

Kommittédirektiv



Vissa företagsskattefrågor

Dir.
2002:28

Beslut vid regeringssammanträde den 28 februari 2002

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare tillkallas med uppdrag att se över vissa företagsskattefrågor vid omstruktureringar m.m. Uppdraget hänger i fråga om omstruktureringar samman med den lagstiftning som genomfördes år 1998, prop. 1998/99:15, bet. 1998/99:SkU2, SFS 1998:1600-1603. Uppdraget omfattar även sådana omstruktureringsfrågor som föranleds av den förestående reformen med slopad kapitalvinstbeskattning av näringsbetingade andelar som aviserats i budgetpropositionen för 2002.

Uppdraget omfattar också en översyn av de regler som gäller för beskattning av bygnadsrörelse, handel med fastigheter och tomt-rörelse.

Slutligen ingår det i uppdraget att se över den ordning som etablerats i praxis och som innebär att företags förvaltning av värdepapper under vissa förutsättningar beskattas som värdepappersrörelse.

Utredaren skall redovisa uppdraget före utgången av juli 2004.

Bakgrund

Genom lagstiftning år 1998 genomfördes en omfattande skattemässig reglering av i huvudsak omstruktureringar genom överlåtelse av tillgångar och företag inom en företagsgruppering (SFS 1998:1600-1603). Bestämmelserna finns numera i 23, 25, 37, 38 och 49 kap. inkomstskattelagen (1999:1229), IL. Lagstiftningen bygger på förslag av 1992 års företagsskatteutredning i betänkandet Omstruktureringar och beskattning (SOU 1998:1).

1992 års företagskatteutredning ville avskaffa kapitalvinstbeskattningen av näringsbetingade andelar

Utöver de förslag som låg till grund för lagstiftningen år 1998 kom 1992 års företagskatteutredning fram till att många problem som har med omstruktureringar att göra skulle lösas om beskattningen av kapitalvinster (realisationsvinster) på näringsbetingade aktier och andra andelar avskaffades. Från ekonomisk synpunkt är kapitalvinstbeskattningen av näringsbetingade andelar omotiverad eftersom den leder till beskattning i två eller flera led inom bolagssektorn. Denna medför därför, när den inte kan undvikas genom skatteplanering, en skattemässig kostnad för omstruktureringar inom näringslivet. Ett fullständigt avskaffande av kapitalvinstbeskattningen av näringsbetingade andelar skulle emellertid innebära att skattsystemet förlorade ett skydd mot s.k. ränteavdragsarbitrage, ett förfarande som innebär skatteundandragande. I frånvaro av denna kapitalbeskattning eller någon annan motverkande åtgärd skulle nämligen svenska företag kunna ta lån och satsa kapitalet i ett företag i ett land med låg eller obefintlig bolagsskatt. Blir satsningen framgångsrik skulle vinsten kunna realiseras utan skatt medan räntorna på lånet dras av mot skattepliktig inkomst i Sverige. Utredningen bedömde att kapitalvinstbeskattningen skulle kunna halveras utan att öppna för sådana förfaranden. Regeringen instämde i utredningens bedömning men ansåg det inte möjligt att då finansiera skattebortfallet av en sådan reform (prop.1998/99:15 s. 116).

Även 1998 års företagskatteutredningar behandlade frågan

Regeringen tillkallade den 10 september 1998 en särskild utredare som skulle se över vissa företagsskattefrågor (dir. 1998:55) och vissa internationella företagsskattefrågor (dir. 1998:74).

Det förstnämnda uppdraget avsåg företagsskattefrågor om i huvudsak omstruktureringar av företag. I uppdraget ingick även att göra en översyn av de regler som gäller för beskattning av byggnadsrörelse, handel med fastigheter och tomtrörelse.

Det andra uppdraget gällde bl.a. en översyn av reglerna om svenska företags möjligheter att skattefritt ta emot utdelning på andelar i utländska juridiska personer. Översynen kom att behandla delvis samma frågor som 1992 års företagskatteutredning eftersom

problemet med ränteavdragsarbitrage kan uppkomma även i fråga om utdelningar från utländska företag. Detta motverkas genom det s.k. jämförlighetsvillkoret i reglerna om skattefrihet för utdelningar från utländska företag (24 kap. 20–22 §§ IL). Översynen gav dock vid handen att jämförelsevillkoret i de allmänt hållna reglerna om skattefrihet för utdelning från utländska företag drivet till sin spets kan vara mycket komplicerat att tillämpa. Utredaren ansåg det därför inte lämpligt att bygga vidare på jämförlighetsvillkoret med preciserade regler. Utredaren kom fram till att en modifiering och utbyggnad av reglerna i 6 kap. IL om beskattning av delägare i andra utländska juridiska personer än utländska bolag, de s.k. CFC-reglerna (CFC är en internationellt vedertagen beteckning och står för controlled foreign company) skulle vara ett bättre alternativ. Detta alternativ skulle dessutom innebära ett skydd mot ränteavdragsarbitrage såväl genom utdelning som genom avyttring.

I skenet av detta kom utredaren - med instämmande av expertgrupperna och tjänstemän på Finansdepartementet - fram till att det lämpligaste och dessutom i direktivets anda var att i utredningarna närmare undersöka förutsättningarna för att avskaffa kapitalvinstbeskattningen på näringsbetingade andelar i kombination med en ny CFC-beskattning. I en skrivelse till chefen för Finansdepartementet anmälde utredaren den inriktning utredningarna tagit och hemställde även om förlängd tid för att redovisa resultatet. Utredningarna lämnade i februari 2001 det gemensamma betänkandet Utdelningar och kapitalvinster på företagsägda andelar (SOU 2001:11). Huvudförslaget är att kapitalvinster på samma sätt som gäller för utdelning mellan svenska bolag, och som är huvudregel när det gäller utdelning från utländska bolag på näringsbetingade andelar, skall vara skattefria. I konsekvens med det föreslås att avdragsrätten för kapitalförluster på näringsbetingade andelar avskaffas. För att motverka ränteavdragsarbitrage och för att även i övrigt motverka att den svenska bolagsskattebasen urholkas föreslås nya och utvidgade CFC-regler.

Betänkandet har remissbehandlats och förslagen att undanta både utdelning och kapitalvinster på näringsbetingade andelar från beskattning har i huvudsak mottagits positivt av remissinstanserna medan kritik framförts på andra punkter, främst mot CFC-reglerna.

Regeringens aviserade reform

I budgetpropositionen för 2002 har regeringen uttalat att det är angeläget att avskaffa kapitalvinstbeskattningen av näringsbetingade andelar. Regeringen framhöll dock att beslutsunderlaget behövde förbättras innan ställning skulle kunna tas till förslaget alla detaljer och att ett förslag till riksdagen även med ett intensivt beredningsarbete tidigast kunde lämnas under våren 2002. Arbetet bedrivs nu med inriktning på att en lagrådsremiss skall lämnas i juni och en proposition i oktober 2002 och att de nya reglerna skall kunna träda i kraft den 1 januari 2003.

I regeringens skrivelse Meddelande om kommande förslag om ändringar i rätten till avdrag i inkomstslaget näringsverksamhet för kapitalförluster på delägarätter och på andelar i svenska handelsbolag (skr. 2001/02:77) aviserade regeringen en retroaktiv begränsning i avdragsrätten för kapitalförluster på bl.a. näringsbetingade andelar. Syftet med skrivelsen är att förhindra att nuvarande obegränsade avdragsrätt utnyttjas i en omfattning som skulle kunna hota genomförandet av reformen.

Behovet av en ny utredning

Uppdraget för Utredningen om vissa internationella företagskattefrågor (Fi 1998:11) har slutförts i och med betänkandet (SOU 2001:11). Avskaffandet av beskattningen av kapitalvinster på näringsbetingade andelar undanröjer vissa frågor som Utredningen om vissa företagsskattefrågor (Fi 1998:10) haft i uppdrag att lösa. Detta gäller t.ex. i betydande utsträckning den svåra frågan om värdeöverföringar. Dock kvarstår ett stort antal tekniska frågor om omstruktureringar m.m. liksom översynen av reglerna för beskattning av byggnadsrörelse, handel med fastigheter och tomtrörelse. Vidare föranleder reformen med slopad kapitalvinstbeskattning ett visst tillkommande utredningsbehov. Det gäller t.ex. problemet vid samriskföretag (s.k. joint ventures) att rätten till underskottsavdrag förloras vid konkurs och likvidation (betänkandet s. 143 f.). Med hänsyn till detta och till att den särskilde utredaren lämnat sitt uppdrag bör en ny utredare tillkallas och uppdraget lämnas i form av nya utredningsdirektiv.

Vissa omstruktureringsfrågor behöver övervägas ytterligare

Lagstiftningen från år 1998 innebär i huvudsak att omstruktureringar kan genomföras utan omedelbara skattekonsekvenser. Reglerna är uppbyggda så att det inte är fråga om definitiva skattelättnader utan om uppskov med beskattningen. Regleringen omfattar bl.a. skattekonsekvenser vid underprisöverlåtelser, fusion och fission, verksamhetsöverlåtelser samt andelsbyten.

I propositionen (prop.1998/99:15) har regeringen uttalat att vissa frågor bör övervägas ytterligare innan ett förslag kan lämnas. Dessa frågor bör ingå i uppdraget i den utsträckning de inte får sin lösning genom att kapitalvinstbeskattningen av näringsbetingade andelar avskaffas. Det finns vidare några andra frågor som tillhör området omstrukturering och beskattning som också bör ingå i uppdraget.

Byggnadsrörelse, handel med fastigheter och tomtrörelse

De särskilda reglerna för beskattning av byggnadsrörelse infördes år 1981. De reglerar bl.a. frågan om i vilka fall en fastighet som förvärvas av en byggmästare blir lagertillgång. Bestämmelserna om tomtrörelse tillkom redan 1967. I reglerna skiljer man på enkel och kvalificerad tomtrörelse. Vad som är enkel tomtrörelse avgörs genom schablonregler som bygger på antalet sålda tomter. Motivet för de särskilda reglerna om byggnadsrörelse är att säkerställa att vinsten i rörelsen beskattas i inkomstslaget näringsverksamhet (tidigare rörelse). Tomtrörelsereglerna syftar till att klargöra i vilka fall försäljningar av tomter skall beskattas i inkomstslaget näringsverksamhet. Svårigheterna att i enskilda fall bedöma om en försäljning är att anse som rörelse ansågs hämma markutbudet. Bestämmelserna om byggnadsrörelse, handel med fastigheter och tomtrörelse finns numera i 27 kap. IL. Regelverket har gett upphov till tillämpningsfrågor och behovet av bestämmelserna som tillkom i en annan skattemässig miljö har ifrågasatts.

Oklarheter som rör värdepappershandel

Handel med värdepapper i egentlig mening bedrivs av bankinstitut och värdepappersinstitut. Enligt rättspraxis kan aktiebolag som i stor omfattning köper och säljer värdepapper på börs för egen räkning anses bedriva värdepappersrörelse. Det är dock oklart om detta är fallet även för andra juridiska personer än aktiebolag. Konsekvensen för företaget av att det anses bedriva värdepappersrörelse är att företagets värdepapper skattemässigt betraktas som lager. Detta innebär bl.a. att en nedskrivning vid värdenedgång får genomslag skattemässigt.

Uppdraget*Andelsbyten*

Enligt gällande regler kan uppskov med beskattningen göras när andelar säljs till ett företag mot ersättning av andelar i det köpande företaget. Uppskov kan medges enligt två regelsystem (48 a kap. och 49 kap. IL).

Båda systemen har det gemensamt att en ekonomisk förening inte kan vara köpare i ett andelsbyte. 1992 års företagsskatteutredning konstaterade att principiellt sett bör även en ekonomisk förening kunna vara köpare (SOU 1998:1 s. 193). Eftersom detta kräver särskilda överväganden rekommenderade utredningen att frågan utreds i annan ordning.

Det är önskvärt att ekonomiska föreningar omfattas av regler för omstrukturering och beskattning i samma omfattning som aktiebolag. Utredaren skall överväga och lämna förslag om bestämmelser som medger att en ekonomisk förening kan delta i ett andelsbyte i egenskap av köpare.

Värdeöverföringar

Problematiken med värdeöverföringar gäller svårigheten att förhindra att ett värde som fanns vid förvärvet av ett företag förs bort från detta utan att omkostnadsbeloppet sänks. Motsvarande gäller i fråga om tillskjutet värde som höjt omkostnadsbeloppet. Genom att kapitalvinstbeskattningen av näringsbetingade andelar avskaffas elimineras denna problematik i det närmaste helt. I fråga om s.k.

oäkta koncerner, dvs. två eller fler företag som ägs av samma fysiska person eller personer kvarstår dock problematiken. Frågan om värdeöverföringar skall därför övervägas av den särskilde utredaren.

Lundinreglerna

Även de s.k. Lundinreglerna berör problematiken med värdeöverföringar. Bestämmelserna finns i 17 kap. 8–12 §§ och 24 kap. 18 § IL. Bestämmelserna, som infördes 1966 på förslag av Skatteflyktskommittén i betänkandet SOU 1963:52, riktar sig mot företag som förvärvar andelar i ett annat företag och som genom förvärvet inte får en tillgång av verkligt och särskilt värde. Konsekvensen är, i fråga om andelar som utgör lagertillgångar, att möjligheterna att skriva ned värdet på andelarna om dessa gått ned i värde till följd av utdelning begränsas. I fråga om andelar som utgör kapitaltillgångar inskränks i stället möjligheten att ta emot utdelning skattefritt från det förvärvade företaget.

Syftet med reglerna är att förhindra att säljarna av företaget skall kunna tillgodogöra sig vinst utan att träffas av det andra ledet i dubbelbeskattningen.

Behovet av bestämmelserna kan, sedan kapitalvinstbeskattningen genom 1990 års skattereform gjorts mer konsekvent, ifrågasättas. Bestämmelserna utgör dessutom ett avsteg från den grundläggande principen att en vinst skall beskattas endast en gång inom bolagssektorn.

Utredaren skall överväga behovet av Lundinreglerna.

Underprisöverlåtelse till förvärvare som inte beskattas i Sverige

I inkomstskattelagen finns två olika regler som kan tillämpas vid en viss underprisöverlåtelse. Enligt den s.k. uttagsregeln skall en tillgång som tagits ut ur en näringsverksamhet beskattas som om tillgången i stället hade avyttrats för en ersättning motsvarande marknadsvärdet (22 kap. 7 §).

I 14 kap. 19 § finns den s.k. felprisregeln. Bestämmelsen kan bli tillämplig om en näringsidkares inkomst blivit lägre till följd av att villkor avtalats som avviker från vad som skulle ha avtalats mellan sinsemellan oberoende näringsidkare. Som förutsättning gäller bl.a.

att den som tillförts inkomst inte skall beskattas för denna i Sverige. Konsekvensen av att felprisregeln tillämpas är att näringsidkarens inkomst skall beräknas till det belopp som den skulle ha uppgått till om sådana villkor inte förekommit.

Någon reglering av förhållandet mellan felprisregeln och uttagsregeln finns inte. Frågan är därför hur en överlåtelse till underpris från ett svenskt företag till en förvärvare som inte beskattas i Sverige skall behandlas. Frågan är om felprisregeln eller uttagsregeln skall tillämpas? Och om det saknas förutsättningar för att tillämpa den regel som har företräde, skall då en prövning ske mot även den andra regeln?

Mot bakgrund av detta skall utredaren analysera relationen mellan de aktuella reglerna och vid behov föreslås förändringar.

Anskaffningsvärde för förvärvaren när överlåtaren uttagsbeskattas

I den lagrådsremiss som föregick regeringens proposition Omstruktureringar och beskattning (prop. 1998/99:15) föreslogs att om ett överlåtande företag skall uttagsbeskattas vid en underprisöverlåtelse, skall det uttagsbeskattade värdet utgöra anskaffningsvärde för tillgången hos det köpande företaget. Förslagen hade sin utgångspunkt i 1992 års företagsskatteutrednings betänkande. Vid remissbehandlingen av betänkandet avstyrkte Riksskatteverket förslaget eftersom det enligt verkets uppfattning kunde innebära en principiell ändring av gällande rätt. Riksskatteverket ansåg vidare att den lösning som föreslogs av utredningen skulle kunna medföra risk för skatteundandragande i vissa situationer. Som ett exempel tog verket upp situationen att ett företag på obestånd överlåter tillgångar till underpris till ett annat företag under sådana former att uttagsbeskattning skall ske. Det säljande företaget uttagsbeskattas för underpriset men kommer inte att kunna betala skatten.

Regeringen konstaterade i lagrådsremissen att rättsläget är oklart när det gäller frågan vilket anskaffningsvärde det köpande företaget får om det säljande företaget uttagsbeskattas. Med motiveringen att materiella och systematiska skäl talar för utredningens förslag togs motsvarande förslag upp i lagrådsremissen.

Lagrådet ansåg att i avsaknad av en heltäckande analys av den föreslagna regelns effekter kunde det vara klokt att tills vidare avvakta med lagstiftning i saken.

Regeringen kom under beredningen av propositionen fram till att frågan med hänsyn till de synpunkter som framförts bör utredas vidare (prop. 1998/99:15, avsnitt 5.7).

Med utgångspunkt i de överväganden och förslag som företagskatteutredningen redovisade och med hänsyn till de farhågor för skatteundandragande som Riksskatteverket påtalat skall utredaren överväga om en reglering bör införas och i så fall lämna förslag till denna.

Tillskott av kapitalbeskattad egendom till utländsk juridisk person

I propositionen Omstruktureringar och beskattning diskuterades frågan om tillskott till ett företag av kapitalbeskattade tillgångar (prop. 1998/99:15, avsnitt 5.10). Hur ett sådant tillskott skulle behandlas var oklart. Regeringen föreslog en reglering av denna situation. Regleringen som nu finns i 53 kap. IL innebär att vid tillskott av kapitalbeskattade tillgångar till aktiebolag m.fl. skall tillgången anses ha avyttrats mot en ersättning som motsvarar omkostnadsbeloppet. I aktiebolaget utgörs anskaffningsvärdet för tillgången av detta omkostnadsbelopp. Omkostnadsbeloppet för överlåtarens andelar ökar med samma belopp. Frågan hade inte behandlats av 1992 års företagsskatteutredning.

Regeringen konstaterade att gällande rätt var oklar även i fråga om tillskott av tillgångar som lämnas till ett företag som inte är skattskyldigt här i landet. Det finns en risk för att skatteunderlag undandras svensk beskattning om t.ex. en ägare till ett fåmansföretag inför en förestående utflyttning utan beskattning kan sälja sina aktier i bolaget för omkostnadsbeloppet till ett utländskt företag som han äger. Regeringens slutsats var att det inte utan närmare utredning kan vara aktuellt att lagfästa en sådan möjlighet. För att frågan inte skulle lämnas oreglerad föreslogs i propositionen att uttagsbeskattning skall ske vid tillskott till ett utländskt företag. Omkostnadsbeloppet för andelarna i det utländska företaget ökas i motsvarande mån. Reglernas förenlighet med EG-fördraget prövas nu i EG-domstolen (mål nr C-536/00).

Utredaren skall analysera frågan om en reglering av tillskott av sakegendom till en utländsk juridisk person bör utformas annorlunda och lämna förslag till behövliga förändringar.

Det skatterättsliga avyttringsbegreppet

Begreppet avyttring definieras i 44 kap. 3 § IL. Med avyttring av tillgångar avses försäljning, byte och liknande överlåtelse av tillgångar. Om med detta avses att försäljning alltid skall ha skett till marknadsvärdet är i viss mån oklart. Ett skäl till det är bl.a. bestämmelsen i 44 kap. 24 § IL som föreskriver att kapitalförluster som beror på att tillgångar avyttrats för ett pris under marknadsvärdet bara skall anses som kapitalförluster om det framgår av omständigheterna att säljaren inte har för avsikt att öka köparens förmögenhet.

Enligt det förslag till reglering av andelsbyten som lämnades i lagrådsremissen om omstruktureringar och beskattning var det en förutsättning för uppskov med beskattningen att ersättningen vid avyttringen lämnades i form av andelar i det köpande företaget. Detta villkor skulle innebära att de mottagna andelarna utgör full ersättning, dvs. de mottagna andelarna är lika mycket värda som den avyttrade andelen. Avyttrar t.ex. ett moderföretag 100 andelar som är värda 100 till ett dotterföretag mot ersättning av 25 andelar som är värda 25, föreligger en sammansatt transaktion. Endast 25 andelar har avyttrats genom ett andelsbyte.

Lagrådet anslöt sig i sitt yttrande till uppfattningen att andelsbytesreglerna vid blandade förvärv endast bör omfatta överlåtelsens onerösa moment. Mot bakgrund av bl.a. hur termen avyttring används på andra håll inom skattelagstiftningen är denna tolkning enligt Lagrådets uppfattning ingalunda självklar.

I propositionen föreslogs att det uttryckligen skulle anges att ersättningen för de avyttrade andelarna skulle utgå i marknadsnärlig ersättning i form av andelar i det köpande företaget (48 a kap. 2 § och 49 kap. 2 IL). Det är emellertid motiverat att frågan om innebörden av termen avyttring även behandlas generellt. Utredaren skall närmare belysa innebörden av avyttringsbegreppet i olika bestämmelser och lämna förslag till de lagtekniska ändringar som kan behövas.

Options- och konvertibellån

Ett optionslån är ett lån som tagits upp av ett aktiebolag och där skuldebrevens är förenade med rätt till nyteckning eller köp av aktie. Villkoren kan utformas så att bolaget vid emissionen erhåller en

likvid som motsvarar det nominella värdet av lånet trots att räntan understiger marknadsräntan för ett lån av det aktuella slaget. Skillnaden mellan emissionspriset och marknadsvärdet av lånedelen, den s.k. kapitalrabatten, motsvaras av värdet på optionsrätten. Enligt 24 kap. 4 § IL har bolaget inte rätt till avdrag för kapitalrabatten.

I sitt betänkande föreslog 1992 års företagsskatteutredning att bestämmelsen om att avdrag inte får göras för kapitalrabatt på optionslån skulle tas bort. Motiveringen var följande. Kapitalrabatten är en utgift för upptagande av lån. Den omständigheten att en långivare samtidigt som han lämnar lånet gör ett tillskott till bolaget mot att han erhåller optionsrätten skulle enligt utredningen inte göra någon skillnad. Skälen för avdragsförbudet ansågs inte längre aktuella.

Riksskatteverket avstyrkte i sitt remissyttrande förslaget och anförde bl.a. att det inte torde finnas motsvarande avdragsrätt för kapitalrabatt på konvertibellån. Regeringen uttalade i propositionen (avsnitt 16.2) att frågan bör beredas ytterligare. Något förslag till ändring lades således inte fram.

Utredaren skall se över den skattemässiga behandlingen av kapitalrabatt på options- och konvertibellån.

Kapitalförluster vid konkurs och likvidation

I 1998 års företagsskatteutredningars gemensamma betänkande (SOU 2001:11) tar utredaren bl.a. upp frågan om kapitalförluster vid konkurs och likvidation. Om ett företag med underskott upplöses genom konkurs eller likvidation går rätten till avdrag för underskott förlorad. Vid ägarförändringar inträffar detsamma (beloppsspärren) eller inträder en begränsning i avdragsrätten (koncernbidragsspärren). När ett företag förvärvar näringsbetingade aktier i ett annat företag uppkommer som utredaren konstaterar en asymmetrisk kalkylsituation om koncernbidragsrätt inte föreligger (s. 144 f.). Om det förvärvade företaget går med vinst beskattas vinsten hos detta. Om det förvärvade företaget däremot går med förlust ger denna inte upphov till avdragsrätt eller endast till en begränsad avdragsrätt. Olikbehandlingen av vinster och förluster skulle påverka kalkylen för samriskföretag (s.k. joint ventures) negativt. Utredaren har undersökt om det skulle kunna vara en framkomlig väg att det förvärvande företaget fick

avdragsrätt för kapitalförlust om möjligheten till underskottsavdrag förloras till följd av att det förvärvade företaget likvideras eller går i konkurs. För att undvika icke avsedda effekter skulle en sådan regel behöva förses med begränsningar som det förefaller svårt att utforma ändamålsenliga lösningar för. Utredaren förordar i stället att möjligheten att ge koncernbidrag i joint venture-fall utreds. En möjlig utgångspunkt skulle, enligt utredaren, vara att koncernbidrag skall godtas endast om samtliga deltagare i ett gemensamt ägt företag lämnar koncernbidrag med ett belopp som motsvarar storleken av det egna aktieinnehavet.

Regeringen ansluter sig till utredarens bedömning. I utredningsuppdraget skall det ingå att se över möjligheterna att utvidga koncernbidragsrätten i enlighet med det anförda.

Övriga omstruktureringsfrågor

Utöver de frågor som här har tagits upp har utredaren möjlighet att utreda och lämna förslag om även andra beskattningsfrågor som har samband med omstruktureringar.

Byggnadsrörelse, handel med fastigheter och tomtrörelse

Enligt regler som tillkom genom lagstiftning år 1981 och som nu finns i 27 kap. IL gäller att en fastighet som förvärvas genom köp och andra onerösa fång av den som bedriver byggnadsrörelse eller handel med fastigheter "smittas" av rörelsen och får karaktär av lagertillgång i denna. Undantag görs bl.a. för förvärv som uppenbarligen saknar samband med rörelsen. Makes förvärv jämföras med rörelseidkarens. Även aktier och andelar i fastighetsförvaltande företag kan räknas som lagertillgångar.

I 27 kap. IL finns även regler om tomtrörelse. Lagstiftningen tillkom år 1967.

Man skiljer mellan kvalificerad och enkel tomtrörelse. Kvalificerad tomtrörelse anses föreligga när någon säljer byggnadstomter från en fastighet som uppenbarligen har förvärvats för att ingå i yrkesmässig markförsäljning. För fall där det inte redan från början står klart att det är fråga om en yrkesmässig verksamhet finns det schablonregler som anger när enkel tomtrörelse uppkommer.

Enligt schablonen är det i princip antalet avyttrade tomter under en viss tidsperiod som har betydelse.

Bestämmelserna om byggnadsrörelse, handel med fastigheter och tomtrörelse har framför allt i fråga om aktiebolag m.fl. fått mindre betydelse efter de ändringar i inkomstbeskattningen som har skett sedan de tillkom. Det har också blivit svårt att få dem att passa ihop med det inkomstskattesystem som har vuxit fram under senare tid. Reglerna ger även upphov till tolkningsproblem. Skattelagskommittén (SOU 1997:2 Del II, s. 251 f.) nämner som exempel den centrala frågan vad det innebär att en enkel tomt-rörelse är påbörjad. Innebär det att de tomter som ingår i rörelsen blir lagertillgångar när den femtonde tomten säljs eller räknas de olika tomterna som lager först vid avyttring av respektive tomt?

Byggentreprenörerna (numera Sveriges Byggindustrier) och Sveriges Fastighetsägareförbund har i en gemensam framställan begärt att reglerna för beskattning av byggnadsrörelse, handel med fastigheter och tomtrörelse skall ses över. Regeringen delar denna uppfattning.

Utredaren skall överväga om de särskilda reglerna helt eller delvis kan upphävas och beskattning i stället kan ske enligt allmänna regler.

Värdepappersrörelse

Handel med värdepapper i egentlig mening bedrivs av bankinstitut och värdepappersinstitut. Sedan lång tid tillbaka anses i praxis även ett aktiebolags köp och försäljningar av värdepapper på börs för egen räkning som sker i större omfattning i relation till innehavet kunna innebära att företaget bedriver värdepappersrörelse. Om detta gäller andra juridiska personer är mer oklart. Mer klart är att detta inte är fallet för fysiska personer åtminstone inte utan vidare.

Bedöms verksamheten som värdepappersrörelse får företaget rätt att vid värdenedgång skriva ned värdepapperen med skattemässig verkan. I gengäld föreligger inte skattefrihet för utdelning på aktier som utgör lager och detta oavsett storleken på innehavet i det utdelande företaget. För ägarna innebär kategoriseringen värdepappersrörelse att de s.k. lättnadsreglerna vid förmögensvärderingen blir tillämpliga. Gränsdragningen mellan värdepappersförvaltning och handel med värdepapper torde väsentligen bestämmas efter kvantitativa kriterier.

I fråga om företag för vilka det gäller särskilda skatteregler, t.ex. investmentföretag som definitionsmässigt uteslutande eller så gott som uteslutande förvaltar värdepapper, kan utfallet av bedömningen av huruvida en aktiv förvaltning utgör handel med värdepapper eller ej få mycket långtgående skattemässiga konsekvenser. Bedöms verksamheten som en mer än obetydlig handel skulle konsekvensen kunna bli att företaget inte beskattas enligt de särskilda regler som gäller för investmentföretag i 39 kap. 14 § IL. Även för allmännyttiga ideella föreningar och stiftelser skulle bedömningen av huruvida en aktiv kapitalförvaltning utgör handel med värdepapper eller ej kunna få stor skattemässig betydelse. Bedöms verksamheten utgöra handel är resultatet av verksamheten skattepliktigt. Bedöms verksamheten som kapitalförvaltning föreligger däremot skattefrihet.

I utredningsuppdraget ingår att analysera och ta ställning till om det numera finns några bärande skäl att en aktiv förvaltning av värdepapper inom företagssektorn under vissa betingelser skall beskattas som värdepappersrörelse.

Tidpunkt för redovisning

Utredningsuppdraget skall vara avslutat senast vid utgången av juli 2004.

(Finansdepartementet)

EG-fördragets inverkan på företagsbeskattningen

Rapport till företagsskatteutredningen
Roger Persson Österman & Kristina Ståhl

1 Inledning

Syftet med rapporten är att ge en översikt över EG-domstolens praxis angående när nationella skatteregler kommer i konflikt med EG-fördraget samt att något analysera vilka konsekvenser denna praxis har på de områden som täcks av utredningens uppdrag. Rapporten begränsas till de fördragsfriheter (etableringsfrihet och kapital) som är av störst relevans för utredningen. Rapporten behandlar endast just fördragsaspekten, dvs. den EG-rättsliga direktivreglering som finns rörande beskattning vid omstruktureringar berörs inte.

2 Allmänt om EG-fördragets betydelse för företagsbeskattningen

Gemenskapsregler i formell mening avseende företagsbeskattning finns på europeisk nivå främst i form av fusionsdirektivet (90/434/EEG), moder- och dotterbolagsdirektivet (90/435/EEG) och ränte- och royaltydirektivet (2003/49/EG). Dessa direktiv rör skattefrågor som aktualiseras vid vissa i direktiven specifikt angivna gränsöverskridande transaktioner och förhållanden, och något heltäckande regelverk för företagsbeskattning finns alltså inte. De fri- och rörligheter som regleras i EG-fördraget, vars rättsliga syfte är att skapa den inre marknaden, påverkar emellertid medlemsstaternas kompetens att gestalta nationella skatteregler. Även om frågor om direkta skatter i och för sig inte faller inom gemenskapens behörighetsområde, är medlemsstaterna således skyldiga att respektera gemenskapsrätten vid utövandet av sina egna befogenheter och särskilt avhålla sig från varje form av diskriminering på grund av nationalitet. EG-fördraget innehåller bestämmelser avseende inrättande och skydd av fyra så kallade friheter. Det rör sig

om fri rörlighet för varor (artiklarna 23–31), personer (artiklarna 39–48), tjänster (artiklarna 49–55) samt kapital och betalningar (artiklarna 56–60). Den fria rörligheten för personer kan i sin tur indelas i fri rörlighet för arbetstagare och etableringsfrihet.

EG-fördragets regler säkerställer primärt den fria rörligheten inom EU-området, men genom att motsvarande regler om fri rörlighet finns även i EES-avtalet gäller den fria rörligheten även i relation till EES-länderna. Enligt EG-domstolen skall bestämmelserna om fri rörlighet i EES-avtalet tolkas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i EG-fördraget.¹ När det gäller den fria rörligheten för kapital stadgas vidare i artikel 56 i EG-fördraget att denna frihet gäller även i förhållande till tredje land. Vilken betydelse denna utvidgning av den fria rörligheten till att även omfatta tredje land har på skatteområdet är dock i avsaknad av klarläggande praxis från EG-domstolen ännu oklart.²

Avsaknaden av ett komplett regelverk på området för direkta skatter och fördragets vaga och öppna text har lett till ett stort manöverutrymme för EG-domstolen då den tolkar EG-rätten och bedömer nationella bestämmelsers förenlighet med denna mot bakgrund av dessa fyra friheter. Utgångspunkten för EG-domstolen är fördragets syfte att skapa en verklig gemensam inre marknad, där i princip inga hinder finns för personer att verka fritt. Denna utgångspunkt är viktig att hålla i minnet vid studiet av de enskilda fördragsbestämmelserna och den praxis som finns från EG-domstolen.

Under det senaste decenniet, och i synnerhet under de senaste tre till fyra åren, har den ökade måltillströmningen till EG-domstolen givit den tillfälle att utöka och komplettera sin praxis avseende nationell skattelagstiftnings förenlighet med reglerna för den inre marknaden. Det är dock fortfarande många frågor som är oklara, och det kan inte heller uteslutas att praxis från EG-domstolen befinner sig i en utvecklingsfas där domstolen utvidgar skyddet för individer och företag. Detta sker genom att EG-domstolen uppfattar att fler störningar av den inre marknads funktion kan räknas som otillåtna hinder och genom att EG-domstolen är obenägen att låta hindret rättfärdigas, genom att tillämpa de s.k. rättfärdigandegrunderna (se nedan avsnitt 5). Å andra sidan finns i domstolens allra senaste praxis också vissa tendenser åt motsatt håll, dvs. tendenser som tyder på att domstolen eventuellt kan vara

¹ Se t.ex. mål C-452/01 *Ospelt*, p. 29 i EG-domstolens dom.

² Se närmare avsnitt 4 och 5.7 nedan.

på väg att i vissa avseenden lätta på de hårda krav för rättfärdigande som den uppställt i praxis.³

Det är också viktigt att betona att vissa inslag i den institutionella juridiska miljön gör att det är svårt att tolka EG-rätten och särskilt EG-domstolens praxis. Det finns tecken på att de enskilda ledamöterna i EG-domstolen i själva verket har olika uppfattningar både om vad som är hinder och hur rättfärdigandegrunderna skall tillämpas. Eftersom skiljaktig mening inte får avges måste alla ledamöter dock utåt ställa sig bakom såväl domslut som domskäl, vilket kan vara en förklaring till de logiska inkonsistenser som föreligger i domstolens praxis. Detta betyder också att enskilda domar måste tolkas med försiktighet och att de måste förstås i sitt sammanhang. Det är mer trenden i praxis än enskilda avgöranden som bör lyftas fram i en juridisk analys av det slag som sker i denna expertrapport.

3 Etableringsfriheten

3.1 Allmänt

Etableringsfriheten avser enligt artikel 43 i EG-fördraget bland annat rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare. Både primär etablering, dvs. nyetablering eller fullständig överflyttning av en fristående näringsverksamhet till ett annat medlemsland, och sekundär etablering, dvs. upprättande av filialer eller dotterbolag i andra medlemsländer, omfattas av artikeln. Enligt EG-domstolens rättspraxis gäller vidare att en fysisk person som innehar kapitalet i ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat, och som därigenom har ett betydande inflytande över företaget beslut och kan bestämma över dess verksamhet, utnyttjar sin etableringsfrihet.⁴ Ett hinder mot utövande av dessa rättigheter kan således strida mot fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.

En nationell skattebestämmelse riskerar att komma i konflikt med etableringsfriheten om den på något sätt *negativt särbehandlar* en gränsöverskridande etablering i jämförelse med motsvarande rent inhemska etablering. Typiskt sett kan det handla antingen om

³ Se närmare avsnitt 5.5 nedan.

⁴ Se t.ex. mål C-251/98 *Baars*.

att vissa ”fördelsregler” som tillämpas i inhemska fall inte utsträcks till att också gälla i gränsöverskridande fall eller om att det i nationell lagstiftning finns ”nackdelsregler” som är särskilt riktade mot utländska subjekt eller mot transaktioner med koppling till utlandet. Exempel på det förstnämnda är skattefrihetsregler vid omstruktureringar etc. och exempel på det sistnämnda är CFC-regler och internprissättningsregler. För utredningens del torde det vara skatteregler av den förstnämnda typen som framför allt står i centrum för intresset. Av EG-domstolens praxis framgår vidare att både hinder i verksamhetsstaten som riktar sig mot utländska subjekt som vill etablera sig i denna stat, och hinder i hemstaten som riktar sig mot inhemska subjekt som vill etablera sig i en annan stat, kan vara otillåtna.

3.2 Hinder i verksamhetsstaten

Det mest uppenbara exemplet på ett otillåtet hinder i verksamhetsstaten är en skatteregel som *öppet diskriminerar* utländska medborgare eller bolag, dvs. en regel som föreskriver att fysiska personer som är medborgare i andra länder respektive bolag som har säte/är registrerade i andra länder fräntas vissa skatteförmåner etc. som tillkommer inhemska subjekt.⁵ Äldre exempel på svenska, öppet diskriminerande skatteregler är att utländska bolag med svenska fasta driftställen inte omfattades av möjligheten att motta skattefria utdelningar eller att med skatterättslig verkan ge/ta emot koncernbidrag. Dessa regler är numera ändrade. Allmänt kan dock sägas att alla skatteregler som negativt särbehandlar begränsat skattskyldiga bolag för de inkomster som uppkommer hos deras svenska fasta driftställen löper klar risk att bedömas som öppet diskriminerande.

Det är emellertid inte endast öppet diskriminerande skatteregler som är otillåtna utan även *dolt diskriminerande* skatteregler, dvs. regler som använder något annat kriterium för särskiljande än nationalitet men som ändå leder till samma resultat, är förbjudna. Det särskiljande kriteriet kan t.ex. vara skattesubjektets hemvist⁶ eller bestå i en begränsning av avdragsgilla kostnader till sådana som uppkommit inom landet.⁷ Skatteregler som negativt

⁵ Exempel på mål rörande öppet diskriminerade skatteregler är 270/83 *avoir fiscal* och C-311/97 *Royal Bank of Scotland*.

⁶ Se t.ex. mål C-307/97 *Saint-Gobain*.

⁷ Mål C-254/97 *Baxter*

särbehandlar begränsat skattskyldiga fysiska personer är regelmässigt dolt (och inte öppet) diskriminerande eftersom den begränsade skattskyldigheten för fysiska personer bestäms utifrån bosättning och inte utifrån nationalitet.

När det gäller hinder i verksamhetsstaten har EG-domstolen slutligen också slagit fast att en negativ särbehandling av dotterbolagsetableringar in i verksamhetsstaten som företas av utländska subjekt kan utgöra en *otillåten inskränkning* av det utländska subjektets etableringsfriheten.⁸ Här är beskattningsåtgärden inte omedelbart riktad mot det utländska subjekt som utnyttjat sin etableringsfrihet, utan det är det inhemska dotterbolaget som drabbas av den negativa särbehandlingen. Om denna särbehandling beror på att dotterbolaget är utlandsägt kan regeln dock ändå anses hindra det utländska subjektets etableringsfrihet och därmed vara fördragsstridig. Det är t.o.m. så att en skatt som drabbade en inhemsk säljare p.g.a. att det köpande bolaget (även detta inhemskt) ägdes av ett utländskt moderbolag har ansetts utgöra en otillåten inskränkning av det utländska moderbolagets etableringsfrihet.⁹ Beskattningsåtgärden behöver alltså inte omedelbart träffa det subjekt som skyddas av fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet för att den skall komma i konflikt med dessa bestämmelser. Bland svenska regler som kan inordnas under denna kategori, och som därmed är otillåtna om de inte kan rättfärdigas, kan t.ex. nämnas det skattskyldighetsvillkor för mottagaren som uppställs både i koncernbidragsreglerna och i underprisreglerna. Detta villkor innebär att dotterbolag till utländska moderbolag som saknar fast driftställe i Sverige missgynnas i jämförelse med dotterbolag till svenska moderbolag, vilket kan anses inskränka det utländska moderbolagets rätt till fri etablering.

3.3 Hinder i hemstaten

Som nämnts är det inte endast hinder i verksamhetsstaten som är otillåtna utan även hinder i hemstaten för etableringar i utlandet kan vara fördragsstridiga. EG-domstolen har nämligen uttalat att även om artikel 43 enligt sin ordalydelse särskilt syftar till att säkerställa nationell behandling i värdstaten, föreskriver den samtidigt

⁸ Se t.ex. mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* ang. de tyska underkapitaliseringsreglerna.

⁹ Mål C-426/00 *X och Y* ang. de svenska reglerna om underprisöverlåtelse (numera 53 kap. IL). Ett liknande exempel är mål C-1/93 *Halliburton*.

ett förbud mot att ursprungsstaten hindrar sina egna medborgare eller bolag från att etablera sig i en annan medlemsstat. Det kan t.ex. röra sig om att inkomster från utlandet beskattas hårdare än motsvarande inhemska inkomster¹⁰ eller att avdrag vägras för kostnader med koppling till utlandet.¹¹ Andra exempel är att den inhemska delen av en koncern fråntas vissa skatteförmåner p.g.a. att det i koncernen även finns utländska bolag.¹² En särskild kategori skatteregler som utgör hinder för etableringar i utlandet är vidare s.k. exitskatter, dvs. skatter som utlöses just p.g.a. att skatte-subjektet eller skatteobjektet lämnar landet.¹³

När det gäller svenska, potentiellt fördragsstridiga, regler kan återigen skattskyldighetsvillkoret i de svenska koncernbidrags- och underprisreglerna nämnas. Eftersom detta villkor innebär att svenska bolag inte med avdragsrätt kan lämna koncernbidrag eller genomföra en underprisöverlåtelse till ett utländskt dotterbolag kan det anses avhålla svenska bolag från att etablera sig i andra länder. Vidare finns i svensk lagstiftning en hel del regler av exitskattkaraktär, t.ex. reglerna om uttagsbeskattning p.g.a. förändrad skattskyldighet och reglerna om återföring av andelsbytesuppskov vid utflyttning. Även dessa regler kan anses hindra etableringsfriheten och är därmed fördragsstridiga om de inte kan rättfärdigas.

3.4 Avslutande kommentar

Avslutningsvis kan sägas att problemet vid bedömningen av om en nationell skatteregel strider mot fördraget mera sällan ligger i att avgöra om regeln utgör ett hinder för den fria rörligheten. I princip alla skatteregler som på något av de ovan beskrivna sätten negativt särbehandlar skattesubjekt, transaktioner eller förhållanden med koppling till utlandet utgör hinder för den fria rörligheten. Även helt obetydliga hinder (beloppsmässigt eller med avseende på hur många som drabbas) är otillåtna och det räcker exempelvis med att regeln innebär en likviditetsmässig nackdel för att den skall komma i konflikt med artikel 43.¹⁴ Möjligen finns dock vissa fall av faktiska hinder som inte anses fördragsstridiga (se närmare strax nedan).

¹⁰ Mål C-251/98 *Baars*.

¹¹ Mål C-168/91 *Bosal Holding*.

¹² Mål C-265/96 *ICI* och mål C-200/98 *X AB och Y AB*.

¹³ Mål C-9/02 *Lasteyrie du Saillant*.

¹⁴ Se förenade målen C-397/98 och C-410/98 *Metallgesellschaft*.

Svårigheten vid bedömningen ligger ändå oftast snarare i att avgöra om hindret kan rättfärdigas (se om denna fråga avsnitt 5 nedan). Det skall också poängteras att den jämförelsenorm som EG-domstolen använder för att fastställa om en negativ särbehandling föreligger genomgående är hur motsvarande rent inhemska förhållande/inhemska transaktion beskattas. I litteraturen har argumenterats för att artikel 43 också kräver att olika typer av gränsöverskridande etableringar sinsemellan skall likabehandlas skattemässigt, dvs. exempelvis att etablering genom dotterbolag skall ges samma skattemässiga behandling som etablering via filial.¹⁵ Enligt vår mening saknas dock stöd för ett sådant synsätt i EG-domstolens hittillsvarande skattepraxis.¹⁶

Även om det som sagt oftast inte är så stora problem att fastställa att ett hinder föreligger finns det några svårtolkade fall från EG-domstolen som antyder att vissa typer av faktiska hinder eller problem för en person kanske inte kan uppfattas som hinder enligt fördragets bestämmelser. När det gäller etableringsfriheten är det närmast målet *Futura* som antyder att det finns problem i form av hinder som helt kan förklaras av den skattesuveränitet som de facto fortfarande gäller, och som EG-domstolen inte anser sig kunna bota.¹⁷ I *Futura* var det fråga om territorialitetsprincipen, vilken kanske närmast kan översättas till principen om källstatens beskattningsföreträde eller principen om fördelningen av beskattningsrätten mellan två länder (se vidare nedan om *Futura* i avsnitt 5.6). Andra exempel, som dock gäller den fria rörligheten för arbetstagare, är *Schumacker* och *Gilly* som också antyder att vissa problem på den inre marknaden, som kan förklaras av att stater är skattesuveräna, inte uppfattas utgöra hinder.¹⁸ I litteraturen har argumenterats för att EG-domstolen inte är helt opåverkbar av vad som kanske kan kallas rättspolitiska argument när den behandlade frågan har mycket stor betydelse för den internationella skatterättens funktion, eller när det gäller tolkningen av historiskt

¹⁵ Se t.ex. Bergmann, E., Avräkning, underskott och EG-rätten, Skattenytt 2004 s. 475 ff.

¹⁶ Frågan har nyligen berörts i två generaladvokatsyttranden, vilka kommer till olika resultat. Generaladvokat Poiares Maduro avvisar i sitt yttrande i mål C-446/03 *Marks & Spencer* att artikel 43 skulle kräva enhetlighet för de regelverk som är tillämpliga på olika etableringsformer, se p. 49 i yttrandet. Generaladvokat Léger visar dock större öppenhet för ett sådant synsätt i sitt yttrande i mål C-253/03 *CLT-UFA*, se p. 56 i yttrandet.

¹⁷ Mål C-250/95.

¹⁸ I C-279/93 *Schumacker* var det fråga om att en persons personliga förhållanden i normalfallet endast behöver beaktas i den stat personen bor trots att inkomster uppbärs från en annan stat. I C-336/96 *Gilly* ansågs att något krav på fullständig avräkning för utländsk skatt inte kunde ställas på bosättningsstaten trots att skattebördan blev större för den person som hade inkomster från en annan stat.

vedertagna spelregler för konstruktionen av dubbelbeskattningsavtal. Det är kanske en otillfredsställande förklaring utifrån en mer strikt rättskälleorienterad synvinkel, men faktum är att EG-domstolens vida tolkningsmarginal inrymmer också rättspolitisk argumentation. Rätten utvecklas trots avsaknad av egentliga lagstiftningsåtgärder, vilket vi kommer att se prov på nedan.

4 Fria kapitalrörelser

Den fria rörligheten för kapital och betalningar avser kapitalrörelser och betalningar mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje stat, se artikel 56 i EG-fördraget. Fördraget innehåller ingen egen definition av vad som avses med kapitalrörelser. Här kan i stället ledning hämtas från direktiv 88/361/EEG. Enligt EG-domstolen skall nämligen detta direktiv, samt den till direktivet bifogade nomenklaturen vilken innehåller en omfattande uppräknings och klassificering av olika typer av kapitalrörelser, vara vägledande även när det skall bestämmas vad som utgör en kapitalrörelse i fördragets mening.¹⁹ Av nomenklaturen framgår att kapitalrörelser inte endast omfattar rent finansiella placeringar över gränserna utan att också olika typer av direktinvesteringar och etableringar inordnas under detta begrepp. Som kapitalrörelse anses t.ex. etablering av filial och förvärv av dotterbolagsaktier. Kapitalrörelser skall alltså förstås i mycket vid mening.

Detta innebär att det i flera fall föreligger en dubbelreglering på så sätt att samma transaktion/förhållande omfattas både av den fria rörligheten för kapital och av etableringsfriheten. I praktiken är detta knappast något stort problem eftersom prövningen av om en nationell skatteregel strider mot fördraget sker på i princip samma sätt enligt båda dessa fördragsfriheter (se närmare nedan). Domstolen börjar i dessa fall med att pröva den aktuella regeln mot den ena av dessa fördragsfriheter. Om domstolen därvid kommer fram till att regeln strider mot denna fördragsfrihet säger den sedan regelmässig att det därmed inte är nödvändigt att pröva den även mot den andra fördragsfriheten. Det faktum att EG-domstolen på detta sätt stannar i sin prövning när den väl har funnit att en nationell bestämmelse strider mot någon av fördragsfriheterna indikerar att en sådan bestämmelse inte kan "räddas" av att den eventuellt är

¹⁹ Mål C-222/97 *Trummer och Mayer*.

förenlig med den andra fördragsfriheten. Om så skulle vara fallet borde domstolen nämligen gå vidare och pröva bestämmelsen även mot den andra fördragsfrihet som är tillämplig på transaktionen ifråga, men detta sker som sagt inte. Om det alltså trots allt skulle föreligga någon skillnad i bedömningen beroende på vilken fördragsfrihet som är aktuell så är det därmed den fördragsfrihet som har de mest långtgående verkningarna som skall ges företräde. Det räcker således att konstatera att en skattebestämmelse strider mot någon av fördragsfriheterna för att bestämmelsen inte skall få tillämpas. Omvänt gäller att man däremot inte kan nöja sig med att konstatera att bestämmelsen är förenlig med den ena fördragsfriheten, utan att man då måste gå vidare och pröva regeln även mot den andra tillämpliga fördragsfriheten.

I artikel 56 anges att ”alla restriktioner för kapitalrörelser” är förbjudna. Förbudet är således kategoriskt utformat och formulerat som ett restriktionsförbud. När det gäller kapitalrörelser inom EU har EG-domstolen i flera fall funnit att även restriktioner i form av skattebestämmelser omfattas av förbudet.²⁰ I de fall som hittills prövats har det därvid, på samma sätt som när det gäller etableringsfriheten, genomgående varit fråga om skattebestämmelser som på något sätt *negativt särbehandlat* en gränsöverskridande kapitalrörelse i jämförelse med motsvarande rent inhemska kapitalrörelse. I domstolens hittillsvarande praxis finns således inget stöd för att restriktionsförbudet i artikel 56 skulle vara mer vidsträckt och fånga in även andra typer av skatteregler än de som omfattas av artikel 43 om etableringsfrihet. Enligt vår mening bör bedömningen av om en skatteregel hindrar den fria rörligheten för kapital därmed i princip ske på samma sätt som diskuterats ovan när det gällde skatteregler som hindrar den fria etableringsrätten.

Som nämnts föreligger dock en viktig skillnad mellan artikel 43 och artikel 56 på så sätt att den sistnämnda också innefattar ett förbud för kapitalrörelser mellan medlemsländerna och tredje land. Innebörden av detta förbud när det gäller skattebestämmelser som kan verka hindrande för den fria rörligheten är mycket oklar. Ännu så länge saknas nämligen EG-domstolspraxis angående nationella skattereglars förenlighet med den fria rörligheten för kapital mellan EU och tredje land. Däremot har frågan aktualiserats i ett antal

²⁰ Se t.ex. mål C-439/97 *Sandoz*, mål C-35/98 *Verkooyen*, mål C-436/00 *X och Y* och mål C-319/02 *Manninen*.

förhandsbesked hos Skatterättsnämnden.²¹ Av dessa kan utläsas att nämnden när den fastställt om det förelegat ett hinder för den fria rörligheten gjort i princip samma bedömning som om det varit fråga om ett hinder för rörligheten inom EU, men att den ansett att möjligheterna att rättfärdiga ett sådant hinder bör vara större än när det gäller hinder för rörligheten inom EU.²² Vi återkommer till rättfärdigandefrågan i avsnitt 5.7 nedan.

5 Rättfärdigande

5.1 Allmänt

Även om man skulle anse att en skatteregel hindrar den fria rörligheten kan den ändå godtas om den kan anses motiverad av tillräckligt starka skäl. Detta framgår såväl av relevanta fördragsbestämmelser som av EG-domstolens rättspraxis. I EG-fördragets artikel 46 anges att bestämmelserna om etableringsfrihet inte skall hindra tillämpning av bestämmelser som föreskriver särskild behandling av utländska företag och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Det är emellertid mycket svårt att tänka sig inkomstskatteregler som skulle kunna motiveras med dessa hänsyn, och det har heller aldrig varit aktuellt för EG-domstolen att godta inkomstskatteregler på de grunderna. Eftersom domstolen vidare har sagt att skatteregler som öppet diskriminerar utländska rättssubjekt *endast* kan godtas på de i fördraget angivna grunderna, är utrymmet för en medlemsstat att upprätthålla sådana regler utomordentligt litet.²³

Betydelsefullare är då EG-domstolens praxis angående möjligheten att rättfärdiga skatteregler som är endast dolt diskriminerande eller som på andra sätt hindrar den fria rörligheten. När det gäller sådana skatteregler har domstolen nämligen accepterat även andra grunder för att få behålla reglerna än de som uttryckligen anges i fördragsbestämmelserna. För att så skall ske måste regeln ha ett legitimt syfte som överensstämmer med fördraget och kan

²¹ Förhandsbesked meddelade den 19 februari 2003 (angående dels löneunderlag vid tillämpning av de s.k. 3:12-reglerna, dels Lex Asea) och den 4 april 2005 (angående CFC-reglerna).

²² Se för en utförligare diskussion om denna fråga Ståhl, K., Beskatning och fria kapitalrörelser – inom EU och mot tredje land, i Arvidsson m.fl. (red.), Festskrift till Gustaf Lindencrona, 2003, s. 493-512 och dens., Den fria rörligheten för kapital mellan EU och tredje land, Skattenytt 2003 s. 585-599.

²³ Se mål C-311/97 *Royal Bank of Scotland*.

motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Vidare fordras att regeln är ägnad att säkerställa att det eftersträvade syftet uppnås och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.²⁴ Kravet på proportionalitet är generellt sett högt ställt i domstolens praxis och medlemsstaterna måste enligt domstolen använda medel som, samtidigt som de gör det möjligt att effektivt uppnå de syften som eftersträvas med den nationella rätten, i minsta möjliga mån åsidosätter de syften och principer som uppställs genom gemenskapslagstiftningen i fråga.²⁵ Dessa höga krav gäller även vid prövning av nationella skatteregler mot fördraget. Det är viktigt att inse, att huvudregeln för EG-domstolen är att hinder inte skall få förekomma. Endast undantagsvis kan hinder rättfärdigas, och otvivelaktigt ser EG-domstolen mycket restriktivt på möjligheten till undantag från huvudregeln om fri rörlighet.

Fördragsbestämmelserna angående möjligheten att rättfärdiga hinder för de fria kapitalrörelserna är formulerade på ett annat sätt än när det gäller etableringsfriheten. Enligt artikel 58.1 a) skall bestämmelserna i artikel 56 inte påverka medlemsstaternas rätt att tillämpa sådana bestämmelser i sin skattelagstiftning som skiljer mellan skattebetalare som har olika bostadsort eller som har investerat sitt kapital på olika ort. Vidare tillåter artikel 58.1 b) att medlemsstaterna vidtar alla nödvändiga åtgärder för att förhindra överträdelse av nationella skattelagar, samt att de av administrativa skäl upprätthåller en ordning för deklaration av kapitalrörelser. Även åtgärder som är motiverade med hänsyn till allmän ordning eller allmän säkerhet godtas enligt artikeln. En viktig inskränkning är dock att dessa bestämmelser eller åtgärder enligt artikel 58.3 inte får utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av den fria rörligheten för kapital.

När det gäller bestämmelsen i artikel 58.1 b) har EG-domstolen uttalat att denna skall anses omfatta åtgärder som är ”nödvändiga för att förhindra vissa överträdelse, bland annat genomförandet av effektiva skattekontroller liksom bekämpningen av olagliga verksamheter såsom skattebedrägeri”.²⁶ Domstolen har också preciserat tillämpningsområdet för artikel 58.1 b) på så sätt att åtgärder som ”gör det möjligt att hindra de skattskyldiga från att, genom att utnyttja den fria rörligheten för kapital [...] undandra sig de för-

²⁴ Se t.ex. mål C-250/95 *Futura*.

²⁵ Se dom i de förenade målen C-286/94, C-340/95, C-401/95 och C-47/96 *Garage Molenbeide*.

²⁶ Se förenade målen C-163/94, C-165/94 och C-250/94 *Sanz de Lera*.

pliktelse som följer av nationell lagstiftning”, samt är nödvändiga ”för att förhindra överträdelser av nationella lagar och författningar inom skatteområdet” skall anses omfattade av undantaget.²⁷ Artikeln måste därmed anses ha klara beröringspunkter med den praxis domstolen utvecklat i anslutning även till övriga fördragsfriheter angående möjligheten att rättfärdiga skatteregler med hänsyn till önskemål att upprätthålla en effektiv skattekontroll och att bekämpa skatteflykt (se vidare avsnitt 5.3-4 nedan). När det gäller bestämmelsen i 58.1 a) har domstolen vidare uttryckligen uttalat att denna skall ses som en kodifiering av den praxis angående möjligheten att rättfärdiga hinder för den fria rörligheten som utvecklats i anslutning till övriga fördragsfriheter.²⁸

Den följande redogörelsen för praxis angående rättfärdigande av skatteregler som hindrar den fria rörligheten är därmed lika giltig oavsett om den nationella regeln kommer i konflikt med etableringsfriheten eller de fria kapitalrörelserna. När det gäller kapitalrörelser mot tredje land kan dock särskilda hänsyn göra sig gällande, varför vi behandlar den frågan i ett eget avsnitt nedan (se avsnitt 5.7).

5.2 Grunder som avisats

Det är först och främst viktigt att fastslå att EG-domstolen klart funnit att en önskan att skydda en medlemsstats skattebas och att upprätthålla nivån på landets skatteintäkter aldrig kan utgöra en rättfärdigandegrund. Detta kan te sig märkligt, och det är osäkert om EG-domstolen initialt verkligen insåg betydelsen av att den tidigt fastslog detta. Så är dock fallet. Andra rättfärdigande grunder som kategoriskt har avisats av domstolen är att det diskriminerade subjektet åtnjuter andra skattefördelar eller att den skattemässiga särbehandlingen är motiverad av administrativa skäl.

5.3 Effektiv skattekontroll

EG-domstolen har principiellt uttalat att önskemålet att upprätthålla en effektiv skattekontroll är ett sådant tungt vägande allmänintresse som kan motivera ett hinder för utövandet av fördrags-

²⁷ Mål C-439/97 *Sandoz*.

²⁸ Se t.ex. mål C-35/98 *Verkooijen* och mål C-436/00 *X och Y*.

friheterna.²⁹ I praktiken har domstolen dock ännu inte accepterat någon skatteregel som varit under dess prövning på den grunden. I regel är det därvid proportionaliteten som har brustit. Domstolen har t.ex. flera gånger uttalat att ett avdragsförbud för utgifter med koppling till utlandet vilket motiveras av kontrollsvårigheter är en oproportionell åtgärd. I stället måste den skattskyldige ges möjlighet att visa att utgifterna är riktiga och att de villkor som uppställs för avdragsrätt är uppfyllda.³⁰ Domstolen hänvisar också ofta till direktiv 77/799/EEG om myndighetssamarbete och menar att medlemsstaterna får använda detta direktiv för att ta hjälp av andra länders myndigheter för att kontrollera riktigheten av den skattskyldiges uppgifter. Medlemsstaternas invändningar om att direktivet är ineffektivt och i princip saknar verkan i länder med banksekretess har därvid tillbakavisats, och domstolen har uttryckligen sagt att den omständigheten att det är omöjligt att begära samarbete med myndigheter i sådana stater inte kan rättfärdiga att en skatteförmån inte tillämpas på inkomster som erhållits i dessa stater.³¹

Enligt vår mening är det ytterst osannolikt att en materiell skatteregel som olikbehandlar inhemska och gränsöverskridande transaktioner etc. någonsin skulle kunna rättfärdigas med hänvisning till kontrollhänsyn. Däremot bör denna rättfärdigandegrund åtminstone i vissa fall kunna användas för att rättfärdiga kontrollregler, krav på viss bevisning etc., när sådana regler ställer upp skilda krav i inhemska och gränsöverskridande fall. Som exempel kan nämnas att de regler som föreslagits vad gäller ökat dokumentationskrav på den internprissättning som tillämpas mellan företag i internationella koncerner enligt vår mening torde kunna rättfärdigas på denna grund.

5.4 Skatteflykt

Önskemålet att hindra skatteflykt är en annan rättfärdigandegrund som kan motivera en särbehandling som hindrar den fria rörligheten. Inte heller denna grund har dock i realiteten ännu räddat någon skatteregel som prövats av domstolen, vilket bl.a. har berott på att de prövade reglerna ansetts vara alltför oprecist och

²⁹ Mål C-250/95 *Futura*.

³⁰ Se t.ex. mål C-250/95 *Futura*, C-254/97 *Baxter* och C-136/00 *Danner*.

³¹ Mål C-334/02 Kommissionen mot Frankrike.

schablonmässigt utformade. EG-domstolen har därvid uttalat att de prövade reglerna inte haft till specifikt syfte att komma åt ”rent konstlade kopplingar”/”konstlade upplägg” (eng: ”artificial arrangements”) vilkas syfte är att kringgå den nationella lagstiftningen.³² För att en skatteflyktsregel som hindrar den fria rörligheten skall kunna accepteras synes därmed krävas att regeln är riktad mot vad som skulle kunna betecknas som mer utpräglade kringgåendetransaktioner. En fortfarande oklar fråga är om domstolen överhuvudtaget är beredd att acceptera mekaniskt utformade skatteflyktsregler eller om en regel för att godtas måste möjliggöra en prövning av om skatteflykt föreligger i det enskilda fallet. Helt klart är i alla fall att någon allmän presumtion om skatteunddragande eller skatteflykt inte kan grundas på enbart omständigheten att ett bolag eller dess moderbolag är etablerat i en annan medlemsstat.³³

5.5 Skattesystemets inre sammanhang

Ett rättfärdigande grund som i EG-domstolens rättspraxis *de facto* har ansetts motivera en hindrande skatteregel är nödvändigheten av att bevara skattesystemets inre sammanhang. Detta skedde i *Bachmann*-målet rörande avdragsförbud för premier på försäkringar tecknade i andra medlemsstater.³⁴ Domstolen fann förbudet motiverat eftersom det i det prövade systemet fanns en koppling mellan avdragsrätt för premier och skatteplikt för utfallande försäkringsbelopp. Enligt domstolen gick det inte att säkerställa en beskattning av utfallande försäkringsbelopp när försäkringen tecknats i ett utländskt försäkringsbolag varför avdrag då inte heller skulle behöva medges.

Möjligen kan denna rättfärdigande grund uppfattas som ett *de facto* erkännande av att det måste finnas ett visst skydd för skattebasen, trots att EG-domstolen annars hävdar att något sådant skydd inte föreligger. Uppenbarligen grundas tankegången på ett

³² Mål C-264/96 ICI, mål C-324/00 *Lankhorst-Hoborst* och mål C-9/02 *Lasteyrie du Saillant*. Se även mål C-436/00 *X och Y*, p. 61 i domen där det i den svenska versionen, vilken dessutom är den autentiska eftersom målet härrörde från Sverige, anges att reglerna inte syftar till att komma åt ”rena skentransaktioner”. I den franska versionen används dock orden ”les montages purement artificielles” och i den engelska ”artificial schemes”, varför även denna dom bör tolkas så att det som EG-domstolen åsyftar är verkliga, om än ”artificiella” eller ”konstlade”, transaktioner, och inte transaktioner som företas för skens skull.

³³ Se mål C-436/00 *X och Y*.

³⁴ Mål C-204/90.

erkännande av att det finns ett slags inre logik i inkomstskattesystemet, en inre logik som i sin tur bottnar i det fiskala syfte som givetvis ligger immanent i varje skattesystem.

Efter *Bachmann* har argumentet om skattesystemets inre sammanhang återopats av medlemsstaterna i ett stort antal mål men har aldrig senare godtagits av domstolen. Detta har fått många bedömare att anta att EG-domstolen i själva verket övergivit denna rättfärdigandegrund. Domstolen har dock inte öppet tagit avstånd från rättfärdigandegrunden som sådan, utan tvärtom upprepas den i senare domar på ett sätt som visar att den fortfarande tycks ha tillämplighet. Det är t.o.m. så att domstolen utvecklar och preciserar innebörden av rättfärdigandegrunden, vilket i sig kan te sig märkligt med tanke på att den ännu inte i något senare mål har givit något reellt skydd för någon medlemsstat. Enligt vår mening bör det i vart fall stå klart att invändningen om inre sammanhang fortfarande är giltig i en sådan situation som den som bedömdes i *Bachmann*.³⁵ Som kommer att utvecklas närmare nedan är det vidare troligt att den kan ha betydelse även i andra situationer, när det gäller regler som har sin grund i den inre logik som ett skattesystem kan anses ha.

Ett särskilt problem när det gäller möjligheten att använda argumentet om inre sammanhang för att motivera omstruktureringsregler etc. som hindrar den fria rörligheten är att sådana regler ofta är uppbyggda så att medgivande av en skatteförmån för ett skatteobjekt är beroende av hur ett annat skatteobjekt beskattas (jfr t.ex. kravet i underprisreglerna på skattskyldighet för förvärvaren som ett villkor för att överlåtaren skall slippa uttagsbeskattning). EG-domstolen har i flera domar uttalat att det inre sammanhanget måste föreligga inom ramen för beskattningen av ett och samma skattesubjekt.³⁶ Många har därför dragit slutsatsen att det vid en prövning av om en bestämmelse kan motiveras med hänvisning till skattesystemets inre sammanhang inte finns utrymme för att beakta en skattemässig koppling mellan två olika skattesubjekt. Domstolens formuleringar angående denna fråga är onekligen kategoriska vilket talar för att denna slutsats är riktig. Det finns dock i senare praxis också tecken på att domstolen kanske är beredd att modifiera sin inställning något. EG-domstolen har nämligen, när den avvisat invändningar om skattesystemets inre sammanhang

³⁵ Denna uppfattning har även Regeringsrätten, se RÅ 2004 ref. 84.

³⁶ Se t.ex. mål C-35/98 *Verkooijen*, p. 57-58 i EG-domstolens dom och mål C-168/01 *Bosal Holding*, p. 30 i EG-domstolens dom.

som grund för rättfärdigande, inte alltid nöjt sig med att konstatera att det rör sig om två olika skattesubjekt och att argumentet därför inte kan godtas. I praxis finns tvärtom exempel på att EG-domstolen, efter att ha konstaterat att det rör sig om två olika skattesubjekt, ändå gått vidare och avvisat invändningen (även) på andra grunder.³⁷ Så skulle ju inte ha behövt ske om domstolen menar att det är helt uteslutet att vid prövningen beakta situationen för två olika skattesubjekt.

Ett illustrativt exempel på det nyss sagda är domstolens praxis angående förenligheten av regler angående lindring av s.k. ekonomisk dubbelbeskattning av aktieutdelningar med fördragsreglerna om fri rörlighet för kapital. Domstolen har i två mål funnit att det utgör ett hinder för de fria kapitalrörelserna att begränsa en sådan skattelindring till att endast omfatta utdelningar från inhemska bolag.³⁸ I båda målen sökte medlemsstaten rättfärdiga de prövade reglerna genom att hänvisa till skattesystemets inre sammanhang. Det inre sammanhanget skulle därvid i princip bestå i kopplingen mellan beskattningen av vinsten på bolagsnivå och lindringen av beskattningen på ägarnivå, dvs. medlemsstaten ansåg sig endast förpliktad att lindra dubbelbeskattning som uppkommit i det egna landet. I det första målet, *Verkooijen* från år 2000, förkastade EG-domstolen denna invändning genom att kort konstatera att det där inte var fråga om ett sådant direkt samband mellan olika skatte-regler som var fallet i *Bachmann*, eftersom det rörde sig om två distinkta skatter som belastade två olika skattesubjekt.³⁹ I det andra målet, *Manninen* från år 2004, förde domstolen däremot ett tämligen ingående resonemang kring frågan om ett inre sammanhang kunde anses föreligga i det aktuella fallet.⁴⁰ Domstolen framhöll därvid att denna fråga måste prövas med beaktande av de ändamål som eftersträvas genom de aktuella skattebestämmelserna. Domstolen pekade också på den skillnad som förelåg mellan de i målet aktuella reglerna och de som prövades i *Bachmann*. I *Bachmann*-målet var det enligt domstolen i princip fråga om att genom att medge avdrag för försäkringspremier skjuta upp beskattningstidpunkten till dess att försäkringsbeloppen betalades ut, och det inre sammanhanget i detta system krävde att avdrag endast skulle behöva medges om utfallande belopp kunde beskattas. Domstolen

³⁷ Se t.ex. mål C-168/01 *Bosal Holding*, p. 33-36 i EG-domstolens dom.

³⁸ Mål C-35/98 *Verkooijen* och mål C-319/02 *Manninen*.

³⁹ Mål C-35/98 *Verkooijen*, p. 56-58 i EG-domstolens dom.

⁴⁰ Mål C-319/02 *Manninen*, p. 40-48 i EG-domstolens dom.

framhöll att syftet med de i målet aktuella bestämmelserna däremot var att undvika dubbelbeskattning av aktieutdelningar och diskuterade sedan om det mot bakgrund av detta syfte var motiverat att begränsa rätten till skatteavräkning till att endast omfatta utdelning på inhemska aktier. Den fann då att så inte var fallet utan att detta syfte kunde uppnås även om utländska utdelningar medgavs motsvarande behandling. Att detta kunde leda till att skatteintäkterna från beskattningen av utländska utdelningar minskade såg domstolen som en annan fråga, och domstolen framhöll också att en minskning av skatteintäkterna enligt fast praxis i sig inte kan användas som rättfärdigandeargument.

Argumentet om skattesystemets inre sammanhang avvisades således även i detta mål, men intressant nog alltså inte genom en enkel hänvisning till att det rörde sig om beskattningen av olika skattesubjekt utan först efter en tämligen ingående analys av de aktuella reglernas syfte och funktion. Det kan här också noteras att generaladvokaten i *Manninen*-målet argumenterade för att det principiellt bör vara möjligt att försvara skatteregler med skattesystemets inre sammanhang även när det är fler än ett skattesubjekt som är inblandade.⁴¹ Även om EG-domstolen inte uttryckligen berörde denna fråga i domen kan det sätt på vilket domstolen avvisade argumentet om inre sammanhang onekligen sägas indikera att domstolen inte helt utesluter att ett inre sammanhang kan föreligga mellan beskattningen av olika skattesubjekt. Detta bör i så fall kunna ha betydelse för möjligheten att rättfärdiga t.ex. de svenska koncernbidragsreglerna och underprisreglerna, där ju möjligheten för ett skattesubjekt att få avdrag respektive att slippa uttagsbeskattning är avhängig av om ett annat skattesubjekt är skattskyldigt i Sverige för de värden som överförs. Vidare kan noteras att EG-domstolen när den underkände de prövade reglerna i *Manninen*-domen tydligt angav att skyldigheten för medlemsstaten att utsträcka rätten till skatteavräkning till utländska utdelningar begränsades till den bolagsskatt som det utdelande bolaget faktiskt betalat i sitt hemland. Domstolen accepterade således en faktisk olikbehandling vid beskattningen av inhemska och utländska utdelningar hos aktieägaren (på så sätt att den godtog att det avräkningsbara beloppet är lägre för utländska utdelningar) så länge

⁴¹ Se p. 54-65 i generaladvokat Kokotts yttrande. Samma ståndpunkt har nyligen även framförts av generaladvokat Poiares Maduro i yttrandet i mål C-446/03 *Marks & Spencer*, se p. 71 i yttrandet.

denna motsvarades av en motsvarande olikbehandling vid beskattningen av det utdelande utländska bolaget.

Manninen tycks vara det första målet vari EG-domstolen faktiskt utvidgat området för tillämpningen av skyddet för skattesystemets inre sammanhang. Det är för tidigt att avgöra om *Manninen* endast är ett specialundantag, eller om det är det första i en ny utvecklingslinje från EG-domstolen. Vi vill dock gärna peka på generaladvokatens yttrande i *Marks & Spencer*-målet, som alldeles klart visar att generaladvokaten anser att principen om skyddet för skattesystemets inre sammanhang befinner sig i en utvecklingsfas i en utvidgande riktning.⁴² Något som dock talar emot en mer dramatisk förändring av EG-domstolens syn på det inre sambandet är naturligtvis att det kan skapa osäkerhet om betydelsen av ett flertal äldre domar. EG-domstolen önskar knappast skapa tvivel om äldre domars betydelse.

Redan av *Bachmann*-målet bör i alla fall kunna utläsas att regler som innebär att avsättningar till obeskattade reserver etc. återförs om skattskyldigheten upphör bör kunna rättfärdigas med hänvisning till skyddet för skattesystemets inre sammanhang. Detta bör gälla såväl avsättningar till periodiseringsfonder som överavskrivningar. I dessa fall torde nämligen ett sådant direkt samband som stipuleras redan i den äldre praxisen föreligga. Här bör i och för sig framhållas att om en stat har eftergivit sin källstatsbeskattningsrätt i ett dubbelbeskattningsavtal så kan inte denna princip åberopas.⁴³ Oss veterligt har Sverige dock inte i något avtal eftergivit rätten att beskatta näringsverksamhet som bedrivs från fast driftställe i landet.

Om det vidare skulle visa sig att praxis faktiskt kommer att utvecklas mot att ett inre sammanhang kan accepteras även vid beskattningen av två olika skattesubjekt framgår som nämnts att en sådan prövning i så fall måste ske mot bakgrund av syftet med de aktuella reglerna. Regler vars syfte är att skjuta upp beskattningen till en senare tidpunkt (t.ex. omstruktureringsregler) bör då, i enlighet med *Bachmann*-domen såsom denna preciseras av domstolen i *Manninen*-domen, ha relativt goda chanser att klara en prövning. Däremot lär det vara betydligt svårare att motivera att regler som syftar till att undanröja dubbelbeskattningseffekter (t.ex. regler om förhöjda anskaffningsvärden vid uttagsbeskattning) begränsas till att gälla endast i inhemska situationer.

⁴² Se föregående not.

⁴³ Mål C-80/94 *Wielockx*.

5.6 Territorialitetsprincipen

Ytterligare en rättfärdigandegrund som kan anföras för att försvara skatteregler som hindrar den fria rörligheten är att åberopa den skattemässiga territorialitetsprincipen. I målet *Futura* fann EG-domstolen med stöd av denna princip att det inte strider mot fördraget att vid beskattningen av utländska bolags inhemska fasta driftställen vägra avdrag för kostnader och förluster i den verksamhet som bedrivs i bolagets hemland, eftersom inkomster från denna verksamhet inte beskattas i driftställestaten.⁴⁴ Av målet framgår i och för sig inte klart om domstolen använde territorialitetsprincipen som grund för rättfärdigande eller om den menade att eftersom skattereglerna var utformade i enlighet med denna princip det inte kunde anses föreligga någon negativ särbehandling överhuvudtaget.⁴⁵ I *Bosal Holding* behandlades (men avfärdades) territorialitetsprincipen dock klart som en rättfärdigandegrund.⁴⁶

Det skall framhållas att eftersom territorialitetsprincipen ännu endast har aktualiserats i ett fåtal mål måste det sägas vara mycket oklart vilken närmare innebörd EG-domstolen anser att den har och hur stora möjligheter den ger att rättfärdiga nationella skatteregler. Det kan också vara värt att notera att generaladvokaten i *Marks & Spencer* på ett inte helt lättförståeligt sätt avfärdade territorialitetsprincipen som rättfärdigandegrund för att vägra resultatutjämning över nationsgränserna.⁴⁷

I linje med resonemanget i *Futura* borde man dock enligt vår mening kunna hävda att en stat måste ha rätt att beskatta de värden som upparbetats i näringsverksamhet som drivs i landet. Denna beskattning äventyras om staten måste medge skattefrihet även för transaktioner som innebär att skatteunderlaget definitivt försvinner från landet. Principen om källstatens beskattningsföreträde när det gäller näringsinkomster, vilken måste anses ha klara beröringspunkter med territorialitetsprincipen, är väletablerad i internationell skatterätt och har starkt skydd i OECD:s modellavtal.⁴⁸ Inte minst den internationellt erkända, och i modellavtalets artikel 9 nedlagda, s.k. armslängdsprincipen utgör ett uttryck för detta. Armslängdsprincipen är grundad på i princip samma överväganden som de som ligger bakom de här diskuterade reglerna, dvs. att tillse

⁴⁴ Mål C-250/95 *Futura*.

⁴⁵ Se p. 22 i EG-domstolens dom.

⁴⁶ Mål C-168/01 *Bosal Holding*, p. 37-41 i EG-domstolens dom.

⁴⁷ Se generaladvokatens yttrande i mål C-446/03.

⁴⁸ Se artikel 7 i modellavtalet om beskattning av rörelse.

att näringsinkomst skall beskattas i den stat där den uppkommit. EG-domstolen har i flera mål uttalat en respekt för den internationella skatterättens principer. Det händer t.ex. inte sällan att domstolen hänvisar till bestämmelser i OECD:s modellavtal, och den verkar vara mer benägen att acceptera skatteregler som den anser förenliga med den internationella skatterättens grundprinciper.⁴⁹ Detta talar enligt vår mening för att domstolen också skulle vara beredd att acceptera t.ex. de skattskyldighetsvillkor som uppställs i de svenska omstruktureringsreglerna. Det måste vidare hållas för troligt att EG-domstolen skulle påverkas av att skattskyldighetsvillkoret också är ett element i den sekundärrätt som tagits av EU (se artikel 4 fusionsdirektivet 90/434/EEG).

Enligt vår mening finns det vidare anledning anta att det föreligger en viss skillnad mellan hur beskattningen av företag respektive dess ägare är gestaltad i detta sammanhang. Domarna i målen *X och Y* och *Lasteyrie* visar på att exitskatter är svåra att rättfärdiga när det är fråga om kapitalvinster för fysiska personer.⁵⁰ Det synes som om EG-domstolen i vart fall i *X och Y* tog hänsyn till normalmodellen för beskattning av kapitalvinster, nämligen att sådana beskattas endast i hemviststaten. Sverige hör till det fåtal länder som reserverat sig mot den principen. I *Lasteyrie*-domen synes inte generaladvokaten motsätta sig de internationellt vedertagna principerna för fördelning av skatteinkomster (p. 83 yttrandet), och domstolen tycks inte avfärda dem heller (p. 68 domen). Det faktum att domstolen underkände de regler som prövades i dessa mål betyder således inte att samma bedömning kommer göras när det gäller exitskatter på företagsnivå.

Däremot vill vi sätta ett visst frågetecken för att även värden i utländska fasta driftställen kan komma att bli föremål för exitskatt om det ägande företagets skattskyldighet i Sverige upphör. Det svenska skattekravet är här sekundärt eftersom det är driftställestaten som har den primära beskattningsrätten. En exitbeskattning som sker utan beaktande av det framtida skatteuttag som kommer att ske i driftställestaten står därmed närmast i konflikt med de principer för fördelning av beskattningsrätten som diskuterats ovan. I den mån exitbeskattningen förenas med rätt till s.k. fiktiv avräkning bör dock något problem inte föreligga. När det gäller avsättningar till obeskattade reserver bör dessa vidare kunna

⁴⁹ Se t.ex. mål C-336/96 Gilly och mål C-391/97 Gschwind, särskilt punkt 24 i EG-domstolens dom.

⁵⁰ Mål C-426/00 X och Y och C-9/02 *Lasteyrie*.

återförs till beskattning med stöd av resonemanget om skyddet för det inre sammanhanget (se föregående avsnitt).

5.7 Särskilt om rättfärdigande av hinder för den fria rörligheten för kapital mot tredje land

Som framgår av ovanstående redogörelse har den avvägning som i EG-domstolens praxis skett mellan å ena sidan gemenskapsintresset att säkerställa den fria rörligheten och å andra sidan medlemsstaternas nationella intressen hittills regelmässigt utfallit till de sistnämndas nackdel. Som redan nämnts har EG-domstolen däremot ännu inte prövat någon skatteregel mot den fria rörligheten för kapital mot tredje land och har därmed inte heller uttalat sig om möjligheterna att rättfärdiga en sådan skatteregel. Det faktum att syftet bakom den fria rörlighet mot tredje land knappast är att åstadkomma en lika långtgående rörlighet som inom EU talar dock enligt vår mening för att den ovannämnda intresseavvägningen bör falla ut på ett annat sätt när det gäller kapitalrörelser mot tredje land. Medlemsstaternas möjligheter att försvara de prövade reglerna bör således vara större på detta område än när det gäller den fria rörligheten inom EU.

Det bör t.ex. vara lättare för en medlemsstat att få gehör för argumentet att den prövade skatteregeln är nödvändig av skattekontrollhänsyn när det är fråga om kapitalrörelser mot tredje land. I dessa fall kan EG-domstolen i vart fall inte tillbakavisa detta argument genom att hänvisa till direktiv 77/799/EEG om myndighetssamarbete. I och för sig finns i de allra flesta dubbelbeskattningsavtal en artikel om informationsutbyte mellan de avtalslutande staternas skattemyndigheter. Den skyldighet att bistå det andra landets myndigheter som följer av denna artikel torde dock inte alltid vara lika långtgående som den som följer av direktivet. Vidare lär det inte vara alltför ovanligt att det i praktiken är svårt för svenska myndigheter att få fram den information man enligt avtalet har rätt till p.g.a. brister i det andra landets interna kontrollsystem etc. Enligt vår mening är det troligt att domstolen kommer att visa större förståelse för denna typ av invändningar när det gäller tredje land än när det gäller bristande myndighetssamarbete inom EU.

Samtidigt måste förstås invändningen om kontrollhänsyn, för att alls kunna beaktas, vara relevant. Så bör i synnerhet vara fallet då en

negativ särbehandling av en gränsöverskridande kapitalrörelse motiveras av att Sverige av kontrollskäl har svårt att säkerställa en effektiv beskattning av den utländska kapitalinkomsten inom ramen för det regelsystem som gäller för motsvarande inhemska kapitalinkomster. Här kan nämligen inte en utebliven information från det andra landets skattemyndighet kompenseras av att den skattskyldige själv bereds möjlighet att lämna den relevanta informationen. Problemet är ju just att det inte går att kontrollera att den skattskyldige lämnar korrekt och fullständig information om förekomsten av och storleken på sina utländska kapitalinkomster. Bedömningen kan däremot bli en annan om den negativa särbehandlingen motiveras av att Skatteverket inte kan kontrollera att t.ex. förutsättningarna för att medge ett visst avdrag eller för att undanta en viss inkomst från beskattning är uppfyllda. Då bör en bristande möjlighet att med det andra landets skattemyndighet kontrollera att dessa förutsättningar föreligger åtminstone i vissa fall kunna kompenseras med att den skattskyldige åläggs att själv prestera bevisning om detta.

Även när det gäller regler som motiveras av skatteflyktshänsyn bör möjligheten vara större att upprätthålla dessa trots att de hindrar den fria rörligheten mot tredje land jämfört med när det är rörligheten inom EU som påverkas. Vår bedömning är att EG-domstolen sannolikt kommer att vara villig att godta även mer schablonmässigt utformade skatteflyktsregler när det gäller tredje land.⁵¹ Det är heller inte uteslutet att EG-domstolen kommer att visa sig beredd att acceptera även andra grunder för rättfärdigande än de som godtagits när det gäller hinder för rörligheten inom EU, såsom exempelvis att reglerna är nödvändiga för att skydda den nationella skattebasen och upprätthålla nivån på landets skatteintäkter.

⁵¹ Här kan nämnas att Skatterättsnämnden i förhandsbesked den 4 april 2005 ansett att de svenska CFC-reglerna är för schablonmässigt utformade för att kunna godtas när det gäller CFC-bolag inom EU men att reglerna däremot kan accepteras när det gäller CFC-bolag i tredje land.

Skattefrågor vid värdepappersinnehav i finansiella företag

2005-04-07

PM upprättad på uppdrag av 2002 års företagsskatteutredning

Claes Norberg
Professor i handelsrätt, särskilt skatte- och bolagsrätt
Ekonomihögskolan
Lunds universitet

Förord

2002 års företagsskatteutredning uppdrog under våren 2004 åt undertecknad att utreda vissa skattefrågor vid värdepappersinnehav i finansiella företag. I denna promemoria presenteras resultatet av arbetet. Hänvisningar avser läget per 1 november 2004, om inte annat sägs.

Lund 7 april 2005

Claes Norberg

Innehållsförteckning

Förkortningar.....	413
1 Uppdragets syfte, inriktning och avgränsningar	414
2 Värdepappersrörelse	415
3 Redovisningen av finansiella instrument i finansiella företag	419
3.1 Kreditinstitut och värdepappersbolag.....	419
3.1.1 Allmänt om värdering och klassificering av finansiella tillgångar	419
3.1.2 Uppställningsform för balansräkning samt storleken på finansiella tillgångar.....	421
3.1.3 Klassificering och värdering av finansiella instrument	422
3.1.4 Klassificering och värdering av finansiella omsättningstillgångar och anläggningstillgångar.....	424
3.1.5 Redovisningspraxis	426
3.2 Försäkringsföretag	426
3.2.1 Placeringstillgångar	426
3.2.2 Uppställningsform för balansräkning och storleken på placeringstillgångar m.m.	427
3.2.3 Redovisningspraxis	428
3.3 Den framtida utvecklingen	428
4 Beskattningen av finansiella instrument	429
4.1 Lagertillgångar i värdepappersrörelse.....	429
4.2 Kapitaltillgångar	429
4.3 Lager av finansiella instrument.....	430
4.4 Gränsdragningen mellan lager av värdepapper och kapitaltillgångar i ett finansiellt företag.....	432

5 Utvärdering	434
5.1 Värdepappersrörelse	434
5.2 Värdepapperslager	436
Källor och material	437
Offentligt tryck	437
Redovisningsrekommendationer m.m.	438
Litteratur	438

Förkortningar

EG	Europeiska gemenskaperna
EU	Europeiska unionen
FFFS	Finansinspektionens författningssamling
FI	Finansinspektionen
IAS	International Accounting Standard
IASB	International Accounting Standards Board
IFRS	International Financial Reporting Standard
IL	Inkomstskattelagen (1999:1229)
RR	Redovisningsrådet
SCB	Statistiska centralbyrån
SFS	Svensk författningssamling
ÅRL	Årsredovisningslagen (1995:1554)
ÅRFL	Lagen (1995:1560) om årsredovisning i försäkringsföretag
ÅRKL	Lagen (1995:1559) om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag
VPL	Lagen (1991:981) om värdepappersrörelse

1 Uppdragets syfte, inriktning och avgränsningar

I direktiven till 2002 års Företagsskatteutredning anges att i utredningsuppdraget ingår att analysera och ta ställning till om det numera finns några bärande skäl att en aktiv förvaltning av värdepapper inom företagssektorn under vissa betingelser beskattas som värdepappersrörelse. Inom ramen för utredningen skall också övervägas om en lagerklassificering av andelar är motiverad.

Frågan om betydelsen av att man klassificerar verksamheten i finansiella företag som värdepappersrörelse respektive betydelsen av lagerklassificering av andelar i sådana företag har av utredningen ansetts ligga utanför utredningsuppdraget. Syftet med min utredning är att genomföra en kompletterande analys såvitt gäller de finansiella företagen.

Såsom jag tolkat mitt uppdrag skall jag

- 1) belysa hur man avgränsar kretsen av finansiella företag som anses driva skattemässig värdepappersrörelse,
- 2) analysera hur den bokföringsmässiga klassificeringen och värderingen av finansiella instrument förhåller sig till den skattemässiga klassificeringen och värderingen i finansiella företag,
- 3) redovisa empiriska data rörande storleken på finansiella tillgångar i finansiella företag, särskilt kreditinstitut och försäkringsföretag, samt
- 4) utvärdera avgränsningen av finansiella företag och beskattningen av finansiella instrument i sådana företag.

Jag bortser från frågor som rör fordringar och skulder i utländsk valuta.

PM har följande disposition. I avsnitt 2 analyseras hur man bestämmer vilka finansiella företag som anses driva skattemässig värdepappersrörelse. Därefter analyseras klassificeringen och värderingen av finansiella instrument i den bokföringsmässiga redovisningen (avsnitt 3). I samband därmed redovisas också uppgifter om storleken på bankernas och försäkringsföretagens finansiella tillgångar. Därefter belyser jag klassificerings- och värderingsfrågorna rörande finansiella instrument vid beskattningen (avsnitt 4). Den skattemässiga klassificeringen och värderingen analyseras i förhållande till den bokföringsmässiga redovisningen. I avsnitt 5 sker en utvärdering av undersökningen.

2 Värdepappersrörelse

Det saknas preciserade bestämmelser som klargör vilka företag som anses bedriva skattemässig värdepappersrörelse. Gränsdragningen sker genom rättspraxis. Frågan har berörts i förarbeten och diskuterats i doktrinen. En viktig skiljelinje torde gå mellan vad man kan kalla finansiella företag och andra (icke-finansiella) företag. Till finansiella företag räknas bl.a. banker och försäkringsföretag. Jag återkommer i det följande till hur man kan avgränsa denna grupp av företag från andra företag.

Frågan om de finansiella företagens verksamhet utgör värdepappersrörelse har inte prövats i modern rättspraxis. Förklaringen torde vara att det anses självklart att sådana företags verksamhet skall beskattas som värdepappersrörelse. Denna uppfattning torde ha sin grund redan långt tillbaka i historien. Dessa företag presumeras bedriva värdepappersrörelse. Stöd för en sådan uppfattning kan sökas i bestämmelser i lag rörande värdepapperslager, förarbeten, litteraturen, anvisningar från Riksskatteverket (RSV) m.m.¹ Varken 1990 års skattereform eller införandet av IL torde ha förändrat rättsläget.

När det däremot gäller icke-finansiella företag framgår av praxis att en prövning skall ske från fall till fall om företaget bedriver värdepappersrörelse. Det föreligger skillnader i bedömningen beroende på företagsform (enskilda näringsidkare, handelsbolag eller aktiebolag). Såvitt gäller aktiebolag torde omsättningshastighet m.m. vara av betydelse.

Vilka företag räknas som sådana finansiella företag som "alltid" anses bedriva värdepappersrörelse? Såsom jag uppfattat rättsläget (mot bakgrund av bestämmelser i lag om värdering av värdepapperslager, förarbeten, litteratur, äldre anvisningar från RSV m.m.) kan ett avgörande avgränsningskriterium vara att skattemässig värdepappersrörelse alltid anses bedrivas av företag som behöver tillstånd från FI för att driva finansiell verksamhet.² Jag inte funnit något tydligt stöd för andra utgångspunkter för bedömningen.

¹ Se Norberg 1991 s. 65 ff med vidare hänvisningar

² Ett exempel är följande. Vid tillämpningen av äldre regler i KL angående värdering av lager av värdepapper utfärdade RSV anvisningar (RSV Dt 1984:23). De omfattade olika typer av finansiella företag som räknades upp i anvisningarna (banker, finansbolag, försäkringsföretag och fondkommissionsbolag). Gemensamt för dem, utan att det uttryckligen nämndes i anvisningarna, var att de behövde tillstånd för att driva finansiell verksamhet.

Givet denna utgångspunkt kan konstateras att tillstånd krävs enligt ett stort antal författningar och att finansiella företag kan indelas i ett antal huvudkategorier. Företagen har tillstånd att erbjuda finansiella tjänster eller har registrerat annan finansiell verksamhet eller är utländska företag som anmält gränsöverskridande verksamhet i Sverige. Samtliga sådana företag skall registreras i ett företagsregister som förs av FI.³ I registret delas företagen upp i följande huvudkategorier:

Bank

Bankaktiebolag
Medlemsbank
Sparbanker

Bank, utländska

Utl bank gränsöverskr. handel
Utländsk banks filial

Börs och Clearing

Auktoriserade marknadsplatser
Bankgirocentralen BGC AB
Börs
Central värdepappersförvarare

Fondbolag

Svenskt fondbolag utl. filial
Fondbolag
Omauktoriserat fondbolag

Fond

Nationell fond
Specialfond
Omaukt. värdepappersfond
Värdepappersfonder

Fondföretag/bolag, utländska

Utl förv.bolag inom EES 1:6
Utl fondföretag inom EES 1:7
Utl förv.bolag utom EES 1:8

³ Registret är tillgängligt via <http://www.fi.se>.

Utl fondföretag ej ucits 1:9
Utl förvaltningsbolag filial
Utl fondftg/fond §7A utom EES
Utl fondftg/fond §7B inom EES

Fond, utländska

Omaukt. utländska delfonder
Utländska delfonder

Försäkringsbolag, riksbolag

Riksbolag, skadecaptive
Riksbolag, livförsäkringar
Riksbolag, skadeförsäkringar
Riksbolag, unit-linked

Försäkringsbolag, understödsföreningar

Understödsförening
Understödsförening begr. tills

Försäkringsbolag, övriga

Kreatursförsäkringar
Mindre lokala försäkringsbolag
Större lokala försäkringsbolag

Försäkringsbolag, utländska

Utl förs.bolag agentur liv
Utl förs.bolag agentur skade
Utl förs.bolag filial liv
Utl förs.bolag filial skade
Utl förs.bolag gr.handel liv
Utl förs.bolag gr.handel skade

Försäkringsförmedling

Försäkringsmäklare
Försäkringsmäklarbolag

Hypoteksinstitut

Landshypotek
Skeppshypotek
Stadshypotek

Kreditmarknadsföretag

Kreditmarknadsbolag
Kreditmarknadsförening

Kreditmarknadsföretag, utländska

Utl kreditmarkn.bolag gr.hand.
Utl. kreditmarkn.bolag filial

Värdepappersbolag

Sv. värdepappersb. utl. filial
Värdepappersbolag

Värdepappersbolag, utländska

Utl VP inom EU med filial i Sv
Utl. VP-bolag gränsöver.handel

Övriga företag

Auktoriserade finansbolag
Elektroniska pengar
Elektroniska pengar undantag
Finansiella institut
Inlåningsföretag
Utländskt managementbolag
Utl värdep.företag m sv filial

Tillstånden kan avse företaget som sådant eller associationsformen som sådan. Med stöd av ett sådant tillstånd får företaget driva i lag uppräknad verksamhet, se t.ex. 7 kap. 1 § lagen (2004:297) om bank- och finansieringsrörelse. I andra fall, t.ex. vad gäller värdepappersrörelse, ges ett separat tillstånd till företaget för varje i lagen uppräknad typ av finansiell tjänst, se 1 kap. 3 § lagen (1991:981) om värdepappersrörelse (VPL).

Jag skall ge några synpunkter i anledning av det ovan sagda. Utgångspunkten, att man utan närmare prövning anser att tillståndspliktiga finansiella företag skatterättligt bedriver värdepappersrörelse, förefaller rimlig och enkel. Den är dock inte problemfri. En första reflektion är att samtliga ovan angivna företag inte driver värdepappershandel med inriktning på kunder. En sådan gränsdragning förefaller dock för snäv i förhållande till hur jag uppfattar gällande rätt, inte minst mot bakgrund av att försäkringsföretag utan närmare prövning anses bedriva värdepappersrörelse (trots att

de som regel inte bedriver egentlig handel). Min bedömning är därför att om företaget bedriver handel eller professionell kapitalförvaltning för kunders räkning så presumeras företaget skattemässigt driva värdepappersrörelse.

Det finns dock finansiella företag med tillstånd från FI som varken driver handel med värdepapper eller kapitalförvaltning för kunders räkning. Ett exempel torde vara försäkringsmäklare. Om dessa anses driva värdepappersrörelse (om de innehar värdepapper) förefaller osäkert. Det går därför inte med säkerhet att avgöra om tillståndsplikt från FI är utslagsgivande för om företaget anses driva skattemässig värdepappersrörelse, även om tillstånd framstår som en naturlig utgångspunkt.

3 Redovisningen av finansiella instrument i finansiella företag

3.1 Kreditinstitut och värdepappersbolag

3.1.1 Allmänt om värdering och klassificering av finansiella tillgångar

I banker indelas tillgångar i anläggnings- och omsättningstillgångar, liksom i företag i allmänhet. När det gäller finansiella tillgångar har särskilda bestämmelser i årsredovisningslagen (1995:1154) (ÅRL) och lagen (1995:1559) om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag (ÅRKL) om värdering av finansiella instrument påverkat såväl klassificering som värdering.

Bestämmelserna om finansiella instrument i ÅRL och ÅRKL är en konsekvens av implementeringen av EGs ändringsdirektiv (2001/65/EG), vilket syftar till att göra det möjligt att tillämpa IASBs redovisningsrekommendationer för finansiella instrument såväl i finansiella som i icke-finansiella företag (IAS 32 och IAS 39).⁴ Bestämmelserna för finansiella instrument i ÅRKL tillämpas första gången på räkenskapsår som inleds närmast efter 31 december 2003. Äldre bestämmelser får dock tillämpas för räkenskapsår som avslutas senast 31 december 2005.⁵ Detta innebär att de nya bestämmelserna blir tvingande fr.o.m. år 2006.

Läget i dag kan beskrivas på följande sätt för kreditinstitutet och värdepappersbolag. Finansiella tillgångar värderas enligt reglerna

⁴ Se prop. 2002/03:121.

⁵ Övergångsbestämmelserna till SFS 2003:772 första och andra punkten.

för anläggningstillgångar, omsättningstillgångar eller finansiella instrument, beroende på hur tillgången klassificeras. I princip värderas anläggningstillgångar till anskaffningsvärde (med beaktande av bestämmelserna om nedskrivning på finansiella anläggningstillgångar), omsättningstillgångar till det lägsta av anskaffningsvärde och verkligt värde och vissa finansiella instrument till verkligt värde, se 4 kap. 1 § samt 4 kap. 2 § ÅRKL som hänvisar till bestämmelserna om finansiella instrument i ÅRL. En skillnad mellan kreditinstitut och värdepappersbolag å ena sidan och företag i allmänhet å andra sidan är att de förstnämnda *skall* värdera finansiella instrument till verkligt värde om förutsättningarna för sådan värdering föreligger. Företag i allmänhet *får* värdera finansiella instrument till verkligt värde.

Det finns också bestämmelser för redovisningen av säkrade poster, se 4 kap. 1 § ÅRKL med hänvisning till 4 kap. 14 e § ÅRL.

Detta innebär att man gör en tredelad klassificering i förhållande till värderingsreglerna (med bortseende från säkrade poster). Bestämmelserna för värdering till verkligt värde av finansiella instrument gäller oavsett om instrumentet anses som en anläggnings- eller omsättningstillgång.⁶ Klassificeringen torde praktiskt inledas med att fastställa om det är fråga om ett finansiellt instrument (som omfattas av kravet på värdering till verkligt värde). Om svaret på den frågan är nekande går man vidare till att avgöra om den finansiella tillgången är en anläggnings- eller omsättningstillgång. Följande tabell illustrerar hur klassificering och värdering sker.

Tabell 1 Klassificering och värdering av tillgångar i kreditinstitut och värdepappersbolag

TILLGÅNG	VÄRDERINGSPRINCIP
Finansiellt instrument som omfattas av krav på värdering till verkligt värde.	Verkligt värde
Omsättningstillgång	Lägsta av anskaffningsvärde och nettoförsäljningsvärde
Anläggningstillgång (finansiell)	Anskaffningsvärde med beaktande av bestämmelserna för nedskrivningar och uppskrivningar

⁶ Se 4 kap. 3 § första stycket ÅRL och 4 kap. 9 § första stycket ÅRL.

3.1.2 Uppställningsform för balansräkning samt storleken på finansiella tillgångar

Följande uppställningsform gäller för tillgångar i balansräkning i kreditinstitut och värdepappersbolag, enligt bilaga 1 till ÅRKL. Uppställningsformen innebär att någon generell uppdelning av tillgångar i omsättnings- och anläggningstillgångar inte skall göras i balansräkningen. Uppställningsformen bygger i stället på, framför allt när det gäller finansiella tillgångar, att anläggnings- och omsättningstillgångar redovisas i samma tillgångsposter.⁷ Vidare måste bestämmelserna om finansiella instrument beaktas. I balansräkningen kan därför, åtminstone för vissa tillgångsposter, tre olika värderingsmetoder vara tillämpliga.

Tabell 2 Uppställningsform för balansräkning samt storleken på finansiella tillgångar i banker, per september 2004⁸

NUMMER	TILLGÅNG	Miljoner kr
		Bokförda värden
1	Kassa och banktillgodohavanden hos centralbanker	28 262
2	Belåningsbara statsskuldförbindelser m.m.	129 677
3	Utlåning till kreditinstitut	299 811
4	Utlåning till allmänheten	
5	Obligationer och andra räntebärande papper	417 638
6	Aktier och andelar (som inte ingår i post 7 eller 8)	313 121
7	Aktier och andelar i intresseföretag	
8	Aktier och andelar i koncernföretag	
9	Immateriella anläggningstillgångar	
10	Materiella tillgångar	
11	Tecknat ej inbetalt kapital	
12	Övriga tillgångar	
13	Förutbetalda kostnader och upplupna intäkter	

Det sammanlagda innehavet av finansiella tillgångar uppgick till 1 071 799 miljoner kr. Här ingår inte derivatkontrakt som redovisas utanför balansräkningen. Någon samlad statistik över stor-

⁷ Prop. 1995/96:10 del 3 s. 17.

⁸ Källa: SCB, Bankernas tillgångar och skulder efter bank, kontopost och valuta. Månad 1998M01-2004M09, <http://www.scb.se/databaser>, hämtad 2004-11-01. Statistiken medger inte specificering på samtliga balansposter. Post 3-4 respektive 6-8 redovisas därför sammanslagna.

leken på dessa finns inte tillgänglig. Det saknas vidare statistik som gör det möjligt att bryta ned tillgångarna på poster som ingår i handelslager kontra andra tillgångar.

Det ställs krav på kompletterande information i noter som bidrar till att klargöra hur posterna klassificeras och värderas, se 5 kap. 3 § fjärde punkten ÅRKL. Enligt kraven skall varje tillgångspost delas upp i sådana tillgångar som enligt 4 kap. ÅRL tas upp:

- a) med utgångspunkt i anskaffningsvärdet enligt 4 kap. 3 § ÅRL.
- b) till det lägsta av anskaffningsvärdet och nettoförsäljningsvärdet enligt 4 kap. 9 § ÅRL, och
- c) till sitt verkliga värde enligt 4 kap. 14 a § ÅRL.

Upplysningskraven återspeglar den tredelade klassificeringen i finansiella instrument, anläggnings- och omsättningstillgångar. I den tillgängliga statistiken sker dock inte en sådan specificering.

3.1.3 Klassificering och värdering av finansiella instrument

De saknas en legaldefinition av finansiella instrument i ÅRL och ÅRKL. Av förarbetena till 4 kap. 14 a § ÅRL (som också skall tillämpas i kreditinstitut och värdepappersbolag) framgår att innebörden av begreppet finansiellt instrument får utvecklas inom ramen för god redovisningssed. Vägledning kan enligt förarbetena för svensk del hämtas från Redovisningsrådets rekommendation RR 27, som bygger på IAS 32.⁹ RR 27 gäller inte för kreditinstitut och värdepappersbolag. Motsvarande bestämmelser framgår dock av bilaga 4 till FIs föreskrifter och allmänna råd om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag, som skall tillämpas av de nämnda företagen.¹⁰ Bilagan är i praktiken en översättning av IAS 32.

Ett finansiellt instrument definieras enligt IAS 32 som varje form av avtal som ger upphov till både en finansiell tillgång i ett företag och en finansiell skuld eller ett egetkapitalinstrument i ett företag.¹¹

En finansiell tillgång är enligt IAS 32¹² varje form av tillgång i form av

⁹ Prop. 2002/03:121 s. 70.

¹⁰ FFFS 2003:11.

¹¹ IAS 32 p. 5.

¹² IAS 32 p. 5.

- a) likvida medel
- b) avtalsenlig rätt att erhålla kontanter eller annan finansiell tillgång från ett annat företag
- c) avtalsenlig rätt att byta ett finansiellt instrument med ett annat företag enligt villkor som kan visa sig vara förmånliga eller
- d) egetkapitalinstrument emitterat annat företag.

Definitionen är mycket vid. Förbudet mot värdering till verkligt värde av vissa finansiella instrument medför dock i praktiken att endast ett begränsat antal finansiella instrument skall värderas till verkligt värde i kreditinstitut och värdepappersbolag. Följande instrument får inte värderas till verkligt värde, se 4 kap. 14 b § ÅRL och 4 kap. 1 § ÅRKL:

1. finansiella instrument som hålls till förfall och inte utgör derivatinstrument,
2. lånefordringar och andra fordringar som härrör från företaget och som inte innehas för handelsändamål,
3. andelar i dotterföretag, intresseföretag eller samriskföretag,
4. egetkapitalinstrument som företaget självt gett ut,
5. avtal om villkorad ersättning i samband med förvärv och samgåenden,
6. skulder, med undantag för skulder som ingår som en del i en handelsportfölj eller som utgör derivatinstrument, samt
7. andra finansiella instrument, som är av sådan särskild karaktär att de enligt vad som är allmänt accepterat bör redovisas på annat sätt.

Enligt 4 kap. 14 b § andra stycket ÅRL gäller vidare att en värdering av finansiella instrument till verkligt värde inte får ske om en sådan värdering inte skulle ge ett tillförlitligt värde på det finansiella instrumentet. Eftersom det förutsätter att ett uppskattat marknadsvärde inte kan erhållas kan något försäljningsvärde för instrumentet inte heller erhållas inom ramen för lägsta värdets princip. Instrumentet bör då värderas med utgångspunkt i anskaffningsvärdet med sådana erforderliga värdejusteringar som kan följa av kompletterande regler i bilaga 5 till FIs föreskrifter och allmänna råd.¹³ Bilaga 5 motsvarar innehållsmässigt IAS 39.

¹³ FFFS 2003:11 s. 9 f.

Konsekvensen av att finansiella instrument inte får värderas till verkligt värde är att de i stället skall värderas enligt bestämmelserna för omsättnings- eller anläggningstillgångar.

3.1.4 Klassificering och värdering av finansiella omsättnings- tillgångar och anläggningstillgångar

Enligt 4 kap. 1 § ÅRKL skall definitionen av vad som är anläggnings- och omsättningstillgång i 4 kap. 1 § första stycket ÅRL tillämpas vid redovisning enligt ÅRKL. Enligt bestämmelsen i ÅRL förstås med anläggningstillgång tillgång som är avsedd att stadigvarande brukas eller innehas i verksamheten. Med omsättnings- tillgång förstås annan tillgång. Klassificeringen avgör vilka värderingsregler som är tillämpliga.

ÅRKL bygger liksom ÅRL på en indelning i materiella, immateriella och finansiella *anläggningstillgångar*. Indelningen får mindre betydelse för under vilka poster i balansräkningen i ett kreditinstitut eller ett värdepappersbolag som olika tillgångar skall tas upp.¹⁴ En klassificering som anläggningstillgång, i stället för omsättningstillgång, får främst betydelse för vilka värderingsregler som aktualiseras för tillgången.¹⁵

I 4 kap. 3 § ÅRKL finns en speciell klassificeringsregel för *finansiella anläggningstillgångar* i kreditinstitut och värdepappersbolag. Den infördes år 1996 och bygger på artikel 35.2 i EGs bankredovisningsdirektiv.¹⁶ Bestämmelsen modifierar den allmänna klassificeringsregeln i 4 kap. 1 § ÅRL. Enligt bestämmelsen i ÅRKL förstås med finansiell anläggningstillgång

1. andelar i intresseföretag och koncernföretag,
2. värdepapper och
3. annan tillgång än tillgång som skall tas upp under posterna Immateriella anläggningstillgångar (post 9) och Materiella tillgångar (post 10), allt under förutsättning att tillgångarna är avsedda att stadigvarande innehas i den ordinarie verksamheten.

En förutsättning för att tillgången skall anses som *anläggningstillgång* är att den avses att stadigvarande ingå i den ordinarie verksamheten. En grundläggande förutsättning för att en tillgång skall

¹⁴ Se avsnitt 3.1.2.

¹⁵ Prop. 1995/96:10 del 3 s. 34.

¹⁶ Prop. 1995/96:10 del 3 s. 35 f.

klassificeras som *finansiell anläggningstillgång* bör vara att det är fråga om ett innehav för definierade avsikter som har dokumenterats, och att förmågan att genomföra avsikten kan påvisas. Vidare måste det förutsättas att tillgången är klart identifierbar. Det är t.ex. inte tillräckligt att värdepapper samlas i en "portfölj" som organisatoriskt eller på annat sätt hålls åtskild från företagets övriga värdepapper. Innehavstidens längd är enligt bestämmelsen inte av avgörande betydelse. Kravet på anknytning till ordinarie verksamhet tar framför allt sikte på egendom som övertagits för skyddande av fordran. Såvitt gäller värdepapper utesluts genom bestämmelsen innehav för likviditetsförvaltning eller handel. För räntebärande värdepapper bör det ha betydelse om de skall innehas till förfall eller inte. Om värdepapper inte skall avyttras förrän vid förfallotidpunkten eller vid en tid nära denna bör de kunna betraktas som finansiella anläggningstillgångar. Under begreppet värdepapper torde i och för sig undantagsvis även kunna inordnas aktier och andelar i företag som inte är, definitionsmässigt, ett dotter- eller intresseföretag. Sådana innehav skall klassificeras som finansiell anläggningstillgång om dokumenterade avsikter föreligger att innehavet stadigvarande kommer att ingå i den ordinarie verksamheten. Till finansiella anläggningstillgångar kan även hänföras andra tillgångar än aktier och andelar i dotter- och intresseföretag och sådana värdepapper som skall omfattas av begreppet. Bestämmelsen torde kunna få betydelse för lånefordringar som uppfyller de förutsättningar som anges i bestämmelsen.¹⁷

Enligt FIs allmänna råd om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag kan en klassificering av finansiella tillgångar som anläggningstillgångar och omsättningstillgångar få betydelse för värderingen av finansiella instrument som inte värderas till verkligt värde enligt 4 kap. 1 och 2 §§ ÅRKL (jfr 4 kap. 3, 9 och 14 b §§ ÅRL). Enligt FI bör lånefordringar och kundfordringar som härrör från institutet samt investeringar som hålls till förfall klassificeras som finansiella anläggningstillgångar. Innehav för handel och samtliga derivatinstrument bör däremot klassificeras som finansiella omsättningstillgångar. Ett institut bör klassificera finansiella tillgångar som kan säljas som anläggningstillgångar om de innehas på lång sikt och annars som omsättningstillgångar.¹⁸

¹⁷ Prop. 1995/96:10 del 3 s. 189 f.

¹⁸ FFFS 2003:11 s. 9.

3.1.5 Redovisningspraxis

Som framgår av avsnitt 3.1.2 saknas i vissa avseenden statistik som kan belysa uppdelningen i omsättnings- och anläggningstillgångar, storleken på utestående derivatkontrakt m.m. i banker. För att kunna företa mer detaljerade analyser måste man gå till bankernas årsredovisningar.

Mot bakgrund av att redovisningsreglerna nyligen ändrats, och att övergångsbestämmelser gör att äldre regler får tillämpas t.o.m. utgången av år 2005, har jag dock inte funnit det meningsfullt att göra en genomgång av tillämplad redovisningspraxis i kreditinstitut och värdepappersbolag. Jag har också avstått från uppskattningar av t.ex. storleken på derivatkontrakt m.m. utifrån tillgänglig redovisningsinformation.

3.2 Försäkringsföretag

3.2.1 Placeringstillgångar

I försäkringsföretag används inte den vanliga klassificeringen av omsättnings- och anläggningstillgångar såvitt gäller finansiella tillgångar. I stället finns speciella bestämmelser för placeringstillgångar. De utgörs av fastigheter och värdepapper som har karaktär av kapitalplaceringar.

Försäkringsföretagen får värdera placeringstillgångar till anskaffningsvärde eller verkligt värde (nettoförsäljningsvärdet) även när detta överstiger anskaffningsvärdet, se 4 kap. 5 § lagen (1995:1660) om årsredovisning i försäkringsföretag (ÅRFL). Aktier och andelar i koncern- och intresseföretag får inte värderas över anskaffningsvärde. Bestämmelserna för försäkringsföretag bygger på artikel 46 i EGs försäkringsredovisningsdirektiv.

Det saknas bestämmelser i lag om värdering av derivatinstrument i försäkringsföretag. Enligt FIs föreskrifter och allmänna råd bör derivat som inte säkringsredovisas värderas antingen till det lägsta av anskaffningsvärde och verkligt värde eller till verkligt värde.¹⁹ Vidare finns föreskrifter och allmänna råd om säkringsredovisning från FI.²⁰

¹⁹ FFFS 2003:13 kap. 4 Inledning.

²⁰ FFFS 2003:13 kap. 4 Säkringsredovisning.

3.2.2 Uppställningsform för balansräkning och storleken på placeringstillgångar m.m.

Jag skall i det följande visa uppställningsformen för balansräkningar i försäkringsföretag. Jag redovisar den samlade storleken på försäkringsföretagens placeringstillgångar.

Tabell 3 Uppställningsform för balansräkning samt storleken på placeringstillgångar m.m. i försäkringsföretag, per 2004-06-30²¹

NUMMER	TILLGÅNG	Miljoner kr Marknadsvärden
A	Tecknat ej inbetalt aktiekapital	
B	Immateriella tillgångar	
C	Placeringstillgångar	
	I Byggnader och mark	
	II Placeringar i koncernföretag och intresseföretag	
	III Andra finansiella placeringstillgångar	
	1. Aktier och andelar	769 235
	2. Obligationer och andra räntebärande papper	974 822
	3. Andelar i investeringspooler	
	4. Lån med säkerhet i fast egendom	62 082
	5. Övriga lån	(p 4-7)
	6. Utlåning till kreditinstitut	
	7. Övriga finansiella placeringstillgångar	
	IV Depåer som avgivit återförsäkring	
D	Placeringstillgångar för vilka livförsäkringstagaren bär placeringsrisk	
E	Återförsäkrares andel av Försäkringstekniska avsättningar	
F	Fordringar	
G	Andra tillgångar	
H	Förutbetalda kostnader och upplupna intäkter	

Försäkringsbolagens totala placeringstillgångar (exklusive byggnader och mark) uppgick till 1 806 139 mnkr. Häre ingår inte derivatkontrakt som redovisas utanför balansräkningen. Det saknas statistik rörande avtal utanför balansräkningen.

²¹ Källa: SCB, Sveriges officiella statistik, Statistiska meddelanden FM 12 SM 0403, Försäkringsbolagen under andra kvartalet 2004, tabell 1.

3.2.3 Redovisningspraxis

Liksom i fråga om bankerna har jag inte funnit det meningsfullt att gå igenom försäkringsföretagens årsredovisningar.

3.3 Den framtida utvecklingen

I prop. 2004/2005:24 föreslås nya bestämmelser som berör internationell redovisning i svenska företag. Förslagen har föranletts av en EG-förordning om tillämpning av internationella redovisningsstandarder (IAS-förordningen) och ändringar i EGs s.k. redovisningsdirektiv. De nya reglerna föreslås träda i kraft den 1 januari 2005 och i vissa avseenden fr.o.m. det första räkenskapsåret som inleds efter utgången av år 2005.

Såvitt gäller finansiella företag kan särskilt följande ställningstaganden och förslag i propositionen framhållas.

Såväl noterade som onoterade finansiella företag skall även i fortsättningen upprätta sina årsredovisningar i enligt med ÅRKL och ÅRFL. Detta innebär att man i Sverige inte avser att utnyttja optionen i artikel 5 i IAS-förordningen för att tillåta tillämpning av IAS/IFRS vid upprättande av årsredovisning i finansiella företag.²²

Däremot kommer ett antal anpassningar ske av ÅRKL och ÅRFL till IAS/IFRS som innebär att finansiella företag kan utnyttja redovisningsprinciper som följer av IAS/IFRS vid upprättande av årsredovisningar. Utgångspunkten är att de ändringar som föreslås i ÅRL också skall gälla för de finansiella företagen med ett undantag (uppskrivning av immateriella tillgångar).

Nya regler införs för redovisning och värdering av finansiella instrument i försäkringsföretag. Enligt förslaget skall finansiella instrument – med vissa undantag – värderas till verkligt värde, vilket motsvarar de redan införda reglerna för kreditinstitut och värdepappersbolag.²³

FI håller för närvarande på med ett projekt om hur anpassningen till IAS/IFRS skall ske. Avsikten är att nya föreskrifter och allmänna råd från FI skall antas.

Till detta bör följande tilläggas. Inom EU råder för närvarande stor turbulens rörande antagandet av IAS 39 enligt IAS-förordningen. IASB har också under år 2004 bedrivit ett intensivt arbete

²² Prop. 2004/05:24 s. 67 f.

²³ Prop. 2004/05:24 s. 112 ff.

med att arbeta om IAS 39. Anledningen är inte minst synpunkter från banksektorn på innehållet i IAS 39. En knäckfråga som man försöker lösa är frågan om säkringsredovisning av finansiella instrument. I dagsläget är det osäkert hur den slutliga lösningen blir.

Såvida man inte lyckas lösa samtliga redovisningsfrågor i IASB, genom ändringar av IAS 39, kan konsekvensen bli att EU endast kommer att anta vissa delar av IAS 39 enligt IAS-förordningen. Vissa delar kommer i så fall att medvetet lämnas oreglerade av EU (kallas på engelska för carve-out method). Detta kan bl.a. bli fallet såvitt gäller säkringsredovisning av avistainlåning i banker.²⁴

4 Beskattningen av finansiella instrument

4.1 Lagertillgångar i värdepappersrörelse

Om värdepappersrörelse föreligger utgör de värdepapper som ingår i rörelsen lagertillgångar.

Beskattning av lager av värdepapper sker enligt tillämpliga bestämmelser för inkomstslaget näringsverksamhet. I korthet är de viktigaste punkterna följande. Vinster och förluster vid försäljning beskattas respektive dras av i näringsverksamhet. Förluster är avdragsgilla mot andra inkomster i näringsverksamhet. Såvitt gäller värderingen vid innehav av värdepapper är huvudregeln att värdepapperslager värderas enligt lagervärderingsreglerna i 17 kap. IL. De innebär bl.a. att nedskrivning får ske vid realiserade förluster på sådana värdepapper, jfr 17 kap 3 § IL. Detta gäller såvida inte det är fråga om värdering av lager av finansiella instrument. För sådana finns speciella värderingsregler, se nedan i avsnitt 4.3.

4.2 Kapitaltillgångar

Värdepapper som inte ingår i värdepappersrörelse är kapitaltillgångar i näringsverksamhet, jfr 25 kap. 3 § andra stycket IL. Vid försäljning sker beskattning i inkomstslaget näringsverksamhet. Vissa begränsningar föreligger såvitt gäller avdragsrätten för förluster.

²⁴ Balans 10/2004 s. 17.

Försäljning av sådana kapitaltillgångar som räknas som näringsbetingade andelar är numera skattefri, se bestämmelserna i 25 a kap. IL. Förluster vid försäljning av sådana andelar är inte avdragsgilla. I och med att vissa näringsbetingade kapitalandelar numera kan avyttras utan beskattning så kan gränsdragningen mellan värdepapperslager och kapitaltillgångar i ett företag ha betydelse inte bara för periodiseringen utan även för den s.k. omfångsfrågan.

Vid bestämmande av tidpunkten för beskattning skall kapitalvinstreglerna användas, jfr 14 kap 9 § IL. Enligt kapitalvinstreglerna skall vinster beskattas och förluster dras av vid avyttringstidpunkten, i den mån inte avyttringar är skattefria.²⁵

4.3 Lager av finansiella instrument

Speciella regler gäller för *lager av finansiella instrument* i näringsverksamhet, se 17 kap. 19–21 §§ IL. Dessa avviker från huvudregeln för värdering av lager av värdepapper i 17 kap. 3 § IL. Notera att det således krävs att de finansiella instrumenten anses som lager i skatterättsligt avseende för att bestämmelserna skall vara tillämpliga. De gäller därmed inte för kapitaltillgångar i näringsverksamhet.

Det saknas en definition i IL av finansiella instrument. Enligt 17 kap. 19 § IL avses med finansiellt instrument detsamma som i 4 kap. 14 a och 14 c §§ ÅRL.

Dessa bestämmelser i ÅRL innehåller värderingsregler för derivatinstrument och andra finansiella instrument. Sådana får tas upp till sitt verkliga värde, om inte annat framgår av 4 kap. 14 b § ÅRL. I 4 kap. 14 b § IL sker vidare en uppräkningslista av finansiella instrument som inte får tas upp till verkligt värde.

Däremot saknas en legaldefinition av finansiellt instrument i ÅRL. Enligt förarbetena till ÅRL får den närmare innebörden av begreppet finansiellt instrument utvecklas inom ramen för god redovisningssed. Vägledning kan tills vidare hämtas från Redovisningsrådets rekommendation RR 27. Rekommendationen bygger på hur begreppet definieras av IASB. Begreppet finansiellt instrument kan därmed i detta sammanhang ha en annan innebörd än vad

²⁵ Det kan diskuteras om det föreligger nedskrivningsrätt för kapitaltillgångar, se vidare Norberg i Festskrift till Gustaf Lindencrona 2003 s. 337f.

som har getts i andra lagar.²⁶ Detta innebär att vad som menas med finansiellt instrument enligt bestämmelserna i 17 kap. IL får avgöras utifrån innehållet i förarbetena till 4 kap. 14 § ÅRL, vilka hänvisar till god redovisningssed.

Innebörden av bestämmelserna om finansiella instrument i 17 kap. 19–21 §§ IL är i huvudsak följande.

- a) *I försäkringsföretag* skall lager av finansiella instrument tas upp till nettoförsäljningsvärdet, 17 kap. 20 § IL. Andra placerings-tillgångar än finansiella instrument får tas upp till det lägsta av anskaffningsvärde eller verkligt värde även om de tagits upp till ett högre värde i räkenskaperna, 17 kap. 17 § IL.
- b) *Andra företag* skall ta upp lager av finansiella instrument till det verkliga värdet, 17 kap. 20 § IL.
- c) För *alla företag* gäller att lager av finansiella instrument i stället får tas upp till det samlade anskaffningsvärdet, 17 kap. 20 § IL. I sådant fall skall samtliga företag som ingår i samma intresse-gemenskap ta upp sina respektive lager av finansiella instru-ment till det samlade anskaffningsvärdet (intresse-gemenskap definieras i 17 kap. 19 a § IL).
- d) Om det i ett lager av finansiella instrument ingår *säkrings-instrument*, skall dessa tas upp till anskaffningsvärdet. Med säkringsinstrument avses ett finansiellt instrument som säkrar andra poster i företaget än sådana som är lager och som i räkenskaperna får redovisas enligt principerna för säkringsredovisning, 17 kap. 20 a § IL. Klassificeringen sker i detta fall utifrån bokföringen.

Bestämmelsen skall bara tillämpas på sådana finansiella instrument som är lager men som säkrar en post som inte är det. Dessa tas upp till anskaffningsvärdet. Därigenom undviks att orealiserade vinster beskattas och att orealiserade förluster dras av. Vid s.k. kassaflödessäkring skall (enligt de nya bok-föringsreglerna) värdeförändringar på säkringsinstrument bokföras direkt i eget kapital i fond för verkligt värde. Efter-som skattereglerna är frikopplade från bokföringsreglerna och säkringsinstrumentet - om det är lager - skall tas upp till an-skaffningsvärdet står det klart att förändringar av fonden inte skall påverka beskattningsunderlaget.²⁷

²⁶ Prop. 2002/03:121 s. 70.

²⁷ Prop. 2003/04:28 s. 29 f.

Om både säkringsinstrumentet och den säkrade posten är lager behövs ingen specialreglering. Båda posterna kommer att värderas på samma sätt, dvs. antingen till det verkliga värdet eller anskaffningsvärdet.²⁸

- e) Det finns särskilda bestämmelser för beskattningen vid överlåtelser av lager av finansiella instrument mellan *företag i intressegemenskap*, se 17 kap. 20 b § IL.

Bestämmelserna innebär att värderingen av lager av finansiella instrument är *frikopplad* från redovisningen. Anledningen till frikopplingen är att man i redovisningen får redovisa finansiella instrument till verkligt värde. Det har inte ansetts lämpligt att tvinga fram beskattning orealiserade vinster. Företagen ges valrätt om de vid beskattningen vill värdera lager av finansiella instrument till verkligt värde eller det samlade anskaffningsvärdet.²⁹ Om de värderas till verkligt värde påverkar såväl orealiserade vinster som orealiserade förluster det skattemässiga resultatet. Om de värderas till det samlade anskaffningsvärdet påverkas beskattningen endast av realiserade vinster och förluster, på motsvarande sätt som vid beskattningen av kapitaltillgångar. Oavsett vald metod blir beskattningen av vinster och förluster i princip symmetrisk. Här föreligger en tydlig skillnad jämfört med om huvudregeln för lagervärdering i 17 kap. 3 § IL tillämpas (beskattning sker endast av realiserade vinster medan orealiserade förluster får dras av).

4.4 Gränsdragningen mellan lager av värdepapper och kapitaltillgångar i ett finansiellt företag

I ett finansiellt företag måste skatterättsligt en gränsdragning ske mellan de finansiella tillgångar som skall anses ingå i värdepapperslagret och de finansiella tillgångar som skall anses som kapitaltillgångar.

I princip torde den skattemässiga indelningen i lagertillgångar och kapitaltillgångar vara *frikopplad* från redovisningen. Jag skall belysa detta i den fortsatta framställningen. Att man gör åtskillnad på lagertillgångar och kapitaltillgångar vid beskattningen har dock delvis samma grund som skillnader mellan omsättnings- och anläggningstillgångar i redovisningen, dvs. periodisering. Numera kan

²⁸ Prop. 2003/04:28 s. 23 ff.

²⁹ Prop. 2003/04:28 s. 1.

gränsdragningen också ha betydelse för om tillgången skall beskattas vid försäljning eller inte, se avsnitt 4.3 angående näringsbetingade andelar.

Hur gränsdragningen skall ske är inte alldeles klart. Min bedömning är att gränsdragningen sker på följande sätt. Ett finansiellt företag anses alltid bedriva värdepappersrörelse. Av detta följer förmodligen att samtliga finansiella tillgångar (finansiella instrument) anses ingå i värdepapperslagret, om inte innehavet av tillgången betingas av organisatoriska skäl. De tillgångar som inte innehas av organisatoriska skäl antas innehas i rörelsen och utgör därför lagertillgångar i skatterättslig mening. Aktier i dotterbolag och andra organisatoriskt betingade aktieinnehav torde i linje med detta resonemang inte anses som lagertillgångar utan anses i stället vara kapitaltillgångar.³⁰ Hur det förhåller sig med innehav av andra finansiella instrument än aktier, som är betingade av organisatoriska skäl, är osäkert.

En konsekvens av detta synsätt är att det uppstår betydande marginaeffekter av att de finansiella företagen anses bedriva värdepappersrörelse. Inte endast de finansiella tillgångar som ingår i handelslager i snäv mening (avsedda för försäljning till kunder) anses utgöra skatterättsligt värdepapperslager utan även andra finansiella tillgångar ingår i lagret. Det är inte förhållandet om tillgången innehas för handel eller inte som är avgörande. Det avgörande är i stället att tillgången innehas i yrkesmässig kapitalförvaltning för kunders räkning.

Ett exempel kan illustrera frågan. Försäkringsföretagens placeringstillgångar anses utgöra skattemässigt lager.³¹ Detta tror att huvuddelen av placeringstillgångarna inte är föremål för handel utan i stället innehas som ett led i kapitalförvaltningen för försäkringstagarnas räkning.³² Ett annat exempel är bankernas utlåning till kunder. Utlåning skall i bankernas redovisning klassificeras som finansiella anläggningstillgångar. Detsamma gäller räntebärande papper som innehas till förfall i banker.³³ Både utlåning och innehav av räntebärande papper anses dock ingå i skattemässigt värdepapperslager. Detta har stor praktisk betydelse i banker. Om inte deras utlåning klassificeras som värdepapperslager (utan i stället

³⁰ Jfr Norberg 1991 s. 65 ff med vidare hänvisningar.

³¹ Prop. 2003/04:28 s. 11 f.

³² Se angående redovisningen i försäkringsföretag avsnitt 3.2.

³³ Se angående redovisningen i banker avsnitt 3.1.

som kapitaltillgångar) skulle bankerna i princip inte kunna göra avdrag för befarade kreditförluster.³⁴

5 Utvärdering

5.1 Värdepappersrörelse

Både finansiella och icke-finansiella företag kan driva skattemässig värdepappersrörelse. Det föreligger dock skillnader i utgångspunkterna för klassificering av verksamheten i finansiella och icke-finansiella företag. Finansiella företag presumeras driva värdepappersrörelse, medan verksamheten i icke-finansiella företag prövas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Det är därför av intresse hur man avgränsar kretsen av finansiella företag.

Hur man avgränsar finansiella företag enligt gällande rätt är något osäkert. Den härskande utgångspunkten torde vara att företag, som kräver tillstånd från FI för att driva verksamhet, omfattas av presumtionen. En sådan utgångspunkt får till resultat att presumtionen omfattar såväl företag som driver utåtriktad handel med värdepapper mot kunder som företag som driver professionell kapitalförvaltning för kunders räkning utan att nödvändigtvis bedriva utåtriktad handel med värdepapper. Ett exempel för försäkringsföretag.

Ett tänkbart alternativ är att endast låta företag som driver utåtriktad handel med värdepapper mot kunder, med tillstånd från FI, omfattas av presumtionen. Det skulle dock innebära en väsentlig förändring av rättsläget eftersom försäkringsföretag i hög grad torde exkluderas från presumtionen med en sådan utgångspunkt. Konsekvenserna av att inte anses bedriva värdepappersrörelse diskuteras i avsnitt 5.2.

Ett andra alternativ är att pröva om finansiella företag driver värdepappersrörelse utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Tanken är dock inte tilltalande, dels av hänsyn till behovet av förutsebarhet, dels därför att bedömningen kan befaras bli komplicerad.

Ett tredje alternativ är att utgå från uppräkningslistan av de företag som är skall följa redovisningsbestämmelserna i ÅRKL (se 1 kap. 1 §) och ÅRFL (se 1 kap. 1 §). Uppräkningen omfattar ett antal tillståndspliktiga företag. Avgränsningen av vilka företag som följer

³⁴ Prop. 2003/04:28 s. 22.

ÅRKL och ÅRFL synes bl.a. utgå från vad som menas med kreditinstitut och andra finansiella institut samt försäkringsföretag enligt EGs bankredovisningsdirektiv respektive försäkringsredovisningsdirektiv. Till detta har man gjort vissa tillägg från svenskt håll.³⁵ Konsekvensen av att ett företag inte omfattas av ÅRKL eller ÅRFL är att företaget skall följa ÅRLs bestämmelser om årsredovisning eller annan tillämplig redovisningslagstiftning. En översiktlig jämförelse mellan ÅRKL och ÅRFL å ena sidan och tillståndspliktiga företag å andra sidan visar att de nämnda redovisningsförfattningarna inte täcker alla finansiella företag. T.ex. omfattas inte börser och utländska filialer. Sammantaget förefaller det inte lämpligt att utgå från ÅRKL och ÅRFL för att avgränsa vilka företag som prenumereras bedriva skattemässig värdepappersrörelse.

Ett fjärde alternativ är att grunda klassificeringen på associationsrättsliga utgångspunkter. Den bär dock inte särskilt långt, eftersom vanliga aktiebolag är en av de företagsformer som kan få tillstånd från FI att bedriva finansiell verksamhet.

Sammanfattningsvis är det svårt att finna en överlägsen modell för att bestämma vad som är ett finansiellt företag som anses bedriva skattemässig värdepappersrörelse. Min bedömning är att den lämpligaste modellen är att utgå från om företaget behöver tillstånd från FI för att driva verksamhet. Om man därefter bör vidta ytterligare avgränsningar beror på vad man skattemässigt vill uppnå.

Framför allt måste man ta ställning till om endast företag som driver utåtriktad handel med värdepapper mot kunder skall anses bedriva värdepappersrörelse (värdepappersrörelse i snäv mening) eller om även företag, som driver professionell kapitalförvaltning för kunders räkning utan att nödvändigtvis bedriva handel med värdepapper (värdepappersrörelse vid mening), bör inkluderas. Väljer man den senare lösningen torde man kunna utgå från att flertalet tillståndspliktiga företag omfattas.

Oavsett vilken lösning man stannar för kommer därigenom företag att exkluderas som endast driver handel eller kapitalförvaltning för egen räkning (utan koppling till tillhandahållande av tillståndspliktiga finansiella tjänster) eller tillhandahåller koncern-interna finansiella tjänster.³⁶

Ett problem kvarstår dock. Det gäller företag som visserligen erbjuder tillståndspliktiga finansiella tjänster men där kapitalför-

³⁵ Se prop. 1995/96:10 del 3 s. 170 ff och prop. 1995/96:10 del 4 s. 198 ff.

³⁶ Det kan noteras att koncerninterna finansiella tjänster och handel för egen räkning med obligationer m.m. i banker inte är tillståndspliktig verksamhet, se 1 kap. 3 a § VPL.

valtning eller handel för kunders räkning inte ingår. Man har här att göra med företag som är inriktade på rådgivning eller vissa typer av mäklarfunktioner (t.ex. försäkringsmäklare). Kapitalförvaltning i sådana företag torde som regel vara för egen räkning, inte mot kund. Min bedömning är att man bör företa en fördjupad analys av denna grupp av företag.

5.2 Värdepapperslager

Förutom de finansiella tillgångar som innehas av organisatoriska skäl torde övriga finansiella tillgångar anses ingå i värdepapperslagret i finansiella företag. Skattemässigt värdepapperslager i de finansiella företagen omfattar således fler finansiella tillgångar än dem som ingår i ”rena” handelslager. Den skattemässiga klassificeringen är frikopplad från redovisningen. Tillgänglig statistik kan tyvärr inte bidra till att klargöra hur stor del av de finansiella företagens innehav av finansiella tillgångar som avser handel respektive kapitalplaceringar. För att kunna studera detta måste man gå igenom de finansiella företagens årsredovisningar.

Genom de nya bestämmelserna om beskattning lager av finansiella instrument kommer vissa finansiella tillgångar att bli föremål för en symmetrisk beskattning. Genom att bestämmelserna trätt i kraft år 2004 är det för tidigt att bedöma vilket alternativ för beskattning företagen kommer att välja (marknadsvärden eller anskaffningsvärden). Den skattemässiga värderingen är frikopplad från bokföringen. Om ett finansiellt företag marknadsvärderar sina finansiella instrument i bokföringen kan ändå företaget välja att ta upp dem till anskaffningsvärdet vid beskattningen.

Vilka finansiella instrument som omfattas av de nämnda skatte-reglerna avgörs av god redovisningssed. Detsamma gäller frågan om vilka instrument som kan bli föremål för skattemässig säkringsredovisning. Detta innebär att om redovisningen förändras kan det också påverka skattereglens räckvidd. Detta är av viss praktisk betydelse eftersom den internationella utvecklingen av redovisningsstandards för finansiella instrument är inne i ett turbulent läge, inte minst vad gäller säkringsredovisning.

Genom införandet av en symmetrisk beskattningsmodell för vinster och förluster har skillnaderna mellan beskattning av lager av finansiella instrument och kapitaltillgångar i näringsverksamhet minskat. De nyligen införda reglerna ger enligt min bedömning en

tillfredsställande beskattning. Det finns därför såvitt gäller sådana finansiella instrument som omfattas av bestämmelserna i 17 kap. 17 §–17 kap. 20 c § IL knappast anledning att överväga ändringar.

De finansiella instrument som ingår i värdepapperslager men som inte omfattas av de speciella reglerna för värdering av lager av finansiella instrument skall värderas enligt lägsta värdets princip vid beskattningen. Generellt föreligger nedskrivningsrätt i redovisningen vid orealiserad värdenedgång oavsett klassificering som omsättnings- eller anläggningstillgång (även om villkoren kan variera beroende på hur tillgången klassificeras). Det går inte av statistiken att i detalj utröna storleken på dessa tillgångar. Klart är dock att det rör sig om väsentliga belopp (flera hundra miljarder kronor), eftersom bl.a. bankernas utlåning och stora delar av bankernas och försäkringsbolagens obligationsinnehav torde hänföras hit.

Den skattemässiga nedskrivningsrätten som följer av att dessa tillgångar klassificeras som värdepapperslager är av stor praktisk betydelse. Om inte dessa tillgångar anses som värdepapperslager utan som kapitaltillgångar vid beskattningen är konsekvensen att ingen nedskrivning kan ske vid orealiserade förluster. Om man skulle utgå från motsvarande synsätt som i bokföringen, dvs. att utlåning och obligationer är att anse som anläggningstillgångar, skulle marginaleffekterna bli väsentligt större vid beskattningen än i bokföringen. Min uppfattning är därför att nuvarande skatteregler är tillfredsställande, inte minst därför att de ger en värdering som i princip motsvarar den som sker i bokföringen.

Källor och material

Offentligt tryck

Prop. 1995/96:10 del 3	Års- och koncernredovisning, Kreditinstitut och värdepappersbolag
Prop. 1995/96:10 del 4	Års- och koncernredovisning, Försäkringsföretag
Prop. 2002/03:121	Redovisning och värdering av finansiella instrument
Prop. 2003/04:28	Skatteregler om värdering av lager av finansiella instrument
Prop. 2004/05:24	Internationell redovisning i svenska företag

Redovisningsrekommendationer m.m.

FFFS 2003:11	Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag
FFFS 2003:13	Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd om årsredovisning i försäkringsföretag
IAS 32	Financial Instruments: Disclosure and Presentation
IAS 39	Financial Instruments: Recognition and Measurement
RR 27	Finansiella instrument: Upplysningar och klassificering

Litteratur

Balans nr 10/2004

Norberg, C, Reglering och beskattning av banker, Iustus förlag, 1991.

Norberg, C, Har kopplingen mellan redovisning och beskattning förstärkts?, Festskrift till Gustaf Lindencrona, Norstedts Juridik, 2003 s 325 ff.

Statens offentliga utredningar 2005

Kronologisk förteckning

1. Radio och TV i allmänhetens tjänst. Riktlinjer för en ny tillståndsperiod. Ku.
2. Radio och TV i allmänhetens tjänst. Finansiering och skatter. Ku.
3. Sveriges tillträde till 1995 års Unidroit-konvention om stulna eller olagligt utförda kulturföremål. Ku.
4. Liberalisering, regler och marknader. + Bilagor. N.
5. Postmarknad i förändring. N.
6. Säkert inläst?
En granskning av rymningarna från Kumla, Hall, Norrtälje och Mariefred 2004. Ju.
7. Försvarsfastigheter – information till riksdagen och effektiv lokalförsörjning. Fi.
8. Behov av rörlig ledningsstödsresurs. Fö.
9. KRUT
Reformerat regelverk för handel med försvarsmateriel. UD.
10. Handla för bättre klimat.
Från införande till utförande. M.
11. Valfärdsvksamhet för sjömän. N.
12. Bokpriskommissionens slutrapport.
Det skall vara billigt att köpa böcker och tidskrifter. U.
13. Lördagsdistribution av dagstidningar. U.
14. Effektivare handläggning av anknävningsärenden. UD.
15. Familjeåterförening och fri rörlighet för tredjelandsmedborgare. UD.
16. Reformerat system för insättningsgarantin. Fi.
17. Vem får jaga och fiska?
Rätt till jakt och fiske i lappmarkerna och på renbetesfjällen. Jo.
18. Prospektansvar. Fi.
19. Beskattningen vid omstruktureringar enligt fusionsdirektivet. Fi.
20. Konsumentskydd vid modemkapning. Ju.
21. Vinstandelar. Fi.
22. Nya upphandlingsregler. Fi.
23. en BRASkatt? – beskattning av avfall som förbränns. Fi.
24. Arbetslivsinriktad rehabilitering.
Framtida organisation för Arbetslivstjänster och Samhall Resurs AB. N.
25. Gränslös utmaning – alkoholpolitik i ny tid. S.
26. Mobil med bil. Ett nytt synsätt på bilstöd och färdtjänst. + Bilaga, lättläst och Daisy. S.
27. Den svenska fiskerikontrollen – en utvärdering. Jo.
28. Dubbel bosättning för ökad rörlighet. Fi.
29. Storstad i rörelse.
Kunskapsöversikt över utvärderingar av storstadspolitikens lokala utvecklingsavtal. Ju.
30. Lagen om byggförsäkring.
En utvärdering. M.
31. Stödet till utbildningsvetenskaplig forskning. U.
32. Regeringens stabsmyndigheter. Fi.
33. Fjärrvärme och kraftvärme i framtiden. M.
34. Socialtjänsten och den fria rörligheten. S.
35. Krav på kassaregister Effektivare utredning av ekobrott. Fi.
36. På väg mot ... En hållbar landsbygdsutveckling. Jo.
37. Tolktutbildning – nya former för nya krav. U.