



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Andreas Renlund

Den svenska CFC-lagstiftningen
– ett bristfälligt regelverk med
tvivelaktigt syfte

Examensarbete
20 poäng

Mats Tjernberg

Skatterätt

HT 2004

Innehåll

Sammanfattning	1
Förord	4
Förkortningar	5
1 Inledning	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och problemformulering	7
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	9
1.5 Disposition	10
2 Allmänt om CFC-lagstiftning	11
2.1 Inledning	11
2.2 Varför löpande beskattning av delägaren?	11
2.3 CFC-lagstiftnings syfte	11
2.4 CFC-lagstiftnings uppbyggnad	12
2.4.1 Inledning	12
2.4.2 Transaktionsmetoden	12
2.4.3 Jurisdiktionsmetoden	13
2.4.4 Skattesatsjämförelse	13
2.4.5 Kontroll	14
2.5 Avslutning	15
3 CFC-lagstiftnings kontext	16
3.1 Inledning	16
3.2 Skatteparadis och lågskatteländer	16
3.3 Hur utnyttjas skatteparadisen?	18
3.3.1 Skatteflykt och basbolag	18
3.3.2 Något om ränteavdragsarbitrage (RAA)	19
3.4 Det beräknade skattefelet kopplat till CFC-bolag	20
4 Den svenska CFC-lagstiftningen	22
4.1 Inledning	22
4.2 Historisk överblick	22
4.3 Förutvarande CFC-lagstiftning	23
4.3.1 Uppbyggnad och funktion	23
4.3.1.1 Legaldefinitionen "utländskt bolag"	23
4.3.1.2 Kontroll och innehav	23
4.3.2 Problem med förutvarande CFC-lagstiftning	24
4.4 Nuvarande CFC-lagstiftning	25
4.4.1 Inledning	25
4.4.2 Motiven till lagstiftningen	25

4.4.3 Vem omfattas? Kontrollrekvisitet	26
4.4.4 Lågbeskattade inkomster	28
4.4.5 CFC-beskattningen	29
4.4.5.1 Avräkningen av erlagd utländsk skatt	30
5 Principiella problem	31
5.1 Inledning	31
5.2 Skatteförmåga	31
5.2.1 Principen om beskattning efter skatteförmåga	31
5.2.2 Skatteförmåga och CFC-lagstiftning generellt	31
5.2.3 Den svenska CFC-lagstiftningen kontra skatteförmåga	32
5.2.4 Avslutning	33
5.3 Neutralitet	33
5.3.1 Neutralitet i beskattningshänseende	33
5.3.2 Kapitalexportneutralitet (KEN)	34
5.3.3 Kapitalimportneutralitet (KIN)	34
5.3.4 CFC-reglerna och neutraliteten	35
5.3.4.1 CFC-reglerna kontra KEN och KIN, regeringens motivering	35
5.3.4.2 CFC-lagstiftningen och neutralitet i praktiken	36
5.3.5 Avslutning	38
6 Internationella åtaganden	39
6.1 Inledning	39
6.2 CFC-lagstiftningen och EG-rätten	39
6.2.1 Inledning	39
6.2.2 Stater och verksamheter som omfattas	39
6.2.3 EG-rättens validitet i frågor om direkt skatt	40
6.2.4 Den fria etableringsrätten	41
6.2.5 Den fria rörligheten för kapital	42
6.2.6 Ursäktsgrunder vid ett eventuellt brott mot EG-rätten	44
6.2.7 EU:s Uppförandekod för företagsbeskattning	44
6.2.8 Bryter den svenska CFC-lagstiftningen mot EG-rätten?	45
6.2.8.1 Inledning	45
6.2.8.2 CFC-lagstiftningen ett brott mot etableringsfriheten?	45
6.2.8.3 CFC-lagstiftningen ett brott mot friheten för kapitalrörelser?	46
6.2.9 Kan CFC-lagstiftningen objektivt rättfärdigas?	48
6.2.10 Avslutning	53
6.3 CFC-lagstiftningen och skatteavtal	54
6.3.1 Inledning	54
6.3.2 Den svenska CFC-lagstiftningen och skatteavtalen	54
7 Avslutande analys	57
7.1 Inledning	57
7.2 Syftet med den svenska CFC-lagstiftningen	57
7.2.1 Inledning	57
7.2.2 Syftet med förutvarande CFC-lagstiftning	58
7.2.3 Analys av syftet med de nuvarande CFC-reglerna	58
7.2.4 Slutsatser och sammanställning	64
7.3 CFC-lagstiftningens konsekvenser i praktiken	65

Litteraturförteckning	68
Rättsfallsförteckning	71

Sammanfattning

Detta arbete behandlar den svenska CFC-lagstiftningen. CFC-lagstiftning innebär att en stat, under vissa förhållanden, löpande kan beskatta inhemska delägare för deras andel i ett utländskt bolags vinst. Det skall generellt röra sig om utländska bolag som inte eller endast nominellt beskattats i bolagsstaten. Syftet med sådana regler är generellt att skydda delägarstatens skattebas samt att motverka skatteflykt.

CFC-lagstiftning är ett tämligen ungt inslag i den svenska skatterätten. De första egentliga CFC-reglerna infördes i början på 1990-talet. Lagstiftningen har nyligen varit föremål för en genomgripande omarbetning och de nuvarande reglerna trädde ikraft den 1 januari 2004. Det är inte ovanligt att CFC-regleringar är kontroversiella och den svenska lagstiftningen är inget undantag. CFC-beskattningsrisker att bryta mot vedertagna skatterättsliga principer och kan även vara problematiska i andra avseenden. Detta arbete behandlar den svenska lagstiftningens förhållande till principerna om beskattning efter skatteförmåga och en neutral beskattning samt Sveriges internationella åtaganden. Huruvida CFC-lagstiftning utgör en otillåten utsträckning av en stats beskattningsrätt behandlas endast översiktligt.

Arbetet inleds med en generell översikt över CFC-lagstiftning i allmänhet och vad som karakteriserar en dylik reglering. Först klargörs varför man valt metoden att löpande beskatta delägaren samt vilket syfte CFC-regler i allmänhet är ämnade att tillgodose. Därefter redogörs för CFC-lagstiftningens karakteristika. Således finns avsnitt som behandlar transaktions- respektive jurisdiktionsmetoden samt skattesatsjämförelsen och kontrollrekvisitet.

I nästföljande avsnitt sätts CFC-lagstiftningen in i sin internationella kontext. Således behandlas vad som karakteriserar skatteparadis och lågskatteländer och hur dessa utnyttjas. Här klargörs bland annat begreppet skatteflykt. Skatteflykt innebär att den skattskyldige minimerar sin skattekostnad i strid med lagstiftarens intentioner, detta är dock inte olagligt. Här uppkommer således behovet av CFC-regler. Som ett exempel på ett skatteundandragande förfarande nämns särskilt ränteavdragsarbitrage eftersom sådana upplägg motiverat lagstiftningens tillkomst. Avslutningsvis redogörs för det beräknade skattefelet kopplat till CFC-transaktioner.

Därefter behandlas den svenska CFC-lagstiftningen. Efter korta avsnitt om lagstiftningens historia samt förutvarande svenska CFC-lagstiftning och problem kopplade till denna följer en genomgång av den nu gällande lagstiftningen. Lagstiftningen återfinns i 39a kap. IL. Avsnittet behandlar i tur och ordning: Vem omfattas av lagstiftningen? Vilka inkomster är att betrakta som lågbeskattade inkomster? Hur skall beskattningen av de lågbeskattade inkomsterna gå till? Avslutningsvis finns ett särskilt avsnitt som behandlar vad som gäller för avräkning av utländska skatter erlagda av CFC-bolaget.

Den mer analysorienterade delen av detta arbete inleds med den svenska lagstiftningens förhållande till principen om beskattning efter skatteförmåga. Principen innebär att de skattskyldiga skall beskattas efter sin förmåga. Skatteförmåga erhålls först när den skattskyldige har förfogande över de medel som är föremål för beskattning. Eftersom delägaren i ett CFC-bolag beskattas löpande oavsett om han mottagit medel eller inte strider lagstiftningen mot denna princip. Det svenska kontrollkravet (ett innehav om minst 25 % föranleder CFC-beskattning) är för lågt eftersom en delägare måste inneha minst 50 % av röstandelarna i ett bolag för att vara garanterad kontroll över bolagets beslut om utdelning. Förmodligen är detta ett medvetet val från lagstiftarens sida men det kan få olyckliga konsekvenser eftersom även legitima investeringar kan omfattas av lagstiftningen. Lagstiftningen omfattar inte endast transaktioner med ett skatte-undandragande syfte. Det kan dock sägas att jämfört med tidigare lagstiftning har vissa förbättringar skett.

Lagstiftningen överensstämmer inte heller med principen om en neutral beskattning. Denna princip innebär att två alternativa investeringsmöjligheter som är likvärdiga före skatt skall vara det även efter skatt. Lagstiftarens påstående att CFC-lagstiftningen de facto skulle innebära en ökad neutralitet är felaktigt. I och med att man valt metoden med löpande beskattning kan resultatet aldrig bli full neutralitet. Den löpande beskattningen är i sig själv en beskattningsmässig nackdel särskilt om delägaren inte förfogar över de beskattade medlen. Därutöver innebär CFC-beskattningen att vissa andra negativa beskattningsföljder utlöses. Exempel på detta är avräkning av utländsk skatt, underskott och avsättning till periodiseringsfond. Dessa institut kan inte i samma utsträckning utnyttjas av CFC-delägaren som av motsvarande delägare i ett svenskt bolag.

När det gäller förhållandet till EG-rätten kan konstateras att lagstiftningen uttryckligen omfattar ett visst antal av EU:s medlemsstater. Det kan också konstateras att lagstiftningen bryter både mot friheten för kapitalrörelser och etableringsfriheten inom unionen. Detta är i sig inte särskilt uppseendeväckande. Mer intressant är att se om lagstiftningen trots detta objektivt kan rättfärdigas med hänsyn till ett trängande allmänintresse. Slutsatsen blir att detta inte är fallet. Detta kan tyckas märkligt eftersom bekämpandet av skatteflykt är ett godtagbart sådant allmänintresse. Som tidigare nämnts innehåller lagstiftningen ingen distinktion mellan legitima transaktioner och dito med ett skatteundandragande syfte. Till och med en dispensmöjlighet för legitima transaktioner saknas. Slutsatsen av detta måste bli att reglerna inte kan anses proportionella i förhållande till syftet att motverka skatteflykt. Man hade kunnat uppnå detta syfte med mindre ingripande åtgärder. Den enda möjligheten att rättfärdiga reglerna torde vara att hävda statsrättslig immunitet i frågor om direkt skatt. Denna möjlighet är dock beskuren av att staterna tidigare accepterat EGD:s ingrepp på det direkta skatteområdet trots att lagstöd saknas i EGF.

Översiktligt behandlas också lagstiftningens förhållande till Sveriges åtaganden enligt ingångna skatteavtal. Majoriteten av dessa avtal är grundade på OECD:s modellavtal. Modellavtalet förbjuder sådan beskattning som blir följderna av de svenska CFC-reglerna. OECD lämnar dock en möjlighet att medelst CFC-regler bekämpa skatteflykt. Denna möjlighet är dock förenad med ett proportionalitetskrav liknande det inom EG-rätten. Slutsatsen blir att överensstämmelsen med avtalen i bästa fall kan anses oklar. Det är tveksamt om reglerna kan anses proportionella med hänvisning till argumentationen i föregående stycke.

Slutsatsen av dessa analyser är att lagstiftningens brister i ovannämnda hänseenden uppkommit eller förstärks av det faktum att lagstiftningen inte endast omfattar transaktioner med skatteundandragande syfte. Denna slutsats har föranlett en djupare analys av lagstiftningens syfte. Det som då framkommer är att reglerna inte endast är avsedda att motverka skatteflykt utan att säkerställa ett rimligt skatteuttag i samtliga fall. För det fall en svensk delägare i ett utländskt bolag beskattats tillräckligt lågt (lagstiftningens gräns är 15,4 %) skall denne alltid bli föremål för svensk beskattning oavsett vilken form av investering denne företagit. Detta syfte kan i bästa fall anses principiellt tveksamt med tanke på att man gör anspråk på andra staters legitima skattebaser.

Det är det olyckligt att lagstiftningen är ämnad att säkerställa ett rimligt skatteuttag i samtliga fall samtidigt som den skall motverka skatteflykt. Man måste då ta hänsyn till legitima investerare samtidigt som man i praktiken likställer dessas investeringar med skatteflykt. Problemet är att lättnader i beskattningsföljden aldrig kan bli tillräckliga så länge man använder metoden med löpande beskattning. Dessutom kan alla lättnader i motsvarande mån utnyttjas av investerare med skatteundandragande syfte.

Avslutningsvis har en jämförelse av de förväntade praktiska effekterna av den svenska CFC-lagstiftningen och en ren skatteflyktslagstiftning i CFC-form gjorts. Slutsatsen blir att skillnaden skulle bli försumbar. Den enskilt största fördelen med en renodlad skatteflyktslagstiftning skulle vara att en sådan vore principiellt acceptabel. Förmodligen skulle en sådan lagstiftning inte heller hamna i konflikt med Sveriges internationella åtaganden.

Förord

Detta har varit ett digert men intressant arbete. Jag har aldrig tidigare stött på en så komplex och märklig lagstiftningskonstruktion som den svenska CFC-lagstiftningen. Turligt nog har jag inte behövt kämpa mol allena i denna skatterättsliga djungel. För det första vill jag tacka min familj. Jag kan utan reservation säga att utan dem hade detta arbete aldrig blivit färdigställt. För det andra vill jag tacka min handledare Mats Tjernberg för nyttiga råd och ypperlig handledning i övrigt. Jag har verkligen uppskattat att han alltid tagit sig tid när jag så funnit nödvändigt.

Jag skulle också vilja tacka Lars-Erik Wenehed och Lars Pelin för att indirekt ha underlättat mitt arbete genom publicering av artiklar precis i rättan tid.

Förkortningar¹

ABL	Aktiebolagslag (1975:1385)
AvrL	Lag (1986:468) om avräkning av utländsk skatt
BFL	Bokföringslag (1999:1078)
CEN	Capital Export Neutrality
CFC	Controlled Foreign Company
CIN	Capital Import Neutrality
CMLR	Common Market Law Reports
EGD	EG-domstolen
EGF	Romfördraget
EU	Europeiska Unionen
FU	1998 års Företagsskatteutredningar
FÅAB	Fåmansaktiebolag
GATT	The General Agreement on Tariffs and Trade
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
KEN	Kapitalexportneutralitet
KIN	Kapitalimportneutralitet
LSK	Lag (2001:1227) om självdeklarationer och kontrolluppgifter
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
RAA	Ränteavdragsarbitrage
RSV	Riksskatteverket (nuvarande Skatteverket)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens Offentliga Utredningar
WTO	World Trade Organisation

¹ Här tillhandahålls alla relevanta förkortningar som detta arbete innehåller. För att underlätta läsningen förekommer även vissa preciseringar i den löpande texten.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Världen befinner sig i ständig förändring. Detta gäller inte minst det ekonomiska området. Vi har på senare tid alltmer närmast oss något som kan liknas vid en världsekonomi. I takt med att informationsteknologi och kommunikationer utvecklats och förfinats har de geografiska avstånden suddats ut. I och med avskaffandet av valutakontroller (detta skedde i Sverige 1989) och andra handelsrestriktioner har kapitalrörelserna blivit fria och det står var och en fritt att etablera bolag utomlands och överföra ekonomiska medel till dessa.²

Fria kapitalrörelser innebär en effektivisering av den internationella handeln men öppnar även möjligheter till missbruk. Det finns i stort sett lika många skattesystem som stater i världen, många är snarlika men det finns också de som kraftigt avviker från normalnormen.³ Dessa utgörs av ett flertal s.k. skatteparadis/oaser⁴ och lågskatteländer⁵ som kan utnyttjas för transaktioner i skatteundandragande syfte. Därutöver kan även stater med skattesystem som i stort överensstämmer med normalnormen erbjuda exempelvis skattefördelar för personer bosatta utomlands, skattesubventionerade arrangemang för att locka till sig utländska investerare eller andra liknande konstruktioner som påverkar balansen mellan olika staters skattebaser.⁶

Vad kan man då göra för att undvika en total urholkning av den nationella skattebasen? Ett flertal möjligheter står till buds. Den nationella skattesatsen bör till att börja med hållas på en acceptabel nivå. Detta instrument kan dock aldrig vara tillräckligt eftersom man "tävlar" mot skatteregimer med total avsaknad av eller obefintlig skatt. En annan möjlighet är övergripande internationellt samarbete genom organ som EU och OECD med syftet att motverka skadlig skattekonkurrens. En tredje möjlighet är det som detta arbete i huvudsak kommer att behandla, nämligen att införa s.k. CFC-lagstiftning.⁷

CFC-lagstiftning innebär i korthet att man, exempelvis i Sverige, under vissa förutsättningar, löpande beskattar svenska delägare i bolag belägna

² Wenehed (2000), s. 347

³ Eftersom arbetet är skrivet ur svensk synvinkel får Sverige och med Sverige snarlika skattesystem anses utgöra normalnormen i detta fall, m.a.o. hög- och normalskatteländer.

⁴ Wenehed (2000), s. 21 med hänvisningar i not 29, skatteparadis är stater som ej beskattar bolagsinkomster.

⁵ Ibid. med hänvisning i not 30, stater med låg skatt på bolags- och vissa andra inkomster.

⁶ Mutén, s. 644f.

⁷ CFC = Controlled Foreign Company eller Controlled Foreign Corporation.

utomlands för delägarens del i bolagets vinst. Detta gäller oavsett om delägaren mottagit några medel från bolaget eller inte.⁸

Först ut med CFC-lagstiftning var USA och därefter har ett flertal länder följt samma exempel. Den svenska CFC-lagstiftningen infördes i början av 90-talet⁹ och återfinns numera i kapitel 39a IL. Trots att CFC-reglerna bitvis fick utstå hård kritik kvarstod de i princip oförändrade tills den nuvarande regleringen trädde ikraft. I samband med Företagsskatteutredningarnas (FU) förslag att avskaffa beskattningen av kapitalvinster och utdelning på näringsbetingade andelar¹⁰ uppmärksammades behovet av en omarbetad CFC-lagstiftning. FU:s förslag utsattes dock för hård kritik av remissinstanserna och Finansdepartementet såg sig nödgat att utarbeta ett nytt förslag.¹¹ Detta nya förslag har efter remissbehandling, ytterligare kompletteringsarbete och en vända i lagrådet slutligen lett till lagstiftning.¹² De nya reglerna trädde ikraft den 1 januari 2004. Remissinstanserna har dock varit fortsatt negativa och den nuvarande lagstiftningen får anses vara minst lika kontroversiell som sin föregångare.

Att lagstiftning av CFC-typ är kontroversiell är dock inte särskilt ovanligt. Detta har sin grund i att denna beskattning som metod är kontroversiell i sig själv. I realiteten innebär denna form av beskattning att man i viss mån gör anspråk på andra staters legitima skattebaser. Det faktum att delägaren blir löpande beskattad kan i praktiken innebära ett avsteg från den vedertagna principen om beskattning efter skatteförmåga. Vidare kan lagstiftningen, beroende på vilka beskattningskonsekvenser som utlöses, innebära ett avsteg från principen om en neutral beskattning. Sådana principiella brister är resultatet av avvägningar mellan de motstridiga intressen lagstiftningen förväntas uppfylla. I huvudsak måste avvägningar göras mellan effektivitet ur fiskal synvinkel å ena sidan och de skattskyldigas rättssäkerhet å den andra. Man bör dock sträva efter att försöka minimera dessa bristers effekter.

Den svenska lagstiftningen har även kritiserats utöver de principiella brister som regelmässigt brukar vidlåda CFC-lagstiftning. Debattörer har menat att den svenska lagstiftningen strider såväl mot EG-rätten som mot Sveriges åtaganden enligt ingångna dubbelbeskattningsavtal.

1.2 Syfte och problemformulering

Syftet med detta arbete är att inledningsvis redogöra för CFC-lagstiftning i allmänhet och den svenska CFC-lagstiftningen i synnerhet. I anslutning till detta har ett försök gjorts att placera in CFC-lagstiftningen i ett större sammanhang, d.v.s. vilka faktorer skapar behovet av dylika regler? När det

⁸ Lauritzen, s. 826.

⁹ Genom prop. 1989/90:47.

¹⁰ SOU 2001:11.

¹¹ Finansdepartementets promemoria CFC-regler.

¹² Genom prop. 2003/04:10.

gäller den nuvarande svenska CFC-regleringen är det även av intresse att fastställa vilka faktorer som motiverat dess tillkomst i övrigt. Därför har en översiktlig redogörelse för tidigare CFC-lagstiftning och vilka problem denna var behäftad med inkluderats. Vidare redogörs för relevanta förändringar vad gäller bolagsbeskattningen i övrigt.

Jag har ovan poängterat att CFC-lagstiftning vanligtvis är behäftad med principiella brister. I detta arbete kommer jag att analysera den svenska CFC-lagstiftningen i förhållande dels till principen om skatteförmåga och dels till principen om en neutral beskattning. Hur förhåller sig lagstiftningen till dessa principer? Jag kommer därefter att analysera lagstiftningens överensstämmelse med EG-rätten och Sveriges åtaganden enligt ingångna dubbelbeskattningsavtal. Det sistnämnda görs dock endast översiktligt då ett tidigare examensarbete behandlat denna fråga.¹³ Anledningen till att just dessa problemområden har valts är flera. Som ovan nämnts är det mycket vanligt att CFC-lagstiftning hamnar i konflikt med principen om beskattning efter skatteförmåga. Det anses ibland till och med oundvikligt att så sker. Det är därför intressant att se i vilken grad detta är fallet med den svenska lagstiftningen. När det gäller principen om en neutral beskattning aktualiseras denna på grund av att lagstiftaren själv anser att den svenska lagstiftningen fungerar som ett verktyg för att upprätthålla neutraliteten.¹⁴ Samtidigt anser vissa debattörer att fallet är precis tvärtom.¹⁵ En närmare redogörelse för lagstiftningens förhållande till denna princip är därför befogad. Lagstiftningens förhållande till Sveriges internationella åtaganden gav upphov till en kraftig debatt redan på lagstiftningsstadiet. Denna debatt har heller inte avstannat i och med lagstiftningens ikraftträdande. Då dessa förmodade brott anses vara ett av lagstiftningens mest uppseendeväckande inslag kan en undersökning av dessa frågor knappast undvikas. Syftet med varje enskilt analysmoment är att utreda, om och i så fall, i vilken utsträckning lagstiftningen har brister i ovannämnda hänseenden samt sätta detta i relation till vad som tidigare var fallet.

Inledningsvis var syftet med detta arbete endast att fastställa ovannämnda eventuella brister i lagstiftningen. Under arbetets gång visade det sig emellertid att man kan ifrågasätta om lagstiftningen enbart har som syfte att bekämpa skatteflykt. Lagstiftningen tar inte uttryckligen sikte på skatteflyktstransaktioner i och med att legitima transaktioner inte undantas från tillämpningsområdet. Däremot synes det vara en allmän uppfattning att lagstiftningen skall ha just ett skatteflyktsbekämpande syfte. Varför denna diskrepans mellan lagstiftningens utformning och de argument som motiverar den? Denna frågeställning har fått till följd att ett avslutande avsnitt har tillkommit. I denna avslutande analys ämnar jag besvara följande frågor: Vilket syfte är CFC-reglerna ämnade att tillgodose och vad har

¹³ Sträng, Tomas, Den svenska CFC-lagstiftningen – i belysning av tidigare CFC-lagstiftning – och särskilt om dess förenlighet med dubbelbeskattningsavtalen, examensarbete publicerat i Lund VT 2004.

¹⁴ Se exempelvis prop. 2003/04:10, s. 106.

¹⁵ Se exempelvis Mattson (2004), s. 172f.

motiverat reglernas utformning? Har syftet förändrats jämfört med tidigare lagstiftning på området? Vilka kan de praktiska konsekvenserna av lagstiftningens förväntas bli och på vilket sätt skiljer sig dessa från de förväntade konsekvenserna av en ren skatteflyktslag i CFC-form?

1.3 Avgränsningar

Detta arbete är avsett att behandla den svenska CFC-lagstiftningen. Utländsk CFC-lagstiftning berörs endast sporadiskt och används i dessa fall endast som exempel på alternativa lösningar för att understödja argumentationen. Beskrivningen av den svenska CFC-lagstiftningen är tämligen omfattande, dock inte heltäckande. Tyngdpunkten ligger på de delar som har relevans för aktuella analyser.

De olika analysmomenten behandlas så fullständigt som möjligt med undantag från överensstämelsen med Sveriges åtaganden enligt ingångna dubbelbeskattningsavtal. Denna fråga behandlas, som tidigare nämnts, endast översiktligt då ett examensarbete i ämnet redan skrivits.¹⁶ Ett område som fått stryka på foten är det internationella arbetet mot skadlig skattekonkurrens genom organ som EU och OECD. Detta berörs endast flyktigt och det som då främst behandlas är EU:s Uppförandekod för företagsbeskattning. I anslutning till EG-rätten behandlas inte heller övrig EG-rättslig lagstiftning utöver EGF (exempelvis Moder- och dotterbolagsdirektivet).

När det gäller de principiella frågorna om CFC-lagstiftnings berättigande överhuvudtaget och i vilken mån det är rimligt att utsträcka en stats beskattningsrätt behandlas det förstnämnda inte alls medan det sistnämnda endast behandlas översiktligt. Anledningen till detta är främst att CFC-lagstiftning numera är ett relativt vanligt inslag i högskatteländernas skattesystem och därför en reell faktor vars existensberättigande det inte är motiverat att ifrågasätta. Avslutningsvis berörs tillämpnings- och tillsynsfrågor endast i undantagsfall.

1.4 Metod och material

I detta arbete har jag använt mig av sedvanligt juridiskt källmaterial. I första hand har lagtext, förarbeten och doktrin flitigt använts. När det gäller praxis utgörs denna främst av andrahandsuppgifter i övrigt källmaterial. Anledningen till detta är att praxisfloran är tämligen sparsmakad och att den nuvarande lagstiftningens införande inneburit att ett flertal rättsfall blivit obsoleta. En mängd frågor som lagstiftningen kan komma att ge upphov till har lagstiftaren hänvisat vidare till rättstillämparen. Några avgöranden har dock ännu inte kommit till stånd. Ett område där praxis är relativt riklig är EG-rätten. Här är problemet att CFC-lagstiftning specifikt inte varit föremål

¹⁶ Se not 13.

för prövning av EGD. Rättsfallen berör å ena sidan grundläggande frågor på det EG-rättsliga området och å andra sidan detaljfrågor i andra rättsområden. Båda dessa kategorier har dock relevans för CFC-lagstiftningens överens-stämmelse med EG-rätten. En grundlig genomgång av EG-rättslig praxis har inom ramarna för detta arbete inte varit möjlig.

Själva analysen är uppbyggd på följande sätt: först sker analysen av de fyra ovannämnda analysmomenten i två separata kapitel. Därefter följer den avslutande analysen med en återkoppling till relevanta delar i de tidigare analyserna. Innehållsmässigt är de uppbyggda så att förutsättningarna redogörs för initialt därefter analyseras båda sidors argument med inslag av egna synpunkter. Tilläggas skall att det har varit mycket svårt att hitta stöd för regeringens uppfattning i doktrinen. Där åsikterna har gått isär har det påfallande ofta skett en uppdelning av lagstiftarens uppfattning i ena lägret och en motsatt uppfattning framförd i doktrin i den andra.

1.5 Disposition

Arbetet inleds med kapitel 2 som innehåller en redogörelse för CFC-lagstiftning generellt. I detta kapitel beskrivs syftet med dylik lagstiftning och de byggstenar den utgörs av. Därefter tecknas i kapitel 3 en bild av CFC-lagstiftningen i sitt sammanhang. Här redogörs för termerna skatteparadis och lågskatteländer samt ges exempel på hur skatteflykt kan gå till. Även en redogörelse för det beräknade skattefelet kopplat till CFC-transaktioner har inkluderats. I kapitel 4 beskrivs den svenska CFC-lagstiftningen. Kapitlet inleds med en kort historisk överblick och en översiktlig redogörelse för förutvarande CFC-lagstiftning och därmed förknippade problem. Efter detta följer en omfattande genomgång av nu gällande lagstiftning.

Kapitel 5 inleder den mer analysorienterade delen av detta arbete. Kapitlet behandlar principiella problem med CFC-lagstiftning. Kapitlet innehåller redogörelser för principerna om beskattning efter skatteförmåga och en neutral beskattning och CFC-lagstiftningens överensstämmelse med dessa. Kapitel 6 är uppbyggt enligt en liknande princip men här behandlas lagstiftningens överensstämmelse med EG-rätten och Sveriges åtaganden enligt ingångna dubbelbeskattningsavtal. I det avslutande kapitel 7 återfinns en avslutande analys av den svenska CFC-lagstiftningens syfte och praktiska konsekvenser.

2 Allmänt om CFC-lagstiftning

2.1 Inledning

Detta avsnitt är tänkt att behandla CFC-lagstiftning generellt och fungera som en förberedande introduktion innan vi griper oss an den svenska CFC-problematiken. I detta avsnitt skall jag behandla CFC-lagstiftnings generella syfte/n och uppbyggnad. Avsnittet inleds med en kort redogörelse om varför CFC-beskattning bygger på en löpande beskattning av delägaren. Efter detta behandlas syftet med CFC-lagstiftning. Resten av kapitlet utgörs av ett avsnitt som behandlar CFC-lagstiftningens olika karakteristika.

2.2 Varför löpande beskattning av delägaren?

CFC-lagstiftning innebär att en inhemsk delägare i ett utländskt bolag löpande beskattas för sin del i det utländska bolagets vinst. Den huvudsakliga anledningen till att denna beskattningsmetod har valts är att delägarstaten saknar möjlighet att direkt beskatta bolaget. Bolaget är ju ett skattesubjekt i bolagsstaten och behöver inte ha någon annan internationell koppling än ett visst utländskt innehav. Om någon annan stat direkt skulle beskatta bolaget innebär det en otillåten utsträckning av denna stats beskattningsrätt. Vill man beskatta aktuell inkomst måste alltså delägaren beskattas eftersom det är detta skattesubjekt som har en koppling till den beskattande staten. Lösningen är dock inte invändningsfri. Resultatet blir i realiteten en indirekt beskattning av ett utländskt skattesubjekts inkomster, låt vara begränsade till delägarens andel. Lagstiftning baserad på denna metod bör utformas tämligen restriktivt och med ett klart uttalat syfte. Ett klimat där stater utan hänsynstagande, direkt eller indirekt, gör anspråk på varandras legitima skattebaser är ingen betjänt av.

2.3 CFC-lagstiftnings syfte

Syftet med en lagreglering av CFC-typ kan variera. Huvudsyftet får, enligt min mening, anses vara att man vill stävja en otillbörlig urholkning av skattebasen genom att skattskyldiga i en högskattejurisdiktion placerar pengar i bolag utomlands endast i skatteundrandragande syfte. Med skatteundrandragande syfte kan man även jämställa de transaktioner som företas med syftet att endast uppskjuta beskattningen.¹⁷ Syftet med en CFC-reglering kan också motiveras med att man vill upprätthålla skattnöjdhetsneutraliteten mellan olika investeringsalternativ. En annan motivering, som uttalats från svenskt håll, är att man ”genom en extremt ofördelaktig beskattning helt [vill] hindra svenska moderbolag från att investera i

¹⁷ Även dylika transaktioner ger upphov till skattevinster.

utländska lågbeskattade bolag”.¹⁸ Det stora problemet med lagstiftning av denna typ är att man vill stävja missbruket samtidigt som man inte vill sätta onödiga hinder i vägen för gränsöverskridande handel och investeringar av legitim karaktär. Hur syftet med lagstiftningen än må vara uttalat är huvudmålet i slutändan att angripa transaktioner som företas med skatteundandragande syfte. Problemet är att delägarens syfte med transaktionen i de allra flesta fall inte kan fastställas. Som vi i det följande kommer att märka finns det risk för att CFC-lagstiftning också träffar legitima transaktioner. För att i möjligaste mån undvika att så sker kan man på olika sätt avgränsa lagstiftningen i fråga. Exempelvis kan man endast rikta in sig på transaktioner till skatteparadis eller undanta vissa former av transaktioner från regleringens tillämpningsområde. Dessa avgränsningar utgör en stor del av CFC-reglernas problematik. Avgränsningarna träffar inte rätt med 100 % säkerhet. Ett beteende kan vara önskvärt respektive icke önskvärt beroende på relevanta förutsättningar. För att närmare studera hur man realiserar lagstiftningens syfte och hur man löst problemet med avgränsningen mellan transaktioner med olika syfte, skall vi översiktligt studera CFC-lagstiftnings uppbyggnad i generella termer.

2.4 CFC-lagstiftnings uppbyggnad

2.4.1 Inledning

När man talar om CFC-lagstiftnings uppbyggnad, talar man i huvudsak om två olika uppbyggnadsmetoder, transaktionsmetoden respektive jurisdiktionsmetoden. Kombinerat med någon av dessa metoder har CFC-lagstiftning i allmänhet ytterligare en faktor, nämligen någon form av skattesatsjämförelse med utgångspunkt i högskattelandets bolagsskattesats. Till detta kommer också ofta någon form av krav på nivån av kontrollen och/eller ägandet i CFC-bolaget. Dessa karakteristika kommer att beskrivas i detta avsnitt.

2.4.2 Transaktionsmetoden

I ett CFC-system uppbyggt enligt transaktionsmetodens princip beskattas delägaren löpande för *vissa* av det utländska bolagets inkomster. Man gör härvid en uppdelning i passiva och aktiva intäkter. Med detta menas intäkter som hänförs till passiv respektive aktiv affärsverksamhet. CFC-reglerna är endast menade att träffa passiva intäkter av den anledningen att intäkter som kräver en aktiv affärsverksamhet inte i allmänhet anses bedrivas med syftet att undvika skatt. Exempel på passiva intäkter är: intäkter som härrör från holdingbolag, captivebolag, omfaktureringsbolag och finansbolag.¹⁹ Det enskilt största problemet med denna metod är att en gränsdragning måste ske mellan aktiva och passiva intäkter. Det finns också exempel på intäkter

¹⁸ Silfverberg, s. 136 med hänvisning i not 7.

¹⁹ Wenehed (2000), s. 65ff.

som rör sig i gränslandet mellan de olika områdena. Det är ytterligt komplicerat att fastställa den skiljelinje eller aktivitetsnivå som skall krävas för att delägaren skall undgå en löpande beskattning. Transaktionsmetoden kompletteras i de flesta fall med en skattesatsjämförelse, se avsnitt 2.4.4.

2.4.3 Jurisdiktionsmetoden

Jurisdiktionsmetoden innebär att man löpande beskattar *alla* inkomster i *vissa* bolag. Det blir då naturligt att man i lagstiftning som är uppbyggd enligt denna metod, riktar in sig mer på skatteparadis och lågskatteländer än i fall med transaktionsmetoden. Eftersom lagstiftningen behandlar alla bolag av en viss typ lika, är en geografisk avgränsning nödvändig. Lagstiftning av denna typ innehåller ofta en svart och/eller vit lista som upptar de stater som specifikt skall omfattas respektive specifikt skall undantas från lagstiftningens tillämpningsområde. En annan lösning är att delägare i bolag beläggas i stater med en skatt som understiger en viss nivå löpande beskattas (avsnitt 2.4.4). Att tro att lagstiftning enligt jurisdiktionsmetoden i samtliga fall endast riktar in sig på skatteparadis och dylika skattesystem är dock felaktigt. Nivån på jämförelseskatten kan utsträcka tillämpningsområdet och listorna behöver inte vara uttömmande²⁰, detta gällde bl. a. för Sveriges förutvarande vita lista. I Sveriges fall innebar den vita listan att de stater som däri uppräknades var undantagna, i andra fall skulle en skattesatsjämförelse göras. Först därefter kunde man fastställa huruvida ett specifikt bolag som var beläget i en stat som inte omfattades av listan även det var undantaget från regleringen, en från fall till fall bedömning.²¹

2.4.4 Skattesatsjämförelse

I ett flertal CFC-lagstiftningar oavsett uppbyggnadsmetod förekommer olika former av skattesatsjämförelser. Detta görs för att inte förfela syftet med lagstiftningen. Det vore olämpligt om man löpande beskattade delägare trots att deras bolagsandelar redan underkastats en normal bolagsskatt i bolagsstaten. I dessa fall har delägaren knappast haft något syfte att undandra medel från beskattning. När det gäller lagstiftning enligt transaktionsmetoden finns, som nämnts, en risk att även intäkter från aktiv näringsverksamhet omfattas av CFC-beskattningen, i dessa fall kan ett system med jämförelseskatt i vart fall begränsa denna risk. I system enligt jurisdiktionsmetoden spelar skattesatsjämförelsen, i de fall geografiska listor saknas, en stor roll. Kombinationer mellan listor och jämförelseskatt är vanliga och där används jämförelsen primärt för att begränsa reglernas tillämpningsområde.²²

Själva skattesatsjämförelsen kan vara utformad på olika sätt, t.ex. en viss procentgräns eller en viss andel av delägarstatens bolagsskatt. Själva nivån

²⁰ Wenehed (2000), s. 71ff.

²¹ Dahlberg (2001), s. 494f. Listan återfanns i 6:10 IL.

²² Wenehed (1997), s. 655f.

skiljer sig också åt. Denna brukar i regel följa delägarstatens bolagsskatt och ligga på en något lägre nivå än denna. Stora variationer på denna nivå kan förekomma, alltifrån en nivå som endast inbegriper bolag belägna i rena skatteparadis till en nivå endast någon procentenhet under delägarstatens bolagsskatt. Har den aktuella delägarstaten en hög bolagsskatt kan jämförelseskatten hamna omkring 30 %, detta innebär att t.ex. delägare i bolag belägna i Sverige kan hotas av CFC-beskattning.²³ En sådan ordning kan ju knappast anses förenlig med syftet med en CFC-lagstiftning, men i realiteten begränsas nog detta problem genom att ytterligare kriterier ofta måste vara uppfyllda.

2.4.5 Kontroll

Det sista typiska inslaget inom den generella CFC-lagstiftningen som jag har för avsikt att beskriva är kontrollrekvisitet. Detta rekvisit har gett lagstiftningen sitt namn. De bolag som skall träffas av lagstiftningen skall vara utländska *kontrollerade* bolag. Med kontroll menas att delägare med hemvist i delägarstaten, ensamma eller i förening, skall inneha en viss minimikontrollnivå av bolagets kapital eller röster. Kontrollrekvisitet är ytterligare en avgränsning av lagstiftningen för att denna skall bli mer ändamålsenlig. En delägare måste ha ett visst reellt inflytande i ett bolag för att kunna kontrollera hur medlen används, exempelvis när medel skall tas ur bolaget och tillgodogöras delägarna. Det förefaller mindre troligt att en delägare drar undan medel från beskattning och placerar dem i ett bolag där han inte har någon kontroll över hur dessa medel i framtiden kommer att användas. En delägare med syftet att endast undvika eller uppskjuta beskattning har ju ett behov av att plocka ut sina andelar när han så finner lämpligt.²⁴ Detta krav på reell kontroll kan troligen också spåras till skatteförmågeprincipen.²⁵ När delägaren påförs löpande beskattning skall det finnas en möjlighet för denne att förfoga över de intäkter han beskattas för.

Utformningen av kontrollrekvisitet varierar mellan staterna. Variationen gäller såväl skillnader i procentsatser som huruvida endast kapital eller röstetal eller bådadera skall beaktas vid bedömningen. Ofta klumpas delägaren dels ihop med en närstående krets och dels med delägare från samma stat. En sammanläggning görs därefter av relevanta delägars innehav.²⁶ För enkelhetens skull kan vi ta Sveriges förutvarande reglering som exempel: för att de svenska reglerna skulle vinna tillämplighet krävdes att en delägare innehade minst 10 % av det utländska bolagets kapital eller röster. Därutöver krävdes också att delägaren tillsammans med andra i Sverige oinskränkt skattskyldiga kontrollerade åtminstone 50 % av bolagets kapital eller röster. Man presumerade således en intressegemenskap mellan

²³ Wenehed (2000), s. 75ff.

²⁴ Lauritzen, s. 828ff.

²⁵ Se avsnitt 5.2.

²⁶ Lauritzen, s. 828ff. Tidigare svenska krav innebar dock knappast reell kontroll då samtliga svenska delägare medräknades oavsett innehav.

svenska oinskränkt skatteskyldiga personer. Löpande beskattade blev endast delägare som tillsammans med närstående innehade en andel om minst 10 %.²⁷

2.5 Avslutning

I de föregående avsnitten har jag försökt teckna en bild av de komponenter som bär upp en generell CFC-lagstiftning. Detta för att läsaren skall få en klarare bild av denna lagstiftnings natur och struktur. Läsaren bör hålla detta avsnitt i minnet vid läsning av de följande kapitlen.

²⁷ Dahlberg (2003), s. 51 not 7, kontrollkravet återfanns i 6:15 IL.

3 CFC-lagstiftningens kontext

3.1 Inledning

I detta avsnitt kommer jag att försöka sätta in CFC-lagstiftningen i ett större sammanhang. Termer som skatteparadis och skatteplanering/skatteflykt används flitigt i media men vad innebär de i praktiken? Man kan således fråga sig vad som kännetecknar ett skatteparadis, vilka möjligheter som står de skattskyldiga till buds när det gäller transaktioner som inbegriper dessa stater/territorier samt hur utbredda dessa förfaranden och det därav följande skattefelet uppskattas vara?

3.2 Skatteparadis och lågskatteländer

Skatteparadis och lågskatteländer har på senare tid framstått som ett allt större problem. Mycket tyder också på att det är en marknad som växer. Högskatteländer ser sina skattebaser och därmed också grunden för sina välfärdssystem urholkas. Internationella organisationer (främst EU och OECD men även GATT och WTO) bedriver ett omfattande arbete för att minimera skadlig skattekonkurrens. Arbetet att identifiera skadliga skatteregimer är inget enkelt arbete. OECD har dock tagit fram ett antal kriterier för att klassificera ett skatteparadis:

- 1 Inga eller endast nominella skatter.
- 2 Avsaknad av effektivt informationsutbyte.
- 3 Bristande transparens.
- 4 Ingen substantiell verksamhet.

Det förstnämnda kriteriet kan ensamt tyckas vara tillräckligt men fungerar endast som en indikation på att ytterligare utredning av regimen bör vidtas. Man försöker således fastställa huruvida jurisdiktionen även uppfyller de övriga tre kriterierna innan man kategoriserar den som ett skatteparadis.²⁸ Vad som är gränsen för att en skattesats skall vara att betrakta som nominell framgår ej men en riktpunkt runt 11 % torde innefatta samtliga skadliga skatteregimer.²⁹ De övriga kriterierna behandlar i tur och ordning den sekretess som normalt tillhandahålls investerare i skatteparadis, ingen eller dålig insyn i hur skattesystemet fungerar samt inget krav på substantiell verksamhet eller aktivitet från investerarens sida.

Vad gäller identifikationen av lågskatteländer har OECD också arbetat fram en liknande modell. Lågskatteländer är skatteregimer med inga eller låga

²⁸ SOU 2002:47, s. 175ff.

²⁹ Wenehed (2000), s. 77f.

effektiva skattesatser, därefter skall en eller flera av följande kriterier vara uppfyllda för att en skatteregim skall falla in under definitionen:

- 1 Skatteområden avgränsade från den interna ekonomin, s.k. ring fencing.
- 2 Avsaknad av effektivt informationsutbyte.
- 3 Bristande transparens.³⁰

Lågs kattelandet karakteriseras ofta av ett ordinarie skattesystem kombinerat med ett parallellt, mycket förmånligare skattesystem. Denna omständighet har gett upphov till benämningen parallellskattestat.³¹ Syftet med det parallella skattesystemet är oftast att locka till sig utländska investeringar. En följd av detta blir att systemet avskärmas från den övriga interna ekonomin. Avgränsningen kan vara geografisk eller omfatta särskilda investeringar och ofta utesluter den samtidigt statens egna medborgare från möjligheten att utnyttja systemet. Uttrycken normala och särskilt förmånliga skattesystem är tämligen vaga och preciseras inte. En trolig slutsats är att ett förmånligt skattesystem ligger i linje med ett skatteparadis medan ett normalt skattesystem inbegriper skattesatser därutöver. De övriga kriterierna har en likartad innebörd som motsvarande vad gäller skatteparadis. Några ytterligare kännetecken för ett lågs katteland kan exempelvis vara att territorialitetsprincipen tillämpas eller att systemet marknadsförs som ett verktyg för att minska investerarens beskattning.³² Även EU har i sin Uppförandekod angivit ett antal kriterier för att identifiera parallellskattesystem. Dessa överensstämmer i stort med OECD:s.³³

Det internationella arbetet att kartlägga skadliga skatteregimer går i förlängningen ut på att eliminera den skadliga skattekonkurrensen i sin helhet. Detta gäller även identifierandet av potentiellt skadliga skattebestämmelser inom högs katteländernas skattesystem.³⁴ OECD har, med hjälp av kriterierna ovan, identifierat potentiellt skadliga skatteregimer och utövat påtryckningar på dessa för att de skall göra åtaganden främst vad gäller förhållandena avseende transparens och informationsutbyte. Skattesatserna som sådana berörs inte när OECD:s grundinställning är att varje stat fritt förfogar över beslutanderätten huruvida skatt skall tas ut och i så fall i vilken utsträckning. Av de 34 jurisdiktioner som av OECD klassats som skatteparadis har ett stort antal gjort åtaganden beträffande dessa frågor och OECD:s slutliga lista över icke samarbetsvilliga skatteparadis omfattar endast sju regimer, däribland Andorra och Monaco.³⁵ För att avslutningsvis anknyta till användandet av CFC-regler är frågan om skattesatser av underordnad betydelse. Förvisso hade ett eliminerande av obefintliga skattesatser tagit bort incitamentet för utnyttjandet av dessa bolag men med

³⁰ OECD, s. 26ff.

³¹ Dahlberg (2000), s. 26f. och 112ff.

³² Ibid., s. 115 samt OECD, s. 30ff.

³³ För komplett uppräknig se Dahlberg (2000), s. 117f., och SOU 2002:47, Volym B, s. 137.

³⁴ För komplett uppräknig av dessa stater se SOU 2002:47, s. 180.

³⁵ SOU 2002:47, s. 176f., för komplett lista se s. 177.

en effektiv insyn i skatteparadisen skulle CFC-beskattningen förmodligen kunna utnyttjas tillräckligt effektivt för att tillfredställande stämma i bäcken.

3.3 Hur utnyttjas skatteparadisen?

3.3.1 Skatteflykt och basbolag

I detta avsnitt skall jag översiktligt behandla grunderna för de möjligheter som skatteparadisen erbjuder investerare som vill minimera sin skattekostnad. När jag här talar om skatteparadis avses även lågskatteländer som i mångt och mycket tillhandahåller liknande upplägg om än i begränsad omfattning. Framställningen behandlar inte rent brottsliga förfaranden (skattefusk) utan rör upplägg som i vardagligt tal brukar benämnas skatteplanering men där det som egentligen avses innebär skatteflykt. Skatteplanering som begrepp har, främst genom medias försorg, fått en negativ klang, något som egentligen inte är riktigt. Skatteplanering innebär egentligen att den skattskyldige minimerar sin skattekostnad i enlighet med lagstiftarens intentioner. För det fall en skattskyldig minimerar sin skattekostnad i strid med lagstiftarens intentioner benämns detta skatteflykt.³⁶ Dessa definitioner är förvisso vaga men ger ändå en fingervisning om att skatteplanering inte per definition innebär något negativt eller oetiskt.

På vilket sätt sker då denna skatteflykt? Uppläggen för att minska skattekostnaden genom användandet av utländska bolag är otaliga. Jag kommer först kortfattat att redogöra för syftena med dessa konstruktioner och vad som kännetecknar dessa bolag samt avslutningsvis behandla ränteavdragsarbitrage (RAA) som ett konkret exempel på en dylik konstruktion. Anledningen till detta är just att risken för upplägg medelst RAA utgjort en av regeringens motiveringar till Sveriges nuvarande CFC-lagstiftning. Det parallella lagförslaget om skattefrihet för näringsbetingade andelar har ansetts utöka möjligheterna till RAA i så hög grad att man inte kunnat sitta överksam.³⁷

För det första kan delägarens huvudsyfte med upplägget diskuteras. De syften som i huvudsak utlöser en konstruktion med bolag etablerade utomlands (om vi bortser från aktiv affärsverksamhet) är: uppskjutande av beskattning (tax deferral), undvikande av beskattning (tax avoidance, tax evasion) samt utnyttjande av skatteavtalsförmåner (treaty-shopping). Vid uppskjutande av beskattning samlas inkomster i det utländska bolaget vilket ger utrymme för investeringar och lågt beskattad avkastning. Delägaren beskattas inte förrän han mottar inkomsterna som utdelning. Undvikande av skatt (vilket förvisso tax deferral utgör en del av) är inget att orda om. Treaty-shopping innebär att bolag placeras i ett, med hänsyn taget till

³⁶ Grosskopf, s. 4ff.

³⁷ Prop. 2003/04:10, s. 41.

dubbelbeskattningsavtal, gynnsamt geografiskt läge där man med utnyttjande av låga skattesatser i kombination med avtalens bestämmelser uppnår positiva effekter på sin skattekostnad.³⁸

Dessa bolag brukar benämnas basbolag.³⁹ Kännetecknande för basbolagen är bl. a. att bolaget har skatterättslig hemvist i skatteparadiset samtidigt som betydande ägar- eller röstandelar i bolaget innehas av personer som inte är skatterättsligt hemmahörande i bolagsstaten. Vad gäller basbolagens verksamhet kännetecknas denna dels av att den huvudsakligen bedrivs utanför bolagsstaten samt att verksamheten till sin natur ofta inte är knuten till en specifik geografisk plats. Verksamhetens placering styrs alltså inte av överväganden föranledda av själva verksamheten som sådan och denna är samtidigt lätt att flytta runt (exempelvis finans- och bankverksamhet).⁴⁰ Exempel på dylika bolag är olika former av finans- och kapitalplaceringsbolag, faktureringsbolag, captivebolag (koncerninterna försäkringsbolag) samt olika former av över- eller samordningsbolag i koncerner s.k. headquarter companies eller coordination centres.

3.3.2 Något om ränteavdragsarbitrage (RAA)

Som en följd av införandet av skattefrihet på utdelning och kapitalvinster på näringsbetingade andelar ansågs möjligheterna till skatteundragande upplägg medelst RAA öka i sådan grad att åtgärder måste vidtas. Motmedlet mot dylika upplägg är de CFC-regler som detta arbete i huvudsak behandlar. Här får RAA fungera som ett konkret exempel på en konstruktion vidtagen av ett svenskt bolag i skatteundragande syfte och med utnyttjande av de möjligheter skatteparadisen har att erbjuda.

RAA går till på följande sätt: Ett svenskt bolag som förväntar sig att gå med vinst de närmaste åren lånar upp ett belopp i lämplig storleksordning så att räntan motsvarar den förväntade årliga rörelsevinsten eller del därav. Räntan dras sedan av mot vinsterna. Pengarna ges sedan som kapitaltillskott till ett lågbeskattat dotterbolag i utlandet, där kapitalet förräntas. På denna avkastning erläggs ingen eller endast obefintlig skatt till den utländska lågskattejurisdiktionen. Avkastningen kan sedan delas ut till moderföretaget. I och med de nya reglerna beskattas ej moderföretaget för denna utdelning med den följd att svensk bolagsskatt på rörelsevinsten bytts ut mot den låga eller obefintliga skatt som belastar dotterbolaget.⁴¹ För att RAA skall bli lönsamt förutsätts en inte alltför stor diskrepans mellan in- och utlåningsräntan samtidigt som skattesatsen för avdraget självfallet måste vara högre än skattesatsen på avkastningen. Det kan dock diskuteras huruvida upplägg med RAA i realiteten blir lönsamma. I en bilaga till SOU 2001:11 avvisas RAA som lönsam skatteundragande konstruktion med hänsyn till att räntespreaden (skillnaden mellan in- och utlåningsränta) är

³⁸ Dahlberg (2000), s. 29f.

³⁹ Ibid., s. 27ff., benämningen basbolag används fortsättningsvis här.

⁴⁰ Ibid., s. 28.

⁴¹ SOU 2001:11, s. 128 och Rabe (2004), s. 3.

för stor och förväntas så förbli.⁴² Lagstiftaren har trots detta vidhållit sin uppfattning och påpekat att arbitrage även kan bli aktuellt för de fall när beslut tas om var ny verksamhet skall lokaliseras och var upplåning till detta skall ske.⁴³

3.4 Det beräknade skattefelet kopplat till CFC-bolag

Skattefelet kopplat till utnyttjandet av CFC-bolag är av förklarliga skäl svårt att uppskatta. Skattefelet kopplat till utlandstransaktioner har beräknats ligga mellan 20 och 35 miljarder kronor per år beroende på beräkningsmodell.⁴⁴ I denna summa ingår dock alla transaktioner som svenska skattskyldiga företar med utlandet inte bara CFC-transaktioner.

Skattefelet kopplat till direkta eller indirekta transaktioner med skatteparadis har beräknats uppgå till mellan 2 och 5 miljarder kronor per år.⁴⁵ Denna summa baseras på skattemyndighetens omfattande kartläggning av transaktionerna med skatteparadis.⁴⁶ Under arbetet med detta projekt granskades 120 ärenden mellan 1995 och 1998 med föreslagna taxeringshöjningar på 1,1 miljarder som följd. Uppskattningen av mörkertalet är baserad på antagandet att antalet ärenden utgör en tredjedel av alla ärenden under denna period samt att upptäcktsgraden är 10 %. Detta innebär ett skattebortfall på 5 miljarder/år. Om graden för upptäckt istället skulle vara 20 % blir bortfallet 2-3 miljarder/år. Efter denna gardering blir det beräknade bortfallet 2-5 miljarder/år.⁴⁷

Summan på 2-5 miljarder gäller inte bara CFC-transaktioner. Om man skalar bort övriga transaktioner med skatteparadis har man gjort bedömningen att transaktioner avsedda att gynna utbetalaren (FÅAB och CFC-bolag) utgör 50 % av det totala antalet fall.⁴⁸ En exakt uppskattning av de renodlade CFC-transaktionerna saknas. Det närmaste vi kommer en uppskattning av skattefelet kopplat till CFC-bolag blir således <1-2,5 miljarder/år.

Det bör påpekas att statistiken som använts här inte är purfärsk. Det finns dock ingen anledning att anta att skattefelet skulle ha minskat. Skattefelets karaktär är av samma slag som för 20 år sedan, skillnaden står att finna i att olika upplägg och metoder nu nyttjas mer frekvent än tidigare. Skatteverket konstaterar att några dramatiska förändringar troligtvis inte är att vänta på kort sikt.⁴⁹ Vi kan förmodligen förutsätta att summorna av skattebortfallet i

⁴² SOU 2001:11, s. 399ff.

⁴³ Prop. 2003/04:10, s. 50f.

⁴⁴ SOU 2002:47, s. 333.

⁴⁵ Ibid., s. 360.

⁴⁶ Det s.k. Paradisprojektet, se Bäckström s. 432ff.

⁴⁷ SOU 2002:47, s. 360.

⁴⁸ SOU 2002:47, Volym A, s. 237.

⁴⁹ SOU 2002:47, Volym A, s. 290.

bästa fall är konstanta men troligare är att en viss ökning har skett. Siffrorna kan i vilket fall som helst fungera som en indikator på skatteförets nedre gräns även vid dags dato.

Utöver detta får man också anta att CFC-lagstiftning har en viss preventiv verkan. Hur stort skattebortfall som undviks genom att lagstiftningen avskräcker från investeringar av skatteskal är däremot omöjligt att uppskatta.⁵⁰

⁵⁰ Estberg, s. 384, menar att CFC-reglerna i dess gamla tappning på ett tillfredställande sätt uppfyllt syftet att förhindra tillkomsten av vissa skattestrukturer. Vad detta uttalande baseras på framgår dock inte.

4 Den svenska CFC-lagstiftningen

4.1 Inledning

I detta avsnitt kommer jag att närmare behandla den svenska CFC-lagstiftningen. Avsnittet inleds med en historisk överblick över CFC-lagstiftningens utveckling. Därefter behandlas översiktligt förutvarande CFC-regler. Efter denna redogörelse kommer jag att beröra en del av de brister den äldre lagstiftningen var behäftad med. Detta rör sig främst om tillämpningsproblem ur fiskal synpunkt. Efter detta kommer avsnittets huvuddel där jag utförligt kommer att behandla de nuvarande reglernas uppbyggnad och funktion.

4.2 Historisk överblick

Redan på 30-talet införde Sverige en CFC-liknande paragraf, den s.k. Luxemburgbestämmelsen. Denna regel innebar i korthet att om ett utländskt bolag idkade handel med värdepapper eller liknande verksamhet och huvudsakligen ägdes av svenska fysiska personer samt att den verkliga ledningen utövades från Sverige skulle den vara att anse som en svensk ekonomisk förening.⁵¹ Den nation som först införde en omfattande CFC-reglering var USA som antog den s.k. Subpart-F-lagstiftningen 1962. Införandet kan förmodligen spåras i att USA i princip saknat valutareglering. Reglerna kritiserades hårt av andra högskattejurisdiktioner men utvecklingen har gett USA rätt.⁵² Ett stort antal länder har sedermera infört liknande regler.

Sveriges egentliga CFC-lagstiftning infördes 1989⁵³ som en konsekvens av att valutaregleringen avskaffades. Avregleringen av valutamarknaden krävde motåtgärder. När kapitalrörelserna blev fria ökade möjligheterna att företa transaktioner med skatteundandragande syfte. Den elektroniska utvecklingen har också inneburit ökade möjligheter att enkelt genomföra internationella valutatransaktioner. Luxemburgbestämmelsen avskaffades eftersom den allmänt ansetts svår att tillämpa och de nya CFC-reglerna övertog dess funktion. CFC-reglerna utsattes bitvis för hård kritik men kvarstod i princip oförändrade tills nuvarande lagstiftning trädde ikraft den 1 januari 2004.

⁵¹ Mattson (2000), s. 224f.

⁵² SOU 2002:47, s.145f.

⁵³ Prop. 1989/90:47, bet. 1989/90:SkU16, SFS 1989:1040.

4.3 Förutvarande CFC-lagstiftning

4.3.1 Uppbyggnad och funktion

Den svenska CFC-lagstiftningen såg dagens ljus i början på 90-talet och utgör således ett ungt inslag i den svenska skatterätten. Som tidigare nämnts föranleddes reglernas tillkomst av valutakontrollens avskaffande. Syftet var helt enkelt att förhindra ett alltför stort utflöde av kapital föranlett av skatteskal och en därav följande urholkning av den svenska skattebasen.

4.3.1.1 Legaldefinitionen ”utländskt bolag”

De svenska reglerna tog sin utgångspunkt i en legaldefinition av begreppet utländskt bolag. För att klassificeras som ett utländskt bolag var den juridiska personen tvungen att belastas med en skattesats likartad den som svenska aktiebolag belastades med. Vad som menades med likartad angavs inte uttryckligen och var något oklart, nivåer på 10-15 % har nämnts.⁵⁴ Ett utländskt bolag förelåg också om Sverige hade ingått dubbelbeskattningsavtal med den stat som bolaget var beläget i och denna stat samtidigt fanns upptagen på en vit lista i IL 6:10. Brast någon av dessa förutsättningar förelåg en ”annan utländsk juridisk person än utländskt bolag”. En sådan utländsk juridisk persons svenska delägare kunde, om ett antal rekvisit var uppfyllda, löpande beskattas för sin andel i bolagets vinst av den svenska staten.

4.3.1.2 Kontroll och innehav

För att träffas av löpande beskattning krävdes att bolaget till en viss del ägdes och kontrollerades av svenska delägare. För att de svenska delägarna i det utländska bolaget överhuvudtaget skulle kunna beskattas krävdes att i Sverige obegränsat skattskyldiga kontrollerade minst 50 % av röst- eller kapitalandelarna i bolaget (IL 6:15). Procentsatsen var utformad för att undvika s.k. ”dead-lock companies”⁵⁵, med den nackdelen att det egentligen inte behövde innebära någon reell kontroll för de svenska delägarna. Vid sammanläggningen fanns inte någon nedre procentgräns, alla svenskkontrollerade andelar skulle medräknas. Däremot gällde att för det fall löpande beskattning av själva delägaren skulle komma ifråga krävdes en minimiandel på minst 10 %. Vid beräkningen om huruvida det enskilda innehavet uppgick till 10 % skulle även närståendes andelar medräknas.⁵⁶

⁵⁴ Lauritzen, s. 826 och Dahlberg (2003), s. 51.

⁵⁵ Dead-lock company: Om kravet sätts till över 50% kan två delägare (en svensk och en utländsk) med var sin andel på 50% undgå CFC-beskattning i respektive stat.

⁵⁶ Enligt samma regler som för fåmansföretag, se 2:22 IL.

4.3.2 Problem med förutvarande CFC-lagstiftning

I detta avsnitt följer en kort redogörelse för en del av de problem den förutvarande CFC-lagstiftningen var behäftad med. För det första bör påpekas att lagstiftningen givetvis drogs med de principiella problem som CFC-lagstiftningar till sin natur i allmänhet ackompanjeras av.⁵⁷ I detta avsnitt kommer dock endast mer specifika problem att beröras.

Ett första övergripande problem var att lagstiftningen var utformad enligt jurisdiktionsmetoden. Den träffade urskillningslöst både passiva och aktiva inkomster så länge dessa emanerade från en skattejurisdiktion som omfattades av reglerna. Det bör noteras att när lagstiftningen träffade legitima transaktioner och etableringar kontradikerade detta med lagstiftningens syfte.

Lagstiftningens utformning var även behäftad med uppenbara förutsebarhetsproblem. För det första rådde, som redogjorts för, oklarheter om vilken skattesats som skulle anses acceptabel för att undkomma CFC-beskattnings. Dessutom fungerade endast skatten i bolagsstaten som jämförelseobjekt och inte den skatt den juridiska personen rent faktiskt belastades med.

Kontrollrekvisitets ursprung är omtvistat. Man kan spekulera i om dess tillkomst motiverats av hänsynstagande till principen om skatteförmåga⁵⁸ eller om det helt enkelt hängt med vid lagstiftningens plagiatoriska uppkomst.⁵⁹ I och med att kontrollrekvisitet var kopplat till ett gemensamt ägande kunde olika svenska delägare ovetande påverka varandras situation och även själva lagstiftningens tillämplighet. Även delägare med mindre innehav, som inte löpte risk att drabbas av CFC-beskattnings, påverkade situationen för andra. Eftersom andelen delägare vars innehav skulle tas hänsyn till kunde vara mycket stort och dessutom variera över tiden kunde förväntad skattebelastning för den enskilde delägaren bli svåröverblickbar. Lägg därtill att bedömningspunkten vad avsåg ägarförhållanden var årets utgång närmast före det aktuella taxeringsåret. Hänsyn togs alltså inte till övriga förändringar under året.⁶⁰

Avslutningsvis fanns betydande problem ur fiskal synvinkel. För det första gjorde kontrollkravet det tämligen enkelt att kringgå reglerna. Genom att fördela ägandet optimalt kunde CFC-beskattnings undvikas. Den enskilt största bristen med lagstiftningen i detta hänseende var dock att indirekt ägande genom ett utländskt bolag inte omfattades.⁶¹ Detta faktum gjorde det mycket enkelt att kringgå reglerna. Dock bör påpekas att denna möjlighet

⁵⁷ Övergripande principiella oförenligheter behandlas i förhållande till den nuvarande lagstiftningen i kapitel 5.

⁵⁸ Se avsnitt 5.2.

⁵⁹ Wenehed (2000), s. 356f. Kontrollrekvisit var ett stående inslag i lagstiftningens internationella förebilder.

⁶⁰ Lauritzen, s. 833.

⁶¹ Ibid., s. 831f.

beskars något genom tillämpning av Skatteverkets ”ask-i-asken”-resonemang, vilket innebar att indirekt ägande i ett CFC-bolag genom ett annat CFC-bolag har kunnat angripas. Den svenske delägaren kunde alltså beskattas för båda bolagens inkomster.⁶²

4.4 Nuvarande CFC-lagstiftning

4.4.1 Inledning

I detta avsnitt kommer jag utförligt att gå igenom den nuvarande CFC-lagstiftningen. Avsnittet inleds med en redogörelse för de motiv som föranlett lagstiftningens utformning. Därefter följer en tredelad genomgång av reglerna. Första delen behandlar vem som omfattas, den andra delen klargör vilka inkomster som är att se som lågbeskattade och den tredje delen behandlar själva beskattningen av inkomsterna. Den svenska CFC-lagstiftningen återfinns i huvudsak i ett nyinfört 39a kap. i IL.

4.4.2 Motiven till lagstiftningen

Anledningarna till att man reformerade den svenska lagstiftningen är som jag tolkar det två till antalet. För det första har man velat åtgärda de brister den förutvarande CFC-lagstiftningen varit behäftade med. Det var då främst möjligheterna till kringgående (genom indirekt innehav) som man tänkte på. Den andra anledningen är att man införde skattefrihet på utdelning och reavinst på näringsbetingade andelar. Införandet av denna reglering ansågs kräva nya CFC-regler. Det kan därför vara av intresse att behandla denna reglering lite närmare.

Med näringsbetingad andel avses onoterade andelar, marknadsnoterade andelar om innehavet överstiger 10 % av röstetalet eller marknadsnoterade andelar som understiger 10 % men som betingas av ägarföretagets rörelse. Den nya lagen innebär att utdelning på dylika andelar skall anses skattefria även när den emanerar från utländska bolag. Tidigare fanns i 24:15 IL ett jämförlighetskrav som innebar att utdelning endast var skattefri om det utländska bolaget belastats med en skatt som översteg ca 15 % beräknat enligt svenska regler. I och med att detta krav tagits bort ansåg regeringen att risken för ökade möjligheter till skatteundandragande transaktioner genom ränteavdragsarbitrage⁶³ och felaktig internprissättning måste pareras med ny CFC-lagstiftning. Ytterligare ett argument var att Sverige var skyldiga att införa nya CFC-regler för att uppfylla sina åtaganden enligt EU:s Uppförandekod vid ovannämnda reformering av kapitalvinstbeskattningen.⁶⁴

⁶² RSV, s. 133ff. Med hänvisning till kammarätsavgörande nr. 3378-1998 KRNG.

⁶³ Köhlmark, s. 51, se vidare avsnitt 3.3.2.

⁶⁴ Prop. 2003/04:10, s. 48ff.

4.4.3 Vem omfattas? Kontrollrekvisitet

Vem som skall omfattas av lagstiftningen anges i IL 39a:2-4. För att man skall definieras som delägare i lagens mening krävs enligt IL 39a:2 att man vid utgången av delägarrens beskattningsår innehar eller kontrollerar andelar motsvarande minst 25 % av det utländska bolagets kapital eller röster. Innehavet eller kontrollen kan vara direkt eller indirekt genom andra utländska juridiska personer och en sammanläggning skall ske av delägaren och personer i intressegemenskap med denne. Kravet på att minst 50 % av bolaget skall kontrolleras av i Sverige obegränsat skattskyldiga har tagits bort. Anledningen till detta anförs vara osäkerhetsproblem både för den enskilde och för skattemyndigheten.⁶⁵ Detta innebär i realiteten att det inte längre är fråga om någon CFC-lagstiftning eftersom det första C:et faller bort.⁶⁶ Samtidigt höjs andelsgränsen för dem som kan komma att drabbas av löpande beskattning från 10 till ovannämnda 25 %. Anledningen till detta är sloandet av 50 %-kravet, att enbart grunda den löpande beskattningen på ett innehav motsvarande 10 % i en utländsk juridisk person har ansetts alltför snävt. Möjligheterna för exempelvis minoritetsägare att få ut relevant information för bolagets inkomstredovisning är begränsade och torde öka ju mindre innehavet är. Regeringen höjer dock ett varnande finger och meddelar att gränsen kan komma att sänkas om den utnyttjas så att syftet med reglerna kringgås.⁶⁷

Vad gäller kontrollen i det utländska bolaget anges nu uttryckligen att röster eller kapital i bolaget som till 25 % *innehåller eller kontrolleras* skall tas i beaktande. Med denna konstruktion vill man täcka in alla former av reell kontroll i bolaget och undvika att begränsa lagstiftningen till att endast gälla innehav av andelar. Exempel på sådan kontroll ”som innebär ett reellt inflytande på företagets agerande” anges bl.a. vara kontroll som kan följa vid lån, olika avtalsförhållanden eller på grund av föreskrift i bolagsordning. Avslutningsvis påpekas att det är komplicerat att utforma några exakta lagregler för hur en sådan reell kontroll skall fastställas, hänsyn måste tas till omständigheterna i varje enskilt fall och i sista hand får sådana gränsdragningar fastställas i praxis.⁶⁸

Bedömningspunkten skall även fortsättningsvis vara utgången av delägarrens beskattningsår. Trots att detta inte är någon ideallösning skulle en ordning där man tar hänsyn till huruvida rekvisiten varit uppfyllda någon gång under året förmodligen bli alltför komplicerad och svår att upprätthålla. Även detta är dock en punkt man fortsättningsvis kommer att ha under särskild uppsikt.⁶⁹

⁶⁵Ibid., s. 56.

⁶⁶ Benämningen CFC-lagstiftning används även fortsättningsvis då det är en etablerad term för lagstiftning av denna typ, oavsett vilken nivå innehavskravet landar på.

⁶⁷ Prop. 2003/04:10, s. 56.

⁶⁸ Ibid., s. 54f.

⁶⁹ Prop. 2003/04:10, s. 57f.

Enligt 2 § 2 st. kan också en begränsat skattskyldig omfattas av reglerna om andelarna är knutna till ett fast driftställe i Sverige. Detta är en konsekvens av att även dessa omfattas av de nya reglerna om skattefrihet för utdelning och kapitalvinster på näringsbetingade andelar.⁷⁰

Vad som gäller för att personer skall anses vara i intressegemenskap regleras i 3 §. Det rör sig om fyra olika situationer:

- 1 Personerna är moderföretag och dotterföretag eller står under i huvudsak gemensam ledning.
- 2 Personerna är juridiska personer och den ena personen innehar eller kontrollerar direkt eller indirekt minst 50% av rösterna eller kapitalet i den andra personen.
- 3 Den ena personen är en fysisk person och den andra en juridisk person vars kapital eller röster direkt eller indirekt innehas eller kontrolleras av den fysiska personen.
- 4 Personerna är närstående.⁷¹

Dessutom gäller enligt paragrafens andra stycke att vid bedömning huruvida personen står under gemensam ledning enligt punkt 1 skall närstående anses utöva ett gemensamt inflytande. Enligt tredje stycket skall närstående till den fysiska personen i punkt 3 anses vara i intressegemenskap även med den juridiska personen.

Trots lagrummets klara utformning kan det vara värt att uppmärksamma att även innehav eller kontroll genom personer som inte är skattskyldiga skall medräknas. Detta för att undvika att exempelvis en familjemedlem boende utomlands inte skall falla utanför kretsen. Punkt 2 är utformad för att undvika dead-lock companies.⁷²

I 4 § regleras hur en andel skall beräknas vid ett indirekt innehav. Då både kapital och röstetal omfattas av lagstiftningen kan beräkningen göras på två olika sätt. När det gäller kapitalet utgörs andelen av produkten av alla kapitalandelar i ägarkedjan. Om en person äger 50 % av kapitalet i ett bolag som i sin tur äger 40 % av kapitalet i ett CFC-bolag uppgår personens kapitalandel i CFC-bolaget till 20 % ($0,5 \times 0,4 = 0,2$). När det gäller andelen av röstetalet utgörs denna av den lägsta röstandelen i något av leden i ägarkedjan.⁷³

4.4.4 Lågbeskattade inkomster

För att en delägare skall kunna beskattas löpande för sin del i ett utländskt bolags vinst krävs att bolaget genererar lågbeskattade inkomster. Vad som utgör lågbeskattade inkomster preciseras i 39a:5-7 IL. Huvudregeln i 5 §

⁷⁰ Ibid., s. 53 f.

⁷¹ Se 2:22 IL.

⁷² Prop. 2003/04:10, s. 59ff.

⁷³ Ibid., s. 57.

innebär att man knyter an skattebelastningen till svenska förhållanden. Har inkomsten beskattats lindrigare än det fall att 55 % av denna utgjort överskott hos ett svenskt aktiebolag drivandes motsvarande verksamhet skall inkomsten anses lågbeskattad. En skattskyldig som innehar andelar i ett dylikt bolag skall anses vara en ”delägare i en utländsk juridisk person med lågbeskattade inkomster”. Detta tillvägagångssätt innebär att man inledningsvis gör en fiktiv beräkning av den nettoinkomst som uppkommit i den utländska juridiska personen. Vid denna beräkning tillämpar man normala svenska skatteregler. Den svenska skattebelastningen på 55 % av den framräknade nettoinkomsten jämförs sedan med den faktiska skattebelastningen av hela nettoinkomsten i bolagsstaten. Detta innebär i realiteten en skattebelastning på 15,4 % av hela nettoinkomsten (procentuell andel av nettoinkomsten $55 \% \times \text{svensk bolagsskatt } 28 \% = 0.55 \times 0,28 = 0.154 = 15,4 \%$), understiger man denna gräns är inkomsten att anse som lågbeskattad.

Huvudregeln förordar en tämligen komplicerad och tidsödande procedur för att bedöma huruvida inkomster är att anse som lågbeskattade. Regeringen påpekar samtidigt att en överväldigande majoritet av världens stater har godtagbara skattesystem där CFC-beskattnings inte kommer att bli aktuell. Av dessa anledningar har man i 7 § infört en schablonartad kompletteringsregel för att göra lagsystemet enklare och mer förutsebart. Regeln innebär att även om nettoinkomsten i ett bolag anses lågbeskattad enligt 5 § skall den inte anses lågbeskattad om den juridiska personen ifråga hör hemma i en jurisdiktion som räknas upp i bilaga 39a.

Bilagan (lagstiftningens vita lista) är en förteckning uppdelad på de olika världsdelarna. I det ena fallet har världsdelarna i stort fått grönt ljus med undantag av uppräknade stater (Afrika, Asien och Europa) medan det i det andra fallet gäller grönt ljus endast för de specifika stater som räknats upp (Amerika och Oceanien). Dessutom finns undantag under vissa av de enskilda staterna både vad gäller inkomster härrörande från olika verksamheter som inkomster härrörande från olika typer av specifika bolag.

För bolag belägna inom EES anger kompletteringsregelns andra stycke att löpande beskattning av sådana endast kan komma ifråga för inkomster hänförliga till koncerninterna transaktioner. Det tredje stycket reglerar situationen när Sverige har ingått ett skatteavtal med berörd stat.⁷⁴ Om en inkomst inte skulle omfattas av kompletteringsregeln så innebär detta inte att inkomsten per definition är att anse som lågbeskattad. En normal prövning enligt huvudregeln skall givetvis företas även i ett sådant fall.

Ett pragmatiskt undantag för lågbeskattade inkomster kopplade till rederiverksamhet görs i 8 §. Sådana inkomster skall inte anses lågbeskattade med hänsyn till verksamhetens natur samt den internationella rederinäringsens extraordinära villkor och förutsättningar.

⁷⁴ För tredje styckets närmare innebörd, se avsnitt 6.3.2.

Avslutningsvis återfinns den s.k. filialregeln i 9§. Om ett fast driftställe inte beskattas hos den juridiska person det fasta driftstället tillhör skall det fasta driftstället anses utgöra en egen självständig juridisk person. Denna juridiska person skall anses hemmahörande i den stat där det fasta driftstället finns.

4.4.5 CFC-beskattningen

När villkoren för CFC-beskattning väl är uppfyllda uppkommer frågan hur denna beskattning skall ske. Detta regleras i IL 39a:10-14. Utgångspunkten är att den löpande beskattningen skall beräknas utifrån reglerna för svenska aktiebolag. Detta innebär enligt 11 § att man som grund skall upprätta en resultat- och balansräkning enligt 6:4 BFL. Det finns dock en dispensmöjlighet från detta intagen i 18:3 LSK. Om utländsk resultat- och balansräkning innehåller, för beskattningen, tillräckliga uppgifter skall denna kunna godtas.⁷⁵ Den upprättade resultat- och balansräkningen skall i princip ha samma ställning som räkenskaperna för ett svenskt företag.

Då beräkningen av både CFC-bolagets nettoinkomst och den enskilde delägarens skattepliktiga andel i överskottet skall beräknas enligt svenska regler uppstår vissa problem. Vissa regler i IL kan inte tillämpas enligt sin ordalydelse samtidigt som vissa regler inte är lämpliga att tillämpa överhuvudtaget. Exempel som nämns i propositionen är IL 14:8 om värdering av fodringar i utländsk valuta och reglerna om underprisöverlåtelser och koncernbidrag.⁷⁶ Någon fullständig uppteckning är det dock inte tal om utan bedömningen om vilka lagrum i IL som kan tillämpas på ett ändamålsenligt sätt har överlåtit till rättstillämpningen.⁷⁷

Delägarens andel i överskottet motsvaras av delägarens beräknade andel av kapitalet i bolaget. När delägarens andel räknas ut får hänsyn tas till underskott som uppkommit i bolaget under de tre föregående beskattningsåren.⁷⁸ Avsättning till periodiseringsfond får inte tas hänsyn till när man beräknar huruvida det utländska bolaget är lågbeskattat. Däremot får sådana avsättningar göras på delägarnivå, sker inte CFC-beskattning nästkommande år måste avsättningarna återföras.⁷⁹

4.4.5.1 Avräkning av erlagd utländsk skatt

En nyhet jämfört med tidigare är att lagstiftningen numera erbjuder en möjlighet för avräkning av erlagda skatter i utlandet. Enligt 18 § AvrL medges delägaren full avräkning av de skatter CFC-bolaget erlagt i bolagsstaten. Det är endast inkomstskatter som är avräkningsbara, detta

⁷⁵ Prop. 2003/04:10, s. 85f.

⁷⁶ Kapitel 23 och 35 i IL.

⁷⁷ Prop. 2003/04:10, s. 87f.

⁷⁸ Ibid., s. 86f.

⁷⁹ 30:10a IL.

inkluderar bolagsskatt och källskatter erlagda av CFC-bolaget. Andra avgifter samt eventuell CFC-beskattnings som erlagts till tredje stat är inte tillåtet att räkna av. Avräkningen gäller vidare endast den skatt som erlagts på lågbeskattade inkomster. Delägarens andel av de erlagda skatterna skall motsvara dennes uträknade andel i bolaget. Man får enligt 19 § 2st. AvrL inte avräkna ett högre belopp än den beräknade statliga och kommunala inkomstskatten före avräkning som hänför sig till de lågbeskattade inkomsterna. Avräkningen skall ske det år de lågbeskattade inkomsterna medtagits vid den svenska inkomsttaxeringen. Icke utnyttjad avräkning får, efter yrkande, utnyttjas under de tre efterföljande åren (carry forward).⁸⁰ Eftersom avräkning inte får ske för andra utländska skatter än de som belöper på lågbeskattade inkomster innebär regleringen ett slutet avräkningssystem för CFC-sfären. Detta skiljer sig från det ordinarie avräkningssystemet där overallprincipen tillämpas. Avslutningsvis åligger det delägaren att visa vilka skatter som CFC-bolaget har erlagt. Kan han inte detta finns det möjlighet till en schablonartad avräkning.⁸¹

⁸⁰ Prop. 2003/04:10, s. 93ff.

⁸¹ 22§ AvrL.

5 Principiella problem

5.1 Inledning

Under denna rubrik kommer jag att behandla några av de principiella problem som CFC-lagstiftning i allmänhet är behäftad med. För det första kan man invända att den löpande beskattning som delägaren blir påförd strider mot principen om beskattning efter skatteförmåga och för det andra kan man hävda att CFC-lagstiftning inte är förenlig med neutralitetsprincipen inom beskattningsrätten. Avsnittet inleds med en genomgång av skatteförmågeprincipen därefter följer ett avsnitt som behandlar den svenska CFC-lagstiftningens förhållande till denna princip. Efter detta följer ett likadant upplägg vad gäller principen om en neutral beskattning.

5.2 Skatteförmåga

5.2.1 Principen om beskattning efter skatteförmåga

Principen om beskattning efter skatteförmåga innebär att varje skattesubjekt skall erlägga skatt efter sin förmåga. På det övergripande planet kan de progressiva skatteskalorna tas som exempel. Skatteförmåga på detaljplanet innebär att endast inkomster som medför skatteförmåga skall leda till erläggande av skatt. Ett exempel på detta är kontantmetoden som innebär att beskattning blir aktuell först när en inkomst i realiteten erhållits. Det är först i detta läge som reell skatteförmåga uppkommer. Den skattskyldige skall således ha möjlighet att disponera det kapital som legat till grund för den ökade beskattningsbördan.⁸²

5.2.2 Skatteförmåga och CFC-lagstiftning generellt

Att den skattskyldige skall ha möjlighet att disponera det kapital som legat till grund för den ökade beskattningsbördan går med lätthet att anknyta till CFC-problematiken. Delägaren blir löpande beskattad för bolagets inkomster och det är fullständigt egalt huruvida någon inkomst i realiteten erhållits av denne. Delägaren beskattas således för en inkomst som inte nödvändigtvis ökat dennes skatteförmåga. En möjlighet att bota denna brist är ett väl tilltaget kontrollkrav.⁸³ Om kravet på kontroll i det utländska bolaget sätts tillräckligt högt⁸⁴ för den enskilde delägaren kan lagstiftningen

⁸² Johansson/Rabe, s. 37ff.

⁸³ Se avsnitt 2.4.5.

⁸⁴ Intern aktiebolagslagstiftning kan variera, men ett krav på kontroll som överstiger 50% av rösterna torde i samtliga fall garantera den enskilde delägaren möjlighet att disponera över beslut om utdelning i bolaget. Lägre procentsatser kan förekomma jfr. ABL 12:3 (10 %).

bringas i samklang med skatteförmågeprincipen. Det är dock värt att notera att det inte är tillräckligt att kontrollkravet sätts högt och samtidigt slås ut på alla delägare hemmahörande i en viss stat. Trots att man presumerar en intressegemenskap mellan dessa delägare vad gäller exempelvis utdelningsfrågor kan skiftande ekonomiska förutsättningar hos delägarna innebära att de delägare som önskar utdelning inte uppnår tillräckligt inflytande.⁸⁵

Enligt min mening framstår det som klart att CFC-lagstiftning generellt, genom sin uppbyggnad, strider mot principen om skatteförmåga. Den enda boten mot detta synes vara ett kontrollkrav på över 50 % för enskild delägare. Wenehed hävdar i sin avhandling en motstående uppfattning. Han menar att delägarens skatteförmåga, trots att delägaren inte behöver ha möjlighet att disponera över eller ha mottagit någon reell inkomst, ändå kan anses ha ökat. Denna uppfattning motiveras av att delägaren medvetet, genom valet av investeringstyp, uppskjutit den avkastning som han i annat fall (t.ex. om han investerat direkt) skulle erhållit vid den tidpunkt den löpande beskattningen sker.⁸⁶ Detta framstår som en något överdriven tolkning av skatteförmågeprincipen.

5.2.3 Den svenska CFC-lagstiftningen kontra skatteförmåga

Som framgår av ovanstående avsnitt är CFC-lagstiftning generellt sett oförenlig med principen om skatteförmåga. Den löpande beskattningen med det därtill kopplade kontrollkravet kan leda till att en delägare beskattas för en inkomst som denne inte har någon möjlighet att disponera över. I detta avsnitt kommer jag att beröra huruvida den nuvarande lagstiftningen korresponderar med principen om skatteförmåga och vad som skiljer jämfört med tidigare.

Storleken på den delägarandel som kan utlösa CFC-beskattning har höjts till 25 % jämfört med den tidigare gränsen på 10 %. Vidare har kravet på ett 50 %-igt svenskt innehav i bolaget slopats. Den enskilda ägarandelen (undantaget andelar som innehas av personer i intressegemenskap med denne) är nu allena tillräcklig för att CFC-beskattning skall komma ifråga.

Då delägarens egen andel i huvudsak styr förekomsten av CFC-beskattning blir det enklare för delägaren att förutse vilka skattekostnader denne kommer att drabbas av. Risken att okända svenska delägare äger andelar i bolaget påverkar inte längre den enskilde delägarens situation. Även om denna omständighet inte innebär någon överensstämmelse med principen om skatteförmåga har nu den enskilde delägaren i alla fall möjlighet att själv göra ett aktivt val vid investeringstillfället och kan genom att avstå undgå CFC-beskattning. När det gäller förutsebarhet innebär också det faktum att jämförelseskattsatsen nu är fixerad till 15,4 % en förbättring jämfört med tidigare.

⁸⁵ Wenehed (2000), s. 201

⁸⁶ Ibid., s. 212 och Silfverberg, s. 136f.

Den procentuella höjningen av den andel som krävs för att utlösa CFC-beskattning innebär ett närmande mot principen om skatteförmåga. Frågan är om detta gör någon skillnad i praktiken. Även vid ett 25 %-igt innehav kommer delägare förmodligen att ha stora svårigheter att kunna tillgodogöra sig sin del av avkastningen. Någon försämring av delägarens möjligheter jämfört med tidigare är det i alla fall inte.

5.2.4 Avslutning

I detta avsnitt har vi redan från början konstaterat att lagstiftning av CFC-typ inte är i samklang med principen om skatteförmåga. Denna brist kan dock läkas med ett väl tilltaget kontrollkrav. Trots de positiva förändringar som genomförts i den svenska lagstiftningen kan ingen annan slutsats dras än att läget är oförändrat rent principiellt. Den svenska lagstiftningen bryter mot principen om beskattning efter skatteförmåga. Man skall dock ha klart för sig att CFC-lagstiftningens karaktär av skatteflykts- och stopplagstiftning innebär att avsteget från skatteförmågeprincipen förmodligen är ett medvetet val från lagstiftarens sida. Det är helt enkelt ytterligare en omständighet som skall avskräcka från investeringar i de bolag som CFC-lagstiftningen riktar in sig på.⁸⁷ Det är därför enligt min mening tillfredställande att en delägare inte längre kan drabbas av CFC-lagstiftning p.g.a. andra delägars handlande (undantaget personer i intressegemenskap). Detta leder till en mer rättvis situation för den enskilde delägaren. Det leder också till att avsteget från skatteförmågeprincipen verkligen blir det avskräckande inslag det är avsett att vara eftersom delägaren redan inledningsvis kan överblicka de relevanta följderna av dennes investering.

Olyckligtvis kan investerare som företar legitima investeringar antingen avskräckas i motsvarande mån eller drabbas negativt för det fall CFC-beskattning blir aktuell. Lagstiftningen är, som nämnts, inte begränsad till att träffa enbart investeringar av passiv natur. Dessa investerare kan vara mer eller mindre tvingade att investera i en specifik jurisdiktion och därefter komma att CFC-beskattas för medel de inte förfogar över. Avsaknaden av en dispensregel för dylika investeringar förvärrar i viss mån det faktum att lagstiftningen inte överensstämmer med principen om skatteförmåga.

5.3 Neutralitet

5.3.1 Neutralitet i beskattningshänseende

En numera allmänt accepterad princip är att beskattningen så långt som möjligt skall vara neutral. Man kan förvisso fråga sig om neutralitetsdiskussionen överhuvudtaget är intressant i CFC-fallet. CFC-lagstiftningen

⁸⁷ Silfverberg, s. 135ff.

har karaktären av en stopplagstiftning primärt avsedd för att förhindra skatteflykt samt att skydda aktuell stats skattebas. Detta avsnitt aktualiseras av att neutralitetsaspekter behandlas i propositionen, inte minst för att rättfärdiga lagstiftningens eventuella brott mot EG-rätten.⁸⁸ Neutraliteten innebär att två alternativa handlingsvägar som är likvärdiga före beskattning skall vara det också efter skatt. På det övergripande planet eftersträvas neutralitet mellan olika inkomstslag. Lägre ner i systemet eftersträvas neutralitet mellan en investerares olika investeringsalternativ. När det gäller CFC-lagstiftning aktualiseras även neutralitet mellan investeringar gjorda utomlands kontra investeringar gjorda på hemmamarknaden. I detta avsnitt kommer jag att behandla frågan om den svenska CFC-lagstiftningen är förenlig med principen om en neutral beskattning. Inledningsvis följer en redogörelse för begreppen kapitalexport- och kapitalimportneutralitet (KEN respektive KIN) därefter analyseras den svenska CFC-lagstiftningen utifrån ett neutralitetsperspektiv.

5.3.2 Kapitalexportneutralitet (KEN)

Grundprincipen i teorin om KEN är att internationella investeringar från ett visst land skall behandlas skattemässigt neutralt i förhållande till motsvarande inhemska investeringar i det aktuella landet. Man fokuserar sålunda på investerarens hemviststat. Syftet är att investeringar endast skall styras av kommersiella hänsyn. Följden vid bristande KEN är en global välfärdsförlust då investeringar inte kommer att placeras optimalt. Om ett svenskt moderbolag etablerar ett dotterbolag i en skattejurisdiktion med lägre bolagsskatt än den svenska, uppnås KEN genom att man i Sverige beskattar modern löpande för dotterns vinst, samtidigt som man medger avräkning för erlagd bolagsskatt i dotterbolagsstaten.⁸⁹ Är bolagsskatten i dotterbolagsstaten högre måste man för att uppnå total KEN återbetala den del som överstiger svensk bolagsskatt på samma inkomst till moderbolaget. Detta förhållande har till viss del inneburit att strikt KEN inte blivit en dominerande princip avseende beskattning av internationella investeringar.⁹⁰ Att tillämpa strikt KEN framstår inte som praktiskt möjligt däremot tillämpar bland andra USA och Storbritannien en ofullständig form av KEN. Man beskattar då endast de medel dotterbolaget delar ut till moderbolaget med medgiven avräkning.⁹¹

5.3.3 Kapitalimportneutralitet (KIN)

När det gäller KIN ligger fokus på dotterbolagsstaten. Investeringar gjorda av utlandsägda bolag skall få samma skattemässiga resultat som investeringar gjorda av bolag med hemvist i den aktuella staten. Bristande KIN innebär att vissa investerare diskrimineras i förhållande till andra. KIN

⁸⁸ Prop. 2003/04:10, s. 46ff.

⁸⁹ Fensby, s. 244.

⁹⁰ Prop. 2003/04:10, s. 46f.

⁹¹ Fensby, s. 244f., se detta arbete för en mer utförlig redogörelse för ofullständig KEN.

uppnås genom att delägarstaten underlåter att beskatta inkomsterna från bolagsstaten. Detta gäller både löpande beskattning av vinsten i dotterbolaget och beskattning av utdelad inkomst från dottern till moderbolaget. Bolagsstaten måste vidare beskatta inhemska och utländska bolag med samma skattesats samt inte ta ut källskatt på utdelad inkomst till utländska moderbolag.⁹² KIN har varit den dominerande principen vid utformandet av svenska skatteavtal. Någon strikt KIN är det dock inte fråga om då en sådan tillämpning skulle innebära alltför stora risker i skatteflykthänseende. I propositionen påpekas att man vid utformandet av skatteavtalen gjort en noggrann prövning av aktuell avtalspartners skatteregler och att någon generell tillämpning av KIN gentemot alla stater inte kan komma på fråga.⁹³

5.3.4 CFC-reglerna och neutraliteten

5.3.4.1 CFC-reglerna kontra KEN och KIN, regeringens motivering

Som ovan nämnts är KIN den förhärskande principen inom svensk internationell skattepolitik. Strikt KIN är dock inte möjlig p.g.a. att detta skulle öppna alltför stora möjligheter till skatteflykt. Regeringen menar att man måste betrakta CFC-reglerna mot denna bakgrund:

”I vissa situationer är det inte acceptabelt att tillämpa CIN-principen⁹⁴] därför att skattereglerna i det berörda landet avviker så kraftigt från de svenska att det framstår som orimligt att godta skatteutfallet utan någon korrigerig. Genom CFC-regler söker man hävda CEN⁹⁵]-principen i vissa avgränsade situationer. CFC-lagstiftningen syftar dock inte till att åstadkomma en med svenska skatteregler likvärdig beskattning utan att säkerställa ett rimligt skatteuttag.”⁹⁶

Detta uttalande synes innebära att man i CFC-situationer har KEN som mål men att även andra faktorer spelar in som kan överspela neutraliteten:

”Även om ambitionen är att [utländska] lågbeskattade inkomster inte skall bli hårdare beskattade än motsvarande svenska är det svårt att uppnå detta i samtliga fall. En hårdare beskattning torde dock bli aktuell endast i sällsynta fall.”⁹⁷

Vi ser här att man i CFC-fallet näppeligen strävar efter att uppnå total skatteneutralitet. Man accepterar att lagstiftningen i vissa fall kan komma att slå hårdare mot delägare i vissa utländska juridiska personer. Det framstår därför som något märkligt att man senare använder sig av neutralitetsargument för att rättfärdiga lagstiftningens överensstämmelse med EG-rätten:

⁹² Fensby, s. 245.

⁹³ Prop. 2003/04:10, s. 47.

⁹⁴ Capital Import Neutrality.

⁹⁵ Capital Export Neutrality.

⁹⁶ Prop. 2003/04:10, s. 47f.

⁹⁷ Ibid., s. 87.

”De föreslagna CFC-reglerna innebär i själva verket att man skapar mer likvärdiga förutsättningar, eftersom svenska företag totalt sett behandlas på samma sätt vare sig de äger andelar i svenska eller i utländska bolag.”⁹⁸

Här kan uttolkas att man ser reglerna som positiva i neutralitetshänseende. Man går dock ännu längre:

”[R]eglerna medför att ägande av andelar i utländska bolag blir i princip likvärdigt med ägande av andelar i svenska bolag om man betraktar moder- och dotterbolaget sammantaget.”⁹⁹

Detta skulle peka på total KEN, något regeringen redan konstaterat att det inte alls är fråga om.

Här bör påpekas att neutraliteten i CFC-hänseende kan betraktas från två olika sidor. För det första kan man se en diskrepans i neutralitet när CFC-regler saknas. Att göra investeringar i en lågskattejurisdiktion blir då mycket mer förmånligt än att investera i hemviststaten. När CFC-regler sedan antagits kan neutraliteten rubbas genom att reglerna, som sådana, innebär att delägare i bolag belägna i lågskattejurisdiktioner beskattas hårdare än delägare i bolag i hemviststaten. Det förefaller som regeringen är mer benägen att använda sig av neutralitetsargumentet som ett rättfärdigande för införandet av själva lagstiftningen. När sedan lagstiftningen i sin tur riskerar att rubba neutraliteten åt andra hållet framstår inte längre neutralitetsbehovet som lika trängande.

5.3.4.2 CFC-lagstiftningen och neutralitet i praktiken

Trots att CFC-lagstiftning, ytligt betraktad, ger intryck av att vara klassiska KEN-bestämmelser är detta, enligt min mening, en felaktig slutsats med hänsyn tagen till dylik lagstiftnings uppbyggnad. Lagstiftningen möjliggör en löpande beskattning av delägaren trots att denne inte behövt eller haft möjlighet att tillgodogöra sig den ackumulerade vinsten i bolaget. Redan detta innebär svårigheter i att hitta ett lämpligt jämförelseobjekt för en neutralitetsanalys. Motsvarande ägande i ett svenskt bolag innebär ju inte beskattning förrän medlen plockas ur bolaget. Vid en direktinvestering blir det förvisso fråga om en löpande beskattning av avkastningen men investeraren är här garanterad förfogande över vinstmedlen. När det gäller CFC-beskattad inkomst behöver delägaren inte ha möjlighet att förfoga över sin del i bolagets vinst.¹⁰⁰ CFC-delägaren vidlades redan på detta stadium en nackdel gentemot andra investerare.

Man kan därför ifrågasätta om CFC-lagstiftning överhuvudtaget kan användas som ett verktyg för att uppnå neutralitet. Svaret torde vara nej eftersom man som regel använder löpande beskattning och detta är man, mer eller mindre, tvingad att göra för att inte på ett otillåtet sätt utsträcka

⁹⁸ Prop. 2003/04:10, s. 106.

⁹⁹ Ibid., s. 106.

¹⁰⁰ Silfverberg, s. 135f., samma resonemang som vid överensstämmelse med skatteförmåga.

statens beskattningsrätt. Redan på detta stadium väljs neutraliteten alltså bort. Ett annat problem är att neutralitet inte uppkommer mellan svenska och CFC-beskattade investeringar å ena sidan och övriga utländska investeringar å andra sidan. I stater där bolagsskatten ligger mellan 15,5 och 27,9 % kommer den fastlagda skattesatsen oavsett att gälla. Är det neutralitet man vill uppnå torde även dessa transaktioner omfattas.

Ovanstående diskussion innebär att det här inte är meningsfullt att göra någon detaljerad jämförelse mellan olika investerare eller investeringsalternativ. Neutralitetsfrågan är dock inte helt ointressant när det gäller den svenska CFC-lagstiftningen. Eftersom lagstiftningen är uppbyggd enligt jurisdiktionsmetoden finns alltid en risk att legitima transaktioner kan komma att omfattas. Med hänsyn tagen till denna risk bör man utforma själva CFC-beskattningen så neutralt som möjligt. Vi bortser då från problemet att delägaren beskattas löpande och ser istället närmare på några övriga beskattningskonsekvenser där CFC-delägaren särbehandlas i förhållande till andra delägare.

Avräkning av erlagd utländsk skatt: Numera har delägaren möjlighet att avräkna utländsk skatt som bolaget erlagt på dennes CFC-inkomst. Tidigare tilläts ingen avräkning överhuvudtaget. Denna förändring är oerhört positiv ur neutralitetssynpunkt. Avräkning är en av grundförutsättningarna för KEN och ett institut som länge funnits tillhands för investerare som ej omfattats av CFC-lagstiftningen. Någon full neutralitet är det dock inte fråga om. Den största skillnaden är att avräkning för en CFC-delägare endast får ske för skatt erlagd på CFC-inkomst. Det normala är annars att overallprincipen tillämpas. Ett annat negativt inslag är att ej utnyttjad avräkning endast får sparas i tre år.

Underskott: Underskott skall ha uppkommit under något av de tre närmast föregående beskattningsåren för att kunna utnyttjas av delägaren. CFC-delägaren hamnar här i ett sämre läge än vad som normalt gäller. Är det CFC-beskattade subjektet en juridisk person får denna inte heller utnyttja underskottet mot överskott i det svenska moderbolaget.¹⁰¹

Avsättning till periodiseringsfond: När det gäller avsättning till periodiseringsfond skall detta, liksom för handelsbolag, göras på delägarnivå oavsett bolagsform. Detta är en direkt följd av att delägaren blir löpande beskattad. En annan skillnad är att avsättningarna måste återföras så snart CFC-beskattning inte sker t.ex. för att täcka upp ett underskott.

Större administrativa kostnader kan också bli en direkt följd av CFC-beskattningen då utländska resultat- och balansräkningar måste justeras för att uppfylla de krav som uppställs i lagstiftningen.

¹⁰¹ Rabe (2004), s. 7.

5.3.5 Avslutning

I detta avsnitt har vi konstaterat att CFC-lagstiftning inte, som regeringen anser, kan fungera som ett verktyg för att upprätthålla KEN. Lagstiftningens uppbyggnad omöjliggör detta. Eftersom lagstiftningen även riskerar att omfatta legitima transaktioner anser jag att man ändå bör ta vissa neutralitetshänsyn. Jag har inte gjort några investeringsjämförelser utan endast redogjort för några enskilda beskattningskonsekvenser. Slutsatsen man kan dra av detta resonemang är följande: CFC-lagstiftningen är inte förenlig med principen om en neutral beskattning. Inte ens om man bortser från det grundläggande problemet med löpande beskattning kan någon annan bedömning göras. CFC-delägaren drabbas av en rad nackdelar i skattehänseende jämfört med investerare som ej omfattas av lagstiftningen.

Man kan förmodligen inte kräva att en lagstiftning som i huvudsak skall motverka skatteflykt till fullo leder till neutrala beskattningsföljder. Inte ens när legitima transaktioner riskerar att träffas. Det skall också sägas att den nuvarande CFC-lagstiftningen inneburit stora förbättringar vad gäller neutraliteten. Framst gäller detta införandet av möjligheten till avräkning av utländska skatter. Hur hög neutralitetsgrad man kan kräva är dock svårt att säga. Vi kan nöja oss med att konstatera att vissa onödigt stränga beskattningskonsekvenser mönstrats ut till neutralitetens fromma.

6 Internationella åtaganden

6.1 Inledning

I detta avsnitt kommer jag att analysera den svenska CFC-lagstiftningens överensstämmelse med Sveriges internationella åtaganden. Kapitlet innehåller i huvudsak en ingående analys av lagstiftningens förhållande till EG-rätten. Avslutningsvis behandlas också översiktligt lagstiftningens överensstämmelse med av Sverige ingångna dubbelbeskattningsavtal. Anledningen till att detta ämne endast behandlas översiktligt är att ett relativt färskt examensarbete redan analyserat denna fråga.¹⁰²

6.2 CFC-lagstiftningen och EG-rätten

6.2.1 Inledning

Detta avsnitt inleds med en kort förteckning över de länder och bolagsformer inom EU som kan komma att omfattas av CFC-beskattnings. Efter detta följer en redogörelse för EG-rättens validitet i fråga om direkta skatter. Därefter följer en redogörelse över den EG-rättsliga lagstiftning som aktualiseras i CFC-fallet. Det rör sig främst om reglerna om etableringsfrihet och friheten för kapitalrörelser. Denna följs av en redogörelse för de objektiva ursäktsgrunder som kan rättfärdiga ett eventuellt brott mot dessa friheter samt ett särskilt avsnitt om Uppförandekodens betydelse. Avslutningsvis följer själva analysen om den svenska CFC-lagstiftningen är förenlig med EG-rätten eller ej.

När det gäller EG-rättslig praxis skall påpekas att jag i huvudsak använt andrahandsuppgifter rörande tolkningar av rättsfallen. Anledningen till detta är att ingen CFC-rättslig lagstiftning varit föremål för EG-domstolens prövning. Praxis har således endast betydelse för detalj- och övergripande principiella frågor. En fullständig genomgång av praxis på egen hand hade blivit för tidsödande.

6.2.2 Stater och verksamheter som omfattas

Den svenska CFC-lagstiftningens överensstämmelse med EG-rätten aktualiseras i grunden av att bilaga 39a IL upptar en rad medlemsstater och bolagsformer däri. Svenskt delägarskap i sådana bolag kan utlösa svensk CFC-beskattnings av relevanta inkomster. Dessa länder är:

- Belgien (coordination centres och vissa finansiella inkomster).

¹⁰² Se not 13.

- Cypern (inkomster som inte beskattats med normal skattesats där).
- Estland (bank- och finansverksamhet samt försäkrings- och annan finansiell verksamhet).
- Irland (samma som Estland).
- Island (samma som Estland och Irland, dock ej verksamhet som erlagt normal inkomstskatt där).
- Luxemburg (inkomst från viss försäkringsverksamhet).
- Nederländerna (viss finansiell verksamhet där avsättning kan göras till särskild riskreserv).

6.2.3 EG-rättens validitet i frågor om direkt skatt

Frågan om EG-rättens validitet avseende direkta skatter har på senare tid hamnat i skymundan. Nu för tiden accepterar man närmast förutsättningslöst EG-rätten som en faktor att ta hänsyn till i internationella frågor rörande direkt skatt.¹⁰³ Det kan dock vara av värde att lite närmare skärskåda den grund som EG-rättens möjligheter att påverka utformningen av medlemstaternas direkta skatter vilar på. Grundfrågan är i vilken mån medlemsstaterna till gemenskapen har överfört kompetens i frågan om direkta skatter.

När det uttryckligen gäller direkta skatter finns mycket få bestämmelser i primärrätten. Egentligen är endast en artikel aktuell: medlemsstaterna får enligt art. 90 EGF inte utforma direkta skatter som innebär att utländska varor beskattas högre än inhemska dito. Skatter får inte heller medföra att varor indirekt skyddas. Denna bestämmelse är ett tydligt uttryck för att diskrimineringsförbudet även gäller de nationella skattesystemens utformning, dock endast för varor. När det gäller de övriga friheterna saknas liknande bestämmelser. Till detta kommer möjligheten att enligt art. 94 EGF genom tillnärmning av lagstiftning anta sekundär lagstiftning inom det direkta skatteområdet. Detta skall ske genom ett enhälligt beslut i ministerrådet. Exempel på dylika förfaranden finns men de är få.¹⁰⁴ Eftersom detta är allt som nämns i fördraget får man dra slutsatsen att direkta skatter i övrigt egentligen är en fråga för de enskilda medlemsstaterna. Ingen ytterligare suveränitet har avståtts till gemenskapen.¹⁰⁵ Principen om EG-rättens absoluta företräde¹⁰⁶ torde ju rimligen endast gälla de delar av suveräniteten som avståtts.¹⁰⁷

¹⁰³ Ett relevant exempel är det sätt EG-rätten behandlas i prop. 2003/04:10.

¹⁰⁴ Produkter av detta förfarande är t.ex. Moder- och dotterbolagsdirektivet samt Fusionsdirektivet.

¹⁰⁵ Pelin, s. 508.

¹⁰⁶ Fastställd i mål 26/62, Van Gend en Loos.

¹⁰⁷ Principen om EG-rättens företräde begränsas av medlemsstaternas konstitutioner, fastställt i de tyska Solange-målen, en inställning Sverige delar, se Pelin, s.506 not 19. För en utförligare redogörelse för Solange I (Brunner mot unionsfördraget) och Solange II (Wünsche Handelsgesellschaft) se Bernitz/Hjellgren, s. 82 samt not 15 och 16 a.a.

Trots att stöd saknas i fördraget menar EG-domstolen att de primärrättsliga bestämmelserna som rör fri rörlighet och icke-diskriminering även inskränker medlemsstaternas rätt att beskatta.¹⁰⁸ Domstolen menar att även om frågan rörande direkt beskattning fortfarande är förbehållen medlemsstaterna så är staterna ålagda en skyldighet att respektera EG-rätten även vid utövandet av sådana befogenheter. En något motsägelsefull inställning som likväl fått stort genomslag i praxis.¹⁰⁹ Om det nu inte finns någon författningsrättslig grund för EG-rättens företräde på de direkta skatternas område varför har domstolens inställning i så fall accepterats av medlemsstaterna? Detta är svårt att svara på, en anledning kan vara att tillnärmande av lagstiftning är en svår och tungrodd procedur. Eftersom enhällighet krävs kan lagstiftningsarbetet dra ut på tiden och resultatet riskerar att bli en urvattnad kompromiss. Möjligen vågar staterna inte utmana domstolen och principen om gemenskapsrättens företräde. Man skulle kunna uttrycka det som att domstolens inställning legitimerats av staternas konkludenta handlande (läs underlåtenhet att handla). Den rådande ordningen för dagen innebär även ett flertal nackdelar. När tillnärmningsförfarandet hamnat i baksätet och domstolen sitter i förarsätet förfaller möjligheten till en vettig och heltäckande integration av den gemensamma marknaden. Domstolen agerar ju endast i de mål som hamnar på dess bord och har dessutom endast befogenhet att ogiltigförklara lagstiftning. Detta innebär att endast små nålstick utdelas där det hade behövts ett genom- och övergripande arbete. Förutsebarheten blir lidande i motsvarande mån. Det finns också en risk att hela förtroendet för unionen rubbas när domstolen på ett sådant flagrant sätt utnyttjar möjligheten att indirekt och i strid med fördraget utöka gemenskapens kompetens.

Detta avsnitt har uppmärksammat en problematik som det för närvarande talas tyst om. Trots att man kan diskutera huruvida EG-rätten överhuvudtaget skall aktualiseras i ett fall med exempelvis CFC-lagstiftning får vi böja oss för realitetens faktum. Staterna accepterar, för närvarande, domstolens ovannämnda inställning. EG-rätten har bärighet i frågor om direkta skatter i de fall dessa skatter eventuellt bryter mot principerna om fri rörlighet och anti-diskriminering. Med denna inställning i åtanke övergår jag till att närmare behandla den EG-rättsliga lagstiftning som den svenska CFC-lagstiftningen kan hamna i konflikt med.

6.2.4 Den fria etableringsrätten

Den fria etableringsrätten inom EU brukar ibland benämnas ”den femte friheten”.¹¹⁰ När det gäller etableringsrätten kontra inhemsk CFC-lagstiftning är det främst artiklarna 43 och 48 i EGF som aktualiseras. Artikel 43 förbjuder inskränkningar i möjligheterna för en medborgare i unionen att fritt etablera sig i annan medlemsstat. Detta förbud innefattar

¹⁰⁸ Pelin, s.506 not 27.

¹⁰⁹ Mål där EG-domstolen underkänner nationella bestämmelser avseende direkt skatt ökar i antal, se mål i efterföljande framställning, t.ex. X och Y, Lankhorst-Hohorst med flera.

¹¹⁰ Bernitz/Kjellgren, s. 29.

även inskränkningar i möjligheterna att upprätta filial eller dotterbolag i annan medlemsstat. Denna bestämmelse är, som alla grundläggande ”frihetsbestämmelser”¹¹¹, baserad på det generella diskrimineringsförbudet (likabehandlingsprincipen) i artikel 12 EGF och skall ses i ljuset av fördragets syfte att försäkra största möjliga frihet för enskilda och företag att fritt verka och etablera sig inom den gemensamma marknaden.¹¹²

Enligt artikel 48 EGF skall juridiska personer likställas med medborgare inom EU om vissa särskilda förutsättningar är uppfyllda. Dessa förutsättningar är att bolaget skall ha bildats enligt tillämpliga föreskrifter i en medlemsstat, ha sitt huvudkontor beläget eller sin huvudsakliga verksamhet bedriven inom unionen samt drivas i vinstsyfte.¹¹³ Otillåten diskriminering blir det knappast tal om när det gäller eventuellt brott mot etableringsfriheten genom antagandet av nationell CFC-lagstiftning. Diskrimineringsfallet innebär att andra unionsstaters medborgare missgynnas på bekostnad av den aktuella medlemsstatens egna dito. CFC-beskattningen drabbar alla som uppfyller villkoren lika oavsett deras nationalitet, artikel 12 EGF är alltså inte aktuell.¹¹⁴ Artikel 43 tar primärt sikte på situationen när ett bolag med säte i någon av de övriga EU-staterna drabbas av inskränkningar vid etableringsförsök i Sverige. I CFC-fallet är förhållandet det rakt motsatta, bolag med säte i Sverige kan drabbas av inskränkningar (läs underkastas CFC-beskattning) vid etablering i vissa unionsstater. EG-domstolen har dock uttalat förbud både mot att en nationell skattebestämmelse gör det mindre attraktivt för utländska bolag med säte i annan unionsstat att etablera sig i skattestaten¹¹⁵ och att artikel 43 EGF skall tolkas så att den också förbjuder inskränkningar i möjligheten för medborgare från (skatte)bestämmelsens ursprungsstat att etablera sig i annan unionsstat.¹¹⁶ Med ”mindre attraktivt” avses en likviditetsmässig nackdel jämfört med bolag av annan nationalitet.¹¹⁷

Etableringsrätten har således bärighet även när det gäller nationell CFC-lagstiftning. Det är knappast svårt att föreställa sig en situation där hänsyn kan komma att tas till huruvida en etablering kommer att utlösa CFC-beskattning eller ej.

6.2.5 Den fria rörligheten för kapital

Den fria rörligheten för kapital inom unionen behandlas främst i artiklarna 56-58 EGF. I art. 56 stipuleras att alla restriktioner gällande kapitalrörelser mellan medlemsstaterna skall vara förbjudna. Med kapitalrörelser avses framför allt kapitalöverföringar till annat land för investering i företag eller

¹¹¹ Exempelvis art. 39 EGF om arbetstagare och art. 49 EGF om tjänster.

¹¹² Allgårdh/Norberg, s. 287.

¹¹³ Bernitz/Kjellgren, s. 205 not 1.

¹¹⁴ Wenehed (2003), s. 604.

¹¹⁵ Prop. 2003/04:10, s. 105 med hänvisning till mål C-324/00, Lankhorst-Hohorst.

¹¹⁶ Ibid., med hänvisning till mål C-251/98, Baars.

¹¹⁷ Ibid., med hänvisning till mål C-436/00, X och Y.

placering i värdepapper. Åtgärder som kan förmå medborgaren i en medlemsstat att avstå från dylika transaktioner eller att avtala om lån i annan medlemsstat är att anse som otillåtna inskränkningar i rörligheten för kapital.¹¹⁸ Exempel på otillåtna inskränkningar i rörligheten för kapital är högre beskattning på avkastningen från ett bolag¹¹⁹ och särbehandling vid försäljning av aktier i inhemskt bolag.¹²⁰ Intressant att uppmärksamma är att art. 56.1 (in fine) även talar om att kapitalrörelser mellan medlemsstat och tredje land skall hållas fria från inskränkningar.

Rörelsefriheten för kapital får dock under vissa förutsättningar inskränkas. Art. 58 behandlar dessa fall. Enligt 58.1a skall denna frihet inte inskränka staternas rätt att tillämpa skattelagstiftning som skiljer mellan skattebetalare som har olika bostadsort eller som har investerat sitt kapital på olika orter. Denna regel begränsas dock av en förklaring som lämnades i samband med Maastrichtfördragets undertecknande, däri sägs att endast de regler som fanns i medlemsstaternas lagstiftning före utgången av år 1993 kan godtas. Enligt 58.3 får inte heller sådan lagstiftning utgöra godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av friheten för kapitalrörelser.¹²¹ I 58.1b stadgas att den fria rörligheten för kapital inte utgör något hinder för medlemsstaterna att vidta alla nödvändiga åtgärder för att förhindra överträdelser av nationella lagar och andra författningar. Detta skall särskilt gälla ifråga om beskattning och tillsyn över den finansiella sektorn. Punkten avslutas med att även nationella regleringar motiverade av hänsyn till allmän ordning och säkerhet kan godtas.

Vad är det då för överträdelser som 58.1b tar sikte på? Praxis indikerar att det här rör sig om tämligen grov brottslighet. Staterna skall ha en bibehållen möjlighet att stävja skatteflykt och skattefusk. Det finns dock även en indikation på att bestämmelsen kan användas för att stävja ett i och för sig lagligt undvikande av skatt. Möjligheterna till detta framstår dock som starkt begränsade. I ett sådant fall torde ett minimikrav vara att samtliga skattskyldiga behandlas lika.¹²² Begränsningen i 58.3 gäller även denna punkt. För att regleringar överhuvudtaget skall kunna omfattas av art. 58 krävs självfallet att de uppfyller de grundläggande kraven på proportionalitet samt utgör ett tillfredställande instrument för att uppnå sitt uppsatta syfte.

¹¹⁸ Prop. 2003/04:10, s. 109.

¹¹⁹ Wenehed (2003), s. 606, hänvisning till mål C-35/98, Verkoijen, fråga om särbeskattning av utdelning med den följd att utdelning från belgiskt bolag beskattades hårdare än dito från nederländskt bolag.

¹²⁰ Ibid., hänvisning till X och Y-målet, ägarbyte av aktier är att anse som en kapitaltransaktion

¹²¹ Mattson (2004), s. 182.

¹²² Ibid., s. 184f. Angående brott: hänvisning till mål C-163/94, Sanz de Lera, angående lagligt undvikande av skatt se hänvisning till mål C-439/97, Sandoz. Målen aktualiseras av att de behandlas i prop. 2003/04:10, s. 110.

6.2.6 Ursäktsgrunder vid ett eventuellt brott mot EG-rätten

Om man kan konstatera ett brott mot någon/några av fördragets grundläggande friheter finns det ändå ett visst utrymme för att de nationella reglerna trots allt objektivt kan rättfärdigas. Om en viss lagstiftning skulle komma att bryta mot någon av friheterna kan alltså lagstiftningen, om ett antal kriterier är uppfyllda, anses ursäktlig med EG-rättsliga ögon. För det första bör påpekas att öppen diskriminering aldrig kan ursäktas om det inte uttryckligen är stadgat i fördraget. Avseende etableringsrätten gäller detta endast hänsyn till allmän ordning, säkerhet och hälsa (art. 46 jämförd med art. 48). I CFC-fallet är det som nämnts inte fråga om öppen diskriminering och undantagen är ej heller tillämpliga. Det finns däremot ytterligare i praxis fastställda skäl som kan komma att beaktas i ett sådant här fall. För att ett brott mot friheterna objektivt skall kunna rättfärdigas måste inledningsvis tre krav vara uppfyllda:

- 1 Reglerna skall ha tillkommit för att hävda ett tungt vägande allmänintresse.
- 2 Reglerna skall vara ägnade att säkerställa det syfte de skall tillgodose.
- 3 Reglerna skall vara proportionerliga mot det allmänintresse de skall tillgodose.¹²³

För att man skall kunna göra en bedömning huruvida dessa krav uppfyllts måste först klargöras vad som menas med ett tungt vägande allmänintresse i förhållande till nationell skattelagstiftning. I CFC-fallet kan man tänka sig en rad sådana allmänintressen. Man kan härvid argumentera att CFC-lagstiftningen tillkommit för att:

- Säkerställa medlemsstaternas skatteintäkter (undvika en urholkning av skattebasen).
- Fungera som en korrektion mot skatteflykt.
- Säkerställa en effektiv skattekontroll.
- Säkerställa skattesystemets kongruens (inre sammanhang).
- Uppfylla Uppförandekoden för företagsbeskattning.¹²⁴

6.2.7 EU:s Uppförandekod för företagsbeskattning

Uppförandekoden är ett resultat av EU:s ambition att stävja medlemsstaternas eventuella vilja att med illojala metoder locka till sig utländskt kapital i form av investeringar och dylikt. Koden antogs den 1 december 1997. I koden och den efterföljande Primarologruppens rapport från 1999 kartläggs bolagsformer och skatteregler som kan utgöra potentiellt skadlig skattekonkurrens. Olika former av holdingbolagsregimer etablerade på helt skattemässiga grunder klassas som skadliga. En form av skattereglering som identifieras som potentiellt skadlig i koden och som har

¹²³ Listan hämtad från Mattson (2004), s. 176.

¹²⁴ Listan hämtad från Rabe (2003), s. 247.

relevans för detta arbete är skattefrihet för utdelning på näringsbetingade andelar i bolag belägna i skatteregimer med låga eller obefintliga skattesatser. För att ett sådant regelkomplex skall anses icke skadligt bör det, enligt koden, kombineras med någon form av parerande lagstiftning. En sådan väg att gå är att införa CFC-lagstiftning, en lösning som uttryckligen nämns i koden. Det bör avslutningsvis påpekas att koden inte har någon författningsrättslig status men att ministerrådet i ett beslut ställt sig bakom koden och det arbete som utformningen av denna inneburit.¹²⁵

6.2.8 Bryter den svenska CFC-lagstiftningen mot EG-rätten?

6.2.8.1 Allmänt

Regeringens inställning är att den svenska CFC-lagstiftningen är förenlig med EG-rätten, lagrådet förefaller i sitt yttrande vara mer tveksamma men utreder inte frågan närmare. Ett tecken på att regeringen svajar något i sin egen bedömning är att man trots allt även behandlar frågan om lagstiftningen vid ett eventuellt brott mot EG-rätten trots allt objektivt kan rättfärdigas.

6.2.8.2 CFC-lagstiftningen ett brott mot etableringsfriheten?

Finns det en risk att Sveriges CFC-lagstiftning bryter mot EG-rättens regler om etableringsfrihet? Regeringens uppfattning är att så inte är fallet. För att bryta mot etableringsfriheten skall en nationell skattebestämmelse göra det mindre attraktivt för ett bolag att etablera sig i en medlemsstat. Enligt regeringen är detta inte fallet med den svenska CFC-lagstiftningen. Tvärtom innebär lagstiftningen fördelar i neutralitetshänseende då alla investeringar i medlemsländer kommer att likställas med motsvarande investering i Sverige.¹²⁶ Regeringen diskuterar för övrigt spörsmålet i diskrimineringskontext vilket framstår som något malplacerat (se avsnitt 6.2.4). Kan man då så pass enkelt undvika en konflikt med etableringsfriheten?

Regeringens lättsamma inställning i denna fråga har med rätta kritiserats. Mattson menar att regeringen i väsentliga delar misstolkat både författningar och praxis.¹²⁷ För det första bör noteras att beskattningsföljden inte blir likvärdig vid inhemsk svensk beskattning som vid svensk CFC-beskattning. Neutralitetsargumentet bör därmed förfalla. Exempelvis bortfaller vissa förmåner som den skattskyldige är garanterad vid intern svensk beskattning i en CFC-beskattningssituation.¹²⁸ Att endast jämföra de olika beskattningssituationerna utifrån ett svenskt perspektiv framstår som väl restriktivt, en jämförelse borde rimligen också göras mellan olika

¹²⁵ Prop. 2003/04:10, s. 103f., samt Rabe (2001), s. 174.

¹²⁶ Ibid., s. 106

¹²⁷ Mattson (2004), s. 174ff.

¹²⁸ Exempel är avsättning till periodiseringsfond och underskott, se avsnitt 5.3.4.2.

utländska investeringsstater. För låga skattesatser kommer att diskvalificera vissa stater ur etableringssynpunkt. Risken att drabbas av svensk CFC-beskattning kommer i det läget kunna utgöra den avgörande faktorn vid bestämmandet av etableringsstat. Sverige kan på det sättet omintetgöra möjligheten för investerare att utnyttja ett mer fördelaktigt skatteklimat i annan medlems-stat.¹²⁹ Möjligen ett hedervärt initiativ med tanke på den svenska skatte-basen men knappast i linje med etableringsfriheten.

Även Wenehed menar att de svenska reglerna strider mot etableringsfriheten. Det kan dock finnas en möjlighet att CFC-beskattning i vissa fall kan undkomma denna konflikt. EG-domstolen har uttalat att en investering är att anse som en etablering i de fall investeraren har kontroll över bolaget. Hur stor delägarens andel måste vara anges ej men ett innehav på minst 50 % torde vara en gräns där investeringen alltid är att anse som en etablering. Detta skulle kunna innebära att CFC-beskattning av svenska delägare med andelar i storleksordningen 25-49 %¹³⁰ inte skulle bryta mot etableringsfriheten.¹³¹ Det finns däremot inte någon sådan begränsning avseende EU-medborgare i den svenska lagstiftningen. Frågan om lagstiftningen ändock objektivt kan rättfärdigas behandlas i avsnitt 6.2.9.

6.2.8.3 CFC-lagstiftningen ett brott mot friheten för kapitalrörelser?

Om man vid en genomgång av en nationell regels överensstämmelse med EG-rätten kan konstatera ett brott mot någon av unionens friheter behöver eventuella brott mot ytterligare friheter inte närmare utredas. Man kan direkt övergå till frågan om objektivt rättfärdigande. I detta läge är det dock även av intresse att utreda huruvida CFC-lagstiftningen också kan tänkas bryta mot friheten för kapitalrörelser. Detta inte minst eftersom regeringen menar att något brott mot etableringsfriheten icke föreligger.

Regeringen anser att de svenska reglerna inte innebär någon restriktion vad gäller kapitalrörelser eftersom följderna blir att ett innehav av andelar i utländska bolag jämföras med innehav i svenska dito. Om detta argument inte skulle hålla menar man att undantagen i art. 58.1a och 1b är tillämpliga. Man påpekar i anslutning till detta att eftersom lagstiftningen i huvudsak är identisk med tidigare CFC-lagstiftning skall begränsningen, att lagstiftningen i fråga måste vara antagen före utgången av år 1993, inte gälla.¹³² Man anför även att CFC-lagstiftning är ett sådant regelkomplex som omfattas av punkten 1b och som staterna har rätt att utfärda i eventuell strid med rörligheten för kapital. Man påpekar avslutningsvis att det ej kan

¹²⁹ Mattson (2004), s. 175f.

¹³⁰ 25 % är den stipulerade minimigränsen där CFC-lagstiftning kan komma ifråga se IL 39a:2, observera dock att enskild delägares innehav kan vara mindre innan sammanläggning har skett.

¹³¹ Wenehed (2003), s. 604f., med hänvisning till X och Y-målet.

¹³² Mål C-302/97, Konle, målet rörde dock ej specifikt artikel 58 EGF.

röra sig om en sådan godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning som förbjuds i art. 58.3.¹³³

Innan vi går igenom regeringens ståndpunkter skall endast klarläggas i vilken mån en CFC-lagstiftning kan anses inverka menligt på den fria rörligheten för kapital. Om det är så att en nationell reglering innebär att en investerare drabbas av en likviditetsmässig nackdel rör det sig om ett brott mot rörligheten för kapital. Med detta menas exempelvis att investeraren drabbas av en högre beskattning på sin avkastning av det investerade kapitalet eller att investeraren vägras uppskjuten beskattning på sin avkastning. CFC-regler innebär onekligen att dessa två scenarion riskerar att inträffa. Skattebördan kan bli högre än normalt och uppskjuten beskattning vägras regelmässigt. Detta innebär att investerare som drabbas av CFC-beskattning vidlådes en likviditetsmässig nackdel i strid med den fria rörligheten för kapital.¹³⁴

Regeringens första påstående, att ingen restriktion föreligger eftersom förhållandena gentemot utlandet skulle bli likartade de svenska interna förhållandena, faller på sin egen orimlighet. Det går knappast att tala om en fri rörlighet av kapital om medlemsstaterna skulle kunna stadga om ett totalförbud för alla utländska investeringar som utfaller förmånligare än investeringar i det egna landet.¹³⁵

Är då undantagen i art. 58 tillämpliga? Svaret måste tyvärr även i detta fall bli nekande. Vad gäller punkt 1a kan man diskutera huruvida, det av regeringen anförda, Konle-målet överhuvudtaget är relevant eller om Sverige omfattas av punkten då vi inte var medlemmar i EU 1993. Om vi trots allt antar att så är fallet blir det ändå problem att hävda den nya lagstiftningens snarlikhet med den föregående. Den nya lagstiftningen går i skärpande riktning¹³⁶, detta var ju hela idén med den nya CFC-lagstiftningen. Den gamla lagstiftningen ansågs alltför tandlös i allmänhet och i synnerhet under de nya förutsättningar som nu råder.¹³⁷ Därutöver har art. 58.3 genom Verkoijen-målet¹³⁸ fått en utökad betydelse och väsentligen beskurit punkten 1a:s tillämpningsområde. I detta mål slog domstolen fast att inga skillnader fick göras mellan investeringar i och utanför Nederländerna avseende nationella regleringar med punkt 1a som bas. Ingenting tyder på att svensk CFC-lagstiftning av den typ det här är fråga om skulle kunna motiveras utifrån denna punkt.

När det gäller punkt 1b och de enskilda staternas möjlighet att stävja skatteflykt går denna troligtvis inte heller att använda för att rättfärdiga den svenska CFC-lagstiftningen. För det första är denna punkt primärt inriktad

¹³³ Prop. 2003/04:10, s. 109ff.

¹³⁴ Wenehed (2003), s. 606.

¹³⁵ Mattsson (2004), s. 181.

¹³⁶ Se exempelvis sänkningen av kontrollkravet, reglerna om intressegemenskap samt även höjningen av jämförelseskattesatsen (39a kapitlet IL).

¹³⁷ Mattsson (2004), s. 182.

¹³⁸ Mål C-35/98.

på att stävja skatteflykt och skattefusk samt underlätta staternas skattekontroll. Det skall röra sig om tämligen grov brottslighet och samtidigt måste reglerna vara proportionella. Om CFC-lagstiftningen endast är till för att stävja skatteflykt och att underlätta skattekontroll kan reglerna knappast anses proportionella i förhållande till sitt syfte. Regleringen är, som nämnts, inte begränsad till att endast omfatta transaktioner med skatteundandragande syfte. Det finns dock en möjlighet att med denna punkts hjälp angripa i sig lagliga skatteundandraganden. För att detta skall vara möjligt är dock ett grundkrav att alla skattskyldiga i regleringen behandlas lika. Alla investeringar utomlands skulle alltså i CFC-lagstiftningen behandlas på samma sätt. Detta är som bekant inte fallet. CFC-lagstiftningen slår till under mycket speciella omständigheter och särbehandlar investeringar i vissa utländska företag jämfört med investeringar i andra utländska företag.¹³⁹

6.2.9 Kan CFC-lagstiftningen objektivt rättfärdigas?

När vi nu konstaterat att den svenska CFC-lagstiftningen bryter både mot etableringsfriheten och den fria rörligheten av kapital måste undersökas om det finns någon möjlighet till objektivt rättfärdigande. Detta har även regeringen själv uppmärksammat och en diskussion om detta förs märkligt nog i propositionen trots att regeringen menar att något brott mot EG-rätten inte föreligger.

Som tidigare nämnts (avsnitt 6.2.6) kan fem så kallade ”rules of reason” föras fram i försöket att rättfärdiga CFC-lagstiftningens brott mot EG-rätten. För det första måste fastställas huruvida dessa ursäcksgrunder utgör ett trängande allmänintresse därefter måste lagstiftningen utgöra en effektiv lösning på problemet och samtidigt vara proportionell gentemot ursäcksgrunden. Kort sagt, lagstiftningen får ej gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med den.

I propositionen anför regeringen främst tre ursäcksgrunder: skattesystemets inre sammanhang, korrektion mot skatteflykt samt uppfyllande av kraven i Uppförandekoden.¹⁴⁰ Utöver dessa behandlar jag även de presumtiva argumenten: säkerställa statens skatteintäkter samt säkerställa skattekontrollens effektivitet. I det följande kommer jag att gå igenom ursäcksgrunderna var för sig.

Säkerställa statens skatteintäkter: Ett säkerställande av nationella skatteintäkter utgör ofta huvudsyftet med nationell CFC-lagstiftning även om det inte sägs rakt ut. I förhållande till övriga stater inom EU är det däremot inte ett sådant trängande allmänintresse som objektivt kan rättfärdiga ett brott mot EG-rätten. Domstolen har vid ett flertal tillfällen

¹³⁹ Mattson (2004), s. 183, med hänvisning till Sanz de Lera och Sandoz.

¹⁴⁰ Prop. 2003/04:10, s. 106ff.

underkänt detta argument, för svenskt vidkommande bl.a. i X och Y-målet.¹⁴¹ Denna ursäktgrund faller således redan på grundrekvisitet.¹⁴²

En korrektion mot skatteflykt: Regeringen är av den uppfattningen att CFC-lagstiftningen objektivt kan rättfärdigas såsom varande ett tillåtet verktyg för att förhindra skatteflykt. Det faktum att EGD uttalat att endast lagstiftning som syftar till att förhindra rena skentransaktioner i syfte att tillskansa vederbörande skatteförmåner kan ursäktas samt att enbart omständigheten att ett bolag etablerats i annan medlemsstat inte får utgöra någon presumtion för skatteflykt anser man inte ha någon bärighet i detta fall. Man menar härvid att eftersom CFC-lagstiftningen endast träffar hela eller delar av vissa specifika skattesystem i unionen kan man särskilja denna lagstiftning från den i de aktuella rättsfallen. Där var det fråga om lagstiftning som drabbade alla etableringar i andra medlemsstater. I detta fall träder lagstiftningen endast in i de fall man bedömt att en förhöjd risk för skatteflykt föreligger.¹⁴³ Man hänvisar också till sina skyldigheter enligt Uppförandekoden, detta behandlas under vederbörlig punkt nedan.

Jag har svårt att se den skillnad regeringen bedömer som avgörande. Risker att den nya svenska CFC-lagstiftningen träffar legitima transaktioner är överhängande. Måltavlan må vara begränsad men inom dess gränser kan jag inte se att enbart skentransaktioner omfattas. Tvärtom tycks det som om regeringen i strid med EGD:s uppfattning, om än i begränsad skala, presumerar att ett skatteflyktsförfarande föreligger när exempelvis etablering sker i vissa stater eller genom vissa bolagsformer. Dessutom har domstolen även yttrat att etablering i annan medlemsstat inte per definition är skatteflykt eftersom bolaget omfattas av skattelagstiftningen i etableringslandet.¹⁴⁴ Huruvida etableringsstatens skattesystem är förmånligare eller ej synes inte tillmätas någon betydelse. Att beskattning faktiskt sker torde vara tillräckligt.

Om det ändock skulle vara så att lagstiftningen objektivt skulle anses försvarbar kan man fråga sig om detta verkligen är en proportionell lösning för att komma tillrätta med skatteflykt. Regeringen anser till att börja med lagstiftningen vara tillfyllest i förhållande till sitt syfte. I en något märklig formulering menar man att:

”[E]n del av syftet med CFC-reglerna är att undvika att det huvudsakliga skälet till delägarskap i utländska företag är hur dessa beskattas samt att minska risken för skatteflykt. Bestämmelserna måste anses uppfylla detta kriterium [lämplighet i förhållande till syftet].”¹⁴⁵

¹⁴¹ Mål C-436/00.

¹⁴² Rabe (2003), s. 249.

¹⁴³ Prop. 2003/04:10, s. 108, med hänvisning till X och Y-målet samt mål C-324/00, Lankhorst-Hohorst.

¹⁴⁴ Rabe (2003), s. 250, med hänvisning till Lankhorst-Hohorst samt mål C-246/96, ICI.

¹⁴⁵ Prop. 2003/04:10, s. 108.

Hastigt och (o)lustigt har etablering baserad på möjligheterna att åtnjuta ett förmånligare skatteklimat likställts med den skatteflykt (rent konstlade arrangemang) EGD ger staterna rätt att bekämpa med sina nationella regleringar. Att ta hänsyn till skattesystemet när en investering sker är naturligt och även om detta skulle vara en av de övervägande faktorerna finns det inget som indikerar att detta skulle vara otillåtet inom unionen. Tvärtom har vi redan ovan kommit fram till att detta skulle leda till en otillåten begränsning av etableringsfriheten. Man måste särskilja skatteflykt från åtgärder som innebär att den aktuella staten förlorar skatteintäkter. Varför regeringen gör denna koppling blir i det efterföljande tydligt. Är lagstiftningen proportionell gentemot sitt syfte? Ja, säger regeringen och räknar upp ett antal alternativa åtgärder (begränsningar avseende ränteadrag och förhandskontroll) som man anser skulle bli mer ingripande för de skattskyldiga.¹⁴⁶ Om man endast betraktar CFC-lagstiftningens proportionalitet i förhållande till den rena skatteflykten blir bedömningen nedslående. Lagstiftningen kan som nämnts träffa transaktioner som inte utgör skatteflykt. En uppskattning är omöjlig att göra men man kan anta att det inte rör sig om ett försumbart antal fall. Om man däremot, som regeringen, tar med etableringar gjorda på huvudsaklig basis av skatteskal i ekvationen ökar proportionaliteten lavinartat. Problemet är som sagt endast att detta inte utgör något trängande allmänintresse enligt EG-rätten. Ytterligare kritik som kan framföras är att regeringen i detta sammanhang behandlar CFC-lagstiftningen som en konstant. Ingen ytterligare utredning har gjorts om huruvida en mindre sträng lagstiftning skulle kunna passera nålsögat. Exempelvis en lagstiftning som primärt tar sikte på passiva inkomster. I sin nuvarande utformning framstår inte den svenska CFC-lagstiftningen som ett proportionellt verktyg i kampen mot skatteflykt.

Skattekontrollens effektivitet: En ursäktgrund som är intimt sammankopplad med skatteflyktsargumentet. Staterna har från andra medlemsstater rätt att få de nödvändiga uppgifter som behövs för att fastställa den inkomstskatt en skattskyldig skall betala. Domstolen har uttalat att denna teoretiska möjlighet är tillräcklig för att upprätthålla en effektiv skattekontroll, CFC-lagstiftning kan således inte användas för att uppnå detta syfte.¹⁴⁷

Skattesystemets kongruens: Lagstiftning kan ursäktas om den är nödvändig för att säkerställa skattesystemets inre sammanhang. Vad som menas med detta är helt enkelt att en stat måste ha möjlighet att neka en skattskyldig skattefordelar kopplade till skattenackdelar som inte aktualiseras p.g.a. ett internationellt förhållande. Det tydligaste exemplet i praxis är Bachmann-målet¹⁴⁸. I detta mål lyckades Belgien undkomma skyldigheten att medge avdragsrätt för erlagda försäkringspremier till ett utländskt försäkringsbolag. Domstolen menade att en staten hade rätt att neka avdragsrätt eftersom den inte hade rätt att uppbära skatten på de belopp som senare skulle utbetalas

¹⁴⁶ Prop. 2003/04:10, s. 109.

¹⁴⁷ Rabe (2003), s. 250, med hänvisning till Dannerdomen, mål C-136/00.

¹⁴⁸ Mål C-204/90.

från försäkringsbolaget. Här framträder den intima kopplingen mellan skattefördel och skattenackdel. Praxis har ytterligare utvecklats och det avgörande skall enligt EGD vara att ett direkt samband föreligger samt att det skall röra en och samma skattskyldig.

Regeringen anser att det rör sig om ett sådant direkt samband mellan skattefördelar och nackdelar och att den svenska lagstiftningen kan rättfärdigas med detta argument. Genom att man infört skattefrihet på utdelning och kapitalvinster på näringsbetingade andelar får svenska moderbolag en skattefördel. Denna skattefördel är, enligt regeringen, inte kopplad till en motsvarande svensk skattenackdel i de fall moderbolagen är ägare till utländska dotterbolag som är underkastade en låg eller obefintlig beskattning. En skillnad skulle därvid uppkomma gentemot moderbolag med svenska döttrar, lagstiftningen har införts för att jämställa ägande i utländska dotterbolag med ägande i svenska dito. Möjligheten att åtnjuta skattefrihet på kapitalvinster i dotterbolag m.m. måste, för att kongruensen skall bevaras, motsvaras av svenska skatteintäkter i något skede.¹⁴⁹

För det första kan man fråga sig om något direkt samband alls föreligger? Regeringen anser att moder- och dotterbolag tillsammans kan anses vara en skattskyldig enhet. Detta resonemang framstår i bästa fall som mycket tveksamt. Dotterbolag utgör som bekant ett eget skattesubjekt. En hopslagning av olika skattesubjekt till en enhet förefaller istället gå stick i stäv med EGD:s framförda uppfattning att sambandet skall röra en och samma skattskyldig. Jag har mycket svårt att se någon anledning till att ett sådant resonemang skulle kunna godtas även i fall där olika skattskyldiga är intimt sammankopplade, t.ex. vid ett koncernförhållande. Börjar man att tumma på denna princip borde direkta samband föreligga vid ett stort antal fall där det i grunden inte rör sig om en och samma skattskyldig.¹⁵⁰

Man kan även angripa regeringens grundresonemang enligt denna punkt. Argumentationen här är klart likartad den argumentation som används för att proklamera CFC-lagstiftningens förenlighet med EG-rätten i sin helhet. Vi har redan konstaterat att neutralitetsargumentet (svenska moderbolag med utländska dotterbolag kommer genom lagstiftningen endast att sättas i samma situation som svenska moderbolag med svenska dotterbolag) inte har någon bärkraft i förhållande till EG-rätten. Att förmånliga skattesatser i andra medlemsstater utnyttjas är icke förbjudet, tvärtom. Till råga på allt innebär, som redan konstaterats, CFC-lagstiftningen inte heller att bolag i målgruppen hamnar i samma situation som övriga bolag utan i ett mer ofördelaktigt läge, både vad gäller skatteböroda samt förfoganderätt över sina tillgångar. Detta gäller även i hög grad fysiska personer som äger andelar i utländska bolag, de nämns dock inte med ett ord i propositionen.¹⁵¹ Slutsatsen måste bli att den svenska CFC-lagstiftningen inte kan ursäktas med hänsyn till det svenska skattesystemets kongruens.

¹⁴⁹ Prop. 2003/04:10, s. 106 ff.

¹⁵⁰ Mattson (2004), s. 176f.

¹⁵¹ Mattson (2004), s. 176f.

Uppförandekodens inverkan: Regeringen hävdar å det bestämdaste att Sverige enligt Uppförandekoden har en skyldighet att införa den aktuella CFC-lagstiftningen. Skattefrihet för utdelning och kapitalvinster på näringsbetingade andelar kan inte införas utan att ackompanjeras av dylik lagstiftning. Anledningen till detta är att koden tar upp just sådan skattefrihet (när det gäller inkomster från dotterbolag i lågskattejurisdiktioner) som ett exempel på potentiellt skadlig skattekonkurrens om inte också andra åtgärder vidtas. En sådan åtgärd som nämns i koden är införandet av CFC-lagstiftning.¹⁵²

Resonemanget ovan framstår som väl underbyggt om man accepterat att Uppförandekoden har vederbörlig tyngd som rättskälla. Så är troligtvis inte fallet. Det framstår som något märkligt att regeringen så tvärsäkert resonerar kring Uppförandekodens betydelse när den endast ett fåtal rader tidigare konstaterat att ”[D]enna uppförandekod innebär endast ett politiskt åtagande medlemsstaterna emellan, som varken påverkar rättigheter, skyldigheter eller behörighet som följer av EG-fördraget.”¹⁵³

Uppförandekoden kan möjligtvis användas för att ytterligare legitimera nationella regleringar som är förenliga med EG-rätten. Koden kan inte i sin nuvarande form ta över fördraget eller fungera som en bakdörr för att ta sig förbi reglerna om etableringsfrihet i syftet att bekämpa skatteflykt.¹⁵⁴ Man kan dessutom ifrågasätta om den svenska CFC-regleringen kan ses som en proportionell lösning för att uppfylla nationens åtaganden enligt koden.¹⁵⁵ Enligt min mening borde man ha fört en diskussion huruvida alternativa utformningar av den nationella CFC-lagstiftningen bättre hade korresponderat både med EG-rätten i sin helhet som för att uppfylla kraven uppställda i koden. Nu verkar det istället som regeringen är av den uppfattningen att vilken lagstiftningskonstruktion som helst kan rättfärdigas med hänvisning till Uppförandekoden bara man benämner den CFC-lagstiftning. Slutsatsen blir således att Uppförandekoden ej kan rättfärdiga den svenska CFC-lagstiftningen då den endast utgör en politisk viljeyttring. Dessutom är det tveksamt om de svenska reglerna i sin nuvarande utformning hade kunnat rättfärdigas även om koden haft vederbörlig legal status.

6.2.10 Avslutning

Vi har i detta avsnitt kommit fram till att den svenska CFC-lagstiftningen är oförenlig med EG-rätten. Den utgör ett brott både mot etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital. Inga undantag är tillämpliga och lagstiftningen kan inte heller objektivt rättfärdigas. Lösningen på problemet är förhållandevis enkel. Man behöver endast införa ett undantag i

¹⁵² Prop. 2003/04:10, s. 103f.

¹⁵³ Ibid., s. 103.

¹⁵⁴ Rabe (2003), s. 251f.

¹⁵⁵ Mattson (2004), s. 173f.

lagstiftningen där det sägs att densamma inte äger tillämplighet i förhållande till andra medlemsstater inom EU. Varför har då inte detta gjorts? Förklaringen är enligt min mening tämligen enkel. Som tidigare redogjorts bygger EG-rättens företrädare i frågor om direkta skatter på lös grund. Staterna har mer eller mindre accepterat denna ordning, om än i vissa fall under protest. De flesta av EU:s medlemsstater har en nationell CFC-lagstiftning dock har ännu ingen prövats av EGD. Det förefaller naturligt att staterna behåller aktuell lagstiftning tills dess den underkänns av domstolen. Det som gör det extra tveksamt i vårt fall är att Sverige inte behåller en gammal lagstiftning utan nu har infört en ny, betydligt strängare, CFC-lagstiftning. Trots detta intar regeringen samma inställning som tidigare, man kör på tills man får bakläxa. Vad gäller skattefrågor är Sveriges meritlista inför EGD:s skrank inte särskilt imponerande.¹⁵⁶ En framtida förlust i EGD anses helt enkelt inte uppväga de fördelar lagstiftningen kommer att innebära fram tills dess den underkänns. Fördelar som, med tanke på att man efter det datum frågan anhängiggjorts vid domstol förmodligen får räkna med en handläggningstid på fyra år eller mer innan besked kommer att kunna erhållas¹⁵⁷, inte är försumbara. Man hoppas förmodligen att problemen med skadlig skattekonkurrens inom unionen vid det laget kommer att vara lösta.

Detta förklarar samtidigt regeringens halvhjärtade argumentation i propositionen. Att medge att den nya CFC-lagstiftningen med största säkerhet kommer att fällas av EGD hade varit att gå för långt. Själva grundsyftet med den nya CFC-lagstiftningen är ju att skydda den svenska skattebasen. Detta allena talar emot lagstiftningens förenlighet med EG-rätten, ett sådant skäl är inte giltig grund för att inskränka de grundläggande friheterna enligt fördraget. Vill man nu inte undanta EU från lagstiftningens tillämpningsområde måste man arbeta om lagstiftningen så att denna endast träffar skatteflyktstransaktioner. En proportionell CFC-lagstiftning med detta syfte har förmodligen goda möjligheter att godtas av EGD. Min rekommendation är att regeringen vid en framtida process inte begagnar sig av den svaga argumentation som kommer till uttryck i propositionen utan istället hävdar statsrättslig immunitet. Sverige har inte i något folkrättsligt giltigt dokument av sagt sig rätten att bestämma över sin direkta beskattning och i förlängningen sina CFC-regler. En sådan taktik är dock inte invändningsfri, bland annat kan det bli svårt att förklara varför man godtagit EGD:s ingrepp på det direkta skatternas område tidigare.

¹⁵⁶ Rabe (2003), s. 252, förlust i Safirmålet (C-118/96) samt båda X och Y-målen (C-200/98 och C-436/00) med flera.

¹⁵⁷ Se Virin.

6.3 CFC-lagstiftningen och skatteavtal

6.3.1 Inledning

I detta avsnitt skall jag endast översiktligt beröra förhållandet mellan CFC-lagstiftning och skatteavtal och den potentiella konflikt detta förhållande är behäftat med. CFC-lagstiftning innebär i praktiken att en stat utvidgar sin beskattningsrätt. I de fall ett skatteavtal upprättats mellan de aktuella staterna kan den nationella lagstiftningen komma i konflikt med (i vårt fall Sveriges) åtaganden enligt avtalet. Det finns möjlighet att reglera CFC-förhållanden när man ingår eller omförhandlar avtalet, detta sker genom att vissa bolagstyper eller inkomster exkluderas från avtalets tillämpningsområde. Detta har dock inte skett i samtliga fall¹⁵⁸ samtidigt som den svenska CFC-lagstiftningen äger tillämplighet även gentemot vissa avtalsstater.¹⁵⁹ Finns det en möjlighet att hävda lagstiftningens företräde framför ett internationellt ingånget avtal i en sådan situation? Problematiken förstärks av att den svenska CFC-lagstiftningen grundas på en relativt hög jämförelseskatt samt även omfattar aktiva inkomster. För det fall att lagstiftningen endast omfattar skatteparadis framstår konflikten som marginell då dessa stater endast undantagsvis ingått dylika avtal.¹⁶⁰ Förekomsten av uteslutningsartiklar i ett sådant avtal torde också vara tillfredställande.

6.3.2 Den svenska CFC-lagstiftningen och skatteavtalen

Majoriteten av Sveriges ingångna skatteavtal grundas på OECD:s modellavtal. Artikel 7 i modellavtalet kan tolkas såsom att CFC-beskattning av inkomster som omfattas av avtalet inte är tillåten. Artikeln stadgar att inkomst av rörelse som ett företag förvärvar i den stat företaget hör hemma endast får beskattas i denna stat. Delägaren skulle således ej kunna beskattas för denna inkomst i Sverige. Liknande bestämmelser finns för andra former av inkomster.¹⁶¹ Kommentarer till avtalet talar delvis ett annat språk. Enligt dessa finns det möjligheter för en stat att tillämpa CFC-lagstiftning utan att det strider mot avtalet. Där sägs bland annat att CFC-lagstiftning är ett legitimt instrument för att förhindra utnyttjandet av basbolag samt att uteslutningsartiklar i princip inte är nödvändiga för att inhemsk lagstiftningen skall äga giltighet gentemot avtalet.¹⁶²

Den svenska ståndpunkten är att CFC-lagstiftning inte befinner sig i konflikt med skatteavtal utformade efter OECD:s modell:

¹⁵⁸ Undantag finns exempelvis i avtalet med Luxemburg, undantag saknas bl.a. i avtalen med Irland och Singapore, se Dahlberg (2001), s. 501.

¹⁵⁹ Exempelvis Nederländerna och Schweiz, se Dahlberg (2003), s. 57.

¹⁶⁰ Wenehed (2000), s. 93f.

¹⁶¹ Prop. 2003/04:10, s. 100, utdelning, ränta, royalty, realisationsvinst eller annan inkomst, artiklarna 10-13 och 21.

¹⁶² Prop. 2003/04:10, s. 101, med hänvisning till p. 23 och 26 i kommentaren.

”[D]et får anses framgå att modellavtalet inte är avsett att innebära någon begränsning av möjligheterna till CFC-beskattni ng, i vart fall inte om denna inte är mer långtgående än vad som behövs för att motverka skatteundandragande.”¹⁶³

Denna inställning delas bl.a. av Dahlberg om än med vissa reservationer.¹⁶⁴ Wenehed menar att det inte bör vara rimligt att en beskattningsrätt som uppgivits genom avtal ensidigt skall kunna återtas med hjälp av CFC-lagstiftning.¹⁶⁵ Rättsläget måste bedömas som tämligen oklart. Enligt min mening rätar ovanstående citat knappast ut några frågetecken. Om det hela skall bedömas ur en proportionalitetssynvinkel kan man fråga sig om den nya och i väsentliga delar skärpta CFC-lagstiftning som här behandlas klarar en sådan bedömning. Som nämnts träffar lagstiftningen inte bara passiva utan även aktiva inkomster. Man kan även diskutera den höjda jämförelse-skattesatsen. Lagstiftningen är enligt min mening alltför extensivt utformad för att endast bekämpa skatteundandragande förfaranden. Man kan knappast uttyda att vilken CFC-lagstiftning som helst accepteras av OECD. Ytterligare diskussion angående hur själva utformningen av CFC-lagstiftningen kan påverka denna bedömning hade varit välbehövlig men saknas tyvärr.

Till detta kan läggas två utländska rättsfall, ett från Frankrike¹⁶⁶ och ett från Finland.¹⁶⁷ Förutsättningarna kan av utrymmesskäl ej behandlas här men det kan noteras att man i det franska målet kom fram till att den aktuella CFC-lagstiftningen de facto utgjorde ”tax treaty override”, i det finska målet kom man till ett rakt motsatt resultat. Utländska rättsfall bör beaktas med stor försiktighet men utan att förhäva sig kan man nog påstå att läget i vart fall inte klarnat. Det skall också sägas att ett flertal länder framfört tvivel angående CFC-lagstiftnings förenlighet med åtaganden i skatteavtal baserade på OECD:s modellavtal. Detta gäller även avtalsländer där verksamhet kan komma att träffas av svensk CFC-beskattni ng.¹⁶⁸ Det absolut enklaste sättet att komma tillrätta med dessa oklarheter är helt enkelt att förhandla fram tillbörliga uteslutningsartiklar i förhållande till berörda stater. En annan lösning är att omarbete reglerna. En CFC-lagstiftning som endast träffar skatteflyktstransaktioner skulle förmodligen lättare kunna accepteras både av avtalspartners och av OECD.

Avslutningsvis skall jag beröra länken mellan skatteavtalen och CFC-lagstiftningen. I kompletteringsregeln (39a:7 1st. IL) stadgas att om en inkomst är att betrakta som lågbeskattad skall inkomsten ändock inte betraktas som detta om den aktuella staten och verksamheten omfattas av bilaga 39a IL eller undantagen däri. I 39a:7 3st. informeras om att för det

¹⁶³ SOU 2001:11 s. 240, liknande formulering i prop. 2003/04:10, s. 101.

¹⁶⁴ Se exempelvis Dahlberg (2003), s. 57, med hänvisning till Dahlberg (2000), s. 314-328.

¹⁶⁵ Wenehed (2000), s. 109.

¹⁶⁶ Conseil d’Etat, Schneider-målet (dom meddelad 020628).

¹⁶⁷ A Oyi Abp, 20.3.2002, KHO:2002:26.

¹⁶⁸ Dahlberg (2004), s. 55, exempelvis Belgien, Irland, Luxemburg, Nederländerna och Schweiz.

fall det existerar ett skatteavtal mellan Sverige och berörd stat skall paragrafens första stycke endast gälla sådana inkomster som omfattas av avtalets regler om begränsning av beskattningsrätten. Inkomster som har exkluderats från avtalets tillämpningsområde undgår alltså inte CFC-beskattning även om detta inte kan utläsas i bilaga 39a.

För att ta ett praktiskt exempel: Estland är upptaget i bilaga 39a IL vad avser bank-, försäkrings-, och annan finansiell verksamhet. I dessa fall kan CFC-beskattning alltså komma ifråga. I skatteavtalet mellan Sverige och Estland är ovanstående verksamheter även exkluderade från avtalets tillämpningsområde. Dessutom är bolag som agerar huvudkontor, coordination centres och liknande enheter exkluderade i skatteavtalet. Detta innebär att det på två ställen finns olika stadganden som aktualiserar CFC-beskattning av i Estland belägna bolag.¹⁶⁹

En sådan ordning framstår inte som tillfredställande. Det är förståeligt att man vill utnyttja det arbete som lagts ner på att infoga uteslutningsartiklar i de svenska skatteavtalen men en större samordning torde utifrån förutsebarhets- och övriga praktiska synpunkter inte vara alltför mycket begärt.

¹⁶⁹ Exemplet lånat från Dahlberg (2003), s. 56.

7 Avslutande analys

7.1 Inledning

Vi har i de tidigare avsnitten konstaterat att den svenska CFC-lagstiftningen är behäftad med en rad besvärande brister. Lagstiftningen innebär ett brott mot principerna om beskattning efter skatte- och betalningsförmåga och en neutral beskattning. Lagstiftningen bryter också mot EG-rätten och det är vidare oklart hur lagstiftningen överensstämmer med Sveriges åtaganden enligt ingångna skatteavtal. Gemensamt för dessa brister är, enligt min mening, att de existerar eller förstärks som en följd av att lagstiftningen inte endast omfattar skatteflyktstransaktioner. En lagstiftning som endast haft dylika transaktioner som målgrupp hade varit mindre kontroversiell. Förmodligen hade en sådan lagstiftning kunnat ursäktas i förhållande till Sveriges internationella åtaganden. När det gäller överensstämmelse med ovannämnda principer krävs en omarbetning av lagstiftningen, men om dessa brott skulle vara konsekvenser av en ren skatteflyktslag skulle nog dessa kunna anses acceptabla.

När jag tidigare har nämnt att reglerna inte endast slår till mot skatteflykt har jag nöjt mig med att konstatera att ingen distinktion görs mellan aktiva och passiva intäkter. I detta avsnitt kommer bland annat denna att fråga behandlas mer ingående. Detta görs i anslutning till en ingående analys av syftet med de svenska CFC-reglerna. Det kan enligt min mening ifrågasättas om lagstiftningen enbart syftar till att förhindra skatteflyktstransaktioner trots att detta synes vara den allmänna uppfattningen. Frågor jag ämnar besvara är:

- 1 Vad är syftet med de svenska CFC-reglerna?
- 2 Innebär de nya reglerna att syftet med svensk CFC-lagstiftning har förändrats?
- 3 Vilka blir de praktiska konsekvenserna av den nuvarande CFC-lagstiftningen?
- 4 På vilket sätt kan de praktiska konsekvenserna av en ren skatteflyktslagstiftning i CFC-form förväntas divergera från de i punkten 3?

7.2 Syftet med den svenska CFC-lagstiftningen

7.2.1 Inledning

I detta avsnitt har jag för avsikt att utreda vilket syfte de svenska CFC-reglerna är ämnade att tillgodose. En CFC-lagstiftnings övergripande syfte måste anses vara att skydda den nationella skattebasen. Den aktuella frågeställningen blir således: vad är det som CFC-reglerna är tänkta att

skydda den svenska skattebasen emot? Rent allmänt är uppfattningen att lagstiftningen skall skydda den nationella skattebasen mot att urholkas genom att de skattskyldiga vidtar transaktioner med skatteundrandragande syfte. Det faktum att även legitima investeringar i vissa fall kan drabbas av CFC-beskattnings ses endast som en bieffekt av att reglerna utformats för att undvika kringgåendemöjligheter.¹⁷⁰ Frågan är om dessa antaganden är riktiga. I anslutning till analysen av syftet med lagstiftningen skall jag också behandla frågan om de nya CFC-reglerna innebär att syftet med svensk CFC-lagstiftning förändrats jämfört med tidigare. Avsnittet inleds därför med en redogörelse för syftet med den förutvarande CFC-lagstiftningen.

7.2.2 Syftet med förutvarande CFC-lagstiftning

Syftet med den äldre CFC-lagstiftningen framstår som tämligen klart. Som nämnts tidigare i detta arbete hade dessa regler som syfte att genom en extremt ofördelaktig beskattning helt avskräcka svenska investerare från att investera i utländska lågbeskattade bolag.¹⁷¹ När en svensk investerare väl drabbades av CFC-beskattnings blev beskattningskonsekvenserna stränga. Bland annat tilläts inte avräkning av erlagd utländsk skatt på CFC-inkomsten vilket kunde innebära att man i slutändan beskattades med en avsevärt högre procentuell skatt än normalt. Till detta skall läggas det faktum att rättstillämparen åtnjöt tämligen stora friheter när det gällde att uttolka förutsättningarna för lagstiftningens tillämpning. Exempelvis fanns ingen fixerad jämförelseskattesats. Det talades istället om att inkomsten för att undgå CFC-beskattnings skulle ha underkastats ”liknande” beskattning som motsvarande inkomst förvärvat i Sverige. Detta oklara begrepp innebar att de skattskyldiga svävade i ovisshet om vilken procentsats eller vilken typ av beskattningskonsekvenser inkomsterna måste ha drabbats av för att undgå CFC-beskattnings. Man får intrycket av att sådana oklarheter använts avsiktligt för att förstärka lagstiftningens avskräckande syfte. I praktiken var dock denna lagstiftning mycket enkel att kringgå främst eftersom indirekta innehav inte omfattades. Den äldre CFC-lagstiftningen framstår i många delar som ett hastverk och uppvisade en del rent plagiatoriska inslag.¹⁷² Förmodligen kände sig lagstiftaren tvungen att vidta någon form av kraftåtgärd för att parera valutareglernas avskaffande. Man reflekterade dock i mindre utsträckning över om lagstiftningen utformades på ett ändamålsenligt sätt för att lösa problemet i fråga.

7.2.3 Analys av syftet med de nuvarande CFC-reglerna

CFC-lagstiftningen anses primärt vara ägnad att skydda den svenska skattebasen från att urholkas genom otillbörligt agerande från de skattskyldigas sida. Denna uppfattning förstärks av att regeringen motiverat lagstiftningen som ett nödvändigt skydd mot bland annat ränteavdrags-

¹⁷⁰ Prop. 2003/04:10, s. 50ff.

¹⁷¹ Fensby, s. 261f.

¹⁷² Wenehed (2000), s. 356f.

arbitrage och felaktig internprissättning.¹⁷³ Inledningsvis kan ifrågasättas huruvida dessa företeelser överhuvudtaget innebär ett problem som måste lösas med CFC-lagstiftning. Vi har redan tidigare konstaterat att tveksamhet råder angående den faktiska lönsamheten av skatteflykt medelst ränteavdragsarbitrage.¹⁷⁴ När det gäller felaktig internprissättning finns redan regler i svensk skattelagstiftning som är avsedda att motverka just detta.¹⁷⁵ I propositionen framförs vidare att CFC-reglerna skall fungera som ett instrument för att hävda principen om KEN samt förhindra utnyttjandet av holdingbolagsregimer inom EU.¹⁷⁶ Neutralitetsargumentet har diskuterats ovan och befunnits mindre lämpligt som motiv till lagstiftningens införande. När det gäller att förhindra utnyttjandet av holdingbolag (som ”etableras helt eller huvudsakligen av skatteskal”¹⁷⁷) framstår CFC-lagstiftning som en ändamålsenlig motåtgärd. Detta gäller även för det fall att man trots allt skulle acceptera ränteavdragsarbitrage som ett lönsamt skatteflyktsupplägg. Lagstiftningens utformning antyder dock att syftet inte endast är att motverka skatteflykt.

Till att börja med indikerar jämförelseskattesatsens nivå att det inte endast är lågskattejurisdiktioner som avses att omfattas. För detta skulle det endast krävas en jämförelseskattesats på 10-12 %.¹⁷⁸ Den nuvarande nivån på 15,4 % är alltså för hög i förhållande till ett sådant syfte. Man kan också ifrågasätta det principiellt riktiga i att höja denna nivå i en tid där bolags-skatterna världen över generellt sett sjunker, den tidigare nivån anses högst ha legat på 15 %.

Det görs heller ingen generell distinktion mellan intäkter av olika karaktär. Detta är tämligen ovanligt i ett internationellt perspektiv. Det är endast Sverige, Ungern och Nya Zeeland som innehar en CFC-lagstiftning som också omfattar aktiva inkomster.¹⁷⁹ Aktiva inkomster är inte i huvudsak knutna till bolagsstaten av skatteskal. Verksamhet skall aktivt bedrivas i eller från jurisdiktionen och det skall finnas tungt vägande skäl för att verksamheten placerats i just denna stat. Det tydligaste exemplet på aktiv näringsverksamhet torde vara ren industriell sådan. Man har motiverat avsaknaden av en distinktion mellan aktiva och passiva intäkter med klassificeringsproblem. Problemen med att bedöma olika intäkters karaktär skulle därmed leda till betydande osäkerhet om vilka intäkter som egentligen skulle komma att omfattas.¹⁸⁰ Det förslag till CFC-lagstiftning som presenterades i SOU 2001:11 var utformat enligt transaktionsmodellen. Därin gjordes ett försök till en distinktion mellan aktiva och passiva intäkter. Klassificeringsproblem uppkom dock eftersom vissa inkomster rör sig i gränslandet mellan de båda intäktstyperna. I utredningen nämndes särskilt

¹⁷³ Prop. 2003/04:10, s. 41 och 44.

¹⁷⁴ SOU 2001:11, s. 399-407, se även avsnitt 3.3.2.

¹⁷⁵ 14:19 IL.

¹⁷⁶ Prop. 2003/04:10, s. 47 och 103f.

¹⁷⁷ Ibid., s. 103.

¹⁷⁸ Wenhed (2000), s. 77f, se även avsnitt 3.2.

¹⁷⁹ Fensby, s. 262.

¹⁸⁰ Prop. 2003/04:10, s. 41.

olika former av leasing.¹⁸¹ Andra problem var hur verksamheter genererande både passiva och aktiva intäkter skulle bedömas samt resultatberäkningen i sig.

Jag kan acceptera att det förefaller problematiskt att göra en generell distinktion mellan olika former av intäkter. Märkligt nog har lagstiftaren ansett sig kompetent nog att i bilaga 39a IL företa just denna form av distinktion i vissa fall. Skillnaden är att det inte är olika intäkter som preciseras utan olika former av bolag och branscher. Definitionerna är ganska svepande¹⁸² och det måste nog sägas att de gränsdragningsproblem och oklarheter som befarats vid ett generellt undantagande av aktiv näringsverksamhet trots allt vidlåder lagstiftningen. Bilagan har även på ett annat sätt stor betydelse för denna analys. Man skall vara medveten om att bilagan undantar ett stort antal jurisdiktioner från hotet om CFC-beskattnig. I vissa fall rör det sig som sagt också bara om vissa bolag eller branscher i en viss jurisdiktion som riskerar att omfattas av lagstiftningen. Jag förutsätter att denna begränsning är resultatet av en noggrann genomgång av världens staters skattelagstiftning i den mån information funnits tillgänglig. Det är därför troligt att de stater som undantagits inte befunnits särskilt intressanta i CFC-hänseende även om det inte funnits någon lista. Listans stora fördel är att den gagnar förutsebarheten. Med hjälp av listan kan en investerare vara säker på att undgå CFC-beskattnig genom ett aktivt val av stat. En annan fördel är att investeringar i de länder som undantagits inte kan CFC-beskattas även om de är kopplade till vissa tillfälliga skattefördelar. Ett sådant exempel kan vara aktiva investeringar i U-länder, där ges ofta initiala skatterabatter i utbyte mot arbetstillfällen. En sådan investering bör knappast CFC-beskattas och listan begränsar denna risk avsevärt.¹⁸³ Jag anser dock inte att listans existens är en tillräcklig faktor för att dra slutsatsen att syftet med lagstiftningen är att förhindra skatteflykt. Trots att listan kraftigt begränsar lagstiftningens tillämpningsområde kvarstår ovannämnda principiella problematik. Listan innebär helt enkelt att denna problematik begränsas till de stater som inte undantagits. En slutsats vi med hänsyn till listan kan dra är att de svenska CFC-reglerna i vart fall inte syftar till ett hänsynslöst rofferi av alla andra staters legitima skattebaser. Därtill har bilaga 39a IL en alltför begränsande funktion.

Förmodligen anser lagstiftaren att man genom listan undantagit svenska företags viktigaste investeringsländer och nöjt sig med detta. Bilagan förändrar dock inte situationen för den person som avser att företa en aktiv investering i en stat som inte undantas däri. Problemet är, som jag ser det, att den aktive investeraren har starka skäl att investera i just den aktuella staten. Till skillnad från den passive investeraren har han inte samma möjligheter att "shoppa" runt mellan olika jurisdiktioner. Det kan röra sig om en industriell investering eller att staten ifråga är viktig ur

¹⁸¹ SOU 2001:11 s. 206, finansiell respektive operationell leasing.

¹⁸² Bank- och finansieringsrörelse och annan finansiell verksamhet m.m.

¹⁸³ Exempelvis undantas hela Afrika från lagstiftningens tillämpningsområde med undantag av Djibouti, Liberia och Seychellerna (Bilaga 39a IL).

branschsynpunkt (exempelvis ett finanscentrum). Svenska företag kan således vidlådas konkurrensnackdelar eller vissa beaktansvärda investeringar kanske inte kommer till stånd.

Enligt min mening finns det ingen giltig anledning till att aktiv näringsverksamhet inte skulle kunna undantas från lagstiftningens tillämpningsområde. Regeringens motivering till att detta inte låter sig göras finner jag inte tillfredställande. Man har inte heller utforskat några andra möjligheter än en generell distinktion mellan aktiva och passiva intäkter. Man skulle kunna fastställa kriterier för vad som kännetecknar aktiv näringsverksamhet och införa en dispensregel för sådan verksamhet, om den skattskyldige kan visa att dessa kriterier är uppfyllda skall denne undantas från CFC-beskattningslag. Ett flertal utländska CFC-lagstiftningars utformning hade kunnat diskuteras om man verkligen eftersträvade en ren skatteflyktslagstiftning.¹⁸⁴ Det kan enligt min mening inte finnas någon annan anledning till lagstiftningens utformning än att syftet går utöver bekämpningen av skatteflykt.

I propositionen finns de facto ett citat där vi kan få vägledning om vad syftet med CFC-lagstiftningen egentligen avses vara. Regeringen skriver:

”[B]ehovet av CFC-regler skall ses mot denna bakgrund. I vissa situationer är det inte acceptabelt att tillämpa CIN-principen därför att skattereglerna i det berörda landet avviker så kraftigt från de svenska att det framstår som orimligt att godta skatteutfallet utan någon korrigering. Genom CFC-regler söker man hävda CEN-principen i vissa avgränsande situationer. CFC-lagstiftningen syftar dock inte till att åstadkomma en med svenska skatteregler likvärdig beskattning utan att säkerställa ett rimligt skatteuttag.”¹⁸⁵

Om vi bortser från neutralitetsaspekten som redan diskuterats, vad säger egentligen detta citat?

Den enda slutsats jag kan dra är att CFC-lagstiftningen är avsedd att säkerställa ett, ur svensk synvinkel, rimligt skatteuttag i samtliga fall. Att en verksamhet beskattas med <15,4 % i bolagsskatt anses alltså så stötande att det kräver en justering uppåt. Denna uppfattning gäller oavsett typ av aktuell verksamhet. Svenska delägare skall således aldrig ostraffat kunna bedriva kontinuerligt lågbeskattad verksamhet i någon form. Att aktiv verksamhet inte undantas och den tämligen höga jämförelseskattesatsen framstår som ändamålsenliga inslag i en lagstiftning med detta syfte. En CFC-lagstiftning med dylikt syfte är dock principiellt diskutabel. I och med att utgångspunkten är den CFC-lagstiftande staten varierar uppfattningen om vad som är ett rimligt skatteuttag från stat till stat. Sverige har en tämligen låg bolagsskatt internationellt sett, om alla CFC-lagstiftande stater skulle säkerställa ett rimligt skatteuttag i samtliga fall skulle detta kunna

¹⁸⁴ Fi2001/709, s. 14f. Ett exempel är Storbritanniens CFC-lagstiftning. Denna är syftesorienterad. Först görs ett aktivitetstest: har verksamheten faktiskt bedrivits i bolagsstaten? Uppfylls inte detta krav finns ett ytterligare steg nämligen ett motivtest. Är syftet med bolaget att minska beskattningen i delägarstaten?

¹⁸⁵ Prop. 2003/04:10, s. 47.

leda till en upptrappad strid om de staters, som har en i förhållande till delägarstaten låg bolagsskatt, legitima skattebaser. Även utländska etableringar i Sverige skulle kunna komma att drabbas.

Den nya CFC-lagstiftningen har därmed fått ett radikalt förändrat syfte jämfört med tidigare. Förmodligen kan denna förändring delvis spåras i de förändrade förutsättningar som avskaffandet av beskattning på utdelning och kapitalvinst härrörande från utländska näringsbetingade andelar innebär. CFC-reglerna har nämligen fått en ny uppgift utöver vad som tidigare gällt. Tidigare underkastades utdelning från utländska juridiska personer ett jämförighetstest. För att utdelningen skulle kunna mottas skattefritt måste denna vara näringsbetingad och ha belastats med en beskattning ”jämförlig” med den svenska. Med ”jämförlig” menades en skattebelastning på 15 %. Kapitalvinster beskattades regelmässigt. Hade en utdelning beskattats lindrigare skulle svensk beskattning ske. I anslutning till den svenska beskattningen erhöles en schablonartad skattecredit på 13 % av det utdelade beloppet. Syftet med detta var att skattebelastningen i vart fall skulle uppgå till minst 15 %. För det fall utdelningen beskattats i bolagsstaten blev följden en högre totalbeskattning på 15-30 %. Något som i och för sig inte behövde vara negativt jämfört med beskattning av utdelning i ett svenskt bolag.¹⁸⁶ CFC-lagstiftningens nya uppgift är att ersätta detta jämförlighetskrav. Detta innebär i praktiken att utdelning och kapitalvinst enligt ovan är skattefria. Inkomster som omfattas av CFC-lagstiftningen har dock innan (exempelvis) utdelning har skett beskattats löpande hos delägaren. Denna nya uppgift synes bidra till att CFC-reglernas syfte numera är att säkerställa ett rimligt skatteuttag.

Att CFC-lagstiftningen nu används för att täcka upp bortfallet av jämförlighetskravet grundar sig i lagstiftarens uppfattning att ingen annan lämplig metod finns att tillgå.¹⁸⁷ Frågan är om detta antagande är riktigt och om frågan har utretts tillräckligt. Denna lösning är nämligen behäftad med ett antal besvärande brister. För det första blir det nu alltid fråga om en löpande beskattning i dessa situationer. Detta innebär en likviditets-påkänning för delägaren, tidigare beskattades inkomsterna först när delägaren fick dessa i sin hand. För det andra finns en risk att lagstiftningen träffar verksamheter som inte är lågbeskattade över tiden. Denna brist inverkar förvisso menligt på CFC-lagstiftningen i sin helhet men blir extra tydlig om man sätter den i relation till det tidigare jämförlighetskravet. Med ”jämförlig” beskattning menades att bolaget skulle ha underkastats en ”i princip” jämförlig beskattning. Med detta menades att man tog hänsyn till faktorer som innebar att den verkliga beskattningen var lägre vissa år. Detta kunde exempelvis gälla skattefrihet för reavinster som inte har någon motsvarighet vid en svensk beräkning av skatteunderlaget. Nu krävs en faktisk beskattning på 15,4 % beräknat enligt svenska regler och ingen hänsyn tas till främmande inslag i bolagsstatens skattelagstiftning.¹⁸⁸ En

¹⁸⁶ Wenehed (2004), s. 630.

¹⁸⁷ Prop. 2003/04:10, s. 51.

¹⁸⁸ Estberg, Staffan, s. 685f.

konsekvens av lagstiftningen kan alltså bli att delägare som egentligen inte är avsedda att omfattas kan komma att bli löpande beskattade. Nivån på jämförelseskattesatsen är också som synes högre än vad jämförlighetskravet tidigare stipulerade. Sammantaget innebär detta en ökning av de antal delägare som kan komma att omfattas av lagstiftningen. Avslutningsvis finns inte längre någon möjlighet till skattecredit. Utgångspunkten är att delägaren skall belastas med ett skattetryck motsvarande det svenska. Detta kan innebära en ökad skattebörd för drabbade delägare. Situationen för utländska kapitalvinster har förvisso kraftigt förbättrats, beskattningen för sådana har generellt sett lindrats. Detta beror dock på att sådana vinster tidigare regelmässigt beskattades.

Man kan också fråga sig om CFC-regler verkligen är det mest lämpliga instrumentet för att parera avskaffandet av ovannämnda beskattningsformer. Wenehed menar att man hade kommit till ett mer tillfredställande resultat genom att beskatta dylika inkomster med indirekt credit. Denna metod skulle, enligt Wenehed, bland annat effektivt neutralisera eventuell lönsamhet genom ränteavdragsarbitrage.¹⁸⁹ CFC-lagstiftningen skulle då inte vara nödvändig för att stävja sådant beteende. Modellen är dock inte helt problemfri. I förhållande till kapitalvinster kan det bli problem, i vart fall om dessa vinster utgörs av ansamlade vinstmedel. Poängen med resonemanget är att påvisa att det finns alternativ. Enligt min mening är det olyckligt att CFC-lagstiftningen numera syftar till att säkerställa ett rimligt skatteuttag. Jag anser att det hade varit bättre att arbeta med två parallella system. Om lagstiftaren anser att det i vissa situationer (exempelvis lågbeskattade utdelningar) i samtliga fall måste säkerställas ett rimligt skatteuttag, bör detta särskiljas från CFC-lagstiftningen. CFC-lagstiftningen kan därefter riktas in på att enbart bekämpa skatteflykt.

Avslutningsvis skall CFC-lagstiftningens utformning i förhållande till tidigare CFC-lagstiftning analyseras. Som tidigare konstaterats var tidigare lagstiftning mycket bristfällig och därmed enkel att kringgå. En ambition vid utformningen av den nya lagstiftningen har således varit att åtgärda dessa brister. De huvudsakliga bristerna utgjordes av att indirekta innehav inte omfattades samt att lagstiftningen drogs med omfattande förutsebarhetsproblem. Att lagstiftningen inte undantog aktiva intäkter var förvisso en principiell brist men eftersom läget i detta avseende är oförändrat och redan har diskuterats lämnas detta därhän.

När det gäller indirekta innehav regleras detta utförligt i den nya lagstiftningen. Det kan för övrigt sägas att den tidigare avsaknaden av sådan lagstiftning framstår som tämligen oförklarlig. Indirekta innehav hade tidigare betydelse för klassificeringen av ett bolag som CFC-bolag men gav i sig inte upphov till CFC-beskattning¹⁹⁰, en på det hela taget mycket

¹⁸⁹ Wenehed (2004), s.632ff. För en ingående beskrivning av modellen hänvisas till denna artikel, här berörs förslaget endast översiktligt för att påvisa att det finns andra lösningar på aktuell problematik.

¹⁹⁰ Tidigare 6:15 IL.

märklig ordning. Denna brist har nu åtgärdats. Det finns dock en viss risk att den valda lösningen kan innebära beskattning i flera led. Om ett svenskt bolag indirekt skulle äga ett CFC-bolag genom ett bolag i en jurisdiktion med samma sorts CFC-regler som Sverige kan inkomsten komma att beskattas två gånger.¹⁹¹ CFC-skatt erlagd i tredje stat får inte heller räknas av.¹⁹²

När det gäller förutsebarheten innebär den nya lagstiftningen en avsevärd förbättring. Det finns för det första en fixerad jämförelseskattesats. För det andra listar bilaga 39a IL på ett klart och tydligt sätt upp de jurisdiktioner där CFC-beskattning kan komma i fråga (eller de jurisdiktioner som undantas). Vissa förutsebarhetsproblem kvarstår dock. De olika verksamhetsdefinitionerna i bilagan är inte fullt ut preciserade. Detta kan innebära att det i vissa lägen kan vara svårt att i förväg veta om man kommer att omfattas av lagstiftningen eller ej. Ytterligare ett inslag som kvarstår är att det upplåts åt rättstillämparen att bedöma vilka svenska skatteregler som skall äga tillämplighet när CFC-beskattning väl skall ske. Innan olika regler har varit uppe till prövning kommer dessas status att vara oklar.¹⁹³

7.2.4 Slutsatser och sammanställning

Syftet med den svenska CFC-lagstiftningen är inte enbart att förhindra skatteflykt. Lagstiftningen har istället antagit formen av en generalklausul avsedd att säkerställa ett rimligt skatteuttag i alla situationer. Man har därför inte infört något generellt undantag för aktiva intäkter. Detta faktum kan inte endast spåras i klassificeringsproblematiken eftersom man till viss del trots allt arbetat in transaktionsmetoden i lagstiftningen. Detta har dock motiverats av att det i vissa jurisdiktioner endast finns vissa bolagstyper som är så lågbeskattade att ett, ur svensk synpunkt, rimligt skatteuttag inte har säkerställts. Detta utgör i sig ingen begränsning av lagstiftningens tillämpningsområde då övrig verksamhet i dessa stater med största sannolikhet ändå fallit utanför. Avskaffandet av beskattningen på utdelning och kapitalvinst på utländska näringsbetingade andelar har haft stor del i den förändrade synen på vad CFC-reglerna egentligen bör användas till. Parallellt har lagstiftningsarbetet även syftat till att åtgärda de brister tidigare lagstiftning var behäftad med. Denna ambition har till vissa delar varit framgångsrik, alla problem är dock inte lösta och vissa nya har tillkommit.

En CFC-lagstiftning som inte endast riktar in sig på skatteflyktstransaktioner blir per automatik kontroversiell. Detta gäller, som

¹⁹¹ Bojs, s. 730.

¹⁹² Prop. 2003/04:10, s. 96.

¹⁹³ Fi2001/709, s. 13f. Problem med vilka svenska regler som får tillämpas vid CFC-beskattning av livförsäkringsbolag. Lagstiftningen kan leda till att sparkapital placerat i livförsäkringar kan komma att beskattas i Sverige även om inte försäkringstagaren har hemvist här, hänvisning till RÅ 1994 ref 94.

vi har sett, i förhållande till Sveriges internationella åtaganden och vedertagna skatterättsliga principer. När syftet med lagstiftningen är att säkerställa ett rimligt skatteuttag även vid transaktioner man inte har något intresse av att förhindra blir det problem. Man måste i ett sådant läge ta hänsyn till ordinär näringsverksamhet samtidigt som man vill förhindra skatteundandragande. Mildringen av beskattningskonsekvenserna (avvräkning av skatt m.m.) och den ökade förutsebarheten är effekter av detta nya synsätt. Resultatet blir dock att man jämställer produktiva utlandsinvesteringar med sådana skatteplaneringsåtgärder man önskar förhindra. Så länge man använder sig av den löpande beskattningen som metod blir effekterna på den aktiva näringsverksamhet som omfattas ofelbart negativ. Risken finns att man i större utsträckning förhindrar aktiva investeringar än skatteundandragande sådana. Kort sagt: de åtgärder som vidtas för att förbättra situationen för den aktiva näringsverksamhet som kan komma att CFC-beskattas kan aldrig bli tillräckliga. Dessutom gäller dessa förbättringar i motsvarande mån för de skatteundandragande transaktioner man avser att förhindra.

Jag vill inte sträcka mig så långt som att påstå att CFC-lagstiftningen är helt verkningslös. Jag menar däremot att man bör renodla CFC-reglerna till en ren skatteflyktslagstiftning. Det är olyckligt att detta inte gjorts i samband med den omarbetning som skett. För det fall att man i vissa speciella situationer vill säkerställa ett rimligt skatteuttag bör detta lagstiftas om särskilt. Ett exempel kan vara att man beskattar lågbeskattad utdelning med indirekt kredit. Den nuvarande modellen som innebär ett tillgodoseende av olika intressen men som omfattar samtliga situationer anser jag inte vara särskilt lyckad.

7.3 CFC-lagstiftningens konsekvenser i praktiken

I detta avsnitt berör jag kort lagstiftningens konsekvenser i praktiken. Kommer CFC-lagstiftningen att säkerställa ett rimligt skatteuttag? Jag jämför också dessa konsekvenser med de förväntade konsekvenserna av en rent skatteflyktsbaserad CFC-reglering. Jag är av den uppfattningen att skillnaden skulle komma att bli tämligen liten.

I och med att lagstiftningen måste anpassas även för aktiva investeringar tarvas förutsebarhet. Bilagan är en sådan produkt. Klart och tydligt, om man bortser från verksamhetsdefinitionerna, stadgas här var man utan risk för CFC-beskattning kan placera sina investeringar. Det finns dock problem med listan. Av någon outgrundlig anledning är denna intagen i lagen, vilket innebär att ett riksdagsbeslut krävs varje gång listan behöver ändras. Förutsättningarna är föränderliga även i de stater som förklarats acceptabla vid listans tillkomst. Man kan också diskutera i vilken mån det är möjligt att upprätta en helt uttömmande lista överhuvudtaget. Det finns alltså problemfria möjligheter för den som önskar företa en skatteundandragande

transaktion bara genom att hålla sig à jour med de förändringar som sker i vår omvärlds skattelagstiftningar. Dessa möjligheter att kringgå lagstiftningen måste anses vara större för den som önskar företa en passiv investering eftersom den aktive investeraren är mer bunden till en särskild jurisdiktion. Till detta skall läggas det faktum att rena skatteparadis även erbjuder full sekretess med den följd att delägarstaten inte kan få någon information om vart intäkterna tar vägen. Detta kombinerat med teknikens framsteg på valutaöverföringsområdet begränsar kraftigt delägarstaten från möjligheten att beskatta överhuvudtaget. Det har funnits exempel på skattskyldiga som helt enkelt konsumerat upp sina utländska tillgångar medelst kontokort här i Sverige.¹⁹⁴ Det synes som även dessa möjligheter är större för den passive delägaren än för den aktive. Det torde även vara enklare för passiva delägare att dela upp bolagsinnehavet mellan sig för att undgå CFC-beskattnig.

En ren skatteflyktslag av CFC-typ är förvisso också förknippad med vissa av ovanstående nackdelar. Fördelen skulle vara att en sådan lagstiftning är mer principiellt acceptabel. Man skulle heller inte riskera att lägga en hämsko på eftersträvansvärda investeringar. Den skulle vidare inte behöva kännetecknas av en lika hög grad av förutsebarhet. Förutsatt att en skattskyldig har möjlighet att frambringa bevisning om att aktiv verksamhet faktiskt bedrivs och därmed undantas från beskattning skulle en sådan ordning nog kunna accepteras. Den skattskyldige har redan i dagsläget en skyldighet att tillhandahålla uppgifter om bolagets räkenskaper. Denna modell skulle kunna överföras på själva verksamheten. Man skulle också kunna acceptera strängare beskattningskonsekvenser och återfå det avskräckande momentet i lagstiftningen. Som det nu ser ut har man inte alltför mycket att förlora på ett göra "ett försök" till skatteundandragande. Den rena skatteflyktslagstiftningen skulle förmodligen inte ha några särskilda effektivitetsmässiga fördelar framför dagens system, men den skulle inte heller vara sämre. Fördelarna ligger på en mer principiell nivå. Nackdelen blir väl förmodligen att den skulle ta större resurser i anspråk för de från fall till fall-bedömnigar som kommer att öka i antal.

CFC-lagstiftning framstår också som tämligen tandlös rent generellt. Ren brottslighet kan inte angripas med denna typ av lagstiftning. Dessutom kvarstår problemen med sekretess i skatteparadisen och förekomsten av skadlig skattekonkurrens överhuvudtaget. Den enda vägen för att lösa dessa problem synes vara internationellt samarbete inom organisationer som OECD och EU. Den optimala lösningen vore ett avskaffande av all skadlig skattekonkurrens, vilket nog tyvärr är en utopi. En lösning som framstår som mer plausibel torde vara att skatteparadisen accepterar ett införande av transparens i sina skattesystem. Först då kan en CFC-lagstiftning fungera optimalt. Det bästa vi kan göra tills dess är att ha en CFC-lagstiftning som är principiellt acceptabel, överensstämmer med Sveriges internationella åtaganden och överhuvudtaget fungerar på ett vettigt sätt. Inget av dessa mål har uppnåtts i dagsläget.

¹⁹⁴ Sundgren, s. 8f.

Litteraturförteckning¹⁹⁵

Förarbeten och offentligt tryck:

Prop. 2003/04:10, Ändrade regler för CFC-besättning.

SOU 2001:11, Utdelning och kapitalvinst på företagsägda andelar.

SOU 2002:47, Våra skatter?

SOU 2002:47, Våra skatter? Expertrapporter till skattebasutredningen, volym A.

SOU 2002:47, Våra skatter? Expertrapporter till skattebasutredningen, volym B.

Fi2001/709, Sammanställning av remissyttranden över Finansdepartementets promemoria CFC-regler.

Myndighetstryck:

Riksskatteverkets handledningar del 3, Internationell besättning, 2002.

Rapport:

Harmful Tax Competition, An Emerging Global Issue, OECD 1998-04-28.

Litteratur:

Allgårdh, Olof och Norberg, Sven, EU och EG-rätten, Norstedts juridik, 3:e upplagan, Stockholm 1999.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, Norstedts juridik, Stockholm 1999.

Dahlberg, Mattias, Svensk skatteavtalspolitik och utländska basbolag, Iustus, Uppsala 2000.

¹⁹⁵ Hänvisningar i den löpande texten ges för offentligt tryck med dess typ, numrering och sidnummer. OECD:s rapport hänvisas till med beteckningen OECD samt sidnummer. RSV:s handledningar hänvisas till med beteckningen RSV och sidnummer. När det gäller litteratur och artiklar hänvisas till författarens efternamn och sidnummer. Föreligger flera relevanta arbeten av samma författare hänvisas till författarens efternamn och tryckår inom parantes samt sidnummer.

Johansson, Gunnar och Rabe, Gunnar, Det svenska skattesystemet, Norstedts juridik, 14:e upplagan, Göteborg 2000.

Wenehed, Lars-Erik, CFC-lagstiftning, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

Artiklar:

Bojs, Johan, Nya CFC-regler, Svensk Skattetidning 2003, s. 727-738.

Bäckström, Peter, Riksskatteverkets pågående undersökning av transaktioner riktade mot jurisdiktioner med låg skattenivå – ”Paradisprojektet”, Svensk Skattetidning 2000, s. 431-442.

Dahlberg, Mattias, Förslaget om ny CFC-lagstiftning och det svenska skatteavtalsnätet – SOU 2001:11, Skattenytt 2001, s. 489-503.

Dahlberg, Mattias, Förslag till ny CFC-lagstiftning – 2002 års departementspromemoria, Skattenytt 2003, s. 50-59.

Dahlberg, Mattias, Skattenytt Internationellt, Skattenytt 2004, s. 55-56.

Estberg, Staffan, CFC-regler på remiss, Svensk Skattetidning 2002, s. 683-686.

Fensby, Torsten, Neutralitet och beskattningen av utländska dotterbolags bolagsinkomster, Skattenytt 1996, s. 243-263.

Grosskopf, Göran, Skatteplanering och skatteflykt, Skattenytt 1989, s. 4-16.

Köhlmark, Anders, Skattefrihet för kapitalvinst och utdelning på näringsbetingade andelar i utländska företag?, Svensk Skattetidning 2003, s. 51-56.

Lauritzen, Susanne, Analys av den svenska CFC-lagstiftningen – en effektiv skatteflyktslagstiftning?, Skattenytt 1998, s. 825-837.

Mattson, Nils, CFC-lagstiftningen och reglerna i 7 § 8 mom. 6 och 7 st. SIL. Några kritiska synpunkter, Skattenytt 2000, s. 223-236.

Mattson, Nils, Är de svenska CFC-reglerna förenliga med EG-rätten?, Skattenytt 2004, s. 165-191.

Mutén, Leif, Varför är internationell skatteplanering och skatteflykt populärare nu än förr?, Skattenytt 1997, s. 642-650.

Pelin, Lars, EG-rättens betydelse på det direkta beskattningsområdet, Skattenytt 2004, s. 503-511.

Rabe, Gunnar, CFC och EG-rätten, Skattenytt 2003, s. 247-253.

Rabe, Gunnar, CFC-utvidgningen i Sverige, Skattenytt 2004, s. 3-10.

Rabe, Gunnar, Utredningen om vissa internationella skattefrågor, Skattenytt 2001, s. 171-179.

Silfverberg, Christer, Bokanmälan av Weneheds avhandling - CFC-lagstiftning, Skattenytt 2001, s. 132-144.

Sundgren, Peter, Synpunkter på Sveriges nya CFC-beskattnings och regelverket om participation exemption, ej publicerad.

Virin, Niclas, Kommentar till Regeringsrättens dom den 4 maj 2004, mål 1242-00, FAR INFO 2004, nr. 5:202.

Wenehed, Lars-Erik, Från CFC till C eller hur EG-rätten kan påverka det senaste förslaget till CFC-lagstiftning, Skattenytt 2003, s. 600-612.

Wenehed, Lars-Erik, Löpande delägarbeskattnings av utländska bolag, Skattenytt 1997, s. 651-663.

Wenehed, Lars-Erik, Varför inte beskatta utdelningar?, Skattenytt 2004, s. 628-639.

Rättsfallsförteckning

Svenska domar:

Kammarrättsavgörande nr. 3378-1998 KRNG.

RÅ 1994 ref 94.

Regeringsrättens dom 4 maj 2004, 1242-00.

EG-domstolens domar:

26/62 Van Gend en Loos.

C-204/90 Bachmann.

C-163/94 Sanz de Lera.

C-118/96 Safir.

C-246/96 ICI.

C-302/97 Konle.

C-439/97 Sandoz.

C-35/98 Verkoijen.

C-200/98 X och Y I.

C-251/98 Baars.

C-136/00 Danner.

C-224/00 Lankhorst-Hohorst.

C-436/00 X och Y II.

Tyska författningsdomstolen:

Brunner mot Unionsfördraget, refererad i CMLR 1994, del 1, s. 57 (Solange I).

Wünsche Handelsgesellschaft, refererad i CMLR 1987, del 3, s. 225 (Solange II).

Finlands högsta domstol:

A Oyi Abp, 20.3.2002, KHO:2002:26.

Frankrikes högsta domstol:

Re Société Schneider Electric, Conseil d'Etat, mål nr. 232,276, dom meddelad 28 juni 2002.