

EU:s statsstödsregler innebär att företag inte kan förlita sig på förmånliga skatteupplägg – mångmiljardkrav mot Apple

Elisabeth Eklund / Partner
Angelica Ström / Associate

Det är knappast ovanligt att större koncerner väljer att noggrant planera var företagets vinster slutligen ska hamna i syfte att minska koncernens totala beskattning. Den ordningen har dock utmanats av EU-kommissionen ("Kommissionen"), som under de senaste åren har fokuserat på att granska hur EU:s medlemsstater väljer att beskatta multinationella koncerner utifrån ett statsstödsrättsligt perspektiv. Konsekvensen kan därmed bli att företagen får betala tillbaka en del av den skatt som företagen tidigare inte har betalat. Advokat Elisabeth Eklund och associate Angelica Ström redogör här för riskerna för medlemsstaterna respektive företagen.

Inledning

EU:s statsstödsregler tar sikte på att säkerställa att konkurrensen mellan företag i motsvarande situation inte snedvrids genom att offentliga organ såsom stat, kommun eller landsting ger ett stöd (i form av bidrag, alltför förmånliga lån eller garantier etc.) som skapar en konkurrensfördel. För svensk del har främst stöd till regionala flygplatser och underpris vid försäljning av mark från kommuner varit föremål för statsstödsrättslig prövning, både hos Kommissionen och i nationell domstol. I ett par fall har svenska företag blivit återbetalningskyldiga, med ränta, för den fördel som företaget har fått. Sedan några år har dock skatteupplägg kommit att hamna i fokus på statsstödsområdet, vilket innebär risker för företag av en helt annan dignitet än tidigare.

Statsstöd och skatteregler

Kommissionen, som är EU:s tillsynsmyndighet för statsstödsreglernas efterlevnad, har under de senaste åren

börjat granska och tillämpa de statsstödsrättsliga reglerna på skatteområdet. Kommissionen har därmed, indirekt, ifrågasatt hur medlemsstaterna väljer att beskatta företag. Detta kan tyckas förvånande eftersom Europeiska unionen inte har någon behörighet att påverka direkta skatter som medlemsstaterna väljer att ta ut. Kommissionen motiverar sina granskningar och ingripanden med att skatteuppläggen kan resultera i konkurrensnedvridningar på EU:s inre marknad. De granskningar som har inletts har primärt tagit sikte på stora företag och koncerner med internationell närvaro. Kommissionens har därvid underkänt både *transfer pricing-upplägg*, dvs. koncerninterna prissättningsmetoder, och skatteavtal.

Vad krävs för att statsstöd ska föreligga och vad har förändrats i Kommissionens tolkning?

För att ett statsstöd ska anses föreligga måste fyra kriterier vara uppfyllda. Det ska vara fråga om en ekonomisk fördel (vilket även omfattar subvention av en kostnad som annars skulle drabba ett företag) som ska vara hänförlig till staten (vilket inbegriper t.ex. stat, kommuner och landsting samt av dessa ägda företag eller andra organisationer). Därutöver måste åtgärden snedvrیدا konkurrensen (t.ex. genom att ett företag får en fördel som ett annat företag inte får) och vara selektiv, så att den enbart träffar vissa, eller visst, företag. Det kan även vara bra att känna till att allt statligt stöd (med vissa undantag) som inte anmälts och godkänts av Kommissionen utgör olagligt statsstöd – dvs. allt statligt stöd måste anmälas och godkännas av Kommissionen *innan* det ges till ett företag även om Kommissionen vid en senare bedömning skulle anse det förenligt med EU-rätten.

Vid granskningen av medlemsstaternas praxis när det gäller skattebeslut har Kommissionen inriktat sig på det sistnämnda selektivitetskriteriet. Utgångspunkten är att detta bedöms i förhållande till andra företag i motsvarande situation och bransch. Kommissionens ståndpunkt är att koncernens skattesituation vid *transfer pricing* istället ska jämföras med hur koncernen hade blivit beskattad om det hade varit frågan om separata bolag, genom att tillämpa den s.k. *arm-length principle*. Det är otvetydigt så att *arm-length principle* är väl etablerad inom skatterätten, men tillämpningen av den kan ske på ett flertal sätt, och häri ligger ett stort frågetecken. Sammanfattningsvis har Kommissionens senaste beslut inte fokuserat på huruvida ett företag har fått fördelar i förhållande till andra företag i samma bransch utan istället fokuserat på hur beskattningen skulle sett ut för företagskoncernerna ifråga om det hade varit frågan om separata bolag.

Vilka är konsekvenserna av ett olagligt statsstöd?

För det fall Kommissionen finner att en åtgärd innebär olagligt statsstöd, får Kommissionen beordra återkrav av detta under en tioårsperiod före Kommissionens första begäran om information från företaget. Därutöver ska återbetalning ske med ränta och det kan följaktligen bli fråga om betydande belopp som företag tvingas att återbetala. Vidare finns även en badwill-aspekt förknippad med olagliga statsstöd och därutöver kan de företag som har lidit skada till följd av ett olagligt statsstöd ha rätt till skadestånd.

Vad har Kommissionen hittills vidtagit för åtgärder på skatteområdet?

Kommissionen började granska medlemsstaternas skattesystem under den förre konkurrenskommissionären Joaquín Almunia och har fortsatt under den nuvarande kommissionären Margrethe Vestager. Kommissionen har hittills bl.a. drivit ett mål som rörde Gibraltars skattesystem, vilket kom att prövas i EU-domstolen 2011. I Gibraltar hade en ny bolagsskatt införts vars effekt var att off-shorebolag inte skulle behöva betala någon skatt på grund av att skatten beräknades på antalet anställda. Det föreslagna systemet ansågs vara selektivt, trots att det träffade alla bolag i motsvarande situation, i och med att det i praktiken endast träffade off-shorebolag på grund av dessa bolags utmärkande egenskaper.

Sedan dess har Kommissionen under de senaste åren granskat ett flertal medlemsstater där skatteavtal har slutits mellan företagsgrupper och skattemyndigheter. Kommissionens jakt på sådana skatteavtal underlättades

genom *LuxLeak* i november 2014, när över 340 internationella företags skatteöverenskommelser publicerades på samma sätt som *WikiLeaks*.

Den 30 augusti 2016 tillkännagav Kommissionen att den genom en fördjupad granskning av Apple hade funnit att Irland, genom två skattebeslut, har beviljat Apple omotiverade skattelättnader på upp till 13 miljarder euro (motsvarande ca 123 miljarder kronor). Kommissionen anser att de två skattebesluten på ett omfattande och konstlat sätt har sänkt den skatt som Apple har betalat på Irland. Genom den fördelningsmetod som godtogs i skattebesluten betalade Apple en faktisk bolagsskatt som minskade från 1 % för 2003 till 0,005 % för 2014, och Kommissionen har nu ålagt Irland att återkräva obetalda skatter från Apple för åren 2003-2014 på upp till 13 miljarder euro, jämte ränta. Om Apple istället betalar dessa skatter i andra länder ska motsvarande belopp dras av det belopp som ska återbetalas. Liknande undersökningar som den Kommissionen har genomfört avseende Apple har resulterat i att Kommissionen i oktober 2015 krävde att Nederländerna och Luxemburg återkräver obetalda skatter, från Starbucks och Fiat, på belopp upp till 20-30 miljoner euro per företag. Därutöver pågår just nu granskningar avseende Amazon och McDonalds. Många av de bolag som har hamnat i fokus för Kommissionens granskning har varit större amerikanska koncerner, vilket har fått den amerikanska näringsministern att i februari 2016 skriva ett brev till Kommissionens ordförande där han kritiserar, vad han uppfattar som, den hetsjakt på amerikanska företag som Kommissionen bedriver. Vidare har USA:s finansdepartement kritiserat Kommissionens beslut om återbetalningsskyldighet för Apple och har därtill anfört att beslutet kommer att "*underminera utländska investeringar och företagsklimatet*".

Vad händer framöver?

Kommissionens beslut om återbetalningsskyldighet för Starbucks och Fiat har överklagats och både Irland och Apple förväntas överklaga Kommissionens beslut om återbetalningsskyldighet för Apple. I väntan på ett avgörande måste Irland, i enlighet med Kommissionens beslut, återkräva det olagliga statliga stödet men kan tillsvidare placera det återkrävda beloppet på ett spärrkonto fram till dess att frågan är slutligt avgjord. På grund av osäkerheten avseende vad Tribunalen och EU-domstolen kan komma att finna i sina domar riskerar således företag, som har mottagit olagliga statsstöd mot bakgrund av ett skattebeslut från en nationell skattemyndighet, att få återbetala betydande belopp.

Genom Kommissionens förslag om skattetransparens nådde därutöver medlemsstaterna i oktober 2015 en politisk överenskommelse om automatiskt utbyte av information om skattebeslut. Kommissionens granskning, tillsammans med ett ökat informationsutbyte mellan medlemsstaterna, kan således antas medföra att EU:s statsstödsregler även fortsättningsvis kommer att inverka indirekt på de nationella skattesystemen. Även om det i dagsläget är svårt att bedöma exakt hur Kommissionens agenda kan komma att påverka andra medlemsstaters skattesystem, eller företag som ännu inte har granskats, är vår uppfattning att Kommissionens granskning kommer att få en stor påverkan på hur länder väljer att beskatta företag och, mer specifikt, hur *transfer pricing* kommer att tillämpas i koncernförhållanden och hur förmånliga skattelättnader kommer att lämnas. Upprätthålls Kommissionens beslut i EU-domstolen kommer det att stå de aktuella företagen dyrt. Dessutom riskerar medlemsstaterna krav på skadestånd från företag som har lidit skada till följd av de aktuella stöden.