

# Ett avdragsförbud för ränteutgifter i gränsöverskridande transaktioner

– En uppsats om implementeringen av åtgärdspunkt 2  
från BEPS i svensk lagstiftning

---

*A prohibition for interest expenses in cross-border  
transactions*

*– An essay about the implementation of Action 2 from  
BEPS in Swedish legislation*

**Elsa Persson**

Handledare: Maria Nelson  
Examinator: Anders Holm

## Sammanfattning

Syftet med den här uppsatsen är att utreda vad hybrida mismatchningar är och hur dessa används av företag för att skatteplanera. År 2013 fick OECD ett uppdrag av G20-länderna som syftade till att motverka internationell skatteflykt. Arbetet går under namnet BEPS. En del av arbetet med BEPS är att neutralisera effekterna av hybrida mismatchningar. Hybrida mismatchningar innebär att multinationella företag utnyttjar asymmetrier i staters skattesystem i syfte att t.ex. erhålla dubbla avdrag eller göra avdrag för en kostnad utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning. BEPS resulterade i 15 åtgärds punkter med tillhörande rekommendationer varav åtgärds punkt 2 handlar om att motverka hybrida mismatchningar. Syftet är att neutralisera de skattemässiga effekterna av dessa. För att det ska vara möjligt krävs ändringar i staters nationella lagstiftning och OECD:s modellavtal. Därför har Finansdepartementet under sommaren 2017 lagt fram en promemoria, Nya skatteregler för företagssektorn, som grundar sig på rekommendationerna från BEPS-projektet. Promemorian består bl.a. av ett avdragsförbud för ränteutgifter vid vissa gränsöverskridande situationer för företag som är i intressegemenskap. Förslaget är tänkt att träffa två situationer, dels när företag gör avdrag för samma utgifter två gånger, dels när avdrag medges utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning. Vissa av de åtgärds punkter som OECD presenterade i och med BEPS-projektet kräver ändring i modellavtalet och staters bilaterala/multilaterala dubbelbeskattningsavtal. Som ett led i BEPS-projektet har även ett förslag om ett multilateralt skatteavtal lagts fram.

Eftersom avdragsförbudet syftar till att antingen neka avdrag eller ta upp en inkomst till beskattning, som egentligen inte skulle ha tagits upp, är frågan om modellavtalet och staters skatteavtal skulle tillåta detta. De flesta skatteavtal som Sverige ingått bygger på modellavtalet. Modellavtalet och dess tillhörande kommentarer anger inget hinder mot att avdrag nekas eller att inkomster tas upp till beskattning. Rätten till avdrag regleras i nationell lagstiftning.

Globaliseringen har resulterat i att det inte längre är möjligt för stater att utveckla sina skattesystem utan att ta hänsyn till andra stater. Det behövs ett enhetligt skattesystem i syfte att motverka företags skatteflykt genom hybrida mismatchningar. Därför är det föreslagna avdragsförbudet en del i att implementera BEPS i svensk lagstiftning och i längden att skapa ett mer enhetligt skattesystem i världen.

Nyckelord för uppsatsen: hybrida mismatchningar, internationell skatterätt och BEPS.

## **Förkortningar**

ABL	aktiebolagslagen (2005:551)
BFL	bokföringslagen (1999:1078)
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
Bl.a.	Bland annat
D/NI-situation	Avdrag utan inkludering-situation (deduction with no inclusion)
DD-situation	Dubbelt avdrag-situation (double deduction)
D.v.s.	Det vill säga
EBIT	Earnings Before Interest and Taxes
EBITDA	Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization
EU	Europeiska unionen
Ev.	Eventuellt
FSK	Företagsskattekommittén
IL	inkomstskattelagen (1999:1229)
Kap.	Kapitel
OECD	Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling
Promemorian	Fi2017:02752/S1
Rapporten	Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements, action 2
SBL	skattebrottslagen (1971:69)
SFL	Lag (1995:575) mot skatteflykt
S.k.	Så kallad
T.ex.	Till exempel
T.o.m.	Till och med
ÅRL	årsredovisningslagen (1995:1554)

# Innehållsförteckning

<b>1 INLEDNING .....</b>	<b>1</b>
1.1 PROBLEMBAKGRUND .....	1
1.2 PROBLEMFÖRMULERING.....	2
1.3 SYFTE .....	2
1.4 METOD OCH MATERIAL .....	3
1.5 AVGRÄNSNINGAR .....	4
1.6 DISPOSITION .....	5
<b>DEL I HYBRIDA MISSMATCHNINGAR.....</b>	<b>6</b>
<b>2 INTRODUKTION TILL HYBRIDA MISSMATCHNINGAR.....</b>	<b>6</b>
2.1 SKATTEPLANERING, SKATTEFLYKT OCH SKATTEBROTT .....	6
2.1.1 Inledning .....	6
2.1.2 Skatteplanering.....	6
2.1.3 Skatteflykt.....	8
2.1.4 Skattebrott.....	9
2.2 DET INTERNATIONELLA ARBETET FÖR ATT MOTVERKA HYBRIDA MISSMATCHNINGAR .....	10
2.2.1 BEPS.....	10
2.3 HYBRIDA MISSMATCHNINGAR .....	11
2.3.1 Inledning.....	11
2.3.2 Hybrida mismatchningar enligt åtgärds punkt 2 i BEPS .....	12
2.3.3 Hybridinstrument enligt svensk skattelagstiftning.....	14
2.4 INSTRUMENT I SVENSK SKATTELAGSTIFTNING SOM KAN ANVÄNDAS SOM HYBRIDER .....	18
2.4.1 Vinstandelslån .....	18
2.4.2 Kapitalandelslån .....	18
2.5 HYBRIDFÖRETAG .....	19
<b>DEL II EN IMPLEMENTERING AV ÅTGÄRDSPUNKT 2 I SVENSK RÄTT .....</b>	<b>20</b>
<b>3 VAD INNEBÄR EN IMPLEMENTERING AV AVDRAGSFÖRBUDET FÖR SVENSK LAGSTIFTNING? .....</b>	<b>20</b>
3.1 GÄLLANDE LAGSTIFTNING .....	20
3.1.1 24 kap. IL .....	20
3.2 BAKGRUNDEN TILL PROMEMORIAN.....	23
3.3 INTRODUKTION TILL PROMEMORIAN .....	24
3.4 GENOMFÖRANDE AV REGLER FÖR ATT NEUTRALISERA EFFEKTERNA AV HYBRIDA MISSMATCHNINGAR .....	25
3.4.1 Avdragsförbud vid dubbla avdrag .....	26
3.4.2 Avdragsförbud vid avdrag utan inkludering.....	27
<b>DEL III DUBBELBESKATTNINGSAVTAL OCH DET FÖRESLAGNA AVDRAGSFÖRBUDET .....</b>	<b>29</b>
<b>4 OECD:S MODELLAVTAL.....</b>	<b>29</b>
4.1 EN INTRODUKTION TILL OECD:S MODELLAVTAL .....	29
4.1.1 Inledning.....	29
4.1.2 OECD:s modellavtal.....	30
4.1.3 Tillämpning av dubbelbeskattningsavtal.....	30
4.1.4 Sverige och dubbelbeskattningsavtal.....	33
4.2 OECD:S MODELLAVTAL OCH BEPS .....	34
4.2.1 OECD:s modellavtal och hybrida mismatchningar .....	34
4.2.2 Ett multilateralt skatteavtal.....	36
4.3 OECD:S MODELLAVTAL OCH DET FÖRESLAGNA AVDRAGSFÖRBUDET .....	37
<b>DEL IV AVSLUTNING.....</b>	<b>38</b>
<b>5 ANALYS OCH SLUTSATSER.....</b>	<b>38</b>
5.1 INLEDNING .....	38
5.2 ANVÄNDANDET AV HYBRIDA MISSMATCHNINGAR .....	38
5.2.1 Klassificering av hybridinstrument.....	38
5.2.2 Går det att tillämpa SFL på hybrida mismatchningar? .....	40

5.2.3 Slutsats.....	41
5.3 IMPLEMENTERING AV AVDRAGSFÖRBUDET I SVENSK LAGSTIFTNING .....	41
5.3.1 Sveriges konkurrenskraft .....	43
5.3.2 Globaliseringen .....	44
5.3.3 Det föreslagna avdragsförbudet.....	45
5.3.4 Slutsats.....	47
5.4 OECD:S MODELLAVTAL .....	48
5.4.1 OECD:s modellavtal och det föreslagna avdragsförbudet.....	48
5.4.2 Det multilaterala dubbelbeskattningsavtalet.....	50
5.4.3 Slutsats.....	51
<b>6 AVSLUTNING.....</b>	<b>52</b>
<b>7 KÄLLFÖRTECKNING.....</b>	<b>53</b>

## 1 Inledning

### 1.1 Problembakgrund

Användandet av s.k. hybrider är utbrett. Internationaliseringen har resulterat i möjligheter för företag att etablera sig utomlands, få konsult hjälp och kunskap om utländsk lagstiftning.<sup>1</sup> I de fall där hybrider används är det frågan om avancerade bolagsupplägg som involverar företag och finansiella instrument i flera stater. Oftast handlar det om klassificeringen av eget kapital och skulder som innebär att ett instrument i en stat klassificeras som fordran/skuld medan i en annan stat klassificeras samma instrument som andel/eget kapital.<sup>2</sup> Resultatet blir en s.k. dubbel icke-beskattnig. I omvända fall kan det istället resultera i dubbelbeskattnig.<sup>3</sup>

Hybrida mismatchningar innebär att företag, särskilt sådana i intresse gemenskap, utnyttjar att staters skattesystem är utformade på olika sätt i syfte att minimera sin beskattning. Det kan t.ex. innebära att företag erhåller avdrag för samma utgift i flera stater eller att avdrag görs utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning.<sup>4</sup> Eftersom staters skatteregler har skapats isolerat från varandra har olikheter i skattesystem varit möjliga. I och med internationaliseringen integreras ekonomier allt mer med varandra och därför är behovet av enhetliga skatteregler större.<sup>5</sup>

Under början av år 2013 gav G20-länderna ett uppdrag till Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) som syftade till att motverka företags möjligheter till avancerad skatteplanering. Arbetet fick namnet Base Erosion Profit Shifting (BEPS). BEPS består av 15 åtgärds punkter som bl.a. syftar till att ge medlemsstater rekommendationer på hur nationell lagstiftning kan utformas i syfte att motverka avancerad skatteplanering.<sup>6</sup> En av dessa åtgärds punkter är "Neutralising the effects of hybrid mismatch arrangements" (åtgärds punkt 2). Syftet med den här åtgärds punkten är att neutralisera effekterna av företags användande av hybrider.<sup>7</sup> OECD:s rekommendationer till nationell lagstiftning presenterades i rapporten *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements* (rapporten). Rapporten innehåller

---

<sup>1</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering*, Dnr 131-183077-12/121, Solna, 2012, s 19 f.

<sup>2</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 12 f.

<sup>3</sup> Eberhartinger, Eva, Six, Martin, *Taxation of Cross border Hybrid finance. A legal analysis*, discussion Papers SFB International Tax coordination 27, WU Vienna University of Economics and Business, 2007.

<sup>4</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 2015, OECD publishing, s 11.

<sup>5</sup> OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, OECD publishing, s 39.

<sup>6</sup> Andersson, Krister, *Vad är BEPS och vad innebär det för Sverige?*, Skattenytt, 2016, s 639.

<sup>7</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 11.

flera exempel på hur hybrider används och hur dessa kan motverkas genom att ändringar görs i nationell lagstiftning och OECD:s modellavtal (modellavtalet).<sup>8</sup>

I juni 2017 lade Finansdepartementet fram en promemoria, Nya skatteregler för företagssektorn (promemorian). I den presenterades ett förslag på att ett avdragsförbud för ränteutgifter vid vissa gränsöverskridande situationer (det föreslagna avdragsförbudet) ska införas i svensk skattelagstiftning. Avdragsförbudet är tänkt att tillämpas på företag som är i intressegemenskap med varandra. Promemorian grundar sig på de rekommendationer som OECD lämnar i rapporten. Finansdepartementet föreslår att förslagen ska träda i kraft 1 juli 2018.<sup>9</sup>

## 1.2 Problemformulering

- Vad är och varför uppstår hybrida mismatchningar?
- Vad skulle en implementering av det föreslagna avdragsförbudet innebära för svensk lagstiftning?
- Hur förhåller sig det föreslagna avdragsförbudet till OECD:s modellavtal?

## 1.3 Syfte

Med bakgrund av den promemoria som Finansdepartementet lagt fram är syftet med uppsatsen att redogöra för gällande rätt avseende ränteavdragsbegränsningar och hur det föreslagna avdragsförbudet kommer att påverka den. Samtliga förslag i promemorian presenteras kortfattat i syfte att ge läsaren en helhetsbild över förslagen. Hybrida mismatchningar uppstår även på grund av asymmetrier i dubbelbeskattningsavtal och därför syftar uppsatsen även till att redogöra för vad OECD:s modellavtal är och hur det förhåller sig till de rekommendationer som OECD ger i sin rapport och i längden det föreslagna avdragsförbudet. För att uppfylla ovanstående syften redogörs först vad hybrida mismatchningar är och varför dessa uppstår i syfte att ge läsaren kunskap inför redogörelsen av promemorian. Eftersom promemorian har sin grund i OECD:s rapport om hybrida mismatchningar finns det skäl att redogöra för den.

---

<sup>8</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 3.

<sup>9</sup> <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/06/nya-skatteregler-for-foretagssektorn/> (hämtad 2017-11-13).

## 1.4 Metod och material

Hybrida mismatchningar är ett globalt problem därför används både svenska och internationella källor. De viktigaste dokumenten i den här uppsatsen utgörs av OECD:s rapport avseende åtgärds punkt 2 i BEPS och promemorian Nya skatteregler för företagssektorn. OECD:s rapport från år 2015 redogör för vad hybrida mismatchningar är och hur dessa används i företags skatteflykt. Rapporten ligger dessutom till grund för de rekommendationer till ändringar i nationell lagstiftning och modellavtalet som OECD tagit fram i och med BEPS-projektet. OECD:s rekommendationer är inte bindande för medlemsstaterna men OECD skriver följande:

”Recommendations are not legally binding, but practice accords them great moral force as representing the political will of Member countries and there is an expectation that Member countries will do their utmost to fully implement a Recommendation. Thus, Member countries which do not intend to implement a Recommendation usually abstain when it is adopted.”<sup>10</sup>

Promemorian som Finansdepartementet har lagt fram är det dokument som ligger till grund för både implementeringen av åtgärds punkt 2 och de direktiv som EU lagt fram i svensk lagstiftning, se avsnitt 1.5 och 3.2. Den studeras i syfte att klargöra vad en ev. implementering kan komma att innebära. För att förstå hur ett ev. implementerande av promemorian kommer påverka svensk skattelagstiftning redogörs gällande rätt där 24 kap. inkomstskattelagen (1999:1229) (IL) är mest relevant. Promemorian utgör vid tiden för uppsatsens skrivande inte gällande rätt men utgör ändå huvudfokus i uppsatsen.

I uppsatsen används en rapport från skatteverket, Hybridsituationer i bolagssektorn. Skatteverkets publikationer tillhör inte de traditionella rättskällorna d.v.s. lag, praxis, förarbeten och doktrin.<sup>11</sup> Rapporten används i syfte att erhålla skatteverkets syn på hybrida instrument och tjäna till syftet att definiera hybrida instrument och hybrida mismatchningar. Det finns dessutom skäl att använda rapporten för att studera hur skatteverket arbetar för att motverka dessa.

Till sist finns även inslag av den rättsdogmatiska metoden i uppsatsen eftersom juridisk litteratur samt lagtext studeras i syfte att besvara problemformuleringarna. Den rättsdogmatiska

---

<sup>10</sup> <http://www.oecd.org/legal/legal-instruments.htm> (hämtad 2018-03-05).

<sup>11</sup> <https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2018.1/324382.html> (hämtad 2018-03-05).



metoden innebär att författare utgår från de allmänt accepterade rättskällorna, d.v.s. lagstiftning, praxis, lagförarbeten och doktrin, för att besvara sina frågeställningar.<sup>12</sup>

De hänvisningar till OECD:s modellavtal som görs under avsnitt 4.2.1 hänvisar till versionen från år 2014, eftersom OECD:s rapport kom ut år 2015. OECD uppdaterar modellavtalet med jämna mellanrum, senast i december 2017.<sup>13</sup>

## 1.5 Avgränsningar

Hybrida mismatchningar kan användas på flera sätt. I OECD:s rapport presenteras sex olika tillvägagångssätt. Promemorian baseras på två av dessa tillvägagångssätt, dubbelt avdrag samt avdrag utan inkludering, och det är dessa två som utreds i uppsatsen. Uppsatsen berör inte hybridföretag med ett undantag som syftar till att ge läsaren kunskap om dess existens och problematik. Uppsatsen handlar om det föreslagna avdragsförbudet i promemorian och övriga delar presenteras enbart kortfattat i syfte att läsaren ska få en överblick över hela promemorians innehåll.

EU påverkar medlemsstaternas skattelagstiftning och däribland den svenska. Därför måste EU-rätten beaktas vid utredning av framtida skattelagstiftning.<sup>14</sup> Inom arbetet för att motverka hybrida mismatchningar har även EU vidtagit åtgärder i form av nya direktiv, se avsnitt 3.2. Direktiven måste implementeras i nationell lagstiftning i varje medlemsstat och det är upp till varje stat själv att välja hur implementeringen ska ske.<sup>15</sup> Promemorian syftar därmed till att implementera både BEPS-projektet och direktiven i svensk skattelagstiftning. Det finns därför skäl att behandla EU:s påverkan, men uppsatsen skrivs utifrån ett svenskt perspektiv och berör därför inte de åtgärder som EU vidtar i syfte att motverka företags skatteflykt och användandet av hybrida mismatchningar. Ett undantag görs i avsnitt 3.2 där EU:s åtgärder beskrivs kortfattat i syfte att ge läsaren en bild över hur EU och Sverige samarbetar för att motverka hybrida mismatchningar.

---

<sup>12</sup> Korling, Fredric och Zamboni Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1 uppl, Lund, Studentlitteratur, 2013, s 21 f.

<sup>13</sup> <http://www.oecd.org/tax/treaties/tax-treaties-2017-update-to-oecd-model-tax-convention-released.htm> (hämtad 2018-02-01).

<sup>14</sup> Dahlberg, Mattias och Åhman, Karin (red.), *De lege 2015: Europarätten – 20 år i Sverige*, 1 uppl, Uppsala, Iustus förlag AB, 2016, s 106.

<sup>15</sup> Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 uppl, Stockholm, Norstedts juridik, 2018, s 58.

## **1.6 Disposition**

Uppsatsen är uppdelad i fyra delar och 7 kapitel. I del I presenteras hybrida mismatchningar, hur dessa används och varför dessa uppstår. I ett flertal källor används uttryck som skatteplanering, skatteflykt samt skattebrott. Dessa uttryck är centrala i diskussionen rörande hybrida mismatchningar och därför klargörs begreppen. Arbetet för att motverka hybrida mismatchningar har pågått under en längre tid och av flera aktörer, därför görs en redogörelse av det här arbetet.

Del II av uppsatsen handlar om promemorian som Finansdepartementet presenterade sommaren 2017. För att förstå hur de föreslagna reglerna kommer att påverka svensk rätt redogörs för gällande rätt. Därefter presenteras innehållet av promemorian kortfattat för att läsaren ska få en helhetsbild. Uppsatsens fokus är det föreslagna avdragsförbudet som utreds grundligare.

Del III av uppsatsen handlar om dubbelbeskattningsavtal. De flesta skatteavtal grundar sig på OECD:s modellavtal med tillhörande kommentarer varför en introduktion till detta avtal görs. Sverige har ingått flera skatteavtal och för att redovisa hur avtalen och intern skattelagstiftning samverkar görs en presentation av det förhållandet. Avslutningsvis görs en utredning av föreslagna avdragsförbudets överensstämmelse med OECD:s modellavtal.

I del IV av uppsatsen presenteras författarens analys utifrån uppsatsens syfte och problemformulering. Uppsatsen avslutas med författarens slutsatser.

## **Del I Hybrida mismatchningar**

### **2 Introduktion till hybrida mismatchningar**

#### **2.1 Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott**

##### *2.1.1 Inledning*

Det finns flera anledningar till varför företag och fysiska personer vill undgå beskattning t.ex. på grund av högt skattetryck eller en oenhetlig skattelagstiftning. Genom att anpassa sina tillvägagångssätt efter lagstiftningens undantagsregler, särregleringar samt s.k. luckor i lagstiftningen kan företag minska sin beskattning eller eliminera den helt.<sup>16</sup>

De transaktioner som företag vidtar som syftar till att minska eller undgå beskattning kan delas upp i tre slag. Den första är skatteanpassade transaktioner som görs i beaktande av de skattemässiga konsekvenserna. Sådana transaktioner har varit avsiktliga och förutsedda av lagstiftaren och brukar därför kallas förutsedda skatteanpassade transaktioner. Det andra slaget av transaktioner är sådana som inte varit avsiktliga eller möjliga att förutse av lagstiftaren och brukar kallas icke förutsedda skatteanpassade transaktioner. Dessa transaktioner är möjliga till följd av luckor eller heterogena regler i lagstiftningen. Den sista transaktionen benämns skatteflyktstransaktioner och avser de situationer där skatteregler har utnyttjats maximalt och det enda syftet med användandet är att undvika skatt.<sup>17</sup>

Det finns många termer och definitioner vid diskussionen om skatteundandraganden såsom kringgående av skattelag, skatteflykt, skattebrott, skattefusk, otillbörliga skatteförmåner, skatteanpassning och skattefiffel. Termerna brukar användas synonymt med varandra trots att det finns skillnader.<sup>18</sup>

##### *2.1.2 Skatteplanering*

Med skatteplanering avses handlanden som av lagstiftaren har varit möjliga att förutse och t.o.m. avsiktliga.<sup>19</sup> På engelska benämns det som tax avoidance.<sup>20</sup> De transaktioner som företag vidtar och som klassificeras som skatteplanering har varit betingade av andra skäl såsom affärsmässiga och inte i första hand av skattemässiga skäl. En ren skatteplaneringsåtgärd kan förklaras som att företag väljer det handlingssätt som är underförstått eller uttryckligen avsedda

---

<sup>16</sup> Simon-Almendal, Teresa, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, Svensk skattetidning, 2011, s 314.

<sup>17</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 315.

<sup>18</sup> Ibid.

<sup>19</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 316.

<sup>20</sup> <https://ne.ord.se/ordbok/svenska/engelska/sök/skatteplanering> (hämtad 2017-12-06).

av lagstiftaren som kan minska företagets beskattning. Med andra ord har lagstiftaren godkänt sådana handlingar.<sup>21</sup> En annan definition är den från Kommissionen mot ekonomisk brottslighet. Den menar att skatteplanering är när företag väljer det handlingsätt som ger den lägsta skatteeffekten utan att överträda lagar och dess syften.<sup>22</sup> Exempel på åtgärder som anses utgöra skatteplanering är avdrag för ränteutgifter.<sup>23</sup>

Ett sätt att förklara skillnaden mellan skatteplanering och skatteflykt, se avsnitt 2.3.1, är att pröva ett handlingsätt mot generalklausulen i Lagen (1995:575) mot skatteflykt (SFL), 2 §. Om handlingen inte kan omfattas av bestämmelsen, t.ex. om handlingsättet inte är i strid med SFL:s syfte, är det fråga om en skatteplaneringsåtgärd. Det gäller oavsett om handlingen har varit avsiktlig av lagstiftaren eller inte.<sup>24</sup>

Skatteplanering handlar därför om handlingsätt som inte är olagliga eftersom dessa ofta varit förutsebara och avsiktliga för lagstiftaren. Det pågår dock en debatt om skatteplanering där sådana handlingsätt anses vara moraliskt felaktiga och förkastliga. En distinktion måste göras mellan skatteplanering, såsom beskrivits ovan, och aggressiv skatteplanering.<sup>25</sup> Med aggressiv skatteplanering menas mer avancerade upplägg och handlingsätt som vidtas i syfte att undvika skatt. Skatteverket definierar aggressiv skatteplanering som:

“Aggressiv skatteplanering är i vid bemärkelse skatteplanering som inte är förenlig med skattelagstiftningens syfte och som skadar allmänhetens förtroende för skattesystemet.”<sup>26</sup>

OECD kom år 2008 med en rapport *Study into the Role of Tax Intermediaries* där de definierade aggressiv skatteplanering som:

- handlingar som i och för sig är försvarbara men som leder till oavsedda och oförutsägbara konsekvenser för statens skatteintäkter och
- tolkningar av skatteregler som leder till fördelaktiga följder för företag utan att de redovisar att det föreligger en osäkerhet om huruvida uppgifterna i deklARATIONEN stämmer överens med vad som anges i lagen.<sup>27</sup>

---

<sup>21</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 317.

<sup>22</sup> SOU 1983:41, *Kontroll av rådgivare delbetänkande*, s 92.

<sup>23</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 318.

<sup>24</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 316 ff.

<sup>25</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 318 f.

<sup>26</sup> I Johansson, Per, *Risiklassificering av stora företag*, Svensk skattetidning, 2009, s 942.

<sup>27</sup> OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries*, 2008, OECD publishing, s 10 f.

OECD har gjort beräkningar och uppskattar att stater årligen förlorar 100-240 miljarder US dollar till följd av aggressiv skatteplanering. Det utgör cirka 4-10 procent av de totala bolagsskatterna.<sup>28</sup> Konsekvenserna av företags aggressiva skatteplanering är att konkurrensen på marknaden snedvrids. Multinationella företag som bedriver sin verksamhet i flera stater har tillgång till skatteexpertis och kan därmed erhålla oavsiktliga konkurrensfördelar på bekostnad av företag som enbart är verksamma på den nationella marknaden. Den här konkurrensen späs på genom att det finns stater inom EU, bl.a. Malta och Luxemburg, som erbjuder en låg bolagsskatt eller skattefria inkomster under begränsad tid i syfte att attrahera multinationella företag till sin stat och därmed öka skatteintäkterna.<sup>29</sup> Det föreligger också en trend bland OECD:s medlemsstater att sänka sin bolagsskatt. I genomsnitt sjunker bolagsskattesatsen med en procentenhet bland OECD:s medlemsstater varje år.<sup>30</sup>

### 2.1.3 Skatteflykt

Begreppet skatteflykt har ingen bestämd definition.<sup>31</sup> Begreppet har däremot tidigare beskrivits som ”missbruk av rättsregler”.<sup>32</sup> På engelska kallas skatteflykt tax evasion.<sup>33</sup> Med skatteflykt förstås sådana situationer där skatteregler har utnyttjats maximalt och där syftet enbart har varit att undgå beskattning. Genom att ställa upp olika konstruktioner kan företag uppnå av lagstiftaren icke avsedda skatteförmåner.<sup>34</sup> Det är frågan om ett handlande som utnyttjar oförutsedda luckor i lagstiftningen.<sup>35</sup> Skatteflykt tangerar på gränsen mellan vad som är lagligt och olagligt. SFL är den lag som är tillämplig på området. I förarbetena förklarades skatteflykt som flera rättshandlingar som i och för sig är civilrättsligt giltiga men som tillsammans ger oberättigade skatteförmåner för skattskyldiga.<sup>36</sup> Det brukar talas om att det finns ett ”ont” syfte bakom transaktionerna.<sup>37</sup>

I 2 § SFL finns den s.k. generalklausulen. Bestämmelsen har följande lydelse:

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

---

<sup>28</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 841.

<sup>29</sup> Wallberg, Peter, Nummelin, Wiktor, *EU-oenighet försvarar kamp mot skatteflykt*, Sydsvenskan, 2017.

<sup>30</sup> Andersson, *Vad är BEPS och vad innebär det för Sverige?*, s 640.

<sup>31</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 319.

<sup>32</sup> SOU 1975:77, *Allmän skatteflyktsklausul betänkande*, s 43.

<sup>33</sup> <https://www-ne-se.e.bibl.liu.se/ordböcker/#!/search/norstedts-pro-sv-en?q=skatteflykt> (hämtad 2018-01-03).

<sup>34</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 319.

<sup>35</sup> Rosander, *Generalklausulen mot skatteflykt*, s 1.

<sup>36</sup> SOU 1975:77, s 48.

<sup>37</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 319.

1. rättshandlingen, ensam eller tillsammans med annan rättshandling, ingår i ett förfarande som medför en väsentlig skatteförmån för den skattskyldige,
2. den skattskyldige direkt eller indirekt medverkat i rättshandlingen eller rättshandlingarna,
3. skatteförmånen med hänsyn till omständigheterna kan antas ha utgjort det övervägande skälet för förfarandet, och
4. ett fastställande av underlag på grundval av förfarandet skulle strida mot lagstiftningens syfte som det framgår av skattebestämmelsernas allmänna utformning och de bestämmelser som är direkt tillämpliga eller har kringgåts genom förfarandet. Lag (2011:1372).”

För att SFL, och generalklausulen, ska vara tillämplig måste fyra rekvisit vara uppfyllda, skatteförmåns-, medverkande-, avsikts- samt lagstiftningssyftesrekvisitet. Det första rekvisitet innebär att den rättshandling som vidtas måste resultera i en väsentlig skatteförmån.<sup>38</sup> Medverkanderekvisitet innebär att ett aktivt eller indirekt handlande av den skattskyldige har resulterat i rättshandlingen.<sup>39</sup> Avsiktsrekvisitet är ett objektiva rekvisit som innebär att den skattskyldiges motiv ska beaktas så som en utomstående gör i beaktande av samtliga omständigheter.<sup>40</sup> Det sista rekvisitet innebär att handlingen ska strida mot lagens syfte.<sup>41</sup>

Vid tillämpningen av SFL finns det två intressen som väger emot varandra. Det ena är vikten av ett rättssäkert och förutsebart skattesystem och skattskyldigas avtalsfrihet, med andra ord, rätten att ingå vilka avtal som önskas och minimera sin beskattning utifrån lagliga bestämmelser. Det andra är statens skyldighet att upprätthålla ett sådant effektivt skattesystem som innebär att skattskyldiga erlägger skatt i enlighet med gällande lagar och regler. Skatteflykt leder till att resurser måste läggas på verksamheter som är skadliga för samhället.<sup>42</sup>

#### 2.1.4 Skattebrott

Med skattebrott avses de olagliga förfaranden som faller in under reglerna i skattebrottslagen (1971:69) (SBL).<sup>43</sup> Skattebrott heter på engelska tax (evasion) crime.<sup>44</sup> I 2 § SBL anges att: ”2 § Den som på annat sätt än muntligen uppsåtligen lämnar oriktig uppgift till myndighet eller underlåter att till myndighet lämna deklaration, kontrolluppgift eller annan föreskriven uppgift och

---

<sup>38</sup> Prop. 1996/97:170, *Reformerad skatteflyktslag*, s 44 f.

<sup>39</sup> Prop. 1996/97:170, s 41.

<sup>40</sup> Prop. 1996/97:170, s 44.

<sup>41</sup> Prop. 1996/97:170, s 1.

<sup>42</sup> Rosander, Ulrika, *Generalklausulen mot skatteflykt*, Diss., Jönköping International Business School, 2007, s 2.

<sup>43</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 322.

<sup>44</sup> <https://www-ne-se.e.bibl.liu.se/ordböcker/#/search/norstedts-pro-sv-en?q=skattebrott> (2018-01-03).

därigenom ger upphov till fara för att skatt undandras det allmänna eller felaktigt tillgodoräknas eller återbetalas till honom själv eller annan döms för skattebrott till fängelse i högst två år. Lag (1996:658).”

Skattebrott brukar delas in som antingen aktiva eller passiva. Med aktivt skattebrott avses en skattskyldig som på annat sätt än muntligen lämnar oriktiga uppgifter till myndighet och en fara för skatteundandragande uppstår. Det ska vara fråga om uppsåtliga handlingar. Passiva skattebrott innebär att en skattskyldig underlåter att inge deklaration eller annan föreskriven handling och fara för skatteundandragande uppstår.<sup>45</sup>

Skattebrottet delas in i tre grader utifrån brottets svårighet. Normalgraden benämns som skattebrott. Om brottet är att betrakta som grovt är det frågan om grovt skattebrott. För att avgöra vad som anses utgöra grovt skattebrott måste en helhetsbedömning göras i varje enskilt fall. Grovt skattebrott är lagstadgat i 4 § SBL och särskild vikt fästs vid den här bestämmelsen. Hänsyn tas därför till om den skattskyldige använt falska handlingar, det aktuella beloppet, om det skett ändringar i bokföring eller om brottet ingått i ett led i en systematisk brottslighet. I dagsläget består den avancerade moderna skattebrottsligheten av avancerade upplägg som vidtas av flera aktörer och innebär att oriktiga intyg används, målvakter<sup>46</sup> och/eller falska fakturor.<sup>47</sup> Om brottet är att betrakta som ringa benämns det skatteförseelse, se 3 § SBL. I de här fallen är det främst beloppet som är avgörande. Det finns dock ingen bestämd beloppsgräns eftersom alla omständigheter i det enskilda fallet måste beaktas.<sup>48</sup>

## **2.2 Det internationella arbetet för att motverka hybrida mismatchningar**

### **2.2.1 BEPS**

I problembakgrunden beskrevs det arbete som OECD påbörjade under år 2013 som syftar till att motverka att skattebaser eroderas och vinster förflyttas.<sup>49</sup> BEPS-projektet omfattar tre delar. Den första delen avser att öka samarbetet mellan stater för att motverka att multinationella företag utnyttjar olikheter i de nationella lagstiftningarna i syfte att undgå beskattning. Det är den här delen som åtgärds punkt 2 om hybrida mismatchningar omfattas av. Den andra delen, som brukar benämnas substanskravet, handlar om att klargöra sambandet mellan stater där bolagsskatt erläggs och den staten där värden skapas. Internprissättning och definition av fast

---

<sup>45</sup> Lodin, Sven-Olof, Lindencrona, Gustaf, Melz, Peter, Silfverberg, Christer, Simon-Almendal, Teresa, *Inkomstskatt: en läro- och handbok i skatterätt*, 16 uppl, Lund, Studentlitteratur, 2017, s 795 f.

<sup>46</sup> Med målvakt avses en person som mot ersättning tar på sig ett juridiskt ansvar för en annan person.

<sup>47</sup> Simon-Almendal, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, s 323.

<sup>48</sup> Lodin, Lindencrona, Melz, Silfverberg, Simon-Almendal, *Inkomstskatt*, s 796.

<sup>49</sup> OECD, *Explanatory Statement*, 2015, OECD Publishing, s 4.

driftställe är de frågor som berörs i den här delen. Den tredje och sista delen handlar om att öka transparensen och förutsägbarheten i internationella skattefrågor genom t.ex. en uppgiftsskyldighet till skattemyndigheter rörande vilka skatteplaneringsupplägg som multinationella företag använder sig av. De här tre delarna kompletteras av ytterligare två som handlar om den digitala ekonomin och ett multilateralt skatteavtal, se avsnitt 4.2.2.<sup>50</sup>

BEPS-projektet mynnade ut i ett antal rapporter som innehåller rekommendationer som antingen kan implementeras direkt i nationell lagstiftning eller användas som vägledning vid lagändringar och förhandlingar.<sup>51</sup> Vissa av rekommendationerna är inte bindande för OECD:s medlemsstater eftersom dessa utgör common approaches, t.ex. åtgärds punkt 2.<sup>52</sup> Det är därför upp till varje medlemsstat själv att välja om och vilka lagstiftningsåtgärder som den vidtar samt hur dessa tolkas.<sup>53</sup> Andra åtgärds punkter däremot, t.ex. åtgärds punkt 6 som handlar om missbruk av skatteavtal, utgör minimum standards. Det innebär att medlemsstaterna har gått med på att införa någon av de rekommendationer som OECD föreslagit.<sup>54</sup>

## **2.3 Hybrida mismatchningar**

### *2.3.1 Inledning*

Tidigare i uppsatsen, avsnitt 1.1, gavs en kort förklaring på hybrida mismatchningar, d.v.s. när företag, i intresse gemenskap med varandra, utnyttjar att staters skattesystem är uppbyggda på olika sätt i syfte att uppnå en dubbel icke-beskattning.<sup>55</sup> Den här problematiken har under en lång tid uppmärksammats av OECD. Under år 2010 resp. 2011 var hybrida mismatchningar i fokus i två rapporter som OECD publicerat. I arbetet med BEPS var därför hybrida mismatchningar högst aktuella.<sup>56</sup> OECD:s slutsats är att det inte är möjligt att utforma ett system som eliminerar hybrider, utan istället att deras skatterättsliga effekter hindras. Som en del i BEPS-arbetet gav OECD ut en rapport som innehåller rekommendationer på hur stater kan ändra sin nationella lagstiftning i syfte att motverka användandet av hybrider. Åtgärds punkt 2 tar bl.a. sikte på situationer när dubbelt avdrag medges och när avdrag medges utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning.<sup>57</sup>

---

<sup>50</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 827 f.

<sup>51</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 828.

<sup>52</sup> Som innebär ett slags gemensamt tillvägagångssätt.

<sup>53</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 845 f.

<sup>54</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 834.

<sup>55</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 11.

<sup>56</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 15.

<sup>57</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 830.



Torgander klargör hybrida instrument och dess underliggande syfte på följande sätt: “Hybridinstrument är ett värdepapper som kombinerar egenskaperna på eget kapital och skuld. Mycket möda läggs ner på att uppnå en sammansättning av hybridinstrumentets egenskaper på att uppnå en optimal sammansättning av hybridinstruments egenskaper för att uppnå önskvärd hantering hos emittenten när det gäller (i) medräkning som eget kapital i solvenssammanhang (t.ex. vid rating eller kapitaltäckning för kreditinstitut), (ii) i redovisningen (bl.a. för nyckeltalens skull) samt (iii) avdragsrätten i inkomstbeskattningen.”<sup>58</sup>

### 2.3.2 Hybrida mismatchningar enligt åtgärds punkt 2 i BEPS

I OECD:s rapport från år 2015, som innehåller de rekommendationer till nationell lagstiftning som syftar till att neutralisera effekterna av hybrida mismatchningar, identifieras olika situationer och instrument där mismatchningar uppstår.<sup>59</sup> Det finns flera olika slags mismatchningar som OECD tar upp i rapporten t.ex. omvända och importerade mismatchningar. I den här uppsatsen behandlas situationer när dubbelt avdrag (DD)<sup>60</sup> medges och när avdrag medges utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning (D/NI)<sup>61, 62</sup>

#### 2.3.2.1 D/NI-situation

En situation som OECD tar upp är de fall där en betalning anses utgöra en avdragsgill ränta i betalarstaten, medan i mottagarlandet utgör betalningen en skattefri utdelning.<sup>63</sup> Lösningen på det här problemet utgörs av två steg:

1. Den stat som medger avdrag för en betalning som inte motsvaras av en skattepliktig inkomst i den andra staten ska neka avdrag.<sup>64</sup> Det här steget kallas response.<sup>65</sup>
2. Om staten i första steget inte nekar avdrag ska den stat som mottar betalningen ta upp den till beskattning, även om den egentligen inte ska beskattas.<sup>66</sup> Det här steget kallas defensive rule.<sup>67</sup>

Genom att kombinera de här två reglerna kommer effekterna av mismatchningen att neutraliseras.<sup>68</sup>

---

<sup>58</sup> Torgander, Anders, *Goda redovisningsseder för hybridinstrument*, Skattenytt, 2014, s 791.

<sup>59</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 11.

<sup>60</sup> DD står för Double Deduction.

<sup>61</sup> D/NI står för Deduction with No Inclusion.

<sup>62</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 40.

<sup>63</sup> Ibid.

<sup>64</sup> Ibid.

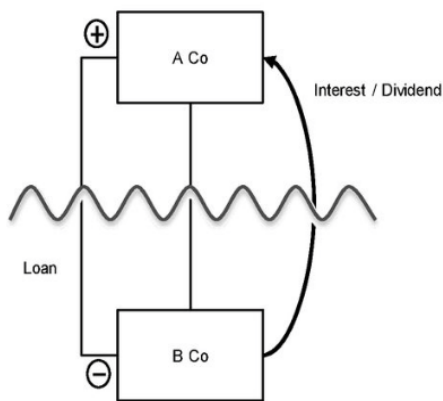
<sup>65</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 844.

<sup>66</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 40.

<sup>67</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 844.

<sup>68</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 40.

Ett exempel på den här situationen tar OECD upp i rapporten.<sup>69</sup>



A Co har sin hemvist i stat A och äger alla andelar i B Co som har sin hemvist i stat B. A Co ställer ut ett lån till B Co med en marknadsränta som ska betalas var sjätte månad. I stat A anses lånet utgöra ett skuldinstrument och räntebetalningarna utgör avdragsgilla kostnader i stat B. I stat B däremot utgör lånet ett eget kapitalinstrument och betalningarna anses utgöra utdelningar. Stat A undantar utdelningar från beskattning i de fall betalningen görs av ett utländskt företag och det äger mer än 10 procent av andelarna i det inhemska bolaget under en tidsperiod av 12 månader innan betalningen gjordes.<sup>71</sup>

### 2.3.2.2 DD-situation

Den andra situationen som OECD tar upp i sin rapport är när samma betalning är avdragsgill i två stater. Även i den här situationen föreslår OECD en två-steps-lösning:

1. Staten där moderbolaget har sin hemvist ska neka avdrag för den betalning som ger upphov till dubbelt avdrag.
2. Om moderbolagsstaten inte neutraliserar effekterna och nekar avdrag ska betalarstaten neka avdrag för den kostnad som ger upphov till dubbelt avdrag.<sup>72</sup>

Om båda staterna tar upp inkomsten till beskattning och samtidigt gör avdrag för sin betalning uppstår ingen mismatchning eftersom betalningarna motsvaras av inkomster som beskattas.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 175.

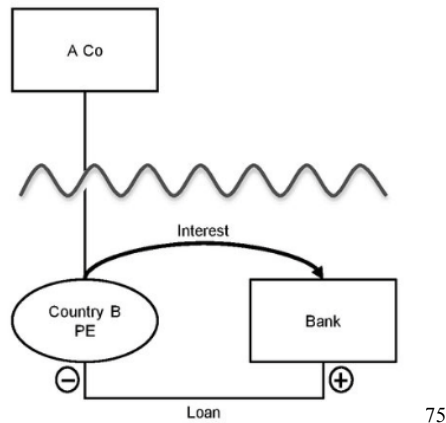
<sup>70</sup> Ibid.

<sup>71</sup> Ibid.

<sup>72</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 67.

<sup>73</sup> Ibid.

Ett exempel som OECD tar upp i sin rapport på en situation där dubbelt avdrag uppstår är följande.<sup>74</sup>



A Co skapar ett permanent establishment, ett fast driftställe i stat B, som inte har någon annan inkomst. Där tar de upp ett lån från en lokal bank. Röntan som betalas på lånet är både avdragsgill i stat A (där A Co har sin hemvist) och i stat B där de har ett fast driftställe.<sup>76</sup>

### 2.3.3 Hybridinstrument enligt svensk skattelagstiftning

Hybridinstrument utgör ett finansiellt instrument.<sup>77</sup> I svensk lagstiftning görs en uppdelning av sådana instrument i fordringsrätter och delägarrätter.<sup>78</sup> Delägarrätter finns definierat i 48 kap. 2 § IL. I första stycket anges vad som anses utgöra delägarrätter och i andra stycket anges vilka instrument som bestämmelserna om delägarrätter omfattas av. Bland annat aktier, teckningsrätter samt fondaktierätter utgör sådana instrument. Även sådana tillgångar som har en konstruktion eller verkningsätt som påminner om aktier utgör delägarrätter. Hänsyn ska i sådana fall tas till om det finns flera beståndsdelar som är identiska med något av instrumenten som utgör delägarrätter. Därför ska även bl.a. vinstandelsbevis, kapitalandelsbevis samt konvertibler omfattas av bestämmelserna. I 48 kap. 2 § 2 st. IL anges dock att vinst- och kapitalandelsbevis som anges i utländsk valuta utgör en utländsk fordringsrätt och inte en delägarrätt, jämför med 48 kap. 4 § IL.<sup>79</sup>

Fordringsrätter delas in i två huvudgrupper, svenska respektive utländska. De instrument som omfattas av 48 kap. 3 § 1 st. IL som reglerar de svenska fordringsrätterna är bl.a. terminer,

<sup>74</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 317.

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 317.

<sup>77</sup> Lewander, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning*, s 23.

<sup>78</sup> Dahlberg, Mattias, *Ränta eller kapitalvinst*, 1 uppl, Uppsala, Iustus Förlag AB, 2011, s 167.

<sup>79</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 172 ff.

optioner samt avtal där den underliggande tillgången är en fordran som är angiven i svenska kronor. De utländska fordringsrätterna definieras i 48 kap. 4 § IL. Enligt första stycket avses en fordran som är utställd i utländsk valuta.<sup>80</sup>

#### 2.3.4 Klassificering av hybrida instrument

För närvarande finns det ingen definition av hybridinstrument och inga bestämmelser för hur dessa ska bedömas i svensk rätt. Det finns dessutom ingen definition av ränta, utdelning, främmande- och eget kapital. Istället måste bedömning göras i varje fall. Konsekvensen är att det föreligger osäkerhet gällande rättsläget och risk för att skattskyldiga beskattas på olika sätt.<sup>81</sup> Samtidigt som det är svårt för skattskyldiga att kunna bedöma vilka skattemässiga konsekvenser deras handlingar kommer att få.<sup>82</sup>

Hybridinstrument är som tidigare beskrivits, se avsnitt 1.1, ett finansiellt instrument som innehåller inslag av både eget kapital och skulder.<sup>83</sup> Vad gäller den här typen av hybrida mismatchningar ligger fokus på klassificeringen av skulder och eget kapital. För att kunna göra en bedömning om hybridinstrumentet måste en klassificering av instrumentet göras enligt svenska regler.<sup>84</sup> Klassificeringen kan inte enbart göras utifrån skatterättsliga regler utan vägledning måste hämtas från andra rättsområden.<sup>85</sup>

Enligt bokföringslagen och årsredovisningslagen (ÅRL) är svenska företag skyldiga att upprätta en löpande bokföring och en årsredovisning eller årsbokslut. Enligt ÅRL ska klassificeringen och värderingen av olika poster göras enligt god redovisningssed.<sup>86</sup> Redovisningsrätten drar upp gränsen mellan eget kapital och skulder. Vid ett avtal är det inte formen eller rubriceringen som styr klassificeringen utan den ekonomiska innebörden. Klassificeringen av eget kapital eller skulder är beroende av faktorer som återbetalning och avkastning. Om det är emittenten som beslutat om dessa faktorer är det fråga om eget kapitalinstrument. Om det däremot inte är emittenten som bestämt faktorerna är det istället fråga om ett skuldinstrument.<sup>87</sup>

---

<sup>80</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 183 f.

<sup>81</sup> Lewander, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning*, s 23 f.

<sup>82</sup> Lewander, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning*, s 22.

<sup>83</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 40.

<sup>84</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 29.

<sup>85</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 31.

<sup>86</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 69.

<sup>87</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 76 f.

Skatterätten och redovisningsrätten skiljer sig inom vissa delar vad gäller klassificering. Beroende på hur ett finansiellt instrument klassificeras påverkas också företagets redovisning, inte bara beskattningen. Klassificeringen påverkar både balans- och resultaträkningen.<sup>88</sup> Redovisningsrätten styrs av att en sådan rättvis bild av företagets ekonomiska ställning ska ges, d.v.s. skuldinstrument ska klassificeras som det och inte som eget kapital och vice versa. Ett företags förmögenhet ska inte kunna övervärderas genom att skuldinstrument redovisas som eget kapital. Samtidigt som skatterätten styrs av att företag inte ska få avdrag för sådant som egentligen inte är kostnader. Vad som ligger i fokus skiljer sig därför mellan redovisningsrätten, som fokuserar på balansräkningen, och skatterätten, som fokuserar på resultaträkningen.<sup>89</sup>

I sin rapport pekar skatteverket på att associationsrätten påverkar klassificeringen eftersom emitterade aktier och avkastningen på dessa som utgör utdelning enligt ABL (2005:551) (ABL) inte kan klassificeras som något annat utifrån andra regler.<sup>90</sup>

Klassificeringen av ett finansiellt instrument påverkas också av vad som avtalats mellan parterna, d.v.s. obligationsrättsligt. Beroende på vad parterna avtalar om angående avkastning eller återbetalning kan instrumentet utgöra både skuld- eller eget kapitalinstrument.<sup>91</sup> Ett exempel är om parter har avtalat om att det inte ska ske någon återbetalning av det utlånade beloppet. I sådana fall är det inte frågan om en skuld. Det föreligger dock svårigheter att bedöma situationen när någon återbetalning inte ska ske men en viss form av avkastning ändå ska erläggas.<sup>92</sup> Avtalsparterna kan också konstruera villkoren av avtalet på ett sådant sätt att instrumentet klassificeras på ett sätt för den som ställer ut instrumentet och på ett annat sätt för den som innehar det.<sup>93</sup>

Den skatterättsliga bedömningen av ett finansiellt instrument sker i två steg. I det första steget görs en bedömning av huruvida instrumentet är att betrakta som ett eget kapital- eller skuldinstrument. Beroende på utfallet av den bedömningen utgör avkastningen antingen utdelning eller ränta. I det andra steget sker bedömningen om räntan eller utdelningen utgör en

---

<sup>88</sup> Lewander, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning*, s 24 f.

<sup>89</sup> Lewander, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning*, s 26 f.

<sup>90</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 31.

<sup>91</sup> Lewander, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning*, s 22.

<sup>92</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 76.

<sup>93</sup> Lewander, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning*, s 23.

avdragsgill kostnad eller skattepliktig inkomst. Dessutom sker en bedömning om instrumentet, vid avyttring, utgör en delägar- eller fordringsrätt.<sup>94</sup>

Som tidigare nämnts används hybrida instrument oftast, av företag, i syfte att undgå beskattning, genom att antingen erhålla avdrag för kostnader i en stat utan att dessa motsvaras av en intäkt i en annan stat. En sådan transaktion är möjlig på grund av klassificeringen av instrumentet. Ett exempel är att den som ger ut det hybrida instrumentet klassificerar detta som ett skuldinstrument enligt nationell lagstiftning. Utbetalningarna utgör därför, skatterättsligt, avdragsgilla ränteutgifter. Innehavaren å sin sida, som med stöd av nationella regler, klassificerar de mottagna betalningarna som eget kapitalinstrument. Betalningarna utgör därför utdelningar som med stöd av interna regler är undantagen beskattning.<sup>95</sup>

Instrumenten är uppbyggda på ett sådant sätt att det finns inslag av både eget kapital och skuld i dessa. Vad gäller svenska instrument, t.ex. aktier, är det enkelt att klassificera dessa eftersom det finns associationsrättsliga bestämmelser som reglerar aktier och skattelagstiftningen följer dessa regler. Problematiken finns dock hos utländska instrument eftersom dessa kan innehålla delar som inte stämmer överens med den svenska motsvarigheten. Enligt skatteverket finns det i vissa fall inte ens en svensk motsvarighet, trots detta måste de ta ställning till vad för slags instrument det rör sig om för att beskattning ska vara möjlig.<sup>96</sup>

Monsenego menar att rent teoretiskt torde den bästa lösningen för att motverka mismatchningar vara att samtliga stater klassificerar betalningsinstrument och enheter på samma sätt. Det är dock inte realistiskt eftersom de nationella lagstiftningarna bygger på olika begrepp vilka ofta kompletteras av andra rättsområden t.ex. civil- och associationsrätt. OECD valde därför att utforma ett system som motverkar hybridens skattemässiga effekter istället för att förbjuda dem helt.<sup>97</sup>

---

<sup>94</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 82 f.

<sup>95</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 50.

<sup>96</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 77.

<sup>97</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 830.

## 2.4 Instrument i svensk skattelagstiftning som kan användas som hybrider

### 2.4.1 Vinstandelslån

Ett vinstandelslån är ett lån där räntan är beroende av det lånande bolagets vinst eller utdelning. Den bolagsrättsliga definitionen finns i 11 kap. 11 § ABL.<sup>98</sup> I 24 kap. 5 § 2 st. IL återfinns den skatterättsliga definitionen av vinstandelslån, d.v.s. ett lån med en ränta där en del eller hela räntan utgör en "vinstandelsränta".<sup>99</sup> Med vinstandelsränta menas en ränta som är beroende av låntagarens utdelning eller vinst, 24 kap. 5 § 2 st. IL. Vinstandelsräntan är avdragsgill i de fall som anges i 24 kap. 5-10 §§ IL. Enligt 5 § får räntan dras av i endast en begränsad utsträckning. I de fall lånet erbjuds på den allmänna marknaden är vinstandelsräntan avdragsgill, 6 §. Räntan är dock inte avdragsgill i de fall betalningen görs av fåmansföretag till andelsägare, företagsledare eller företag som är i intressegemenskap med varandra, även om bestämmelserna i ovanstående paragrafer är uppfyllda, 10 §. Syftet med den här begränsningen i avdragsrätten är för att motverka att avdrag medges för en betalning som egentligen utgör utdelning.<sup>100</sup> Om ett företag skulle erhålla avdrag för ränta som egentligen borde klassificerats som utdelning, skulle det innebära ett avsteg från regeln om dubbelbeskattning av bolagsvinster.<sup>101</sup> Högsta förvaltningsdomstolen har i en dom från år 2012 kommit fram till att en förutsättning för att avdrag ska medges är att det är frågan om en betalning för ett lån. Om villkoren har utformats på ett sätt som är förmånligt för långivaren ska avdrag inte medges för beloppet som motsvarar lånet.<sup>102</sup> Hur mottagaren av räntan ska beskattas framgår inte av IL.<sup>103</sup>

### 2.4.2 Kapitalandelslån

Med kapitalandelslån förstås ett sådant lån där kapitalbeloppet är beroende av det låntagande företagets utdelning eller vinst.<sup>104</sup> Om det låntagande bolaget uppvisar en förlust erhåller långivaren ett lägre belopp än vad denne ursprungligen utlånat.<sup>105</sup> Den civilrättsliga definitionen av lånet finns i 11 kap. 11 § ABL, däremot anges inte ordet "kapitalandelslån" i lagtexten men anses omfattas av bestämmelsen ändå.<sup>106</sup> Anledningen till att företag emitterar

---

<sup>98</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 599.

<sup>99</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 602.

<sup>100</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 81.

<sup>101</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 608.

<sup>102</sup> HFD 2012 ref. 13.

<sup>103</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 81.

<sup>104</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 672.

<sup>105</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 675.

<sup>106</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 678.

kapitalandelslån är kapitalanskaffning. Det belopp som långivaren erhåller från låntagaren utgör inte ränta, utan är, som nämnt, avhängigt låntagarens vinst eller utdelning.<sup>107</sup>

Den skatterättsliga knäckfrågan är på vilket sätt värdeutvecklingen på kapitalandelslån ska beskattas.<sup>108</sup> Definitionen av kapitalandelsbevis som innebär att ett värdepapper som emitterats och som ger rätt till en andel i ett kapitalandelslån, finns i 48 kap. 2 § 2 st. IL. Kapitalandelslån utgör delägarrätter, om lånet är utställt i svenska kronor. I de fall kapitalandelslån är utställt i utländsk valuta utgör dessa utländska fordringsrätter, 48 kap. 4 § IL. Den här uppdelningen mellan delägarrätter respektive fordringsrätter har betydelse vid kapitalförluster.<sup>109</sup> En kapitalvinst som uppstår när ett bolag löser in ett kapitalandelsbevis som låntagaren har ställt ut, ska inte tas upp till beskattning enligt 48 kap. 6 b § IL. För att reciprocitet<sup>110</sup> ska föreligga, ska en kapitalförlust därför inte dras av enligt 44 kap. 2 § IL. I bestämmelsen stadgas att kapitalvinster som omfattas av 48 kap. IL ska gälla på motsvarande sätt för kapitalförluster, d.v.s. att kapitalvinster inte tas upp till beskattning samt att kapitalförluster inte får dras av.<sup>111</sup> De här bestämmelserna gäller för låntagaren. För långivaren är dessa bestämmelser inte tillämpliga utan istället gäller de allmänna reglerna där en kapitalvinst ska tas upp till beskattning medan en kapitalförlust är avdragsgill.<sup>112</sup>

## 2.5 Hybridföretag

Med hybridföretag avses företag som klassificeras olika av stater. Ett svenskt aktiebolag, som utgör ett skattesubjekt i Sverige, kan utgöra en annan företagsform i en annan stat, t.ex. som ett transparent företag eller en del av ett ägarföretag, som inte utgör ett eget skattesubjekt. Även svenska handels- eller kommanditbolag, som inte utgör egna skattesubjekt enligt 2 kap. 3 § IL, kan anses utgöra sådana enligt utländska regler.<sup>113</sup>

---

<sup>107</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 706.

<sup>108</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 673 f.

<sup>109</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 677 f.

<sup>110</sup> Med reciprocitet förstås att en intäkt för en person utgör en kostnad för en annan. I sådana fall föreligger reciprocitet i beskattningen.

<sup>111</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 708 f.

<sup>112</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 81 och Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 709.

<sup>113</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 9.



## Del II En implementering av åtgärds punkt 2 i svensk rätt

### 3 Vad innebär en implementering av avdragsförbudet för svensk lagstiftning?

#### 3.1 Gällande lagstiftning

I IL anges vad för slags inkomster som ett företag ska ta upp som intäkt. Inkomsterna stadgas i 15 kap. 1 § IL och dessa utgörs av varor, tjänster och inventarier, kapitalvinster, avkastning samt alla andra inkomster. Enligt 16 kap. 1 § IL får företag dra av utgifter som de haft i syfte att förvärva och bibehålla inkomster. Ränteutgifter och kapitalförluster får däremot dras av även om dessa inte utgör sådana utgifter.

Enligt svenska skatteregler är möjligheterna till avdrag för ränteutgifter för företag stora. En av anledningarna är att det är lättare för företag att finansiera sin verksamhet genom att ta lån och därefter dra av ränteutgifterna. En annan anledning är att det är svårt att urskilja lån som varit motiverade av företagsekonomiska skäl och sådana som inte är det. Det här resulterar i att vid företags skatteplanering finns det tre omständigheter i svenska lagstiftningen som utnyttjas. Den omfattande möjligheten till ränteavdrag (1). De regler som jämställer bolag som drivs som en koncern med bolag som drivs som ett enskilt skattesubjekt (2). Skattesubjekt som beskattas lågt eller inte alls både inom Sverige och utanför (3).<sup>114</sup>

##### 3.1.1 24 kap. IL

I 24 kap. 10 a-10 e §§ IL finns bestämmelser som syftar till att begränsa avdragsrätten för ränta på vissa skulder. Vad som utgör ränta finns däremot inte definierat i svensk skattelagstiftning. I de fall skatterätten inte ger något svar ska den civilrättsliga definitionen användas istället, begreppet ränta finns dock inte heller definierat inom civilrätten. Istället har ränta definierats med hjälp av rättspraxis, lagförarbeten samt doktrin.<sup>115</sup> I allmän mening avser en ränta en ersättning från en låntagare, gäldenären, till en långivare, borgenären, för ett penninglån. Röntan fastställs med hjälp av inre och yttre faktorer. Med inre faktorer menas lånebeloppet, lånetiden samt gäldenärens återbetalningsförmåga, med andra ord sådant som avtalats mellan parterna. Med yttre faktorer menas konjunkturer och dess utveckling samt inflationstakten.<sup>116</sup>

De bestämmelser i 24 kap. IL som begränsar möjligheten till avdrag för ränteutgifter gäller företag som är i intressegemenskap. I 24 kap. 10 a § IL definieras intressegemenskap som

---

<sup>114</sup> Dahlberg, Mattias, *Internationell beskattning*, 4 uppl, Lund, Studentlitteratur, 2014, s 213.

<sup>115</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 280.

<sup>116</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 280 f.

innebär att antingen ska ett företag direkt eller indirekt ha ett väsentligt inflytande i ett annat företag eller om båda företagen verkar under samma ledning. Bestämmelserna syftar till att förhindra vissa skatteplaneringsupplägg som baseras på två omständigheter, dels den omfattande möjligheten till avdrag för ränteutgifter, dels den skattefrihet som uppstår vid avyttring av näringsbetingade andelar, se 24 kap. 13 § IL samt 25 a kap. 3-5 §§ IL. Kombinationen av dessa två har resulterat i ett omfattande skattebortfall i Sverige.<sup>117</sup> Rättsföljden av reglerna i 24 kap. IL är att företag i intressegemenskap nekas att göra avdrag för ränteutgifter under vissa omständigheter. Reglerna är uppdelade i två huvudregler och två kompletteringsregler.<sup>118</sup>

#### *3.1.1.1 Första huvudregeln och första kompletteringsregeln*

I 24 kap. 10 b § IL återfinns den första huvudregeln. Bestämmelsen stadgar att avdrag för ränteutgifter inte får göras mellan två företag i samma intressegemenskap. Förbudet gäller oberoende av vad lånekapitalet avses att användas till. Skulden ska hänföras till ett förvärv av en delägar rätt från ett företag i samma gemenskap. Den här bestämmelsen är kopplad till den första kompletteringsregeln i 24 kap. 10 d § IL, som utgör ett undantag. Rättsföljden av 10 d § är att ränteutgifter, som omfattas av 24 kap. 10 b § IL, är avdragsgilla om någon av följande förutsättningar är uppfyllda. Första stycket i 10 d § IL, som brukar benämnas tioprocentsregeln, se nedan. Andra stycket handlar om sådana företag som erlägger en slags schablonbeskattning t.ex. avkastningsskatt. Avdrag kan i sådana fall medges i vissa situationer. Det fjärde stycket brukar kallas "omvända ventilen" och utgör ytterligare ett undantag, se avsnitt 3.1.1.1.3.<sup>119</sup>

##### *3.1.1.1.1 Tioprocentsregeln*

Tioprocentsregeln återfinns i 24 kap. 10 d § 1 st. IL och innebär ett undantag från avdragsförbudet i 10 b §. För att bestämmelsen ska vara tillämplig krävs det att inkomsten som motsvarar ränteutgiften beskattas med minst tio procent enligt de regler som gäller för den stat som det aktuella företaget har sin hemvist. Hur den här nivån ska bestämmas framgår inte av bestämmelsen. I propositionen 2008/09:65 anges ett hypotetiskt test som ska fastställa beskattningsnivån men hur det testet ska göras framgår inte heller av lagtexten.<sup>120</sup>

---

<sup>117</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 356.

<sup>118</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 367.

<sup>119</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 216 f.

<sup>120</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 377 f och Prop. 2008/09:65, s 59.

### 3.1.1.1.2 Ventilen

Ventilen utgör ett undantag från avdragsförbudet i 10 b § och regleras i 24 kap. 10 e § IL. I de fall det föreligger ett avdragsförbud men räntebetalningarna utgör en del av ett förfarande som förbudsbestämmelserna inte är tillämpliga på, är ventilen tillämplig. Det är en bona-fide-regel.<sup>121</sup> Bona fide är latinska termen för god tro.<sup>122</sup> Ventilen träffar sådana situationer där avdrag för ränteutgifter ska medges även om tioprocentsregeln inte är tillämplig. Förutsättningarna är att både förvärvet av delägarrätten och den skuld som föranlett utgifterna är huvudsakligen affärsmässigt motiverade.<sup>123</sup> Vid införandet av IL framgick att med "huvudsakligt" avses cirka 75 procent, se nästa stycke. Det framgår inte heller i 10 e § IL vad som menas med affärsmässiga skäl. Regeringen menade att det ska föreligga ekonomiska och affärsmässiga skäl till skuldförhållandet och att ev. skattemässiga skäl anses inte omfattas av sådana skäl. En samlad bedömning ska göras där samtliga relevanta faktorer ska beaktas. Både förvärvet och skulden ska anses vara affärsmässigt motiverade för att avdrag ska medges.<sup>124</sup>

### 3.1.1.1.3 Den "omvända" ventilen

Den omvända ventilen återfinns, som tidigare nämnts, i 24 kap. 10 d § 4 st. IL. Anledningen till att bestämmelsen kallas för den omvända ventilen är att den är till förmån för staten. Ventilen som beskrivs i stycket ovanför är till förmån för den skattskyldige. Den omvända ventilen har ett annat skyddsobjekt därav benämningen "omvända".<sup>125</sup> Bestämmelsen innebär att även om ränteavdrag skulle medges enligt någon av ovanstående bestämmelser kan avdrag ändå nekas om det huvudsakliga skälet till lånet inom intressegemenskapen var att erhålla en väsentlig skatteförmån.<sup>126</sup> Med "huvudsakligt" anses som ovan nämnt cirka 75 procent.<sup>127</sup> Det är det låntagande företaget, innan 2009 var det skatteverket, som har bevisbördan för att visa att huvudsakliga anledningen till skuldförhållandet inte är skattemässiga, utan affärsmässiga.<sup>128</sup> Det har ifrågasatts vilken betydelse som det föreslagna avdragsförbudet kommer att få i praktiken eftersom den omvända ventilen redan begränsar rätten till avdrag.<sup>129</sup>

---

<sup>121</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 381 f.

<sup>122</sup> <http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/bona-fide-principen> (hämtad 2018-02-12).

<sup>123</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 382.

<sup>124</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 383 f.

<sup>125</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 222.

<sup>126</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 217 f.

<sup>127</sup> Perman Borg, Ebba, Inkomstskattelagen, kommentaren till 24 kap. 10 d § 4 st., under rubrik "Lagkommentarer".

<sup>128</sup> Perman Borg, Ebba, Inkomstskattelagen, kommentaren till 24 kap. 10 d § under rubrik "2.1 Generellt".

<sup>129</sup> Abed Ali, Haider, *Nya ränteavdragsregler för företagssektorn*, Skattenytt, 2017, s 630.

### 3.1.1.2 Andra huvudregeln och andra kompletteringsregeln

Den andra huvudregeln återfinns i 24 kap. 10 c § IL. Bestämmelsen träffar situationer där det är fråga om indirekta lån. Med indirekta lån förstås att det i formell mening inte föreligger ett lån mellan två företag som är i intressegemenskap men i praktiken är lånet taget mellan sådana företag och därför är förbudsreglerna tillämpliga. Enligt den andra huvudregeln i 10 c § ska den första huvudregeln i 10 b § tillämpas på sådana skuldförhållanden där ett företag som inte hör till intressegemenskapen erhåller ett lån. Någon av följande förutsättningar måste vara uppfyllda. Antingen om ett företag som ingår i intressegemenskapen har en fordran på det företag som lämnat lånet eller om det finns en fordran på ett företag som är i intressegemenskap med det långivande företaget.<sup>130</sup>

I 24 kap. 10 f § IL finns den kompletteringsregel som utgör ett undantag från avdragsförbudet i den andra huvudregeln. Med andra ord finns det en möjlighet till avdrag för ränteutgifter om någon av följande förutsättningar är uppfyllda. Den första förutsättningen, som återfinns i 24 kap. 10 f § 1 st. 1 p. IL, anger att det företag som har en sådan fordran som avses i 10 c § och som beskattas enligt reglerna i 10 d §, tioprocentregeln, får medges avdrag för ränteutgiften. Dessutom får inte det huvudsakliga skälet till att lånet togs vara att intressegemenskapen skulle erhålla en väsentlig skatteförmån. Den andra förutsättningen, som återfinns i 24 kap. 10 f § 1 st. 2 p. IL, anger att både förvärvet och skulden som gett upphov till ränteutgiften är affärsmässigt motiverade. Det är med andra ord samma principer som används vid tioprocentregeln och ventilen, 10 d § respektive 10 e §.<sup>131</sup>

## 3.2 Bakgrunden till promemorian

Både OECD och EU har under en lång tid arbetat med att bekämpa internationell skatteflykt. Förutom arbetet med BEPS kom rådet med ett direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion samt rådets direktiv (EU) 2017/952 av den 29 maj 2017 om ändring av direktiv (EU) 2016/1164 vad gäller hybrida mismatchningar med tredjeländer. I det senare direktivet anges att medlemsstaterna bör tillämpa de förklaringar och exempel som OECD lämnar i BEPS-rekommendationerna vid införandet av direktivet. De regler som berör hybrider i direktivet mot skatteundandragande ska ha implementerats i svensk rätt senast den 31 december 2019 med

---

<sup>130</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 217.

<sup>131</sup> Perman Borg, Ebba, *Inkomstskattelagen*, kommentaren till 24 kap. 10 f §, under rubrik ”Lagkommentarer”.

tillämpning fr.o.m. 1 januari 2020.<sup>132</sup> Som beskrevs i avsnitt 1.4 utgör promemorian en del i att implementera BEPS-projektet och de ovanstående direktiven i svensk lagstiftning. Finansdepartementet understryker vikten av ett internationellt samordnat skattesystem för att motverka nya mismatchningar.<sup>133</sup>

Regeringen, å sin sida, beslutade i början av år 2011 att tillsätta en kommitté, Företagsskattekommittén (FSK), vars uppgift var att se över bolagsskatten och utforma det svenska skattesystemet på ett sådant sätt att investeringar och företagande främjas. Utgångspunkten för FSK:s arbete var att företags skattebas ska breddas för att därmed kunna sänka bolagsskattesatsen. Det svenska skattesystemet ska utformas på ett sådant sätt att det är i enlighet med EU-rätten och skyddar den svenska skattebasen.<sup>134</sup> Med skattebas förstås det belopp som skattesatsen adderas på vid beräkning av skatten. Skatten utgör därför skattebasen multiplicerat med skattesatsen. Skattebasen är därmed den beskattningsbara inkomsten.<sup>135</sup>

FSK:s förslag grundas på tre utgångspunkter:

1. Den första är att öka likabehandlingen, skattemässigt, mellan olika finansieringsformer, investeringar och branscher. FSK anser att det inte finns samhällsekonomiska skäl till att göra skillnad mellan olika finansieringsformer och investeringar. Därför finns det skäl till att öka neutraliteten mellan finansiering genom lånat eller eget kapital.
2. Investeringar som är lönsamma före skatt ska också vara det efter skatt. Skattelagstiftningen bör därför påverka skattskyldigas val endast i en begränsad omfattning.
3. I syfte att motverka att vinster förs ut från Sverige genom ränteavdrag bör skattelagstiftningen vara utformad för att hindra att detta sker. Det svenska skattesystemet bör också vara konstruerat på ett sådant sätt att det gynnar vinster som tas upp i Sverige. Slutligen bör det införas bestämmelser som syftar till att hindra att den svenska skattebasen urholkas.<sup>136</sup>

### **3.3 Introduktion till promemorian**

Promemorian syftar till att öka neutraliteten mellan finansiering med eget eller lånat kapital och motverka skatteplanering. Bakgrunden till förslagen är att Finansdepartementet vill skapa internationellt konkurrenskraftiga villkor, förutsebar lagstiftning och främja en sund konkurrens. Med anledning av detta föreslår därför Finansdepartementet en

---

<sup>132</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, *Nya skatteregler för företagssektorn*, s 146 f.

<sup>133</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 254 f.

<sup>134</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 89.

<sup>135</sup> <http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/skattebas> (hämtad 2018-02-21).

<sup>136</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 89.

ränteavdragsbegränsning som kompletteras med en bolagsskattesänkning. De här reglerna syftar till att motverka aggressiv skatteplanering genom ränteavdrag. Fördelarna med att införa de föreslagna reglerna är att skattelagstiftningens legitimitet kommer att öka samtidigt som incitamenten till skuldsättning kommer att minska.<sup>137</sup> Promemorian innehåller förenklat fem olika förslag:

1. För vissa gränsöverskridande situationer ska ett ränteavdragsförbud införas.
2. I första hand att en allmän begränsning av ränteavdrag införs i form av en EBIT<sup>138</sup>-regel där utrymmet till avdrag uppgår till 35 procent av EBIT. I andra hand att begränsningen införs som en EBITDA<sup>139</sup>-regel där avdragsutrymmet uppgår till 25 procent av EBITDA. De här reglerna kommer kombineras med en sänkning av bolags- och expansionsfondsskatten från 22 procent till 20 procent.
3. Ett snävare tillämpningsområde för reglerna om begränsning av ränteavdrag vid vissa interna lån.
4. Ett införande av skatteregler om finansiella leasingavtal.
5. En ändring av reglerna om värdeminskningssavdrag på hyreshus ska ändras genom att utöver ordinarie avdrag får tio procent av utgifterna dras av inom en femårsperiod från färdigställandet av hyreshuset.<sup>140</sup>

### **3.4 Genomförande av regler för att neutralisera effekterna av hybrida mismatchningar**

Det föreslagna avdragsförbudet utgör, enligt Finansdepartementet, det första steget för Sverige i arbetet med att implementera åtgärds punkt 2 i BEPS-projektet i svensk lagstiftning.<sup>141</sup> Förslaget innebär att vid vissa gränsöverskridande situationer ska ett avdragsförbud för ränteutgifter införas och är tänkt att omfatta de företag som utgör en intressegemenskap.<sup>142</sup> Avdragsförbudet föreslås ha följande utformning:

“Ett företag får inte dra av ränteutgifter om avdrag för samma utgift får göras gällande av ett företag som hör hemma i en annan stat i skattehänseende och som ingår i samma intressegemenskap, och

- ränteutgiften betalas av det andra företaget, eller
- ränteutgiften betalas av företaget och avdrag inte nekas i den andra staten.

---

<sup>137</sup> <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/06/nya-skatteregler-for-foretagssektorn/> (hämtad 2017-11-15).

<sup>138</sup> Med EBIT förstås Earnings Before Interest and Taxes.

<sup>139</sup> Med EBITDA förstås Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization.

<sup>140</sup> Ibid.

<sup>141</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 151.

<sup>142</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 148.

Avdrag får dock göras om den inkomst som företaget i Sverige tas upp även tas upp i den stat där det andra företaget hör hemma i skattehänseende inom tolv månader räknat från utgången av det beskattningsår som ränteutgiften hänför sig till.

Ett företag får vidare inte dra av ränteutgifter till ett företag som hör hemma i en annan stat i skattehänseende och som ingår i samma intressegemenskap om motsvarande inkomst inte tas upp till beskattning av det andra företaget och detta beror på

- skillnader i den rättsliga klassificeringen av något av företagen i skattehänseende i Sverige och den andra staten eller i två eller flera andra stater, eller
- skillnader i den rättsliga klassificeringen av det finansiella instrumentet eller betalningen i skattehänseende i Sverige och den andra staten.

Vid tillämpning av den sista strecksatsen ska en inkomst anses tas upp till beskattning om den tas upp av det andra företaget inom tolv månader räknat från utgången av det beskattningsår som ränteutgiften hänför sig till.

I bestämmelserna om utdelning på vissa utländska andelar i 24 kap. 19 § IL ersätts uttrycket "utländskt företag" med uttrycket "företag som hör hemma i en annan stat i skattehänseende."<sup>143</sup>

Bakgrunden till förslaget är att företag som är i intressegemenskap med varandra kan utnyttja att staters skatteregler ser olika ut vad avser den skattemässiga klassificeringen av företag och instrument. Det är därmed möjligt för dessa företag att använda sig av gränsöverskridande skatteplaneringsförfaranden i syfte att undgå skatt. Ett exempel är att i stat A utgör ett finansiellt instrument ett skuldinstrument medan samma instrument i stat B utgör ett eget kapitalinstrument. Ett annat exempel där s.k. dubbel icke-beskattning uppstår är när ett företag utgör ett hybridföretag eftersom det beskattas som ett enskilt skattesubjekt i A, medan i stat B sker beskattningen hos delägarna, inte företaget. Det utgör ett s.k. delägarbeskattat subjekt.<sup>144</sup>

I promemorian redogörs för två situationer där hybrida mismatchningar uppstår och som det föreslagna avdragsförbudet avser att träffa. Situationerna är: dubbla avdrag och avdrag utan inkludering.<sup>145</sup>

### *3.4.1 Avdragsförbud vid dubbla avdrag*

Avdragsförbud vid dubbla avdrag innebär att avdrag för samma betalning görs av två företag i två olika stater. Ett exempel är om ett utländskt företag (U) äger ett svenskt aktiebolag (Sv AB).

---

<sup>143</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 151.

<sup>144</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 145 f.

<sup>145</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 151.

Sv AB tar ett externt lån hos en långgivare (LG). Enligt svenska skatteregler får Sv AB göra avdrag för ränteutgifterna. I den stat där U är registrerad anses Sv AB delägarbeskattat varför det får göra avdrag för samma ränteutgifter. På grund av detta har ränteutgifterna dragits av i både U och Sv AB trots att det är en och samma utgift.<sup>146</sup>

För att neutralisera effekterna av den hybrida mismatchningen i ovanstående exempel föreslås att i första hand ska staten där moderbolaget hör hemma neka avdrag. I andra hand ska avdrag nekas av betalarstaten. Det innebär att i ovanstående exempel ska i första hand den andra staten neka avdrag, d.v.s. den staten där U hör hemma. I andra hand ska Sverige neka Sv AB avdrag för ränteutgiften.<sup>147</sup> Det går att undvika att en mismatchning uppstår genom att det aktuella avdraget motsvaras av en inkomst som tas upp till beskattning i båda staterna. Inkomsten tas därmed upp i både den stat där moderbolaget hör hemma och den stat där betalaren har sin hemvist. Det kallas dubbel inkludering. I ovanstående exempel uppstår därför ingen risk för dubbelt avdrag om Sv AB:s inkomster även tas upp till beskattning i den andra staten, d.v.s. den som U har sin hemvist.<sup>148</sup>

Enligt rekommendationerna i BEPS föreligger en risk för dubbelt avdrag om det andra företaget tar upp motsvarande inkomst till beskattning under nästföljande redovisningsperiod. I syfte att undvika den här situationen föreslås det i promemorian att ett företag som är i intressegemenskap med ett annat inte får göra avdrag för samma utgift som får dras av i det andra företaget. Om samma inkomst tas upp hos båda företagen får dock avdrag medges eftersom inkomsten tagits upp två gånger. En förutsättning för att dubbel inkludering ska föreligga är att det andra företaget tar upp inkomsten i sin hemviststat inom tolv månader.<sup>149</sup>

### *3.4.2 Avdragsförbud vid avdrag utan inkludering*

Med avdragsförbud vid avdrag utan inkludering avses situationer när avdrag för en utgift görs i en stat utan att den motsvarande inkomsten beskattas i den andra.<sup>150</sup> Den här typen av mismatchning kan i sin tur delas upp i tre olika situationer:

1. Betalning av ett hybridföretag: U äger Sv AB. Företagen har hemvist i två olika stater. Sv AB har en skuld till U och får därmed göra avdrag för räntan. I den stat som U har sin hemvist utgör

---

<sup>146</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 152.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Ibid.

<sup>149</sup> Ibid.

<sup>150</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 153.



räntebetalningen en företagsintern transaktion som inte ska tas upp till beskattning. Därmed motsvaras inte ränteutgiften av en inkomst som tas upp till beskattning.<sup>151</sup>

2. Betalning till ett hybridföretag: Det föreligger samma förutsättningar som i ovanstående exempel, U äger Sv AB. Företagen har hemvist i två olika stater, A respektive B. U är enligt A:s lagstiftning delägarbeskattat och innehas av ett företag som har hemvist i stat C. Sv AB har en skuld till U och genomför en räntebetalning. U som är delägarbeskattat tar inte upp ränteinkomsten till beskattning i stat A. U utgör i stat C ett eget skattesubjekt och därför tas ränteinkomsten inte upp till beskattning där heller.<sup>152</sup>
3. Hybridfinansiella instrument: Sv AB är delägare i ett företag, U, som har hemvist i en annan stat. Sv AB utfärdar ett hybridinstrument som ägs av U. Instrumentet anses utgöra ett skuldinstrument i Sverige varför Sv AB får göra avdrag för de räntebetalningar som görs till U. I den stat som U har hemvist klassificeras dock instrumentet som eget kapital och de ränteinkomster som erhålls utgör en skattefri utdelning.<sup>153</sup>

I arbetet att motverka och neutralisera konsekvenserna av ovanstående upplägg med hybridföretag och hybrida instrument har det i BEPS tagits fram en primär- och en sekundärregel, se avsnitt 2.3.2. Syftet med reglerna är att avgöra vilken stat som i första hand ska neutralisera effekten av mismatchningen. I första hand ska avdrag nekas av den stat där betalarföretaget har sin hemvist. I andra hand ska inkomsten tas upp till beskattning av mottagandeföretaget i den andra staten, d.v.s. den som företaget har sin hemvist i. Enligt de tre ovanstående situationerna ska Sverige enligt BEPS-rekommendationerna och förslagen i promemorian neka avdrag för räntebetalningarna.<sup>154</sup>

I promemorian föreslås att avdrag för ränteutgifter, för bolag som ingår i intressegemenskapen som har hemvist i olika stater, inte får göras om inte den motsvarande inkomsten beskattas. Anledningen till arrangemanget ska vara att utnyttja skillnaderna i nationella lagstiftningen vad gäller klassificering av företagen, finansiella instrumenten eller betalningen i Sverige. En förutsättning för att inkomsten ska anses vara inkluderad är att den ska tas upp till beskattning, inom tolv månader räknat från utgången av det beskattningsår som inkomsten hänförs till, hos det mottagande företaget.<sup>155</sup>

---

<sup>151</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 153.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Ibid.

<sup>154</sup> Ibid.

<sup>155</sup> Promemoria Fi2017:02752/S1, s 154.

## Del III Dubbelbeskattningsavtal och det föreslagna avdragsförbudet

### 4 OECD:s modellavtal

#### 4.1 En introduktion till OECD:s modellavtal

##### 4.1.1 Inledning

Internationaliseringen har resulterat i att det är vanligt att företag är skattskyldiga för samma inkomst i två stater.<sup>156</sup> Dubbelbeskattningsavtal syftar därför till att undanröja internationell dubbelbeskattning men också att främja informationsutbyte mellan stater och motverka skatteflykt.<sup>157</sup> I 2 kap. 35 § IL finns definitionen av skatteavtal, som avser ett avtal som Sverige ingått med en annan stat vars syfte är att undvika dubbelbeskattning av inkomst eller förmögenhet. Avtalen kan vara både bilaterala, som är vanligast, och multilaterala.<sup>158</sup> Med bilaterala avtal förstås att det är ingånget mellan två stater och multilaterala att det är mellan fler än två stater. Ett exempel är det nordiska skatteavtalet.<sup>159</sup>

Skatteavtal sluts, ändras och upphävs genom förhandlingar mellan de stater som omfattas av avtalet. Skatteavtalen utgör traktat, därför är Wienkonventionen tillämplig. Den innehåller bestämmelser för hur internationella traktater, d.v.s. skatteavtal ska tolkas. Konventionen ratificerades i Sverige år 1974.<sup>160</sup> I RÅ 1996 ref. 84 fastställs att konventionens regler ska användas av enskilda, domstolar och skattemyndigheter vid tolkning av skatteavtal. Avtalsstaterna är folkrättsligt förpliktade att följa bestämmelserna i avtalet enligt principen om att avtal ska hållas, *pacta sunt servanda*.<sup>161</sup> I artikel. 26 Wienkonventionen definieras det här närmare:

“Varje i kraft varande traktat är bindande för dess parter och ska ärligt fullgöras av dem.”

Dubbelbeskattningsavtal är konsekvensen av relationen mellan intern rätt och internationell rätt. Det finns därför två synsätt som stater brukar ha på den internationella rätten. Den första är det monistiska synsättet som innebär att skatteavtal och nationell rätt utgör två olika delar av samma rättsordning. Det andra synsättet är det dualistiska, det som Sverige tillämpar, som innebär separata rättsordningar där den internationella rätten skiljs från den nationella. Skillnaden innebär att den internationella rätten avser relationen mellan Sverige och andra

---

<sup>156</sup> Lodin, Lindencrona, Melz, Silfverberg, Simon-Almendal, *Inkomstskatt*, s 621.

<sup>157</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 250.

<sup>158</sup> Pelin, Lars, *Internationell skatterätt*, 5 uppl, Lund, Studentlitteratur, 2016, s 88.

<sup>159</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 259.

<sup>160</sup> Lindencrona, Gustaf, *Dubbelbeskattningsavtalsrätt*, 1 uppl, Stockholm, Juristförlaget JF AB, 1994, s 78.

<sup>161</sup> Pelin, *Internationell skatterätt*, s 87.

stater. Den nationella rätten behandlar relationen mellan invånarna i den enskilda staten. För att skatteavtal ska kunna åberopas av myndigheter, skattskyldiga och domstolar i Sverige krävs att dessa införlivas i nationell rätt, se avsnitt 4.1.4.<sup>162</sup>

#### 4.1.2 OECD:s modellavtal

Eftersom skatteavtal är ett resultat av staters förhandlingar har OECD:s skattekommitté, the Committee on Fiscal Affairs, i syfte att motverka oenhetliga dubbelbeskattningsavtal gett ut en modell för dubbelbeskattningsavtal (modellavtalet) som stater kan, och bör, använda sig av när de utformar sina skatteavtal. Modellavtalet innehåller fyra delar: en introduktion som ger en förklaring till avtalet, själva avtalet som består av 31 artiklar, kommentarer till artiklarna samt rekommendation till OECD:s medlemsstater. Kommentarererna kan användas av medlemsstaterna för att tolka avtalet.<sup>163</sup> Själva avtalet och tillhörande kommentarer ges ut på engelska och franska.<sup>164</sup> Modellavtalet utgör endast en rekommendation från OECD och är därför inte bindande för stater att använda.<sup>165</sup>

#### 4.1.3 Tillämpning av dubbelbeskattningsavtal

Vid tillämpning av dubbelbeskattningsavtal sker följande. Först ska det avgöras om det är frågan om en dubbelbeskattningsituation. Det kan vara fallet om både hemviststaten har ett anspråk på den skattskyldige på grund av att denne har sin hemvist i staten och källstaten på grund av dennes koppling dit. Ett exempel är ett aktiebolag som är registrerat i den ena staten men har den verkliga ledningen i den andra. Utifrån detta kan båda stater enligt sin interna rätt anse att företaget är hemmahörande i sin respektive stat. För att utröna vilken stat som får beskatta används det skatteavtal som är ingånget mellan staterna.<sup>166</sup> När de stater som har ett anspråk på den skattskyldige har bestämts handlar det om att finna det aktuella skatteavtalet. Sverige har ingått cirka 80 skatteavtal.<sup>167</sup> För att det ska vara möjligt att nyttja skatteavtalet måste den aktuella skatten omfattas av avtalet, vilka skatter som omfattas anges i artikel 2 i modellavtalet. Om den skatt som orsakar dubbelbeskattningsituationen inte omfattas av det aktuella skatteavtalet kan avtalet inte användas.<sup>168</sup> Därefter ska det utrönas vilken stat, enligt

---

<sup>162</sup> Kleist, David, *Methods for Elimination of Double Taxation under Double Tax Treaties*, 1 uppl, Uppsala, Iustus Förlag AB, 2012, s 49.

<sup>163</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 254 f.

<sup>164</sup> [http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version\\_20745419](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version_20745419)(hämtad 2018-02-07).

<sup>165</sup> Pelin, *Internationell skatterätt*, s 90.

<sup>166</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 245 f.

<sup>167</sup> Ibid.

<sup>168</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 246 f.

det aktuella skatteavtalet, som utgör hemvist- respektive källstat.<sup>169</sup> Den skattskyldige ska anses ha sin hemvist i någon av de stater som omfattas av skatteavtalet för att det ska vara tillämpligt.<sup>170</sup> I vissa fall har den skattskyldige hemvist i båda avtalsslutande staterna. För att avgöra vilken stat som utgör hemviststaten utgår man ifrån var företagets verkliga ledning finns, se artikel 4 3 p i modellavtalet.<sup>171</sup> Av 6 kap. 3 § IL framgår att i Sverige är det avgörande kriteriet var företaget är registrerat och inte platsen för den verkliga ledningen.<sup>172</sup>

Efter att hemvist- och källstat bestämts ska tillämplig fördelningsartikel fastställas. I modellavtalet utgörs dessa av artiklarna 6-22, vilka omfattar inkomster som t.ex. räntor och utdelning. Fördelningsartiklarna syftar till att fördela inkomsten mellan de aktuella staterna. Inkomsten kan fördelas på så sätt att enbart hemviststaten eller enbart källstaten får beskatta eller att båda staterna beskattar. Vid tillämpning av fördelningsartikel kan dubbel icke-beskattnings uppstå om t.ex. den ena avtalsslutandestaten anser att den andra staten har en exklusiv rätt att beskatta den skattskyldige enligt bestämmelserna i skatteavtalet, medan den andra staten, av någon anledning, inte beskattar alls.<sup>173</sup> Fördelningsartiklarna kan också resultera i en primär- och en sekundär beskattningsrätt, där hemviststaten har den primära och källstaten den sekundära. Trots att inkomsten har fördelats mellan staterna kan det ändå föreligga en viss dubbelbeskattnings, med andra ord får, enligt fördelningsartikeln, både hemvist- och källstaten beskatta.<sup>174</sup>

För att eliminera den slutliga dubbelbeskattnings används en metodartikel. Modellavtalet anger att det i alla situationer är hemviststaten som ska undanröja den återstående dubbelbeskattnings. Det här ska göras enligt någon av följande metoder, avräkningsmetoden (creditmetoden) eller friställningsmetoden (exemptmetoden). Den första metoden återfinns i artikel 23 B i modellavtalet och den andra i artikel 23 A.<sup>175</sup> Avräkningsmetoden innebär att den skattskyldige på den skatt som denne erlägger i hemviststaten kan avräkna den skatt som denne erlägger i utlandet.<sup>176</sup> Med andra ord görs en reduktion för det utländska beloppet från den

---

<sup>169</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 247.

<sup>170</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 272.

<sup>171</sup> Pelin, *Internationell skatterätt*, s 92.

<sup>172</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 38.

<sup>173</sup> Hilling, Maria, *Skatteavtal och generalklausuler – Ett komparativt system*, 1 uppl, Stockholm, Wolters Kluwer, 2016, s 43.

<sup>174</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 277.

<sup>175</sup> Pelin, *Internationell skatterätt*, s 93.

<sup>176</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 245 ff.

svenska skatten.<sup>177</sup> Friställningsmetoden innebär att skattskyldiga får undanta sådan inkomst som har beskattats i den andra staten.<sup>178</sup> De skatteavtal som tillämpar den här metoden är extra sårbara för risken att dubbel icke-beskattning uppstår.<sup>179</sup> Sverige har i sina skatteavtal eftersträvat att endast använda avräkningsmetoden. I de senare skatteavtal som Sverige ingått innehåller metodartikeln enbart en hänvisning till avräkningslagen (1986:468), där avräkningsmetoden används. I avräkningslagen tillämpas dessutom overall-metoden som innebär att de belopp som ska räknas av slås ihop. I modellavtalet däremot tillämpas per item-metoden som innebär att de belopp som ska räknas av beräknas separat, d.v.s. varje slags inkomst delas upp.<sup>180</sup> Även vid tillämpning av metodartikel kan dubbel icke-beskattning uppstå i de fall varken källstaten eller hemviststaten inte beskattar på grund av vad som anges i metodartikeln.<sup>181</sup>

Det finns flera orsaker till varför inkomster inte beskattas i någon av de avtalsslutande staterna. Till exempel kan staters nationella lagstiftning ha ändrats efter skatteavtalet ingicks och därmed undantas inkomster eller om den stat som enligt skatteavtal har beskattningsrätt inte fullgör den på grund av vad som anges i den nationella lagstiftningen. En annan orsak är att det uppstår symmetrier vad avser klassificeringsfrågor som leder till att staterna tillämpar och tolkar avtalet på olika sätt.<sup>182</sup> Det här brukar kallas ”conflicts of qualification”.<sup>183</sup> Det föreligger dessutom rent missbruk av skatteavtal som brukar kallas treaty shopping. Treaty shopping innebär att skattskyldiga medvetet genom sina handlingar ställer upp arrangemang som syftar till att undgå bestämmelser i skatteavtal.<sup>184</sup> Skatteverket drar slutsatsen att det är svårt att motverka hybrida mismatchningar genom skatteavtal eftersom dessa regler handlar om rätten att ta upp inkomster till beskattning och inte rätten till avdrag. Därför måste även intern lagstiftning innehålla regler som syftar till att motverka hybrida mismatchningar.<sup>185</sup>

Det finns i huvudsak tre sätt att komma till rätta med den här problematiken, dels att införa bestämmelser som syftar till att motverka skatteflykt i nationell lagstiftning, dels att införa

---

<sup>177</sup> Berglund, Martin, *Avräkningsmetoden: en skatterättslig studie om undvikande av internationell dubbelbeskattning*, 1 uppl, Uppsala, Iustus förlag AB, 2013, s 28.

<sup>178</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 248.

<sup>179</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 306.

<sup>180</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 304 f.

<sup>181</sup> Hilling, *Skatteavtal och generalklausuler*, s. 43.

<sup>182</sup> Ibid.

<sup>183</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 43.

<sup>184</sup> Hilling, *Skatteavtal och generalklausuler*, s. 43 ff.

<sup>185</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 46.

regler i skatteavtal och tolkningar av skatteavtal.<sup>186</sup> Vid de fall som dubbel icke-beskattningsuppstår på grund av olikheter i intern rätt ska dessa lösas genom att använda metodartikeln. Ett exempel är när både hemvist- och källstaten anser sig förhindrade av respektive lagstiftning att ta upp en inkomst till beskattning. I sådana fall ska hemviststaten inte undanta inkomsten från beskattning.<sup>187</sup> En lösning på ev. dubbel icke-beskattningsuppstår som återfinns i det nordiska skatteavtalet är att den stat som inte nyttjar sin beskattningsrätt förlorar rätten och den övergår istället till en annan stat.<sup>188</sup> Enligt artikel 25 2 p och 3 p i det nordiska beskattningsavtalet, Lag (1996:1512) om dubbelbeskattningsavtal mellan de nordiska länderna, framgår det att, om en av de avtalsslutande staterna inte nyttjar beskattningsrätten övergår den till en annan av de avtalsslutande staterna.

#### 4.1.4 Sverige och dubbelbeskattningsavtal

De dubbelbeskattningsavtal som Sverige har ingått följer till stor del bestämmelserna i modellavtalet.<sup>189</sup> Skatteavtalen utgör en del av den nationella lagstiftningen i och med en särskild införlivandelag. I införlivandelagen anges att avtalen utgör lag i Sverige.<sup>190</sup> I och med den lagen blir skatteavtalens regler bindande för skattskyldiga, myndigheter och domstolar.<sup>191</sup> Det kan förekomma kollisioner mellan de skatteavtal som Sverige ingått och nationella bestämmelser. För att avgöra vilken bestämmelse som ska tillämpas måste det först avgöras om det föreligger skattskyldighet enligt svenska interna regler. Om svaret blir nej kan skatteavtal inte användas eftersom svensk nationell lagstiftning utgör de yttre ramarna för beskattningsrätten. Om svaret däremot blir ja på frågan undersöks rätten till beskattning enligt det aktuella skatteavtalet. Enligt det aktuella skatteavtalet kan Sverige antingen tillerkännas beskattningsrätt eller inte, se avsnitt 4.1.3.<sup>192</sup>

En stats skatteanspråk kan aldrig utvidgas genom ett skatteavtal, endast begränsas enligt den s.k. gyllene regeln.<sup>193</sup> I 2 § införlivandelagen (SFS 1994:1617) anges att:

“Avtalets beskattningsregler skall tillämpas endast i den mån dessa medför inskränkning av den skattskyldighet i Sverige som annars skulle föreligga.”

---

<sup>186</sup> Hilling, *Skatteavtal och generalklausuler*, s. 44.

<sup>187</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 43.

<sup>188</sup> Lindencrona, *Dubbelbeskattningsavtalsrätt*, s 24 f.

<sup>189</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 244.

<sup>190</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 258.

<sup>191</sup> Lodin, Lindencrona, Melz, Silfverberg, Simon-Almendal, *Inkomstskatt*, s 669 f.

<sup>192</sup> Lindencrona, *Dubbelbeskattningsavtalsrätt*, s 24.

<sup>193</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 258.

## 4.2 OECD:s modellavtal och BEPS

### 4.2.1 OECD:s modellavtal och hybrida mismatchningar

De rekommendationer som OECD ger i sina rapporter syftar till att utöka staters beskattningsrätt för att motverka företags möjligheter till skatteplanering. I allmän mening brukar nationell lagstiftning få lämna företräde för skatteavtal som begränsar staters beskattningsrätt. Om en stat inför en nationell bestämmelse som syftar till att utöka statens beskattningsrätt, kan den bli verkningslös i de fall den staten redan ingått skatteavtal som innehåller bestämmelser som anger att de avtalslutande staterna inte får utöka beskattningsrätten genom nationella bestämmelser.<sup>194</sup>

I OECD:s rapport från år 2015 har det uppmärksamrats att ändringar behöver göras på två sätt. Dels genom att ändra nationell lagstiftning, dels genom att uppdatera modellavtalet, för att företag inte ska använda sig av skillnader i skatteavtal på ett otillbörligt sätt.<sup>195</sup> I modellavtalet finns redan en regel som syftar till att undvika dubbel icke-beskattning, artikel 23 A.4. Regeln innebär att företag inte ska kunna utnyttja att staterna som ingått avtalet klassificerar inkomster på skilda sätt.<sup>196</sup> Artikel 23 A.4 i OECD:s modellavtal lyder:

”The provisions of paragraph 1 shall not apply to income derived or capital owned by a resident of a Contracting State where the other Contracting State applies the provisions of this Convention to exempt such income or capital from tax or applies the provisions of paragraph 2 of Article 10 or 11 to such income”.<sup>197</sup>

Som beskrevs i avsnitt 2.3.2 består rekommendationerna vid en D/NI-situation att betalarstaten ska neka avdrag i den utsträckning motsvarande inkomst inte tas upp till beskattning i den andra staten. OECD har i rapporten ställt frågan om modellavtalet, som det såg ut vid tidpunkten för rapporten, skulle neka att sådant avdrag görs i betalarstaten. I modellavtalet finns det två bestämmelser, artiklarna 7 och 24 som reglerar huruvida betalningar är avdragsgilla eller inte. I paragraf 2 till artikel 7 anges att när vinster har kopplats ihop till ett fast driftställe är det nationell lagstiftning i avtalsstaterna som reglerar hur vinsten ska beskattas så länge det görs i överensstämmelse med kraven i paragraf 2 och modellavtalet. Paragraf 2 reglerar inte i vilken stat avdragsgilla kostnader ska göras eller när den skattepliktiga inkomsten ska beräknas. Det är nationell lagstiftning som reglerar var och om avdrag ska medges eller inte. Med andra ord

---

<sup>194</sup> Kleist, David, *Ett multilateralt instrument för att genomföra ändringar i skatteavtal*, Skattenytt, 2016, s 713.

<sup>195</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 135.

<sup>196</sup> Dahlberg, *Internationell beskattning*, s 306.

<sup>197</sup> OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, 2017, OECD publishing, s 42.

hindrar inte modellavtalet att sådant avdrag nekass.<sup>198</sup> När det gäller den defensiva regeln som innebär att om X inte neutraliserar effekten av missmatchningen ska Y ta upp motsvarande inkomst till beskattning. Problematik kan uppstå om inkomsten ska tas upp av icke-bosatt person som egentligen inte skulle beskattas enligt bestämmelserna i det aktuella skatteavtalet. I rekommendationerna i rapporten används termen ”taxpayer”, därför omfattas enbart de som är bosatta eller har ett fast driftställe i den aktuella staten. I och med detta kommer risken för dubbelbeskattning att undgås enligt OECD.<sup>199</sup>

I rapporten har OECD också iakttagit att beroende på vilken metod som används i skatteavtalen, avräknings- eller friställningsmetoden, kan problem uppstå. Ett exempel är utdelningar. Det kommer inte uppstå något hinder mot att följa rekommendationerna för de skatteavtal som tillämpar friställningsmetoden, eftersom artikel 23 A anger att avräkningsmetoden i artikel 23 B ska tillämpas på utdelningar. OECD har dock uppmärksammat i rapporten att det finns vissa skatteavtal som avviker från det föregående och tillämpar friställningsmetoden på utdelningar och inte avräkningsmetoden som anges i artikel 23 A paragraf 4.<sup>200</sup> Vilka avtal som kan komma att omfattas av den här problematiken specificerar OECD inte i rapporten. OECD rekommenderar därför att de stater som vill följa rekommendationerna i rapporten bör omförhandla sina skatteavtal och införa artikel 23 B paragraf 4 som anger att avräkningsmetoden ska användas på utdelningar.<sup>201</sup>

I syfte att undvika att nationella regler och rekommendationerna i rapporten hindrar varandra föreslås det vidare att stater först genomför ändringar i nationell lagstiftning i enlighet med BEPS-rekommendationerna. Därefter ska staterna vid användning av skatteavtal nyttja den beskattningsrätt som följer av ändringarna i den interna rätten. De ändringar som görs i nationell lagstiftning, som baseras på rekommendationerna, ska garantera att det inte uppstår nya missmatchningar som möjliggör att företag kan utnyttja dessa i syfte att undgå skatt.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 145.

<sup>199</sup> <http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-final-report-on-hybrid-mismatch-arrangements-under-action-2> (hämtad 2018-02-05).

<sup>200</sup> <http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-final-report-on-hybrid-mismatch-arrangements-under-action-2> (hämtad 2018-02-01).

<sup>201</sup> OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, s 147.

<sup>202</sup> Kleist, *Ett multilateralt instrument för att genomföra ändringar i skatteavtal*, s 713.



#### 4.2.2 Ett multilateralt skatteavtal

Under sommaren år 2017 undertecknade Sverige en multilateral konvention, som innebär att åtgärder avseende skatteavtal ska implementeras, som ett ytterligare led i BEPS-projektet. En del av arbetet med BEPS fordrar att staters bilaterala skatteavtal ändras. Istället för att ändringar ska genomföras i varje enskilt avtal beslutade OECD att försöka utveckla ett multilateralt instrument som skulle möjliggöra snabbare ändringar av de bilaterala skatteavtalen som berörs av BEPS.<sup>203</sup> Totalt har 71 stater undertecknat konventionen och ytterligare nio har lämnat en avsiktsförklaring att underteckna den. Det rör sig därför om totalt 1 100 skatteavtal som omfattas. Innan arbetet med skatteavtalen kan börja måste konventionen ratificeras i staterna. Det multilaterala skatteavtalet är inte avsett att ersätta de bilaterala skatteavtalen som finns, utan ska löpa parallellt med dessa. OECD har yttrat att det enbart är de artiklar i de bilaterala skatteavtalen som omfattas av BEPS-projektet som kommer att påverkas. De stater som undertecknat konventionen kan själva välja vilka redan befintliga skatteavtal som ska omfattas av den. Om två stater har undertecknat konventionen och angett det aktuella skatteavtalet omfattas det av konventionen.<sup>204</sup>

Det har lyfts fram kritik mot det multilaterala skatteavtalet av både Monsenego och Kleist. Monsenego anser att det föreligger bl.a. språkliga svårigheter eftersom de bilaterala skatteavtalen är skrivna på olika språk och att det inte är rimligt att det multilaterala skatteavtalet översätts till alla aktuella språk.<sup>205</sup> En annan problematik är att för närvarande är det två aspekter som måste iakttas vid internationella transaktioner, intern lagstiftning och ingångna skatteavtal. I och med det nya multilaterala skatteavtalet innebär det en ytterligare aspekt som måste tas hänsyn till. Det kan resultera i ett komplicerat system för stater att tillämpa och avgöra vilka skatterättsliga konsekvenser olika handlingssätt kommer att innebära. I syfte att inte helt eliminera staters rätt till att utforma sitt eget skattesystem har OECD lämnat vissa aspekter som varje stat själva får bestämma genom bilaterala förhandlingar. Genom att ge stater en viss flexibilitet uppstår, enligt Kleist, risken för ett komplext system där detaljer skiljer sig åt beroende på vad de avtalsslutande staterna förhandlat fram. En fördel med det multilaterala skatteavtalet är att möjligheten till ett harmoniserat skattesystem bland stater ökar. Ett sådant avtal främjar både den internationella handeln och investeringar. På grund av att varje stat har

---

<sup>203</sup> <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/06/sverige-undertecknar-multilateral-konvention-om-skatteavtal/> (hämtad 2017-12-18).

<sup>204</sup> <http://www.oecd.org/e.bibl.liu.se/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf> (hämtad 2018-01-30).

<sup>205</sup> Monsenego, *Utfallet av BEPS-projektet*, s 844.

sina egna politiska och ekonomiska intressen kan det vara svårt att varje stat att enas om regler som tillgodoser alla intressen.<sup>206</sup>

#### **4.3 OECD:s modellavtal och det föreslagna avdragsförbudet**

En aktuell fråga är hur de svenska ränteavdragsbestämmelserna förhåller sig till de skatteavtal som Sverige ingått. Det finns två skäl till att ställa den här frågan. Sverige har en folkrättslig förpliktelse att uppfylla de bestämmelser som skatteavtalet består av. I händelse av att Sverige lagstiftar en bestämmelse som strider mot bestämmelserna i ett skatteavtal, kan det leda till att överenskommelsen bryts (1). De svenska skatteavtalen utgör en del av den svenska lagstiftningen i och med införlivandelagen. Eventuella lagkollisioner mellan bestämmelser i skatteavtal och föreslagna nationella bestämmelser måste undvikas. Därför måste det ske en prövning för att säkerställa att den nya föreslagna lagstiftningen stämmer överens med gällande skatteavtal. Den här prövningen sker alltmer sällan (2).<sup>207</sup>

Det föreslagna avdragsförbudet syftar till att neka avdrag i de fall ett företag redan erhållit avdrag för samma utgift i en annan stat. Den naturliga följdfrågan blir därför hur skatteavtal som Sverige ingått behandlar rätten till avdrag för sådana utgifter. Svaret är att skatteavtal normalt inte reglerar avdragsrätten för sådana utgifter. Istället är det de avtalsslutande staterna som ska reglera hur beskattning ska ske enligt nationell lagstiftning. Ett exempel på avdrag för utgifter återfinns i artikel 7 i modellavtalet som behandlar rörelseinkomster. Bestämmelsen behandlar var en utgift ska dras av om ett företag har hemvist i den ena avtalsslutande staten men ett fast driftställe i den andra. Det krävs att utgiften är avdragsgill enligt skatteavtalet samt enligt den interna rätten i den stat utgiften ska dras av. Vanligtvis utgörs den av källstaten.<sup>208</sup>

Skatteavtal innehåller bestämmelser för beskattning av inkomster och inte om avdrag får göras. Skatteverket anser därför att det är svårt att motverka hybrida mismatchningar genom skatteavtal.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> Kleist, *Ett multilateralt instrument för att genomföra ändringar i skatteavtal*, s 715 f.

<sup>207</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 439.

<sup>208</sup> Dahlberg, *Ränta eller kapitalvinst*, s 440.

<sup>209</sup> Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn*, s 46.

## **DEL IV Avslutning**

### **5 Analys och slutsatser**

#### **5.1 Inledning**

Den här uppsatsen handlar om hybrida mismatchningar. I del I presenterades vad hybrida finansiella instrument och hybrida mismatchningar är och hur dessa används i syfte att undgå beskattning. Den centrala delen var OECD:s rapport från år 2015 som handlar om hybrida mismatchningar och innehåller rekommendationer på hur användandet kan motverkas. Två tillvägagångssätt presenterades i uppsatsen, dubbla avdrag och avdrag utan inkludering. I del II av uppsatsen lades delar av Finansdepartementets promemoria fram. Den innehåller ett avdragsförbud som bygger på de rekommendationer som OECD utvecklat. Avdragsförbudet är tänkt att träffa situationer där risken för dubbla avdrag föreligger och när avdrag medges utan att motsvarande intäkt tas upp till beskattning. I del III av uppsatsen presenterades OECD:s modellavtal, hur det samverkar med OECD:s rekommendationer i BEPS-projektet samt det föreslagna avdragsförbudet.

I den här delen av uppsatsen kommer resultatet att diskuteras utifrån syftet och problemformuleringarna. Till sist kommer den samlade slutsatsen att ges i kapitel 6.

#### **5.2 Användandet av hybrida mismatchningar**

Vad som utgör hybrida mismatchningar, vad de används till och hur de uppstår är vedertaget av OECD, företag samt stater (myndigheter och regeringar). Problematiken rörande hybrida mismatchningar är istället hur dessa ska motverkas eller snarare hur effekterna av användandet ska motverkas. OECD:s arbete för att motverka företags användande av hybrider har pågått under en längre tid. Redan år 2008 identifierade de problemet i en av sina rapporter. Det var dock inte förrän arbetet med BEPS som en metod för att motverka hybrida mismatchningar presenterades i form av en primär- och sekundärregel. Syftet var inte att motverka hybrida mismatchningar utan att neutralisera dess skattemässiga effekter.

##### *5.2.1 Klassificering av hybridinstrument*

En central del i problematiken beträffande hybrida mismatchningar är att hybridinstrument inte kan klassificeras eftersom instrumenten till viss del utgör ett eget kapitalinstrument och till en annan del ett skuldinstrument. Det här innebär att i stat A kan ett instrument klassificeras på ett sätt, medan i stat B klassificeras samma instrument på ett annat sätt, vilket kan resultera i dubbel icke-beskattning eller dubbelbeskattning. Konsekvensen är att klassificeringen av

hybridinstrument är svårt att göra eftersom det inte är ett renodlat instrument. En fråga är då om problemet med hybrida instrument skulle kunna lösas, helt eller delvis, om det infördes en enhetlig definition av hybridinstrument? Det finns ingen definition av hybridinstrument förutom den som återgivits i uppsatsen, se t.ex. avsnitt 2.3.3. Det är svårt att definiera hybridinstrument eftersom det påverkas av flera faktorer. Som Monsenego har påpekat i en av sina artiklar är det i princip omöjligt att finna en definition av hybridinstrument som är användbar i hela världen eftersom finansiella instrument klassificeras olika. Definitionen av hybridinstrument begränsas i den utsträckningen att ett finansiellt instrument som redan är definierat inte kan utgöra något annat, t.ex. aktier enligt ABL.

Det finns inte en definition av vad varken ränta eller utdelning är i svensk lagstiftning, samma fråga ställs även här, skulle hela eller del av problemen med hybrida mismatchningar kunna lösas om ränta och utdelning definieras? Fördelen med att definiera utdelning respektive ränta är att det går att identifiera vilka situationer som omfattas och inte omfattas av definitionen. Om ett företag t.ex. använder sig av ett hybridinstrument i syfte att erhålla avdrag för en ränteutgift som inte omfattas av definitionen kan företaget inte medges det. Konsekvensen är därför att möjligheten att utnyttja hybrida mismatchningar och därmed undandra sig skatt minskar eftersom det kommer framgå vad som utgör en ränteutgift.

Problematiken kvarstår eftersom begreppet ränta och utdelning även har betydelse i andra rättsområden som skatteverket påpekat i sin rapport. Ett exempel är obligationsrätten där skatteverket menade att det är svårt att klassificera ett hybridinstrument eftersom parternas avtalsvillkor påverkar klassificeringen. Om parterna har avtalat om att det inte föreligger någon återbetalningsskyldighet från låntagaren till långivaren kan det inte föreligga ett lån. Därför kan låntagaren inte betala någon ränta som denne sedan kan göra avdrag för. Om parterna istället har avtalat att det föreligger en återbetalningsskyldighet kan det vara frågan om ett lån och låntagaren kan få avdrag för räntor som denne erlägger till långivaren.

Min slutsats är det är svårt att definiera hybridinstrument, utdelning och ränta eftersom det är flera rättsområden som påverkar omfattningen av begreppen. Skulle t.ex. en detaljerad definition lagstiftas föreligger möjligheten för företag att kringgå den eftersom de vet exakt vilka betalningar som utgör ränta och vilka som inte gör det. Det är dessutom problematiskt att försöka definiera begreppen eftersom vad som utgör ränta eller utdelning kan skilja sig från land till land. Därför kan det vara fördelaktigt att inte definiera begreppen eftersom det i sin tur

kan leda till nya mismatchningar. Om Sverige t.ex. definierar utdelning som X och ett företag i land Y definierar utdelning som Z, föreligger risken för att en ny mismatch uppstår som kan leda till obeskattade vinster. Det skulle krävas både stora administrativa resurser, t.ex. ändrad lagstiftning och lång tid för att utveckla en enhetlig definition av begreppen som är tillämplig i hela världen. Därför är det, återigen, lämpligare att lagstifta om regler som neutraliserar effekterna av hybrida mismatchningar eftersom bedömningen görs huruvida avdrag har erhållits för samma kostnad i en annan stat eller om en inkomst inte tagits upp till beskattning.

### *5.2.2 Går det att tillämpa SFL på hybrida mismatchningar?*

I svensk lagstiftning finns det redan regler som syftar till att begränsa företags möjligheter till skatteflykt. Främst genom SFL som redogörs för i del I av uppsatsen. Utifrån skillnaden mellan skatteflykt och skatteplanering, d.v.s. när det är frågan om oavsiktliga respektive avsiktliga konsekvenser av lagstiftaren, anser jag att lagstiftaren inte har avsett att det ska vara möjligt att undgå skatt genom att använda sig av hybrider. Det är därför en fråga om skatteflykt och inte skatteplanering. Därför uppstår frågan om det inte hade varit lämpligare att applicera SFL på hybrida mismatchningar istället för att genomföra ändringar i IL? Med den frågan menas om det inte redan finns bestämmelser som träffar hybrida mismatchningar? För att det ska vara fråga om skatteflykt krävs att syftet med den vidtagna handlingen är att utnyttja luckor i den interna lagstiftningen. Vilket är fallet när det gäller hybrida mismatchningar eftersom dessa är möjliga på grund av olikheter, som lagstiftaren inte har avsett, i nationella lagstiftningar. Skatteflykt innebär dessutom att handlingarna tangerar gränsen mellan vad som är lagligt respektive olagligt. Enligt min mening är fallet även så för hybrida mismatchningar eftersom det är t.ex. fråga om avdrag för ränteutgifter, vilket i sig inte är olagligt. Det är dock inte tillåtet att göra avdrag för samma utgift två gånger. Om man i sådana fall ser till hela förfarandet är det olagligt.

Syftet med uppläggen är att undgå beskattning. Frågan är då varför inte SFL kan användas? Svaret finns, enligt min åsikt, i 2 § SFL, den s.k. generalklausulen, se avsnitt 2.1.3. I 2 § SFL återges fyra rekvisit för att SFL ska vara tillämplig. Notera "och" som föreligger mellan tredje och fjärde punkten som anger att samtliga rekvisit måste vara uppfyllda för att det ska vara frågan om skatteflykt enligt SFL. Det måste därför kunna bevisas att den skattskyldige vidtagit en rättshandling, vilket innebär att passiva beteenden inte omfattas. Den skattskyldige måste också direkt eller indirekt medverkat i rättshandlingen eller rättshandlingarna. Svårigheten, enligt min mening, återfinns i tredje punkten som innebär att skatteförmånen måste ha varit den

skattskyldiges övervägande skäl för handlingarna. I det här fallet måste det kunna bevisas att det inte föreligger affärsmässiga skäl eller andra anledningar till att den skattskyldige t.ex. begär avdrag för ränteutgifter. Det sista rekvisitet innebär att det skulle strida mot SFL:s syfte om det skedde ett fastställande av underlaget, med andra ord, det skulle strida mot SFL:s syfte om avdrag medgavs och underlaget fastställdes. Vad som utgör SFL:s syfte kan föranleda olika uppfattningar med efterföljande diskussioner. Enligt min åsikt kan det finnas skattskyldiga som är av åsikten att om det är möjligt att erhålla avdrag för samma utgift i två stater är det inte frågan om ett "brott" mot SFL, eftersom de följer de lagbestämmelser som finns. Min slutsats är därför att SFL inte är det bäst lämpade tillvägagångssättet i syfte att motverka hybrida mismatchningar. Det föreligger många oklarheter och bedömningar som måste lösas för att hybrida mismatchningar faktiskt ska motverkas i praktiken. Därför är det lämpligare att genomföra den avsedda ändringen i IL som istället kräver ett internationellt samarbete i syfte att motverka hybrida mismatchningar och neutralisera dess effekter. En annan nackdel är att om Sverige skulle tillämpa SFL för att motverka hybrida mismatchningar skiljer sig tillvägagångssättet från vad andra stater, som använder OECD:s rekommendationer, använder.

### *5.2.3 Slutsats*

Min slutsats är att det har varit svårt att upptäcka fall där hybrida instrument eller hybridföretag använts. Därför håller jag med om att det krävs regler som inte helt sätter stopp för användandet av hybrider utan som neutraliserar dess effekter. Eftersom hybrida mismatchningar framför allt är möjliga genom lagliga medel, t.ex. vinstandelslån, är det inte möjligt att förbjuda alla instrument som kan användas i syfte att undgå skatt. Istället krävs det lösningar som resulterar i att användandet inte medför några skattemässiga effekter som gynnar de skattskyldiga. Det är inte instrumenten i sig som är olagliga utan det är hur de används och syftet, d.v.s. att undgå beskattning, som måste motverkas.

## **5.3 Implementering av avdragsförbudet i svensk lagstiftning**

Vad kommer en implementering av promemorian och framförallt det föreslagna avdragsförbudet innebära för svensk skattelagstiftning? Det här är en tydlig markör från Finansdepartementets sida i arbetet med att motverka den internationella skatteflykten. Om en implementering skulle ske, processen till en lagändring är fortfarande lång, är det början på ett internationellt samarbete. För att det föreslagna avdragsförbudet ska bli effektivt krävs det att andra stater implementerar samma regler som bygger på OECD:s rekommendationer. Om vi

antar att de flesta stater implementerar motsvarande regler kommer det därmed finnas ett sådant samarbete som krävs för att motverka skatteflykt, t.ex. genom att utbyta information.

Uppbyggnaden av avdragsförbudet som utgörs av en primär- och en sekundärregel bygger på de rekommendationer som OECD lämnat i och med BEPS-projektet. Förbudet innebär att Sverige måste samarbeta med den stat som är aktuell när en missmatchning uppstår. Därför måste den andra staten ha implementerat regler med samma uppbyggnad som det föreslagna avdragsförbudet för att reglerna ska bli tillämpliga. Eftersom BEPS-rekommendationerna inte är rättsligt bindande för staterna måste dessa implementeras i nationell lagstiftning för att erhålla legitimitet. Ett av de största hoten mot BEPS effektivitet är att stater tolkat rekommendationerna olika och därför lagstiftar om dessa på olika sätt. Det kan ge upphov till nya missmatchningar. Vad som kan utläsas av promemorian är att det inte har gjorts några avsteg från de rekommendationer som OECD gett. Grundprincipen är densamma d.v.s. primär- och sekundärregeln. Det får uppfattas som positivt eftersom avsteg från OECD:s rekommendationer, på eget bevåg, som de andra staterna inte gör kan ge motsatt effekt än vad som avsetts. Det föreligger också en risk att vissa stater väljer att inte implementera BEPS överhuvudtaget, på grund av egna intressen som inte samverkar med BEPS-projektets intentioner.

För att det föreslagna avdragsförbudet ska bli ett effektivt medel för att motverka hybrida missmatchningar krävs det som tidigare nämnts att motsvarande regler implementeras i andra stater. Det största hotet mot BEPS och det föreslagna avdragsförbudets effektivitet är därför att alla stater inte vidtar dessa åtgärder. Finansdepartementet poängterade i promemorian att fler stater än Sverige måste implementera motsvarande primär- och sekundärregler i sin lagstiftning för att hybrida missmatchningar faktiskt ska motverkas. Som nämntes i avsnitt 2.1.2 av uppsatsen finns det stater som utnyttjar internationaliseringen till sin fördel genom fördelaktiga skatteregler i syfte att attrahera investerare. Därför föreligger det en risk, enligt min mening, att dessa stater kommer välja att inte implementera egna primär- och sekundärregler eftersom det kan resultera i färre investerare och därmed lägre skatteintäkter. Det föreslagna avdragsförbudet syftar till att det ska ske ett samarbete mellan de två stater som är aktuella. Om vi antar att Sverige implementerar det föreslagna avdragsförbudet i IL. Därefter genomför ett svenskt bolag en betalning till bolag X i stat Y. Det svenska bolaget får göra avdrag för sin betalning i Sverige men eftersom stat Y inte har implementerat rekommendationerna är inkomsten fortfarande skattefri i stat Y. Den här problematiken kommer dock att lösas om det föreslagna

avdragsförbudet implementeras eftersom Sverige i sådana fall ska neka avdrag för det svenska företaget. Därför spelar det ingen roll att inkomsten är skattefri i stat Y eftersom Sverige neutraliserar effekten genom att neka avdrag. Det finns anledning att belysa problematiken om det, av någon okänd anledning, inte är möjligt att neka avdrag för det svenska bolaget. Om stat Y inte har implementerat rekommendationerna kommer den inte att ta upp inkomsten till beskattning. Konsekvensen är att skatteförmånen kvarstår för företaget. Därför krävs det att fler stater än Sverige implementerar rekommendationerna från BEPS. Om de båda aktuella staterna har implementerat rekommendationerna är chansen större att reglerna blir effektiva. Antingen nekar den ena staten avdrag och om det inte skulle vara möjligt tar den andra staten upp inkomsten till beskattning.

### *5.3.1 Sveriges konkurrenskraft*

I den alltmer växande globaliseringen är det tydligt att det inte längre är möjligt att stater utformar sina skattesystem isolerat från varandra. Det är allt vanligare att ekonomier och företag rör sig över nationsgränserna och inte enbart är verksamma i sina hemnationer. Det här har i sin tur resulterat i att konkurrensen bland företag inom EU, och hela världen, är större än vad den har varit tidigare. Det föreslagna avdragsförbudet utgör en del i att implementera BEPS-projektet i svensk lagstiftning, vilket jag ställer mig positiv till. Sverige är dock ett förhållandevis litet land. Därför är det av största vikt att Sverige inte förlorar sin konkurrenskraft gentemot andra stater. För Sverige, rent ekonomiskt, måste företag se fördelarna med att investera i Sverige. Allt fler etableringar och investeringar i Sverige leder till arbetstillfällen, momsintäkter och inkomstskatt. De bolagsskatteregler som Sverige lagstiftar om bör därför inte avvika i alltför stor grad från vad som lagstiftas i omvärlden. Det kan resultera i att Sverige förlorar sin konkurrenskraft. Alltför lika regler innebär dock att andra aspekter kan komma att avgöra var företag väljer att placera sina investeringar. I sådana fall kan andra faktorer som inkomstskatt eller skattelättnader under viss tid avgöra. I promemorian anges det att en del i att göra Sverige attraktivare i den internationella konkurrensen är att implementera de förslag som ges. Min slutsats är att det är viktigt att konsekvenserna av det här föreslagna avdragsförbudet, samt övriga förslag i promemorian, utreds noggrant i det fortsatta arbetet, i syfte att undvika att Sveriges ställning i den internationella konkurrensen om företag och investeringar inte går förlorad.



### 5.3.2 Globaliseringen

Eftersom hybrida mismatchningar är ett globalt problem behövs globala lösningar. Den rådande globaliseringen har med sin framfart resulterat i att staters skattesystem inte längre är samspelta med varandra eller nutiden. Som redovisats i del II av uppsatsen leder heterogena inslag i nationell lagstiftning till att användandet av hybrider är möjliga. Det är därför inte längre möjligt att varje stat isolerat utformar sina skatteregler som syftar till att motverka användandet av hybrider. Den främsta anledningen till att företags användande av hybrida mismatchningar har kunnat pågå under en sådan lång tid utan att det mött motstånd, är för att det inte har funnits något internationellt samarbete mellan stater, som t.ex. BEPS. Istället har varje enskild stat lagstiftat utifrån sina nationella intressen och problem. Utifrån dessa aspekter har varje stat därefter utformat sina skatteregler och system för att tillvarata sina intressen och råda bot på problemen. Det här har skett avskilt från vad andra stater har lagstiftat. Konsekvensen av det här är att hybrida mismatchningar uppstått. Globaliseringen har inneburit att både företag, kapital och människor rör sig allt mer över landsgränserna. Det här har stater utnyttjat genom att vidta åtgärder som resulterat i att deras tillväxt ökar. Det föreligger därför ett behov av ett internationellt samarbete och enhetliga regler. Globaliseringen har dock medfört positiva aspekter t.ex. att produkter har kunnat nå ut till allt fler människor.

I arbetet mot internationell skatteflykt nämns staters ”ageranden” genom t.ex. lagstiftning endast i begränsad omfattning. Som beskrevs i avsnitt I av uppsatsen finns det en skillnad mellan skatteplanering och skatteflykt. Sverige möjliggör att företag kan göra avdrag för ränteutgifter, vilket i och för sig minskar företags beskattning. Det finns dock skäl till de här reglerna, t.ex. att företag ska kunna finansiera sin verksamhet. Det här betyder att Sverige till viss del möjliggör företags skatteplanering genom lagstiftning. Vissa stater inom EU har tagit ytterligare ett steg och lagstiftat om skattefriheter eller skattelättnader under en viss tid. Därför är det ”farligt” att lägga all fokus på företag utan att reflektera över staters ageranden. Om staterna inte hade infört de här reglerna som finns, i t.ex. Malta, hade det inte funnits en möjlighet för företag att utnyttja dessa. Anledningen till att stater lagstiftar om sådana regler är på grund av den konkurrens om investeringar som finns bland stater i och med globaliseringen. Stater ”tävlar” numera om samma investeringar och en sådan aspekt som skattelättnader eller skattefrihet kan vara avgörande för var multinationella företag väljer att placera sina investeringar eller sin verksamhet. Om en stat dessutom inte har någon råvara som de exporterar eller turism som bidrar till skatteintäkter föreligger det, enligt min mening, stor risk att stater

inför skatteregler som främjar den internationella skattekonkurrensen i syfte att öka sina skatteintäkter.

Min slutsats är därför att en stor anledning till att företag fortfarande ägnar sig åt skatteflykt är för att det finns stater som tillåter det. Med tanke på hur mycket som går förlorat varje år på grund av företags skatteflykt, OECD beräknar att det är 100 - 240 miljarder US dollar, borde det ligga i varje stats intresse att stoppa möjligheterna för företag att undanhålla skatt. Men eftersom det finns stater som försöker tillvarata den här skatteflykten i syfte att öka den egna tillväxten, är det inte fullt lika enkelt i praktiken.

Globaliseringen har inte bara resulterat i att stater konkurrerar om samma investeringar. Det föreligger också konkurrens mellan företagen, inte bara de nationella, nuförtiden konkurrerar företag i hela världen med varandra. Den skatteflykt som pågår genom bl.a. hybrida mismatchningar leder därför till en snedvriden marknad. De som drabbas hårdast är de små och medelstora företagen. De multinationella företagen har möjlighet att anlita den expertis som behövs för att ta fram metoder och tillvägagångssätt för att undanhålla delar av sin beskattning. Det är enbart de företag som är verksamma i minst två stater som har möjlighet att utnyttja de luckor som finns mellan nationella lagstiftningar. De nationella företagen som enbart är verksamma i t.ex. Sverige har inte samma möjlighet att utnyttja asymmetrierna. Det medför att de multinationella företagen erlägger mindre skatt än vad de små- och medelstora företagen gör eftersom de erhåller felaktiga avdrag och skattefria inkomster.

### *5.3.3 Det föreslagna avdragsförbudet*

I OECD:s rapport från år 2015 har flera typer av hybrida mismatchningar identifierats, t.ex. importerade och omvända mismatchningar. Promemorian innefattar enbart fall där dubbla avdrag medges och när avdrag medges utan att motsvarande inkomst tas upp till beskattning. Det finns därför flera varianter som inte kommer att omfattas av det avdragsförbud som föreslås i promemorian. Finansdepartementet förklarar att det här är ett första steg i att implementera åtgärds punkt 2 i BEPS-projektet i svensk skattelagstiftning. FSK:s syfte med det föreslagna avdragsförbudet är bl.a. att öka neutraliteten mellan eget och lånat kapital i företags finansiering samt att motverka att skatteplanering görs med hjälp av ränteavdrag. Därför är det, enligt min mening, logiskt att börja med dubbelt avdrags- och avdrag utan inkluderings-situationerna. Genom att företag, som är i intressegemenskap, inte längre kan dra av ränteutgifter kommer det att resultera i att de måste göra andra val. Vid sådana situationer som ovanstående föreligger

det, enligt min mening, inga andra skäl än att undgå beskattning. Det finns inga företagsekonomiska anledningar till att erhålla dubbla avdrag för samma inkomst på samma sätt som det kan finnas skäl för företag att ta ett lån för att finansiera sin verksamhet. Möjligheterna till att erhålla ränteavdrag är omfattande enligt svensk skattelagstiftning varför risken för att avdrag erhålls på sådana sätt som lagstiftaren inte avsett finns, vilket också talar för att det finns skäl till att begränsa den. Därför finns det ytterligare grunder för att införa det föreslagna avdragsförbudet.

De nuvarande ränteavdragsbegränsningarna som finns i 24 kap. IL är, enligt min mening, komplicerade. Det finns bestämmelser för när avdrag ska medges, när det inte ska medges och därefter undantag från båda delarna. Därför kan det vara önskvärt från både företagares och skatteverkets perspektiv att reglerna förenklas och preciseras. För företag kan reglerna uppfattas som svåra eftersom det finns undantag från bestämmelser och därefter undantag från undantagen. Det kan därför vara svårt för företag att kunna förutse vilka skattemässiga konsekvenser deras handlande kommer att få. Det föreligger också en risk för skatteverket att inkomster förblir skattefria eller att avdrag inte kan nekas eftersom det är flera bedömningsfrågor som måste lösas, se nedan. För att motverka problematiken avseende ränteavdrag som används i fel syfte måste reglerna vara enkla att tillämpa både för företag och myndigheter. Ju mer komplicerade skatteregler är, rent generellt, desto svårare kan det vara för företag att förstå varför en viss skatt ska erläggas eller varför avdrag inte medges. Det kan leda till att företag tror att de betalar mer skatt än andra vilket kan uppfattas som orättvist och ökar incitamenten till att vilja undgå beskattning. Ur den här aspekten är det föreslagna avdragsförbudet önskvärt eftersom det kommer bli både lättare för skatteverket och företag att kunna förutse konsekvenserna av sina handlanden. Enligt min mening kommer regler som är lättare att tillämpa och begripa resultera i att företag förstår varför avdrag medges eller inte eller varför en inkomst tas upp till beskattning.

Ett exempel på en svåränvänd regel finns i 24 kap. 10 d § 4 st. IL. Bestämmelsen innehåller en ränteavdragsbegränsning som kallas den omvända ventilen. Den innebär att även om ett företag skulle medges ränteavdrag enligt första eller andra styckena i 10 d § kan de ändå nekas det om det huvudsakliga skälet till lånet var att erhålla en väsentlig skatteförmån. Det finns med andra ord redan en bestämmelse i svensk skattelagstiftning som syftar till att begränsa möjligheten till ränteavdrag för företag i intressegemenskap. Det har ifrågasatts om det föreslagna avdragsförbudet kommer att få någon betydelse i praktiken eftersom den omvända ventilen

finns, se avsnitt 3.1.1.1.3. Det finns skäl att utveckla den här problematiken. Den omvända ventilen är, enligt min mening, svårtillämpad, eftersom det föreligger två bedömningsfrågor som kan föranleda tvister. För det första, vad innebär "huvudsakliga skälet" och för det andra vad är "väsentlig skatteförmån". Med andra ord ska det bevisas av företaget att det huvudsakliga skälet till en transaktion inte är att erhålla väsentlig skatteförmån. Det ska därmed inte föreligga några företagsekonomiska eller affärsmässiga skäl till lånet. Dessa ska i alla fall inte vara de främsta skälen. Vad de två begreppen innebär framgår inte av lagtexten varför bedömning måste göras i det enskilda fallet. Därför blir bestämmelsen osäker och oförutsägbar för företag och skatteverket eftersom hänsyn måste tas till det aktuella företaget och den specifika skatteförmånen. Det föreligger också en osäkerhet för skatteverket om det inte kan bevisas att det huvudsakliga skälet till lånet är att erhålla en väsentlig skatteförmån. Som nämndes i avsnitt 3.1.1.1.1, anges att med "huvudsaklig" avses 75 procent eller mer. Det är dock svårt att avgöra vad 75 procent eller mer innebär i det enskilda fallet. En jämförelse kan göras med det föreslagna ränteavdragsförbudet i promemorian som bl.a. innebär att om ett företag gör avdrag i en stat ska de inte kunna göra motsvarande avdrag i en annan. Det föreligger därför ingen bedömningsfråga t.ex. vad som är skälet till skuldförhållandet som genererar ett ränteavdrag. Den skatterättsliga konsekvensen av företags handlande och bestämmelsens följd är, som tidigare nämnt, därför tydligare för både företag och myndigheter. Vilken bestämmelse, d.v.s. den omvända ventilen eller det föreslagna avdragsförbudet, som ska tillämpas i första hand eller hur bestämmelserna ska samverka har inte specificerats i promemorian.

Vad talar emot ett införande av det föreslagna avdragsförbudet i svensk skattelagstiftning? Än så länge är det en promemoria som Finansdepartementet har presenterat, därför är det föreslagna avdragsförbudets framtid oklar. Det finns flera aspekter som talar emot att det föreslagna avdragsförbudet införs. Den främsta aspekten är att det redan finns en regel i 24 kap. 10 d § 4 st. IL som träffar sådana situationer som avdragsförbudet är tänkt att träffa d.v.s. den omvända ventilen. Det finns i och för sig brister, som jag redogjort för, med den nuvarande bestämmelsen i 24 kap. 10 d § 4 st. IL. Avdragsrätten för ränteutgifter i svensk lagstiftning är omfattande och det finns skäl till det. Möjligheten för företag att göra avdrag för ränteutgifter ska stärka möjligheterna för företag att ta upp lån för att finansiera sin verksamhet.

#### *5.3.4 Slutsats*

Slutsatsen är att ett implementering av det föreslagna avdragsförbudet i svensk lagstiftning ligger i linje med BEPS-projektet och utgör en viktig del i arbetet med att motverka

användandet av hybrider. Eftersom arbetet mot internationell skatteflykt pågår inom EU, OECD och enskilda stater är det viktigt att Sverige följer med i utvecklingen. Genom att ansluta sig till BEPS-projektet kommer Sveriges skattesystem att utvecklas i enlighet med projektet och utgöra en del av det internationella samarbetet. Avdragsförbudet innebär visserligen en inskränkning i den annars omfattande avdragsrätten för företag men i syfte att motverka hybrida mismatchningar och skatteflykt utgör dock det föreslagna avdragsförbudet ett viktigt steg. Därför finns det skäl att inskränka den möjligheten. Det finns anledning att påpeka att det är en promemoria som Finansdepartementet har lagt fram. Därför föreligger det många steg kvar till en färdig lagstiftning, om det ens blir en sådan.

#### **5.4 OECD:s modellavtal**

Den internationella skatterätten består av flera delar, nationell lagstiftning, dubbelbeskattningsavtal (som i och för sig utgör nationell lagstiftning), OECD:s rapporter, riktlinjer och rekommendationer. Därför är det inte konstigt att frågan huruvida nya nationella bestämmelser som införs strider mot redan befintliga bestämmelser eftersom det är flera delar som ska interagera. I sin artikel skrev Kleist att det är flera ”lager” som ska verka tillsammans inom den internationella rätten, för närvarande nationell rätt och skatteavtal. Därför är det av största vikt att nationella bestämmelser som införs inte står i strid med redan gällande skatteavtal. Nationell rätt och skatteavtal är avsedda att komplettera varandra och inte spela ut varandra. Eftersom både nationella bestämmelser och skatteavtal syftar till att undvika dubbelbeskattning och dubbel icke-beskattning måste bestämmelser i skatteavtal utredas noggrant i och med det föreslagna avdragsförbudet.

##### *5.4.1 OECD:s modellavtal och det föreslagna avdragsförbudet*

I sin rapport från år 2015 har OECD fastslagit att de rekommendationer som de föreslår i rapporten inte hindras av vad som anges i modellavtalet. OECD har dock identifierat att vissa skatteavtal måste ändras vad avser vilken metod som används för att eliminera den slutliga dubbelbeskattningen. Kleist skriver i sin artikel att de avsedda effekterna med rekommendationerna i rapporten kommer att uppnås om stater implementerar dessa i sin nationella lagstiftning. Den slutsatsen delar jag med Kleist. Det nationella arbetet i svensk lagstiftning pågår i och med promemorian och det föreslagna avdragsförbudet som grundar sig på rekommendationerna i rapporten. Om avdragsförbudet skulle implementeras i svensk lagstiftning kommer svenska myndigheter att kunna använda sig av den bestämmelsen vid situationer när dubbelbeskattning men främst dubbel icke-beskattning uppstår. Det föreslagna

avdragsförbudet föreslås att införas i 24 kap. IL. De svenska skattereglerna, där IL ingår, utgör den yttersta ramen för Sveriges beskattningsrätt. I första hand ska därför det föreslagna avdragsförbudet, förutsatt att det implementeras, användas och därefter tillämpligt skatteavtal. Enligt den gyllene regeln kan inte en stats beskattningsrätt utvidgas, enbart begränsas i ett skatteavtal. Därför är det lämpligt att Sverige implementerar avdragsförbudet i IL och kompletterar det genom att ansluta sig till det multilaterala dubbelbeskattningsavtalet. Genom att lagstifta om det föreslagna avdragsförbudet kommer den bestämmelsen att tillämpas i första hand och i andra hand det skatteavtal som är tillämpligt på den aktuella situationen.

Företag utnyttjar inte bara hybrida mismatchningar som uppstår vid olikheter i skattesystem utan även vid tillämpning av skatteavtal. Hilling skriver i sin bok att det finns i huvudsak tre sätt att komma till rätta med att företag utnyttjar asymmetrier i skatteavtal i skatteflyktssyfte. Ett sätt är att införa nationella bestämmelser som syftar till att motverka skatteflykt. Jag har berört ämnet i ovanstående stycke men det här visar ytterligare hur viktigt det är med nationella bestämmelser som motverkar skatteflykt. Det föreslagna avdragsförbudet utgör en del av de nationella bestämmelser som Hilling skriver om. Genom att införa det föreslagna avdragsförbudet har en av de tre strategier som kan användas för att motverka skatteflykt vidtagits.

Det föreslagna avdragsförbudet innehåller två delar där antingen avdrag ska nekas, om samma avdrag erhållits i en annan stat, eller för det fall ett avdrag har medgivits och den andra staten inte neutraliserat effekten ska Sverige ta upp inkomsten till beskattning. Därmed utökas Sveriges beskattningsrätt i och med det föreslagna avdragsförbudet på ett sådant sätt som Kleist skriver om i sin artikel. Därför är det viktigt att undersöka ingångna avtal i syfte att undvika att bestämmelsen, d.v.s. det föreslagna avdragsförbudet blir verkningslöst. Kleist skrev att om en stat inför en nationell regel som utökar beskattningsrätten och staten har ingått skatteavtal som innehåller bestämmelser om att sådana regler inte får införas, blir den nationella regeln utan verkan i förhållande till skatteavtalet. Om Sverige ingått sådana skatteavtal som innehåller den begränsningen föreligger risken att det föreslagna avdragsförbudet blir resultatlös. Hilling skriver i sin bok att en av anledningarna till att företag kan använda sig av skatteavtal i syfte att undgå beskattning är bl.a. att det införs nationella bestämmelser som resulterar i att dubbel icke-beskattning uppstår. Därför är det viktigt att jämföra det föreslagna avdragsförbudet mot redan ingångna skatteavtal i syfte att undvika att nya asymmetrier som företag kan utnyttja på ett otillbörligt sätt uppstår.

Finansdepartementet har inte identifierat några hinder i ingångna skatteavtal som strider mot att det föreslagna avdragsförbudet lagstiftas. I OECD:s rapport framgår att det inte finns några direkta hinder i modellavtalet mot rekommendationerna som avser att neka avdrag eller ta upp en inkomst till beskattning. Dahlberg skriver att det är upp till de avtalsslutande staterna att avgöra, enligt nationell lagstiftning, hur, när och var avdrag ska medges. Modellavtalet utgör i den aspekten en ram och de specifika detaljerna får beslutas genom nationella bestämmelser.

Min slutsats är därför att det föreslagna avdragsförbudet grundar sig på rekommendationerna från OECD:s rapport därför kommer varken modellavtalet eller de skatteavtal som Sverige ingått att hindra att avdragsförbudet införs. De skatteavtal som Sverige ingått bygger till stor del på modellavtalet. Som jag skrev i föregående stycke utgör den svenska skattelagstiftningen den yttersta ramen för Sveriges beskattningsrätt. Skatteavtal kan enbart begränsa den rätten. Min slutsats är därför att eftersom skatteavtal inte reglerar rätten till avdrag, det är upp till nationell lagstiftning, behövs avdragsförbudet. För närvarande är det reglerna i 24 kap. IL som reglerar ränteavdragsbegränsningarna. Därför behövs det föreslagna avdragsförbudet eftersom det är dessa regler som i sådana fall kommer att komplettera de skatteavtal som Sverige ingått vid situationer som handlar om rätten till avdrag eller inte.

#### *5.4.2 Det multilaterala dubbelbeskattningsavtalet*

Dubbelbeskattningsavtalen har redan en viktig roll i arbetet mot att neutralisera effekterna av hybrida mismatchningar eftersom de utgör ett samarbete mellan två stater som syftar till att undvika dubbelbeskattning och dubbel icke-beskattning. De bilaterala skatteavtalen har ingåtts genom förhandlingar mellan de två stater som skatteavtalet ska gälla mellan. OECD:s rekommendationer är inte rättsligt bindande för stater och därför är det fritt för varje stat att själva bestämma om de vill ansluta sig till det multilaterala skatteavtalet. Sverige har anslutit sig till konventionen men för att det multilaterala skatteavtalet ska bli användbart måste det implementeras i svensk nationell lagstiftning, eftersom Sverige implementerar sina skatteavtal genom införlivandelagar. För att det här ska bli aktuellt måste de andra staterna som Sverige har ett skatteavtal med ansluta sig till konventionen och lista det skatteavtalet som de har ingått med Sverige. Det multilaterala skatteavtalet är, precis som övriga delar av BEPS-projektet, inte bindande för stater och flera har inte undertecknat konventionen. Därför föreligger det en risk för att vissa stater väljer att behålla sina bilaterala avtal och därmed inte omfattas av BEPS-projektet. Skatteavtal är folkrättsliga avtal och grundar sig på att två avtalsparter vill ingå avtal

med varandra. Därför kan stater, om de önskar, implementera delar av BEPS-projektet genom bilaterala förhandlingar.

Till sist vill jag möta den kritik som Monsenego visade på med det multilaterala skatteavtalet. En problematik som lyftes fram är att det multilaterala skatteavtalet enbart kommer att författas på engelska och franska, vilket kan ge upphov till oklarheter eftersom de bilaterala skatteavtalen är författade på flera olika språk. Dessutom kommer det multilaterala skatteavtalet inte att översättas till alla de språk som de bilaterala skatteavtalen har. En parallell som enligt min mening går att göra är att OECD:s modellavtal och dess kommentarer är författade på engelska och franska. Varje stat har därför fått tolka bestämmelserna och kommentarerna på dessa språk, vilket ändå får uppfattas som att det inte har hindrat målet med modellavtalet, eftersom stater ändå använder sig av det vid utformningen av sina skatteavtal. Sverige har använt sig av modellavtalet i stor utsträckning. Det multilaterala skatteavtalet måste dessutom implementeras i svensk lagstiftning för att bli giltigt. Enligt min mening är den problematiken ett sekundärt problem.

#### *5.4.3 Slutsats*

Finansdepartementet har inte identifierat några hinder i ingångna skatteavtal mot det föreslagna avdragsförbudet. I OECD:s rapport som syftar till att neutralisera effekterna av hybrida mismatchningar framgår att det inte finns några direkta hinder i modellavtalet mot rekommendationerna. Min slutsats är därför att eftersom det föreslagna avdragsförbudet grundar sig på rekommendationerna från OECD:s rapport kommer modellavtalet eller de skatteavtal som Sverige ingått inte att hindra att avdragsförbudet införs. Modellavtalet reglerar inte var eller om ett avdrag ska medges, istället regleras det i nationell lagstiftning. Därför behövs det föreslagna avdragsförbudet för att komplettera de skatteavtal som Sverige ingått. BEPS-projektet har resulterat i att det just nu sker många förändringar på skatteavtalsområdet. Skatteavtal utgör en del av den nationella rätten. Hybrida mismatchningar uppstår även genom oenhetliga bestämmelser i skatteavtal och kollisioner mellan nationella bestämmelser och skatteavtal. Därför är det av största vikt vid ett ev. implementerande av det föreslagna avdragsförbudet att även bestämmelser i ingångna skatteavtal utreds för att motverka kollisioner.



## 6 Avslutning

BEPS-projektet har fört upp hybrida mismatchningar på agendan och en universal lösning på hur dessa ska motverkas har tagits fram av OECD. Min slutsats är därför att användandet av hybrida mismatchningar kommer att minska i framtiden tack vare eller på grund av, beroende på hur man ser det, två anledningar. Dels har flera internationella samarbeten påbörjats, t.ex. BEPS, dels har transparensen och informationsutbytet ökat mellan staterna, i och med bl.a. det multilaterala skatteavtalet och andra delar av BEPS-projektet. Tack vare de nya reglerna föreligger det en större möjlighet för skatteverket att samarbeta med utländska skattemyndigheter i syfte att utbyta information om regler och företag. För att de nya reglerna ska bli framgångsrika och motverka skatteflykt i praktiken måste dock en implementering ske i hela världen. Det är inte tillräckligt att enstaka stater agerar. En stor anledning till företags skatteflykt är att det inte funnits, eller i alla fall i en begränsad omfattning, någon transparens och information mellan stater i syfte att förhindra flykten och företag har därmed kunnat verka i det dolda utan att rätt information kommit till myndigheter. Genom att belysa problemen kommer företags möjlighet att undgå beskattning att minska. Det föreligger dock en risk för att de stater som utformat sina skattesystem i syfte att attrahera multinationella företag till sig väljer att inte implementera delar av BEPS-projektet i sin lagstiftning eller ändra giltiga dubbelbeskattningsavtal. Eftersom det kan innebära bl.a. minskade skatteintäkter. Det borde dock ligga i alla staters intresse att motverka skatteflykt eftersom det resulterar i orättvisa marknader och lägre skatteintäkter.

De nuvarande skattesystemen och samarbetet mellan stater är föråldrat och behöver uppdateras i syfte att motverka företags skatteflykt. Därför är det föreslagna avdragsförbudet i linje med att uppdatera Sveriges skattesystem, dels för att motverka skatteflykt, dels för att följa den utveckling som sker i hela världen. För att behålla sin konkurrenskraft gentemot andra stater och neutralisera hybrida mismatchningar behöver Sverige implementera det föreslagna avdragsförbudet. Huruvida implementering av åtgärds punkt 2 sker genom promemorian eller på ett annat sätt får framtiden utvisa.

## **7 Källförteckning**

### **7.1 OECD**

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version*, 2017, OECD publishing.

OECD, *Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements*, 2015, OECD publishing.

OECD, *Explanatory Statement*, 2015, OECD publishing.

OECD, *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, 2013, OECD publishing.

OECD, *Study into the Role of Tax Intermediaries*, 2008, OECD publishing.

### **7.2 Offentligt tryck**

#### *7.2.1 Promemoria*

Promemoria Fi2017:02752/S1, *Nya skatteregler för företagssektorn*.

#### *7.2.2 Myndighetstryck*

Skatteverket, *Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering*, Dnr 131-183077-12/121, Solna, 2012.

#### *7.2.3 Propositioner*

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

Proposition 1996/97:170 *Reformerad skatteflyktslag*.

#### *7.2.4 Statens offentliga utredningar*

SOU 1983:41 *Kontroll av rådgivare*.

SOU 1975:77 *Allmän skatteflyktsklausul betänkande*.

### **7.3 Litteratur**

Abed Ali, Haider, *Nya ränteavdragsregler för företagssektorn*, Skattenytt, 2017, s 630.

Andersson, Krister, *Vad är BEPS och vad innebär det för Sverige?*, Skattenytt, 2016, s 639.

Berglund, Martin, *Avräkningsmetoden: en skatterättslig studie om undvikande av internationell dubbelbeskattning*, 1 uppl, Uppsala, Iustus förlag AB, 2013.

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 uppl, Stockholm, Norstedts juridik, 2018.

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

Dahlberg, Mattias, *Ränta eller kapitalvinst – Grundproblem i kapitalinkomstbeskattningen – särskilt vad gäller finansiella instrument i gränslandet mellan lånekapital och eget kapital*, 1 uppl, Uppsala, Iustus Förlag AB, 2011.

Dahlberg, Mattias och Åhman, Karin (red.), *De lege 2015: Europarätten – 20 år i Sverige*, 1 uppl, Uppsala, Iustus förlag AB, 2016.

Eberhartinger, Eva, Six, Martin, *Taxation of Cross border Hybrid finance. A legal analysis*, discussion Papers SFB International Tax coordination 27, WU Vienna University of Economics and Business, 2007. (<http://epub.wu.ac.at/id/eprint/1150> hämtad 2018-02-14).

Hilling, Maria, *Skatteavtal och generalklausuler – Ett komparativt system*, 1 uppl, Stockholm, Wolters Kluwer, 2016.

I Johansson, Per, *Risiklassificering av stora företag*, Svensk skattetidning, 2009, s 942.

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

Kleist, David, *Methods for Elimination of Double Taxation under Double Tax Treaties*, 1 uppl, Uppsala, Iustus Förlag AB, 2012.

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

Lewander, Anna, *Den skatterättsliga gränsdragningen mellan ränta och utdelning – Klassificering på gränsen mellan skatterätten och redovisningsrätten*, 1 uppl, Iustus Förlag AB, 2017.

Lindencrona, Gustaf, *Dubbelbeskattningsavtalsrätt*, 1 uppl, Stockholm, Juristförlaget JF AB, 1994.

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

Monsenego, Jérôme, *Utfallet av BEPS-projektet*, Svensk skattetidning, 2016, s 827.

Pelin, Lars, *Internationell skatterätt*, 5 uppl, Lund, Studentlitteratur, 2016.

Rosander, Ulrika, *Generalklausulen mot skatteflykt*, Diss., Jönköping International Business School, 2007.

Simon-Almendal, Teresa, *Skatteplanering, skatteflykt och skattebrott*, Svensk skattetidning, 2011, s 314.

Tjernberg, Mats, *OECD:s dokument, tolkningsvärdet för ren intern rätt*, Svensk skattetidning, 2017, s 119.

Torgander, Anders, *Goda redovisningsseder för hybridinstrument*, Skattenytt, 2014, s 791.

Wallberg, Peter, Nummelin, Wiktor, *EU-oenighet försvårar kamp mot skatteflykt*, Sydsvenskan, 2017.

<https://www.sydsvenskan.se/2017-11-07/eu-oenighet-forsvarar-kamp-mot-skatteflykt> (hämtad 2018-01-31).

#### **7.4 Elektroniska källor**

<http://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--oecd-releases-final-report-on-hybrid-mismatch-arrangements-under-action-2> (hämtad 2018-02-01 samt 2018-02-05).

<https://ne.ord.se/ordbok/svenska/engelska/sök/skatteplanering> (hämtad 2017-12-06).

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/bona-fide-principen> (hämtad 2018-02-12).

<https://www-ne-se.e.bibl.liu.se/ordböcker/#!/search/norstedts-pro-sv-en?q=skatteflykt> (hämtad 2018-01-03).

<http://www.ne.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/skattebas> (hämtad 2018-02-21).

<https://www-ne-se.e.bibl.liu.se/ordböcker/#!/search/norstedts-pro-sv-en?q=skattebrott> (2018-01-03).

<http://www.oecd.org/tax/treaties/tax-treaties-2017-update-to-oecd-model-tax-convention-released.htm> (hämtad 2018-02-01).

[http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version\\_20745419](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version_20745419) (hämtad 2018-02-07).

<http://www.oecd.org.e.bibl.liu.se/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf> (hämtad 2018-01-30).

<http://www.oecd.org/legal/legal-instruments.htm> (hämtad 2018-03-05).

<http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/06/nya-skatteregler-for-foretagssektorn/> (hämtad 2017-11-13 samt 2017-11-15).

<http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/06/sverige-undertecknar-multilateral-konvention-om-skatteavtal/>(hämtad 2017-12-18).

<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2018.1/324382.html> (hämtad 2018-03-05).

Perman Borg, Ebba, Inkomstskattelagen, kommentaren till 24 kap. 10 d § 4 st., under rubrik ”Lagkommentarer”.

Perman Borg, Ebba, Inkomstskattelagen, kommentaren till 24 kap. 10 f §, under rubrik ”Lagkommentarer”.

Perman Borg, Ebba, Inkomstskattelagen, kommentaren till 24 kap. 10 d § under rubrik ”2.1 Generellt”.

## **7.5 Rättsfall**

HFD 2012 ref 13.

RÅ 1996 ref. 84.