



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alexandra Tham Johansson

Stanna hemma?

Gränsöverskridande förlustutjämning för fysiska personer

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Axel Hilling

Termin för examen: HT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	7
1.4 Metod och material	8
1.5 Disposition	9
2 FÖRLUSTUTJÄMNING	11
2.1 Bakgrund	11
2.2 Skatteförmågeprincipen	11
2.2.1 Allmänt	11
2.2.2 Nettoinkomstbegreppet	13
2.2.3 Likformighetsprincipen	13
2.3 Kapitalvinst	14
2.4 Fysiska personer	16
2.5 Sammanfattning förlustutjämnig	17
3 EU-RÄTTEN	18
3.1 Direkta beskattningens område	18
3.2 Icke-diskriminering och de grundläggande friheterna	19
3.2.1 Inledning	19
3.2.2 Fri etablering och fri rörlighet för kapital	19
3.2.2.1 Fri etablering	19
3.2.2.2 Fri rörlighet av kapital	20
3.2.2.3 Förhållandet mellan fri etablering och fri rörlighet av kapital	20
3.2.2.4 Kapitalrörelser till och från tredje land	21
3.3 Rättfärdigande av en hindrande regel	22
3.3.1 Rule of reason	22

3.3.2	Principiellt accepterade grunder	23
3.3.2.1	Förhindra skatteflykt	23
3.3.2.2	Skattesystemets inre sammanhang	24
3.3.2.3	Effektiv skattekontroll	25
3.3.2.4	Territorialitetsprincipen	25
3.3.3	Grunder som avfärdats	25
4	PRAXIS FRÅN EUD	27
4.1	Bakgrund	27
4.2	Praxis juridiska personer	27
4.2.1	Marks & Spencer	27
4.2.1.1	Omständigheter	27
4.2.1.2	Rättfärdigandebedömningen	28
4.2.1.3	Proportionalitetsbedömningen och slutliga förluster	28
4.2.2	Oy AA	29
4.2.3	Shell	29
4.2.4	Lidl	30
4.2.5	Krankenheim	31
4.2.6	X Holding	31
4.2.7	A Oy	32
4.3	Praxis fysiska personer, Målet K	32
4.3.1	Omständigheter	32
4.3.2	EUD:s bedömning	33
4.3.2.1	Fri rörlighet av kapital	33
4.3.2.2	Restriktioner av den fria rörligheten av kapital	33
4.3.2.3	Motivering av restriktionerna	34
4.3.2.4	Proportionalitet	35
5	UTVECKLINGEN AV MARKS & SPENCER-UNDANTAGET	37
5.1	Marks & Spencers mottagande	37
5.2	Gränsöverskridande förlustutjämnning vid slutliga förluster	38
5.3	Proportionalitet	41
5.3.1	Proportionerliga och oproportionerliga regler	41
5.3.2	Legal omständigheter	41
5.3.3	Faktiska omständigheter	42
5.3.4	Uppdelningen mellan faktiska och legala omständigheter	43
5.4	Slutgiltiga förluster för fysiska personer	45
6	ANALYS OCH SLUTSATS	47
6.1	Marks & Spencer-undantagets giltighet i förhållande till fysiska personer	47
6.2	Konsekvenser	49
6.3	Avslutande kommentarer	50
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	51

Summary

The ECJ allowed for the first time cross-border loss relief in the judgement of *Marks & Spencer*, according to the Marks & Spencer case ECJ granted a parent company loss relief with a subsidiary in another EU member state in case the subsidiary had exhausted the possibilities of taking losses into account in the state of residence. The case law has developed to also concern permanent establishments. What the meaning is of a subsidiary or a permanent establishment to have exhausted all possibilities of taking losses into account in the state of residence or establishment is unclear. Liquidation or fusions of a subsidiary are considered at present as final losses. The legislation of member states cannot prevent such a loss from being taken into account in the state of resident of the parent company. In 2013 the ECJ expanded the Marks & Spencer case law to also include individuals, in the decision in *K. K.*, a Finnish taxpayer sold a privately owned French property at a loss and wanted to deduct the loss from a gain he had made the same tax year in Finland on the sale of securities. The Finnish tax authorities refused the loss deduction and French law did not provide for any possibility to deduct such losses from private property sale.

The ECJ has made it relevant in the Marks & Spencer case law whether the possibilities of taking losses into account are factual or legal. In the decision in *K* the Finnish loss deduction rules were proportionate since the French law did not provide for any possible deduction of losses. The ECJ meant that the Marks & Spencer case law could not be applied since a possibility that never existed could be final. As such, the court holds that in the absence of a deduction possibility in the other Member State the possibility of taking the loss into account is legal and the Member State of residence cannot be obliged to allow the deduction of loss. The possibility of taking losses into account must be factual; the ECJ has accepted two circumstances in which the rules will be disproportionate, liquidation and fusion of companies.

For the rules, in the Member State of residence, to be considered disproportionate and the allowance of making cross-border loss reliefs for both individuals and companies the circumstances in the case has to be factual. If the other Member State does not provide for any possible deduction of losses all possibilities of taking losses into account have not been exhausted. For an individual this means that he or she has to exhaust all possibilities of taking losses into account in a similar way as liquidation or fusion. An individual can neither be liquidated nor fused, the most similar situation would, for an individual, be death. At the point of death the profits and losses passes to the estate, which is a legal person. There are consequently no possibilities for an individual to exhaust all possibilities of taking losses into account and the Marks & Spencer case law will for that reason not be valid for an individual.

Sammanfattning

I Marks & Spencer-domen tillät EUD för första gången gränsöverskridande förlustutjämnning för koncerner, enligt Marks & Spencer-målet kan ett moderbolag ta emot ett dotterbolags förlust vid det fall dotterbolaget har uttömt alla möjligheter till att beakta förlusten i sin hemviststat. Med tiden har Marks & Spencer-undantaget utvecklats och sträcker sig idag till att även avse fasta driftställen. Vad som anses med att dotterbolaget eller det fasta driftstället har uttömt alla möjligheter till att beakta förlusten i hemviststaten respektive etableringsstaten är oklart. Att ett dotterbolag likvideras eller tas över av tredje part anses i nuläget innebära att förlusterna är definitiva och en medlemsstats lagstiftning inte kan hindra att en sådan förlust beaktas i moderbolagets hemviststat. 2013 kom EUD:s första dom rörande Marks & Spencer undantaget i förhållande till fysiska personer, det så kallade *K*-målet. *K* var en finsk medborgare som sålde en fastighet belägen i Frankrike med förlust. *K* ville dra av kapitalförlusten hänförlig till fastigheten i Frankrike mot kapitalvinster i Finland. Finska regler tillät endast avdrag för kapitalförluster hänförliga till fastigheter i Finland och *K* saknade möjlighet att utnyttja förlusten i Frankrike då franska regler inte tillät kapitalförluster på fastigheter.

EUD har vid bedömning av reglernas proportionalitet i mål som behandlar Marks & Spencer-undantaget valt att dela upp omständigheterna mellan faktiska och legala. I *K*-målet menade EUD att de finska reglerna som inte tillät förlustutjämnning var proportionerliga eftersom *K* inte tilläts göra avdrag för kapitalförlust i källstaten Frankrike, enligt franska interna regler. EUD menade att Marks & Spencer-undantaget inte kunde tillämpas eftersom en möjlighet som aldrig funnits kan bli slutgiltig. Om källstaten inte medger avdrag av det slag som är aktuellt har alltså förlusten uppstått på grund av legala omständigheter vilket gör att hemviststaten inte måste medge gränsöverskridande förlustutjämnning. Anledningen till att gränsöverskridande förlustavdrag inte tilläts vid legala omständigheter är att hemviststaten inte ska behöva bära bördan av källstatens skatteregler. För att gränsöverskridande förlustutjämnning ska tillåtas måste alltså omständigheterna vara faktiska, vid dags dato finns två accepterade sådana, likvidering och fusion av bolag.

För att reglerna i hemviststaten ska anses oproportionerliga och fysiska och juridiska personer ska få göra gränsöverskridande förlustavdrag måste omständigheterna vara faktiska. Finns inga regler i källstaten som tillåter avdrag för förlusten har inte alla möjligheter att beakta den samma uttömts. EUD har ansett att det finns två tillfällen när en juridisk person uttömt alla möjligheter att beakta förlusten, vid likvidation och fusion. För att en fysisk person ska ha uttömt alla möjligheter att beakta förlusten måste något likartad en likvidation eller fusion inträffa. En fysisk person kan varken likvideras eller fusioneras, det mest likartade skulle vara döden men då övergår förluster och vinster till dödsboet som är en juridisk person. Alltså

finns det ingen möjlighet för fysiska personer att ha uttömt alla möjligheter att beakta förlusten och Marks & Spencer-undantaget blir därför inte giltigt för fysiska personer.

Förord

Fem år i världens bästa studentstad är slut! Hösten 2014 har varit en resa, en resa kantad av mycket känslor. Känslor över att jag ska lämna Lund, känslor med världens bästa tjejer på våra tisdagsmiddagar, känslor över att jag ska producera ett examensarbete. Men framförallt känslor över att jag kommer avsluta juristutbildningen.

Jag vill tacka min handledare Axel Hilling för peppen och stödet jag fått när allt känts mörkt. Tack för alla intressanta diskussioner och all feedback.

Till Jesper och Christina som korrekturläste och gav värdefulla synpunkter på mitt manus, tack för att ni la tid på mig. Tack för att ni alltid lägger tid på mig!

Till mamma, pappa, Madeleine och Caroline, tack för att ni alltid tror på mig och ställer upp för mig.

Jesper Forster, världens bästa människa. Tack för att jag får vara jag och för att du älskar mig.

Mormor, tack för att du alltid var intresserad och att jag fick bo i samma stad som dig dina sista fem år. Den här uppsatsen är tillägnad dig.

Alexandra Tham Johansson

Lund, den 30 januari 2015

Förkortningar

EU	Europeiska Unionen
EUD	Europeiska Unionens domstol
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt
EEG	Europeiska Ekonomiska Gemenskapen
IL	Inkomstskattelagen
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Varje medlemsstat i EU har en exklusiv kompetens på den direkta beskattningsrätten, vilket innebär att varje stat har rätt att avgöra hur den vill utforma sitt skatteanspråk på fysiska och juridiska personer.¹ Den exklusiva kompetensen är ett uttryck för ländernas suveränitet.² Den ökade globaliseringen bland företag och privatpersoner har gjort att synen på den traditionella suveräna staten förändrats. Eftersom interaktion och ömsesidigt erkännande i många fall ersatt den exklusiva kompetensen har olika gränsdragningsproblem uppstått.³ Att EU:s medlemsstater måste anpassa sina skattesystem så att de inte utgör ett hinder mot de fria rörligheterna är ett uttryck för det ömsesidiga erkännandet.⁴ I andra fall bygger ömsesidigheten även på att EU måste respektera ländernas självbestämmanderätt. EUD har under senare år börjat acceptera att nationella regler som utgör hinder kan rättfärdigas.

Frågan om gränsöverskridande förlustutjämning väcktes första gången i målet Marks & Spencer. EUD visade i målet från 2006 att en nationell reglering som förbjuder gränsöverskridande förlustutjämning generellt sett är tillåten. I de fall det rör sig om slutliga förluster sågs däremot dessa nationella regler inte som proportionerliga.⁵ De nationella skattereglernas hinder mot gränsöverskridande förlustutjämning på den direkta beskattningsrättens område anses vara ett av de största hoten mot en marknadsintegration i EU.⁶ EU-kommissionen har som mål att öka konkurrenskraften bland EU:s medlemsstater. År 2006 kom EU-kommissionen med ett meddelande där de menade att bristande möjligheter till gränsöverskridande förlustutjämning försämrar konkurrenskraften och snedvrider företagets beslut på den inre marknaden.⁷ Efter 2006 har fler mål angående gränsöverskridande förlustutjämning tagits upp i EUD,⁸ dessa har dock alltid behandlat företag eller koncerner.

¹ EUF-fördraget avdelning 1, direkt beskattning är undantagen uppräknings. Vilket

² Westfalisk suveränitet är kopplat till nationer och stater och kom att gälla efter den westfaliska freden 1648 i och med grundandet av den nuvarande synen på nationalstaten och dess uppgift. Innebörden av nationalstatens suveränitet är att ledningen i ett land har rätt att bestämma om vad som sker inom sin nations gränser, att ingen makt, statlig eller överstatlig, har rätt att bestämma över en annan nation och dess beslut. Campbell m.fl., *Introduction to global studies*, 2010, s. 34.

³ Wennström, *EU-rätt, osäkerhet och rättens nya landskap*, 2009, 457 f.

⁴ Fri rörlighet återfinns i EUF-fördragets kapital 63, C-270/83, *Avoir fiscal*.

⁵ C-446/03 *Marks & Spencer*.

⁶ Almendral, *An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief Conundrum in EU Law*, 2010, s. 476.

⁷ COM (2006) 824 final, *Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations*.

⁸ Se vidare kapitel 4.

Gränsöverskridande förlustutjämning för individer har diskuterats sparsamt i doktrinen. I målet K⁹ väcktes däremot frågan om Marks & Spencer-undantaget också gäller för individer. EUD ansåg att de nationella reglerna var ett hinder mot den fria rörligheten för kapital. Reglerna kunde däremot rättfärdigas med hänvisning till den exklusiva kompetensen som varje medlemsstat har avseende direkt beskattning.¹⁰ EUD menade också att proportionaliteten såg olika ut för fysiska och juridiska personer, den gäller för slutliga förluster. Däremot menade domstolen att förlusten i fallet K inte var slutlig. Att EUD valt att behandla fysiska och ekonomiska personer olika kan tyckas märkligt. Den fria rörligheten borde innebära att gränsöverskridande förlustutjämning behandlas på liknande sätt vare sig det rör en fysisk eller juridisk person.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med förevarande uppsats är att analysera möjligheterna till gränsöverskridande förlustutjämning för fysiska personer. Utgångspunkten är Marks & Spencer-undantaget och dess giltighet för fysiska personer. Utgångspunkten är målet K från EUD som är det första att ta upp frågan rörande gränsöverskridande förlustutjämning för fysiska personer. Eftersom detta är ett nytt och relativt oprövat område som inte har diskuterats i förarbeten eller behandlats brett i doktrin har jag även som syfte att koppla EUD:s praxis beträffande juridiska personer. Min avsikt är att finna vilka omständigheter som ligger till grund för att en giltighet av Marks & Spencer-undantaget skulle kunna föreligga.

Följaktligen landar jag i dessa frågeställningar:

- Är Marks & Spencer-undantaget giltigt i förhållande till fysiska personer?
- Om undantaget är giltigt, vilka konsekvenser får det?

1.3 Avgränsningar

Av utrymmesskäl har vissa begränsningar varit nödvändiga. Framställningen omfattar enbart gränsöverskridande förlustutjämning för fysiska personer som faller under Marks & Spencer-undantaget. Således behandlas inte gränsöverskridande förlustutjämning för individer som faller under fri rörlighet för tjänst eller fri rörlighet för personer. Inte heller andra sorters kapitalöverföringar som sker över gränserna kommer behandlas närmre då det inte är av relevans för undersökningen av Marks & Spencers-undantagets giltighet för fysiska personer.

⁹ C-322/11 K.

¹⁰ C-322/11 K, p. 50-55

Jag kommer inte närmre gå in på vad som skiljer obegränsat och begränsat skattskyldiga fysiska personer eller vilka andra svenska inkomstskatteregler som kan appliceras på fysiska personer. Frågeställningen gäller fysiska personer generellt och EUD gör ingen skillnad mellan obegränsat och begränsat skattskyldiga görs inte vid behandlandet av EUD:s praxis.

Vad gäller definiering av bolagsrättsliga termer som t.ex. likvidation och fusion anser jag att det inte krävs för framställningen. Jag förväntar mig någon form av allmänskunskap i bolagsrätt av läsaren.

1.4 Metod och material

När utredningen av gränsöverskridande förlustutjämning gjorts på EU-rättslig nivå har jag utgått från en sedvanlig rättsdogmatisk metod. Den EU-rättsliga rättsdogmatiska metoden utgår från en annan rättskällelära. Det betyder att sedvanliga juridiska källor har varit styrande för att belysa rättsläget, såsom EUF-fördraget, EU-praxis och juridisk doktrin. För att kunna besvara uppsatsens frågeställning och utröna gällande rätt inom det EU-rättsliga området, har den mest centrala EU-praxisen varit av betydelse. Detta eftersom primärkällan, EUF-fördraget, har liten betydelse för rättfärdigande av nationella regler i detta avseende.¹¹ Urvalet av rättspraxis har gjorts utifrån såväl egna sökningar som de mål som mest diskuterats i juridisk doktrin. Eftersom EU-domstolen ofta är kortfattad i domskälen och någon egentlig analys för och emot lösningen inte görs, blir EU-praxis ofta svår att tolka.¹² Av denna anledning har jag även använt mig av juridisk doktrin samt generaladvokatens förslag till avgöranden. Såväl svensk som internationell juridisk doktrin har använts för att underlätta förståelsen av praxis samt för att ge olika aspekter på hur praxis kan tolkas. Även generaladvokatens yttranden är viktiga att beakta vid tolkning av EU-praxis eftersom förslagen till skillnad från domskälen i EUD:s domar, är mer utförliga, självständiga och liknar mer kvalificerade rättsutredningar. Dessa förslag besitter däremot inte något rättskälle- eller prejudikatvärde och är inte bindande för EU-domstolen, såvida domstolen inte hänvisar till förslaget i målet.¹³

Det material som utgjort grunden för denna uppsats är EUD:s avgöranden och i doktrin gjorda tolkningar av dessa. Doktrin gällande gränsöverskridande förlustutjämning för fysiska personer är relativt begränsad och här har de flesta artiklar beaktats, även om ett fåtal valts bort p.g.a. att de har skrivits med utgångspunkt i icke-relevant praxis. Urvalet har baserats på relevansen för gränsöverskridande förlustutjämning och Marks

¹¹ Ståhl m.fl., *EU-skatterätt*, 2011, s. 147 och Dahlberg, *Internationell beskattning*, 2012, s. 235.

¹² Ståhl m.fl., 2011, s. 40. Hettne och Eriksson, *EU-rättslig metod-Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2011, s. 68 f.

¹³ Ståhl m.fl., 2012, s. 40 och Hettne och Eriksson, 2011, s. 68 f.

& Spencer-undantaget. Härmed har ett flertal artiklar som primärt rör fysiska personer i gränsöverskridande situationer som inte har sin utgångspunkt i Marks & Spencer-undantaget kunnat uteslutas. EUD:s avgöranden gällande etableringsfriheten är dock mycket omfattande och inte i alla delar relevant för frågeställningarna som denna uppsats avser att besvara. Utgångspunkt har tagits i avgörandet Marks & Spencer, där ett undantag för gränsöverskridande förlustutjämning skapades, och det nyligen publicerade K-målet som rör gränsöverskridande förlustutjämning för fysiska personer.

Urvalet har skett genom EUD:s omfångsrika hänvisningar till sina tidigare avgöranden samt utifrån vilka rättsfall som behandlas i doktrin. Jag har vidare valt att inte behandla de mål som rör gränsöverskridande förlustutjämning för individer i relation till fri rörlighet av person, tjänst eller vara. Detta då de inte rör förlustutjämning i förhållande till Marks & Spencer-undantaget, varför slutsatserna i dessa avgöranden inte är applicerbara. Det föreligger en risk för att inte alla avgöranden av betydelse för området beaktats, men utifrån de avgöranden som behandlas i doktrin torde mitt urval stå sig väl.

1.5 Disposition

Uppsatsens deskriptiva del tar sin början i *kapitel två* som grundar sig i termen förlustutjämning som begrepp. Jag ämnar ge en förståelse för förlustutjämning genom att sätta begreppet i relation till skatterättsliga principer, kapitalvinster, fysiska personer och skatteavtal. Kapitlet som är relativt brett avslutas med en sammanfattning för att ge en bättre förståelse för mitt syfte och mina frågeställningar.

Med syfte att klargöra problematiken i frågeställningen beskrivs relevant EU-rätt i *kapitel tre*. Först behandlas grundläggande principer i form av EU-rättens företräde över nationell rätt samt EUD:s roll. Mellansektionen i avsnittet beskriver två av de grundläggande friheterna inom unionen, fri etablering samt fri rörlighet för kapital. Slutligen ges en inblick i rättfärdigande grunder.

För att kunna besvara min frågeställning angående Marks & Spencer-undantagets giltighet för fysiska personer, behandlas i *kapitel fyra* relevant praxis från EUD där Marks & Spencer-undantaget utvecklats och behandlats. Mottagandet och tolkningen av Marks & Spencer-undantaget tas upp i *kapitel fem*. I samma avsnitt behandlas även proportionalitet och under vilka omständigheter som förlustutjämningen i praxis ansetts vara proportionerlig och kunnat godtas som ett undantag från de nationella reglerna. I slutet av avsnittet analyseras doktrin och hur K-målet mottogs

Uppsatsen resulterar i en avslutande diskussion och sammanfattning i *kapitel sex* där jag besvarar de frågeställningar som uppsatsen bygger på.

2 Förlustutjämnning

2.1 Bakgrund

Den beskattningsbara inkomsten är ett nettobelopp, vilket innebär att från inkomster ska utgifter dras av för att fastställa den inkomst som ska beskattas.¹⁴ Av den här anledningen tillåter länder förlustutjämnning, dvs. avdrag för förluster från inkomster vilket minskar den beskattningsbara inkomsten. Vid gränsöverskridande aktivitet kan förlustutjämnning bli ett problem eftersom inkomsten kan vara i ett land samtidigt som förlusten är i ett annat land. De två länderna har olika skattesystem som existerar oberoende av varandra och som vill skydda den nationella skattebasen. Det innebär att landet där inkomsten finns vill beskatta denna samtidigt som landet där förlusten finns inte kan medge förlustavdrag eftersom det inte finns någon inkomst att dra förlusten från. Således kommer den som deltar i gränsöverskridande aktiviteter att utsättas för en mindre förmånlig skattemässig behandling jämfört med den som har inkomster och förluster i samma land. Detta är ett problem och ett hinder mot den inre marknaden och den fria rörligheten inom EU.¹⁵

2.2 Skatteförmågeprincipen

2.2.1 Allmänt

Skatteförmågeprincipen är, som en av de viktigaste principerna, fast förankrad i det svenska inkomstskattesystemet och återopas inte sällan i förarbeten¹⁶ till den svenska inkomstskattelagstiftningen. Skatteförmågeprincipen har även blivit allmänt accepterad som grunden för den nuvarande inkomstbeskattningens utformning.¹⁷ Det kan uttryckas det som att skatteförmågeprincipen har betydelse i två hänseenden vid utformningen av skattesystemet. Det första avser den mera övergripande utformningen av inkomstskattesystemet medan den andra istället tar sikte på utformningen av detaljreglerna.¹⁸

Vid den övergripande utformningen av inkomstskattesystemet är skatteförmågeprincipen främst förenad med svårigheten att mäta skatteförmågan. Minst komplicerat är det att mäta skatteförmågan då två eller flera skattskyldiga rör sig runt samma inkomstläge.¹⁹ I stora drag kan skatteförmågeprincipen sägas innebära att varje enskild skattskyldig ska

¹⁴ Lodin m.fl., *Inkomstskatt*, 2013, s. 101-102; Almendral, 2010, s. 447.

¹⁵ Terra och Wattel, *European Tax Law*, 2012, s. 95.

¹⁶ Se bland annat SOU 1989:33 *Reformerad inkomstbeskattning*, Del 1, s. 50.

¹⁷ Lodin m.fl., 2013, s. 30.

¹⁸ Lodin m.fl., 2013, s. 31.

¹⁹ Rabe, *Det svenska skattesystemet*, 2010, s. 37.

betala skatt i den omfattning som är möjligt med beaktande av dess förmåga. Tidigare ansågs skatteförmågeprincipen innebära att de skattskyldiga som hade lika stora inkomster skulle betala lika mycket skatt. Det var alltså den horisontella rättvisan som stod i fokus för inkomstskattelagstiftningens utredningar. Idag anses, i allmänhet, begreppet skatteförmåga även inbegripa den vertikala rättvisan och då på det sätt som den kommer till uttryck i minsta-offer-principen. Enligt minsta-offer-principen ska skatten fördelas mellan de skattskyldiga på ett sådant sätt att det medför minsta möjliga offer för var och en av de skattskyldiga. Här kan också nämnas att utredarna vid 1991 års skattereform även konstaterade att minsta-offer-principen får anses vedertagen som en av de två, tillsammans med skatteförmågeprincipen, ledande principerna för den svenska inkomstbeskattningen.²⁰ Syftet med minsta-offer-principen kan sägas vara att genom en omfördelning av inkomsterna uppnå en så rättvis inkomstfördelning som det bara är möjligt mellan de skattskyldiga.²¹

Det är således den skattskyldiges inkomst som är avgörande för hur mycket hon eller han ska betala i skatt och begreppet inkomst är i sin tur ett mått på de resurser som den skattskyldige tjänat in under ett och samma år och som kan användas för konsumtion utan att den skattskyldiges förmögenhet minskar. Definitionen är i all väsentlighet överensstämmande med den klassiska definitionen av inkomstbegreppet, som för övrigt formulerades av Adam Smith²². För beskattningen av den skattskyldige utgör med andra ord inkomsten ett mått på den resurs ur vilken den skattskyldige ska betala inkomstskatt. Inkomsten ger alltså uttryck för den skattskyldiges skatteförmåga.²³ När det gäller inkomst av kapital så ger såväl rättspraxis som Skatteverket uttryck för en strävan efter en så korrekt beräkning av den skattskyldiges skatteförmåga som möjligt. I praktiken finns det dock ett betydande inslag av schabloner för beräkning av kapitalvinster och när det gäller den svenska inkomstskattelagstiftningen så är den rådande uppfattningen att största möjliga nytta ska beredas så många skattskyldiga som möjligt.²⁴

²⁰ SOU 1989:33, Del 1, s. 51.

²¹ Rabe, 2010, s. 39.

²² Smith beskriver inkomstbegreppet enligt följande: "The subjects of every state ought to contribute towards the support of the government, as nearly as possible, in proportion to their respective abilities; that is, in proportion to the revenue which they respectively enjoy under the protection of the state. The expense of government to the individuals of a great nation, is like the expense of management to the joint tenants of a great estate, who are all obligated to contribute in proportion to their respective interests in the estate." Smith, *The Wealth of Nations*, p 777, (1990).

²³ Lodin, m.fl., 2013, s. 31.

²⁴ Melz, *Kapitalvinstbeskattningens problem*, 1986, s. 374 f.

2.2.2 Nettoinkomstbegreppet

Att en inkomst beskattas netto innebär att full avdragsrätt gäller för alla utgifter som uppkommit för inkomstens förvärvande och bibehållande under det aktuella beskattningsåret.²⁵ Med andra ord ska de olika förutsättningarna som uppställs för rätt till avdrag ses som en del av nettoinkomstbegreppet. Till detta kommer att man skiljer på det finansrättsliga och det nationalekonomiska inkomstbegreppet. Det finansrättsliga inkomstbegreppet är individrelaterat medan det nationalekonomiska inkomstbegreppet är relaterat till en stats samlade inkomst under en viss tid.²⁶ I skatterättsliga sammanhang, så som vid utformandet av detta arbete, är det oftast det finansrättsliga inkomstbegreppet som är aktuellt. Vidare kan man dela upp nettoinkomstbegreppet i två delar där den ena är inkomstdelen och den andra utgiftsdelen.²⁷

Till inkomstdelen hör bland annat frågor som vilka inkomster som ska beskattas och hur dessa ska identifieras. Till utgiftsdelen hör bland annat frågor om vilka utgifter som ska dras av, vilka principer som gäller härför, samt vad som är att beteckna som omkostnad för inkomstens förvärvande respektive den skattskyldiges levnadskostnader. Men även frågor om tillämpliga teorier om orsakssamband blir aktuella i de fall då det inte uttryckligen föreskrivits i skattelagstiftningen om en viss utgift får dras av eller ej.²⁸ Tilläggas kan också att rätten till avdrag på olika sätt har kommit att begränsas i det svenska skattesystemet, något som medfört att såväl staten som kommunerna idag har vissa möjligheter att beskatta den skattskyldige även i de fall då någon inkomst av kapital varken har upparbetats eller är tillgänglig för lyftning. I inkomstslaget kapital är avdragsbegränsningen i 48 kap 24 § IL, avseende kapitalförluster ett av de tydligaste exemplen på det, men även fastighetsskatten kan nämnas. Avdragsbegränsningen i 48 kap 24 § IL motiveras för övrigt av kravet på likformighet och en strävan efter att i möjligaste mån motverka skatteplanering.²⁹

2.2.3 Likformighetsprincipen

Likformighetsprincipen innebär att beskattningen så långt som det är möjligt ska utformas på ett sådant sätt, att den är rättvis och likformig. Likformighetsprincipen, med dess krav på likformig beskattning av alla skattskyldiga som har samma skatteförmåga kan också sägas utgöra ett specialfall av den i 1 kap. 9 § RF föreskrivna *allas likhet inför lagen*.

En strikt likformig beskattning kräver dock att alla inkomster av kapital

²⁵ Lodin m.fl., 2013, s. 351.

²⁶ Ibid, s. 39.

²⁷ Ibid, s. 34.

²⁸ Ibid, s. 27-30.

²⁹ Rabe, 2010, s. 47.

beskattas när de uppkommer. Med andra ord skulle värdeändringar behöva beskattas på samma sätt som löpande avkastning, detta då den nuvarande situationen med beskattning av värdeändringar först när de avyttrats innebär en uppskjuten beskattning av eventuell kapitalvinst i jämförelse med den löpande beskattningen av exempelvis inkomstränta. Följden av ett system med uppskjuten beskattning är att det vid en över tiden oförändrad skattesats, uppkommer en räntefri skattecredit som upptas till beskattning först när avyttring sker.³⁰ Denna avvikelse från en strikt likformig beskattning skulle av många kunna uppfattas som en av de bidragande orsakerna till de orättvisor och snedvridningar som ofta låter sig göras påminnda i det svenska inkomstskattesystemet. Dock måste, vilket även konstaterats i 1991 års skattereform, de skattskyldiga av praktiska skäl acceptera att värdeändringar beskattas först vid avyttring.³¹ Synen på kapitalvinster, och beskattningen av desamma, har dock ändrats med tiden och värdeändringar anses numera generera samma eller likvärdig skatteförmåga som andra inkomster.³²

2.3 Kapitalvinst

Vinster och förluster hos olika grenar av ett och samma företag inom en stats skattejurisdiktion läggs ofta ihop. I de flesta av EU:s medlemsstater är det möjligt för grupper av företag inom samma nationella skattejurisdiktion att utjämna förluster horisontellt (mellan dotterbolag) och vertikalt (mellan moderbolag och dotterbolag). På samma sätt kan en fysisk person som har en inkomst å ena sidan och betalar avdragsgilla räntekostnader å andra sidan sammanfoga plus och minus för att sedan bara betala skatt på behållningen. När det däremot finns en riksgräns mellan moderbolaget och dotterbolaget (eller mellan olika dotterbolag) är dotterbolagets förluster antingen begränsade, omöjliga eller temporära för att göra förlustutjämnningar. På samma sätt om det finns en riksgräns mellan en arbetstagares arbete och hans hem, kan hen komma i en position där hen inte kan dra av förluster från sin privatbostad från sin lön i den andra medlemsstaten.

Listan kan göras lång över vad som i de svenska skattereglerna ska tas upp som intäkt i inkomstslaget kapital. Bl.a. räknas löpande avkastning av tillgångar, i den mån de inte hänförs till näringsverksamhet.³³ Med löpande avkastning menas ränta på banktillgodohavanden, obligationer och utdelningar på aktier.³⁴ Dessutom utgör kapitalvinster, dvs. en vinst vid icke yrkesmässig avyttring av tillgångar, en intäkt i inkomstslaget kapital. Kapitalvinster på aktier, andelar, obligationer, villor, fritidsfastigheter,

³⁰ Lodin m.fl., 2013, s. 44-45.

³¹ SOU 1989:33, Del 1, s. 64.

³² Ibid, Del 2, s. 21.

³³ Lodin m.fl., 2013, s. 182.

³⁴ Ibid, s. 183.

näringsfastigheter, bostadsrätter m.m. ska således tas upp i detta inkomstslag. För juridiska personer ska kapitalvinst på näringsbetingade andelar och näringsbetingade aktiebaserade delägarrätter inte tas upp.³⁵

Som grundförutsättning inom EU-rätten gäller att medlemsstaterna är fria att utforma sina nationella system för inkomstbeskattning som de vill, dock under förutsättning att de håller sig inom de ramar som unionsrätten sätter. Kapitalvinster är spekulationsvinster och har inte sitt ursprung i en förbättring av en vara eller objekt. I Sverige är kapitalvinster skattepliktiga samtidigt som kapitalförluster är avdragsgilla. I respektive medlemsland i EU ser kapitalvinstbeskattningen olika ut. I t.ex. Frankrike adderas kapitalvinst av aktier till ordinarie inkomst och beskattas enligt en normal progressiv skattesats.³⁶ Kapitalförluster får i Frankrike endast kvittas mot kapitalvinster av samma slag.³⁷ I Tyskland är kapitalvinst från försäljning av aktier anskaffade före 1 januari 2009 skattefria förutsatt att de har innehafts i mer än ett år samt att innehavet understiger 1 % av bolagets totala antal aktier. Kapitalvinst från försäljning av aktier anskaffade efter 1 januari 2009 beskattas med 25 %. För det fall att ett innehav direkt eller indirekt överstigit 1 % de senaste fem åren anses normalt en eventuell kapitalvinst som en inkomst av näringsverksamhet (business income) och inte som inkomst av kapital (investment income).³⁸ I Nederländerna är kapitalvinst på försäljning av aktier undantaget från beskattning förutsatt att innehavet av aktierna inte utgör ett betydande innehav. Ett betydande innehav uppnås när en innehavare tillsammans med make/maka innehar minst 5 % av kapitalet. Försäljning av aktier som är en del av ett betydande innehav beskattas med 25 %.³⁹ Ländernas olika skattesatser gör att en harmonisering inom EU på det direkta beskattningsområdet för kapitalvinstbeskattning känns långt borta.

Kapitalvinstbeskattning är ett område där nationell lagstiftning kan få problem när beskattningen ska behandlas på en internationell nivå. Vissa länder har en generell uppfattning att kapitalvinst är som vilken vinst på tillgångar som helst. Av de länderna har vissa valt att inte beskatta kapitalvinsten medan andra har gynnsamma regler och satta skattesatser. Andra länder, framförallt de som är baserade på civil law, har antingen ett mycket smalare kapitalvinstbegrepp, eller inget sådant begrepp alls.⁴⁰ Kapitalvinster är beskattade utan någon skatteskillnad mellan överlåtelse av inventarier och andra tillgångar.⁴¹ Följaktligen kan termen kapitalvinst

³⁵ Lodin m.fl., 2013, s. 178-179.

³⁶ Hultman och Segerström, *Kapitalvinstbeskattning: En jämförelse mellan Sverige och övriga länder i OECD, EU och BRIC*, 2013, s. 4.

³⁷ Thuronyi, *Introduction*, i *Tax Law Design and Drafting*, 1998, s. XXIX.

³⁸ Hultman och Segerström, 2013, s.10. Ändrat genom Unternehmensteuerreformgesetz 2008 i Art. 32 d i den tyska inkomstskattelagen (Einkommensteuergesetz).

³⁹ Hultman och Segerström, 2013, s. 8.

⁴⁰ Vann, *International Aspects of Income Tax*, i *Tax Law Design and drafting*, ed. Thuronyi, 1998, s. 740.

⁴¹ Vann, 1998, s. 743.

skapa förvirring i en internationell kontext. Gränsöverskridande situationer måste bli beskattade på samma sätt som jämförbara interna situationer. I den mån medlemsstaten i fråga har hävdats sin beskattningsrätt över den gränsöverskridande situationen måste den på samma sätt också hävda beskattningsrätt över den interna situationen.⁴² Detta betyder t.ex. att terminsavgifter som betalas till ett universitet i en annan medlemsstat måste vara avdragsgill om avgiften också skulle betalats till ett universitet i hemviststaten och den där varit avdragsgill.⁴³ Fysiska personer befinner sig ofta situationer som gör att deras gränsöverskridande inkomstskattsposition blir svår att hantera. De hamnar både under friheten för nationer att skriva skatteavtal och den nationella skattelagstiftningen generellt, som ser olika ut i olika medlemsstater.⁴⁴

2.4 Fysiska personer

Alla individer är fysiska personer och alla fysiska personer är skattesubjekt, vilket betyder att de kan vara skattskyldiga för sina inkomster. Varje person beskattas separat för sin inkomst, oberoende av ålder ska även barn beskattas för sin egen inkomst. En omyndig person företräds av sina förmyndare, när barn är den omyndiga företräds de oftast av föräldrarna.⁴⁵ Enligt 3 kap. 1§ inkomstskattelagen (IL) är fysiska personer antingen obegränsat eller begränsat skattskyldiga. Med dödsfallet av en fysisk person uppkommer ett dödsbo som från och med dödsfallet utgör en juridisk person.⁴⁶

Länders nationella skatteregler för fysiska personer grundar sig på det landets ekonomiska, sociala och kulturella förutsättningar.⁴⁷ Gemensamt för alla länder inom EU är att de tar hänsyn till olika faktorer vid utformningen av personbeskattningen vilket ger upphov till 28 olika nationella skatteregler som reglerar förlustutjämning för fysiska personer inom EU.⁴⁸ Således varierar möjligheterna att göra förlustutjämning väldigt mycket mellan länderna. T.ex. kan vissa länder tillåta avdrag för kapitalförluster på fastigheter medan andra inte gör det utan istället tillåter avdrag för kapitalförluster på delägarätter, vilket det tidigare landet inte gjorde osv.

Inom ett och samma land medges avdrag för förluster på samma grund för alla fysiska personer hemmahörande i landet. Vid en gränsöverskridande situation medges däremot fysiska personer ofta inte i sin hemviststat avdrag för kapitalförluster utomlands. Om personen kan utnyttja förlusten i landet

⁴² Terra och Wattel, 2012 s. 975.

⁴³ Mål C-56/09 *Zanotti*.

⁴⁴ Terra och Wattel, 2012, s. 975.

⁴⁵ Lodin m.fl., 2013, s. 60.

⁴⁶ 4 kap. 1§ IL, Lodin m.fl., 2013, s. 607.

⁴⁷ Terra och Wattel, 2012, s. 881-882.

⁴⁸ *Ibid*, s. 104-105.

där den gjordes medför det en högre beskattningsbar inkomst jämfört med om förlusten hade gjorts i hemviststaten.⁴⁹

2.5 Sammanfattning förlustutjämnning

Som nämnts ovan behandlas vinster och förluster av kapital olika i EU:s medlemsstater. I Sverige är skatteförmågeprincipen, nettoinkomstbegreppet och likformighetsprincipen fast förankrade i inkomstskattelagstiftningen och allmänt accepterade som grunden till dagens skattesystem. Varje person ska betala skatt enligt sin förmåga. Det är enklare för en person med högre inkomst att avstå från ytterligare 100 kronor jämfört med en person med lägre inkomst. Det är inkomsten som är avgörande för hur mycket en person ska betala i skatt. Inkomsterna beskattas netto vilket betyder att full avdragsrätt gäller för alla utgifter som uppkommit under beskattningsåret. Kapitalvinstbeskattning är fast förankrat i Sverige och alla står lika inför lagen. Beskattningen av kapital sker vid avyttringen, något som inte går helt hand i hand med likformighetsprincipen men accepteras av praktiska skäl.

Om kapital flyttar över gränserna faller reglerna för beskattningen inte bara på Sverige där ett utformat system för både vinster och förluster finns fast förankrat. Har ett land ingen kapitalvinstbeskattning kan inte avdrag göras på förlusterna. Medlemsländernas nationella lagstiftning ligger inte endast till grund för hur en fysisk person ska beskattas, mellan olika länder finns ofta ett skatteavtal utformat som följer OECD:s modell. Dessa har bland annat som mål att undanröja juridisk dubbelbeskattning och motverka internationell skatteflykt.⁵⁰ Den skattemässiga harmoniseringen avseende juridiska och fysiska personer ser olika ut. Det kan konstateras att medlemsländernas regler för förlustavdrag avseende juridiska personer liknar varandra, detta beror till stor del på att företagsbeskattningen bygger på samma ekonomiska grund i alla medlemsländer. I kontrast till detta bygger beskattningen av fysiska personer på kulturella och sociala förutsättningar i de olika medlemsländerna vilket ger upphov till skillnader för fysiska personer som inte stannar hemma.⁵¹

⁴⁹ Ibid, s. 1017-1019.

⁵⁰ Pelin, *Internationell skatterätt i ett svenskt perspektiv*, s. 88.

⁵¹ Terra och Wattel, 2012, s. 104-105.

3 EU-rätten

3.1 Direkta beskattningens område

Internationaliseringen ökar och med detta blir det vanligare att en person kan bli beskattad för samma inkomst i två eller flera stater. Staternas suveräna ställning gör att det inte finns några gemensamma principer vid avgörandet av vilket land som ska beskatta vilken inkomst. Den suveräna ställningen ger varje stat rätt att avgöra hur den vill utforma sitt skatteanspråk och de vanligaste principerna som då används är domicilprincipen och källstatsprincipen.⁵²

På det direkta beskattningsområdet regleras inte harmoniseringen i någon särskild artikel i EUF-fördraget utan harmoniseringen styrs i princip av den allmänna harmoniseringsbestämmelsen i artikel 115 i EUF-fördraget.⁵³ Medlemsstaterna kan med stöd av denna bestämmelse anta direktiv på det direkta beskattningsområdet genom enhälligt fattade beslut.⁵⁴ Genom antagande av direktiv begränsas alltså medlemsstaternas suveränitet inom det direkta beskattningsområdet. Medlemsstaternas skattesuveränitet inskränks ytterligare genom EUF-fördragets bestämmelser om fri rörlighet. I *Avoir Fiscal* fastslog EUD att trots att den direkta beskattningen faller under medlemsstaternas behörighet får interna skatteregler inte strida mot etableringsrätten i EUF-fördraget.⁵⁵ Denna praxis har vidareutvecklats i ett stort antal mål till att även gälla övriga friheter i EUF-fördraget.⁵⁶ EUD:s praxis har alltså indirekt bidragit till att medlemsstaternas skattesuveränitet ytterligare inskränkts inom det direkta beskattningsområdet, vilket innebär att skatteregler måste utformas i enlighet med EUF-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för att inte bli ogiltiga.⁵⁷

⁵² Lodin mfl. 2013 s. 613

⁵³ Jämför artikel 113 EUF-fördraget för det indirekta beskattningsområdet.

⁵⁴ Ståhl mfl., 2011, s. 22 och Dahlberg, 2012, s. 217 ff.

⁵⁵ Mål C-270/83 *Avoir Fiscal*, p. 24.

⁵⁶ Se exempelvis C-279/93 *Schumacker*, p. 21 och C-250/95 *Futura*, p. 19. Se även Ståhl mfl., 2011, s. 71.

⁵⁷ Ståhl mfl., 2011, s. 72

3.2 Icke-diskriminering och de grundläggande friheterna

3.2.1 Inledning

I EUF-fördraget finns bestämmelser som föreskriver att hinder för de grundläggande friheterna ska avskaffas. Till de rättighetsgrundande bestämmelserna hör fri rörlighet för varor, fri rörlighet för tjänster, fri rörlighet för personer inklusive fri etablering samt fri rörlighet för kapital. Skattereglerna i Europa är inte harmoniserade, det innebär däremot inte att de grundläggande fördragsrättigheterna kan åsidosättas. EUD har skapat praxis på området och därför är det nu helt klart att beskattningen inte är undantagen från EU:s bestämmelser utan de nationella skattereglerna måste utformas i enlighet med fördragets bestämmelser.⁵⁸ På området för gränsöverskridande förlustutjämnning har frågan om etableringsfriheten, speciellt för juridiska personer, varit mål för prövning. I målet K prövas om de nationella finska reglerna utgör hinder mot den fria kapitalrörelsen. I nästa avsnitt följer därför en djupare kommentar om fri etablering och fri rörlighet av kapital.

I artikel 18 i EUF-fördraget stadgas ett allmänt förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Genom att en medlemsstat tillämpar olika regler på jämförbara situationer eller tillämpar lika regler på olika situationer kan diskriminering uppstå. Bestämmelsen avser diskriminering som inom ramen för Lissabonfördragets tillämpningsområde inte stadgar någon självständig rättighet. Först när reglerna i artikel 18 EUF-fördraget kan hänföras till någon rättighetsgrundande bestämmelse i fördraget uppstår en självständig rättighet för EU-medborgare.⁵⁹

3.2.2 Fri etablering och fri rörlighet för kapital

3.2.2.1 Fri etablering

Fri etablering är en underfrihet till fri rörlighet för personer. Den andra delen av friheten är fri rörlighet för arbetstagare. Då praxis på gränsöverskridande förlustutjämnning oftast berör etableringsfriheten kommer avsnittet inte närmre beröra fri rörlighet för arbetstagare.⁶⁰ Artikel 49 i EUF-fördraget är huvudstadgandet för fri etablering. Där stadgas att en medlemsstat som inskränker rätten för medborgare att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium är förbjuden. En medborgare som etablerar sig på ett sådant sätt kallas för primär etablering. Etablering i form av kontor, filial eller dotterbolag kallas för sekundär etablering och

⁵⁸ Ståhl m.fl., 2011, s. 70.

⁵⁹ Dahlberg, 2012, s. 340.

⁶⁰ Fri rörlighet för personer är indelat i två underfriheter: fri rörlighet för arbetstagare i artikel 45 EUF-fördraget och etableringsfriheten i artikel 49 EUF-fördraget.

restriktioner för sådana etableringar är också förbjudna.⁶¹ EU-medborgare är fysiska och juridiska personer och enligt artikel 54 i EUF-fördraget är en juridisk person en EU-medborgare om den bildats i enlighet med en medlemsstats lagstiftning och har sitt säte inom unionen. Med säte menas huvudkontor eller sin huvudsakliga uppgift.⁶²

3.2.2.2 Fri rörlighet av kapital

Fri rörlighet av kapital kan sägas ha en vidare tillämpning än de andra tre fördragsfriheterna. Den fria rörligheten av kapital gäller enligt artikel 63 EUF-fördraget också i relation till tredje land. I nästa avsnitt diskuteras betydelsen närmare. Vad gäller vilken personkrets som kan åberopa fördragsfriheten finns ingen begränsning, varför den till skillnad från de andra friheterna kan åberopas även av de som inte är EU-medborgare.⁶³ Artikel 63 EUF-fördraget innefattar ett förbud mot såväl diskriminering som icke-diskriminerande restriktioner, särskilt betydelsefullt är att detta också gäller i förhållande till tredje land.⁶⁴ I EU-rättslig mening anses en stor mängd transaktioner vara kapitalrörelser. I direktiv 88/361/EEG om fria kapitalrörelser framgår att inte enbart rent finansiella placeringar över gränserna avses med begreppet kapitalrörelser, utan även etableringar och olika typer av direktinvesteringar, t.ex. i fastigheter, inordnas under begreppet. Uppräkningen i direktivet av vilka typer av transaktioner som faller in under bestämmelsen ska enligt EUD vara vägledande när det bestäms vad som utgör en kapitalrörelse enligt fördraget.⁶⁵ Artikel 65.1 EUF-fördraget stadgar att artikel 63 inte ska påverka medlemsstaternas rätt i två avseenden. Medlemsstaterna ska ha rätt att tillämpa bestämmelser som skiljer mellan skattebetalare som har investerat sitt kapital på olika orter eller har olika bostadsort.⁶⁶ Dessutom ska medlemsstaterna ha rätt att i fråga om beskattning och tillsyn av finansinstitut, förhindra överträdelser av nationella lagar och fastställa förfaranden för deklaration av kapitalrörelser.⁶⁷

3.2.2.3 Förhållandet mellan fri etablering och fri rörlighet av kapital

Definitionen av kapitalrörelser är vid och många typer av transaktioner faller in under både fri rörlighet av kapital och fri etablering. Förhållandet mellan fria kapitalrörelser och etableringsfriheten behandlas i artiklarna 65.2 och 49 i EUF-fördraget. Enligt Dahlberg är rätten till fria kapitalrörelser parallell med etableringsfriheten. EUD har i sin praxis varit relativt

⁶¹ Dahlberg, 2012, s. 380.

⁶² Ståhl m.fl., 2011, s. 100-101.

⁶³ Ibid, s. 137.

⁶⁴ Dahlberg, 2012, s. 387.

⁶⁵ Ståhl m.fl., 2011, s. 138, se C-222/97 *Trummer och Mayer* p. 21.

⁶⁶ Artikel 65.1 a) EUF-fördraget.

⁶⁷ Artikel 65.1 b) EUF-fördraget.

återhållsam med att bedöma nationell skattelagstiftnings förhållande till fria kapitalrörelser. Ett skäl kan vara att innebörden av de övriga grundläggande friheterna är jämförelsevis väl utredd i EUD och att domstolen istället valt att pröva den nationella lagstiftningen i förhållande till till exempel etableringsfriheten.⁶⁸ Däremot spelar det ingen större roll under vilken fördragsfrihet som en regel prövas. Prövningen av om en nationell skatteregel strider mot någon av fördragsfriheterna görs på samma sätt oavsett vilken fördragsfrihet som regeln prövas mot. Utrymmet för att prövningen ska falla olika ut beroende på vilken fördragsfrihet fallet inordnas under är litet. När det däremot gäller en prövning gentemot tredje land ser det olika ut eftersom det enbart är fri rörlighet av kapital som ger en rättighet mot tredje land.⁶⁹ I målet *X och Y*⁷⁰ behandlades svenska regler för omstrukturering av företag. Omstruktureringen av företaget var gränsöverskridande och fick inte samma förmånliga behandling som den fått om den ägt rum inom Sveriges gränser. Domstolen inledde sina domskäl med att behandla de nationella bestämmelserna i förhållande till etableringsfriheten. I de fall etableringsfriheten inte var tillämplig bedömde domstolen också reglerna i förhållande till fria kapitalrörelser. Beträffande såväl rätten till fria kapitalrörelser som etableringsfriheten gjorde domstolen samma restriktionsanalys och bedömde åberopade rättfärdigande grunder enligt rule of reason-doktrinen på samma sätt.⁷¹

3.2.2.4 Kapitalrörelser till och från tredje land

En viktig aspekt vid fri rörlighet av kapital är om den friheten också kan appliceras i relation till tredje land. Vid en bokstavstolkning av artikel 63 i EUF-fördraget finns goda anledningar att tro det [...]ska alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjuden[...]⁷². Fri rörlighet av kapital har i princip samma mening mot tredje land som mot ett medlemsland. De möjligheter till rättfärdigande som följer av EUD:s praxis och av EUF-fördraget gäller alltså även här. Viss möjlighet till att begränsa den fria rörligheten av kapital gentemot tredje land finns i artiklarna 64 och 59 i EUF-fördraget. Dessa bestämmelser ger inte en generellt utökad möjlighet att begränsa kapitalrörelsen utan endast vid vissa specifikt angivna situationer.⁷³

EUD menar att tredje land som inte är en del av EU, lagar och åtaganden inom EU befinner sig i ett *annat rättsligt sammanhang*⁷⁴ och därför är vissa situationer mellan en medlemsstat och tredje land inte alltid jämförbara. Däremot avvisade EUD bestämt argumenten avseende att det finns en brist

⁶⁸ Dahlberg, 2012, s. 394.

⁶⁹ Ståhl m.fl., 2011, s. 138.

⁷⁰ C-436/00 *X och Y*.

⁷¹ Ibid, p. 66-74.

⁷² EUF-fördraget artikel 63, p.1.

⁷³ Ståhl m.fl., 2011, s. 168.

⁷⁴ Se exempelvis C-101/05 *A* p. 36 f., Terra och Wattel, 2012, s. 73 ff.

på ömsesidiga rättigheter i fråga om särskilda omständigheter i det fallet och senare fall. Att utvidga rätten till kapitalrörelser skulle försämra frihandelsförhandlingar med tredjeland och skada det skattemässiga värdet i medlemsstaten. Enligt EUD är kapitalrörelser till tredje land nästan alltid i jämförbar situation och medlemsstaterna utökade kapitalrörelser till att även omfatta tredje land.⁷⁵

3.3 Rättfärdigande av en hindrande regel

3.3.1 Rule of reason

Nationella regler som utgör en begränsning av grundläggande friheter kan rättfärdigas i särskilda fall även om de strider mot fördraget.⁷⁶ För det första gäller det situationer som uttryckligen anges i fördraget som accepterade undantag. För det andra situationer som rättfärdigas enligt det i EUD:s praxis utvecklade ”rule of reason”-testet.⁷⁷ Artikel 65 i EUF-fördraget ger vissa möjligheter till att godta nationella skatteregler som utgör hinder mot den fria rörligheten av kapital. Artikeln ses av EUD som en kodifiering av ”rule of reason”-doktrinen och inte som en utvidgning av denna praxis.⁷⁸

”Rule of reason”-testet används för att kunna godkänna fördragsstridiga hinder mot grundläggande friheter på särskild grund. Som EUD:s praxis visar är testet inte reserverat för någon särskild frihet som garanteras av fördraget och tillämpas på samma sätt på alla grundläggande friheter. ”Rule of reason”-testet består av fyra krav där samtliga måste vara uppfyllda för att en nationell regel som är fördragsstridig ska kunna rättfärdigas.⁷⁹

1. Regeln ska vara tillämplig på ett icke-diskriminerande sätt.
2. Regeln ska framstå som motiverande med hänsyn till ett trängande allmänintresse.
3. Regeln ska vara ägnad att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas.
4. Regeln ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

EUD prövar nationella skatteregler av direkt diskriminerande karaktär, indirekt diskriminerande karaktär och de som utgör hinder mot grundläggande friheter utan att precisera om de är diskriminerande eller inte. Med hjälp av ”Rule of reason”-doktrinen kan indirekt diskriminerande

⁷⁵ Se exempelvis mål C-101/05 A p. 36 f.

⁷⁶ Dahlberg, 2012, s. 350.

⁷⁷ Ståhl m.fl., 2011, s. 149.

⁷⁸ Ståhl m.fl., 2011, s. 148, Dahlberg, 2012, s. 392.

⁷⁹ Mål C-55/94 Gebhard, p 37.

skatteregler rättfärdigas⁸⁰ medan regler av direkt diskriminerande karaktär enbart kan rättfärdigas med stöd i fördraget.⁸¹

3.3.2 Principiellt accepterade grunder

3.3.2.1 Förhindra skatteflykt

EUD har inte i något mål uttryckt att nationella skatteregler som utgör hinder för grundläggande friheter kan rättfärdigas med grunden att en medlemsstat vill förhindra skatteflykt. Däremot accepterar domstolen vissa former av lagstiftning mot skatteflykt i sina avgöranden. Det kan inte presumeras, enbart i grunden att ett företag etablerar sig eller en person flyttar till en annan stat, att skatteflykt sker för att de fortfarande omfattas av etableringsstatens skattelagstiftning.⁸² Den nationella lagstiftningen ska istället omfatta etableringar i andra länder som har en karaktär av konstlade upplägg.⁸³

EUD har tillämpat begreppet ”konstlade upplägg” i bl.a. målet *Cadbury Schweppes*. Då kunde de brittiska CFC-reglerna som utgjorde hinder för den fria rörligheten godkännas om de riktade sig mot rent konstlade upplägg, utan ekonomisk förankring i etableringsstaten med syfte att undvika skatt i hemstaten. Frågan om ett konstlat upplägg föreligger prövas utifrån verkliga omständigheter på objektiva grunder. Rent konstlade upplägg konstrueras för att gynnas av mer fördelaktiga skatteregler i länder där vinsten flyttas samt inga verkliga etableringar genom att driva reell ekonomisk verksamhet vidtas. Som exempel på verkliga etableringar kan anges: kontorslokaler, produktionslokaler och personal till skillnad från brevlådeföretag som är ett exempel på konstlade upplägg.⁸⁴ Begreppet konstlade upplägg hade också avgörande betydelse i *Thin Cap Group Litigation*⁸⁵ där EUD avgjorde frågan om underkapitaliseringsregler kunde rättfärdigas med grunden i skatteflykt. Enligt EUD kunde reglerna godkännas om de hade till syfte att förhindra kringgående av skatteregler genom fiktiva upplägg. I målet *Lankhorst-Hohorst* som handlade om tyska regler mot underkapitalisering åberopade medlemsstaten att reglerna infördes med syfte att hindra skatteflykt. Enligt EUD har reglerna inte riktat sig mot rent konstlade bolagskonstruktioner som hade för syfte att kringgå de tyska skattereglerna utan omfattade istället alla former av underkapitalisering. Därför kunde de fördragsstridiga skattereglerna inte rättfärdigas med skatteflykt i grunden.⁸⁶

⁸⁰ Se vidare C-204/90 *Bachmann*, p 9.

⁸¹ Har bekräftats i C-153/08 *Kommissionen mot Spanien*, p 45, C-311/97 *Royal Bank of Scotland*, p 32.

⁸² C-9/02 *Lasteyrie*.

⁸³ Begreppet artificial arrangements kommer från Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*.

⁸⁴ Mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*.

⁸⁵ Mål C-446/04 *Thin Cap Group Litigation*.

⁸⁶ Mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*.

En ny utvecklingslinje i EUD:s praxis kan observeras i Marks & Spencer-målet då istället för att pröva skatteflykt som en separat rättfärdigande grund för hindrande skatteregler gör EUD en samlad bedömning av flera grunder.⁸⁷ I Marks & Spencer var syftet att bevara skattefördelning mellan medlemsländerna och förhindra att förluster utnyttjas dubbelt. EUD ville undvika skatteundandragande genom att högt beskattade länder hämtar förluster som kunde rättfärdiga inskränkning till förlustutjämnning i gränsöverskridande transaktioner.⁸⁸

Det är av betydelse för EUD:s bedömning hur en medlemsstat motiverar syftet med fördragsstridande nationella skatteregler och mer sannolikt kommer de att rättfärdigas som allmänt skydd för den nationella skattebasen än som enbart hinder mot skatteflykt.⁸⁹

3.3.2.2 Skattesystemets inre sammanhang

Skattesystemets inre sammanhang tillämpades för första gången i C-204/90 Bachmann-målet.⁹⁰ Fallet handlade om den belgiska lagstiftningen som utgjorde hinder för den fria rörligheten för arbetstagare genom att vägra avdragsrätten för premier för vissa pensionsförsäkringar. En tysk medborgare som var bosatt i Belgien ville göra avdrag för premier som han betalade till ett tysk försäkringsbolag. På grund av att de utfallande försäkringsbeloppen skulle beskattas i Tyskland medan avdrag för premier skulle göras i Belgien kunde den EU-stridiga lagstiftningen rättfärdigas för att den skyddade skattesystemets inre sammanhang.

Efter Bachmann-målet har inte EUD rättfärdigat en skatteregel som utförde hinder mot den fria rörligheten i grunden av skattesystemets inre sammanhang. Ett sådant försök gjordes i två andra mål, C-136/00 Danner och C-80/94 Wielockx, men omständigheterna där var delvis annorlunda. I båda fallen som handlade om avdrag för försäkringspremier reglerades rätten till beskattning av pensioner i dubbelbeskattningsavtalen. Enligt EUD förelåg då inte strikt korrelation mellan rätten att dra av premiekostnader och beskattningen för utfallande pensioner och därför kunde skyddet för skattesystemets inre sammanhang inte rättfärdiga de mindre förmånliga skattereglerna.⁹¹

⁸⁷ Mål C- Marks & Spencer, C-231/05 OY AA.

⁸⁸ Lang, *The Marks & Spencer Case-The Open Issues Following the ECJ's final Word*, 2006, s. 59 och Ståhl m.fl., 2011, s. 153.

⁸⁹ Ståhl, m.fl., 2011, s.156.

⁹⁰ C-204/90 Bachmann, se även C-300/90 *Kommissionen mot Belgien* som avgjordes parallellt.

⁹¹ Ståhl m.fl., 2011, s. 150 f., Terra och Wattel, 2012, s. 109 och 114.

3.3.2.3 Effektiv skattekontroll

I målet *Futura Participations* har EUD accepterat effektiv skattekontroll som rättfärdigandegrund och tills nu är målet det enda då denna grund bedömts som tillämplig. Målet handlade om ett franskt företag med filial i Luxemburg som ville utnyttja underskott i filialen under kommande beskattningsår. Luxemburgs skattelagstiftning ställde bl.a. krav på att bokföring i filialen skulle upprättas enligt luxemburgsk lag som enligt EUD utgjorde ett hinder mot etableringsfriheten. Slutligen har EUD godtagit de luxemburgska skattereglerna med motiveringen att kravet har till syfte att säkerställa en effektiv skattekontroll. Dock kunde inte kravet att filialen i Luxemburg skulle upprätta bokföring enligt både fransk och luxemburgsk lagstiftning anses vara proportionerligt i förhållande till syfte att garantera en effektiv skattekontroll i Luxemburg. Enligt direktiv 77/799 kan en medlemsstats behöriga myndigheter begära upplysningar från behöriga myndigheter i en annan medlemsstat för att korrekt fastställa inkomstskatter för en skattskyldig som har sitt säte i den andra medlemsstaten.⁹²

3.3.2.4 Territorialitetsprincipen

Territorialitetsprincipen betyder att beskattning ska ske i det land som inkomsten hänför sig till. Det första fall där EUD prövade om territorialitetsprincipen utgör en rättfärdigandegrund var *C-250/95 Futura Participations*. I målet hade en medlemsstat vid beskattningen av utländska bolags inhemska fasta driftställen vägrat avdrag för de kostnader och förluster i verksamheten som hade bedrivits i bolagets hemland. Motiveringen till detta var att inkomsterna från verksamheten inte beskattades i driftställestaten. Detta utgjorde hinder mot den fria rörligheten, men kunde rättfärdigas genom territorialitetsprincipen. Principen har tillämpats även i senare mål, t.ex. *C-168/01 Bosal Holding*. I *Marks & Spencer*-målet har EUD tillämpat strängare krav och skälet att moderbolagsstaten inte beskattade vinster som uppstod i de utländska dotterbolagen var inte tillräckligt för att godta de brittiska skattereglerna med grunden i territorialitetsprincipen.⁹³

3.3.3 Grunder som avfärdats

I flera mål åberopade medlemsstater att det direkta skatteområdet tillhör medlemsstaternas behörighet och att EUD saknar kompetens att pröva skattefrågor som handlar om direktbeskattning i förhållande till grundläggande rättigheter. EUD har redan i *Avoir fiscal*-målet uttalat att den direkta beskattningens område ligger i EUD:s kompetenser. Uttalandet har även bekräftats i EUD:s senare avgöranden. Medlemsstaterna har behållit

⁹² *C-250/95 Futura Participations*, Terra och Wattel, 2012, s. 138.

⁹³ Ståhl, m.fl., 2011, s. 163 f. samt Lang, 2005 – *en vändpunkt i EGD:s skattepraxis beträffande grundfriheterna?*, 2010, s. 925-956.

sin nationella suveränitet på detta område men deras skattelagstiftning får inte strida mot fördraget på ett sätt som utgör hinder för de grundläggande friheterna.⁹⁴

En av de rättfärdigande grunder som EUD har underkänt flera gånger är motiveringen att fördragsstridande regler har för syfte att skydda en medlemsstats skattebas och förhindra en förlust av skatteintäkter. EUD förklarade att en direkt diskriminerande skatteregel enbart kan godkännas med stöd i undantag i fördraget och eftersom minskade skatteintäkter inte kan anses som en tvingande hänsyn av allmänintresse. Därför godtas det inte som en rättfärdigande grund.⁹⁵ EUD har också slagit fast att en fördragsstridig skatteregel inte kan rättfärdigas med hänsyn till att den som har missgynnats av regeln i en medlemsstat får en kompenserande fördel i en etableringsstat.⁹⁶

⁹⁴ Mål 270/83 *Avoir Fiscal*, mål C-385/00 *de Groot*, p 75, mål C-279/93 *Schumacker*, p 21, mål C-80/94 *Wielockx*, p 16. Se även Dahlberg, 2012, s. 256 f..

⁹⁵ Se EUD:s motivering i mål C-264/96 *ICI*, p 28, mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*, p 36.

⁹⁶ Enligt EUD i mål C-330/91 *Commerzbank*, då varje skatteregel ska betraktas för sig själv med undantag för situationer där hänsyn tas till skatteavtalets inverkan.

4 Praxis från EUD

4.1 Bakgrund

Den praxis som finns avseende gränsöverskridande förlustutjämning gäller främst juridiska personer. I Marks & Spencer⁹⁷ introducerade EUD för första gången begreppet slutliga förluster. Inom ramen för proportionalitetsprincipen beviljade EUD moderbolag rätt till avdrag för förluster utomlands, dvs. gränsöverskridande förlustutjämning när förlusterna i dotterbolagen var slutgiltiga.⁹⁸ EUD har i efterföljande praxis vidareutvecklat detta undantag som medger rätt till gränsöverskridande förlustutjämning. I detta avsnitt kommer Marks & Spencer och efterföljande praxis redogöras för i kronologisk ordning. Redogörelserna fokuserar på fakta i målen samt EUD:s prövning av proportionalitetsprincipen.

4.2 Praxis juridiska personer

4.2.1 Marks & Spencer

4.2.1.1 Omständigheter

Marks & Spencer är en koncern med moderbolag i Storbritannien och dotterbolag i bland annat Belgien och Tyskland. Dotterbolagen i Belgien och Tyskland hade gått med förlust varvid de likviderades. Marks & Spencer ansökte om att få göra koncernavdrag för förlusterna i dotterbolagen. Ansökan medgavs inte eftersom de brittiska förlustavdragsreglerna endast tillät koncernavdrag för förluster uppkomna i Storbritannien.⁹⁹ Begäran om förhandsbesked, avseende tolkning av artiklarna 43 i EG-fördraget (artikel 49 EUF) och 48 i EG-fördraget (artikel 54 i EUF) framställdes av den brittiska skattemyndigheten. Denna begäran avsåg de brittiska skattemyndigheternas beslut om att neka Marks & Spencer avdrag för förluster som uppkommit i bolagets dotterbolag i Belgien, Tyskland och Frankrike.

Den första frågan som behandlades var huruvida regler som medger avdrag för förluster i dotterbolag hemmahörande i samma stat som moderbolaget, men inte för förluster i utländska dotterbolag är förenliga med etableringsfriheten inom EU-rätten. Domstolen konstaterade att det utgör en inskränkning i etableringsfriheten att inte medge avdrag för utländska dotterbolag, när sådana avdrag medges för inhemska dotterbolag.¹⁰⁰

⁹⁷ C-446/03 *Marks & Spencer*.

⁹⁸ *Ibid*, p. 55.

⁹⁹ *Ibid*, p. 18-22, 24

¹⁰⁰ *Ibid*, p. 33-34

4.2.1.2 Rättfärdigandebedömningen

Nästa fråga blev om inskränkningen i etableringsfriheten kunde rättfärdigas. Medlemsstaterna åberopade tre olika rättfärdigande grunder. Den första var säkerställandet av en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Här argumenterade medlemsstaterna utifrån att vinster och förluster är två sidor av samma mynt och att dessa därmed bör behandlas lika inom ett och samma skattesystem för att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten.¹⁰¹ Argumentet ger uttryck för den symmetri som finns i fördelningen av beskattningsrätten.

Domstolen erinrade om att en minskning av skatteintäkter inte kan anses utgöra en sådan tvingande hänsyn till allmänintresset som gör att lagstiftningen kan rättfärdigas, men att säkerställandet av en välavvägd fördelning av beskattningsrätten kan göra det nödvändigt att enbart tillämpa hemviststatens skatteregler för ett bolags vinster och förluster. Domstolen menade vidare att fördelningen av beskattningsrätten allvarligt skulle äventyras om bolag gavs valmöjlighet beträffande var deras förluster ska beaktas.¹⁰²

De övriga två rättfärdigande grunderna som åberopades var avvärandet av risken att förluster beaktas två gånger och förhindrandet av skatteflykt. Domstolen konstaterade att det vid gränsöverskridande tillämpning av koncernavdragsreglerna, förelåg risk både för att förluster beaktas två gånger och för skatteflykt. Domstolen ansåg att med hänsyn till samtliga tre rättfärdigande grunder syftade den brittiska lagstiftningen till att uppnå ett tungt vägande allmänintresse och gick vidare till proportionalitetsbedömningen. I doktrinen har beaktandet av samtliga tre åberopade rättfärdigande grunder tolkats som att ingen av grunderna i sig hade varit tillräcklig för att rättfärdiga åtgärden ifråga.¹⁰³

4.2.1.3 Proportionalitetsbedömningen och slutliga förluster

Marks & Spencer och kommissionen hade framfört två exempel på mindre inskränkande åtgärder än att inte alls medge gränsöverskridande koncernavdrag. För det första menade de att en mindre inskränkande åtgärd skulle vara att medge tillfällig överföring av förluster, som villkoras med återföring vid eventuell framtida vinst i dotterbolaget. För det andra menade de att gränsöverskridande koncernavdrag i vart fall borde medges då dotterbolaget uttömt möjligheterna i sin hemviststat att utnyttja sina förluster.¹⁰⁴

¹⁰¹ C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 43.

¹⁰² *Ibid*, p. 44-46.

¹⁰³ Se t.ex. Lang, 2006, I, s. 59.

¹⁰⁴ Mål C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 54.

Domstolen ansåg att koncernavdragsreglerna gick utöver vad som var nödvändigt då dotterbolaget uttömt de möjligheter som erbjöds i dess hemviststat att beakta förlusterna under beskattningsåret och tidigare beskattningsår, samt att det inte fanns någon möjlighet att utnyttja förlusterna under kommande beskattningsår. Vidare förtydligade domstolen att det strider mot etableringsfriheten att inte medge gränsöverskridande koncernavdrag då moderbolaget visar att det uppfyller villkoren för att betraktas som en slutlig förlust.¹⁰⁵ Även om domstolen ger ett tydligt svar på att slutliga förluster ska innebära rätt till avdrag i moderbolaget så uppstår frågor kring vilka förluster som kan betraktas som slutliga. Exempelvis framgår det inte enligt vilket lands skatteregler förlusten ska beräknas. Domstolen nämner endast att parterna i målet kommit överens om att förlusterna ska beräknas enligt de brittiska reglerna, vilket inte ger någon ledning om vad gemenskapsrätten säger.¹⁰⁶

4.2.2 Oy AA

Oy AA var ett finskt dotterbolag till ett brittiskt moderbolag. Moderbolaget gick med förlust varvid Oy AA ville lämna ett koncernbidrag till moderbolaget. Oy AA ville att den ekonomiska överföringen skulle klassificeras som ett koncernbidrag enligt finsk rätt, vilket skulle innebära att koncernbidraget var en avdragsgill kostnad för Oy AA. De finska reglerna klassificerade dock endast koncernbidrag till finska moderbolag, dvs. nationella koncernbidrag, som avdragsgilla koncernbidrag.¹⁰⁷

EUD ansåg att de finska reglerna var ett hinder mot etableringsfriheten.¹⁰⁸ De rättfärdigandegrunderna som rättfärdigade skattereglerna var behovet att bevara fördelningen av beskattningsrätten och för att förhindra skatteflykt.¹⁰⁹ EUD ansåg vidare att reglerna var proportionerliga eftersom mindre ingripande regler inte kunde uppnå syftet med regler, dvs. förhindra att moderbolag kan välja var förluster ska beaktas.¹¹⁰ Det bör noteras att EUD, inom ramen för proportionalitetsprincipen, inte nämnde begreppet slutgiltiga förluster eller *Marks & Spencer*-undantaget.

4.2.3 Shell

Shell var ett tyskt bolag som hade ett fast driftställe i Italien. Shell sköt insatskapital till det fasta driftstället. I takt med att det fasta driftstället gick med vinst återbetalades insatskapitalet. Återbetalningarna beräknades enligt

¹⁰⁵ Mål C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 55-56.

¹⁰⁶ *Ibid*, p. 22.

¹⁰⁷ Mål C-231/05 *Oy AA*, p. 11-14. Läs vidare om målet i bland annat, Van Thiel, *Justifications in Community Law for Income Tax restrictions on Free Movement: Acte clair rules that can be readily applied by national courts*, 2008 samt Wattel, *Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power*, 2007.

¹⁰⁸ Mål C-231/05 *Oy AA*, p 31-32.

¹⁰⁹ *Ibid*, p, 53, 55, 58 och 60

¹¹⁰ *Ibid*, p 64-65

valutakursen för tyska mark och italienska lire som gällde vid tidpunkten för varje betalning. När det fasta driftstället upphörde att existera stod Shell med en valutakursförlust av det hemtagna insatskapitalet. I Italien kunde förlusten inte beaktas eftersom intern italiensk rätt inte medgav detta. Förlusten kunde heller inte beaktas i Tyskland eftersom skatteavtalet mellan länderna föreskrev exemptmetoden och intern tysk rätt föreskrev avdragsförbud för kostnader som hade samband med skattefria intäkter.¹¹¹

EUD ansåg att de tyska reglerna var ett hinder mot etableringsfriheten.¹¹² Men domstolen menade att etableringsfriheten inte innebär att medlemsländerna har en skyldighet att utforma sina skatteregler utifrån andra medlemsländers regler för att säkerställa en neutral beskattning. Således måste en hemviststat inte beakta en förlust i ett fast driftställe utomlands endast på grund av att förlusten inte beaktas i källstaten.¹¹³ Slutligen menade dock EUD att reglerna ändå inte var rättfärdigade eftersom endast hemviststaten hade möjlighet att beakta förlusten och därför måste avdrag medges i Tyskland.¹¹⁴

4.2.4 Lidl

Lidl var ett tyskt kommanditbolag med ett fast driftställe i Luxemburg. År 1999 gick det fasta driftstället med förlust. Lidl tilläts inte göra avdrag för förlusten i Tyskland eftersom skatteavtalet länderna emellan tillämpade exemptmetoden och intern tysk rätt stadgade avdragsförbud för kostnader som hade samband med skattefria intäkter.¹¹⁵

EUD ansåg att de tyska reglerna konstituerade ett hinder mot etableringsfriheten.¹¹⁶ Reglerna var dock rättfärdigade med hänvisning till behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten och risken att förluster beaktas två gånger.¹¹⁷ EUD bekräftade Marks & Spencer-undantaget,¹¹⁸ men konstaterade samtidigt att de kriterier som domstolen ställde upp i Marks & Spencer,¹¹⁹ för att förluster ska anses vara slutgiltiga och således ge rätt till gränsöverskridande förlustavdrag, inte var uppfyllda i föreliggande fall eftersom den luxemburgska skattelagstiftningen medgav att förluster rullades framåt. Det fasta driftstället hade de facto medgivits rätt till avdrag för förlusten 2003, då det fasta driftstället var vinstdrivande,

¹¹¹ C-293/06 *Deutsche Shell*, p. 9-11, 15-16. Läs vidare om målet i Meussen, *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, 2008 och Wimpissinger, *Cross Border Transfer of Losses, the ECJ does not agree with advocate general Sharpton*, 2008.

¹¹² C-293/06 *Deutsche Shell*, p. 30-32.

¹¹³ *Ibid.*, p. 42-43.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 44.

¹¹⁵ C-414/06 *Lidl Belgium*, p. 8-11. Läs vidare om målet i Meussen, 2008, samt i Wimpissinger, 2008.

¹¹⁶ C-414/06 *Lidl Belgium*, p. 25.

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 31-34, 36.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 46-48.

¹¹⁹ C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 55.

varvid förlusten inte kunde anses vara slutgiltig 1999. Således var de tyska skattereglerna proportionerliga.¹²⁰

4.2.5 Krankenhaus

Krankenhaus var ett tyskt bolag med ett fast driftställe i Österrike. Det fasta driftstället gick med förlust under ett antal år varvid avdrag för förlusterna medgavs i Tyskland. När det fasta driftstället sedan gick med vinst återfördes de medgivna avdragen till beskattning, i enlighet med tyska skatteregler. Österrikisk intern rätt tillät inte att förluster rullades framåt. Således medgavs inte avdrag för förlusterna i något av medlemsländerna.¹²¹

EUD ansåg att de tyska reglerna utgjorde ett hinder mot etableringsfriheten.¹²² Vidare ansåg EUD att de tyska reglerna kunde rättfärdigas med hänvisning till rättfärdigandegrunden skattesystemets inre sammanhang.¹²³ EUD ansåg också, om än kortfattat, att reglerna var proportionerliga.¹²⁴ Domstolen betonade att medlemsländerna inte är skyldiga att utforma sin skattelagstiftning utifrån källstatens regler och att de inte måste garantera en neutral beskattning vid gränsöverskridande aktivitet.¹²⁵

4.2.6 X Holding

X Holding var ett nederländskt moderbolag med ett dotterbolag i Belgien. Nederländska regler tillät inte X Holding och dotterbolaget att bilda en enda skattemässig enhet eftersom dotterbolaget inte hade hemvist i Nederländerna.¹²⁶ Eftersom nederländska moderbolag med inhemska dotterbolag tilläts bilda en skattemässig enhet, vilket är en skattefördel eftersom bolagen beskattas integrerat, ansåg EUD att de nederländska reglerna var ett hinder mot etableringsfriheten.¹²⁷ Reglerna var dock rättfärdigade med hänvisning till behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten.¹²⁸ EUD ansåg vidare att reglerna var proportionerliga eftersom mindre ingripande regler inte kunde uppnå syftet med reglerna, dvs. förhindra att moderbolag kan välja var förluster ska beaktas.¹²⁹ EUD

¹²⁰ C-414/06 *Lidl Belgium*, p.49-50, 53.

¹²¹ C-157/07 *Krankenhaus*, p. 13-16. Läs vidare om målet i Lang, *Recent Case Law in the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tension and Contradictions*, 2009 och Kok, *Domestic and Cross-Border Loss Relief in the European Union*, 2010.

¹²² C-157/07 *Krankenhaus*, p. 35-38.

¹²³ *Ibid.*, p. 42-43.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 45.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 48-50.

¹²⁶ C-337/08 *X Holding*, p. 6-7. Läs vidare om målet i Törner och Monsego *Några synpunkter på EU-domstolens resonemang i X Holding-målet*, 2008 och Van Thiel och Vascegar, *X Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren*, 2010.

¹²⁷ C-337/08 *X Holding*, p. 18, 24.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 31-33.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 41-42.

behandlade inte det undantag för gränsöverskridande förlustavdrag som domstolen introducerade i Marks & Spencer.

4.2.7 A Oy

A Oy var ett finländskt företag med ett dotterbolag i Sverige. Dotterbolaget gick med förlust varvid A Oy valde att avsluta verksamheten i dotterbolaget. A Oy ville genomföra en fusion med dotterbolaget, efter att verksamheten avslutats, varvid dotterbolagets sparade förluster skulle överföras till A Oy och möjliggöra förlustavdrag. De finländska reglerna medgav endast avdrag för sparade förluster vid fusion med finländska dotterbolag, och inte utländska dotterbolag.¹³⁰

EUD fann att de finländska förlustavdragsreglerna var ett hinder mot etableringsfriheten.¹³¹ Reglerna var motiverade med hänvisning till rättfärdigandegrunderna behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten, risken att förluster beaktas två gånger och hindra skatteflykt.¹³² Inom ramen för proportionalitetsprincipen bekräftade EUD Marks & Spencer-undantaget. Domstolen fastställde att om dotterbolaget uttömt alla möjligheter att beakta förlusterna i hemviststaten, dvs. förlusterna var slutgiltiga, var de finländska reglerna inte proportionerliga och gränsöverskridande förlustavdrag måste medges. Huruvida förlusterna var slutgiltiga lämnade EUD upp till den nationella domstolen att bedöma.¹³³

4.3 Praxis fysiska personer, Målet K

4.3.1 Omständigheter

År 2004 sålde K, en obegränsat skattskyldig finländsk medborgare, en fast egendom i Frankrike med en förlust på € 172 623. K erhöll ingen inkomst i Frankrike 2004, vilken hade tillåtit K att kvitta kapitalförlusten mot annan fransk inkomst. Samma år avyttrade K också värdepapper med vinst, vilken var skattepliktig i Finland och från vilken K ville göra avdrag mot förlusten på försäljningen av den franska fasta egendomen. Eftersom fastigheten inte var belägen i Finland fick K inte möjlighet att kvitta vinsten från värdepappersförsäljningen mot förlusten från fastighetsförsäljningen. Den finska skattebyrån medgav således inte avdragsrätt från i Finland

¹³⁰ C-123/11 *A Oy*, p. 10-15. Läs vidare om målet i Ceije och Hilling, *Aktuellt om EU-domstolens praxis*, 2013 och Cohrs, *Unresolved Issues in the ECJ's Case Law on Cross-Border Intra-Group Loss Relief in the Light of A Oy*, 2013, I.

¹³¹ C-123/11 *A Oy*, p. 31-32.

¹³² *Ibid*, p. 41-46.

¹³³ *Ibid*, p. 46, 54.

skattepliktig inkomst.¹³⁴ Det finländsk-franska skatteavtalet fördelar beskattningsrätten mellan staterna i enlighet med artikel 13(1), detta betyder att inkomst från försäljning av fast egendom fick beskattas av källstaten, Frankrike. Dubbelbeskattning undanröjdes av hemviststaten Finland genom en tillämpning av exemptmetoden. Exemptmetoden medför att inkomst helt eller delvis undantas från beskattning i en stat oftast därför att den beskattas i en annan stat.¹³⁵ Beskattning på inkomsten undantogs i Finland och tillkom i sin helhet källstaten Frankrike. Frågan som Finlands Högsta förvaltningsdomstol ställde EUD var om den finska avdragsbegränsningen var förenlig med EU-rätten här avseende förlust vid försäljning av fast egendom belägen i Frankrike.¹³⁶

4.3.2 EUD:s bedömning

4.3.2.1 Fri rörlighet av kapital

I sitt avgörande analyserade EUD huruvida den finska förlustutjämningsregeln utgjorde en godtycklig diskriminering eller en olovlig restriktion av den fria rörelsen av kapital. Först utredde domstolen om det finska skattesystemet föll inom ramen för den fria rörligheten för kapital. I ett andra steg bedömde domstolen förekomsten av en diskriminering eller en restriktion och övervägde hur långt de motiveringar som framförts av medlemsstaterna är godtagbara. Till slut undersökte domstolen proportionaliteten i det finska skattesystemet.

När EUD analyserade huruvida det finska skattesystemet faller inom ramen för reglerna om den fria rörligheten av kapital hänvisade den till de kapitalrörelser som räknas upp i bilaga 1 till direktiv 88/361. Trots att direktivet inte längre är i kraft använde domstolen förteckningen som en icke uttömmande lista över rörelse av kapital som faller in under artiklarna 63 och 65 EUF-fördraget. Bland de kapitalrörelser som nämns i förteckningen anges under rubriken II, inlänningars investeringar i fast egendom utomlands. Domstolen drog följaktligen slutsatsen att den aktuella finska regeln omfattades av fri rörlighet av kapital och måste följa artiklarna 63 och 65 EUF-fördraget.¹³⁷

4.3.2.2 Restriktioner av den fria rörligheten av kapital

Domstolen var av åsikten att den finska förlustutjämningsregeln placerar en finsk obegränsat skattskyldig person, som med förlust avyttrar fast egendom i en annan medlemsstat, i ett mindre gynnsamt läge än om avyttringen skett i Finland. Följaktligen riskerar den finska regeln att avskräcka finska medborgare från att göra investeringar i andra medlemsstater. Domstolen

¹³⁴ Mål C-322/11 K, p. 10-11.

¹³⁵ Ibid, p. 7-9.

¹³⁶ Ibid, p. 18.

¹³⁷ Ibid, p. 20-22.

menade att skattebetalare som investerar i fast egendom i Finland och skattebetalare som investerar i fast egendom i en annan medlemsstat är i jämförbara situationer. Det faktum att beskattningen av obegränsat skattskyldiga som investerar i fast egendom utomlands, som K, omfattas av bestämmelserna i skatteavtalet är oväsentlig och gör inte situationen för sådana skattskyldiga jämförbar med de skattskyldiga som investerar i fast egendom i Finland. Därför är EUD av uppfattningen att den finska förlustutjämningsregeln utgör en restriktion av den fria rörligheten för kapital.¹³⁸

4.3.2.3 Motivering av restriktionerna

I yttranden från medlemsstaterna framfördes följande motiveringar för regeln: (i) fördelningen av beskattningsrätten, (ii) behovet att förhindra dubbla avdrag av förluster, (iii) behovet att förebygga risken för skatteflykt och (iv) upprätthållandet av det inre sammanhanget.

För det första accepterar EUD fördelningen av beskattningsrätten som en legitim motivering med tanke på vikten av en symmetri mellan rätten att beskatta överskott och möjligheten att dra av underskott i en medlemsstat. Sådan symmetri hindrar den skattskyldige att fritt välja vilken medlemsstat som deras vinster och förluster ska göras gällande.¹³⁹ I enlighet med det finsk-franska skatteavtalet har Frankrike exklusiv beskattningsrätt på inkomst från fransk fast egendom och beskattning i Finland är fullt undantagen. Som en konsekvens är de i Finland icke avdragsgilla förlusterna en garanti för en existens av symmetri och kan motiveras med den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.¹⁴⁰

För det andra är EUD, i linje med sina tidigare avgöranden¹⁴¹, medveten om att dubbla avdrag för förluster måste förhindras. Däremot menar domstolen att det i det här fallet inte finns någon risk för dubbla avdrag av förlusten på den av K avyttrade fasta egendomen. Detta eftersom fransk skattelagstiftning inte medger något avdrag på förlust vid försäljning av fastighet. Domstolen avvisar därför förhindrandet av dubbla avdrag av förluster som en legitim motivering av regeln.¹⁴²

För det tredje, om att förebygga risker för skatteflykt, upprepar EUD kort principer från tidigare avgöranden¹⁴³ och konstaterar att endast nationella regler som syftar till att bekämpa rent fiktiva upplägg från att utnyttja en

¹³⁸ Ibid, p. 28-32.

¹³⁹ Ibid, p. 51-54.

¹⁴⁰ Ibid, p. 45-46

¹⁴¹ Se exempelvis C-347/04 *Rewe Zentralfinanz*, C-446/03 *Marks & Spencer* samt C-414/06 *Lidl Belgium*.

¹⁴² C-322/11 K, p. 56-57.

¹⁴³ Se exempelvis C-175/88 *Biehl*, mål C-196/04 *Cadbury Schweppes*, mål C-231/05 *Oy AA*, mål C-371/10 *National Grid Indus*.

viss skatteförmån kan motiveras av behovet att motverka skatteflykt. Avslaget av förlustutjämning är inte specifikt menat för att förebygga skatteflykt, utan är generellt tillämpligt på alla realiserade förluster på försäljning av utländsk fastighet. Därför anser EUD att de finska förlustutjämningsreglerna inte kan vara motiverade av behovet att förebygga skatteflykt.¹⁴⁴

För det fjärde erkänner EUD att sammanhålla det finska skattesystemet är en legitim riktning som motiverar den restriktiva karaktären på den finska åtgärden. Uppfattningen förlitar sig på att en symmetri garanteras av den finska regeln, eftersom det finns en direkt länk mellan överskott som inte beskattas och underskott som inte dras av, anslutna till att utländska intäkter helt undantas menar EUD att det finska skattesystemet bygger på logiska principer och en symmetri som säkerställer dess sammanhang.¹⁴⁵

Sammanfattningsvis accepterade EUD både fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och upprätthållandet av ett inre sammanhang i det finska skattesystemet som kapabla motiveringar av den finska restriktiva förlustutjämningsregeln. Icke desto mindre måste regeln vara proportionerlig för att anses förenlig med EUF-fördraget.

4.3.2.4 Proportionalitet

Proportionalitetsbedömningen som utvecklats av EUD i tidigare rättspraxis¹⁴⁶ syftar till att säkerställa att en restriktiv men motiverad lagregel kan nå sitt berättigade mål utan att begränsa de grundläggande friheterna mer än vad som är strikt nödvändigt. EUD repeterar först antagna principer från tidigare rättspraxis¹⁴⁷ beträffande avdrag från utländska förluster, det vill säga att det är oproportionerligt för en hemviststat att inte medge utjämning av utländska förluster i situationer där alla förlustutjämningsmöjligheter i den andra medlemsstaten har uttömts av den skattskyldige.¹⁴⁸ I målet K är EUD av uppfattningen att den faktiska situationen kräver förutsättningar för de tidigare hållna principerna, eftersom Frankrike inte medger förlustutjämning på fast egendom. EUD menar att i de fall det inte finns någon förlustutjämningsreglering i den andra medlemsstaten, kan Finland inte bli tvingad att medgiva förlustutjämningsreglerna. I domen skriver EUD att:

Fri rörlighet för kapital kan inte förstås så, att en medlemsstat är skyldig att avpassa sina skattebestämmelser efter en annan medlemsstats skattebestämmelser för att i alla situationer

¹⁴⁴ C-322/11 K, p 61-63.

¹⁴⁵ Ibid, p. 64, 68-71.

¹⁴⁶ CJEU, 20 feb 1979, 120/79 *Reze-Zentral AG/Bundesmonopolver waltung für Branntwein*

¹⁴⁷ Se exempelvis C-446/03 *Marks & Spencer* samt C-414/06 *Lidl Belgium*.

¹⁴⁸ C-322/11 K, p. 75.

säkerställa en beskattning som utplånar alla de olikheter som följer av de nationella skattelagstiftningarna [...].¹⁴⁹

EUD ansåg att den restriktiva finska åtgärden inte endast var motiverad utan också proportionerlig och därför inte stred mot artiklarna 63 och 65 EUF-fördraget.

¹⁴⁹ C-322/11 K, p. 80.

5 Utvecklingen av Marks & Spencer-undantaget

5.1 Marks & Spencers mottagande

EUD:s dom i Marks & Spencer-målet kom som en överraskning för många skatteexperter.¹⁵⁰ De flesta hade förväntat sig att EUD skulle begära att Storbritannien skulle tillåta en lättnad för gränsöverskridande situationer, till flera medlemsstaters stora förtret, på samma sätt som koncernavdrag tillämpas i landet.¹⁵¹ EUD kom i stället fram till en lösning som innebar att moderbolagets hemviststat ska tillåta förlustavdrag för utländska dotterbolag, endast om dessa förluster inte kan utnyttjas i dotterbolagets hemviststat.¹⁵² I tidigare avgöranden har EUD:s ståndpunkt varit att jämförbara situationer ska behandlas lika medan olika situationer ska behandlas olika, det vill säga att diskriminering och inskränkande åtgärder endast kan föreligga vid objektivt jämförbara situationer.¹⁵³ För att en inskränkning av en grundläggande frihet på den direkta beskattningens område ska kunna rättfärdigas har EUD utarbetat en modifiering¹⁵⁴ av rule of reason-doktrinen.¹⁵⁵

I Marks & Spencer utökade man dessa rättfärdigande grunder till att även avse¹⁵⁶

- symmetrisk behandling av vinster och förluster,
- risken att förlusten beaktas två gånger och
- risken för skatteundandragande.

Enligt domstolen ska hänsyn tas till dessa tre rättfärdigande grunder tillsammans, medan de tidigare kunde beaktas separat.¹⁵⁷ I Marks & Spencer tillät de brittiska reglerna förlustavdrag för moderbolag med fasta driftställen i en annan medlemsstat men inte för moderbolag med dotterbolag i en annan medlemsstat.¹⁵⁸ Detta var något som EU-domstolen blundade för i sitt domslut. I stället koncentrerade de sig på om de brittiska reglerna hindrade den fria etableringen och därmed var diskriminerande. Enligt min mening borde EUD ha tagit detta i beaktande med tanke på att

¹⁵⁰ Se exempelvis Vanistendael, *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, 2006, samt Lang, 2006, I.

¹⁵¹ Lang, *Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?* 2006, II, s. 421.

¹⁵² C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 55.

¹⁵³ C-279/93 *Schumacker*.

¹⁵⁴ Se avsnitt 3.3.1.

¹⁵⁵ C-55/94 *Gebhard*, punkt 37.

¹⁵⁶ C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 43-50.

¹⁵⁷ C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 51, se C-279/93 *Schumacker* samt C-55/94 *Gebhard* p.

37.

¹⁵⁸ C-446/03 *Marks & Spencer* p. 4-5.

det i artikel 43 EG (nuvarande artikel 49 EUF) inte görs någon skillnad mellan dotterbolag och filialer. EUD prövade om artikel 43 EG kunde anses utgöra hinder för den brittiska lagstiftningen och borde kanske även ha undersökt om moderbolag med fasta driftställen i en annan medlemsstat befinner sig i jämförbara situationer med moderbolag med dotterbolag i en annan medlemsstat, något generaladvokaten faktiskt gjorde.¹⁵⁹ Generaladvokaten kom fram till att de brittiska reglerna inte var diskriminerande eftersom de regleras i två skilda regelverk och ett klagande ifrån domstolen hade varit uppskattat.¹⁶⁰ Anledningen till att domstolen inte valde att hänvisa till det kan vara flera. En är exempelvis att domstolen delade generaladvokatens förslag och en annan kan vara att domstolen ansåg att utländska och inhemska företag var den enda möjliga jämförelsen och avstod därmed från alla andra jämförelser.¹⁶¹ I punkt 52 av domen uttalade domstolen att deras bedömning inte påverkas av en annan beskattningsordning, vilket kan tyda på att de delar generaladvokatens förslag.¹⁶²

Sammantaget finns det såväl positiva som negativa aspekter kring domen i Marks & Spencer och den rätt till gränsöverskridande förlustutjämning som där föreskrivs. Enligt min mening överväger de positiva aspekterna de negativa för koncerner. Framförallt därför att domen medförde ett trendbrott, där medlemsstater inte längre kategoriskt kunde vägra koncerner rätten till gränsöverskridande förlustutjämning.

5.2 Gränsöverskridande förlustutjämning vid slutliga förluster

Mot bakgrund av det anförda har EUD en viktig roll när det gäller koncerners möjlighet till gränsöverskridande förlustutjämning inom EU. Denna möjlighet är dock begränsad till slutliga förluster i domen Marks & Spencer. För att de principer och det resonemang som förs i domen Marks & Spencer överhuvudtaget skall bli överförbart på andra medlemsstater krävs att dessa tillåter förlustutjämning men inte gränsöverskridande sådan. Ifall en medlemsstat inte tillåter någon förlustutjämning alls blir nämligen inte principerna och resonemanget från domen i Marks & Spencer överförbart på denna. Det kan ju inte gärna strida mot etableringsrätten att inte tillåta gränsöverskridande förlustutjämning när inte förlustutjämning ens inom medlemsstaten ifråga tillåts. I Marks & Spencer gjorde EUD alltså en distinktion mellan löpande och slutgiltiga förluster. Genom de uppställda rättfärdigandegrunderna kom domstolen fram till att de brittiska reglerna inte hindrar den fria etableringen när det rör sig om löpande förluster. De brittiska reglerna medför att koncerner inte kan utnyttja möjligheten var

¹⁵⁹ Generaladvokat Maduros förslag till avgörande i C-446/03 Marks & Spencer, p. 42 ff.

¹⁶⁰ Ibid, p. 48.

¹⁶¹ Lang, 2006, I, s.56.

¹⁶² Ståhl m.fl., 2011, s.121.

deras gränsöverskridande förluster ska beaktas, då detta utgör en skattemässig förmån att förlusten kan beaktas inom en koncern under ett år för att under nästa år användas i den medlemsstat där förlusten har uppstått. Om det hade varit möjligt att beakta en förlust redan under innevarande år skulle det ge upphov till en skatteförmån.¹⁶³ När det däremot rör sig om definitiva förluster kan dessa användas för gränsöverskridande förlustutjämnning inom en koncern när ett moderbolag har uttömt möjligheterna till att utnyttja förlusten i dotterbolagets hemviststat. I Marks & Spencer anförde EUD att om ett dotterbolag har uttömt alla möjligheter att utnyttja förlusten i sin hemviststat, dvs. förlusten är slutgiltig, måste moderbolagets hemviststat medge avdrag för förlusten.¹⁶⁴ Något som EUD inte vidare utvecklade var vilken bevisbörda det ställs på ett bolag att visa att man har uttömt möjligheterna i sitt dotterbolags hemviststat.¹⁶⁵ Om exempelvis ett dotterbolags hemviststat tillämpar en oändlig framtida avdragsrätt för förluster innebär det då att dotterbolaget måste avvecklas för att moderbolaget ska kunna utnyttja förlusten i sin hemviststat, eller räcker det att tiden för att dra av en förlust har gått ut i dotterbolagets hemviststat?

Efter Marks & Spencer uppmärksammades rätten till gränsöverskridande förlustavdrag vid slutgiltiga förluster i Lidl, även om förutsättningarna i målet inte ansågs medföra att undantaget blev tillämpligt.¹⁶⁶ I X Holding däremot nämndes inte undantaget överhuvudtaget.¹⁶⁷ I efterföljande doktrin ifrågasattes huruvida EUD i och med X Holding vidareutvecklat praxis i en riktning som inte inkluderade undantaget för gränsöverskridande förlustavdrag vid slutgiltiga förluster.¹⁶⁸

Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i A Oy såg ut att bekräfta ståndpunkten att Marks & Spencer-undantaget inte längre var tillämpligt.¹⁶⁹ Generaladvokat Kokott anförde att undantaget inte var tillämpligt på grund av den utveckling som skett i praxis sedan undantaget introducerades. Undantaget tillämpades i Marks & Spencer tillsammans med tre rättfärdigande grunder. En av de tillämpade rättfärdigande grunderna var behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten, som i efterföljande praxis har kommit att bli en självständig grund.¹⁷⁰ Med hänvisning till utvecklingen i praxis menade generaladvokat Kokott att Marks & Spencer-undantaget inte kan tillämpas endast tillsammans med denna rättfärdigande grund. Generaladvokat Kokott menade att det framgår av att EUD inte nämnde undantaget i X Holding. Eftersom rättfärdigande grunden *behovet av att bevara fördelningen av beskattningsrätten* var den enda

¹⁶³ C-446/03 Marks & Spencer, p. 32.

¹⁶⁴ Ibid, p. 55–56.

¹⁶⁵ van den Hurk, *Cross-Border Loss Compensation – The ECJ's Decision in Marks & Spencer and How It was Misinterpreted in the Netherlands*, 2006, s.181.

¹⁶⁶ C-414/06 Lidl Belgium, p. 46–53.

¹⁶⁷ C-337/08 X Holding.

¹⁶⁸ Se exempelvis de Wilde, *On X Holding and the ECJ's Ambiguous Approach towards the Proportionality Test*, 2010, s. 177; Marres, *The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation*, 2011, s. 119; van Thiel och Vascega, 2010, s. 347–348.

¹⁶⁹ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i C-123/11 A Oy.

¹⁷⁰ C-337/08 X Holding.

tillämpliga grunden i A Oy kunde således inte Marks & Spencer-undantaget tillämpas.¹⁷¹

EUD följde dock inte förslaget från generaladvokat Kokott utan fastställde i sitt domslut till A Oy att de finländska reglerna inte var proportionerliga om dotterbolaget uttömt alla möjligheter att utnyttja förlusterna i sin hemviststat, dvs. om förlusterna var slutgiltiga.¹⁷² EUD bekräftade alltså att det finns en rätt till gränsöverskridande förlustavdrag vid slutgiltiga förluster. Utvecklingen i praxis och existensen av rätten är ingen självklarhet. Generaladvokat Mengozzi valde i sitt förslag till avgörande i K att uttrycka förståelse för generaladvokat Kokotts förslag till avgörande. Generaladvokat Mengozzi menade att rättspraxis vid tiden för A Oy utvecklats i en riktning som innebar att EUD var på väg att överge Marks & Spencer-undantaget. Han hänvisade särskilt till att EUD i X Holding inte nämnde undantaget vid proportionalitetsbedömningen. Men eftersom EUD valde att inte följa generaladvokat Kokotts förslag till avgörande utan istället upprepade sitt ställningstagande från Marks & Spencer menade generaladvokat Mengozzi att EUD återinfört undantaget.¹⁷³ Generaladvokat Kokotts och generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande indikerar att rätten till gränsöverskridande förlustavdrag för slutgiltiga förluster inte var en självklarhet.

Om EUD hade valt att följa förslagen från generaladvokaterna är det möjligt att Marks & Spencer-undantaget inte hade existerat idag. Doktrin menar att EUD i och med A Oy klargjorde att Marks & Spencer-undantaget verkligen existerar och att det finns en rätt till gränsöverskridande förlustavdrag vid slutgiltiga förluster.¹⁷⁴ I en artikel från november 2014 skrev Lang om hur Marks & Spencer-undantaget är i sitt slutskede, han menar att EUD i mål som rör undantaget varit inkonsekvent och ytterligare skärpt kriterierna enligt vilka man ska kunna dra av förluster. Vidare menar Lang att K-målet är ett typiskt exempel där EUD förvirrar situationen ytterligare för vad som gäller undantaget. När undantaget tidigare endast varit applicerbart på juridiska personers tillgångar utvidgar EUD undantaget att nu också gälla för tillgångar tillhörandes fysiska personer.¹⁷⁵

¹⁷¹ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i C-123/11 A Oy, p. 47–54.

¹⁷² C-123/11 A Oy, p. 49.

¹⁷³ Generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i C-322/11 K, p. 63–72.

¹⁷⁴ Cejje och Hilling, 2013, s. 544; Cohrs, 2013, I, s. 347.

¹⁷⁵ Lang, *Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the end of the Line?*, 2014, under rubrik 3.3..

5.3 Proportionalitet

5.3.1 Proportionerliga och oproportionerliga regler

Bedömningen av om ett konstlat upplägg är för handen sker genom beaktande av både legala och faktiska omständigheter. Vad gäller frågan om hur dessa krav förhåller sig till gränsöverskridande förlustutjämning, bör följande framhållas. Det är givetvis svårt att uttala sig om de legala omständigheterna, det vill säga det bakomliggande syftet med transaktionen. Det kan dock inte uteslutas att sådana förfaranden utnyttjas för att uppnå skattefördelar. I Marks & Spencer och i A Oy underkände EUD de nationella reglerna som oproportionerliga vid slutgiltiga förluster.¹⁷⁶ I Krankenheim och K ansåg EUD att reglerna var proportionerliga och att undantaget för slutgiltiga förluster inte var tillämpligt.¹⁷⁷ Men i samtliga fall beviljade inte moderbolagets, eller den fysiska personens, hemviststat avdrag för förlusten i källstaten. Anledningen till att målen behandlades olika är att förlusterna i Marks & Spencer och A Oy var hänförliga till faktiska omständigheter medan förlusterna i Krankenheim och K var hänförliga till legala omständigheter i källstaten.¹⁷⁸

5.3.2 Legala omständigheter

EUD uttalade i Shell att ett medlemsland, inom ramen för ett medlemslands suveränitet på den direkta beskattningsrättens område, inte är skyldig att beakta skattelagstiftningen i ett annat medlemsland. Således är hemviststaten inte skyldig att utforma sina skatteregler efter källstatens regler för att säkerställa en neutral beskattning.¹⁷⁹ I Krankenheim upprepade EUD sitt uttalande i Shell och menade att de tyska reglerna var proportionerliga.¹⁸⁰ I målet tillät inte det fasta driftställets hemviststat, Österrike, att förluster rullades framåt. Moderbolagets hemviststat, Tyskland, tillät avdrag men krävde sedan att avdraget återfördes till beskattning, varvid förlustavdrag i slutändan inte medgavs i något land.¹⁸¹ Liknande förutsättningar förelåg i K där K inte tilläts göra avdrag för sin kapitalförlust i källstaten, Frankrike, enligt interna franska regler samtidigt som förlustavdrag vägrades i K:s hemviststat Finland.¹⁸² EUD ansåg att

¹⁷⁶ C-446/03 Marks & Spencer, C-123/11 A Oy.

¹⁷⁷ C-157/07 Krankenheim, C-322/11 K.

¹⁷⁸ Haslehner, *Cross-Border Loss Relief for Permanent Establishment under EC Law*, 2010 s. 41; Boulogne och Slavnic, *Cross-Border Restructuring and 'Final Losses'*, 2012, s. 489; Cordewener, *Cross-Border Loss Relief and the Effet Utile of EU Law: are we losing it?*, 2013, s. 60; Cohrs, 2013, I, s. 348–350.

¹⁷⁹ C-293/06 Shell, p. 41–43.

¹⁸⁰ C-157/07 Krankenheim, p. 45–50.

¹⁸¹ Ibid, p. 13–17.

¹⁸² C-322/11 K, p. 10.

reglerna var proportionerliga och att Marks & Spencer-undantaget inte var tillämpligt eftersom K inte kunde anses ha uttömt alla sina möjligheter att utnyttja förlusten.¹⁸³

Det kan således konstateras att när det finns ett legalt hinder i källstaten kan Marks & Spencer-undantaget inte tillämpas. I *Krankenheim* tillät inte Österrike att förluster rullades framåt och i *K* tillät inte Frankrike avdrag för kapitalförluster på fastigheter. Motiveringen går att finna i EUD:s domskäl i *K*: om källstaten enligt intern rätt inte medger rätt till förlustavdrag har en rätt till förlustavdrag aldrig existerat.¹⁸⁴ Således kan en möjlighet som aldrig funnits inte bli slutgiltig.¹⁸⁵ För att avgöra om undantaget är tillämpligt måste hemviststaten titta på källstatens skatteregler och konstatera huruvida de medger förlustavdrag i den föreliggande situationen eller inte.¹⁸⁶ Om källstaten inte medger avdrag för förluster av det slag som är aktuellt har alltså förlusten uppstått på grund av legala omständigheter vilket gör att moderbolagets hemviststat inte måste medge gränsöverskridande förlustavdrag. Anledningen till att gränsöverskridande förlustavdrag inte tillåts vid legala omständigheter är att hemviststaten inte ska tvingas bära bördan av källstatens skatteregler.¹⁸⁷

Det är givetvis svårt att uttala sig om de legala omständigheterna, det vill säga det bakomliggande syftet med transaktionen. Det kan dock inte uteslutas att sådana förfaranden utnyttjas för att uppnå skattefördelar.

5.3.3 Faktiska omständigheter

Det är lättare att uttala sig om de faktiska omständigheterna avseende gränsöverskridande förlustutjämning. EUD menade i *Marks & Spencer* att om ett dotterbolag har uttömt de möjligheter källstaten erbjuder för att beakta förlusten under beskattningsåret eller framtida beskattningsår, dvs. om förlusten är slutgiltig, måste moderbolagets hemviststat medge avdrag för förlusten.¹⁸⁸ I *Marks & Spencer* fanns inte någon faktisk omständighet att utnyttja förlusterna i dotterbolagens hemviststater, därför tilläts dotterbolagens hemviststater förlustavdrag, men dotterbolagen hade uttömt möjligheterna att beakta förlusterna eftersom bolagen var likviderade.¹⁸⁹ I *A Oy* avsåg ett finskt bolag fusionera med sitt svenska dotterbolag, vars affärsverksamhet hade upphört, varvid det finska bolaget ämnade utnyttja

¹⁸³ Ibid, p. 76–77.

¹⁸⁴ Ibid, p. 76.

¹⁸⁵ Cohrs, *New ECJ Case Law on Cross-Border Group Loss Relief*, 2013, II, s. 804.

¹⁸⁶ Meussen, *Cross-Border Loss Relief for Losses from Passive Investment by Private Individuals in the Event of a Disparity*, 2014, s. 163.

¹⁸⁷ C-293/06 *Shell*, p. 41–43; C-322/11 *K*, p. 76–78; Gebhardt och Quilitzsch, *Cross-Border Loss Relief in the EU: Implications of Recent Developments in Germany Regarding Outbound Permanent Establishments*, 2011, s. 265.

¹⁸⁸ C-446/03 *Marks & Spencer*, p. 55–56.

¹⁸⁹ Ibid., p. 18–22.

det svenska bolagets sparade förluster för att göra avdrag i Finland. EUD fastställde, precis som i Marks & Spencer, att om det svenska bolagets förluster var slutgiltiga så var de finska reglerna inte proportionerliga.¹⁹⁰

I Marks & Spencer ansåg domstolen alltså att en förlust kan vara slutgiltig på grund av likvidation. En likvidation är en faktisk omständighet.¹⁹¹ Efter A Oy står det klart att även andra faktiska omständigheter, exempelvis en fusion, kan medföra att en förlust blir slutgiltig.¹⁹² Det kan noteras att även om EUD hade nekat rätt till gränsöverskridande förlustavdrag vid fusion i A Oy hade det finländska bolaget kunnat likvidera sitt svenska dotterbolag istället och då kräva förlustavdrag enligt Marks & Spencer-undantaget. Resultatet hade blivit detsamma, varför EUD inkluderade fusioner i Marks & Spencer-undantaget som en faktisk omständighet som medger gränsöverskridande förlustavdrag vid slutgiltiga förluster.¹⁹³

Det kan således konstateras att moderbolagets hemviststat måste medge gränsöverskridande förlustavdrag för förluster i dotterbolag utomlands som har blivit slutgiltiga på grund av faktiska omständigheter. Faktiska omständigheter har i praxis hittills ansetts vara likvidationer och fusioner. Frågan som då väcks är när faktiska omständigheter inträffar för fysiska personer?

5.3.4 Uppdelningen mellan faktiska och legala omständigheter

EUD:s uppdelning i faktiska och legala omständigheter har inte ansetts lämplig av alla. Lang menar att Marks & Spencer-undantaget först och främst har så när som nått slutet på en era. Lang menar att EUD håller fast vid undantaget av politiska skäl och att det inte grundas i medlemsländernas och skattebetalarnas skattesituationer.¹⁹⁴ Att EUD gör en särskiljning på faktiska och legala omständigheter är för honom bara ytterligare ett sätt där EUD gör det i princip omöjligt för medlemsstaterna att upprätta kriterier för vilka en sådan uppdelning skulle vara gjorda.¹⁹⁵ Lang menar att de situationer där skattebetalaren i framtiden kan dra av förluster för att generera inkomst naturligtvis kommer sammanfalla med legala omständigheter. Som ett resultat menar han att kravet på faktiska omständigheter, i dessa fall, förlorar sitt autonoma berättigande.¹⁹⁶

¹⁹⁰ C-123/11 A Oy, p. 49.

¹⁹¹ Haslehner, 2010, s. 41; Boulogne och Slavnic, 2012, s. 489.

¹⁹² Cohrs, 2013, I, s. 349.

¹⁹³ Se även Borg, *Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What It Fails to Say*, 2011, s. 558 som även innan A Oy menade att fusioner borde omfattas av Marks & Spencer-undantaget.

¹⁹⁴ Lang, 2014, under rubrik 4..

¹⁹⁵ Ibid, rubrik under 3.2..

¹⁹⁶ Ibid, under rubrik 3.1..

Boulogne och Slavnic menar att både faktiska och legala omständigheter borde medföra att Marks & Spencer-undantaget blir tillämpligt.¹⁹⁷ Författarnas argumentation grundar sig framför allt på situationer där källstaten inte medger att förluster rullas framåt, som i *Krankenheim*, alternativt att källstaten medger att förluster rullas framåt men endast ett begränsat antal år. Det sistnämnda alternativet innebär att dotterbolagets eller det fasta driftställets förlust är låst i källstaten och om ingen vinst uppkommer som förlusten kan kvittas mot kommer förlusten med tiden att gå förlorad. Boulogne och Slavnic menar därför att uppdelningen kan konstituera ett incitament för företag att omvandla förluster från legala till faktiska, dvs. att företag som har sparade förluster som riskerar att gå förlorade istället väljer att likvidera företaget. Likvidationen gör förlusterna slutgiltiga på grund av faktiska omständigheter, varför förlustavdrag i hemviststaten måste medges enligt Marks & Spencer-undantaget.¹⁹⁸

Men Pezzella menar att argumentet att uppdelningen ger företag incitament att omvandla förluster genom likvidation inte är korrekt. Att likvidera företag är ett stort beslut med många ekonomiska och juridiska påföljder, varför incitamentet, om det ens existerar, borde vara väldigt litet.¹⁹⁹ Inte heller Cohrs håller med Boulogne och Slavnic. Cohrs menar att om hemviststaten blir tvungen att medge avdrag för förluster i dotterbolag eller fasta driftställe utomlands som uppkommit på grund av legala omständigheter ökar incitamentet för källstaten att minska tiden som förluster får rullas framåt.²⁰⁰ Det skulle således innebära att hemviststaten får bära bördan av källstatens skattelagstiftning, något EUD tydligt tagit avstånd från.²⁰¹

Jag är benägen att hålla med Pezzella och Cohrs. Jag tror inte att uppdelningen innebär ett incitament att likvidera företag eftersom detta får mer långtgående effekter. Vidare anser jag, i enlighet med Cohrs, att medlemsländerna endast bör bära bördan av sin egen skattelagstiftning. Rätten till gränsöverskridande förlustavdrag vid slutgiltiga förluster medges inom ramen för proportionalitetsbedömningen som det sista steget i EUD:s hindersprövning.²⁰² I grund och botten är således regler som hindrar gränsöverskridande förlustavdrag diskriminerande, oavsett om förlusterna uppstår på grund av faktiska eller legala omständigheter.²⁰³ Men den väsentliga skillnaden, som medför att situationerna behandlas olika, ligger i frågan vems skatteregler hemviststaten ska behöva bära bördan av. Medgivande till förlustavdrag vid faktiska omständigheter innebär att

¹⁹⁷ Boulogne och Slavnic, 2012, s. 490.

¹⁹⁸ Boulogne och Slavnic, 2012, s. 490. Se även Boulogne, *A proposal to Expand and Improve Article 6 of the EU Merger directive*, 2014, s. 73–74; Cordewener, 2011, s. 61.

¹⁹⁹ Pezzella, *Final Losses under EU Tax Law: Proposal for a Better Approach*, 2014, s. 78.

²⁰⁰ Cohrs, 2013, I, s. 349. Se även Terra och Wattel, 2012, s. 1028–1029.

²⁰¹ Se exempelvis C-293/06 Shell, p. 42; C-157/07 *Krankenheim*, p. 49; C-322/11 K, p. 79.

²⁰² Se avsnitt 3.3.

²⁰³ Jämför Boulogne och Slavnic, 2012, s. 490.

hemviststaten endast får bära bördan av sina egna diskriminerande skatteregler. Medgivande till förlustavdrag vid legala omständigheter innebär att hemviststaten får bära bördan av både sina egna skatteregler och källstatens regler. Det framgår av praxis att hemviststaten inte ska behöva ansvara för källstatens regler.²⁰⁴ Vidare menar jag att eftersom medlemsländerna kvarhåller sin suveränitet på den direkta beskattningsrättens område bör de endast ansvara för sin egen skattelagstiftning. Av den här anledningen kan *Marks & Spencer*-undantaget, i brist på harmonisering av den direkta beskattningsrätten inom EU, inte tillämpas när förluster blivit slutgiltiga på grund av legala omständigheter. Uppdelningen i faktiska och legala omständigheter bör således upprätthållas på bekostnad av risken att företagets eller den fysiska personens förlust inte beaktas i något medlemsland.²⁰⁵

5.4 Slutgiltiga förluster för fysiska personer

Gränsöverskridande förlustavdrag för slutgiltiga förluster gäller således företag, oavsett om de valt att etablera sig i ett annat land genom dotterbolag eller genom ett fast driftställe. Frågan här handlar om huruvida *Marks & Spencer*-undantaget även gäller för fysiska personer. I *K* upprepade EUD sitt ställningstagande vad gäller slutgiltiga förluster, men konstaterade att undantaget inte var tillämpligt eftersom källstaten inte föreskrev någon rätt till förlustavdrag.²⁰⁶ EUD:s resonemang ligger i linje med domstolens tidigare praxis som innebär att förluster inte kan bli slutgiltiga vid legala omständigheter.²⁰⁷ Men frågan är om gränsöverskridande förlustavdrag hade tillåtits om förlusten varit slutgiltig på grund av faktiska omständigheter,²⁰⁸ dvs. om *Marks & Spencer*-undantaget är tillämpligt för fysiska personer.

Meussen menar, utan att närmre motivera sin åsikt, att EUD troligtvis inte kommer tillåta att *Marks & Spencer*-undantaget blir tillämpligt för fysiska personer.²⁰⁹ Cohrs anför inte uttryckligen att fysiska personer har rätt till gränsöverskridande avdrag för förluster som blivit slutgiltiga på grund av faktiska omständigheter.²¹⁰ Cohrs inkluderar *K* i EUD:s utveckling av begreppet slutgiltiga förluster. Hon anser att *K* är en logisk följd av *Lidl* och *Krankenheim*. Cohrs fortsätter därefter att konstatera att EUD:s praxis

²⁰⁴ Se exempelvis C-293/06 Shell, p. 42; C-157/07 Krankenheim, p. 49; C-322/11 K, p. 79.

²⁰⁵ Jämför C-322/11 K, där K:s förlust i slutändan varken beaktades i Frankrike eller Finland.

²⁰⁶ Ibid., p. 75-77, 81.

²⁰⁷ Cohrs, 2013, II, s. 803–804, se ovan avsnitt 5.3.2.

²⁰⁸ Se ovan avsnitt 5.3.3.

²⁰⁹ Meussen, 2014, s. 163.

²¹⁰ Cohrs, 2013, II, s. 803–805.

således ger för handen att gränsöverskridande förlustavdrag endast måste medges vid slutgiltiga förluster på grund av faktiska omständigheter.²¹¹

Lang menar också att *K* är en logisk följd av både *Krankenheim* och *Lidl*, han anför inte uttryckligen vad konsekvenserna av *K*-målet blir utan artikeln bygger på att *Marks & Spencer*-undantaget har kommit till sin kulmen. Han menar att EUD med *K*-målet försöker skapa respekt för symmetrin bakom tillvägagångssättet utan att formellt bryta *Marks & Spencer*-undantaget helt och hållet. Lang menar att det är därför EUD försöker hitta argument som förklarar varför förluster inte är slutgiltiga och att domstolen är villig att acceptera att dessa argument är svaga.²¹²

Utifrån Cohrs och Langs resonemang samt inkluderande av *K* i EUD:s praxisutveckling drar jag slutsatsen att de båda menar att *Marks & Spencer*-undantaget är tillämpligt för fysiska personer. Jag menar att det framgår ur *K*-målets anpassning efter EUD:s praxis samt *K*-målets utveckling av praxis vad gäller slutgiltiga förluster. Vidare torde det inte finnas någon anledning till varför EUD inte skulle tillåta gränsöverskridande förlustavdrag vid slutgiltiga förluster på grund av faktiska omständigheter även för fysiska personer. Fysiska personers förluster borde kunna bli lika slutgiltiga som företagets förluster, däremot är det endast likvidation och fusion som hittills accepterats som faktiska omständigheterna. Om likvidation och fusion av företag innebär slutgiltig förlust för fysiska personer blir frågan vad som är jämförbart för fysiska personer. Detta har inte diskuterats i doktrin men jag kommer i nästa avsnitt föra en diskussion för vad som skulle kunna vara att anse som en faktisk omständighet för fysiska personer.

Sammanfattningsvis menar jag att det framgår ur EUD:s praxis att gränsöverskridande förlustavdrag måste medges för förluster som blivit slutgiltiga på grund av faktiska omständigheter. Däremot blir frågan vilka omständigheter som blir faktiska för en fysisk person.

²¹¹ Ibid s. 803–804.

²¹² Lang, 2014, under rubrik 3.3..

6 Analys och slutsats

6.1 Marks & Spencer-undantagets giltighet i förhållande till fysiska personer

Marks & Spencer-undantaget och begreppet slutgiltiga förluster har sedan det introducerades varit föremål för ständig utveckling i EUD:s praxis och diskussion i doktrin. Gränsöverskridande förlustavdrag tillåts när den juridiska eller den fysiska personen inte kan välja var förlusterna ska beaktas. Således tillåts gränsöverskridande förlustavdrag vid regler som innebär förlustavdrag en gång, då förlusterna är slutgiltiga, och inte vid regler som innebär en generell rätt till förlustavdrag. Vidare tillåts därför förlustavdrag uppåt, hos moderbolaget, men inte nedåt, hos dotterbolaget.

Marks & Spencer-undantagets tillämpning är beroende av anledningen till varför förlusterna blev slutgiltiga. Om förlusterna blev slutgiltiga på grund av legala omständigheter i källstaten medger undantaget ingen rätt till gränsöverskridande förlustavdrag. Om förlusterna blev slutgiltiga på grund av faktiska omständigheter i källstaten medger undantaget rätt till gränsöverskridande förlustavdrag. Det innebär att rätten till gränsöverskridande förlustavdrag i hemviststaten är beroende av lagstiftningen i källstaten. Om källstaten inte medger avdrag för den aktuella förlusten kommer gränsöverskridande förlustavdrag enligt *Marks & Spencer*-undantaget inte att medges. De faktiska omständigheter som EUD har godtagit för undantaget är idag endast likvidationer och fusioner.

För en fysisk person finns inga jämförbara alternativ. Vid en likvidation upplöses ett företag och vid en fusion slås två företag samman. Man måste enligt detta som fysisk person på ett eller annat sätt sluta uppfylla ett visst kriterium. De situationer som jag funderat över och som skulle kunna liknas vid en likvidation är t.ex. att en person förlorar sitt medborgarskap i ett EU-medlemsland men har kvar det i ett annat. Till detta skulle i så fall vissa avdragsregler vara knutna. Ett annat exempel är att en person skulle bli omyndigförklarad i ett medlemsland men fortsätta leva som myndig i ett annat. En situation som för fysiska personer skulle kunna likställas med en fusion är enligt mig ett giftermål, men vid ett giftermål upphör den fysiska persons existens. Samma sak gäller vid en personlig konkurs, en omyndigförklaring eller vid en förlust av medborgarskapet. Det är fortfarande samma fysiska person. En fysisk person upphör först vid ett eventuellt dödsfall och då ersätts den fysiska personen av ett dödsbo som är en juridisk person. En fysisk person kan alltså inte likvideras eller fusioneras vilket enligt EUD:s praxis borde betyda att det inte finns några faktiska omständigheter som möjliggör gränsöverskridande förlustavdrag

för fysiska personer.

En konsekvens av att EU har låtit medlemsländerna ha kvar sin suveränitet på den direkta beskattningsrättens område är att den direkta beskattningsrätten inom EU är fragmentiserad i lika många bitar som det finns medlemsländer. Vad gäller företag bygger medlemsländernas skattelagstiftning om förlustavdrag på samma ekonomiska grund. Det gör att i princip samtliga medlemsländer tillåter vertikala och horisontella förlustavdrag. Avseende fysiska personer bygger medlemsländernas skattelagstiftning på ländernas ekonomiska, sociala och kulturella förutsättningar. Det gör att samtliga medlemsländer inom EU har olika regler som medger avdrag för kapitalförluster. Medlemsländernas nationella regler för förlustavdrag är alltså mer enhetliga för företag än vad reglerna är för fysiska personer. För att fysiska personer ska medges rätt till gränsöverskridande förlustavdrag krävs således att samma möjlighet till avdrag ges i källstaten, något som inte alls är säkert.

I samtliga medlemsländer ges företag möjlighet till vertikala förlustavdrag för alla förluster. Trots att antalet år som förluster kan rullas framåt varierar mellan medlemsländerna tillåter de allra flesta en obegränsad rätt till vertikala förlustavdrag. För företag är således det största problemet med gränsöverskridande aktiviteter inte att förlusterna går förlorade utan att förlustavdrag inte medges samma år som förlusterna uppstår. Detta kan leda till likviditetsproblem. För fysiska personer är istället det största problemet att förluster går förlorade på grund av olikheter i medlemsländernas skattelagstiftning. Således innebär *Marks & Spencer*-undantaget att fysiska personer drabbas hårdare av gränsöverskridande aktiviteter jämfört med företag.

Uppdelningen av legala och faktiska omständigheter bidrar till en ojämlig behandling av fysiska och juridiska personer. Gränsöverskridande förlustavdrag kan inte medges vid förluster som blivit slutgiltiga på grund av legala omständigheter eftersom det skulle innebära att hemviststaten får bära bördan av både sina egna och källstatens skatteregler. I brist på harmonisering av den direkta beskattningsrätten inom EU måste det därför, enligt min mening, accepteras att fysiska personers gränsöverskridande förluster, inom ramen för *Marks & Spencer*-undantaget inte kommer kunna behandlas.

EUD har konstaterat att skattesubjekt inte ska kunna välja var förluster ska beaktas samt att hemviststaten inte ska behöva bära bördan av källstatens skatteregler. Detta innebär en respekt för medlemsländernas nationella skattebaser, vilket är ett resultat av att den direkta beskattningsrätten inte är harmoniserad inom EU.

6.2 Konsekvenser

Konsekvenserna av att det inte finns några faktiska omständigheter där fysiska personer kan omfattas av Marks & Spencer-undantaget innebär att fysiska personer utesluts från möjligheten till gränsöverskridande förlustavdrag. Enligt min mening kan den utvecklingen ifrågasättas. K-målet var det första som EUD tog upp angående gränsöverskridande förlustavdrag av kapital vid slutgiltiga förluster för fysiska personer. Enligt EUD:s bedömning, angående rättfärdigandet av de finska reglerna, gjordes direkt en prövning av Marks & Spencer-undantaget applicerbarhet. Eftersom domstolen sedan tidigare delat upp proportionalitetsprövningen mellan faktiska och legala omständigheter fanns det egentligen aldrig någon chans för K att få dra av förlusterna i Finland. I och med EUD:s uppdelning i faktiska och legala omständigheter finns det knappast någon chans för fysiska personer att ha slutgiltiga förluster.

De svenska grundläggande skatteprinciperna, skatteförmågeprincipen med nettoinkomstbegreppet samt likformighetsprincipen förlorar sin betydelse så snart en fysisk person väljer att investera eller på annat sätt röra sig över gränserna. Sverige har en stark idé om att förmågan att betala skatt ska bestämmas efter var och en och att beskattningen ske enligt nettoinkomstbegreppet. Det innebär att avdrag för utgifter eller förluster får göras. Eftersom EU:s medlemsländers nationella skattelagstiftning av fysiska personer till stor del grundar sig på sociala och kulturella förutsättningar varierar också principer och idéer om vad som ska beskattas. En harmonisering på området känns oerhört långt borta och viljan att upprätthålla det inre sammanhanget i varje medlemsstat är stor.

Om de finska reglerna hade ansetts oproportionerliga och Marks & Spencer-undantaget hade kunnat användas på K-målet, vad hade konsekvenserna blivit då? Först och främst hade EUD antingen behövt slopa Marks & Spencer-undantaget, eller hade de fått utöka vilka omständigheter som anses faktiska. Detta för att den fysiska personen i det fallet skulle ha uttömt alla möjligheter till förlustutjämning. EUD hade i så fall behövt lägga till försäljning av fastighet som en slutgiltig förlust och som en omständighet där man faktiskt har uttömt alla möjligheter till förlustutjämning i källstaten. Det hade kanske inte varit orimligt, en försäljning av en fastighet kan liknas vid ett dotterbolag i källstaten och den fysiska personen moderbolaget i hemviststaten. Tyvärr håller inte den här argumentationen då fastigheten i sig själv inte kan erhålla en vinst eller förlust. Skulle det ändå vara så att EUD menade att försäljning av fastighet är slutgiltig förlust skulle flera svenskar med hus på Medelhavskusten glädjas. Vid ett sådant scenario hade fysiska personer kunnat göra avdrag för förluster på aktier mot vinster på husförsäljning och tvärtom. En annan trolig konsekvens är att köp av fastigheter över gränserna i EU skulle öka.

6.3 Avslutande kommentarer

Utifrån syftet med uppsatsen har jag studerat praxis från EUD och doktrin för att kartlägga om *Marks & Spencer*-undantaget är giltigt i förhållande till fysiska personer och vilka konsekvenser det i sådana fall skulle få. Uppsatsen visar att EUD:s praxisutveckling är enhetlig och att den klargör i vilka situationer och för vilka skattesubjekt undantaget är tillämpligt. *Marks & Spencer*-undantaget är tillämpligt för moderbolag med förluster i dotterbolag eller fasta driftställen utomlands och för fysiska personer med kapitalförluster utomlands. Gränsöverskridande förlustavdrag tillåts då skattesubjekten inte kan välja var förluster ska beaktas och då förlusten blivit slutgiltig på grund av faktiska omständigheter. När förlusten blivit slutgiltig på grund av legala omständigheter i källstaten tillåts det inte. Uppdelningen i faktiska och legala omständigheter är nödvändig eftersom hemviststaten, i brist på harmonisering av den direkta beskattningsrätten inom EU, endast ska behöva bära bördan av sin egen diskriminerande skattelagstiftning.

Uppdelningen medför också att begreppet slutgiltiga förluster och *Marks & Spencer*-undantaget idag inte kan användas för fysiska personers gränsöverskridande förluster. De faktiska omständigheter som tillåtits av EUD går inte att applicera på fysiska personer. För att reglerna i hemviststaten, som inte medger gränsöverskridande förlustutjämnning, ska kunna anses oproportionerliga måste det röra sig om en likvidation eller fusion i källstaten. Genom EUD:s tolkning av *Marks & Spencer*-undantaget i K-målet visar domstolen att undantaget kan appliceras på fysiska personer. Detta kan tyckas märkligt då det inte finns några omständigheter som skulle kunna vara faktiska. *Marks & Spencer*-doktrinen har av vissa ansetts ha gått för långt, jag är benägen att hålla med. EUD borde enligt min mening slopa undantaget för i alla fall fysiska personer och istället utforma något nytt som är enklare att applicera eftersom medlemsländernas skattelagstiftning för fysiska personer ser så olika ut. Europas gränser är inte lika tydliga som de en gång var och med en ökad internationalisering inom EU kommer frågan om gränsöverskridande förlustutjämnning på nytt väckas för fysiska personer. Då hoppas jag att EUD väljer att komma fram till ett nytt undantag. Till dess, får vi stanna hemma!

Käll- och litteraturförteckning

Källor

Statens offentliga utredningar

SOU 1989:33 Reformerad inkomstbeskattning, Del 1 Reformens huvudlinjer.

SOU 1989:33 Reformerad inkomstbeskattning, Del 2 Inkomst av kapital.

Direktiv från EU

Rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget

Rapporter från kommissionen

Generaladvokat Maduros förslag till avgörande i C-446/03 *Marks & Spencer*

Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i C-123/11 *A Oy*

Generaladvokat Mengozzis förslag till avgörande i C-322/11 *K*

Rapporter från kommissionen

COM(2006) 824 final. *Tax Treatment of Losses in Cross-Border Situations*. Bryssel 2006-12-19

Litteratur

Böcker

Campbell, Patricia J., Stevens, Christy & MacKinnon, Aran S., *An introduction to global studies*, John Wiley & Sons, Ltd. (UK), 2010
[Campbell m.fl., 2010]

Dahlberg, Mattias, *Internationell beskattning*, 3., omarb. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2012
[Dahlberg, 2012]

Helminen, Marjaana, *EU tax law: direct taxation*, IBFD, Amsterdam, 2009
[Helminen, 2009]

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida. *EU-rättslig metod*. 2:a upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm 2011
[Hettne och Eriksson, 2011]

Lodin, Sven-Olof m.fl.: *Inkomstskatt: en läro- och handbok i skatterätt*. 14., uppdaterade uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013
[Lodin m.fl., 2013]

Pelin, Lars, *Internationell skatterätt: i ett svenskt perspektiv*, 5., omarb. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011
[Pelin, 2011]

Rabe, Gunnar & Hellenius, Richard, *Det svenska skattesystemet*, 23., uppdaterade uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2010
[Rabe och Hellenius, 2010]

Smith, Adam, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, Encyclopædia Britannica, Chicago, 1990
[Smith, 1990]

Ståhl, Kristina; Persson Östman, Roger; Hilling, Maria; Öberg, Jesper: *EU-skatterätt*, 3. uppl., Iustus, Uppsala, 2011
[Ståhl m.fl., 2011]

Terra, B. J. M. & Wattel: Peter Jacob: *European tax law*, 6. ed., Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2012
[Terra och Wattel, 2012]

Artiklar

Almendral, Violeta Ruiz: "An Ever Distant Union: The Cross-Border Loss Relief Conundrum in EU Law." *Intertax, International Tax Review* 38, nr 10, s. 476-501, 2010
[Almendral, 2010]

Borg, Jeanette Calleja. "Non-exhausted Losses and the Merger Directive: What It Fails to Say". I: *Intertax* 2011/11 s. 557–563
[Borg, 2011]

Boulogne, G. F.: "A Proposal to Expand and Improve Article 6 of the EU Merger Directive". *Intertax, International Tax Review* 42, nr 2, s. 70-91, 2010
[Boulogne, 2010]

Boulogne, Frederik och Slavnic, Nana Sumrada. "Cross-Border Restructuring and 'Final Losses'". I: *European Taxation* oktober 2012 s. 486–495
[Boulogne och Slavnic, 2012]

Boulogne, G.F. "A Proposal to Expand and Improve Article 6 of the EU Merger Directive". I: *Intertax* 2014/2 s. 70–91
[Boulogne, 2014]

Cejje, Katia och Hilling, Maria: "Aktuellt om EU-domstolens Praxis – Direkt Beskattning" *Skattenytt*, s. 543-547, 2013
[Cejje och Hilling, 2013]

Cejje, Katia och Hilling, Maria: "Aktuellt om EU-domstolens Praxis – Direkt Beskattning" *Skattenytt*, s. 147-155, 2014
[Cejje och Hilling, 2014]

Cohrs, Enken. "Unresolved Issues in the ECJ's Case Law on Cross-Border Intra-Group Loss Relief in the Light of *A Oy*". I: *European Taxation* juli 2013 s. 345–350.
[Cohrs, 2013, I]

Cohrs, Enken. "New ECJ case law on cross-border group loss relief". I: *Svensk skattetidning* 2013:10, s. 799–805.
[Cohrs, 2013, II]

Cordewener, Axel. "Cross-Border Loss Relief and the 'Effet Utile' of EU Law: Are We Losing It?". I: *EC Tax Review* 2011/2 s. 58–61
[Cordewener, 2011]

de Wilde, Maarten F. "On *X Holding* and the ECJ's Ambiguous Approach towards the Proportionality Test". I: *EC Tax Review* 2010/4 s. 170–182
[de Wilde, 2010]

Gebhardt, Ronald och Quilitzsch, Carsten. "Cross-Border Loss Relief in the EU: Implications of Recent Developments in Germany Regarding Outbound Permanent Establishments". I: *EC Tax Review* 2011/6 s. 263–272
[Gebhardt, 2011]

Haslehner, Werner C. "Cross-Border Loss Relief for Permanent Establishment under EC Law". I: *Bulletin for International Taxation* januari 2010 s. 33–44
[Haslehner, 2010]

Hultman, Erik; Segerström, Martin. *Kapitalvinstbeskattning: En jämförelse mellan Sverige och övriga länder i OECD, EU och BRIC*,
http://www.svensktnaringsliv.se/migration_catalog/rapport-kapitalvinstbeskattning-oecd-eu-och-bric_575030.html/binary/Rapport%20kapitalvinstbeskattning%20-%20OECD%20EU%20och%20BRIC 2013.
[Hultman och Segerström, 2013]

Kok, Reinout. "Domestic and Cross-Border Loss Relief in the European Union". I: *Intertax* 2010 s. 663–671
[Kok, 2010]

Lang, Michael. "The *Marks & Spencer* Case – The Open Issues Following the ECJ's Final Word". I: *European Taxation*, volume 46, februari 2006 s. 54–67
[Lang, 2006, I]

Lang, Michael. "Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction? ", *European Taxation Journal*, 2006, volume 46, no.9, s. 421.
[Lang, 2006, II]

Lang, Michael. "Recent case law in the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tension, and Contradictions". *EC Tax Review* 2009 Volume 18 issue 3.
[Lang, 2009]

Lang, Michael, "2005 – en vändpunkt i EGD:s skattepraxis beträffande grundfriheterna?" *Svensk Skattetidning* 2010 nr. 10 s. 925-956.
[Lang, 2010]

Lang, Michael. "Has the Case Law of the ECJ on Final Losses Reached the End of the Line?", 54 *European Taxation*. 12 (2014), Journals IBFD.
[Lang, 2014]

Meussen, Gerard, "Cross Border loss compensation and permanent establishments: Lidl Belgium and Deutsche Shell". *European Taxation*, 2008 volume 48, issue 5.
[Meussen, 2008]

Marres, Otto. "The Principle of Territoriality and Cross-Border Loss Compensation". I: *Intertax* 2011/3 s. 112–125
[Marres, 2011]

Meussen, Gerald: "No Cross-Border Loss Relief for Losses from Passive Investment by Private Individuals in the Event of a Disparity." *European Taxation*, 2014, volym 54, nr 4, s. 160-163
[Meussen, 2014]

Pezzella, Domenico. "Final Losses under EU Tax Law: Proposal for a Better Approach". I: *European Taxation* februari/mars 2014 s. 71–79
[Pezzella, 2014]

Törner Monsenego, Jérôme. "Några synpunkter på EU-domstolens resonemang i X Holding-målet". *Svensk Skattetidning* 2010. s. 671-677.
[Törner Monsenego, 2010]

van den Hurk, H. "Cross-Border Loss Compensation – The ECJ's Decision in Marks & Spencer and How It was Misinterpreted in the Netherlands," *Bulletin for international taxation*, 2006, volume 60, no.5, s.181 ff.
[van den Hurk, 2006]

van Thiel, Servaas. "Justifications in Community Law for Income Tax restrictions on Free Movement: Acte clair rules that can be readily applied by national courts – part 1". *European Taxation*, 2008 volume 48 issue 6.
[van Thiel, 2008]

van Thiel, Servaas och Vascega, Marius. "X Holding: Why Ulysses Should Stop Listening to the Siren". I: *European Taxation* augusti 2010 s. 334–349
[van Thiel och Vascega, 2010]

Vanistendael, Frans. "The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market". *European Taxation Journal*, 2006, volume 46, no.9.
[Vanistendael, 2006]

Vann, Richard J. "International Aspects of Income Tax", *Tax law design and drafting. Vol. 2*, Thuronyi, Victor (editor), International Monetary Fund, Washington, D.C., 1998
[Vann, 1998]

Wattel, Peter J. *Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power; What is the difference? The Influence of European Law on Direct Taxation, Recent and future developments*. Kluwer Law International, 2007.
[Wattel, 2007]

Wennström, Bo, "EU-rätt, osäkerhet och rättens nya landskap", *Juridisk tidsskrift*, nr 2 2009/10, 444 ff.

Wimpissinger, Christian. "Cross border transfer of losses, the ECJ does not agree with advocate general Sharpston". *EC Tax Review*, 2008 – 4.
[Wimpissinger, 2008]

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

CJEU, 120/79 *Reze-Zentral AG/Bundesmonopolver waltung für Branntwein*

C-175/88 *Biehl*

C-270/83 *Avoir fiscal*

C-204/90 *Bachmann*

C-330/91 *Commerzbank*

C-279/93 *Schumacker*

C-8/94 *Wielockx*

C-55/94 *Gebhard*

C-194/94 *Cadbury Schweppes*

C-250/95 *Futura Participations*

C-222/97 *Trummer och Mayer*

C-311/97 *Royal Bank of Scotland*

C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*

C-385/00 *de Groot*

C-436/00 *X och Y*

C-9/02 *Lasteyrie*

C-446/03 *Marks & Spencer*

C-347/04 *Rewe Zentralfinanz*

C-524/04 *Thin Cap Group Litigation*

C-101/05 *A*

C-231/05 *Oy AA*

C-293/06 *Deutsche Shell*

C-414/06 *Lidl Belgium*

C-157/07 Krankenhaus

C-153/08 Kommissionen mot Spanien

C-337/08 X Holding

C-56/09 Zanotti

C-371/10 National Grid Indus.

C-123/11 A Oy

C-322/11 K