktivsbestämmelserna en tolkning som överensstämmer med dess tidigare praxis.

I C-390/15 *Rzecznik Praw Obywatelskich* framhöll EU-domstolen vikten av att EU-lagstiftaren ges ett utrymme för en skönsmässig bedömning och uttalade att

Vid åtgärder av skatterättslig karaktär ställs unionslagstiftaren inför val av politisk, ekonomisk och social art och måste rangordna motstridiga intressen och göra komplexa bedömningar. I detta sammanhang ska unionslagstiftaren följaktligen tillerkännas ett stort utrymme för skönsmässig bedömning, vilket innebär att domstolens kontroll [...] ska begränsas till uppenbara fel.¹⁷⁷

Även om åsikterna går isär när det kommer till vad EU-domstolen bör göra är de flesta eniga om det faktum att domstolen sällan gör en prövning av en direktivsbestämmelses tillåtlighet och det förefaller, med hänsyn till EU-domstolens uttalande ovan, osannolikt att skatteflyktsdirektivet blir ett undantag. Med det sagt är det upp till EU-domstolen att tolka bestämmelserna och även om det känns långsökt att skatteflyktsdirektivet skulle förklaras ogiltigt kan domstolen mycket väl tänkas minska diskrepansen genom att ge direktivet en tolkning som överensstämmer med praxis där utrymme finns.¹⁷⁸

Värt att notera är också att de tolkningsfrågor EU-domstolen tidigare tagit upp till prövning har rört direktiv som i ett viktigt avseende väsentligen avviker från skatteflyktsdirektivet. Tidigare nämnda *T Danmark och Deister Holding & Juhler Holding*¹⁷⁹ gällde båda tolkningen av MBDB, ett direktiv som syftar till att ge skattelättnader till gränsöverskridande koncerner. MBDB har därmed skattebefrielse som utgångspunkt, med undantag för situationer då missbruk föreligger. Skatteflyktsdirektivet, å andra sidan, kräver beskattning såvida inte CFC-inkomsten härrör från en verklig ekonomisk verksamhet. EU-domstolen har uttalat att bestämmelser som utgör ett undantag från direktivets allmänna mål ska tolkas restriktivt.¹⁸⁰ Eftersom skatteflyktsdirektivet utgör ett undantag från den fria rörligheten snarare än att tillförsäkra skattskyldiga rättigheter ligger det nära till hands att tolka direktivet i sin helhet restriktivt där utrymme för tolkning finns. Till den del skatteflyktsdirektivets bestämmelser medger en alternativ tillämpning utöver det absoluta minimikravet kommer EU-domstolen sannolikt att tolka det hårdare alternativet i ljuset av primärrätten.

¹⁷⁷ Dom den 7 mars 2017, C-390/15, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, EU:C:2017:174, p. 54. Se även dom den 12 juli 2005, C-154/04, *Alliance for Natural Health*, EU:C:2005:449, p. 52.

¹⁷⁸ Något som EU-domstolen också ofta har gjort. Se inte minst domstolens dom den 23 april i C-294/83, *Parti écologiste "Les Verts" mot Europaparlamentet*, EU:C:1986:166, p. 25, där domstolen tolkade en bestämmelse mot sin ordalydelse för att undvika ett resultat som står i strid med fördragets anda.

¹⁷⁹ C-116/16, *T Danmark & Y Danmark* och C-504/16, *Deister Holding & Juhler Holding*.

¹⁸⁰ C-14/16, *Euro Park Service*, p. 49 och C-6/16, *Eqiom*, p. 26.

4.4.3 Är skatteflyktsdirektivet ett uttryck för förändrade prioriteringar inom EU?

Det står numera klart att medlemsstaterna inte bara har rätt, utan också en skyldighet, att neka skatteförmåner vid missbruk av en unionsrättslig frihet. Utöver att skatteflyktsdirektivet kräver att medlemsstaterna inför regler mot skatteflykt innebär EU-domstolens senaste avgöranden en skyldighet att neka EU-rättsliga förmåner vid missbruk, även där uttrycklig reglering saknas.¹⁸¹ Klart är att det de senaste 30 åren har skett en utveckling inom EU när det kommer till att angripa skatteflykt. Skatteflyktsdirektivets CFC-regler ligger till viss del i linje med denna utveckling, men ser i flera avseenden ut att vara för långtgående i förhållande till etableringsfriheten. Frågan är om detta är uttryck för ytterligare ett steg i utvecklingen eller om direktivet är tänkt att samordna den praxis som redan gäller idag.

Bizioli ser skatteflyktsdirektivet som ett uttryck för förändrade prioriteringar inom EU på skatteområdet. Han menar i sin artikel i *EC Tax Review* att skatteflyktsdirektivets mål signalerar en tydlig förändring i prioriteringsordningen för EU:s skattepolitik. Fram till början av 2000-talet var kommissionens huvudmål att tillse att EU:s skattesystem för företag tillgodoser den ökning av gränsöverskridande organisationsstrukturer som ständigt pågår, medan frågan om missbruk endast spelade en underordnad roll. Målet för den europeiska företagsskattepolitiken var att motverka diskriminerande beskattning mellan gränsöverskridande och rent interna transaktioner och eliminera hinder som dubbelbeskattning.¹⁸²

Bizioli menar vidare att EU-domstolens praxis på bolagsskatteområdet återspeglar EU:s gamla prioriteringar, där medlemsstaternas intresse av att skydda sin skattebas allt som oftast fått stå tillbaka till förmån för den fria rörligheten, med undantag för de rättfärdigande grunder som utvecklats inom ramen för domstolens rule och reason-doktrin. Det skydd medlemsstaterna åtnjutit mot skatteflykt har därför enligt den tidigare prioriteringsordningen varit av begränsad omfattning.¹⁸³ De en gång underordnade målen om skattetransparens, informationsutbyte och rättvis skattekonkurrens har enligt Bizioli kommit att få samma politiska tyngd som avskaffandet av hinder för den fria rörligheten. Detta understryks enligt honom av att skatteflyktsdirektivet inte bara avser att förhindra missbruk av EU-rätten och nationell skattelagstiftning, utan även syftar till att täppa till luckor som skapas av samspelet mellan olika skattejurisdiktioner.¹⁸⁴ Det råder därför starka motsättningar mellan EU-domstolens redan etablerade praxis och skatteflyktsdirektivets bestämmelser.

Det som talar för Biziolis uppfattning är att om bestämmelserna i skatteflyktsdirektivet inte går längre än EU-domstolens tidigare praxis innebär det nya direktivet över huvud taget ingen

¹⁸¹ Se C-116/16 och C-116/17, T Danmark & Y Danmark och C-115/16, N Luxembourg 1.

¹⁸² Bizioli, s. 167.

¹⁸³ Ibid., s. 170.

¹⁸⁴ Ibid., s. 171.

förändring för medlemsstaterna i förhållande till den möjlighet att bekämpa skatteflykt som redan finns genom primärrätten och EU-domstolens rule of reason-doktrin. Man kan däremot fråga sig om ett utökat skydd var tanken bakom direktivet. Merparten av medlemsstaterna var till följd av sina åtaganden gentemot OECD skyldiga att genomföra BEPS-åtgärderna, vilka offentliggjordes innan rådets förslag om ett direktiv mot skatteflykt publicerades.¹⁸⁵ I förslaget till skatteflyktsdirektivet framhålls att medlemsstaternas olikartade tillämpning av åtgärderna riskerar att utgöra ett hot mot den fria rörligheten, genom att leda till snedvridningar i konkurrensen och skattehinder för företag inom EU.¹⁸⁶ Även i preambeln till skatteflyktsdirektivet betonas vikten av en gemensam hållning inom EU för att säkerställa att genomförandeåtgärderna är förenliga med unionsrätten.¹⁸⁷ Direktivet syftar följaktligen inte bara till att i medlemsstaternas favör säkerställa ett minimiskydd mot skatteflykt, utan även till att garantera en enhetlig implementering på EU-nivå för att undanröja skattehinder för bolag inom EES. Ett minimidirektiv kan tyckas vara oändamålsenligt i detta avseende, men tillåter å andra sidan en prövning av nationella regler mot primärrätten. Att skatteflyktsdirektivet även syftar till att garantera ett minimiskydd mot skatteflykt förklaras helt enkelt med att bestämmelserna grundas på OECD:s BEPS-åtgärder, som uttryckligen har som syfte att stärka skyddet för de nationella skattebaserna.

Vidare talar EU-domstolens senaste avgöranden i T Danmark och N Luxembourg 1 för att dess tidigare rättspraxis fortfarande gäller.¹⁸⁸ Som framgår av målen har EU-domstolen även efter skatteflyktsdirektivet infördes stått fast vid att frågan om missbruk måste avgöras i varje enskilt fall, och inte enbart får grundas på objektiva omständigheter som lokaler, utrustning och personal. Även subjektiva faktorer som syftet bakom etableringen spelar roll för bedömningen. Vad gäller de objektiva faktorerna ska hänsyn även tas till bolagets struktur, balansräkning och dess faktiska utgifter.¹⁸⁹ EU-domstolens uttalande i dessa mål ligger även i linje med det som tidigare gjordes i Deister Holding & Juhler Holding och någon utveckling verkar knappast avsedd.¹⁹⁰ Om något tycks domstolen genom sina senare mål ha utvidgat synen på vad som utgör en etablering sedan rent konstlade upplägg preciserades i Cadbury Schweppes. En utveckling som förefaller helt rimlig med tanke på att avgörandet i Cadbury Schweppes avsåg förhållanden från år 1996.¹⁹¹ Såväl digitaliseringen som globaliseringen har sedan dess till stor del spelat ut den gamla definitionen av en verksamhet.

¹⁸⁵ Förslag till rådets direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt påverkar den inre marknads funktion, s. 3.

¹⁸⁶ Ibid., s. 4.

¹⁸⁷ Recit 2 skatteflyktsdirektivet.

¹⁸⁸ Se ovan nämnda rättsfall C-116/16 och C-116/17 T Danmark & Y Danmark och C-115/16 N Luxembourg 1.

¹⁸⁹ C-116/16 och 116/17, T Danmark & Y Danmark p. 104. Se även C-115/16, N Luxembourg 1 p. 132-139.

¹⁹⁰ Möjligen framhåller domstolen fler indicier på skatteflykt än i sina tidigare avgöranden, men vidhåller alltjämt att det krävs såväl ett subjektivt som objektivi rekvisit som måste fastställas i varje enskilt fall, se C-115/16, N Luxembourg 1, p. 124-128.

¹⁹¹ Se C-196/04, Cadbury Schweppes, p. 2.

EU-domstolen har som nämnts tolkningsföreträde och är således den som slutligen kommer att avgöra direktivsbestämmelsernas innebörd. Domstolens senare avgöranden talar starkt för en tolkning i linje med dess befintliga praxis. Mot bakgrund av detta ligger det nära till hands att dra slutsatsen att skatteflyktsdirektivet inte på något sätt sätter EU-domstolens rule of reason-doktrin ur spel. Direktivet är snarare ett försök att genomföra OECD:s åtgärder på unionsnivå, för att säkerställa EU-rättens genomslag. Det är olyckligt att CFC-reglerna inte på ett tillräckligt tydligt sätt knyter an till EU-domstolens senaste missbrukspraxis. Det är också olyckligt att de potentiella problemen med dubbelbeskattning som adresserats av OECD vid utformningen av rekommendationerna helt lämnats utan avseende i det slutliga direktivet, även om detta troligtvis är ett förbiseende.

4.5 Sammanfattning

Skatteflyktsdirektivet kommer sannolikt att tolkas i ljuset av EU-domstolens redan etablerade praxis. En ordagrann tillämpning av i synnerhet artikel 7.2 a och 8.7 riskerar att bedömas som oproportionerlig och därmed fördragsstridig. Med det sagt går det inte utesluta att en viss förändring på skatteflyktsområdet trots allt är avsedd. Den största förändringen består enligt mig dock i att medlemsstaterna numera inte enbart får, utan faktiskt har en skyldighet att agera mot skatteflykt. Den bortre gränsen för vad som är tillåtet står däremot fast i enlighet med EU-domstolens tidigare praxis. Med tanke på EU-domstolens motvilja att underkänna sekundärrättslig EU-rätt kommer en implementering av skatteflyktsdirektivet upp till dess miniminivå troligtvis inte att leda till några problem. Däremot kan en överimplementering leda till att nationella regler prövas av EU-domstolen mot bakgrund av primärrätten. Nationella bestämmelser som innebär ett mer långtgående skydd mot skatteflykt än vad direktivet kräver kan, trots artikel 3, bedömas stå i strid med EU-rätten. För att undvika att hamna i en sådan situation och säkerställa att implementeringen av CFC-reglerna inte innebär ett oproportionerligt hinder för etableringsfriheten bör även primärrätten och EU-domstolens rule of reason-doktrin beaktas vid tolkningen av bestämmelserna.

5. Den svenska CFC-lagstiftningen och etableringsfriheten

5.1 Den svenska CFC-lagstiftningen

5.1.1 Inledning

Uppsatsens andra frågeställning syftar till att utreda hur den svenska CFC-lagstiftningen förhåller sig till etableringsfriheten. Följande avsnitt kommer att ägnas åt att svara på denna fråga genom en analys av de svenska reglerna mot bakgrund av hur skatteflyktsdirektivet bör tolkas enligt vad som anförts ovan. Inledningsvis kommer att redogöras för den svenska CFC-lagstiftningens utformning och de förändringar som skett till följd av skatteflyktsdirektivet. Därefter diskuteras några av de potentiella problem CFC-reglernas nuvarande lydelse kan ge upphov till i förhållande till etableringsfriheten. Av utrymmesskäl finns inte möjlighet att gå igenom varje avvikelse, utan jag har valt att belysa de största problemen med den svenska regleringen.

5.1.2.1 Bakgrund

Som nämnts i inledningen har CFC-lagstiftning har funnits i Sverige sedan 1990 och syftar till att förhindra omfattande internationell skatteplanering och skatteflykt.¹⁹² Den svenska CFC-lagstiftningen har behandlats på flera ställen i litteraturen, bland annat av Mattias Dahlberg och Cecile Brokelind.¹⁹³ Regleringen är lagtekniskt komplicerad och vissa specifika regler, som exempelvis reglerna om hur överskottet ska beräknas för utländska skadeförsäkringsbolag med säkerhetsreserver¹⁹⁴ och den särskilda filialregeln¹⁹⁵ har lämnats utanför framställningen då de saknar större betydelse för frågeställningen.

5.1.2.2 Följden av CFC-beskattning

CFC-lagstiftningen återfinns i 39 a kap IL. Följden av att någon CFC-beskattas framgår av 39 a kap 13 § IL som anger att en delägare i en juridisk person med lågbeskattade inkomster är

¹⁹² Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 185.

¹⁹³ Se exempelvis Dahlberg, Mattias, *Internationell beskattning*, Dahlberg, Mattias, 'Förslag till ny CFC-lagstiftning - 2002 års departementspromemoria', *Skattenytt*, 2003 nr. 1, s. 50-59, och Brokelind, Cecile, 'Group Taxation and CFC Rules in Swedish Tax Cases', *Tax Notes International*, vol. 39, nr. 3, s. 237-242.

¹⁹⁴ Jmf. 39 a kap 10 § och 39 kap 6-9 §§ IL.

¹⁹⁵ Se 39 a kap 9 § IL.

skattskyldig i Sverige för en så stor del andel av överskottet i den utländska personen som svarar mot delägarens andel av kapitalet. Det är alltså kapitalandelen som bestämmer skatteunderlaget för CFC-beskattningen, medan det vid bedömningen av om en delägare över huvud taget ska CFC-beskattas även tas hänsyn till röstantalet.¹⁹⁶

I vanliga fall blir inte ett moderbolag beskattat för ett dotterbolags vinst förrän utdelning sker eller aktierna avyttras. Utdelning och kapitalvinst är dessutom många gånger skattefria på grund av att andelarna är näringsbetingade.¹⁹⁷ CFC-reglerna innebär att en delägare i en utländsk juridisk person med lågbeskattade inkomster istället beskattas löpande för CFC-bolagets inkomster. Både begränsat skattskyldiga med fast driftställe i Sverige och obegränsat skattskyldiga kan bli föremål för CFC-beskattning.¹⁹⁸ Därför stadgas i 39 a kap 13 § första stycket IL att överskottet inte ska tas upp till beskattning i Sverige till den del det tagits upp av en begränsat skattskyldig.

5.1.2.3 Förutsättningarna för CFC-beskattning

För att kunna bli föremål för CFC-beskattning krävs att delägaren faktiskt har någon form av kontroll över det utländska dotterbolaget. Av 39 a kap 2 § IL framgår att en skattskyldig anses som delägare i en utländsk juridisk person om denne själv eller tillsammans med personer i intressegemenskap, direkt eller indirekt genom andra utländska juridiska personer, innehar eller kontrollerar kapital- eller röstandelar om minst 25 procent i den utländska juridiska personen. Värt att notera är att motsvarande gräns i skatteflyktsdirektivet är mer än 50 procent. En ytterligare skillnad är att i direktivet likställs rätten att motta vinstmedel med faktisk kontroll. Regeringen valde att inte införa en sådan bestämmelse för att undvika en situation där den fria rörligheten för kapital, som ju gäller även i förhållande till tredje land, aktualiseras. Med hänsyn till EU-domstolens praxis skulle enligt regeringen en sådan ändring medföra en risk för att CFC-reglernas tillämpning begränsas till rent konstlade upplägg även i förhållande till länder utanför EES.¹⁹⁹ Någon sådan skyldighet ansåg inte regeringen fanns för medlemsstaterna.²⁰⁰

Som framgår av 39 a kap 2 § IL ska inte bara delägarens egna andelar beaktas, utan även personers som står i intressegemenskap med delägaren. Skälet för detta är att det annars skulle vara mycket enkelt att kringgå CFC-lagstiftningen genom att sprida ut ägandet på flera

¹⁹⁶ Jmf. 39 a kap 3 § 1 st IL.

¹⁹⁷ Se 24 kap 35 § och 25 a kap 5 § IL.

¹⁹⁸ I 39 a kap 2 § IL hänvisas bara till ”skattskyldig”.

¹⁹⁹ EU-domstolen har dock öppnat upp för möjligheten att rättfärdiga hinder för den fria rörligheten för kapital gentemot tredje land, på grunder som inte hade godtagits inom EES, (se exempelvis dom den 12 december 2006, C-446/04, FII Group Litigation, EU:C:2006:774, p. 171) så frågan är hur befogad regeringens oro egentligen är.

²⁰⁰ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 30.

närstående.²⁰¹ Definitionen av vad som utgör intressegemenskap finns i 39 a kap 3 § IL. Bestämmelsen avser både fysiska och juridiska personer.²⁰²

Två personer anses vara i intressegemenskap med varandra om någon av följande förutsättningar är uppfylld:

1. Personerna är moderföretag och dotterföretag eller står under i huvudsak samma ledning
2. Personerna är juridiska personer och den ena personen innehar eller kontrollerar, direkt eller indirekt, minst 25 procent av kapitalet eller rösterna i den andra personen
3. Den ena personen är en fysisk person och den andra en juridisk person vars kapital eller röster direkt eller indirekt till minst 25 procent innehas eller kontrolleras av den fysiska personen.
4. Personerna är juridiska personer och en och samma fysiska eller juridiska person direkt eller indirekt innehar eller kontrollerar minst 25 procent av kapitalet eller rösterna personerna
5. Personerna är närstående.

I paragrafens andra stycke framgår att vid bedömningen av om personerna står under i huvudsak gemensam ledning ska närstående personer anses utöva ett gemensamt inflytande. Vidare ska enligt tredje stycket om en fysisk person är i intressegemenskap med en juridisk person enligt första stycket 3, även närstående till den fysiska personen anses vara i intressegemenskap med den juridiska personen.

För att implementera skatteflyktsdirektivets CFC-regler har gränsen för intressegemenskap genom Lag (2018:1752) sänkts från 50 procent till 25 procent. I samband med ändringen infördes även punkt 4 som innebär att CFC-reglerna blir tillämpliga även då två bolag med en gemensam ägare tillsammans innehar minst 25 procent av andelarna i ett utländskt lågbeskattat bolag. Ändringen av närståendedefinitionen från 50 procent till 25 procent ansågs av regeringen vara en nödvändig följd av skatteflyktsdirektivet, där definitionen av närstående är just 25 procent eller mer.²⁰³ Sett i relation till kontrollkravet i 39 a kap 2 § IL träffas fler bolag av den svenska CFC-lagstiftningen än vad som krävs enligt skatteflyktsdirektivet. Regeringen valde att inte ändra gränsen till att motsvara den nivå direktivet föreskriver och motiverade detta med att artikel 3 i skatteflyktsdirektivet tillåter medlemsstaterna att tillämpa en högre skyddsnivå nationellt. Förslaget möttes av omfattande kritik från remissinstanserna. Kritiken handlade till stor del om att förslaget innebär mer långtgående förändringar än nödvändigt, och från flera håll poängterades att innehavskravet borde höjas till den miniminivå direktivet föreskriver.²⁰⁴ Regeringen medgav att en sänkt gräns för intressegemenskap samtidigt som det låga kontrollkravet bibehålls medför att fler

²⁰¹ Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s. 192 ff.

²⁰² Ibid., s. 193. Observera att bestämmelserna i skatteflyktsdirektivet endast är tillämpligt på juridiska personer, se artikel 2.

²⁰³ Artikel 2.4 skatteflyktsdirektivet.

²⁰⁴ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 33.

konstellationer kommer att omfattas av CFC-reglerna, men med hänsyn till att direktivet utgör en minimistandard och att en fullständig harmonisering därmed inte är avsedd ansåg den att ”gällande ägarkrav [på] 25 procent har en ändamålsenlig utformning och bör behållas”.²⁰⁵

För att en delägare ska kunna bli beskattad i Sverige för inkomsten hos en utländsk juridisk person krävs vidare att den utländska personen är föremål för en särskilt låg beskattning. Systemet för att fastställa vad som utgör en lågbeskattad inkomst har delats upp i en huvudregel och en kompletteringsregel.

Huvudregeln i 39 a kap 5 § IL innebär att nettoinkomsten hos en utländsk juridisk person ska anses lågbeskattad om den beskattas lindrigare än 55 procent av den beskattning som skulle skett om inkomsten utgjorde överskott av näringsverksamhet för ett svenskt aktiebolag som bedriver motsvarande verksamhet i Sverige. Den svenska bolagsskatten är för närvarande 20,6 procent.²⁰⁶ En vinst som beskattas lägre än 11,33 procent anses därmed lågbeskattad och en delägare kan bli föremål för CFC-beskattning. Definitionen av lågbeskattad inkomst enligt skatteflyktsdirektivet är inkomster som är föremål för mindre än hälften av den skatt som skulle tagits ut i moderbolagets medlemsstat.²⁰⁷ Även vad gäller tröskeln för vad som utgör en lågbeskattad inkomst går alltså de svenska reglerna längre än skatteflyktsdirektivet kräver.

Den svenska regleringen följer en full inclusive-modell, som innebär att i princip all inkomst från ett lågbeskattat dotterbolag beskattas hos delägaren.²⁰⁸ Någon uppdelning av “bra” och “dåliga” inkomster görs inte och det krävs inte att inkomsten härrör från en viss typ av verksamhet för att den ska anses riskfylld ur ett skatteflyktsperspektiv. Regeringen ansåg vid implementeringen av skatteflyktsdirektivet att alla inkomst kategorier i artikel 7.2 a ryms inom den svenska varianten och att någon ändring därmed inte behövde göras, återigen med hänvisning till att artikel 3 tillåter striktare nationella regler.

Kompletteringsregeln medger undantag för vissa inkomster som i och för sig anses lågbeskattade enligt huvudregeln. 39 a kap 7 § IL stadgar att även om nettoinkomsten är lågbeskattad enligt 5 § ska en inkomst hos en utländsk juridisk person inte anses lågbeskattad om den utländska juridiska personen hör hemma och är skattskyldig i ett område som anges i bilaga 39 a och som inte omfattas av där angivna undantag.

Även om en inkomst inte anses vara föremål för en acceptabel beskattningsnivå enligt bilaga 39 a, måste den vara lågbeskattad enligt definitionen i 39 a kap 5 § Inkomstskattelagen för att delägaren ska kunna bli CFC-beskattad.²⁰⁹ Viktigt att notera är också undantaget i 7 a § som

²⁰⁵ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 33.

²⁰⁶ 65 kap 10 § IL.

²⁰⁷ Artikel 7.1 a skatteflyktsdirektivet.

²⁰⁸ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 39.

²⁰⁹ Dahlberg, *Internationell Beskattning*, s 198 ff.

innebär att ingen CFC-beskattning ska ske för inkomster hos juridiska personer som är hemmahörande inom EES i den mån bolaget utgör en verklig etablering och bedriver en ekonomiskt motiverad verksamhet. Undantaget föranleddes av EU-domstolens avgörande i Cadbury Schweppes. Det stod efter målet klart att svensk lagstiftning inte var förenlig med EU-rätten, då de svenska CFC-reglerna träffade även bolag som inte utgjorde rent konstlade upplägg.²¹⁰ Bestämmelsen som infördes 2008 finns i 39 a kap 7 a § IL och lyder:

Även om nettoinkomsten enligt 5 § är lågbeskattad och inte undantagen enligt 7 § ska en inkomst hos en juridisk person som hör hemma i en stat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet inte anses lågbeskattad om den utländska juridiska personen i den stat där den hör hemma utgör en verklig etablering från vilken en affärsmässigt motiverad verksamhet bedrivs.

Vid prövningen av om förutsättningarna i första stycket är uppfyllda ska särskilt beaktas

1. om den utländska juridiska personen har egna resurser i den stat där den hör hemma i form av lokaler och utrustning i den utsträckning som är nödvändig för dess verksamhet
2. om den utländska juridiska personen har egna resurser i den stat där den hör hemma i form av personal med kompetens som är nödvändig för att självständigt bedriva verksamheten, och
3. om den utländska juridiska personens personal självständigt fattar beslut i den löpande verksamheten.

Paragrafen kan närmast ses som en kodifiering av EU-domstolens avgörande i Cadbury Schweppes. En strikt tillämpning av andra stycket kan som framgått ovan emellertid anses vara för långtgående med hänsyn till EU-domstolens senare avgöranden. Någon ändring av bestämmelsen har inte gjorts sedan dess införande och regeringen ansåg att undantaget är förenligt med skatteflyktsdirektivet, även vid en eventuell extensiv tolkning av undantaget i 7.2 a, mot bakgrund av att det svenska undantaget har anpassats efter Cadbury Schweppes.²¹¹

5.2 Potentiella problem i förhållande till etableringsfriheten

5.2.1 CFC-reglerna är mer långtgående än skatteflyktsdirektivet kräver

De svenska CFC-reglerna går längre än skatteflyktsdirektivet i nära på alla avseenden. Isolerad kan artikel 3 tyckas innebära att det är fritt fram för medlemsstaterna att ha en hårdare lagstiftning med en högre skyddsambition än direktivet. Av EU-domstolens praxis följer emellertid att på områden där en fullständig harmonisering inte är avsedd riskerar

²¹⁰ Ibid., s 211.

²¹¹ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 61.

nationella regler inte bara att prövas mot direktivet, utan även i förhållande till primärrätten.²¹² EU-domstolen kommer, som anförts ovan i avsnitt 4.4.2, sannolikt undvika en prövning av skatteflyktsdirektivets förenlighet med etableringsfriheten, men eftersom de svenska CFC-reglerna går bortom skatteflyktsdirektivets minimikrav kan de ändå komma att bli föremål för EU-domstolens prövning.

Av EU-domstolens praxis går att urskilja vissa särskilt tydliga ställningstaganden som ställer krav på medlemsstaternas tillämpning av CFC-lagstiftning. I följande avsnitt kommer de största problemen med den svenska regleringen i förhållande till etableringsfriheten belysas.

5.2.2.1 Rule of reason tillåter inte en presumtion för missbruk vid passiv förvaltning

För det första är sannolikt den svenska full inclusion-modellen i 39 a kap 5 § IL inte förenlig med etableringsfriheten. Jag har tidigare påtalat det problematiska med artikel 7.2 a. De svenska CFC-reglerna går ännu längre än så, genom att inkludera alla sorters inkomster och inte bara de som angetts i direktivet. Den svenska regleringen följer som nämnts en modell där i princip all inkomst i ett lågbeskattat CFC-bolag beskattas hos delägaren.²¹³ Regeringen ansåg att skatteflyktsdirektivet inte hindrar beskattning på full inclusion-basis, mot bakgrund av att direktivet utgör en miniminivå.²¹⁴

Antagligen kommer inte den svenska bestämmelsen vålla några ytterligare problem än de som redan noterats angående artikel 7.2 a ovan.²¹⁵ Eftersom inkomst från aktiv verksamhet inom EES inte ska anses vara lågbeskattad enligt 39 a kap 7 a § IL kommer de inkomst kategorier som i praktiken blir föremål för CFC-beskattning förmodligen att spegla den passiva inkomstkatalogen i 7.2 a ganska väl. Faktum kvarstår alltså att en sådan kategorisk CFC-beskattning som artikel 7.2 a innebär är problematisk i förhållande till etableringsfriheten, särskilt då varken EES-undantaget i direktivet eller Cadbury Schweppes speglar EU-domstolens praxis när det kommer till passiv verksamhet. Det är rimligt att anta att EU-domstolen, för att undvika en situation där etableringsfriheten inskränks på ett sätt som står i strid med EU:s övergripande mål, gör en extensiv tolkning av undantagsbestämmelsen i 7.2 a i enlighet med sin praxis avseende holdingbolag. Som FAR anförde i sin remiss till regeringen har utredningen inte heller analyserat hur villkoren för undantaget förhåller sig till

²¹² Se avsnitt 4.3.4 ovan och C-14/16, Euro Park Service, C-198/14, Visnapuu och C-95/14, UNIC & Uni.co.pel.

²¹³ 39 a kap 5 § IL.

²¹⁴ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 39.

²¹⁵ Se avsnitt 4.3.2.1.

etableringar av företag inom den digitala ekonomin.²¹⁶ Med tanke på skiftet mot ett allt mer digitalt samhälle kommer synen på vad som definierar en etablering med säkerhet att behöva revideras. EU-domstolens dynamiska tolkningsmetod kommer gissningsvis leda till att undantagets tillämpningsområde anpassas i takt med att denna utveckling fortsätter. Med en sådan tolkning skulle en tillämpning enligt 7.2 a få ett mycket begränsat utrymme inom EES. De svenska reglerna som de är utformade idag riskerar därmed att vid en eventuell prövning bedömas stå i strid med etableringsfriheten.

5.2.2.2 CFC-reglerna leder till dubbelbeskattning vid indirekt ägande genom utländska bolag

Ett annat problem i förhållande till etableringsfriheten är den negativa särbehandling reglerna innebär för ett moderbolag som äger ett CFC-bolag indirekt via ett utländskt dotterbolag. Ett indirekt ägande omfattas nämligen inte av de svenska CFC-reglerna när hela ägarkedjan ända ner till CFC-bolaget utgörs av svenska bolag.²¹⁷ I ett sådant fall kan enbart det mellanliggande bolag som direkt äger CFC-bolaget bli föremål för CFC-beskattning.

Utländsk skatt som erläggs av någon annan än CFC-bolaget, exempelvis om CFC-beskattning sker även i ett mellanliggande ägarled, är inte heller avräkningsbar enligt 4 kap 2 § lag (1986:468) om avräkning av utländsk skatt. Detta leder till dubbelbeskattning i det fall ett svenskt bolag indirekt äger ett CFC-bolag genom ett mellanliggande bolag med hemvist i ett annat EU-land. Reglerna var utformade på detta sätt redan innan direktivet infördes och de svenska reglerna har aldrig prövats av EU-domstolen. Regeringen valde i sin översyn av CFC-reglerna att inte angripa problemet med dubbelbeskattning, då den gjorde bedömningen att skatteflyktsdirektivet inte innebär någon skyldighet att förhindra att dubbelbeskattning sker genom ett mellanliggande led.²¹⁸

Att ordalydelsen av artikel 8 i skatteflyktsdirektivet i princip medger dubbelbeskattning innebär inte, i motsats till vad regeringen anförde, att de svenska CFC-reglerna per automatik uppfyller EU-rättens krav på nationell lagstiftning. Dubbelbeskattning kan som nämnts vara en godtagbar effekt av att flera medlemsstater parallellt utövar sin beskattningsrätt. Detta gäller emellertid inte vid diskriminerande åtgärder. I skatteflyktsdirektivet har inte CFC-reglernas tillämpningsområde vid indirekta innehav begränsats till ägande genom

²¹⁶ FAR:s remissyttrande avseende finansdepartementets promemoria Fi2018/00823/S3, Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 5, <https://www.far.se/contentassets/ae3313dfba3b4d459bc9ac2c0df69504/far.-fi2018.00823.s3-cfc-regler.pdf>, (hämtad den 15 december 2019).

²¹⁷ Se 39 a kap 2 § IL.

²¹⁸ Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden s. 75.

utländska bolag, vilket innebär att kedjebeskattning kan inträffa generellt.²¹⁹ De svenska reglerna innebär däremot att dubbelbeskattning undanröjs när det mellanliggande bolaget är svenskt, men inte när det är utländskt.

Erik Blomquist är kritisk till de svenska CFC-reglernas utformning och menar att förslaget förenlighet med EU-rätten borde ha analyserats mer ingående. Han är av uppfattningen att EU-domstolen vid en eventuell prövning skulle anse att denna form av dubbelbeskattning utgör ett otillåtet hinder för etableringsfriheten.²²⁰ Jag är beredd att ansluta mig till hans uppfattning. Det faktum att reglerna innebär att en sekundär etablering genom utländska bolag inte medför samma rätt till avdrag som när det mellanliggande bolaget är svenskt kommer sannolikhet att ses som en restriktion snarare än en godtagbar effekt av flera medlemsstaters parallella beskattningsrätt. Rättsläget angående hur långtgående skyldighet medlemsstaterna har att undanröja dubbelbeskattning som sker i mellanliggande led, och vilken betydelse rule of reason har för bedömningen, får anses vara något oklart.²²¹ Att de svenska reglerna innebär att dubbelbeskattningsreglerna tillämpas på ett diskriminerande sätt är emellertid helt klart problematiskt, vilket också poängterades av remissinstanserna.²²²

Vidare innehåller skatteflyktsdirektivets preambel ett uttryckligt syfte att undanröja dubbelbeskattning.²²³ Preambeln är visserligen inte bindande, men dess motivuttalanden ger uttryck för rådets vilja och innebär en tydlig rekommendation till medlemsstaterna. Mot bakgrund av EU-domstolens praxis och skatteflyktsdirektivets syfte att undanröja hinder som dubbelbeskattning vid tillämpning av CFC-lagstiftning är det inte heller uteslutet att EU-domstolen gör en ändamålsenlig tolkning av artikel 8.7 och läser in en skyldighet för medlemsstaterna att bevilja avdrag även för skatt som erlagts av ett mellanliggande bolag.

5.3 Sammanfattning

Eftersom de svenska CFC-reglerna går bortom skatteflyktsdirektivets minimikrav kan de komma att bli prövade även mot primärrätten. EU-domstolen kommer, som anförts ovan i avsnitt 4.4.2, sannolikt att undvika en prövning av skatteflyktsdirektivets förenlighet med primärrätten. Till den del de svenska bestämmelserna följer direktivets lägstanivå bör således inga problem uppstå. Som nämnts går dock de svenska CFC-reglerna generellt längre än vad skatteflyktsdirektivet kräver. Av EU-domstolens praxis och rule of reason-doktrin går det att urskilja vissa särskilt viktiga krav på nationell skattelagstiftning. De största problemen verkar

²¹⁹ Jmf. artikel 7.1 skatteflyktsdirektivet.

²²⁰ Blomquist, Erik, *Förslag till förändringar av CFC-reglerna - en kritisk kommentar*, Skattenytt, 2018:12, s. 805.

²²¹ Se dock C-446/04, FII Group Litigation.

²²² Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden, s. 74.

²²³ Recit 5 skatteflyktsdirektivet.

till synes vara den svenska implementeringen av artikel 7.2 a samt de diskriminerande reglerna vid indirekt ägda CFC-bolag genom utländska etableringar. Hur exempelvis det lägre kontrollkravet och den lägre tröskeln för lågbeskattade inkomster förhåller sig till etableringsfriheten är svårare att säga, men full inclusion-modellen och risken för dubbelbeskattning blir än mer problematisk när fler konstellationer än nödvändigt omfattas. Klart är iallafall att de svenska CFC-reglerna kan komma att prövas mot primärrätten, och jag har sammantaget mycket svårt att se att reglerna som de är utformade idag skulle godtas av EU-domstolen.

6. Avslutande diskussion

- Hur ska skatteflyktsdirektivets CFC-regler tolkas mot bakgrund av fördragen och EU-domstolens rule of reason-doktrin, och i synnerhet de principer som fastställdes i Cadbury Schweppes?

Skatteflyktsdirektivets CFC-regler väcker endel frågor då de i flera avseenden avviker från EU-domstolens praxis och rule of reason-doktrinen. Minimiklausulen i artikel 3 ger dessutom sken av att tillåta nationella regler som är än mer långtgående. Det må hända att inte direktivet hindrar en mer långtgående tillämpning av CFC-beskattnig, men det följer av fast rättspraxis att när en fullständig harmonisering inte är avsedd måste medlemsstaterna vid en implementering också förhålla sig till primärrätten. Trots att EU-domstolen har varit restriktiv med att pröva sekundärrättsliga bestämmelser mot primärrätten kan nationella regler till den del de utgör en överimplementering mycket väl bedömas som fördragsstridiga. Jag är av uppfattningen att skatteflyktsdirektivet inte innebär en mer långtgående möjlighet att inskränka etableringsfriheten och att EU-domstolen kommer att göra en ändamålsenlig tolkning i ljuset av fördraget och sin egen praxis. Detta stöds inte minst av EU-domstolens senaste avgöranden på skatteflyktsområdet där det tydligt framgår att rule of reason-doktrinen med de principer som fastställdes i bland annat Cadbury Schweppes står fast.

- Mot bakgrund av detta, är de svenska CFC-reglerna förenliga med etableringsfriheten?

Medlemsstaternas CFC-lagstiftning bör till den del reglerna motsvarar skatteflyktsdirektivets nivå inte ge upphov till några problem. Der finns emellertid, artikel 3 till trots, skäl att akta sig för att införa mer långtgående regler, då reglerna till den del de överskrider miniminivån kan komma att prövas mot primärrätten. Gällande den svenska CFC-lagstiftningen går det att identifiera ett flertal potentiella problem i förhållande till etableringsfriheten. I de flesta avseenden går de svenska reglerna utöver den miniminivå skatteflyktsdirektivet kräver. Det är tydligt att lagstiftaren vid implementeringen av CFC-reglerna lagt stor vikt vid bestämmelsernas ordalydelse och använt artikel 3 som en hävstång för att motivera ett mer långtgående skydd mot skatteflykt. Min uppfattning är att det är olyckligt att tolkningen av direktivets innebörd inte problematiserats mer i förhållande till primärrätten och den praxis som finns på området. Resultatet av implementeringen är en svensk CFC-lagstiftning som vid en eventuell prövning av EU-domstolen sannolikt inte kommer att anses vara förenlig med etableringsfriheten.

Med det sagt kvarstår det faktum att EU-domstolen sedan Avoir Fiscal har utvecklat sin syn på skatteflykt som rättfärdigande grund och det går inte att utesluta att skatteflyktsdirektivet är tänkt att vara ytterligare ett steg i riktningen mot en ny prioriteringsordning inom EU.

Att EU-domstolen skulle gå så långt som att på bekostnad av etableringsfriheten tillåta generell presumtion för missbruk och en diskriminerande tillämpning av dubbelbeskattningsregler bedömer jag som osannolikt. Hur skatteflyktsdirektivet till slut kommer att tolkas kan inte med säkerhet sägas förrän EU-domstolen tagit upp frågan till prövning.

Jag vill avslutningsvis lyfta svårigheten i att avgöra vad som utgör ett rent konstlat upplägg i en digital ekonomi. I takt med digitaliseringen och globaliseringen blir det allt svårare att knyta en viss verksamhet och inkomst till en särskild plats. Inte minst med tanke på utvecklingen inom artificiell intelligens. I en värld där man kan driva en multinationell koncern med en laptop som enda materiell tillgång, där anställda ersätts av mjukvaruprogram och alla tjänster som tillhandahålls är digitala, ställs sannerligen frågan om vad som utgör en skyddsvärd etablering på sin spets. Redan idag kan det i många fall vara svårt att dra gränsen mellan en faktisk etablering i ett lågskatteland och ett brevlådeföretag. Denna gränsdragning förväntas inte bli lättare med tiden. En av de frågor som uppkommer är vad digitaliseringen gör med etableringsfriheten. Vilka villkor måste ett bolag uppfylla för att anses vara etablerat i en viss jurisdiktion? Kommer några krav över huvud taget kunna ställas avseende kopplingen till en fysisk plats? I en inte alltför avlägsen framtid kanske CFC-lagstiftningen spelat ut sin rätt, just på grund av att det fiktiva flöde av tillgångar den syftade till att täppa igen inte längre går att särskilja från vad som är verkligt. Hur problemet med skatteflykt ska lösas i en ekonomi med artificiell intelligens är en intressant fråga som tyvärr inte rymts inom ramen för denna uppsats, utan får lämnas till att besvaras i en senare.

Källförteckning

Lagar och författningar

Inkomstskattelag (1999:1229)

Lag (1986:468) om avräkning av utländsk skatt

Offentligt tryck från Sverige

Prop. 2017/18:296 om Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundandraganden

Prop. 2003/04:10 om Ändrade regler för CFC-beskattning

EU-rätt

Fördraget om Europeiska Unionen

Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt

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

Offentligt tryck från EU

Förslag till rådets direktiv om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion, COM(2016) 26 final, 28 januari 2016

Litteratur

Dahlberg, Mattias, Europarätten - 20 år i Sverige, Iustus förlag, Uppsala, 2016

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

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

Hultqvist, Anders, Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattning, Juristförlaget, Stockholm, 1995

Kleineman, Jan, Rättsdogmatisk metod, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), i Juridisk Metodlära, 2 uppl., Studentlitteratur AB, Lund, 2018, s. 21 - 46.

Påhlsson, Robert, Konstitutionell Skatterätt, 3 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2013

Ståhl, Kristina, Persson Österman, Roger, Hilling, Maria & Öberg, Jesper, EU-skatterätt, 3 uppl., Iustus förlag, Uppsala, 2011

Wattel, Peter J, Marres, Otto & Vermeulen, Hein (editors), Terra/Wattel – European Tax Law, Volume 1 General Topics and Direct Taxation, 7 uppl., Alphen ann den Rijn, Wolters Kluwer, 2019

Tidskriftsartiklar

Blomquist, Erik, Förslag till förändringar av CFC-reglerna - en kritisk kommentar, Skattenytt, 2018:12, s 793-806, 2018

Bizioli, Gianluigi, Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?, EC Tax Review 2017-3, s.167-175, 2017

Cordewener, Axel, Anti-Abuse Measures in the Area of Direct Taxation: Towards Converging Standards under Treaty Freedoms and EU Directives?, EC Tax Review 2017-2 s. 60-66, 2017

Ginevra, Guglielmo, The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level, Intertax, Volume 45, Issue 2, s.120-137, Kluwer Law International, 2017

Kuźniacki, Błażej, The ECJ as a Protector of Tax Optimization via Holding Companies, Intertax, Volume 47, Issue 3, s. 312-323, Kluwer Law International, 2019

Lazarov, Ivan & Govind, Sriram, Carpet-Bombing Tax Avoidance in Europe: Examining the Validity of the ATAD Under EU Law, Intertax, Volume 47, Issue 10, s. 852-868, Kluwer Law International, 2019

Schönfeld Bonn, Jens, CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive, EC Tax Review 2017-3, s. 145-152, 2017

Vanistendael, Frans, Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax Law?, EC Tax Review 2006-4, s. 192-195, 2006

Internetkällor

FAR:s remissyttrande avseende finansdepartementets promemoria Fi2018/00823/S3, Genomförande av CFC-regler i EU:s direktiv mot skatteundraganden, <https://www.far.se/contentassets/ae3313dfba3b4d459bc9ac2c0df69504/far.-fi2018.00823.s3-cfc-regler.pdf> (hämtad den 15 december 2019)

OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report, https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report_9789264241152-en#page1 (hämtad den 15 december 2019)

OECD, <https://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions/> (hämtad den 15 december 2019)