



LUND UNIVERSITY

Skatterätt eller finansiell ekonomi? - Klassificeringsfrågor med anledning av Företagskatteskommitténs slutbetänkande

Hilling, Axel

Published in:
Svensk skattetidning

2015

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Hilling, A. (2015). Skatterätt eller finansiell ekonomi? - Klassificeringsfrågor med anledning av Företagskatteskommitténs slutbetänkande. *Svensk skattetidning*, (2), 179-200.

Total number of authors:

1

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

I 79

Skatterätt eller finansiell ekonomi?

– klassificeringsfrågor med anledning av Företagsskattekommitténs slutbetänkande

AV AXEL HILLING

I. INLEDNING¹

I.1 ÄMNET²

Huvudförslaget i Företagsskattekommitténs slutbetänkande innebär ett i grunden förändrat bolagsskattesystem. Förslaget introducerar bl.a. en ordning där ”finansiella kostnader” måste kunna identifieras i alla de fall där finansiering av företag kan tänkas förekomma. Att detta kommer att bli en stor utmaning vid tillämpningen av de förslagna reglerna är inte svårt att tänka sig. Förutom löpande utgifter och förluster med direkt koppling till poster i balansräkningens passivsida, ska även indirekta kostnader relaterade till dessa poster samt finansieringsutgifter inbakade i det som tidigare ansågs vara rörelsekostnader identifieras. Den senare typen av utgift är framförallt aktuell i hyres- och leasingtransaktioner.

1. Arbetet med artikeln har finansierats genom generöst bidrag från Torsten Söderbergs Stiftelse.

2. Artikeln är skriven som utgångspunkt för mitt föredrag *Att förstå, hantera och/eller formulera finansiella transaktioner. Regleringsfrågor med anledning av Företagsskattekommitténs slutbetänkande*, som hölls vid Stiftelsen TOR/Skattenytts skattekonferens 2014 vid Engholms slott, 27–29 augusti 2014. Jag vill tacka för de synpunkter och kommentarer jag erhöll vid detta tillfälle.

Innebörden av begreppet ”finansiell kostnad” kommer därför sannolikt att bli ett återkommande ämne i den skatterättsliga doktrinen, men det är inte ämnet för den här artikeln. I föreliggande artikel analyseras en annan möjlig klassificeringsutmaning som följer av de föreslagna reglerna, nämligen begreppet ”finansiellt instrument”. Speciellt fokus riktas mot klassificeringen av instrument som används av företag i syfte att säkra den risk näringsverksamheten är exponerad för. I artikeln analyseras huruvida den föreslagna klassificeringen uppfyller grundläggande krav på robusthet, enkelhet och förutsebarhet givet syftet med lagstiftningen och de typer av finansiella instrument som kan tänkas falla in under regelns tillämpningsområde.³ Slutsatserna av analysen är av generell karaktär och därmed relevanta även i andra situationer där skattelagstiftning reglerar finansiella instrument eller finansiella transaktioner.

1.2 DISPOSITION

Artikeln inleds, i avsnitt 2, med en genomgång av givna utgångspunkter för den nya lagstiftningen, samt ett resonemang kring de utmaningar lagstiftaren ställts inför, speciellt den komplexa finansmarknaden. Vidare diskuteras hur vedertagna metoder att tolka och tillämpa svensk skatterätt påverkar lagstiftarens möjligheter att möta dessa utmaningar. I avsnitt 3 analyseras den föreslagna definitionen av begreppet ”finansiellt instrument” och vilka klassificeringsproblem som kan uppstå då finansiella instrument som används för risksäkring i företags näringsverksamhet skall särskiljas från andra finansiella instrument. I avsnittet presenteras också alternativ till den av Företagsskattekommittén föreslagna definitionen. Artikeln avslutas med avsnitt 4, vilket innehåller sammanfattande slutsatser.

2. UTGÅNGSPUNKTER FÖR NY LAGSTIFTNING

2.1 VARFÖR NYA REGLER?

Att Företagsskattekommitténs slutbetänkande givits namnet *Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet* signalerar att stor vikt lagts vid målsättningen att finna ett skattesystem med ekonomiskt neutral

3. Angående dessa karaktäristika för god skattelagstiftning, se t.ex. Lodin, S-O, Några kvalitetskrav på en god skattelagstiftning, Skattenytt 2007, s. 477–490. Med en robust skattelagstiftning menas i detta avseende en lagstiftning som i liten/ingen utsträckning möjliggör arbiträr tillämpning av lagen.

behandling av eget och lånat kapital. I betänkandet presenteras övertygande samhällsekonomiska argument för att det inte finns några skäl att skilja på beskattningen mellan olika finansieringsalternativ.⁴ Vidare presenteras sju olika modeller för att uppnå ett sådant system, bland dessa kan nämnas de i den skatteekonomiska litteraturen ofta omnämnda ACE- och CBIT-modellerna, samt den internationellt förekommande EBIT/DA-modellen.⁵ Sammanfattningsvis kan konstateras att då huvudförslaget för nytt bolagsskattesystem presenteras, 175 sidor in i betänkandet, råder lite tvivel om att det är önskvärt med ett bolagsskattesystem där finansieringen av bolag inte påverkas av skattereglerna. Men vem är det som skall övertygas? Har denna insikt inte präglat svensk bolagsbeskattning under lång tid?

En tillbakablick på det arbete som förgick 1990-års skattereform visar att även den utredningen hade som utgångspunkt att stifta en skattelag där neutralitet och likformighet är centrala begrepp. I direktiven till URF och RINK framgår att den uttalade målsättningen i skattereformen är en likformig beskattning av produktionsfaktorerna, innebärande målsättningen att avkastning på eget och främmande kapital likabehandlas i inkomstbeskattningen.⁶ Det är intressant att se att även beskrivningen av de problem som motiverade översynen av skattesystemet för nästan trettio år sedan, är påtagligt lik den problematik Företagsskattekommittén (och även OECD i BEPS-projektet⁷) ställts inför. I direktivet till RINK konstaterar man till exempel:

Det svenska inkomstskattesystemet brister i neutralitet och likformighet. [...] En följd av den bristande likformigheten i beskattningen av olika inkomster har blivit att allt fler skattskyldiga genom olika transaktioner minskar sin totala skatt. Denna skatteplanering utförs främst av mer välbeställda grupper som har ekonomiska och kunskapsmässiga möjligheter att utnyttja skattesystemet till sin fördel.⁸

En grundläggande utgångspunkt var alltså att beskattningen skulle göras likformig, innebärande att personer med samma faktiska inkomst skall betala samma skatt.⁹ En lagstiftning där denna princip upprätthålls anses verka för ekonomisk effektivitet och rättvisa.¹⁰ Utgångspunkterna vid

4. SOU 2014:40, del III.

5. SOU 2014:40, del V.

6. Dir. 1985:30 Utredning om reformerad företagsbeskattning, och Dir. 1987:29 Utredning om reformerad inkomstbeskattning.

7. OECD, Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing 2013.

8. Dir. 1987:29 s. 5.

9. SOU 1989:33, del 1, s. 20 och 49–74. Se även Birch Sörensen, P. *Swedish Tax Policy: Recent Trends and Future Challenges*, Report to the Expert Group on Public Finance 2010:4, Regeringskansliet, s. 68–70.

10. Se t.ex. Lodin, S-O (2007), s. 484–485.

utformandet av 1990 års skattereform var alltså i väsentliga delar påtagligt lika dem som ligger till grund för det slutbetänkandet som Företagsskattekommittén nyligen presenterat.¹¹

Sammanfattningsvis kan därför konstateras att Företagsskattekommitténs fokus på att uppnå en neutral bolagsskatt inte grundar sig på nya rön i den samhällsekonomiska forskningen.¹² Samma insikter låg till grund vid tillskapandet av dagens skatteregler, för nästan trettio år sedan. Detta konstaterande leder till slutsatsen att det måste vara omvärden – alltså det som skall regleras – och inte den normativa teorin – alltså beskrivningen av hur omvärden bör hanteras – som ändrat sig sedan 1990 års skattereform presterades. Av den anledningen är det viktigt att resonera kring vad det är som ändrat sig, och som därmed gjort att nuvarande regler anses otillräckliga. I nästa avsnitt följer därför ett kortare resonemang kring detta.

2.2 FINANSIELL INGENJÖRSKONST OCH REGELARBITRAGE

Den svenska finans- och försäkringsbranschen har vuxit stadigt sedan skattereformen år 1990. Mellan åren 1993 och 2013 har antalet sysselsatta i sektorn ökat med 25 000 personer.¹³ Även i ett internationellt perspektiv märks en expansion av finansmarknaden under de senaste tjugo åren. Under denna tidperiod, inom ramen för finansmarknadens expansion, har en yrkeskår som ofta benämns finansiella ingenjörer (*financial engineers*) utvecklats.¹⁴ Väldigt förenklat kan finansiell ingenjörskonst (*financial engineering*) beskrivas såsom att man med hjälp av finansiella byggstenar sätter samman produkter och/eller portföljer som genom den unika sammansättningen har ett större värde än ekonomiskt jämförbara produkter/portföljer.¹⁵ Det större värdet uppnås genom att den nya produkten/portföljen utnyttjar marknadsimperfectioner, dvs. arbitrage.¹⁶ Arbitragen handlar följaktligen om att utnyttja det faktum att marknaden inte fungerar perfekt, det vill säga att den uppfattar och värderar två likvärdiga positioner lika. Priset på positionerna skiljer sig därför, vilket gör den ena av de två positionerna mer värd.

11. Dir. 2011:1 Översyn av företagsbeskattningen.

12. För samma idéer se till exempel Seligman, Edwin R.A, *Essays in Taxation*, 10th ed., 1925.

13. Statistiska centralbyrån: Statistikdatabasen – Nationalräkenskaperna – Arbetsinsats (ENS95) efter näringsgren SNI 2007 – K64-K66 finans- och försäkringsverksamhet.

14. Beder, Tanya S. in Beder, Tanya S. and Marshall, Cara M. (editors) *Financial engineering, the Evolution of a Profession*, Kolb Series in Finance, Wiley, 2011, s. 3–29.

15. Dubil, Robert, *Financial engineering and arbitrage in the financial markets*, Wiley Finance, 2011, s. 23–55.

16. Ibid.

Finansmarknaden är således en marknad som i stor utsträckning drivs av innovationer för att dra nytta av arbitrage. Dessa riskfria vinster utgör incitament att utveckla mycket komplexa finansiella instrument för att genom dessa uppnå arbitragen. Komplexiteten i de instrument som driver marknaden är alltså hög, åtminstone i jämförelse med de mest komplexa instrumenten i början på 1990-talet. I ett juridiskt sammanhang innebär denna utveckling att det blivit en mycket större utmaning, än för trettio år sedan, att reglera finansmarknaden. Utmaningen grundar sig i det faktum att även regler och lagstiftning kan ge upphov till marknadsimperfektioner – regelarbitrage. Kompetensen att utnyttja dessa arbitrage är, mot bakgrund av den utveckling av finansmarknaden som beskrivits ovan, mångdubbelt större idag än för tjugofem år sedan.

Det omfattande utnyttjandet av regelarbitrage i svensk inkomstbeskattning är en starkt bidragande orsak till att Företagsskattekommittén getts i uppdrag att se över svensk företagsbeskattning. En mycket traditionell, civilrättsligt orienterad uppdelning av eget och främmande kapital, liksom en räntedefinition knuten till denna uppdelning, har gjort 1990 års skattelagstiftning till ett bekvämt rundningsmärke för arbitrage-sökande finansingenjörer.¹⁷ Med komplicerade finansiella instrument har många företag utnyttjat skillnaden i beskattning av utdelning och ränta. Den skatterättsliga klassificeringen av företagets kapital, och avkastningen från detta kapital, har således inte på relevant sätt beskrivit den verklighet som ständigt utvecklas i finansmarknadens framkant. Imperfektionen har såväl i Sverige som internationellt utnyttjats till den grad att OECD tillsatt en speciell aktionsplan för att hindra dylika arbitrage.¹⁸

Sammanfattningsvis kan därför sägas att utgångspunkterna för dagens lagstiftning, vilken är ett resultat av 1990 års skattereform, och Företagsskattekommitténs betänkande är detsamma: ett skattesystem som inte påverkar ekonomiska beslut. Det är således inte uppdragen som skiljer sig, utan det som skiljer är att den finansiella ”verklighet” som ska regleras är så oerhört mycket mer komplex idag än då 1990 års skattereform sjösattes.¹⁹ Detta innebär att det ställs mycket högre krav på lagstif-

17. Hilling, A. Begreppet ränteutgift i svensk inkomstskatterätt – en kritisk analys, *Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet*, 2012–13 nr 2, s. 309–331.

18. OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing, 2013.

19. Jämte finansmarknadens komplexitet är näringslivets internationalisering en stor utmaning för lagstiftare inom skatterätt, se t.ex. Folkvord, Benn, and Riis Jacobsen, Michael, *Corporate income tax and the international challenge*, *Nordic Tax Journal* No. 2/2014, s. 55–87.

taren och rättstillämparen vid reglering av finansmarknaden. Hur Företagsskattekommittén hanterat denna utmaning diskuteras i nästa avsnitt.

2.3 TOLKNING AV RÄTTEN

2.3.1 REGELARBITRAGE

Att finansiell ingenjörskonst utmanar skattesystem är ett sedan länge välkänt faktum.²⁰ Då den juridiska klassificeringen av ekonomiskt identiska positioner beskattas olika uppstår regelarbitrage som kan utnyttjas av dem med tillgång till relevant kompetens. Detta följer av vedertagen marknadsteori, vilken innebär att felprissättning av varor, det vill säga att samma vara kan handlas till olika pris, kommer att utnyttjas av dem med tillgång till information om prisarbitraget, vilket därmed kommer att elimineras i och med att informerade marknadsaktörer tar hem en riskfri vinst. Marknadskrafterna – tillgång och efterfrågan – eliminerar följaktligen alla prisarbitrage vilket gör att man vid prissättning av tillgångar kan utgå från en marknad i jämvikt: *a no-arbitrage assumption*.²¹ Marknaden eliminerar dock inte regelarbitrage. Det är lagstiftarens och/eller rättstillämparens uppgift. Regelarbitrage, alltså rättslig olikbehandling av jämförbara transaktioner, finns därmed kvar till dess någon av dessa aktörer agerar.

2.3.2 OLIKA FÖRHÅLLNINGSSÄTT TILL RÄTTEN

Generellt kan man säga att i ett svensk skatterettsligt sammanhang kan man ifrågasätta finansiella regelarbitrage mot likabehandlingsprincipen (skall de skattesubjekt med tillgång till avancerad finansiell rådgivning behandlas annorlunda än dem utan tillgång till sådan kunskap?) eller likformighetsprincipen (skall två ekonomiskt jämförbara transaktioner behandlas olika utan att sådan olikbehandling tydligt motiveras?). Grundläggande rättsliga principer motiverar sålunda ett kritiskt förhållningssätt till regelarbitrage inom skatterätten.

Om man bortser från dessa principer kan man förhålla sig neutral till regelarbitrage och se dem som ett resultat av lagstiftningen, tolkad enligt dess ordalydelse. Ett förhållningssätt som innebär att man ger skattesystemets underliggande principer och systematik en påtagligt underordnad

20. Se t.ex. Poltio, Anthony P., *Useful Fictions: Debt and Equity Classification in Corporate Tax Law*, Arizona State Law Journal, 30, 1998, s. 761–810.

21. Se Modigliani, F. and Miller, M. H. *The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment*, The American Economic Review, Vol. 48, No. 3, s. 261–297.

roll vid tolkning av skattelag, och istället förordrar en strikt ordalydelse-tolkning, med stöd i civilrättslig terminologi, har starkt stöd i svensk skatterättslig doktrin.²² Detta förhållningssätt kan dock ifrågasättas i ett sammanhang där innebörden av rätten diskuteras, och det finns starkt stöd för alternativa förhållningssätt, t.ex. en mer systematisk/värdebase-rad tolkning av rätten.²³ Att den strikta ordalydelse-tolkningen så tydligt dominerar i den svenska skatterättsliga doktrinen är sannolikt ett resultat av att den offentliga skatterättsliga diskussionen i hög utsträckning förs av ombud för skattebetalare, vilka har ett intresse av att argumentera för just en sådan tolkning av lagen:

Taxpayers and their advisers often argue strongly in favour of the literal interpretation of both tax treaties and domestic tax laws, and justify this literal approach on the basis that taxpayers are entitled to certainty in organizing their affairs. Although certainty is an important value to bear in mind during the interpretive exercise, it is not the only, or the most important value. Consistency, fairness, reasonableness, and administrability are just some of the competing considerations that should also be taken into account.²⁴

En argumentation där en traditionell ordalydelse-tolkning ifrågasatts till förmån för en mer systematisk tolkning av rätten har dock, såvitt jag vet, ej med framgång framförts i svenska domstolar. Detta innebär att den traditionella ordalydelse-tolkningen måste anses vara helt dominerande, och därmed också den tolkningsmetod man kan förvänta sig tillämpas på den nya lagstiftningen som Företagsskattekommittén föreslår.²⁵

Värt att notera i detta sammanhang är att det regulararbete som i stor utsträckning motiverat Företagsskattekommitténs betänkande, skillnaden i beskattning mellan utdelning och ränta, sannolikt kunnat reduceras i stor utsträckning genom en mer systematisk tolkning av rätten.²⁶ Men, liksom nyss påtalats, en sådan tolkning skulle sannolikt avfärdas med hänvisning till legalitetsprincipen, det vill säga de krav på förutsebarhet som hävdas endast kunna uppnås med en traditionell ordalydelse-tolkning.

22. Se t.ex. Lodin, S-O m.fl. *Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt*, 14:e upplagan, Studentlitteratur, 2013, s. 707 ff.

23. Se t.ex. Tuori, K. Rättens nivåer och dimensioner, 2:a upplagan, Juridiska fakulteten vid Helsingfors universitet, 2013.

24. Arnold, Brian J. The Interpretation of Tax Treaties: Myth and Reality, *Bulletin for International Taxation*, IBFD 2010, s. 7.

25. Ordalydelse-tolkningens starka ställning i svensk skatterätt bekräftas i Pålsson, R. Principer eller regler? Legalitet och likabehandling i beskattningen, *Skattenytt* 2014, s. 554–570.

26. Hilling 2012.

2.4 REGLER UTAN MÖJLIGHET TILL ARBITRAGE

Det som hittills framförts i denna artikel kan kort sammanfattas som följer: Finansiell ingenjörskonst är en internationellt utbredd industri som tillhandahåller extremt hög kompetens inom finansiell teori och matematik. Arbitrage som uppstår vid reglering av finansiella transaktioner kommer att utnyttjas av marknadsaktörer, såvida utnyttjandet inte strider mot lagens ordalydelse. I princip strider dock regelarbitrage mot de principer skatterätten vilar på, och därmed även mot de regler som ger uttryck för rätten. Den dominerande svenska doktrinen för skatterättstolkning ger dock litet utrymme för systematisk tolkning av rätten, om sådan tolkning inte är ett resultat av en civilrättsligt inspirerad ordalydelsestolkning. Dessa förutsättningar innebär att det reella alternativet att förhindra regelarbitrage, vid reglering av finansiella transaktioner, är att använda sådan metodik och terminologi som fullt ut beskriver den ”verklighet” finansiella ingenjörer arbetar i: Att använda den ordalydelse som i ett finansiellt sammanhang beskriver verkligheten korrekt.

Skillnaden mellan hur en skattejurist beskriver finansmarknaden och hur en finansiell ingenjör beskriver densamma torde vara lika stor som då en viss företeelse beskrivs på två främmande språk.²⁷ Vad som måste ske för att förhindra regelarbitrage vid skattereglering av finansiella transaktioner kan således liknas vid att svensk skatterätt i vissa delar måste skrivas på ett främmande språk. Och det är precis det som Företagsskattekommittén föreslår. Den i detta sammanhang mest centrala definitionen – finansiellt instrument – definieras med direkt hänvisning till redovisningsrättslig lagstiftning, vilken i sin tur är framtagen med stor inspiration av hur finansiella instrument beskrivs och värderas enligt vedertagen finansiell teori.²⁸

Tillvägagångssättet, att reglering mot oönskad skatteplanering med finansiella instrument måste ske med reglering som definierar dessa instrument på samma sätt som finansmarknaden, är inte nytt. Möjligheter att eliminera regelarbitrage genom reglering som respekterar den ekonomiska innebörden av komplexa finansiella instrument har analyserats ingående.²⁹ Att redovisningsrätten kan användas som inspiration till

27. Den skattejurist som ställer sig tveksam inför detta påstående låter sig kanske övertygas genom att läsa aktuell doktrin inom *financial engineering*, t.ex.: Lo, C.-F., A Simple Generalisation of Kirk's Approximation for Multi-Asset Spread Options by the Lie-Trotter Operator Splitting Method, *Journal of Mathematical Finance*, 4, 2014, s. 178–187.

28. Se t.ex. Ericsson, F Säkringsredovisning, Implementeringen av IAS 39 i svenska icke-finansiella börsföretag och konsekvenser för säkringsverksamhet, *Lund Studies in Economics and Management* 119, 2010, s. 57–71.

29. Edgar, Tim, *The Income Tax Treatment of Financial Instruments: Theory and Practice*, Canadian Tax Paper No. 105, Canadian Tax Foundation, 2000.

sådan reglering har också presenterats tidigare.³⁰ Även tillvägagångssättet vid regleringen är sedan tidigare använt i svensk skattelagstiftning då definitionen av finansiella lagertillgångar är konstruerad på samma sätt som den av Företagsskattekommittén föreslagna definitionen.³¹

Ett argument mot kraftigt ekonomiskt orienterad reglering av finansiella instrument är att tolkningen och tillämpningen av sådana regler blir orimligt svår, och därmed inte uppfyller de krav man rimligen kan ställa på lagstiftningen. Som exempel kan nämnas ett par rättsfall från HFD där domstolen misslyckats i sin ekonomiska analys av ett givet finansiellt instrument.³²

Ny lagstiftning, vilken i teorin är mycket robust i förhållande till oönskad skatteplanering med finansiella instrument, kan alltså i praktiken vara oanvändbar, eller kontraproduktiv eftersom rättstillämparen har för liten kunskap om finansmarknaden. Eller, för att använda liknelsen ovan, den nya lagstiftningen kräver att rättstillämparen tillgodogör sig det nya språk på vilket lagen är skriven. Är det rimligt? Ett alternativ är, som tidigare påtalats, ett avsteg från den strikta ordalydsetolkningen till en mer systematisk tolkning av rätten. Det skulle innebära att introducera ny terminologi på det språk som rättstillämparen behärskar, alltså skatterättslig terminologi snarare än ekonomisk/finansiell dito.

3. DEN NYA LAGSTIFTNINGEN

3.1 FINANSIELLT INSTRUMENT

I sitt slutbetänkande föreslår Företagsskattekommittén att begreppet finansiellt instrument skall definieras genom en hänvisning till ett specifikt lagrum i årsredovisningslagen, ÅRL.³³ Det aktuella lagrummet ger ingen definition av begreppet finansiellt instrument, utan denna får man söka i Bokföringsnämndens allmänna råd, K3, i vilket framkommer att:

Ett finansiellt instrument är varje form av avtal som ger upphov till en finansiell tillgång hos en part och en finansiell skuld eller ett egetkapitalinstrument hos en annan part. Avtalet behöver inte ha medfört någon betalning.³⁴

30. Se t.ex. Hilling, A. *Income Taxation of Derivatives and other Financial Instruments – Economic Substance versus Legal Form*, A study focusing on Swedish non-financial companies, JIBS Dissertation Series No. 042, 2007 s. 171–191.

31. 17 kap. 19 § IL, Lag (2003:1102).

32. RÅ 2001 ref. 21 och RÅ 2003 ref. 48.

33. SOU 2014:40 s. 201.

34. BFNAR 2012:1 (K3), Allmänt råd 11.4. Se även SOU 2014:40, s. 201–202.

Definitionen hänvisar till ytterligare tre termer – finansiell tillgång, finansiell skuld och egetkapitalinstrument. Även dessa begrepp definieras i K₃ och är således av indirekt relevans vid tolkningen av det nya skatterättsliga begreppet. Den mycket vida definitionen av begreppet finansiellt instrument innebär att få avtal med koppling till finansiella parametrar torde falla utanför definitionen. Även nya innovationer som introduceras på finansmarknaden torde omfattas av begreppet finansiellt instrument.³⁵ Detta innebär att definitionen av finansiellt instrument inte ger upphov till regelarbitrage så länge allt som omfattas av definitionen behandlas lika. I Företagsskattekommitténs förslag behandlas dock inte alla finansiella instrument lika.

I slutbetänkandet är terminer och optioner som är hänförliga till annat än finansiella kostnads- och intäktsposter exkluderade från begreppet finansiellt instrument.³⁶ Begreppen termin och option är desamma som sedan tidigare finns definierade i inkomstskattelagen.³⁷ Syftet med att exkludera vissa typer av derivat från begreppet finansiellt instrument är att möjliggöra risksäkring av betalningsströmmar som inte är kopplade till finansieringen av företaget. Vad man således vill uppnå är att inkludera kapitalvinster och förluster från vissa typer av derivat i företagets beskattningsunderlag, och på så sätt göra företags risksäkring av poster i näringsverksamheten oberoende av skattesystemet. Att undanta vissa derivat från definitionen av finansiella instrument innebär dock att det uppstår en klassificeringssituation. Den rättsliga klassificeringen leder i sin tur till en möjlig regelarbitragesituation. I återstoden av detta avsnitt analyseras därför huruvida nämnda klassificering kan utföras med den klarhet och förutsebarhet som Företagsskattekommittén eftersträvat.

3.2 DERIVAT

Av vad som framgår i föregående avsnitt skall alltså vissa terminer och optioner undantas från begreppet finansiellt instrument.³⁸ I syfte att ge ökad förståelse för innebörden av detta undantag följer här en kort redogörelse för den typ av finansiella positioner som döljer sig bakom de juridiska begreppen termin och option – derivat.

Ett derivat är ett finansiellt instrument som ger en rättighet (option) eller skyldighet (termin) att till ett visst pris köpa eller sälja en specifik

35. SOU 2014:40 s. 202.

36. SOU 2014:40 s. 33 och 203.

37. 44 kap. 11–12 §§ IL. Se SOU 2014:40 s. 202–203.

38. "... termin och option som är hänförliga till annat än finansiella kostnads- eller intäktsposter" (24 a kap. 3 § IL), SOU 2014:40 s. 33.

vara vid en framtida tidpunkt.³⁹ I de flesta fall levereras inte den underliggande varan, utan derivatet kontantregleras vilket innebär att den ena parten i derivatkontraktet av den andra parten erhåller skillnaden mellan derivatets leveranspris och marknadsvärdet på den vara derivatet är utställt på. Derivatets konstruktion ger alltså en möjlighet att fastställa vilket pris en vara kan köpas eller säljas för i framtiden. Då det framtida priset för en vara fastställs ökar förutsebarheten för den som innehar varan, vilket gynnar dennes möjligheter att bedriva näringsverksamhet.⁴⁰ Detsamma gäller för den som är beroende av att köpa varor som ett led i sin näringsverksamhet.

Den enklaste typen av derivat är terminskontrakt. Ett terminkontrakt är ett avtal mellan två parter där den ena parten åtar sig en skyldighet att köpa en viss vara till visst pris (lösenpris) vid en viss framtida tidpunkt (lösendag). Motparten åtar sig att sälja varan till dessa villkor. Lösenpriset på terminskontraktet beräknas med utgångspunkt i varans marknadsvärde, tiden till lösendagen och den riskfria räntan, t.ex. *Stockholm Interbank Offered Rate* (STIBOR). Lösenpriset är således det kapitaliserade värdet av den underliggande varan. Detta innebär att terminskontraktet inte har något värde vid tidpunkten då det ingås eftersom alternativinvesteringen är riskfri.⁴¹ Optionskontrakt skiljer sig från terminskontrakt såtillvida att det ger innehavaren av kontraktet en möjlighet, men inte en skyldighet, att utnyttja kontraktet. Denna möjlighet gör att optionen alltid har ett värde eftersom det alltid kommer att finnas en möjlighet att göra en vinst (men inte en skyldighet att realisera en förlust) för innehavaren.⁴² Vidare kan lösenpriset (*strike price*) för optionen bestämmas så att optionen redan från början ges ett visst substansvärde (*intrinsic value*). Det initiala värdet för en option är dock som regel, liksom för en termin, väldigt lågt i förhållande till alternativa investeringar med motsvarande avkastning, dvs. i förhållande till den underliggande varan. Det låga initiala värdet av ett derivat är ett viktigt karaktäristika för typen av finansiellt instrument, och lyfts även fram i formella definitioner av derivat:

Ett derivatinstrument är ett finansiellt instrument som uppfyller följande kriterier:

39. Se t.ex. Hull, J. C., *Options, Futures, And Other Derivatives*, 8th Edition, Pearson Education Limited, 2012, s. 1–18.

40. Se Hilling, A., *Finansiell riskhantering i mindre företag – en skatterättslig och redovisningsrättslig analys*, Skattemytt, 2010, s. 126–130.

41. Hull, J. C. (2012) s. 104–105.

42. Hull, J. C., (2012) s. 215–216.

- a) Värdet på instrumentet ändras till följd av ändringar i en särskilt angiven räntesats, valutakurs, råvarupris, pris på ett finansiellt instrument eller annan variabel som inte är specifik för någon av avtalsparterna.
- b) Det krävs ingen initial nettoinvestering eller en initial nettoinvestering som är mindre än vad som skulle krävas för andra typer av avtal som kan förväntas reagera på ett liknande sätt vid förändringar i marknadsfaktorer.
- c) Instrumentet regleras vid en framtida tidpunkt.⁴³

Denna derivatdefinition, som återfinns i Bokföringsnämndens allmänna råd K3, har från början utvecklats av IASB och presenterades från början i IAS 39, punkt 9. Definitionen stämmer väl överens med hur derivat uppfattas på finansmarknaden, men inte med hur derivat definieras i svensk inkomstskattelagstiftning. De skatterättsliga derivatdefinitionerna – option och termin – omfattar inte bara derivat enligt ovan givna beskrivning och definition, utan även sammansatta finansiella instrument – hybrider. Avsaknaden av ett krav på låg initial nettoinvestering (se punkt b ovan) gör de skatterättsliga definitionerna betydligt bredare än motsvarande redovisningsrättsliga definition. Den skatterättsliga definitionen omfattar således fler finansiella instrument än vad som redovisningsrättsligt klassificeras som derivat. Till exempel skulle de flesta så kallade indexobligationer (*contingent debt instruments*) omfattas av termins- och/eller optionsdefinitionen i inkomstskattelagen, men inte av derivatdefinitionen i K3.

I ett par år gammalt, icke överklagat avgörande från Skatterättsnämnden, SRN, var det just klassificeringen av en indexobligation som var uppe för prövning.⁴⁴ Att nämnda obligation, eller som den kallas i förhandsavgörandet: ”fordran med råvaruprisindexerat återbetalningsbelopp”, var framtaget (delvis/skenbart) i syfte att risksäkra varulagret i det sökande företaget gör att det väl kan tjäna som illustrativt exempel för den klassificeringsproblematik som Företagsskattekommitténs föreslagna regler kan ge upphov till. Innan avgörandet presenteras närmare bör dock understrykas att den svenska beskattningen av finansiella instrument sedan länge vilar på den så kallade odelbarhetsprincipen. Odelbarhetsprincipen lades tydligt fast av HFD i ett rättsfall rörande en aktieindexobligation från år 1994, och innebär att ett obligationsrättsligt odelbart instrument skatterättsligt skall hanteras som en enhet.⁴⁵ Det är därmed, som exempel, inte möjligt att dela upp en indexobligation i en obligationsdel och en optionsdel, vilka är de finansiella komponenter som tillsammans utgör helheten.

43. Allmänt råd 11.8, BFNAR 2012:5, K3.

44. Skatterättsnämnden, Inkomstskatt: Koncernintern fordran, 2011-12-29 (dnr 31-10/D).

45. RÅ 1994 ref. 26.

3.3 KLASSIFICERINGEN AV SAMMANSATTA FINANSIELLA INSTRUMENT

3.3.1 FORDRAN MED RÅVARUPRISINDEXERAT ÅTERBETALNINGSBELOPP

I det ovan nämnda förhandsbeskedet från Skatterättsnämnden framkommer att ett bolag, i syfte att visa ett rättvisande rörelseresultat, har behov att fixera värdet av sitt varulager. Bolaget vill alltså eliminera risken som varulagret är exponerat för. Enklaste sättet att göra det är att låta någon annan bära risken. Det kan man göra genom att sälja lagret, eller om man behöver använda lagret i sin näringsverksamhet, ingå ett terminsavtal att sälja varulagret vid en viss framtida lösendag. Ett sådant kontrakt innebär i praktiken att företagets motpart åtar sig att bära risken som företagets varulager är exponerat för.

I förhandsbeskedet framkommer dock att företaget vill uppnå riskelimineringen på ett annorlunda sätt. Företaget överväger att till ett nystartat dotterbolag tillskjuta ett aktieägartillskott motsvarande värdet på varulagret. Dessa medel lånas sedan ut till moderbolaget med en ränta som motsvarar vad bolaget hade fått betala för motsvarande lån av extern finansör. När lånet förfaller skall det dock regleras med referens till marknadspriset på den mängd råvara som moderbolaget hade i sitt lager då låneavtalet ingicks. Låneavtalet innebär således att moderbolaget, till dotterbolaget, får betala mer pengar om råvarupriset stigit, och mindre om råvarupriset sjunkit, i förhållande till priset då lånet ingicks. Vad som nu hänt är att moderbolaget skaffat sig en skuld med motsvarande negativt värde som varulagret, och med motsatt risk. Denna position innebär att om värdet på varulagret ökar, ökar även skulden till dotterbolaget och vice versa. Effekten blir att det sammanlagda värdet på varulagret och skulden är konstant oavsett råvarupriset. För att uppnå en värdfixering av varulagret låter företaget alltså inte någon annan bära risken, istället utsätter man sig för ytterligare risk, risk som är precis motsatt den man ursprungligen var utsatt för. Genom att sätta samman en termin att köpa råvaror med en skuld har man framställt en position som motsvarar en termin att sälja råvaror.

Risksäkringen i företaget kan ergo uppnås på åtminstone två olika sätt. Ett sätt är att sälja råvarulagret på termin. Ett annat sätt är att låna upp värdet av råvarulagret och utsätta lånet, utöver normal kreditrisk, för en risk som är motsatt den som råvarulagret är utsatt för – en inverterad position.

3.3.2 KLASSIFICERING ENLIGT FÖRESLAGNA REGLER

I föregående avsnitt redovisades två säkringsstrategier för att fixera värdet på ett råvarulager. Enligt Företagsskattekommittén skall risksäkring av råvarulager inte hindras av de nya reglerna.⁴⁶ Den uttalade ambitionen om neutral bolagsbeskattning borde innebära att bägge alternativen skall ge samma skattemässiga effekt då det nya regelverket tillämpas. Nedan följer en analys om så är fallet.

En risksäkring av varulagret genom att sälja det med standardiserade råvaruterminer torde innebära en prövning huruvida dessa terminer faller inom terminsdefinitionen i IL, och om så är fallet kommer de undantas från att klassificeras som finansiellt instrument enligt den föreslagna 24 a kap. 3 § IL. I sådant fall skulle värdeförändringarna på terminen kunna kvittas mot värdeförändringar på varulagret och rörelseresultatet vara oberoende av den risk varulagret är utsatt för. Detta är vad man önskar uppnå med de nya reglerna, och det är också så denna situation kommer att hanteras eftersom en standardiserad termin tveklöst faller in under den skatterättsliga terminsdefinitionen. Det bör dock noteras att Företagsskattekommitténs förslag enbart exkluderar terminer och optioner som avslutas med leverans av den underliggande varan.⁴⁷ Detta förefaller underligt eftersom värdet på en stor mängd olika näringstillgångar sannolikt inte kan säkras med annat än indexbaserade säkringsinstrument, eller där leverans inte är ett alternativ för det bolag som genomför risksäkringen. Som exempel kan nämnas företag vars varulager består av halvfabrikat eller konsumtionsvaror, och där värdet på lagret därför endast kan säkras med derivat på andra tillgångar (råvaror) än dem som företaget innehar. Hur sådan risksäkring behandlas i den nya lagstiftningen bör utvecklas ytterligare, men kommer inte att diskuteras vidare i denna artikel.

Om risksäkring av varulagret sker genom en inverterad position, det vill säga om företaget ingår ett låneavtal enligt vad som beskrivits ovan, är den skattemässiga klassificeringen inte lika självklar. Inte minst måste man förhålla sig till det faktum att odelbarhetsprincipen råder vid klassificering av finansiella instrument. Man kan därmed inte självklart dela upp en ”fordran/skuld med råvaruindexerat återbetalningsbelopp” i en skulddel och en derivatdel. I sitt avgörande fann SRN att det aktuella instrumentet skulle klassificeras som en skuld i moderbolaget, och inte som en termin vilket den i princip skulle kunna ha gjort eftersom den

46. SOU 2014:40 s. 203.

47. SOU 2014:40 s. 203–204.

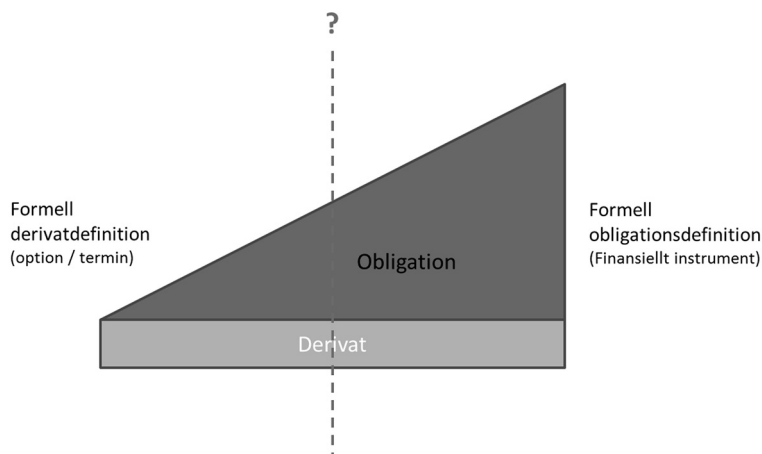
faller in under den mycket vida terminsdefinitionen i inkomstskattelagens 44:e kapitel. SRN:s beslut följer dock praxis där HFD regelmässigt klassificerat obligationer med indexerade värdförändringar som obligationer snarare än derivat.⁴⁸ Mycket talar därmed för att den andra säkringsstrategin, den inverterade positionen, enligt de nya reglerna i sin helhet skulle klassificeras som finansiellt instrument och därmed inte påverkar företagets rörelseresultat i skattedeklarationen.

Att de två säkringsstrategierna behandlas olika kan kritiseras eftersom det innebär en skattemässig begränsning i företags val av att risksäkra sina rörelsetillgångar. Å andra sidan kan också argumenteras för att olikbehandlingen visar att de nya reglerna fungerar såsom önskat. Som visats ovan går det att uppnå en risksäkring utan att uppta komplicerade koncerninterna lån och då syftet med de nya reglerna är just att motverka underkapitalisering av bolag är det lämpligt att den säkringsstrategin som medför extra låntagande missgynnas framför alternativet.

Men vad händer när en säkringsstrategi inte är lika enkel att förstå? Hur skall man kunna avgöra då ett finansiellt instrument som används för risksäkring är ett derivat eller en obligation/skuld? De vida termins- och optionsdefinitionerna gör det svårt att säkert avgöra när ett finansiellt instrument är ett derivat eller en obligation. Att fastställa denna skillnad är av central betydelse eftersom det avgör om instrumentet kan exkluderas ur det skatterättsliga begreppet finansiellt instrument eller inte.

48. Se t.ex. RÅ 2008 ref. 4 och RÅ 1999 ref. 69.

Figur 1. Klassificering av derivat och andra finansiella instrument



Kommentar: Bilden illustrerar gränsdragningsproblematiken då ett finansiellt instrument skall klassificeras som derivat eller obligation. I den vänstra kanten på figuren kan ett vanligt terminskontrakt, enligt vad som användes i den ovan redovisade första säkringsstrategin, placeras in. I den högra kanten på figuren kan en hybrid, såsom en fordran/skuld med råvaruindexerat återbetalningsbelopp, placeras. Däremellan kan man tänka sig en mängd olika varianter på hybrida finansiella instrument som måste gå att klassificera som derivat eller obligation.

Källa: Författaren.

3.3.1 BIFURCATION

Ett sätt att hantera nämnda osäkerhet i klassificeringen av hybrida finansiella instrument är att i linje med den föreslagna definitionen av finansiellt instrument, även vad gäller definitionen av terminer och optioner – derivat – använda sig av redovisningsterminologi. Det vill säga att, på bekostnad av rådande termins- och optionsdefinition, införa den derivatdefinition som presenteras ovan, i avsnitt 3.2. En sådan ändring skulle sannolikt inte innebära annat än att rådande uppfattning om innebörden av dessa begrepp kodifieras. Det skulle därmed vara en anpassning av lagstiftningen till vad som följer av tidigare rättstillämpning. Att föra in en redovisningsrättslig definition av derivat skulle även ha de fördelar i aktualitet etc. vilka lyfts fram som argument i förhållande till definitionen av finansiellt instrument i Företagsskattekommitténs slutbetänkande.⁴⁹

49. SOU 2014:40 s. 202.

Det förefaller rimligt att anta att införandet av en ekonomiskt inspirerad derivatdefinition skulle öka förutsebarheten vid rättstillämpningen i situationer då rörelsetillgångar säkras. Att enbart undanta derivat, i ekonomisk mening, skulle även leda till att syftet med den föreslagna lagstiftningen tillmötesgås eftersom säkringsinstrument med en förhållandevis hög initial kapitalinsats ej skulle undantas från definitionen av finansiellt instrument.

Då man delar upp finansiella instrument i fler än en grupp, dvs. i en huvudgrupp av finansiella instrument och i en derivatgrupp, då krävs, för att undvika regelarbitrage, att alla de derivat som är exkluderade från huvuddefinitionen exkluderas i samtliga fall. Det blir nödvändigt att bryta ut dem (*bifurcation*) och behandla dem separat även i de situationer då de förekommer som en integrerad del i ett annat instrument, en så kallad hybrid. Om så inte sker kommer det att finnas stora möjligheter att skatteplanera med inbäddade derivat (*embedded derivatives*). Genom att ”bädda in” ett derivat i ett finansiellt instrument som faller utanför derivatdefinitionen (i detta fall finansiellt instrument) ges möjlighet att välja hur derivatet skall beskattas. Detta leder till att en ekonomisk derivatdefinition möjliggör regelarbitrage om man inte bryter ut och behandlar alla derivat separat – *bifurcation*. En sådan reglering hade dock sannolikt inte gått att tillämpa i förhållande till ett stort antal finansiella instrument, på grund av komplexiteten av dessa, och därmed skulle fördelen med att införa en sådan ordning endast existera i teorin.

Man skulle dock kunna argumentera för att de regelarbitrage som kan befaras, om man inför en ny derivatdefinition utan *bifurcation*, inte kommer utnyttjas eftersom den alternativa positionen blir mindre förmånligt behandlad då den klassificeras som finansiellt instrument. Ett sådant argument är sannolikt korrekt, men det kan även vara så att finansiella ingenjörer finner sätt att utnyttja arbitragemöjligheterna på ett sätt som gynnar skattebetalaren. Det har hänt förr. Vidare är det inte osannolikt att en ekonomisk derivatdefinition utan *bifurcation* skulle hindra användandet av s.k. exotiska derivat i risksäkringsstrategier.⁵⁰ Att investera i en produkt som till sin innebörd är en kombination av olika typer av derivat, skulle sedd som ett sammansatt instrument, kunna falla utanför derivatdefinitionen. Det skulle vara en önskad effekt av en sådan reglering givet att den skall tillåta effektiv risksäkring av rörelsetillgångar. Således, att införa en ekonomisk derivatdefinition utan att samtidigt tillämpa *bifurcation* skulle i många avseenden fungera väl, men den riskerar

50. Se t.ex. Hull, J. C. (2012) s. 574–594.

att leda till oönskade effekter eftersom den inte är konsekvent i förhållande till den verklighet som finansmarknaden innebär.

3.3.2 REGLERINGSMÖJLIGHETER

Efter genomgången av den föreslagna definitionen av finansiellt instrument, samt ambitionen att undanta terminer och optioner som används för risksäkring i företags näringsverksamhet, kan följande sammanfattning presenteras:

Den mycket vida och ekonomiskt inspirerade definitionen av finansiellt instrument som föreslås av Företagsskattekommittén kommer sannolikt att inkludera alla kontrakt som av såväl jurister som finansekonomer uppfattas som finansiella instrument. Så länge dessa kontrakt behandlas lika finns obetydliga möjligheter för regelarbitrage mellan likvärdiga finansiella positioner. Från denna definition vill Företagsskattekommittén dock exkludera finansiella instrument som enligt nuvarande lagstiftning definieras som terminer eller optioner hänförliga till annat än finansiella kostnads- och intäktsposter. Svagheten i detta förslag är att termins- och optionsdefinitionerna, i dess nuvarande lydelse, är så vida att de även omfattar finansiella instrument som i praxis ansetts vara fordringar/skulder och inte terminer eller optioner. Den föreslagna regleringen innebär därför en otydlig lagstiftning, och den innebär även att derivat behandlas olika beroende på om de är inbäddade i instrument som klassificeras som finansiella instrument, eller om de klassificeras som terminer eller optioner.

Svagheterna i de föreslagna reglerna kan åtgärdas om man på bekostnad av nuvarande termins- och optionsdefinitioner inför en ekonomiskt inspirerad derivatdefinition. Införandet av en sådan definition skulle sannolikt kraftigt reducera osäkerheten i klassificering av finansiella instrument såsom derivat eller just finansiella instrument. Regelarbitragen, vilka möjliggörs av den föreslagna lagstiftningen, kan dock inte reduceras med införandet av en ekonomisk derivatdefinition. För att reducera potentiella regelarbitrage måste den ekonomiska derivatdefinitionen tillämpas tillsammans med *bifurcation*. Det innebär att alla derivat skall brytas ur sammansatta finansiella instrument och hanteras separat. En sådan lagstiftning skulle innebära en tydlig skillnad mellan derivat och andra finansiella instrument, och den skulle inte medge regelarbitrage. Svagheten i en sådan reglering skulle dock vara att den skulle vara mycket svår att tillämpa för andra än dem med stor kunskap

i finansiell ekonomi. En alltför ekonomiskt orienterad reglering riskerar således att på sikt leda till en rättsutveckling som är obegriplig till och med för dem som beslutat om den. Detta eftersom det juridiska språk man valt att använda inte är förankrat i de principer man vill värna om med lagstiftningen. Känns mönstret igen?

Sammanfattningsvis verkar det alltså som om den föreslagna klassificeringen innebär såväl rättsosäkerhet som möjliga regelarbitrage. Rättsosäkerheten kan avhjälpas med att införa en ekonomiskt inspirerad derivatdefinition, men för att reducera möjliga regelarbitrage måste definitionen kompletteras med *bifurcation*. En sådan ordning kommer sannolikt bli mycket svår att tillämpa och riskerar att i förlängningen leda till en rättsutveckling som är svår att förutse.

3.4 SKATTERÄTTSLIG TERMINOLOGI

Av vad som framkommer i föregående avsnitt tycks det svårt att undanta vissa finansiella instrument – derivat som används för risksäkring i företags näringsverksamhet – från huvuddefinitionen utan att öppna upp för regelarbitrage och/eller lägga grunden för juridiska klassificeringsproblem. Svårigheten synes ha sin grund i att lagstiftaren i detta sammanhang förefaller känna sig starkt bunden till den omvärldsbeskrivning som presenteras i den ekonomiska litteraturen. Mot bakgrund av finansmarknadens stora kunskapsövertag då omvärden skall beskrivas på detta sätt hamnar rättstillämparen så att säga i knät på dem med kunskap i finansiell ekonomi. Eller, med andra ord, i knät på dem som bäst kan beskriva omvärlden i den terminologi lagstiftaren valt att använda sig av.

I ett skattesystem med andra ambitioner än att bekräfta riktigheten i finansiell teori finns det dock inget egenvärde i att låsa fast sig vid en ekonomisk/finansiell verklighetsbeskrivning. Ett sådant förhållningssätt kan snarare verka kontraproduktivt mot sådana, andra ambitioner. Av detta följer att även om den ekonomiska verklighetsbeskrivningen i väldigt många fall sammanfaller med den verklighetsbeskrivning man vill använda sig av i lagstiftningen, måste man ändå vara beredd att göra avsteg från den. Om dessa avsteg inte tydligt formuleras i lagstexten riskerar de att lämnas utan bifall i rättstillämpningen eftersom lagen sannolikt kommer att tolkas enligt den ordalydelse som bäst passar in i den ekonomiska verklighetsbeskrivningen. Denna farhåga bekräftas delvis av senare års rättstillämpning, som med stöd i diverse utlåtanden från finansiell expertis, utvecklat rättsliga begrepp vilka blivit omöjliga att förstå till

och med för rättsliga experter.⁵¹ Denna situation beror sannolikt på just avsaknaden av systematiskt tolkad lagstiftning till förmån för en strikt ordalydelsetolkning med stöd av civilrätt, vilken på senare år även kommit att innefatta finansiell teori. Då finansiell teori styr rättsutvecklingen har lagstiftaren och rättstillämparen hamnat rejält på efterkälken, och rätten ligger öppen för önskad skatteplanering.

Ett sätt att bemöta denna problematik är att, istället för att ständigt snegla mot finansmarknaden, i större utsträckning använda sig av unik skatterättslig terminologi. I det aktuella fallet får man alltså göra klart varför vissa finansiella instrument skall exkluderas från huvuddefinitioner, och med utgångspunkt i det beskriva dessa instrument.⁵² I förevarande fall är det för att dessa instrument utgör en viktig del i skattesubjektets risksäkring i näringsverksamheten, samtidigt som det inte anses leda till att företaget underkapitaliseras. Om man tar fasta på dessa karaktäristika och formulerar en ny typ av rättslig figur kan man sannolikt uppnå syftet med lagstiftningen utan att öppna upp för de arbitrage finansmarknaden annars kan utnyttja på önskat sätt.

Sammanfattningsvis kan konstateras att Företagsskattekommitténs användning av ekonomiska begrepp i regleringen av finansiella instrument öppnar upp för att finansekonomer kommer att ges fortsatt stort inflytande vid tolkning och tillämpning av rätten. En sådan situation leder sannolikt till en rättsutveckling som är svår att förutse för lagstiftaren. Detta kan dock förebyggas om undantagen från en generell definition formuleras på ett sätt som inte går att återge med olika kombinationer av finansiella instrument. Man måste alltså ge undantagen icke finansiella karaktäristika och på så sätt låta rättsutvecklingen ske i det skatterättsliga sammanhanget. Detta har skett tidigare i lagstiftningen, t.ex. då näringsbetingade andelar definieras och undantas kedjebeskattnings i företagsledet.⁵³ Ett annat exempel är då vissa finansiella instrument exkluderas från den ekonomiska definitionen av finansiellt instrument som redan återfinns i inkomstskattelagen.⁵⁴ Undantagen från denna allomfattande definition sker inte med ekonomisk terminologi, utan genom det genuint skatterättsliga begreppet lagertillgång.⁵⁵ Eftersom en "lagertillgång" inte är en position med ett givet finansiellt avkast-

51. Se t.ex. mål nr 1262-1264-13, meddelad 2014-04-02 av Kammarrätten i Göteborg (Mölnlycke); mål nr 6953-6957-11, meddelad 2012-11-13 av Kammarrätten i Stockholm (Arlanda Express); mål nr 7382-13, 7385-13 1855-13, meddelad 2013-12-03 av Förvaltningsrätten i Stockholm (PWC).

52. Jfr Lindencrona, Gustaf, *Vad gör skattelagstiftning verkligt misslyckad?* Juridisk Tidskrift 1992-93, s. 331-341.

53. 24 kap. 13-16 §§ IL.

54. 17 kap. 19 § IL. Se avsnitt 2.4 ovan.

55. 17 kap. 3 § IL.

ningsmönster, är de inte möjliga att kopiera genom finansiell ingenjörskonst, och klassificeringen ger därmed inte upphov till finansiella regelarbitrage.

Min uppfattning är att den nya, föreslagna lagstiftningen skulle bli mer robust om den inte undantar vissa terminer och optioner, eller derivat, från begreppet finansiellt instrument, utan att den istället undantar instrument som faller in under en ny, genuint skatterättslig definition, t.ex. ”risksäkringsinstrument”. Hur detta nya begrepp skall definieras kan diskuteras, men att definitionen formuleras så att det tydligt framgår att det är en skatterättslig term, vilken skall tolkas genom systematisk lagtolkning, bör vara givet. På så sätt riskerar lagstiftaren och rättstillämparen inte lika lätt att tappa kontrollen över rättsutvecklingen, och risken för regelarbitrage är sannolikt liten i förhållande till de alternativa regleringsmetoder som diskuterats i denna artikel.

4. SAMMANFATTANDE SLUTSATSER

Utgångspunkten för den här artikeln är Företagsskattekommitténs slutbetänkande, som presenterades den 12 juni 2014. I betänkandet presenteras förslag till lagstiftning vars innebörd i många fall motiveras med hänvisning till ekonomisk doktrin. Ett sådant exempel är den föreslagna definitionen av finansiellt instrument. Från denna definition exkluderar man terminer och optioner som är hänförliga till annat än finansiella kostnads- och intäktsposter. Genom inskränkningen av det vida begreppet finansiellt instrument uppstår en klassificeringssituation, vilken riskerar ge upphov till svårigheter vid tillämpningen av lagen, samt oönskade regelarbitrage.

Regelarbitrage gör skattelagstiftningen dysfunktionell och leder därmed på sikt till en rättsutveckling som inte motsvarar vad som från början åsyftades med lagen. Detta gäller särskilt i länder, såsom Sverige, där tolkningen av lagstiftningen har en påtagligt stark bundenhet till lagens ordalydelse, inte sällan på bekostnad av en mer systematisk, kontextuell tolkning. Det är till exempel möjligt att beskriva den icke-neutrala behandlingen av skulder och eget kapital som just ett regelarbitrage, vilket uppkommit på grund av att de i lagstiftningsarbetet uttalade ambitionerna – likformighet och neutralitet – inte fått genomslag i rättstillämpningen.

För att i så stor utsträckning som möjligt undvika regelarbitrage i den nya lagstiftningen kan det vara klokt att i möjligaste mån undvika eko-

nomiskt influerad terminologi. Detta eftersom tolkningen av sådan terminologi, i linje med rådande tolkningstradition, riskerar att hamna utanför skatterätten, och istället hanteras inom finansiell ekonomi. I en sådan situation är det risk för att tolkningen av lagen sker oberoende av de i lagstiftningen uttalade målsättningarna. Rättsutvecklingen blir därmed oförutsägbar och sannolikt inte i linje med vad lagstiftaren önskar.

En lagstiftning som i sin begreppsapparat inkluderar de målsättningar lagen är tänkt att uppfylla har sannolikt stor möjlighet att reducera regelarbitrage, åtminstone i förhållande till en lagstiftning som använder begrepp vars innebörd skall fastställas utanför ett skatterättsligt sammanhang. Då detta sammanhang är finansiell ekonomi riskerar rättsutvecklingen att bli oförutsägbar eftersom det finns ett enormt kunskapsglapp mellan expertisen i finansiell ekonomi och de personer som vanligtvis tolkar och tillämpar svensk skatterätt.

Slutsatsen är därmed att om Företagsskattekommitténs förslag presenteras för riksdagen i form av ett slutligt lagförslag, då är det önskvärt att viktiga begrepp ger uttryck för syftet med lagen, snarare än att kommunicera en innebörd de givits i ett ekonomiskt sammanhang. Som exempel på detta föreslås i denna artikel att undantag från den generella definitionen av finansiellt instrument sker med juridiska begrepp, i förevarande exempel ”risksäkringsinstrument”. Att fastsälla innebörden av rätten måste nämligen ske i det skatterättsliga sammanhanget, eller, annorlunda uttryckt:

The tax system is not founded purely on economic reality, even if we were to know what that was. It has to be about legal reality [...] because that is the only practical and operable way to construct a tax system.⁵⁶

Axel Hilling är docent i skatterätt vid Ekonomihögskolan, Lunds universitet.

56. Freedman, Judith. Defining taxpayer responsibility: in support of a general anti avoidance principle, British Tax Review, No. 4, 2004, s. 343.