Fusionsdirektivet

Svensk beskattning i EG-rättslig belysning

Kristina Ståhl

IUSTUS FÖRLAG

Umeå
Universitetsbibliotek

qa
5898

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f442f

Universi[illegible]kot
Urhed

Fusionsdirektivet

Fusionsdirektivet

Svensk beskattning i EG-rättslig belysning

Kristina Ståhl

IUSTUS FÖRLAG

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2005
ISBN 91-7678-588-2
Omslag: John Persson
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Elanders Infologistics Väst AB, Mölnlycke 2005
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Skatterätten har en, för forskaren ofta inspirerande men ibland också frustrerande, förmåga att hela tiden ändra sig. Upplevelsen av att sikta mot ett rörligt mål är kanske därför ovanligt påtaglig inom detta rättsområde. När jag som föremål för denna studie valde att behandla ett EG-direktiv trodde jag dock inte att just detta skulle ställa till några större problem eftersom lagstiftningsmaskineriet inom EU, åtminstone när det gäller skattefrågor, är betydligt trögare än det vi är vana vid här hemifrån. När kommissionen under hösten år 2003 lade fram förslag till relativt omfattande ändringar av fusionsdirektivet bedömde jag inte heller att chansen (eller risken ...) för att dessa ändringar skulle antas före bokens färdigställande var särskilt stor. Utsikterna för ett snabbt antagande av ändringarna verkade knappast heller öka när EU under våren 2004 utvidgades med tio nya vetoberättigade medlemsländer.

Under senhösten 2004 kom dock signaler om att ett antagande av ändringarna trots allt var nära förestående och den 7 december 2004 uppnåddes verkligen en överenskommelse i rådet om att anta ändringarna. Det skall erkännas att jag mottog detta besked med blandade känslor. Å ena sidan var det onekligen litet tungt att i arbetets absoluta slutskede (vilket dessutom i tiden sammanföll terminsslut och julförberedelser ...) sätta sig ned och inarbeta de antagna ändringarna i boken, men å andra sidan hade det förstås varit snopet om ändringarna antagits först efter det att boken kommit ut och jag därmed inte kunnat beakta dem i framställningen.

I boken behandlas alltså de ändringar i direktivet som antogs i december 2004. I övrigt beaktas dock, med något undantag, inte material som publicerats efter den 1 november 2004.

Jag vill här också passa på att tacka alla er som på ett eller annat sätt har hjälpt mig under arbetet med denna bok. Per Danielsson, Roger Persson Österman och Bertil Wiman har läst hela boken i manusform och lämnat många värdefulla synpunkter. Med Roger har jag också kontinuerligt under hela arbetets gång haft många givande diskussioner om flera av de frågor som behandlas i boken. Vidare har Eleonor Alhager, Torbjörn Andersson, Petter Asp, Eva Edwardsson, Minna Gräns, Jan Kellgren,

Margit Knutsson, Nils Mattsson, Anne Rutberg och Mats Tjernberg läst och lämnat synpunkter på olika delavsnitt. Viktiga synpunkter har också erhållits från deltagare i de forskarseminarier i skatterätt och europarätt där delar av manuset diskuterats.

Edward Andersson, Cécile Brokelind, Kerstin Malmer och Niels Winther-Sørensen har på olika sätt hjälpt till med material, eftersökning av rättsfall m.m. Även bibliotekspersonalen vid Juridiska biblioteket i Uppsala har som vanligt på ett mycket vänligt och kunnigt sätt bistått vid sökandet efter material. Jag vill också nämna att Finansdepartementet snabbt försåg mig med material angående ändringarna i fusionsdirektivet så snart dessa hade antagits, vilket bidrog till att boken kunde slutföras utan alltför stora förseningar.

Forskningen har huvudsakligen finansierats genom anslag från Riksbankens Jubileumsfond men har delvis också skett inom ramen för min tjänst vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Tryckningsbidrag för utgivande av boken har beviljats av Riksbankens Jubileumsfond och av Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Till alla som på dessa sätt har hjälpt mig vill jag rikta mitt varmaste tack!

Uppsala i februari 2005

Kristina Ståhl

Innehållsförteckning

Förkortningar 15

1 Inledning 17
- 1.1 Ämnet 17
- 1.2 Syfte och avgränsningar 19
- 1.3 Metod och material 21
- 1.4 Utländsk rätt 23
  - 1.4.1 Implementeringen av direktivet i andra medlemsländer 23
  - 1.4.2 Tolkningen av direktivet i utländsk rättspraxis 25
- 1.5 Forskningsläget 26
- 1.6 Terminologi och hänvisningsteknik 27
- 1.7 Kort historik samt framtida utveckling 30
  - 1.7.1 Allmänt om utvecklingen av harmoniseringsarbetet rörande den direkta beskattningen 30
  - 1.7.2 Fusionsdirektivet 33
- 1.8 Civilrättslig bakgrund 36
- 1.9 Fusionsdirektivets territoriella räckvidd 40
- 1.10 Översikt över fusionsdirektivets bestämmelser 40
- 1.11 Allmänt om den svenska implementeringen 41

2 Tolknings- och tillämpningsfrågor m.m. 43
- 2.1 Inledning 43
- 2.2 Allmänt om EG-rättens verkan 44
- 2.3 Något om fusionsdirektivets karaktär och om tolkningen av direktivet 46
  - 2.3.1 Inledning 46

2.3.2 Allmänt om tolkning av EG-direktiv 46
2.3.3 Några särskilda frågor när det gäller tolkningen av fusionsdirektivet 50
2.3.3.1 *Fusionsdirektivets karaktär och det handlingsutrymme det ger medlemsstaterna* 50
2.3.3.2 *Kvaliteten på regelutformningen* 52
2.3.3.3 *Direktivets övergripande syften* 53
2.3.3.4 *Något om direktivets förarbeten* 55
2.3.3.5 *Fusionsdirektivet tillåter gynnsammare skatteregler* 55
2.4 Fusionsdirektivets direkta effekt 56
2.4.1 Inledning 56
2.4.2 Allmänt om förutsättningarna för direkt effekt 57
2.4.3 Har fusionsdirektivets bestämmelser direkt effekt? 58
2.4.3.1 *Inledning* 58
2.4.3.2 *Är bestämmelserna klara och precisa?* 59
2.4.3.3 *Är bestämmelserna ovillkorliga?* 60
2.4.3.4 *Betydelsen av skatteflyktsregeln i artikel 11* 62
2.4.3.5 *Sammanfattande slutsatser* 63
2.5 EG-konform tolkning av den svenska implementeringslagstiftningen 64
2.5.1 Inledning 64
2.5.2 Allmänt om EG-konform tolkning 65
2.5.2.1 *När aktualiseras en EG-konform tolkning?* 65
2.5.2.2 *Närmare om innebörden av den konforma tolkningen* 67
2.5.2.3 *Tolkningsskyldighetens gränser* 69
2.5.3 EG-konform tolkning av skattelag 72
2.5.3.1 Inledning 72
2.5.3.2 *Den konforma tolkningen i relation till lagtexten* 72
2.5.3.3 *Den konforma tolkningen i relation till förarbeten och regeringsrättspraxis* 75
2.5.3.4 *Sammanfattande bedömning* 76
2.5.4 Särskilt om EG-konform tolkning till de skattskyldigas nackdel 76
2.5.4.1 *Inledning* 76
2.5.4.2 *EG-konform tolkning av straffrätt till den tilltalades nackdel* 78

2.5.4.3 *Slutsatser för skatterättens del* 80
2.5.5 EG-konform tolkning mot bakgrund av fusionsdirektivet 84
2.5.6 Förhållandet mellan konform tolkning och direkt effekt 87
2.6 Restitution och skadestånd vid felaktig implementering 92
2.6.1 Restitution av skatt som tagits ut i strid med direktivet 92
2.6.2 Skadestånd p.g.a. felaktig implementering av direktivet 95
2.6.2.1 *Inledning* 95
2.6.2.2 *När kan en skadeståndsskyldighet aktualiseras?* 96
2.6.2.3 *Villkor för skadestånd* 97
2.6.2.4 *Förhållandet till nationella skadeståndsregler* 100
2.6.2.5 *Vilka skador är ersättningsgilla?* 102
2.7 Förhållandet mellan fusionsdirektivet och EG-fördraget 103
2.7.1 Allmänt 103
2.7.2 Närmare om konsekvenserna av en eventuell konflikt mellan direktivet och fördraget 105
2.8 Fusionsdirektivets betydelse vid nationella företagsombildningar m.m. 108
2.8.1 Inledning 108
2.8.2 Målet Leur-Bloem 109
2.8.3 Ställer EG-rätten krav på en konform tolkning? 110
2.8.4 Kan ett krav på konform tolkning härledas ur svensk rätt? 111

3 Bestämmelsernas tillämpningsområde 116
3.1 Fusioner och fissioner 116
3.1.1 Beskrivning av transaktionerna 116
3.1.2 Fusions/fissionsvederlag i form av andelar i det övertagande bolaget 121
3.1.3 Kontantvederlag 122
3.2 Verksamhetsavyttringar 125
3.2.1 Beskrivning av transaktionen 125
3.2.2 Verksamhetsgren 127

3.2.2.1 *Allmänt om direktivets definition av verksamhetsgren och om tolkningen av denna* 127
3.2.2.2 *Allmänt om den svenska implementeringen av verksamhetsgrensdefinitionen och om tolkningen av den svenska definitionen* 129
3.2.2.3 *Kravet på att verksamheten skall vara oberoende* 136
3.2.2.4 *Bedömningen av oberoendet ur funktionell synvinkel* 137
3.2.2.5 *Bedömningen av oberoendet ur ekonomisk synvinkel* 142
3.2.2.6 *Från vems perspektiv skall oberoendebedömningen göras?* 144
3.2.2.7 *Kravet på att verksamhetsgrenens alla tillgångar och skulder skall överföras* 153
3.2.2.8 *Särskilt om delavyttringar och överföring av ej helägd verksamhet* 156
3.2.2.9 *Särskilt om överföring av värdepapper och liknande tillgångar* 158
3.2.2.10 *Överföring av samtliga tillgångar i det överlåtande bolaget* 160
3.2.3 Vederlaget 162
3.2.3.1 *Karaktären på vederlaget* 162
3.2.3.2 *Måste vederlaget vara marknadsmässigt?* 163
3.3 Andelsbyten 167
3.3.1 Beskrivning av transaktionen 167
3.3.2 Kvalificerande andelsförvärv 169
3.3.3 De mottagna andelarna 172
3.3.4 Kontantvederlag och annat sidovederlag 174
3.4 Gränsdragningsproblem 176
3.5 Nya transaktionsformer 179
3.5.1 Inledning 179
3.5.2 Partiell fission 180
3.5.3 Flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar 181
3.6 Krav på hemvist och bolagsform 182
3.6.1 Ombildningen skall beröra bolag från två eller flera medlemsstater 182
3.6.2 Bolagsformer som omfattas av bestämmelserna 187

3.6.2.1 *Direktivets regler* 187
3.6.2.2 *Den svenska implementeringen* 188
3.6.2.3 *Särskilt om europabolag* 192
3.6.2.4 *Direktivregleringen i förhållande till EG-fördraget* 194
3.6.3 Krav på hemvist och skattskyldighet för de inblandade bolagen 197
3.6.4 Krav på hemvist och skattskyldighet för delägare i bolagen 198
3.6.5 Transparenta bolag 205
3.6.5.1 Inledning 205
3.6.5.2 Det överlåtande bolaget är skattemässigt transparent 205
3.6.5.3 Ett annat bolag som deltar i transaktionen är skattemässigt transparent 210
3.6.5.4 Delägare i bolag som deltar i transaktionen är skattemässigt transparent 211
3.6.5.5 Sammanfattande kommentarer 214

4 Särskild skatteflyktsbestämmelse 215
4.1 Inledning 215
4.2 Skatteflykt och skatteundandragande 215
4.3 Prövning av skatteflyktssyfte 217
4.3.1 Krav på prövning av skatteflyktssyfte i det enskilda fallet 217
4.3.2 Godtagbara kommersiella skäl för transaktionen 219
4.4 Den svenska skatteflyktslagen 221
4.5 Särskilda skatteflyktsbestämmelser i svensk rätt 223
4.5.1 Andelsbyte med kvalificerade fåmansbolagsandelar 223
4.5.2 Krav vid andelsbyte på att det köpande företaget skall behålla andelarna till årsskiftet 225
4.5.3 Andelsbyte med skalbolagsandelar 227

5 Beskattning på bolagsnivå 232
5.1 Inledning 232
5.2 Allmänt om direktivets kontinuitetsprincip 233
5.3 Den överförda egendomen skall knytas till ett fast driftställe i överlåtarstaten 236

5.3.1 Allmänt 236
5.3.2 Tolkningen av begreppet fast driftställe 236
5.3.2.1 *Är fast driftställe ett gemenskapsbegrepp?* 236
5.3.2.2 *Särskilt om kravet på att framtida vinster och förluster skall "beaktas vid taxeringen"* 238
5.3.2.3 *Svenska regler* 239
5.3.3 Särskilt om överföring av fastighet 240
5.3.4 Endast viss del av den överförda egendomen knyts till ett fast driftställe i överlåtarstaten 241
5.3.5 Beskattning om tillgångarna senare lämnar det fasta driftstället 243
5.3.6 Är kravet på fast driftställe förenligt med EG-fördraget? 245
5.3.6.1 *Är direktivregeln fördragsstridig?* 245
5.3.6.2 *Är den svenska implementeringslagstiftningen fördragsstridig?* 248

5.4 Närmare om innebörden av den skattemässiga kontinuiteten 254
5.4.1 Direktivets regler 254
5.4.2 Svenska regler om fusioner/fissioner 257
5.4.2.1 *Allmänt om innebörden av den skattemässiga kontinuiteten* 257
5.4.2.2 *Kontinuitet vad gäller beskattningsmetod* 259
5.4.2.3 *Villkor om beskattningsårets längd* 261
5.4.2.4 *Kontinuitetsbrott genom uppskrivning av överförda tillgångar* 262
5.4.3 Svenska regler om verksamhetsavyttringar 266
5.4.4 Svenska regler om flyttning av säte 269

5.5 Överföring av obeskattade reserver och förluster 270
5.5.1 Överföring av avsättningar och obeskattade reserver 270
5.5.2 Överföring av gamla underskott och förluster 272

5.6 Beskattning av fusionsvinster och fusionsförluster samt s.k. fusionsgoodwill 278

5.7 Överföring av fasta driftställen belägna i andra stater 281
5.7.1 Den överförda egendomen är knuten till ett fast driftställe i en annan medlemsstat 281
5.7.2 Särskilt om bolagisering av fasta driftställen i andra medlemsstater 288

5.7.3 Den överförda egendomen är knuten till ett fast driftställe i tredje land 290
5.8 Värdering av de mottagna andelarna vid en verksamhetsavyttring 292
5.9 Beskattningen i det övertagande bolagets hemland 295
5.9.1 Direktivregleringen 295
5.9.2 Svenska regler om fusioner, fissioner och flyttning av säte 296
5.9.3 Svenska regler om verksamhetsavyttringar 298
5.10 Möjlighet att välja att inte omfattas av reglerna 299

6 Beskattning på ägarnivå 302
6.1 Inledning 302
6.2 Närmare om innebörden av den skattemässiga kontinuiteten 305
6.2.1 Inledning 305
6.2.2 Värdekontinuitet 305
6.2.3 Karaktärskontinuitet 308
6.2.3.1 *Direktivets regler* 308
6.2.3.2 *Svenska regler om byte av kvalificerade andelar m.m.* 310
6.2.3.3 *Den svenska genomsnittsmetoden vid andelsavyttringar* 313
6.2.3.4 *Den svenska schablonmetoden vid avyttring av marknadsnoterade andelar* 318
6.2.4 Tidskontinuitet 319
6.2.5 Beskattningsutlösande händelser 320
6.2.5.1 *Inledning* 320
6.2.5.2 *Avyttring etc. av de mottagna andelarna* 321
6.2.5.3 *Benefika överlåtelser etc. av de mottagna andelarna* 322
6.2.5.4 *Tillåter direktivet att beskattning utlöses trots att andelsägaren har kvar de mottagna andelarna?* 326
6.3 Särskilt om andelsägarnas beskattning vid fusioner och fissioner 328
6.4 Beskattning av kontantvederlag 330
6.5 Värdering av andelarna hos det förvärvande bolaget 332

6.6 Den svenska uppskovslösningen 333
6.6.1 Inledning 333
6.6.2 Uppskovstekniken 335
6.6.3 Allmänt om uppskovsmetodens förenlighet med direktivet 335
6.6.4 Fördelning av uppskovsbeloppet mellan de mottagna andelarna 338
6.6.5 Återföring av uppskovet 339
6.6.5.1 *Inledning* 339
6.6.5.2 *Huvudregel* 340
6.6.5.3 *De mottagna andelarna avyttras med förlust* 340
6.6.5.4 *Uppskovsreglerna i relation till reglerna om näringsbetingade andelar* 345
6.6.5.5 *De bortbytta andelarna var andelar i skalbolag* 348
6.6.5.6 *Efterföljande uttagsbeskattning, underprisöverlåtelse, andelsbyte m.m.* 352
6.6.5.7 *Gåva etc. av de mottagna andelarna* 353
6.6.5.8 *Uppdelning, sammanläggning etc. av de mottagna andelarna* 357
6.6.5.9 *Särskilt om delägare i handelsbolag* 358
6.6.6 Säljaren har även andra andelar i det köpande företaget än de uppskovsgrundande andelarna 359
6.6.7 Avslutande reflexioner om uppskovslösningen 360
6.7 Tillåtlighet av s.k. exitskatter 361
6.7.1 Inledning 361
6.7.2 Svenska regler 362
6.7.3 De svenska reglernas förenlighet med fusionsdirektivet 365
6.7.4 De svenska reglernas förenlighet med EG-fördraget 367
6.8 Möjlighet att välja att inte omfattas av reglerna 374

7 **Några sammanfattande slutsatser** 376

Källförteckning 379

Bilaga: Fusionsdirektivet 402

Sakregister 412

Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (SFS 1975:1385)
AD	Arbetsdomstolens domar
AGL	Arvs- och gåvoskattelagen (SFS 1941:416)
anvp.	anvisningspunkt
BFNAR	Bokföringsnämndens allmänna råd
Cit.	Citeras
CMLRev.	Common Market Law Review
COM	Commission
Dir.	Kommittédirektiv
ECR	European Court Reports
ECTL	EC corporate tax law
EEC	European Economic Community
EEG	Europeiska ekonomiska gemenskapen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen
EG-fördraget	Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning
ERT	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska unionen
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IFA	International Fiscal Association
IGOL	Lag om inkomstbeskattningen vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG (SFS 1994:1854)
IL	Inkomstskattelagen (SFS 1999:1229)
JO	Journal officiel
JT	Juridisk Tidskrift
KL	Kommunalskattelagen (SFS 1928:370)
KOM	Kommissionen
LLMS	Lodin m.fl., Inkomstskatt
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development

OJ	Official Journal
Prop.	Proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
Red.	Redaktör(er)
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapens domstol
RF	Regeringsformen (SFS 1974:152)
RSV	Riksskatteverket
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SBL	Skattebetalningslagen (SFS 1997:483)
SCE	Société coopérative européenne
SFS	Svensk författningssamling
SIL	Lagen om statlig inkomstskatt (SFS 1947:576)
SKV	Skatteverket
SkU	Skatteutskottet
SN	Skattenytt
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
SvSkT	Svensk Skattetidning
TL	Taxeringslagen (SFS 1990:324)
uppl.	upplaga

1 Inledning

1.1 Ämnet

Ämnet för denna bok är det EG-rättsliga fusionsdirektivet[1] samt implementeringen av detta direktiv i svensk rätt. De ombildningsfall som för närvarande omfattas av direktivet är fusioner, fissioner, verksamhetsavyttringar (eller med direktivets terminologi överföring av tillgångar) samt andelsbyten.[2] För att direktivet skall vara tillämpligt krävs enligt artikel 1 att transaktionen berör bolag från två eller flera medlemsstater. Direktivets syfte är att underlätta sådana ombildningar genom att föreskriva att de skall kunna ske utan att beskattning utlöses.

De transaktioner som regleras i fusionsdirektivet har tidigare inte varit föremål för folkrättslig reglering. Till skillnad från de övriga EG-direktiv angående direkt beskattning som utfärdats rör fusionsdirektivet nämligen skattefrågor som inte omfattas av traditionella dubbelbeskattningsavtal.[3] I så måtto kan direktivet betecknas som en nyskapelse.[4] Innan fusionsdirektivet implementerades var vidare även den interna lagstiftningen angående gränsöverskridande omstruktureringar ofullständig i många länder. Sverige saknade t.ex. helt regler för många av de transaktioner som omfattas av direktivet.[5] Direktivet har därför medfört att flera nyheter har introducerats i svensk skattelagstiftning.

Något som däremot länge har minskat direktivets praktiska betydelse är att vissa av de transaktioner som regleras i direktivet i princip inte har

[1] Direktiv 90/434/EEG om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater (intaget som bilaga sist i denna bok). När jag i boken talar om "fusionsdirektivet" avser jag genomgående detta direktiv (se närmare om terminologin i avsnitt 1.6 nedan).

[2] Det har nyligen fattats beslut om att direktivet skall utvidgas till att omfatta ytterligare ett par transaktionsformer, se vidare strax nedan.

[3] Övriga direktiv gäller gränsöverskridande utdelningar, ränte- och royaltybetalningar (se vidare avsnitt 1.7.1 nedan), d.v.s. transaktioner som regelmässigt täcks av dubbelbeskattningsavtal.

[4] Næsborg Jensen 1997 s. 141.

[5] Se närmare avsnitt 1.11 nedan.

kunnat företas eftersom den nödvändiga civilrättsliga lagstiftningen har saknats. I avsaknad av bolagsrättslig reglering har det nämligen inte varit möjligt att genomföra gränsöverskridande fusioner och fissioner, i alla fall inte med svenska bolag involverade.[6] I och med ikraftträdandet den 8 oktober 2004 av förordningen om europabolag öppnas dock en möjlighet att genomföra gränsöverskridande fusioner även i praktiken. Enligt förordningen kan ett europabolag nämligen bildas bl.a. genom att bolag från två olika medlemsländer fusioneras. Skattemässigt kommer en sådan fusion att styras av bestämmelserna i fusionsdirektivet. Vidare träffades vid rådets möte den 25–26 november 2004 en politisk överenskommelse om att anta ett bolagsrättsligt direktiv som generellt skall möjliggöra fusioner mellan bolag i olika medlemsländer. När detta direktiv är implementerat i medlemsstaterna kommer fusionsdirektivets praktiska betydelse således att öka ytterligare.

De övriga transaktionsformer som regleras i direktivet, d.v.s. verksamhetsavyttringar och andelsbyten, har däremot kunnat genomföras allt sedan direktivet antogs. Trots att gränsöverskridande fusioner och fissioner hittills inte kunnat företas har direktivets regler angående fusioner och fissioner vidare ändå visat sig få praktisk betydelse på så sätt att flera länder valt att tillämpa reglerna även på rent inhemska transaktioner. Så har skett bl.a. i Sverige. En viktig, om än inte avsedd, effekt av direktivet har därför blivit att medlemsstaternas skatteregler för inhemska ombildningar till viss del kommit att harmoniseras.[7] Konsekvenserna av att Sverige vid implementeringen valt att utsträcka reglerna till att också omfatta inhemska transaktioner kommer att diskuteras ingående i boken.[8]

Medlemsländerna har genom en politisk överenskommelse i rådet den 7 december 2004 beslutat att införa relativt omfattande ändringar i fusionsdirektivet.[9] Bl.a. skall direktivet utvidgas till att omfatta en ny transaktionsform, s.k. partiell fission. Vidare skall det i direktivet införas skatteregler för när europabolag och europeiska kooperativa föreningar flyttar sitt säte från ett medlemsland till ett annat. Ändringarna är ännu inte formellt antagna utan detta kommer att ske först under år 2005.[10] Jag kommer ändå att behandla ändringarna i boken, om än inte lika ingående som de regler som finns i det nu gällande direktivet.

[6] Se vidare avsnitt 1.8 nedan.

[7] I Survey 1995 s. 24 framhålls detta t.o.m. som den främsta effekten av direktivet.

[8] Se särskilt kapitel 2.8 nedan.

[9] Se närmare avsnitt 1.7.2 nedan.

[10] Implementeringen av ändringarna skall ske i två steg, på så sätt att vissa regler i ändringsdirektivet skall vara implementerade senast den 1 januari 2006 och andra senast den 1 januari 2007. Se närmare avsnitt 1.7.2 nedan.

1.2 Syfte och avgränsningar

Syftet med denna bok är att analysera fusionsdirektivet samt den svenska implementeringslagstiftningen. Analysen tar sin utgångspunkt i direktivregleringen och inom ramen för syftet ligger givetvis att tolka direktivet med avseende på olika oklara fall. Bokens syfte är dock inte begränsat till att utreda innebörden av direktivet i sig, utan huvudsyftet kan snarare sägas vara att i möjligaste mån söka klarlägga rättsläget i Sverige på de områden som täcks av direktivet. Analysen av direktivregleringen kopplas därför genomgående till den svenska implementeringslagstiftningen och det jag framför allt vill belysa är hur dessa två regelsystem samspelar vid fastställandet av vad som utgör gällande rätt i Sverige. Detta samspel diskuteras i boken både på ett mer principiellt plan och med avseende på olika konkreta fall. Stor uppmärksamhet ägnas därvid åt frågan om i vilken utsträckning och på vilket sätt det bakomliggande direktivet styr tolkningen av den svenska rätten. Vidare söker jag identifiera de fall där de svenska reglerna kommer i konflikt med direktivregleringen samt diskuterar hur dessa konflikter skall lösas.

Som nämnts tar analysen sin utgångspunkt i själva direktivregleringen och ambitionen är här att ge en så fullständig bild som möjligt av direktivet och att diskutera olika tolkningsfrågor som uppkommer i anslutning till detta. Med tanke på att bokens huvudsyfte ändå är att utreda rättsläget i Sverige skulle i och för sig kunna ifrågasättas om det alltid är nödvändigt att analysera hur själva direktivet skall tolkas med avseende på olika oklara frågor. Som kommer att utvecklas närmare i kapitel 2.3.3.5 är fusionsdirektivet ett minimidirektiv, d.v.s. det finns ingenting som hindrar ett medlemsland från att medge skattefrihet även i andra situationer än de som täcks av direktivet och/eller att tillämpa en längre gående skattefrihet än den i direktivet stipulerade. Antag nu att det är oklart om en regel i direktivet skall ges tolkningen x eller tolkningen y, men att innebörden av den svenska lagstiftningen otvetydigt är x. Antag vidare att det går att slå fast att tolkningen x är förmånligare för de skattskyldiga än tolkningen y.[11] Eftersom Sverige har full rätt att utforma sina regler i enlighet med x även om direktivet skall tolkas som y kan det förefalla obehövligt att utreda vilken av dessa tolkningar av direktivet som är den riktiga. Det svenska rättsläget avseende den aktuella frågan är ju klart och dessutom förenligt med direktivet oavsett hur detta skall tolkas.

[11] Detta är inte alltid möjligt, ofta är det så att en tolkning som är till fördel för en viss skattskyldig/i en viss situation kan vara till nackdel för en annan skattskyldig/i en annan situation. Se om denna fråga även kapitel 2.5.4.3 nedan.

Mot en sådan argumentation kan dock invändas att det ändå kan visa sig vara av central betydelse för det svenska skatteutfallet om direktivet skall tolkas i enlighet med x eller y. Detta är nämligen avgörande för om direktivet kan ges direkt effekt om den svenska lagstiftningen i något annat avseende skulle visa sig strida mot direktivet.[12] Antag att en skattskyldig genomför en transaktion som faller in under direktivet om detta tolkas enligt alternativ x men inte om det tolkas enligt alternativ y. Eftersom de svenska reglerna klart stipulerar att x skall gälla kommer transaktionen att omfattas av den svenska regleringen. Så långt finns därmed ingen anledning att utreda direktivets innebörd när det gäller denna fråga. Antag dock att en annan bestämmelse i den svenska regleringen kommer i konflikt med direktivet och att den skattskyldiga därför vill åberopa direktivet direkt. För att kunna göra det krävs emellertid att transaktionen verkligen omfattas av direktivet, vilket endast är fallet om detta skall tolkas enligt alternativ x.[13] Som exemplet visar är det alltså av värde att den närmare innebörden av direktivet utreds även med avseende på sådana frågor där innehållet i den svenska rätten i och för sig är klart, vilket således kommer att ske i den följande framställningen.

Även när det gäller den svenska implementeringslagstiftningen är ambitionen i princip att ge en heltäckande bild av den svenska regleringen rörande de transaktioner som omfattas av direktivet. Med hänsyn till bokens inriktning har det dock fallit sig naturligt att lägga tyngdpunkten i analysen på sådana skattefrågor som verkligen täcks av direktivet eller där man i alla fall kan diskutera om direktivet har någonting att säga om den aktuella frågan. Sådana skattefrågor som i och för sig kan uppkomma vid de transaktioner som täcks av direktivet men som ändå klart faller utanför det som regleras i själva direktivet behandlas därmed mer summariskt.

Som nämnts har rådet beslutat att införa relativt omfattande ändringar i fusionsdirektivet. Jag kommer att redogöra för dessa ändringar i boken, men de kommer inte att bli föremål för en lika djupgående analys som de regler som finns i det nu gällande direktivet. Detta beror dels på att ändringarna ännu inte har antagits rent formellt[14], dels på att det naturligen saknas en svensk implementeringslagstiftning avseende dessa ändringar. Innan en sådan implementeringslagstiftning har antagits finns inget underlag för att göra några mer långtgående analyser av hur det svenska rättsläget kommer att påverkas av ändringarna i direktivet.

[12] Se om direktivets direkta effekt i kapitel 2.4 nedan.
[13] Se även kapitel 2.4.3.5 nedan.
[14] Se närmare avsnitt 1.7.2 nedan.

Vidare bör nämnas att boken inte innehåller någon heltäckande analys av hur det svenska skatteutfallet påverkas av ingångna dubbelbeskattningsavtal. Detta betyder inte att dubbelbeskattningsavtalen helt har avgränsats bort från framställningen men jag har när det gäller avtalen haft en mer begränsad ambitionsnivå än när det gäller direktivet och den inhemska rätten. Avtalsaspekter tas därför med när jag funnit dem vara av särskilt intresse men någon genomgående analys av hur avtalen kan tänkas påverka de skattefrågor som diskuteras finns inte i boken.

Slutligen skall något också sägas om EG-fördragets plats i den fortsatta framställningen.[15] Som känt är har EG-domstolen i ett stort antal mål funnit nationella skatteregler vara i strid med EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och icke-diskriminering. Denna praxis är i högsta grad relevant även på de skatteområden som behandlas i denna bok. Eftersom boken skall handla om fusionsdirektivet och om direktivets implementering i Sverige, och då jag i tidigare sammanhang utförligt har behandlat frågan om EG-fördragets betydelse för den nationella skatterätten,[16] har jag dock valt att inte ägna frågan om de svenska reglernas fördragsenlighet alltför stort utrymme i den följande framställningen. Läsaren förutsätts ha grundläggande kännedom om EG-domstolens praxis angående tillämpningen av bestämmelserna om fri rörlighet på nationella skatteregler och det blir i det följande endast fråga om att uppmärksamma och något diskutera några fall där det enligt min mening finns särskild anledning att ifrågasätta de svenska reglernas förenlighet med fördraget.

1.3 Metod och material

Undersökningen i denna bok är rättsdogmatisk och analysen sker med stöd av de rättskällor som vanligen används inom ramen för en sådan undersökning. Analysen är uppbyggd på så sätt att jag först tolkar direktivet enligt EG-rättsliga tolkningsmetoder varefter jag söker fastställa rättsläget i Sverige med beaktande av såväl direktivet som svensk intern rätt. Min syn på samspelet mellan EG-rätten och den nationella rätten vid fastställandet av gällande rätt i Sverige utvecklas närmare i kapitel 2 nedan. I samma kapitel behandlas också vissa allmänna frågor angående tolkningen av EG-rätt. En sådan fråga, som har koppling till det material som använts som underlag för analysen, skall dock beröras redan här, nämligen frågan om användningen av olika språkversioner av EG-rätten.

[15] Se om denna fråga även kapitel 2.7 nedan.

[16] Se framför allt Ståhl och Österman 2000 s. 59 ff. Andra mer omfattande framställningar angående denna fråga är t.ex. van Thiel 2001 och 2002.

Liksom all annan bindande EG-rättslig reglering finns fusionsdirektivet på alla de officiella medlemsspråken, vilka efter utvidgningen uppgår till inte mindre än 20 stycken. Enligt EG-domstolen har alla språkversioner lika värde och skall i princip jämföras med varandra när innebörden av en bestämmelse skall utrönas.[17] En fullödig analys av direktivet kräver därmed egentligen att alla 20 språkversioner beaktas. Av uppenbara skäl (i form av bristande språkkunskaper och resurser) har det inte varit möjligt att företa en sådan analys här. I undersökningen har jag utgått från den svenska språkversionen, vilken har jämförts med den engelska och den franska. I viss mån har också den danska och den tyska språkversionen använts.

Även EG-domstolens domar översätts till alla de officiella EU-språken. Här finns dock endast en autentisk version och det är den som är skriven på rättegångsspråket.[18] Vilken som är den autentiska språkversionen varierar således mellan olika domar beroende på från vilket land målet härrör.[19] I doktrinen har argumenterats för att om olika språkversioner avviker från varandra skall den autentiska språkversionen ges företräde.[20] Detta förefaller i och för sig vara en rimlig utgångspunkt. Samtidigt måste man komma ihåg att EG-domstolens interna arbetsspråk är franska och att domarna därför inom domstolen initialt utformas på det språket.[21] Även den autentiska språkversionen är således i realiteten en översättning (i alla de fall där inte även rättegångsspråket är franska). Av denna anledning har det på andra håll i doktrinen argumenteras för att det vid oklarheter snarare är lämpligt att fästa särskilt avseende vid den franska texten.[22]

Det nu sagda talar för att man egentligen borde använda sig av den autentiska språkversionen och/eller den franska språkversionen när EG-domstolens domar analyseras. Att alltid grunda analysen på den autentiska språkversionen har här förstås inte varit ett realistiskt alternativ p.g.a. bristande språkkunskaper. Även alternativet att konsekvent använda den franska språkversionen har dock valts bort av arbetsekonomiska skäl. När det gäller domar som avkunnats efter Sveriges inträde i EU används i stället genomgående den svenska språkversionen, medan den

[17] Se vidare kapitel 2.3.2.

[18] Se artikel 29.3 i Rättegångsreglerna för Europeiska gemenskapernas domstol samt Brown och Kennedy 2000 s. 284.

[19] Rättegångsspråket är i regel det officiella språket i svarandens hemland, se närmare artikel 29.2 i Rättegångsreglerna.

[20] Brown och Kennedy 2000 s. 285.

[21] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 73.

[22] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 73.

engelska används för domar från tiden dessförinnan. Vid oklarheter har dock ibland även den franska språkversionen konsulterats.

När det gäller den svenska rätten bygger analysen på de traditionella rättskällorna lag, förarbeten, regeringsrättspraxis och doktrin. Vidare redovisas ett antal förhandsbesked från Skatterättsnämnden.[23] Dessa kan ofta tjäna som goda illustrationer av de problem med regelsystemen som uppkommit i praktiken. Det faktum att det i det praktiska rättslivet finns ett stort intresse för nämndens avgöranden medför också att en redovisning av relevanta förhandsbesked på området bör kunna ha ett visst informationsvärde. Jag vill dock understryka att förhandsbesked från Skatterättsnämnden enligt min mening helt saknar prejudikatvärde (vilket förstås inte hindrar att tyngden i nämndens argumentation i sig kan vara övertygande). Redogörelsen för Skatterättsnämndens praxis grundas på primärkällor (d.v.s. på själva förhandsbeskeden),[24] men eftersom dessa inte är allmänt tillgängliga hänvisas även till sekundärkällor där sådana finns (referat i skattetidskrifter samt på Skatteverkets hemsida).

1.4 Utländsk rätt

1.4.1 Implementeringen av direktivet i andra medlemsländer

Det kan förefalla ligga nära till hands att låta en undersökning som tar sin utgångspunkt i ett EG-direktiv innehålla även komparativa inslag. I arbetets inledningsskede övervägde jag också att jämföra den svenska implementeringen med implementeringen i andra medlemsländer. Jag övergav dock ganska snart denna tanke eftersom jag kom fram till att en sådan undersökning knappast skulle bidra till fullföljandet av bokens huvudsyfte i så hög grad att den kunde motivera vare sig sin plats i framställningen eller den arbetsinsats den skulle medföra. Eftersom det möjligen kan uppfattas som kontroversiellt (eller åtminstone som en brist) att helt avgränsa bort utländsk rätt från en studie av detta slag har jag funnit det befogat att i det följande tämligen ingående utveckla grunderna för detta beslut.

Ett tänkbart argument för att undersöka även implementeringen i andra länder skulle kunna vara att en sådan undersökning skulle kunna fungera som hjälpmedel vid tolkningen av direktivet.[25] Jag har dock inte

[23] Se om användning av Skatterättsnämndens förhandsbesked inom ramen för en rättsvetenskaplig undersökning Persson Österman 1997 s. 22.

[24] Vilka jag har fått del av i egenskap av ledamot i nämnden.

[25] Se om användningen av en komparativ metod vid tolkningen av EG-rätt Malmberg 2003 s. 40 ff.

kunnat finna något direkt stöd i EG-domstolens praxis för att domstolen vid tolkningen av EG-rätt hämtar ledning i och/eller låter sig påverkas av hur denna EG-rätt implementerats i medlemsländerna. Däremot finns flera exempel på motsatsen, d.v.s. på att EG-domstolen stannat vid en tolkning trots att denna avviker från hur flertalet medlemsländer uppfattat att den aktuella bestämmelsen skall tolkas.[26] Värdet av en undersökning av implementeringen i andra länder som hjälpmedel vid tolkningen av själva direktivet måste därför betecknas som litet.

Inte heller vid fastställandet av det svenska rättsläget de lege lata förefaller en komparativ undersökning ha särskilt mycket att bidra med. I doktrinen har i och för sig argumenterats för att komparativa studier torde ha större betydelse även inom ramen för en argumentation de lege lata på områden som harmoniserats genom EG-direktiv än på oharmoniserade områden.[27] Exempelvis har anförts att det vid tolkningen av svenska bestämmelser på sådana områden bör gå att hämta ledning i rättspraxis från andra medlemsländer.[28] Jag kan instämma i den uppfattningen, men anser att den har störst bärighet på mer genomharmoniserade områden såsom t.ex. momsen.[29] Fusionsdirektivet rör skattefrågor som i grunden är oharmoniserade och där den omgivande regelmaterian därmed kan skilja sig åtskilligt mellan olika medlemsländer. Direktivreglerna införlivas således i olika rättsmiljöer i olika länder, vilket gör att det blir betydligt svårare att dra slutsatser om det svenska rättsläget utifrån domstolsavgöranden angående andra länders implementeringslagstiftning. Till detta kan vidare läggas att fusionsdirektivet (till skillnad från t.ex. momsdirektiven) är relativt allmänt hållet, vilket lämnar tämligen stort spelrum för nationella variationer vid implementeringen.[30] Också denna omständighet minskar enligt min mening värdet av utländsk rättspraxis som rättskälla vid tolkningen av svensk rätt.

Däremot har ju komparativa undersökningar i stort sett alltid ett värde i sig genom den kunskap de förmedlar om andra länders rätt. Rättsjämförelser är också värdefulla på så sätt att de ger perspektiv på de lösningar som valts i den egna rättsordningen. Dessa värden måste dock vägas mot den arbetsinsats som krävs för att genomföra undersökningen. En viktig

[26] Ett exempel på detta är förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063, vilket behandlas närmare i kapitel 2.3.2 nedan. Som framgår av det målet kan det däremot få betydelse för skadeståndsfrågan att flera medlemsländer gjort samma (felaktiga) bedömning, se vidare kapitel 2.6.2.3 nedan.

[27] Hultqvist 1998 s. 21 samt i viss mån Alhager, E. 2001 s. 26 ff.

[28] Alhager, E. och Alhager, M. 2002 s. 38.

[29] Ovanstående doktrinuttalanden har också tagit sikte på förhållandena på just momsområdet.

[30] Se närmare om fusionsdirektivets karaktär i kapitel 2.3.3.1 nedan.

omständighet att beakta är därvid den aktuella studiens innehållsmässiga omfattning. Denna bok har ett relativt brett anslag eftersom den täcker in hela fusionsdirektivet och därmed behandlar ett flertal transaktioner vilka var och en aktualiserar ett stort antal olika skattefrågor. Att inom ramen för en studie med så pass bred inriktning inrymma även en komparativ undersökning skulle kräva en mycket stor arbetsinsats. Även det faktum att direktivet som nämnts rör områden som i grunden är oharmoniserade och där variationerna mellan länderna därmed är betydande, samtidigt som de nationella regelsystemen typiskt sett är mycket komplexa, försvårar genomförandet av rättsjämförelser. Omstruktureringsfrågorna "skär igenom" stora delar av regelmaterian på ett sätt som gör att det krävs en mycket god allmän kännedom om det aktuella landets företags- och kapitalbeskattning för att kunna dra meningsfulla slutsatser om hur implementeringen av direktivet har genomförts. Då lämpar sig studier där föremålet för undersökningen är mer avgränsat, och där den omgivande regelmaterian uppvisar större likheter mellan länderna, enligt min mening betydligt bättre för komparationer.[31]

Till det sagda kan slutligen också läggas att det rena upplysningsvärde som eventuellt skulle kunna motivera en mer begränsad och översiktlig undersökning av hur implementeringen genomförts i andra länder inte heller det är särskilt stort. Det finns redan flera sådana undersökningar redovisade på annat håll, till vilka den intresserade hänvisas.[32]

Av ovan redovisade skäl har jag således avstått från att undersöka och i boken beskriva implementeringen av fusionsdirektivet i andra medlemsländer. Det bör dock anmärkas jag ändå tagit del av en del litteratur kring den nationella implementeringslagstiftningen i andra länder, men då i syfte att eftersöka författarnas synpunkter på hur själva direktivet skall tolkas i olika oklara fall.

1.4.2 Tolkningen av direktivet i utländsk rättspraxis

Något som jag däremot anser klart skulle vara befrämjande för bokens huvudsyfte, och därmed utan tvivel försvara sin plats i framställningen, är en redovisning av rättspraxis från andra länders högsta instanser där dessa tolkat själva fusionsdirektivet. I princip skall sådana avgöranden i och för sig inte kunna förekomma eftersom de högsta dömande instanserna har en ovillkorlig plikt att hänskjuta oklara frågor när det gäller tolkningen av EG-rätt till EG-domstolen.[33] Det är dock ingen hemlighet att benägen-

[31] Se för exempel på sådana studier Hultqvist 1998 och Alhager, E. 2001.
[32] Se framför allt Survey 1995, ECTL samt Survey 2003.
[33] Se artikel 234 i EG-fördraget samt Ståhl och Österman 2000 s. 27 ff.

heten att hänskjuta mål till EG-domstolen varierar betydligt mellan medlemsländerna och att många länders högsta domstolar avgör också svåra tolkningsfrågor utan att först tillfråga EG-domstolen. Eftersom det endast är EG-domstolen som är auktoritativ uttolkare av EG-rätten har sådana avgöranden i och för sig inget prejudikatvärde i egentlig mening. Med tanke på att det ändå typiskt sett är fråga om kvalificerade uttolkningar av direktivets innebörd, vilka dessutom till skillnad från tolkningar i doktrinen sker i ett "skarpt läge", skulle det enligt min mening trots detta vara av stort intresse att få ta del av och redovisa sådana avgöranden. Jag har därför gjort vissa efterforskningar i syfte att söka utröna om någon sådan rättspraxis existerar. Förutom att göra en del egna sökningar i rättsfallsregister etc. har jag vänt mig till utländska kollegor med kännedom om området samt också varit i kontakt med kommissionen. Dessa efterforskningar har dock visat sig resultatlösa, d.v.s. jag har inte lyckats hitta något fall där fusionsdirektivet direkt varit föremål för tolkning i en nationell högsta domstol. Det skall dock understrykas att mina undersökningar av nationell praxis i detta avseende inte varit systematiska och heltäckande, varför det givetvis kan finnas sådana fall även om jag inte lyckats få kännedom om dem.

1.5 Forskningsläget

De mest omfattande studierna av fusionsdirektivet som jag känner till är de som finns i "Survey of the implementation of the EC corporate tax directives" och i "EC corporate tax law", båda publicerade av IBFD.[34] Dessa studier innehåller dels analyser av själva direktivet, dels översikter över hur direktivet implementerats i medlemsländerna. De har varit till god hjälp vid inventeringen av tolkningsproblem som direktivet leder till och analysen i denna bok tar många gånger sin utgångspunkt i dessa studier. Båda studierna skrevs dock i relativt nära anslutning till att direktivet antogs och beaktar därmed exempelvis inte senare rättspraxis från EG-domstolen.[35] Avsikten är att analysen av direktivet i denna bok skall föras ett steg längre än den som återfinns i dessa studier.

En annan mer omfattande framställning angående fusionsdirektivet är Næsborg Jensens avhandling "EU-Selskabsskatteret" från år 1997. Næsborg Jensens bok har dock ett bredare anslag än den här aktuella eftersom

[34] Survey 1995 och ECTL.

[35] När det gäller ECTL är denna i och för sig ett lösbladssystem som skall uppdateras fortlöpande, men den senast publicerade uppdateringen när det gäller analysen av själva fusionsdirektivet härrör från år 1993.

den täcker in alla antagna och föreslagna direktiv på företagsskatteområdet. Analysen av varje enskilt direktiv har därmed inte kunnat drivas lika långt som är avsikten här. Vidare beaktar av naturliga skäl inte heller Næsborg Jensen senare års praxis från EG-domstolen. Kortare avsnitt om fusionsdirektivet finns också i "EC tax law" av Farmer och Lyal från år 1994 och "European tax law" av Terra och Wattel från år 2001. En svensk framställning av motsvarande slag är "EG-skatterätt" av Ståhl och Österman från år 2000. Samtliga dessa framställningar är dock av relativt översiktlig karaktär. I övrigt finns några mer handboksartade översikter över direktivet samt ett antal artiklar i svenska och internationella tidskrifter.

När det gäller den svenska implementeringslagstiftningen har denna tidigare behandlats av framför allt Wiman, dels i boken "Beskattning av företagsgrupper" från år 2002, dels i ett antal artiklar. Även andra författare har förstås behandlat olika specifika delfrågor angående denna lagstiftning, framför allt i artikelform. Det finns dock ingen framställning som mer på djupet analyserar den svenska lagstiftningen utifrån ett EG-perspektiv, d.v.s. som tydligt lyfter fram att den bygger på ett EG-direktiv.[36] Även om min förhoppning givetvis är att denna bok skall kunna tillföra en del vad gäller tolkningen av själva direktivet, är bokens främsta bidrag som jag ser det just analysen av hur direktivet påverkar tolkningen och tillämpningen av den svenska lagstiftningen.

1.6 Terminologi och hänvisningsteknik

I detta avsnitt skall några terminologiska frågor av mera generell relevans för framställningen behandlas. I övrigt kommer de särskilda termer och uttryck som används att förklaras i samband med att de presenteras.

När jag i denna bok talar om "fusionsdirektivet" avser jag genomgående det skatterättsliga fusionsdirektivet, d.v.s. direktiv 90/434/EEG. Det har även utfärdats ett direktiv med civilrättsliga regler för fusioner, det s.k. tredje bolagsdirektivet (se närmare avsnitt 1.8 nedan). I litteraturen används ofta benämningen "fusionsdirektivet" även för det sistnämnda direktivet. För att undvika sammanblandning använder jag i denna framställning benämningarna "det tredje bolagsdirektivet" eller "det bolagsrättsliga fusionsdirektivet" när jag refererar till detta direktiv.

Om annat inte uttryckligen framgår avser alla hänvisningar till fusionsdirektivet den nu gällande direktivtexten. Denna direktivtext finns intagen

[36] Exempel på sådana framställningar rörande andra skattedirektiv är Hultqvist 1998, Brokelind 2000, Alhager, E. 2001 och Olsson 2001.

som en bilaga sist i boken. Som nämnts har en politisk överenskommelse träffats om att utfärda ett direktiv med ändringar i fusionsdirektivet.[37] I boken benämner jag detta direktiv som "ändringsdirektivet". I de fall då en hänvisning till fusionsdirektivet avser direktivtexten såsom den kommer att se ut när de beslutade ändringarna börjar gälla anges detta särskilt.

Ett problem vid författandet av boken har varit att terminologin i fusionsdirektivet inte alltid överensstämmer med den terminologi som används i den svenska lagstiftningen. Dessutom är inte heller terminologin inom själva direktivet helt konsekvent. När det exempelvis gäller de ombildningsfall som omfattas av direktivet benämns dessa i direktivets titel och i preambeln till direktivet som "fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar". I artikel 2, där transaktionerna definieras, talas däremot i punkten b) om "uppdelning" och inte om "fission". Termen "fission" används dock i övriga artiklar i direktivet.[38] När det vidare gäller den svenska implementeringslagstiftningen används termen "verksamhetsavyttring"[39] i stället för direktivets benämning "överföring av tillgångar" samt termen "andelsbyte" i stället för "utbyte av aktier eller andelar". I denna framställning har jag valt att genomgående använda de i Sverige inarbetade benämningarna på transaktionerna, d.v.s. de som återfinns i den svenska lagtexten, även i de fall då dessa avviker från terminologin i direktivet. I boken benämns de aktuella transaktionerna således "fusion", "fission", "verksamhetsavyttring" respektive "andelsbyte".

Även vad gäller de subjekt som är inblandade i transaktionerna finns skillnader mellan den terminologi som används i direktivet respektive i den svenska lagstiftningen. En första skillnad är att medan direktivet använder termen "bolag" som samlingsbenämning på alla de associationsformer som omfattas av direktivets bestämmelser är motsvarande term i den svenska lagstiftningen "företag". När det gäller fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar refererar direktivet vidare till de iblandade bolagen som "överlåtande" respektive "övertagande" bolag. Vid andelsbyten talas i stället om "förvärvat" respektive "förvärvande" bolag. I den svenska

[37] Se närmare avsnitt 1.7.2 nedan.

[38] I den engelska och den franska språkversionen används samma term genomgående ("division" respektive "scission"). Ett annat exempel på inkonsekvens i den svenska språkversionen av direktivet är att tre olika termer ("permanent driftställe" i artikel 4.1, "fast driftställe" i artikel 10.1 samt "stadigvarande verksamhetsgren" i rubriken till artikel 10) används för vad som i den engelska och den franska språkversionen genomgående betecknas som "permanent establishment" respektive "établissement stable".

[39] Vid den ursprungliga implementeringen av direktivet användes termen "verksamhetsöverlåtelse", men i samband med införandet av inkomstskattelagen ersattes denna term med den nuvarande "verksamhetsavyttring".

lagstiftningen används, på motsvarande sätt som i direktivet, benämningarna "överlåtande" respektive "övertagande" företag vid fusioner och fissioner. Vid verksamhetsavyttringar används däremot benämningarna "säljande" respektive "köpande" företag. Även i de svenska andelsbytesreglerna avviker terminologin från direktivets eftersom man där talar om "det avyttrade" respektive "det köpande" företaget.

Under arbetet med boken övervägde jag att även när det gäller benämningarna på de inblandade subjekten konsekvent ansluta mig till någondera av direktivets eller den svenska lagstiftningens terminologi. I detta fall fann jag dock denna lösning vara mindre lämplig. Till skillnad från vad som är fallet när det gäller benämningarna på de transaktioner som omfattas utgör nämligen benämningarna på de inblandade subjekten en viktig del av uppbyggnaden av själva den materiella regleringen (såväl i direktivet som i den svenska lagstiftningen). Vid analysen av en viss bestämmelse är det givetvis viktigt att kunna hänföra sig till den specifika terminologi som används där. Jag har därför stannat för att i möjligaste mån söka följa den terminologi som används i den bestämmelse (i direktivet respektive i svensk intern rätt) som i varje enskilt fall är föremål för analys, vilket dock alltså innebär att de benämningar som används i boken kommer att variera.

Slutligen skall vissa "EG-rättsterminologiska" frågor beröras. Med "EG-fördraget" avses Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen av den 25 mars 1957 med senare gjorda tillägg och ändringar. Hänvisningarna avser genomgående den nu gällande lydelsen av fördraget. Jag har därför inte funnit det vara nödvändigt att använda samma hänvisningsteknik som EG-domstolen, d.v.s. att särskilt markera om hänvisningen hänför sig till tidigare eller nuvarande lydelse av fördraget.[40] Vidare kan anmärkas att jag använder ordet "preambel" för att beteckna inledningarna till EG-rättsakterna där syftena etc. bakom reglerna beskrivs. Mitt intryck är att denna term i praktiken har fått en väl så stor utbredning och acceptans som den officiellt rekommenderade benämningen "ingress"[41] och att den tydligare signalerar den speciella betydelse som dessa inledningar har.[42] Av samma anledning används vidare, även det i strid med gällande rekommendationer,[43] termerna

[40] EG-domstolen använder "EG-fördraget" för att hänvisa till fördraget i dess lydelse före Amsterdamfördraget år 1999 (då fördragsbestämmelserna omnumrerades) och "EG" för att hänvisa till lydelsen efter Amsterdamfördraget.

[41] Se Statsrådsberedningens PM 1996:4 s. 10.

[42] Jag ansluter mig således här till Westbergs språkbruk, se Westberg 1994 s. 37. Se även Bernitz och Kjellgren 2002 s. 47 där båda benämningarna används.

[43] Se Statsrådsberedningens PM 1996:4 s. 24.

"implementering" och "implementeringslagstiftning" för att beteckna genomförandet av EG-rätt i svensk rätt. Ibland används dock synonymt även "genomförande", "införlivande" och liknande benämningar.

1.7 Kort historik samt framtida utveckling

1.7.1 Allmänt om utvecklingen av harmoniseringsarbetet rörande den direkta beskattningen

Det är ett välkänt faktum att EG:s skatteharmoniseringsarbete har kommit längst på den indirekta beskattningens område. När det gäller den direkta beskattningen har framgångarna, i form av antagna direktiv etc., varit färre. I och för sig har det inte saknats ambitioner att åstadkomma en harmonisering även på detta område. Framför allt kommissionen har gång på gång argumenterat för det nödvändiga i att harmonisera åtminstone delar av den direkta beskattningen. Under 1970- och 80-talen lades också många konkreta förslag till långtgående harmonisering av medlemsländernas inkomstskatter fram.[44] Dessa förslag möttes dock av skepsis från medlemsstaternas sida och många av dem diskuterades aldrig ens i rådet.

Vändpunkten kom år 1990 då fusionsdirektivet och moder/dotterbolagsdirektivet[45] antogs av rådet, mer än tjugo år efter att de ursprungliga förslagen lades fram. Samtidigt antogs även konventionen om skiljedom i internprissättningstvister.[46] I samband med detta kunde man också se en förändring av kommissionens allmänna inställning till hur harmoniseringsarbetet på detta område skulle bedrivas.[47] Från att ha verkat för en tämligen systematisk och omfattande harmonisering av stora delar av den direkta beskattningen blev strategin nu i stället att söka genomdriva direktiv på vissa, mer begränsade, områden, där harmoniseringsåtgärder framstod som speciellt nödvändiga. Arbetet skulle därmed inriktas på skatteregler av särskild betydelse för internationella förhållanden och transaktioner, medan sådana skatteregler som framför allt rör rent inhemska förhållanden skulle lämnas utanför harmoniseringsarbetet.

[44] Se KOM(2001) 582 slutlig för en översikt över kommissionens tidigare initiativ. En mer ingående beskrivning av dessa finns t.ex. i Ståhl 1996 s. 133 ff.
[45] Direktiv 90/435/EEG.
[46] Konvention 90/436/EEG.
[47] Se de allmänna harmoniseringsprogram som lades fram under början av 1990-talet: SEC(90) 601 final, SEC(92) 1118 final och COM(93) 632 final.

Denna strategi har visat sig vara mer framgångsrik än den tidigare, mer ambitiösa, inriktningen på arbetet. År 1997 antog rådet en resolution innehållande en s.k. uppförandekod för företagsbeskattningen vilken syftar till att begränsa skadlig skattekonkurrens mellan medlemsstaterna.[48] Denna följdes sedan år 2003 upp med att sparandedirektivet[49] och ränte- och royaltydirektivet[50], efter flera års förhandlingar, slutligen kunde antas. Kommissionen har deklarerat att den de närmaste åren kommer att fortsätta arbetet med att få till stånd riktade åtgärder på särskilt angelägna områden.[51] Vissa av dessa åtgärder har koppling till de redan antagna direktiven och ett antal förslag till ändringar av dessa har lagts fram för rådet.[52] En del av dessa förslag, bl.a. förslaget till ändringar i fusionsdirektivet, har också antagits.[53] Andra prioriterade frågor är att uppnå en lösning på problemet med gränsöverskridande förlustutjämning i internationellt verksamma koncerner[54] samt att finna former för en anpassning av dubbelbeskattningsavtalen till kraven på den inre marknaden. Kommissionen arbetar också med frågan om hur EG-domstolens allt rikligare praxis angående fördragsstridiga inkomstskatteregler skall hanteras på det nationella planet.[55]

Att ambitionsnivån när det gäller den direkta beskattningen även fortsättningsvis skall vara mer begränsad än när det gäller den indirekta beskattningen återspeglas även i den nya konstitutionen för Europa. Enligt denna skall de direkta skatterna fortfarande omfattas av den allmänna bestämmelsen om "tillnärmning" av sådan lagstiftning som direkt inverkar på den inre marknadens upprättande och funktion medan det när det gäller indirekta skatter specifikt föreskrivs att dessa skall harmoniseras.[56]

[48] Resolution den 1 december 1997.
[49] Direktiv 2003/48/EG.
[50] Direktiv 2003/49/EG.
[51] Se KOM(2001) 582 slutlig och KOM(2003) 726 slutlig.
[52] Se framför allt KOM(2003) 462 slutlig med förslag till ändringar i moder/dotterbolagsdirektivet, KOM(2003) 613 slutlig med förslag till ändringar i fusionsdirektivet samt KOM(2003) 841 slutlig med förslag till ändringar i ränte- och royaltydirektivet.
[53] Se närmare om ändringarna i fusionsdirektivet i nästa avsnitt. Se även direktiv 2003/123/EG med ändringar i moder/dotterbolagsdirektivet.
[54] Ett direktivförslag angående denna fråga lades fram redan i början av 1990-talet (COM(90) 595 final) men har dragits tillbaka. I KOM(2003) 726 slutlig förutskickades att ett nytt förslag skulle läggas fram under år 2004, men något förslag har i skrivande stund inte offentliggjorts.
[55] En utförligare beskrivning av kommissionens kommande initiativ finns i KOM(2003) 726 slutlig.
[56] Se artiklarna III-171 och III-173 i Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa (vilka motsvarar artiklarna 93 och 94 i det nuvarande EG-fördraget). Det nya fördraget undertecknades den 29 oktober 2004 men det har ännu inte ratificerats i alla medlemsstater. Fördraget finns på EU:s hemsida www.europa.eu.int.

Kommissionen har emellertid de senaste åren också tydligt givit till känna att den anser att det på längre sikt inte är tillräckligt med den typ av riktade åtgärder som beskrivits ovan utan att en mer övergripande lösning är nödvändig.[57] Det långsiktiga arbetet är därför inriktat på att finna ett system för en konsoliderad bolagsskattebas för företag med verksamhet i flera EU-länder. De modeller som för närvarande övervägs inom kommissionen är dels s.k. Home State Taxation eller hemstatsbeskattning för mindre och medelstora företag, dels en gemensam, konsoliderad bolagsskattebas för storföretagen.[58] Huruvida kommissionen denna gång kommer att vara mer lyckosam när det gäller att få med sig medlemsstaternas i dessa mer ambitiösa projekt återstår dock att se.

Kravet på att beslut när det gäller skattefrågor måste fattas enhälligt[59] försvårar givetvis alla försök att komma vidare på detta område. Problemet har knappast blivit mindre efter utvidgningen när nu 25 länder måste enas om gemensamma åtgärder för att dessa skall kunna genomföras. Kommissionen har också flera gånger förespråkat en övergång till beslutsfattande med kvalificerad majoritet för åtminstone vissa skattefrågor.[60] I det Europeiska konventets förslag till ny konstitution för Europa fanns också en viss öppning för en övergång till beslutsfattande med kvalificerad majoritet i vissa undantagsfall, nämligen rörande frågor om administrativt samarbete och bekämpning av skattebedrägeri och skatteflykt.[61] Denna del av förslaget ändrades dock i det slutligen antagna fördraget om ny konstitution, varför vetorätten kvarstår oinskränkt även i den nya konstitutionen.[62]

[57] Se KOM(2001) 582 slutlig och KOM(2003) 726 slutlig.

[58] Se kommissionens s.k. Non-Papers från den 7 juli 2004 angående "Home State Taxation for small and medium-sized enterprises" respektive "A common consolidated EU corporate tax base". Se även den studie som på kommissionens uppdrag utförts av Deloitte EU Tax Group angående om det skulle vara möjligt att införa denna typ av regler endast för europabolag. Samtliga dessa dokument kan hämtas på EU:s hemsida www.europa.eu.int. En mer ingående presentation av just "Home State Taxation" finns i Lodin och Gammie 2001.

[59] Se artikel 94 och 95.2 i EG-fördraget.

[60] Se t.ex. KOM(2000) 114 slutlig och KOM(2001) 260 slutlig.

[61] Se artiklarna III-62 och III-63 i Utkast till fördrag om upprättande av en konstitution för Europa.

[62] Se artiklarna III-171 och III-173 i Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa.

1.7.2 Fusionsdirektivet

Fusionsdirektivets historia går tillbaka ända till år 1969, då det ursprungliga direktivförslaget väcktes av kommissionen.[63] Detta förslag behandlades av den ekonomiska och sociala kommittén[64] och av parlamentet[65], och var också föremål för diskussioner i rådet[66]. Motsättningarna mellan medlemsländerna var emellertid stora och diskussionerna angående förslaget avstannade därför under många år. I mitten av 1980-talet fäste kommissionen åter rådets uppmärksamhet på direktivförslaget och utarbetade också vissa ändringar i detsamma i syfte att överbrygga staternas meningsskiljaktigheter.[67] Efter ytterligare kompromisser och justeringar i rådet kunde en omarbetad version av förslaget slutligen antas år 1990, och det skulle ha varit implementerat i medlemsstaterna senast den 1 januari 1992. Sverige implementerade direktivet i samband med att vi gick med i EU den 1 januari 1995[68] och för de nya medlemsstaterna gäller på motsvarande sätt att direktivet skall vara införlivat från och med anslutningsdatumet den 1 maj 2004.[69]

Det ursprungliga direktivförslaget gick i flera avseenden längre än det slutligen antagna direktivet. Medan det antagna direktivet i princip endast avser de skattekonsekvenser som följer av själva företagsombildningen innehöll direktivförslaget också regler om den löpande beskattningen av det fasta driftställe som i och med transaktionen uppkommer i överlåtarlandet.[70] Direktivförslaget var vidare inte begränsat till att endast behandla transaktionernas inkomstskattekonsekvenser utan där fanns också regler om undanröjande av stämpelskatt och liknande skatter.[71] I andra avseenden var förslaget däremot mer begränsat än det antagna direktivet. Framför allt fanns inga bestämmelser om andelsbyten i det ur-

[63] COM(69) 5 final.

[64] Yttrandet finns publicerat i JO C 100 1969 s. 4 (på franska, någon engelsk version finns inte).

[65] Yttrandet finns publicerat i JO C 51 1970 s. 12 (på franska, någon engelsk version finns inte).

[66] Se Community Council debates tax harmonization proposals, European Taxation 1970 s. II/163 f.

[67] COM(85) 360 final.

[68] Se bilaga I i akten om villkoren för anslutningen av Sverige, Finland och Österrike till EU, där det framgår att fusionsdirektivet omedelbart vid anslutningen utvidgades till att omfatta även dessa länder.

[69] Se akt om villkoren för anslutningen av de tio nya medlemsländerna, bilaga II, avsnitt 9, p. 7. Ingen av de nya medlemsstaterna har medgivits några övergångsregler varför direktivet gäller fullt ut i alla de nya staterna fr.o.m. den 1 maj 2004.

[70] Se närmare kapitel 5.3.2.1 nedan.

[71] Se artikel 7 i direktivförslaget i COM(69) 5 final.

sprungliga direktivförslaget utan dessa regler inarbetades först i och med att Storbritannien och Irland blev medlemmar år 1973. Anledningen var att den form för samgående eller "fusion" som traditionellt använts i dessa länder är just andelsbyten och inte regelrätta, bolagsrättsligt reglerade, fusioner.[72]

Kommissionen lade år 1993 fram ett första förslag till ändringar av fusionsdirektivet.[73] Förslaget berörde endast två frågor: dels vilka företagsformer som skulle omfattas av direktivet, dels en detaljfråga när det gällde samordningen mellan fusionsdirektivet och moder/dotterbolagsdirektivet. Förslaget kom dock aldrig att antas. Ett nytt och betydligt mer omfattande ändringsförslag lades i stället fram år 2003, varvid 1993 års förslag drogs tillbaka.[74] Det nya förslaget grundade sig delvis på resultaten av kommissionens stora företagsskattestudie som slutfördes år 2001.[75] Delar av förslaget föranleddes också av att stadgan om europabolag skulle träda i kraft under år 2004.[76] Som nämndes redan i avsnitt 1.1 ovan nåddes vid rådets möte den 7 december 2004 en politisk överenskommelse om att, med vissa justeringar, anta de föreslagna ändringarna.[77] En engelsk version av det överenskomna ändringsdirektivet har offentliggjorts men någon svensk version finns i skrivande stund inte att tillgå.[78] Gången är nu att ändringsdirektivet skall översättas till alla de officiella medlemsspråken varefter det formella antagandet kan ske. De delar av ändringarna som specifikt rör europabolag och europeiska ekonomiska föreningar[79] skall vara implementerade i medlemsländerna senast den 1 januari 2006 medan implementeringsfristen för de övriga ändringarna går ut den 1 januari 2007.[80]

Det nya ändringsdirektivet innehåller flera väsentliga förändringar av fusionsdirektivet. Som nämnts i avsnitt 1.1 skall direktivet bl.a. utvidgas

[72] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 57.

[73] COM(93) 293 final.

[74] KOM(2003) 613 slutlig.

[75] Se SEC(2001) 1681 och KOM(2001) 582 slutlig.

[76] Se närmare avsnitt 1.8 nedan.

[77] Se pressrelease från rådets möte den 7 december 2004, publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int. Förslaget hade dessförinnan i huvudsak tillstyrkts av parlamentet (se Europaparlamentets betänkande den 26 februari 2004) och av den ekonomiska och sociala kommittén (se yttrande den 25 februari 2004).

[78] Enligt uppgift på EU:s hemsida www.europa.eu.int skall det överenskomna ändringsdirektivet inom kort läggas ut på hemsidan, men så har ännu inte skett. Jag har dock via det svenska Finansdepartementet fått del av den överenskomna texten.

[79] D.v.s. bestämmelserna om att europabolag och europeiska kooperativa föreningar skall tas med på listan över de subjekt som omfattas av direktivet samt bestämmelserna om vilka skattekonsekvenser som skall inträda när sådana associationer flyttar sitt säte från en medlemsstat till en annan.

[80] Se artikel 2 i ändringsdirektivet.

till att omfatta en ny transaktionsform, s.k. partiell fission.[81] I direktivet skall också införas regler för skattekonsekvenserna av att ett europabolag eller en europeisk kooperativ förening flyttar sitt säte. Vidare innebär ändringsdirektivet att direktivtexten förtydligas på några punkter där den nuvarande regleringen ansetts oklar samt att tillämpningsområdet för direktivets skattefrihetsregler i vissa avseenden utvidgas (bl.a. vad gäller de rättssubjekt som omfattas av direktivreglerna).

En fråga som uppmärksammades i det förberedande arbetet med att utarbeta förslag till ändringar i direktivet,[82] men som däremot inte fanns med i kommissionens förslag och därmed inte heller i det överenskomna ändringsdirektivet, är frågan om att utvidga skattefriheten till att också gälla stämpelskatt och liknande skatter. Ett förslag om detta ingick som ovan nämnts redan i kommissionens ursprungliga direktivförslag och kommissionen verkar fortfarande anse att en sådan åtgärd är angelägen. Att något konkret förslag i den vägen ändå inte ingick i det framlagda ändringsförslaget har säkerligen sin grund i det "pragmatiska tillvägagångssätt" som kommissionen tillämpade vid utformningen av förslaget.[83] Vissa kontroversiella frågor lämnades medvetet utanför förändringsarbetet i syfte att förbättra chanserna till att förslaget snabbt skulle kunna antas. Som framgått visade sig ju denna strategi vara lyckosam.

Ändringsdirektivet kommer att behandlas mer ingående i den fortsatta framställningen, i samband med att de specifika frågor som berörs av ändringarna diskuteras. Jag har således valt att löpande integrera presentationen av ändringarna med analysen av de gällande reglerna. En nackdel med detta är att läsaren inte får en samlad redogörelse för hela ändringsdirektivet på ett enda ställe i boken. Jag har dock ändå funnit det vara mest ändamålsenligt och givande att diskutera ändringarna i direkt anslutning till de olika frågor som berörs av dessa. Den som snabbt vill få en bild av de viktigaste delarna av ändringarna, angående nya transaktionsformer och utvidgning av tillämpningsområdet för direktivet till nya rättssubjekt, hänvisas till kapitel 3.5 och 3.6 nedan där dessa delar av ändringarna behandlas.

[81] Med partiell fission avses att ett bolag utan att upplösas överlåter en eller flera verksamhetsgrenar till ett eller flera befintliga eller nybildade bolag mot vederlag i form andelar i det eller de övertagande bolaget/bolagen samt eventuellt ett visst kontantvederlag. Vederlaget skall dock inte som vid en verksamhetsavyttring lämnas till det överlåtande bolaget utan till andelsägarna i detta bolag. Vidare måste det efter den partiella fissionen finnas kvar minst en verksamhetsgren i det överlåtande bolaget. Se vidare om partiella fissioner i kapitel 3.5.2 nedan.

[82] Se SEC(2001) 1681 s. 240 och KOM(2001) 582 slutlig s. 13 och 44.

[83] KOM(2003) 726 slutlig, p. 3.2.

1.8 Civilrättslig bakgrund

Fusioner och fissioner är transaktioner som styrs av särskild bolagsrättslig lagstiftning. Det rör sig om universalsuccessioner där ett antal rättsföljder inträder simultant till följd av en och samma transaktion. Ett viktigt moment är därvid att det överlåtande bolaget upplöses *utan likvidation* (se artikel 2 i fusionsdirektivet), vilket inte kan ske utan stöd i bolagsrättslig reglering. Det går således inte att åstadkomma en fusion/fission i direktivets mening endast genom avtal mellan de inblandade parterna. Andelsbyten och verksamhetsavyttringar bygger däremot på vanliga avtal om köp och försäljning och kräver inga särskilda bolagsrättsliga regler för att kunna företas.[84]

Medlemsländernas bolagsrättsliga lagstiftning om fusioner och fissioner är delvis harmoniserad genom det tredje och det sjätte bolagsdirektivet.[85] Dessa direktiv gäller dock bara nationella fusioner/fissioner, d.v.s. transaktioner som berör bolag från ett och samma land. Enligt det tredje bolagsdirektivet är medlemsstaterna förpliktade att införa direktivets regler om fusioner i nationell rätt,[86] och aktiebolagslagens fusionsregler har därför anpassats till direktivet. I det sjätte bolagsdirektivet uppställs däremot ingen absolut skyldighet för medlemsländerna att införa ett aktiebolagsrättsligt fissionsinstitut i nationell rätt. Om ett medlemsland väljer att ha aktiebolagsrättsliga fissionsregler måste dessa dock utformas i enlighet med direktivet.[87] Sverige har ännu inte infört några fissionsregler i ABL, varför svenska bolag inte kan genomföra regelrätta fissioner ens i inhemska fall. Förmodligen kommer fissioner mellan svenska bolag emellertid att bli möjliga från och med den 1 januari 2006, då en ny aktiebolagslag föreslås träda i kraft. Genom den nya lagen skall nämligen bolagsrättsliga fissionsregler introduceras även i svensk rätt.[88]

Förutom att de aktiebolagsrättsliga fusions- och fissionsdirektiven endast gäller nationella ombildningar är de även begränsade på så sätt att de bara omfattar fusioner och fissioner mellan publika bolag.[89] Vid implementeringen har dock många länder valt att låta samma regler gälla även för privata bolag.[90] Så har bl.a. skett i Sverige, där reglerna om

[84] Bortsett då från regler om emission av andelar, vilka förstås är en nödvändig förutsättning för att det övertagande/förvärvande bolaget skall kunna lämna vederlag i form av nyemitterade andelar (se närmare kapitel 3.2.3.1 och 3.3.3 nedan).

[85] Det tredje bolagsdirektivet 78/855/EEG om fusioner och det sjätte bolagsdirektivet 82/891/EEG om fissioner.

[86] Se artiklarna 2 och 32.1 i direktiv 78/855/EEG.

[87] Se artiklarna 1.1 och 26.1–2 i direktiv 82/891/EEG.

[88] Se lagrådsremiss den 6 maj 2004 s. 468 ff.

[89] Se artikel 1 i respektive direktiv.

[90] Survey 1995 s. 20.

fusioner i 14 kap. ABL är desamma för både publika och privata bolag.[91] Även fissionsreglerna i förslaget till ny aktiebolagslag skall gälla både publika och privata bolag.[92]

Som redan nämnts har det däremot länge saknats bolagsrättsliga möjligheter att genomföra gränsöverskridande fusioner/fissioner. Några regler om detta har inte funnits på gemenskapsnivå och ett land kan inte heller unilateralt möjliggöra gränsöverskridande fusioner/fissioner eftersom sådana transaktioner kräver bolagsrättsligt stöd i såväl det överlåtande som det övertagande bolagets hemland.[93] Det finns i och för sig exempel på att länder bilateralt har möjliggjort sådana transaktioner men detta torde vara mycket ovanligt.[94] Det förtjänar således återigen att konstateras att fusionsdirektivet föreskriver skatteregler för transaktioner som i princip inte har kunnat företas i praktiken.

Denna situation är dock nu på väg att förändras. För det första har det i och med att förordningen om europabolag[95] trädde i kraft i oktober 2004 skapats rättsliga förutsättningar för att genomföra en gränsöverskridande fusion i ett speciellt fall: vid bildandet av europabolag. Enligt förordningen kan ett europabolag tillskapas bl.a. genom att publika aktiebolag från minst två medlemsstater fusioneras.[96] En sådan fusion genomförs enligt reglerna i det tredje bolagsdirektivet kompletterat med vissa bestämmelser i förordningen,[97] och kommer skattemässigt att styras av reglerna i fusionsdirektivet.[98] För det andra är ett direktiv med generella bolagsrättsliga regler för gränsöverskridande fusioner på väg att antas. Kommissionen lade redan år 1984 fram förslag till ett tionde bolagsdirektiv om gränsöverskridande fusioner.[99] Detta fastnade dock i beslutsprocessen och drogs därför tillbaka år 2001, varefter ett nytt förslag utarbetades och lades fram år 2003.[100] Enligt uppgift uppnåddes en politisk

[91] I förslaget till ny aktiebolagslag föreslås dock att ett förenklat förfarande skall införas vid fusioner som endast berör privata aktiebolag, se lagrådsremiss den 6 maj 2004 s. 466 f.
[92] Även här föreslås dock ett förenklat förfarande vid fissioner som enbart berör privata aktiebolag, se lagrådsremiss den 6 maj 2004 s. 474.
[93] Det kan dock noteras att ett mål enligt uppgift är på väg att anhängiggöras i EG-domstolen där den nationella domstolen vill veta om det strider mot EG-fördragets regler om etableringsfrihet att inte tillåta fusioner mellan utländska och inhemska bolag, se Thömmes i Intertax 2004 s. 264.
[94] Se för ett exempel på ett sådant bilateralt avtal Thömmes och Tomsett i EC Tax Review 1992 s. 232.
[95] Förordning (EG) nr 2157/2001 om stadga för europabolag.
[96] Se artikel 2.1 i förordningen.
[97] Se närmare artiklarna 17–31 i förordningen.
[98] Se närmare kapitel 3.6.2.3 nedan.
[99] COM(84) 727 final.
[100] KOM(2003) 703 slutlig.

överenskommelse om att anta detta förslag vid rådets möte den 25–26 november 2004.[101] Någon direktivtext har dock ännu inte offentliggjorts varför det t.ex. fortfarande är oklart när direktivet är tänkt att träda i kraft och vara implementerat.[102] När det gäller gränsöverskridande fissioner finns däremot inte ens något förslag till gemensam bolagsrättslig reglering.

Ett annat inslag i förordningen om europabolag som har skatterättsliga implikationer är möjligheten för sådana bolag att flytta sitt säte till ett annat medlemsland.[103] Som nämnts i avsnitt 1.7.2 skall fusionsdirektivet enligt det överenskomna ändringsdirektivet kompletteras med regler för vilka skattekonsekvenser en sådan flyttning av sätet skall medföra.

Slutligen skall något också sägas om den nya transaktionsform som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet, nämligen s.k. partiell fission. En partiell fission innebär att ett bolag utan att upplösas överlåter en eller flera verksamhetsgrenar till ett eller flera befintliga eller nybildade bolag i utbyte mot att andelsägarna i det överlåtande bolaget får vederlag i form andelar i det eller de övertagande bolaget/bolagen samt eventuellt ett visst kontantvederlag.[104] Vidare måste det efter den partiella fissionen finnas kvar minst en verksamhetsgren i det överlåtande bolaget. En partiell fission liknar således en regelrätt fission på så sätt att ett bolag delas och att vederlag utgår till bolagets ägare. Till skillnad från vad som gäller vid en regelrätt fission består dock det delade bolaget även efter transaktionen.

Det sjätte bolagsdirektivet om fissioner täcker även fissioner där det överlåtande bolaget lever kvar efter transaktionen.[105] Om ett land vill införa bolagsrättsliga regler om partiella fissioner måste dessa därmed utformas i enlighet med detta direktiv. Sådana regler finns för närvarande inte i den svenska aktiebolagslagen, men den fissionsreglering som föreslås införd i den nya aktiebolagslagen täcker både fissioner där det överlåtande bolaget upplöses och fissioner där det överlåtande bolaget finns

[101] Se pressrelease från rådet möte den 25 och 26 november 2004, publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int.

[102] Enligt kommissionens direktivförslag i KOM(2003) 703 slutlig skall direktivet antas enligt reglerna om medbeslutandeförfarande i artikel 251 i EG-fördraget. Till skillnad från vad som gäller för direktiv på skatteområdet måste direktivet därför godkännas även av parlamentet innan det slutgiltigt kan antas.

[103] Se artikel 8 i förordningen. Även den nya associationsformen europeiska kooperativa föreningar skall kunna flytta sitt säte mellan medlemsländerna, se artikel 7 i förordning (EG) nr 1435/2003 om stadga för europeiska kooperativa föreningar.

[104] Se den nya artikel 2 (b a) som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet.

[105] Se artikel 25 i direktiv 82/891/EEG.

kvar efter transaktionen.[106] När den nya aktiebolagslagen träder i kraft blir det således möjligt att genomföra bolagsrättsligt reglerade partiella fissioner mellan svenska bolag. Liksom en regelrätt fission betraktas en sådan transaktion som en universalsuccession[107] och har i princip samma rättsföljder som en regelrätt fission, med den i och för sig viktiga skillnaden att det överlåtande bolaget inte upplöses.

På samma sätt som när det gäller regelrätta fissioner saknar dock både det sjätte bolagsdirektivet och den föreslagna svenska fissionslagstiftningen regler om gränsöverskridande partiella fissioner. Som konstaterats ovan innebär avsaknaden av bolagsrättslig reglering att fusionsdirektivets bestämmelser om gränsöverskridande fissioner inte har någon omedelbar praktisk betydelse eftersom sådana transaktioner inte kan företas i praktiken. Detsamma bör dock inte vara fallet när det gäller de regler om gränsöverskridande partiella fissioner som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet. Eftersom en partiell fission inte innefattar en upplösning av det överlåtande bolaget bör det nämligen vara fullt möjligt att företa en sådan transaktion endast med stöd av vanliga civilrättsliga avtal mellan de inblandade parterna. Transaktionen får då i och för sig inte samma bolagsrättsliga konsekvenser som om den genomförs med stöd av ett bolagsrättsligt "regelpaket", och torde t.ex. inte betraktas som en universalsuccession utan som en vanlig försäljning. Detta bör dock inte hindra att transaktionen omfattas av den skatterättsliga definition på partiell fission som finns i ändringsdirektivet.[108] Även om transaktionen sker genom reguljära avtal mellan parterna måste vidare vanliga bolagsrättsliga regler om skydd för bolagets eget kapital vid vinstutdelning etc. respekteras. I och med att vederlaget för den överförda egendomen lämnas till bolagets ägare kan dessa nämligen sägas bli berikade på bolagets bekostnad, vilket allmänt sett gör att ett antal bolagsrättsliga skyddsregler kan aktualiseras.

[106] Se lagrådsremiss den 6 maj 2004 s. 468 och 470.

[107] Se lagrådsremiss den 6 maj 2004 s. 827.

[108] Den definition av partiell fission som ges där är inte kopplad till de bolagsrättsliga reglerna utan är, på samma sätt som övriga definitioner i fusionsdirektivet, en "egen" skatterättslig definition. Jfr dock att regeringen i dir. 2004:28 s. 12 anger att en förutsättning för att de skatterättsliga bestämmelserna om partiella fissioner skall få genomslag "fullt ut" beträffande svenska bolag är att det införs fissionsregler i aktiebolagslagen. Detta skulle kunna tolkas som att regeringen anser att partiella fissioner i fusionsdirektivets mening inte kan åstadkommas utan stöd i bolagsrättslig lagstiftning. En annan tolkning, som stöds av skrivningen om genomslag "fullt ut", är att regeringen endast menar att bolagsrättsliga partiella fissioner (naturligen) kräver stöd i bolagsrättslig lagstiftning, och att i avsaknad av sådan blir fusionsdirektivets bestämmelser endast tillämpliga på partiella fissioner som sker med stöd av vanliga avtal.

1.9 Fusionsdirektivets territoriella räckvidd

Fusionsdirektivet riktar sig till EU:s medlemsstater, se artikel 13 i direktivet. I takt med att nya medlemsstater anslutit sig till EU har direktivet således blivit tillämpligt även i dessa stater. Ingen av de nya stater som blev medlemmar i EU vid den senaste utvidgningen har medgivits några särskilda övergångsregler när det gäller fusionsdirektivet varför direktivet gäller fullt ut även i dessa stater fr.o.m. anslutningsdatumet den 1 maj 2004.[109] Däremot berörs inte EES-länderna av direktivet. Till skillnad från bestämmelserna om fri rörlighet och icke-diskriminering, som finns i såväl EG-fördraget som EES-avtalet, omfattas nämligen inte EG:s sekundärrätt på skatteområdet av EES-avtalet.[110]

1.10 Översikt över fusionsdirektivets bestämmelser

Fusionsdirektivet inleds med att ett antal centrala termer och begrepp definieras i artiklarna 1–3. I dessa artiklar återfinns bl.a. beskrivningar av de ombildningssituationer som regleras av direktivet och där anges också de närmare förutsättningarna för att en transaktion skall omfattas av direktivets förmånliga skatteregler. Dessa bestämmelser behandlas i kapitel 3 nedan.

I artiklarna 4–10 finns själva skattefrihetsbestämmelserna. Som nämnts syftar direktivet till att underlätta företagsombildningar genom att föreskriva att de skall kunna ske utan beskattning. Avsikten är dock inte att medge en definitiv skattefrihet utan endast att skjuta fram beskattningen till en senare tidpunkt. Detta sker genom tillämpningen av en kontinuitetsmetod. Kontinuiteten gäller på både bolags- och ägarnivå.

På bolagsnivå innebär reglerna att den överföring av tillgångar som sker genom ombildningen inte i sig utlöser någon beskattning. I stället inträder den nya ägaren i den tidigare ägarens skattemässiga situation med avseende på den överförda egendomen. På så sätt säkerställs att de obeskattade värden som förs över kommer att beskattas hos det övertagande bolaget när de en gång realiseras. Den överförda egendomen är således fortfarande belastad med ett latent skattekrav, men skattskyldigheten flyttas i och med ombildningen till ett annat skattesubjekt. Om det nya skattesubjektet har hemvist i en annan stat finns dock en risk att den stat

[109] Se akt om villkoren för anslutningen av de tio nya medlemsländerna, bilaga II, avsnitt 9, p. 7.

[110] En utförlig redogörelse för EES-avtalets betydelse på skatteområdet finns i Dajani m.fl. 2003.

där de (ännu) obeskattade värdena upparbetats ändå förlorar sin möjlighet att ta ut skatt när dessa värden senare realiseras. Därför föreskrivs att den överförda egendomen måste knytas till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets hemland. Beskattningen på bolagsnivå behandlas i kapitel 5.

På ägarnivå innebär kontinuiteten att den andelsägare som genom ombildningen byter sina andelar i ett bolag mot andelar i ett annat bolag inte skall beskattas för bytet. I stället skall andelsägaren åsätta de mottagna andelarna samma skattemässiga värde som de bortbytta andelarna hade. Kontinuiteten fungerar alltså här något annorlunda än på bolagsnivå. Skattskyldigheten ligger fortfarande kvar hos samma skattesubjekt (andelsägaren) men den latenta skatteskulden flyttas över till ett annat skatteobjekt (de mottagna andelarna). Beskattningen på ägarnivå behandlas i kapitel 6.

Artikel 11 i direktivet innehåller en särskild skatteflyktsbestämmelse. Enligt denna bestämmelse får en medlemsstat vägra att tillämpa direktivets förmåner om det framgår att transaktionen har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller som ett av sina huvudsakliga syften. Skatteflyktsbestämmelsen behandlas i kapitel 4 nedan.

1.11 Allmänt om den svenska implementeringen

Fristen för när fusionsdirektivet skulle vara implementerat i medlemsstaterna löpte som nämnts ut den 1 januari 1992, se artikel 12 i direktivet. Det faktum att vissa av de transaktioner som omfattas av direktivet i avsaknad av civilrättslig lagstiftning inte kunnat företas i praktiken hindrar inte att medlemsländerna är förpliktade att implementera även dessa delar av direktivet.[111] När Sverige i samband med inträdet som medlem i EU år 1995 implementerade direktivet i svensk rätt skedde detta genom en särskild lag om inkomstbeskattningen vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG (IGOL).[112] År 1999 ersattes denna lag med en gemensam reglering för inhemska och gränsöverskridande omstruktureringar, varvid bestämmelserna också delades upp mellan ett antal olika

[111] Se mål C-8/97 *Kommissionen mot Grekland* REG 1998 s. I-823 där Grekland fälldes för fördragsbrott p.g.a. att landet underlåtit att implementera fusionsdirektivets regler. I målet försvarade sig Grekland bl.a. med att något bolagsdirektiv om gränsöverskridande fusioner ännu inte antagits, men denna invändning ignorerades helt av EG-domstolen. Se om denna fråga även Thömmes och Tomsett i EC Tax Review 1992 s. 232 f.

[112] SFS 1994:1854, SOU 1994:100, prop. 1994/95:52 och 1994/95:SkU10. Se även Wiman i SN 1995 s. 30 ff. och dens. i EC Tax Review 1995 s. 151 ff. för en presentation av reglerna i IGOL.

lagar.[113] Numera återfinns reglerna i 37 kap. IL (fusioner och fissioner), 38 kap. IL (verksamhetsavyttringar) samt 48a och 49 kap. IL (andelsbyten).

Redan innan fusionsdirektivet implementerades innehöll svensk rätt bestämmelser om vissa av de transaktionsformer som täcks av direktivet. Andelsbyten reglerades i den s.k. strukturregeln i 27 § 4 mom. SIL och för fusioner fanns regler i 2 § 4 mom. SIL. Dessa regler var dock i flera avseenden mer begränsade än de regler som introducerades till följd av direktivet. Särskilt kan nämnas att de skatterättsliga fusionsreglerna endast täckte fusioner mellan moderbolag och helägda dotterbolag, medan andra former av fusioner inte kunde ske utan skattekonsekvenser. Genom implementeringen av fusionsdirektivet breddades därmed tillämpningsområdet för fusionsreglerna betydligt, vilket förstås fick särskilt stor betydelse när implementeringslagstiftningen utsträcktes till att även omfatta rent nationella transaktioner. Vidare innebar direktivet att regler om fissioner och verksamhetsavyttringar för första gången introducerades i svensk skattelagstiftning. Fissionsreglernas praktiska betydelse är förvisso liten eftersom de som nämnts inte har åtföljts av någon associationsrättslig lagstiftning ens för inhemska fissioner. Däremot innebar reglerna om verksamhetsavyttringar en även i praktiken användbar nyhet i skattelagstiftningen, vars betydelse förstås ökade ytterligare när reglerna utsträcktes till att omfatta också nationella verksamhetsavyttringar.

Som nämnts finns en politisk överenskommelse om att anta ändringar i fusionsdirektivet. Redan innan det att denna överenskommelse träffades gav regeringen den sittande företagsskatteutredningen i uppdrag att lämna förslag till hur ändringarna i direktivet kan genomföras i svensk lagstiftningen.[114] Det svenska implementeringsarbetet har således redan påbörjats varför ett utredningsförslag angående dessa frågor bör kunna läggas fram relativt snart efter det att ändringsdirektivet formellt är antaget.

[113] Lag (1998:1603) om beskattningen vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser, lag (1998:1601) om uppskov med beskattningen vid andelsbyten och lag (1998:1602) om uppskov med beskattningen vid andelsöverlåtelser inom koncerner. SOU 1998:1, prop. 1998/99:15 och 1998/99:SkU5.

[114] Dir. 2004:28.

2 Tolknings- och tillämpningsfrågor m.m.

2.1 Inledning

Detta kapitel behandlar vissa övergripande frågor när det gäller fusionsdirektivets karaktär och verkningar. Syftet är att ge en teoretisk bakgrund till den materiella analys av de enskilda direktivbestämmelserna som kommer att ske i de följande kapitlen. I kapitlet tas bl.a. vissa generella frågor upp när det gäller tolkningen av direktivet. Vidare diskuteras olika aspekter på den verkan direktivet har vid den svenska rättstillämpningen samt de konsekvenser som följer av en felaktig implementering av direktivet i svensk rätt. Tanken är att kapitlet skall underlätta för de läsare vars kännedom om EG-rättens karaktär och verkningar fortfarande är något osäker att orientera sig i dessa frågor. Syftet är dock inte begränsat till att endast ge en introducerande översikt över de frågor som behandlas. Ambitionen är tvärtom att framställningen åtminstone när det gäller vissa frågor skall föra diskussionen ett steg vidare och därigenom förhoppningsvis bidra till ny kunskap. Detta är i synnerhet fallet när det gäller frågan om EG-konform tolkning av skattelag, en fråga som hittills inte rönt särskilt stor uppmärksamhet i litteraturen. Ett genomgående syfte med kapitlet är vidare att relatera den mer allmänna diskussionen till de specifika frågor och problem som just fusionsdirektivet aktualiserar.

Kapitlet är upplagt på följande sätt. Efter en kort, allmän beskrivning av EG-rättens verkan i avsnitt 2.2 behandlas vissa generella frågor när det gäller tolkningen av direktivet i avsnitt 2.3. I samma avsnitt diskuteras också fusionsdirektivets övergripande karaktär och vilket handlingsutrymme direktivet ger medlemsstaterna att vid implementeringen anpassa direktivreglerna till den egna skattemiljön. I avsnitt 2.4 behandlas sedan frågan om direktivets direkta effekt varefter innebörden av och förutsättningarna för den EG-konforma tolkningen analyseras i avsnitt 2.5. I avsnitt 2.6 diskuteras vilka möjligheter enskilda har att erhålla restitution av skatt samt skadestånd vid felaktig implementering av direktivet. Förhållandet mellan direktivet och EG-fördraget behandlas därefter i avsnitt 2.7,

varvid särskild uppmärksamhet ägnas åt frågan om vad som händer vid en eventuell konflikt mellan direktivet och fördraget. I avsnitt 2.8 analyseras slutligen den särskilda frågan om vilken betydelse fusionsdirektivet har vid tolkningen av den svenska lagstiftningen i fall som inte omedelbart omfattas av direktivet, d.v.s. framför allt vid nationella företagsombildningar.

2.2 Allmänt om EG-rättens verkan

En grundläggande utgångspunkt när det gäller EG-rättens verkan är att EG-rätten enligt EG-domstolen är överordnad över och har företräde framför den nationella rätten.[1] Detta gäller oavsett vilken typ av (bindande) EG-rättslig respektive nationell reglering det rör sig om, och oavsett om den nationella regleringen har tillkommit före eller efter den EG-rättsliga.[2] Sverige kan alltså inte genom nationell lagstiftning förhindra EG-rättens verkningar, utan det är endast EG-rätten själv som så att säga reglerar sin egen begränsning. Av det sagda följer att den svenska lagstiftaren har en absolut skyldighet att anpassa den svenska skattelagstiftningen till EG-rätten. Denna skyldighet är en del av den allmänna lojalitetsplikten i artikel 10 i EG-fördraget och gäller oavsett om den ifrågavarande EG-regeln har direkt effekt eller inte.[3] Det är således i första hand en uppgift för lagstiftaren att säkerställa att EG-rätten får genomslag på nationell nivå genom att tillse att svensk rätt i alla delar står i överensstämmelse med EG-rätten.

När det särskilt gäller EG-direktiv framgår uttryckligen av artikel 249 i EG-fördraget att dessa primärt är riktade till medlemsstaterna och inte till enskilda medborgare. Ett EG-direktiv kan sägas vara en form av indirekt lagstiftning som innebär att EG går via den nationella rätten för att genomföra nya bestämmelser. I direktivet anges vissa målsättningar eller resultat som medlemsländerna är skyldiga att förverkliga inom en viss angiven tid och direktivet är endast bindande med avseende på de resultat som skall uppnås. Däremot är det den enskilda medlemsstatens ensak att inom ramen för sin nationella rätt välja tillvägagångssätt och medel för att genomföra direktivets krav. Tanken är alltså att medlemsstaterna skall anpassa sin nationella lagstiftning till de krav som ställs i direktivet och att det är denna nationella lagstiftning, och inte det bakomliggande

[1] Mål 6/64 *Costa v. E.N.E.L.* [1964] ECR 585.
[2] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 82 f.
[3] Asp 2002 s. 80. Se närmare om direkt effekt i avsnitt 2.4 nedan.

direktivet, som sedan skall läggas till grund för avgöranden i enskilda fall vid den nationella rättstillämpningen. Återigen framstår det således som om den EG-rättsliga dimensionen är något som främst aktualiseras på lagstiftarnivå.

Denna beskrivning ger dock inte en korrekt bild av verkligheten. EG-rätten är nämligen i högsta grad relevant även på rättstillämparnivå. För det första kan det inträffa att den svenska lagstiftaren inte fullgjort sin skyldighet att anpassa den svenska lagstiftningen till EG-rätten vilket medför att svensk rätt i ett visst avseende kommer i konflikt med EG-rätten. Detta behöver inte bero på att lagstiftaren medvetet negligerat vad EG-rätten kräver utan kan vara följden av ett rent förbiseende från lagstiftarens sida. En vanlig orsak till att en konflikt uppkommer är vidare att lagstiftaren helt enkelt gjort en felbedömning av vad EG-rätten har att säga i en viss fråga. I dessa situationer har nationella myndigheter och domstolar en plikt att, om vissa förutsättningar är uppfyllda, sätta den nationella lagstiftningen åt sidan och i stället lägga EG-rätten till grund för sitt avgörande. Detta brukar benämnas EG-rättens direkta effekt och kommer att behandlas mer utförligt i avsnitt 2.4 nedan.

Men det är inte endast i fall av normkonflikt mellan EG-rätt och svensk nationell rätt som EG-rätten får betydelse vid den svenska rättstillämpningen. Det finns nämligen för det andra ett generellt krav på nationella myndigheter och domstolar att vid tolkningen av nationell rätt beakta eventuell EG-rätt som är av relevans för den aktuella frågan. Detta kallas ibland för EG-konform tolkning och innebär att nationell rätt så långt det är möjligt skall tolkas i ljuset av EG-rätten på ett sådant sätt att den blir förenlig med EG-rätten. Kravet på EG-konform tolkning och hur långt detta krav sträcker sig kommer att behandlas i avsnitt 2.5 nedan.

Innan den direkta effekten och den EG-konforma tolkningen behandlas närmare skall dock en mer grundläggande fråga när det gäller EG-rättens verkan diskuteras. För att EG-rätten alls skall ha relevans vid den svenska rättstillämpningen måste givetvis den specifika fråga som är föremål för prövning omfattas av den EG-rättsliga regleringen. EG-rätten måste helt enkelt ha något att säga om den fråga som skall bedömas. Att avgöra om så är fallet, och vad det närmare innehållet i EG-rätten i så fall är, är inte alltid lätt. Särskilt problematiskt kan detta vara när de aktuella EG-rättsliga bestämmelserna är mycket allmänt formulerade, såsom ofta är fallet i fusionsdirektivet. Denna fråga skall utvecklas närmare i nästa avsnitt.

2.3 Något om fusionsdirektivets karaktär och om tolkningen av direktivet

2.3.1 Inledning

För att kunna bedöma om en svensk skattebestämmelse strider mot fusionsdirektivet eller om fusionsdirektivet skall påverka tolkningen av bestämmelsen inom ramen för en EG-konform tolkning måste således först avgöras om direktivet har något att säga om den fråga som behandlas i den aktuella svenska bestämmelsen. Det måste alltså fastställas om frågan överhuvudtaget är reglerad genom fusionsdirektivet eller om den överlämnats till medlemsstaterna att lösa själva efter eget gottfinnande. Detta kan sällan avgöras bara genom en ren läsning av direktivet utan kräver ofta en ganska omfattande tolkningsoperation. I de följande avsnitten skall några mer allmänna reflexioner göras när det gäller frågan om hur långtgående regleringen i direktivet kan sägas vara och hur mycket som egentligen kan läsas in i direktivbestämmelserna. Jag kommer också att beröra vissa andra aspekter av mer generell karaktär när det gäller tolkningen av direktivet. Diskussionen är tänkt att fungera som ett principiellt avstamp för den konkreta analys av innebörden av de enskilda direktivbestämmelserna som kommer att företas i kommande kapitel i boken.

2.3.2 Allmänt om tolkning av EG-direktiv

EG-domstolens tolkningsmetod har beskrivits som relativt fri, starkt ändamålsinriktad och dynamisk.[4] Till skillnad från vad som är fallet för svenska domstolar anser sig EG-domstolen verka för ett antal rättspolitiska mål. Dessa har sammanfattats på följande sätt:[5]

1. strengthening the Community (and especially the federal elements in it);
2. increasing the scope and effectiveness of Community law;
3. enlarging the powers of Community institutions.

Just det starka rättspolitiska inslaget i EG-domstolens lagtolkning är det som främst skiljer denna från de tolkningsmetoder som tillämpas av svenska domstolar. EG-domstolen är rättsskapande på ett helt annat sätt än nationella domstolar och drar sig inte för att fylla ut det som den uppfattar vara luckor i rättssystemet och lägga till nya rättsregler när den anser att det är befogat. Det händer t.o.m. att domstolen, om den anser det vara nödvändigt för att nå viktiga mål, dömer i strid med en regels ordalydelse.

[4] Due i JT 1991-92 s. 412.
[5] Hartley 2003 s. 80. Se även Ståhl och Österman 2000 s. 45.

Kritiker menar att domstolen i alltför stor utsträckning givit sig in på lagstiftarens domäner och därmed överskridit sitt mandat som rättstillämpare.[6] Även den som ansluter sig till denna kritik måste dock, för att förstå EG-domstolens domar, acceptera som ett faktum den roll som integrationsfrämjare som domstolen påtagit sig. Det skall dock också framhållas att det rättspolitiska inslaget i domstolens dömande verksamhet inte alltid är lika framträdande. Exempelvis är det stor skillnad mellan när domstolen bedömer om nationella regler kränker någon av de grundläggande rättigheterna i fördraget och när den tolkar EG:s sekundärrätt. I de sistnämnda målen liknar resonemangen ofta mer de man kan se hos en nationell högsta dömande instans.[7]

Mycket kortfattat kan EG-domstolens tolkningsmetod beskrivas på följande sätt.[8] Utgångspunkten för tolkningen är (naturligen) bestämmelsernas ordalydelse. Alla språkversioner har därvid samma värde. Den svenska språkversionen har således inget företräde när direktivet skall tolkas med avseende på svenska förhållanden utan alla språkversioner skall i princip jämföras med varandra när innebörden av ordalydelsen skall fastställas.[9] Som redan berörts i kapitel 1.3 ovan är ett så långtgående krav förstås helt orealistiskt att möta för de allra flesta rättstillämpare (det kan här vara på sin plats att återigen framhålla att analysen i denna bok grundas på endast ett fåtal av de gällande språkversionerna). Problemet med de många olika språkversionerna skall dock inte överdrivas. Flerspråkigheten har snarast bidragit till att ordalydelsen sällan får någon avgörande betydelse vid tolkningen. Detta gäller särskilt när ordalydelserna i olika språkversioner är motstridiga. Även det faktum att EG-rättsliga bestäm-

[6] Se framför allt Rasmussen 1986 men även t.ex. Wiklund 1997 s. 415 ff.

[7] Ståhl och Österman 2000 s. 57 och Olsson 2001 s. 136 f.

[8] Se för mer utförliga beskrivningar och analyser av EG-domstolens tolkningsmetoder t.ex. Wiklund 1997, Brown och Kennedy 2000 s. 321 ff. och Weatherill och Beaumont 1999 s. 184 ff. En framställning med särskild inriktning på skatterättsliga förhållanden är Ståhl och Österman 2000 s. 44 ff. Den följande beskrivningen bygger till stor del på dessa framställningar.

[9] Detta illustreras väl av mål C-236/97 *Codan* REG 1998 s. I-8679. Målet gällde tolkningen av artikel 12.1 a i direktiv 69/335/EEC om indirekt skatt på kapitalanskaffning. Enligt denna artikel får medlemsstaterna, utan hinder av direktivets bestämmelser i övrigt, ta ut skatt vid överlåtelse av värdepapper. Artikeln har dock inte samma ordalydelse i alla språkversioner. I den danska och den tyska språkversionen anges att skatt får tas ut vid "börstransaktioner", till skillnad från övriga språkversioner som säger att skatt får tas ut vid "överlåtelse av värdepapper". I målet hävdade den skattskyldige att direktivet måste tolkas enligt den danska språkversionen i Danmark och att skatt därför endast kunde tas ut vid överlåtelser över börsen men inte vid överlåtelser av aktier i onoterade bolag. Domstolen framhöll dock att direktivet måste tolkas enhetligt i alla medlemsstater och fann att bestämmelsen, trots den danska och tyska ordalydelsen, skulle tolkas så att skatt fick tas ut oavsett om överlåtelsen skedde över börsen.

melser till sin karaktär ofta är relativt opreciserade och öppet hållna gör att den exakta ordalydelsen ofta blir mindre viktig. I stället får då bestämmelsernas allmänna systematik och kontext större betydelse. Ett exempel på den kontextuella tolkningen är att undantagsbestämmelser generellt sett skall tolkas restriktivt. Däremot skall regler som ger enskilda rättigheter i allmänhet inte tolkas restriktivt.

När det särskilt gäller tolkningen av termer och begrepp som återfinns i ett direktiv är det viktigt att komma ihåg att dessa skall ges en gemenskapsrättslig uttolkning vilken inte behöver sammanfalla med den betydelse motsvarande termer och begrepp har givits i nationell rätt. De EG-rättsliga termerna och begreppen får därmed ofta en autonom gemenskapsrättlig innebörd. Det förekommer dock också att direktivbestämmelser innehåller hänvisningar till definitioner etc. i nationell rätt. I dessa fall får den närmare innebörden av den aktuella bestämmelsen avgöras utifrån en tolkning av den nationella rätten.

Av mycket stor betydelse vid tolkningen av direktivbestämmelser är vidare bestämmelsernas syfte. Till skillnad från vad som är fallet i svensk rätt hämtas dock inte syftet från bestämmelsernas förarbeten utan utläses direkt i själva direktivet, och då framför allt i dess preambel. Förarbeten[10] har överhuvudtaget en mycket liten betydelse i domstolens tolkningsmetod och det är endast undantagsvis som domstolen stödjer sin tolkning på ett direktivs förarbeten.[11] Förutom syftet med de aktuella direktivbestämmelserna skall vidare även fördragets syften beaktas och om det vid tolkningen av en direktivbestämmelse utkristalliseras flera olika tolkningsalternativ skall i princip alltid det alternativ väljas som bäst tillgodoser syftena med fördraget.[12] Även allmänna rättsprinciper, såsom rättssäkerhetsprincipen och likabehandlingsprincipen, har stor betydelse vid tolkningen. Slutligen är domstolens egen rättspraxis förstås en mycket viktig rättskälla som frekvent åberopas i domstolens domskäl.

[10] Även om det inom EG-rätten inte förekommer förarbeten på samma sätt som i Sverige föregås också EG-lagstiftning av ett förberedande arbete som avsätter vissa skriftliga dokument. Framför allt kan nämnas att ett direktiv föregås av ett direktivförslag från kommissionen vilket åtföljs av en motivering där förslagets bakgrund och syften etc. framgår.

[11] Se för exempel på när så har skett Öberg i JT 2000-01 s. 492 ff. samt Schønberg och Frick i European Law Review 2003 s. 149 ff. I båda dessa artiklar hävdas vidare att utvecklingen går mot en ökad användning av förarbeten som hjälpmedel vid tolkningen.

[12] Ett fall från den direkta beskattningens område där tolkningen av en direktivbestämmelse i princip helt kom att styras av EG-fördraget är mål C-168/01 *Bosal Holding* REG 2003 s. I-9409 angående tolkningen av artikel 4.2 i moder/dotterbolagsdirektivet (90/435/EEG).

Ett mål som på ett belysande sätt visar hur EG-domstolen går tillväga vid tolkningen är *Denkavit*-målet.[13] Målet är särskilt intressant i detta sammanhang eftersom det är ett av de ännu fåtaliga mål från EG-domstolen som rör tolkningen av direktivbestämmelser rörande direkt beskattning. Närmare bestämt gällde målet tolkningen av artikel 3 i moder/dotterbolagsdirektivet.[14] Denna artikel ger medlemsstaterna möjlighet att underlåta att tillämpa direktivet på bolag som "inte under en oavbruten period av minst två år bibehåller" ett viss minsta innehav i dotterbolaget. Många medlemsländer införde med stöd av artikeln bestämmelser av innebörden att ägarsambandet måste ha bestått en viss bestämd tidsperiod för att de förmånliga skattebestämmelserna skulle vara tillämpliga. De uppställde alltså en sorts karenstid under vilken skattefrihet för utdelningar inte medgavs. EG-domstolen fann i målet att detta var en felimplementering av direktivet. Enligt domstolen skall artikel 3 inte tolkas på så sätt att direktivets förmåner kan vägras under de två första åren efter det att ett moder/dotterbolagsförhållande har etablerats. Däremot ger direktivet medlemsstaterna rätt att i efterhand kontrollera att ägarförhållandet bestått under en tidsperiod av minst två år och att, om så inte är fallet, återta den medgivna skattefriheten.

Domstolen stödde sin tolkning på direktivets ordalydelse och betonade särskilt att det faktum att presensformen "bibehåller" använts i alla språkversioner utom en talade för att medlemsstaterna inte kunde ställa något krav på att den kvalificerande tidsperioden löpt ut vid tiden för vinstutdelningen. Tolkningen fick enligt domstolen också stöd av direktivets syfte såsom det framgick av preambeln och av att bestämmelsen, eftersom det är en undantagsbestämmelse, måste tolkas snävt. Flera medlemsstater hade i målet anfört att när rådet antog direktivet gjordes ordalydelsen i artikel 3 medvetet relativt vag för att möjliggöra olika tolkningar beroende på vilka behov som fanns i de nationella rättsordningarna och att en restriktiv tolkning av bestämmelsen därför måste anses strida mot dess syfte. Domstolen ansåg dock att denna argumentation inte kunde tilläggas någon betydelse. Enligt domstolen har de avsikter som medlemsstaterna uttryckt inom rådet ingen rättslig betydelse om de inte har kommit till uttryck i bestämmelserna. Det kan också vara intressant att notera att kommissionen i målet särskilt pekade på att den i sitt direktivförslag uttryckligen förordat att bestämmelsen innebar att skatteförmånen måste beviljas från och med förvärvet men att den kunde återtas om innehavs-

[13] Förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063.
[14] Direktiv 90/435/EEG.

perioden visade sig bli kortare än två år. Domstolen berörde dock inte alls denna omständighet i sin motivering, trots att den alltså stödde den av domstolen förespråkade tolkningen. Detta visar tydligt det ringa värde förarbetsuttalanden har i domstolens tolkningsmetod.

2.3.3 Några särskilda frågor när det gäller tolkningen av fusionsdirektivet

2.3.3.1 Fusionsdirektivets karaktär och det handlingsutrymme det ger medlemsstaterna

Fusionsdirektivet rör vissa mycket centrala områden inom företagsbeskattningen och kapitalvinstbeskattningen, vilka kännetecknas av en hög komplexitet i regelsystemet och av en långtgående detaljreglering. Vidare finns på dessa områden stora variationer mellan medlemsstaterna när det gäller de tekniska lösningar som har valts på olika skatteproblem. Mot detta kan direktivets reglering ställas. Direktivreglerna är mycket kortfattade och allmänt hållna. I princip säger de endast att vissa transaktioner skall kunna företas utan omedelbar beskattning genom tillämpning av en kontinuitetsmetod. Närmare föreskrifter för hur olika tekniska frågor i samband med detta skall lösas saknas nästan helt.

Hur får då en medlemsstat förfara när den skall införliva direktivets allmänt formulerade regler i sin egen betydligt mer komplexa lagstiftning? Finns det utrymme för medlemsstaterna att anpassa direktivreglerna till den egna skattemiljön och till de skattetekniska lösningar som valts i respektive land, och i hur stor utsträckning får detta i så fall ske? Kan direktivet överhuvudtaget anses ha något att säga om mer tekniska och detaljbetonade frågor eller är medlemsstaterna helt fria att lösa dessa frågor på det sätt de själva anser vara lämpligt? Får en medlemsstat även införa andra metoder för att skjuta fram beskattningen än den i direktivet angivna? Är det t.o.m. tillåtet att underlåta att tillämpa den i direktivet föreskrivna skattefriheten i de fall där direktivets kontinuitetsregler inte riktigt går att förena med nationella särlösningar för vissa frågor? Frågorna är som synes många men svaren tyvärr få. Det finns endast två domar från EG-domstolen där fusionsdirektivet har tolkats och de domarna ger föga vägledning när det gäller dessa frågor. Jag vill därför med eftertryck betona att de flesta resonemang som förs i denna bok angående frågan om vilket utrymme direktivet ger för nationella särlösningar i olika fall med nödvändighet är behäftade med ett stor mått av osäkerhet.

En central fråga vid bedömningen av hur långtgående regleringen i direktivet kan sägas vara, och därmed av medlemsstaternas handlingsutrymme vid implementeringen, är om man skall se fusionsdirektivet som

ett "fullharmoniseringsdirektiv"[15] liknande mervärdesskattedirektiven, vilket syftar till att genomföra samma tekniska lösningar i alla länder. Ett sådant synsätt leder till att man så långt det är möjligt tolkningsvägen skall försöka finna svar i direktivet på hur olika tekniska detaljfrågor skall lösas även när dessa frågor inte uttryckligen regleras i direktivtexten. Detta synsätt leder också till att kraven på medlemsstaterna att i alla avseenden faktiskt anpassa sin nationella rätt till direktivets kontinuitetsmetod ökar. Om man i stället anser att direktivet endast är ett "minimiharmoniseringsdirektiv" som föreskriver att vissa transaktioner skall kunna ske utan beskattning, men att de tekniska lösningarna för att åstadkomma detta är mindre viktiga, blir handlingsutrymmet för medlemsstaterna större. Det blir då också lättare att acceptera avvikande tekniska lösningar i olika medlemsstater.

Enligt min mening talar det mesta för att direktivet skall tolkas så att det är slutresultatet som är det viktiga, medan den teknik som används har underordnad betydelse. Inte minst det faktum att reglerna i fusionsdirektivet är mycket allmänt hållna talar för denna slutsats. I mervärdesskattedirektiven, vilka uppenbarligen har till syfte att åstadkomma samma tekniska lösningar i alla länder, manifesteras detta syfte i det omfattande och mycket detaljrika regelsystem som föreskrivs i direktiven. Fusionsdirektivets knapphändigt formulerade bestämmelser tyder i stället på att syftet endast kan anses vara att ange huvudlinjerna i ett gemensamt system.

Även Regeringsrätten synes uppfatta fusionsdirektivet på detta sätt. I ett mål angående tolkningen av de svenska andelsbytesreglerna uppkom frågan om man vid tolkningen kunde hämta ledning från fusionsdirektivet.[16] Regeringsrätten uttalade därvid att fusionsdirektivet "är i det aktuella hänseendet allmänt hållet och ger ingen egentlig ledning" samt att "tekniska frågor om uppskovsreglernas närmare tillämpning på nationell nivå, vilka för övrigt har samband med utformningen av de allmänna reglerna för beskattning av aktievinster, kan inte besvaras genom en tolkning av direktivet". Även om uttalandena förstås primärt tog sikte på den specifika fråga som var föremål för prövning i målet är de så pass allmänt formulerade att de också måste anses säga något om Regeringsrättens generella inställning till direktivets karaktär.

Det ovan sagda leder enligt min mening till slutsatsen att utgångspunkten vid tolkningen av direktivet bör vara att mer tekniska och detalj-

[15] Termerna "fullharmonisering" och "minimiharmonisering" är hämtade från Bernitz 2002 s. 44.

[16] Se RÅ 2000 ref. 23 (de materiella frågor som uppkom i målet behandlas närmare i kapitel 6.2.3.3 och 6.6.4 nedan).

betonade frågor, vilka inte uttryckligen regleras i direktivtexten, inte heller skall anses omfattade av den gemensamma regleringen. Man skulle med andra ord kunna se lösningen av dessa mer tekniska frågor som medel att uppnå det i direktivet föreskrivna målet och inte som något som i sig täcks av direktivets målsättningar. Som framgått i avsnitt 2.2 ovan är det endast de resultat som skall uppnås genom ett direktiv som omfattas av direktivets bindande verkan, medan det däremot är den enskilda medlemsstatens ensak att välja tillvägagångssätt och medel för att genomföra direktivets krav. Om man ser det som att det är slutresultatet, d.v.s. att vissa transaktioner skall kunna företas utan (omedelbar) beskattning, som är själva målet med direktivet medan tekniken för att åstadkomma detta mer skall ses som medel att uppnå detta mål bör det vidare finnas visst utrymme för medlemsstaterna att på olika sätt anpassa den i direktivet föreskrivna kontinuitetsmetoden till den egna skattemiljön.

Nästa fråga blir då om detta också innebär att det är tillåtet att i vissa fall helt underlåta att tillämpa den i direktivet föreskrivna skattefriheten, när direktivreglerna är svåra att förena med regelsystemet i den nationella skatterätten. Här kan konstateras att det i direktivet uttryckligen anges att skattefrihet skall gälla vid de i direktivet beskrivna transaktionerna. Skattefriheten är således själva det resultat som skall uppnås och kan inte ses som ett medel att uppnå detta resultat. Även om direktivet enligt min mening bör ses som ett "minimiharmoniseringsdirektiv" och inte som ett "fullharmoniseringsdirektiv" bör utgångspunkten därför när det gäller denna fråga vara den omvända, d.v.s. att medlemsländerna inte kan anses ha någon sådan rätt att, i strid med vad som uttryckligen föreskrivs i direktivet, undanta vissa skattesubjekt eller vissa typer av transaktioner från skattefriheten. Detta ligger i linje med att man, som ovan nämnts, som regel inte kan beskära de rättigheter en direktivbestämmelse ger enskilda genom att tolka bestämmelsen restriktivt.

Det skall understrykas att de slutsatser som dragits i detta avsnitt gäller på ett allmänt plan och att de kommer att utvecklas, konkretiseras och nyanseras i de följande kapitlen.

2.3.3.2 Kvaliteten på regelutformningen

Fusionsdirektivets regler är som sagt mycket kortfattade och allmänt hållna. Som kommer att framgå i den följande analysen innehåller reglerna vidare flera otydligheter och de är också delvis ologiskt uppbyggda. Som redan framhållits i kapitel 1.6 ovan finns även flera exempel på inkonsekvenser i den terminologi som används. Allt detta ställer förstås till problem när den närmare innebörden av direktivbestämmelserna skall fastställas.

Många har framhållit att kvaliteten på de lagstiftningsprodukter som produceras inom EG ligger långt under den vi är vana vid när det gäller nationell lagstiftning.[17] Denna kritik är enligt min mening befogad även när det gäller fusionsdirektivet. Med tanke på att syftet med EG-direktiv primärt är att ge vissa handlingsdirektiv till medlemsstaterna, och inte att direktiven i sig själva skall komma till "operativ" användning vid rättstillämpningen i enskilda fall, är det i och för sig inte så konstigt att direktivreglerna också utformas på ett annat sätt än nationell lagtext. Det är fullt naturligt att detaljeringsgraden i direktiven är lägre och man kan enligt min mening inte heller kräva en lika långtgående teknisk bearbetning av direktivregler som av inhemsk lagstiftning. Även med detta i åtanke borde dock kvaliteten kunna höjas när det gäller bestämmelsernas klarhet och konsekvens.

I avsnitt 2.3.2 ovan framhölls att man vid tolkning av EG-rätt sällan kan stanna vid bestämmelsernas ordalydelse utan att det tvärtom ofta är andra tolkningsargument, såsom bestämmelsernas syfte och kontext, som blir avgörande för tolkningsresultatet. Att rättsregler måste tolkas, och att man vid denna tolkning inte endast kan beakta reglernas ordalydelse, är i och för sig självklart även när det gäller regler i nationell rätt. Det sätt på vilket fusionsdirektivet är utformat, med allmänt hållna samt delvis oklara och ofullständiga bestämmelser, leder dock till att det är betydligt mer sällan som reglerna som sådana ger en ett klart besked om vad som gäller i en viss fråga jämfört med vad som är fallet i nationell lagstiftning. Även i frågor där man i förstone tycker att det borde räcka med att konsultera själva direktivtexten för att utröna vad som gäller visar det sig således ofta vara nödvändigt att gå vidare och söka tolkningsstöd även på annat håll. Därvid intar, såsom redan framhållits, de syften som ligger bakom regleringen en särställning som tolkningshjälpmedel.

2.3.3.3 Direktivets övergripande syften

En mycket viktig faktor vid tolkningen av EG-rätt är alltså bestämmelsernas syften. När det gäller direktivbestämmelser hämtas syftena ofta från direktivets preambel. Fusionsdirektivets övergripande syften formuleras i preambeln på följande sätt:

> Fusioner, fissioner, överföring av tillgångar och utbyte av aktier och andelar som berör bolag i olika medlemsstater kan vara nödvändiga för att inom gemenskapen skapa betingelser liknande dem som råder på en inre marknad och sålunda säkerställa att den gemensamma marknaden upprättas och fungerar väl. Sådan verksamhet bör inte hindras av restriktioner, olägen-

[17] Se t.ex. Sandström, G. i SvJT 2003 s. 469 ff. och von Bahr 2003 s. 69.

heter eller snedvridning, t.ex. sådan som härrör från skattebestämmelserna i medlemsstaterna. För detta ändamål är det nödvändigt att för sådana förfaranden införa skatteregler som är neutrala från konkurrenssynpunkt, för att tillåta företagen att anpassa sig till den gemensamma marknadens behov, öka sin produktivitet och förbättra sin internationella konkurrensförmåga.

Skattebestämmelserna missgynnar sådana förfaranden i jämförelse med dem som avser bolag i samma medlemsstat. Det är nödvändigt att undanröja dessa nackdelar.

Det är inte möjligt att uppnå detta syfte genom att på gemenskapsnivå utvidga de system som för närvarande är i kraft i medlemsstaterna, eftersom skillnader mellan systemen tenderar att skapa snedvridning. Bara ett gemensamt skattesystem kan ge en tillfredsställande lösning i detta hänseende.

Det gemensamma skattesystemet bör undvika beskattning av fusioner, fissioner, överföring av tillgångar eller utbyte av aktier eller andelar samtidigt som det bör värna om den stats ekonomiska intressen där överlåtande eller övertaget bolag är hemmahörande.

Syftet med direktivet är alltså att undanröja skattehinder för genomförande av vissa typer av gränsöverskridande företagsombildningar för att därmed säkerställa den inre marknadens funktion. Direktivet har således en klar "rättighetskaraktär" för de enskilda, d.v.s. dess syfte är att ge skattskyldiga som företar vissa transaktioner som bedömts vara viktiga för utvecklingen av den gemensamma marknaden vissa skatteförmåner. EG-domstolens allmänna inställning när det gäller bestämmelser som ger enskilda rättigheter är som nämnts att sådana bestämmelser i regel inte skall tolkas restriktivt. Detta bör vara utgångspunkten även vid tolkningen av direktivets rättighetsbestämmelser.

Av preambeln framgår vidare att det inte ansetts tillräckligt att införa ett krav på likabehandling av inhemska och gränsöverskridande omstruktureringar eftersom skillnader mellan regelsystemen i olika länder riskerar att skapa snedvridningar.[18] Med detta torde avses att skattelättnaden i avsaknad av ett gemensamt system skulle bli avhängig av hur generösa reglerna var i respektive medlemsland. En viss omstrukturering skulle således, beroende på vilka länders regler som styrde skatteutfallet, i vissa fall kunna komma att beskattas men i andra fall vara skattefri.[19] Det är därmed tydligt att direktivets syfte är att skattefrihet skall medges för de gränsöverskridande transaktioner som omfattas av direktivet oavsett hur motsvarande rent inhemska transaktioner behandlas.

[18] Jfr Terra och Wattel 2001 s. 374.
[19] Se om denna fråga även kapitel 6.6.3 nedan.

Även om direktivets övergripande syfte är att tillförsäkra att vissa transaktioner skall kunna ske utan (omedelbar) beskattning bör slutligen betonas att preambeln även nämner ett motstående syfte med direktivet, nämligen att värna de inblandade medlemsstaternas ekonomiska intressen. Det skall således ske en avvägning mellan de skattskyldigas intresse att erhålla skattefrihet och medlemsstaternas intresse att skydda sin skattebas. Även detta kan behöva beaktas vid tolkningen av de enskilda direktivbestämmelserna, särskilt i fall då en viss tolkning skulle kunna leda till en definitiv förlust av skatteunderlag för medlemsstaten.

2.3.3.4 Något om direktivets förarbeten

Som nämnts har förarbeten en mycket liten plats i EG-domstolens tolkningsmetod. Fusionsdirektivets förarbeten är dessutom gamla och kommissionens ursprungliga direktivförslag blev föremål för flera omarbetningar innan det slutligen kunde antas.[20] Direktivförslaget, samt kommissionens motivering till förslaget, ger därför knappast någon direkt vägledning vid tolkningen av direktivet. Däremot kan det möjligen ha visst intresse att vissa bestämmelser som fanns med i förslaget har uteslutits i det antagna direktivet. Att en föreslagen bestämmelse inte tas med beror ju rimligen på att medlemsstaterna faktiskt inte ville att den skulle ingå i den gemensamma regleringen. Det faktum att förslaget ändrats bör därför åtminstone i vissa fall kunna beaktas när rättsläget avseende de frågor som berörs av ändringen skall fastställas.[21] Jag kommer därför i det följande att påpeka när bestämmelser i det ursprungliga förslaget har ändrats eller helt uteslutits i det antagna direktivet.

2.3.3.5 Fusionsdirektivet tillåter gynnsammare skatteregler

Slutligen skall en särskild fråga när det gäller direktivets räckvidd behandlas, nämligen frågan om direktivet på något sätt begränsar medlemsstaternas möjligheter att införa gynnsammare skatteregler än de som föreskrivs i direktivet. Något uttryckligt förbud för medlemsstaterna att avvika från direktivreglerna till de skattskyldigas fördel finns inte i direktivet. I litteraturen har dock diskuterats om direktivets titel ("Rådets direktiv [...] om ett gemensamt beskattningssystem [...]") samt preambelns skrivning om ett "gemensamt skattesystem" möjligen talar för att direktivet inte tillåter några avvikelser alls från den skatteordning som föreskrivs, d.v.s. inte heller avvikelser till fördel för de skattskyldiga.

[20] Se närmare kapitel 1.7.2 ovan.
[21] Alhager, E. 2001 s. 87 f. och Sevón 2003 s. 338.

Denna tanke har dock på goda grunder avvisats.[22] Såväl direktivets syfte som bestämmelsernas allmänna avfattning talar nämligen klart för att direktivet endast lägger fast en miniminivå för de skatteförmåner som måste medges. Direktivet syftar till att undanta vissa transaktioner från skatt, inte till att tillse att vissa (andra) transaktioner beskattas. Om en transaktion inte uppfyller förutsättningarna för skattefrihet i direktivet innebär det helt enkelt att transaktionen inte omfattas av direktivet. Medlemsstaten är därmed fri att beskatta denna transaktion på det sätt den önskar, och kan om den så vill bestämma att den skall undantas från skatt.

Det finns således ingenting som hindrar en medlemsstat från att, i sin interna rätt eller i dubbelbeskattningsavtal, ge en längre gående skattefrihet än den som föreskrivs i direktivet och/eller göra avkall på vissa av de krav som ställs i direktivet för att skattefrihet skall inträda. Detta är en skillnad jämfört med t.ex. mervärdesskattedirektiven, vilka ofta inte tillåter avvikelser vare sig till de skattskyldigas fördel eller till deras nackdel. Det faktum att fusionsdirektivet till skillnad från mervärdesskattedirektiven är ett minimidirektiv förstärker enligt min mening slutsatsen i avsnitt 2.3.3.1 ovan, d.v.s. att direktivet också är ett minimiharmoniseringsdirektiv. Syftet med direktivet är inte att åstadkomma ett genomharmoniserat system för beskattningen av de transaktioner som regleras i direktivet utan endast att lägga fast en gemensam lägstanivå för de skatteförmåner som måste medges.

2.4 Fusionsdirektivets direkta effekt

2.4.1 Inledning

Som nämnts i avsnitt 2.2 ovan är tanken med EG-direktiv att medlemsstaterna skall anpassa sin nationella lagstiftning till de krav som ställs i direktivet. Meningen är sedan att det är denna nationella lagstiftning, och inte det bakomliggande direktivet, som skall läggas till grund för avgöranden i enskilda fall vid den nationella rättstillämpningen. Om en medlemsstat inte fullgjort sin skyldighet att i alla delar anpassa sin nationella rätt till EG-rätten kan enskilda dock under vissa förutsättningar i stället åberopa EG-reglerna direkt vid nationella myndigheter och domstolar. Detta brukar benämnas EG-rättens direkta effekt. Av principen om EG-rättens absoluta företräde följer vidare att nationella myndigheter och domstolar i en sådan situation måste sätta den nationella rätten åt sidan och i stället lägga den EG-rättsliga bestämmelsen till grund för sitt avgörande.

[22] Næsborg Jensen 1997 s. 105 ff.

2.4.2 Allmänt om förutsättningarna för direkt effekt

Det saknas anledning att i detta sammanhang mer utförligt redogöra för innebörden av och förutsättningarna för direkt effekt.[23] Det räcker med att kort nämna att de grundläggande kraven för att en EG-rättslig bestämmelse skall ha direkt effekt är *dels* att bestämmelsen är tillräckligt klar och precis, *dels* att den är ovillkorlig. Kravet på att regeln skall vara klar och precis skall inte förstås så att den måste vara lätt att tolka och tillämpa. Kravet tar snarare sikte på att regeln måste vara juridiskt "operativ", d.v.s. ha en sådan karaktär att den faktiskt *kan* tillämpas av en domstol och läggas till grund för ett avgörande i ett enskilt fall.[24] Regelns tillämpning får därmed t.ex. inte vara beroende av rena lämplighetsbedömningar. Kravet på ovillkorlighet innebär att regeln inte får vara beroende av ytterligare implementeringsåtgärder för att kunna tillämpas samt att medlemsstaterna inte får ha medgivits för stort handlingsutrymme vid implementeringen. Regeln får t.ex. inte lämna utrymme för medlemsstaterna att efter fritt skön införa undantag från en rättighet. Om skönet är inskränkt, d.v.s. om det i regeln anges närmare kriterier för när undantag får medges, är det dock helt tänkbart att regeln har direkt effekt även om dessa kriterier ger medlemsstaterna en viss latitud vid implementeringen. Rättstillämparen har ju då möjlighet att kontrollera att den nationella lagstiftaren har hållit sig inom de ramar som EG-regeln anger.[25]

De nämnda kraven för direkt effekt synes delvis gå in i varandra och bedömningen av om kraven är uppfyllda verkar ske utifrån liknande kriterier.[26] Kärnan i bedömningen kan sägas vara att fastställa hur stor handlingsfrihet medlemsstaterna erhållit och bedömningen syftar närmast till att ringa in och ge direkt effekt endast åt sådana bestämmelser som verkligen innehåller juridiskt utkrävbara rättigheter.[27] Rena målsättningsbestämmelser, ur vilka det inte går att utläsa några preciserade förpliktelser för medlemsstaten att agera på visst sätt, har därmed inte direkt effekt.[28] Den allmänna uppfattningen verkar dock vara att de nämnda kraven har bedömts tämligen liberalt av EG-domstolen.[29]

[23] Dessa frågor behandlas i alla standardverk om EG-rätt, se exempelvis Bernitz och Kjellgren 2002 s. 87 ff., Craig och de Búrca 2003 s. 178 ff. eller Hartley 2003 s. 197 ff.
[24] I engelskspråkig litteratur brukar detta uttryckas så att det är fråga om regelns "justiciability", se t.ex. Prechal 1995 s. 281 och Craig och de Búrca 2003 s. 186.
[25] Se Prechal i CMLRev. 2000 s. 1061.
[26] Prechal 1995 s. 281 och 285.
[27] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 88.
[28] Hartley 2003 s. 198.
[29] Se t.ex. Hartley 2003 s. 202 samt Bernitz och Kjellgren 2002 s. 88.

När det gäller bestämmelser i direktiv tillkommer vissa ytterligare krav förutom de ovan nämnda för att en bestämmelse skall anses ha direkt effekt.[30] För det första måste fristen för när direktivet skulle ha varit implementerat i medlemsstaterna ha löpt ut. För det andra gäller att en direktivbestämmelse endast kan ha vertikal direkt effekt. Med detta avses att bestämmelsen måste ge enskilda vissa rättigheter som dessa kan åberopa mot medlemsstaten. Däremot kan inte direktivbestämmelser som innebär att enskilda åläggs skyldigheter ges direkt effekt. Ett direktiv kan med andra ord inte ha horisontell direkt effekt (mellan enskilda) eller "omvänd" vertikal direkt effekt (mot enskilda till förmån för staten). Av detta följer att en bestämmelse i ett skattedirektiv endast kan ges direkt effekt om detta är till fördel för den skattskyldiga.

Det bör framhållas att frågan om huruvida direkt effekt föreligger eller inte skall bedömas separat för varje enskild regel.[31] Alla bestämmelser i ett direktiv behöver således inte tilläggas direkt effekt utan det kan mycket väl vara så att endast vissa av direktivets bestämmelser uppfyller förutsättningarna för detta. Nationella domstolar och myndigheter måste vidare pröva frågan om direkt effekt ex officio.[32] Det räcker då inte att kontrollera om EG-domstolen har bedömt om den aktuella bestämmelsen har direkt effekt. Om EG-domstolen inte har avgjort frågan måste den nationella rättstillämparen själv bedöma om förutsättningarna för direkt effekt är uppfyllda. I oklara fall kan en nationell domstol begära förhandsavgörande i frågan av EG-domstolen.[33] Rättstillämpare som inte kvalificerar som domstolar i EG-rättslig mening[34] saknar denna möjlighet, vilket inte hindrar att de ändå principiellt sett har precis samma skyldighet som domstolar att ge EG-rätttsliga regler, som uppfyller förutsättningarna härför, direkt effekt.

2.4.3 Har fusionsdirektivets bestämmelser direkt effekt?

2.4.3.1 Inledning

Kan då bestämmelserna i fusionsdirektivet anses uppfylla de ovannämnda kraven för direkt effekt? Innan denna fråga diskuteras närmare bör understrykas att EG-domstolen ännu inte har prövat om någon bestämmelse i

[30] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 89 ff.
[31] Prechal 1995 s. 249.
[32] Se närmare om kravet på ex officio-prövning i Prechal 1995 s. 177 ff. och 270.
[33] Artikel 234 i EG-fördraget.
[34] Såsom exempelvis Skatteverket och den svenska Skatterättsnämnden. Att den sistnämnda instansen inte betraktas som en domstol i EG-rättslig mening framgår av mål C-134/97 *Victoria Film* REG 1998 s. I-7023.

direktivet har direkt effekt. Detta leder med nödvändighet till att bedömningen blir något osäker.

Inledningsvis kan finnas anledning att göra skillnad mellan å ena sidan bestämmelserna i artiklarna 1–3, där de transaktioner som omfattas av direktivet definieras och där det anges vilka närmare villkor som måste vara uppfyllda för att skattefrihet skall föreligga, och å andra sidan själva skattefrihetsbestämmelserna i artiklarna 4–10. De bestämmelser som finns i artiklarna 1–3 ger i sig inga rättigheter för enskilda utan dessa rättigheter framgår först av skattefrihetsbestämmelserna i artiklarna 4–10. Det är därför de sistnämnda bestämmelserna som primärt kommer att åberopas av enskilda inom ramen för en talan om direktivets direkta effekt och det är därmed också kring dessa bestämmelser som den följande diskussionen i första hand kretsar.

Det sagda betyder dock inte att bestämmelserna i artiklarna 1–3 är ointressanta i detta sammanhang. För det första är det ju endast om villkoren i dessa artiklar är uppfyllda som en enskild har några rättigheter enligt artiklarna 4–10 att åberopa vid den nationella domstolen. För det andra har utformningen av artiklarna 1–3 betydelse vid bedömningen av om direktivets skattefrihetsbestämmelser har direkt effekt. Om artiklarna 1–3 ger medlemsstaterna för stort skönsmässigt utrymme när det gäller att fastställa de närmare förutsättningarna för skattefrihet kan direktivets rättigheter nämligen inte anses ovillkorliga och de har därmed inte heller direkt effekt.

2.4.3.2 Är bestämmelserna klara och precisa?

Det första kravet för direkt effekt är som nämnts att bestämmelserna skall vara klara och precisa. I doktrinen har flera författare dragit slutsatsen att detta krav är uppfyllt.[35] Jag delar den uppfattningen. I artiklarna 4–10 anges klart att de transaktioner som omfattas av direktivet skall undantas från beskattning. Bestämmelserna är formulerade som tydliga handlingsdirektiv till medlemsstaterna att medge skattefrihet och det går därmed att direkt i bestämmelserna läsa ut en rättighet för de skattskyldiga att komma i åtnjutande av denna skattefrihet. Som diskuterats i avsnitt 2.3.3.1 ovan är det i och för sig inte alltid så lätt att fastställa om en viss fråga när det gäller de närmare förutsättningarna för och genomförandet av denna skattefrihet överhuvudtaget täcks av direktivet och vad direktivet i så fall har att säga om denna fråga. Att en bestämmelse är

[35] Se t.ex. Thömmes i ECTL kap. 5.12, p. 8–9, Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 18, Næsborg Jensen 1997 s. 97 ff., Pötgens och Jakobsen i European Taxation 1999 s. 86, Terra och Wattel 2001 s. 400 f. och Ramskov 2004 s. 46.

svårtolkad innebär dock inte att den inte kan vara klar och precis i den mening som krävs för direkt effekt.[36] Frågan om direkt effekt uppkommer ju först i de fall då det faktiskt visat sig vara möjligt att fastställa en direktivregels närmare innebörd och då man dessutom kunnat konstatera att svensk rätt strider mot denna innebörd. Att man lyckats göra detta talar i sig starkt för att EG-regeln också uppfyller kravet på att vara klar och precis, eftersom det är svårt att säga att något strider mot en oklar och oprecis regel.[37]

2.4.3.3 Är bestämmelserna ovillkorliga?

Nästa fråga blir då om även kravet på ovillkorlighet kan anses uppfyllt eller om medlemsstaterna har fått ett så stort handlingsutrymme vid implementeringen att ovillkorligheten brister. De författare som kommenterat frågan har även här kommit fram till att kravet är uppfyllt.[38] För egen del finner jag dock denna fråga något mer svårbedömd än frågan om direktivbestämmelserna är tillräckligt klara och precisa. Som nämnts i avsnitt 2.3.3.1 ovan anger direktivreglerna i princip endast att vissa transaktioner skall vara skattefria men befattar sig knappast alls med de många skattetekniska problem som måste lösas för att sjösätta denna skattefrihet. Dessa frågor lämnas i stor utsträckning till medlemsstaterna att själva klara ut. Frågan är om detta innebär att medlemsstaterna har fått så stor handlingsfrihet när det gäller att välja på vilket sätt skattefriheten skall genomföras att direktivreglerna inte kan ges direkt effekt. Om ett i ett direktiv föreskrivet mål kan uppnås på flera olika sätt kan medlemsstatens skön när det gäller valet mellan dessa olika alternativ nämligen enligt praxis leda till att kravet på ovillkorlighet inte anses uppfyllt.[39]

Det skulle dock kunna hävdas att den handlingsfrihet som medlemsstaterna fått vid implementeringen av direktivet till stora delar är av annat slag än den som avses när det gäller förutsättningarna för direkt effekt. En viktig förklaring till att direktivet ger medlemsstaterna stort handlingsutrymme är att många frågor helt enkelt inte är reglerade i direktivet. Dessa frågor täcks därmed inte av gemenskapsrätten varför medlemsstaterna är fria att reglera dem efter eget gottfinnande. Även om direktivet ger medlemsstaterna relativt stor frihet när det gäller att genomföra den föreskrivna skattefriheten kan man vidare ur direktivbe-

[36] Se t.ex. Hartley 2003 s. 198 och Bernitz och Kjellgren 2002 s. 88.
[37] Se Asp 2002 s. 85.
[38] Se Thömmes i ECTL kap. 5.12, p. 8–9, Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 18, Næsborg Jensen 1997 s. 97 ff., Pötgens och Jakobsen i European Taxation 1999 s. 86, Terra och Wattel 2001 s. 400 f., Larsson, J. i SN 2002 s. 203 samt Ramskov 2004 s. 46.
[39] Se mål 14/83 *von Colson* [1984] ECR 1891 och Hartley 2003 s. 200.

stämmelserna ändå klart utläsa vissa minimirättigheter för de skattskyldiga, nämligen att de faktiskt skall kunna företa de transaktioner som beskrivs i direktivet utan att drabbas av (omedelbara) skattekonsekvenser.[40] När det går att utläsa sådana minimirättigheter ur ett direktiv kan det ha direkt effekt även om medlemsstaten givits valmöjligheter när det gäller själva genomförandet av rättigheterna.[41]

En viktig del av kravet på ovillkorlighet är vidare att direktivbestämmelserna inte får ge medlemsstaterna möjlighet att avvika från det som regleras i direktivet genom att exempelvis införa egna villkor för skattefrihet som går utöver de som anges i direktivet.[42] Någon sådan möjlighet går inte att utläsa vare sig i definitions-/villkorsbestämmelserna i artiklarna 1–3 eller i skattefrihetsbestämmelserna i artiklarna 4–10. Tvärtom är samtliga dessa bestämmelser kategoriskt utformade och lämnar knappast något utrymme för skönsmässiga avvikelser vid implementeringen. I enlighet med detta har jag i avsnitt 2.3.3.1 ovan dragit slutsatsen att utgångspunkten bör vara att medlemsländerna inte kan anses ha rätt att, i strid med vad som uttryckligen föreskrivs i direktivet, undanta vissa skattesubjekt eller vissa typer av transaktioner från skattefriheten. Även detta talar för att kravet på ovillkorlighet måste anses uppfyllt.

Det faktum att medlemsstaterna i några av direktivbestämmelserna uttryckligen givits viss valfrihet mellan olika angivna alternativ ändrar enligt min mening inte denna slutsats. Det anges t.ex. i artikel 10.1 att medlemsstaterna "får" återföra vissa förlustavdrag till beskattning och artiklarna 4.3 och 8.3 öppnar för att medlemsstaterna kan medge de skattskyldiga en annan skattemässig behandling än den som annars föreskrivs i direktivet.[43] Eftersom den valfrihet som enligt dessa bestämmelser ges medlemsstaterna endast gäller vissa specificerade frågor och bara får ske inom vissa angivna ramar är det enligt min mening inte fråga om ett sådant fritt skön som utesluter att bestämmelserna kan ha direkt effekt.[44]

Om en medlemsstat exempelvis utnyttjat möjligheten att återföra för-

[40] Jfr Thömmes i ECTL kap. 5.12, p. 8.

[41] Se förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063, punkt 39 i EG-domstolens dom samt förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357, punkterna 15–21 i EG-domstolens dom. Se även Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 213 som med hänvisning till *Denkavit*-målet hävdar att fusionsdirektivets bestämmelser har direkt effekt eftersom de innehåller minimirättigheter för de skattskyldiga.

[42] Prechal 1995 s. 284 f.

[43] Se närmare om dessa bestämmelser i kapitel 5.7.1, 5.10 respektive 6.8 nedan.

[44] Se mål 8/81 *Becker* [1982] ECR 53 där en betydligt vidare möjlighet för medlemsstaterna att utfärda särskilda villkor för tillämpningen av en bestämmelse i momsdirektivet inte uteslöt att bestämmelsen hade direkt effekt. Målet kommenteras i Hultqvist 1998 s. 49 ff. och Ståhl och Österman 2000 s. 33.

lustavdrag enligt artikel 10.1 innebär detta endast att den rätt till skattefrihet som en skattskyldig kan åberopa enligt denna artikel blir i motsvarande mån inskränkt. Om en medlemsstat inte utnyttjat denna möjlighet gäller däremot skattefriheten fullt ut.[45] När det vidare gäller bestämmelserna i artiklarna 4.3 och 8.3 ger dessa överhuvudtaget ingen rätt för medlemsstaterna att begränsa eller villkora skattefriheten. Bestämmelserna möjliggör endast för medlemsstaterna att ge de skattskyldiga som uttrycker önskemål om detta en annan skattemässig behandling än den som annars föreskrivs. Valfriheten tillkommer alltså här snarast de skattskyldiga och inte medlemsstaterna (eller rättare, medlemsstaternas valfrihet gäller endast om de skattskyldiga skall ges en valfrihet), varför den *förpliktelse* som åläggs medlemsstaterna fortfarande måste anses vara ovillkorlig.[46]

2.4.3.4 Betydelsen av skatteflyktsregeln i artikel 11

En särskild fråga är vilken betydelse skatteflyktsregeln i artikel 11 har för bedömningen av om övriga direktivbestämmelser har direkt effekt.[47] Kan den möjlighet som denna regel ger att underlåta att tillämpa direktivreglerna i fall av skatteundandragande eller skatteflykt anses innebära att medlemsstaterna fått så stort handlingsutrymme att kravet på ovillkorlighet brister? Enligt min mening talar det mesta för att så inte kan anses vara fallet. Det handlingsutrymme som ges i artikel 11 gäller endast den specifika frågan om hur reglerna skall tillämpas i fall av skatteflykt etc. och i artikeln anges tämligen noggrant vad som krävs för att vägra de skattskyldiga tillgång till direktivets förmånliga skatteregler. Detta kan knappast jämställas med att medlemsstaterna efter fritt skön får göra undantag från den föreskrivna skattefriheten. Det kan också noteras att EG-domstolen funnit att en bestämmelse i moder/dotterbolagsdirektivet har direkt effekt trots att det även i detta direktiv finns en möjlighet för medlemsstaterna att införa skatteflyktsregler som inskränker direktivets skatteförmåner.[48]

[45] Jfr mål 8/81 *Becker* [1982] ECR 53, punkt 34 i EG-domstolens dom samt Næsborg Jensen 1997 s. 98 f.

[46] Jfr *Becker*-målet, punkt 38–40 i EG-domstolens dom.

[47] Skatteflyktsbestämmelsen behandlas närmare i kapitel 4 nedan.

[48] Se artikel 1.2 i direktiv 90/435/EEG och förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063, särskilt punkt 52 i generaladvokat Jacobs yttrande. Se även *Becker*-målet angående momsdirektivet i not 44 ovan. Jfr dock Næsborg Jensen 1997 s. 94 ff., där det anförs att osäkerheten kring vilken räckvidd artikel 11 har gör att det är osäkert om fusionsdirektivets bestämmelser kan anses ha direkt effekt. Enligt Næsborg Jensen talar ändå det mesta för att direktivbestämmelserna, trots förekomsten av artikel 11, har direkt effekt.

Däremot kan knappast skatteflyktsbestämmelsen i sig ha direkt effekt eftersom den inte innehåller någon rättighet för enskilda som dessa kan åberopa mot medlemsstaten. Artikeln ger i stället medlemsstaten en möjlighet att vägra tillämpa direktivets skatteförmåner i skatteflyktssituationer. För att kunna utnyttja denna möjlighet måste medlemsstaten dock kunna stödja sig på en skatteflyktsbestämmelse i intern rätt. Finns ingen sådan som är tillämplig i den aktuella situationen kan medlemsstaten inte i stället åberopa direktivets skatteflyktsbestämmelse och med stöd av denna vägra en skattskyldig tillgång till den föreskrivna skattefriheten.[49] Inte heller i det fall att medlemsstaten faktiskt har infört en skatteflyktsregel, men denna är oförenlig med direktivet och därför inte kan användas som grund för att underlåta att medge skattefrihet,[50] kan medlemsstaten i stället åberopa artikel 11 direkt. Detta följer av att direktivbestämmelser endast kan ha direkt effekt mot medlemsstaten men inte mot enskilda.[51]

2.4.3.5 Sammanfattande slutsatser

Sammanfattningsvis talar det mesta enligt min mening för att direktivets skattefrihetsbestämmelser uppfyller kraven på att vara klara, precisa och ovillkorliga och att de därför bör anses ha direkt effekt. Däremot kan inte artikel 11 ges direkt effekt eftersom denna artikel inte innehåller några rättigheter för enskilda skattskyldiga. För tydlighetens skull bör här betonas att för att en skattskyldig skall kunna åberopa direktivets direkta effekt räcker det inte med att konstatera att en viss skatteregel i sig strider mot direktivet. Den som träffas av denna skatteregel måste också ha företagit en transaktion som verkligen omfattas av direktivet, d.v.s. som uppfyller alla villkor för skattefrihet som uppställs där. Som framgått i avsnitt 2.3.3.5 ovan kan Sverige i sin interna rätt mycket väl göra avkall på vissa av de krav som ställs i direktivet för att skattefrihet skall inträda, något som också har skett i flera fall. En transaktion kan därmed omfattas av den svenska implementeringslagstiftningen men inte av direktivet. Om man i en sådan situation skulle finna att något inslag i den svenska implementeringen strider mot direktivet kan den skattskyldiga inte åberopa direktivet direkt. För att så skall kunna ske krävs att transaktionen uppfyller *alla* krav i direktivet, d.v.s. även de krav som Sverige har eftergivit i den nationella rätten.

[49] Thömmes i ECTL kap. 5.11, p. 5.

[50] T.ex. för att den inte lämnar utrymme för prövning av om skatteflyktssyfte föreligger, se närmare kapitel 4.3.1 nedan.

[51] Se avsnitt 2.4.2 ovan.

2.5 EG-konform tolkning av den svenska implementeringslagstiftningen

2.5.1 Inledning

EG-rätten får genomslag vid den nationella rättstillämpningen inte endast genom att nationell rätt som strider mot EG-rätten kan behöva *sättas åt sidan* utan också genom att den nationella rätten skall *tolkas* med beaktande av eventuell EG-rätt som är av relevans för den aktuella frågan. Principen om EG-konform tolkning[52] innebär att nationell rätt så långt det är möjligt skall tolkas i enlighet med EG-rätten. Vid en EG-konform tolkning är det således, till skillnad från vad som är fallet när EG-regler ges direkt effekt, fortfarande den nationella rätten som läggs till grund för avgörandet. Denna skall dock tolkas på ett speciellt sätt, nämligen så att den blir förenlig med EG-rätten.

Kravet på konform tolkning emanerar primärt från EG-rätten själv och har slagits fast i ett flertal domar från EG-domstolen.[53] Den konforma tolkningen är ett utflöde av den EG-rättsliga effektivitetsprincipen och syftar ytterst till att öka EG-rättens genomslag i de nationella rättsordningarna och till att säkerställa att EG-rätten ges en enhetlig tillämpning i medlemsstaterna. Det kan vidare sägas vara i enlighet med den svenska lagstiftarens intentioner att svenska regler som utgör en implementering av EG-rätten skall tolkas i enlighet med denna.[54] Stöd för att så skall ske finns även i förarbetena till den svenska implementeringen av fusionsdirektivet.[55]

Den EG-konforma tolkningen har generellt sett rönt mindre uppmärksamhet i doktrinen än principen om direkt effekt[56] och frågan om den EG-konforma tolkningens ställning på skatteområdet är endast sparsamt behandlad i litteraturen. Detta motiverar att jag i det följande relativt ingående diskuterar förutsättningarna för och innebörden av den EG-konforma tolkningen både i allmänhet (avsnitt 2.5.2) och med avseende på de särskilda förhållanden som råder på skatteområdet (avsnitt 2.5.3 och 2.5.4). Med denna diskussion som utgångspunkt behandlar jag

[52] Andra benämningar på denna princip är EG-rättskonform tolkning, direktivkonform tolkning samt principen om EG-rättens indirekta effekt, se Bernitz och Kjellgren 2002 s. 94 och Asp 2002 s. 191 f.

[53] Kravet kan härledas dels ur den allmänna lojalitetsplikten i EG-fördragets artikel 10, dels (när det gäller direktiv) ur artikel 249 som en del av skyldigheten att genomföra direktiv på nationell nivå.

[54] Asp 2002 s. 199 f.

[55] Prop. 1998/99:15 s. 215.

[56] Betlem 2002 s. 81.

sedan den specifika frågan om EG-konform tolkning mot bakgrund av fusionsdirektivet i avsnitt 2.5.5. Slutligen behandlas förhållandet mellan EG-konform tolkning och direkt effekt i avsnitt 2.5.6.

2.5.2 Allmänt om EG-konform tolkning

2.5.2.1 När aktualiseras en EG-konform tolkning?

Principen om EG-konform tolkning presenteras i litteraturen ofta på ett sådant sätt att man kan få uppfattningen att denna princip primärt är avsedd att användas för att komma tillrätta med en bristfällig implementering av EG-rätt i nationell rätt när den aktuella EG-rätten saknar direkt effekt.[57] Även EG-domstolens praxis kan ge detta intryck eftersom de mål där den närmare innebörden av principen har utvecklats har rört fall av bristfällig eller helt utebliven implementering av EG-rätt som inte ansetts uppfylla förutsättningarna för direkt effekt.[58] EG-domstolen har då anvisat den konforma tolkningen som en alternativ möjlighet att hantera konflikter mellan EG-rätt och nationell rätt. Med detta synsätt fungerar den konforma tolkningen närmast som ett komplement till den direkta effekten i situationer då den nationella lagstiftaren inte "gjort sitt jobb" och till fullo anpassat den nationella rätten till EG-rättens krav.

Detta sätt att se på den EG-konforma tolkningen har kritiserats av bl.a. Prechal. Hon framhåller att det är ett alltför begränsat synsätt att betrakta den EG-konforma tolkningen som något som endast aktualiseras vid potentiella normkonflikter mellan nationell rätt och EG-rätt.[59] Hon ser snarare den konforma tolkningen som en naturlig del av anpassningen av den nationella rätten till EG-rätten. Tolkningsskyldigheten utgör så att säga förlängningen på rättstillämpningsnivå av lagstiftarens förpliktelse att anpassa den nationella lagstiftningen till EG-rätten. Jag instämmer i Prechals synsätt, och menar att den EG-konforma tolkningen i praktiken snarast har sin största betydelse när lagstiftaren faktiskt fullgjort sitt åtagande att anpassa den svenska lagstiftningen till EG-rätten. I vart fall borde det vara då som användningen av den konforma tolkningen är mest frekvent.[60] Även en svensk bestämmelse som är en

[57] Se t.ex. Droege och Lysén 1997 s. 113 ff., Craig och de Búrca 2003 s. 211 ff., Weatherill och Beaumont 1999 s. 409 ff., Nielsen 2002 s. 176 ff. och Asp 2002 s. 195 ff.

[58] Se framför allt mål 14/83 *von Colson* [1984] ECR 1891, mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 och mål C-106/89 *Marleasing* [1990] I-ECR 4135.

[59] Prechal 1995 s. 210 ff. Se även Betlem 2002 s. 81.

[60] Ett stort antal av de tolkningsfrågor som varje år hänskjuts till EG-domstolen från nationella domstolar rör t.ex. tolkning av EG-rätt som i grunden är korrekt implementerad i den aktuella medlemsstaten, se Betlem 2002 s. 81. EG-domstolens förhandsavgörande kommer då regelmässigt att ligga till grund för en EG-konform tolkning av den nationella implementeringslagstiftningen.

ordagrann kopia av t.ex. en direktivbestämmelse måste ju i oklara fall bli föremål för tolkning. Denna tolkning måste då givetvis ske mot bakgrund av den bakomliggande direktivbestämmelsen och av EG-domstolens uttolkning av densamma, d.v.s. EG-konformt.[61]

En konform tolkning är dock i dessa situationer i regel oproblematisk i den meningen att den inte kräver att man "gör våld" på den svenska lagtexten och omtolkar denna i syfte att göra den förenlig med EG-rätten.[62] Detta är kanske också anledningen till att den konforma tolkningen relativt sällan diskuteras i relation till vad som måste vara dess "reguljära" användningsområde, d.v.s. vid tolkning av lagstiftning som utgör en korrekt implementering av EG-rätten. En annan förklaring kan vara att man inte uppfattar tolkning av korrekt implementerad EG-rätt som "EG-konform tolkning" utan bara som "vanlig tolkning", även om tolkningsresultatet styrs av EG-rätten (t.ex. av en dom från EG-domstolen där innebörden av den bakomliggande EG-rätten klarläggs). En sådan tolkning framstår ju nämligen i dessa situationer ofta som naturlig även inom ramen för den vanliga nationella tolkningsläran.[63] De EG-rättsliga tolkningsargumenten kan då ofta snarare tjäna till att förstärka tolkningsargument som hämtats från andra håll än till att helt kullkasta en "rent nationell" tolkning av bestämmelsen. I denna framställning betecknas dock även en sådan tolkningsoperation som EG-konform tolkning. Med EG-konform tolkning avser jag således all tolkning av nationell rätt där EG-rätten påverkar det slutliga tolkningsresultatet.

Av det ovan sagda framgår att den EG-konforma tolkningen är den reguljära tolkningsmetoden på de områden av den nationella rätten som omfattas av EG-rättslig reglering. Skyldigheten att tolka EG-konformt gäller inte endast sådan nationell lagstiftning som utfärdats i direkt syfte att implementera t.ex. ett EG-direktiv, utan all lagstiftning som rör frågor som också regleras av EG-rätten skall tolkas i enlighet med denna.[64] Detta gäller oavsett om den nationella lagstiftningen utfärdats före eller efter den EG-rättsliga. Tolkningsskyldigheten aktualiseras vidare även vid rättsfallstolkning, d.v.s. även nationell rättspraxis skall tolkas EG-konformt.[65] Som redan framgått spelar det ingen roll om den aktuella EG-rätten uppfyller förutsättningarna för direkt effekt eller inte. Det är t.o.m. så att även icke-bindande rättsakter såsom rekommendationer från kommissio-

[61] Prechal 1995 s. 205 och 211, Kellgren i SN 1998 s. 501 och Alhager, E. 2001 s. 87.
[62] Prechal 1995 s. 214 och Betlem 2002 s. 81 f. Se närmare om var gränsen för tolkningsskyldigheten går i avsnitt 2.5.2.3 nedan.
[63] Prechal 1995 s. 239.
[64] Mål C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135.
[65] Mål C-456/98 *Centrosteel* REG 2000 s. I-6007, p. 17 i EG-domstolens dom.

nen kan behöva beaktas vid tolkningen av nationell lagstiftning, särskilt sådan lagstiftning som antagits i syfte att genomföra rekommendationen.[66]

En fråga som däremot verkar vara något oklar är om skyldigheten att tolka konformt inträder direkt från den tidpunkt då ett direktiv etc. utfärdas eller om denna skyldighet, på motsvarande sätt som när det gäller direkt effekt, uppkommer först då implementeringsfristen har löpt ut. EG-domstolen synes ännu inte ha tagit klar ställning till denna fråga.[67] Även om det skulle vara så att EG-rätten i sig inte ställer något krav på konform tolkning innan dess att implementeringsfristen har löpt ut så kan det enligt min mening dock ändå i många fall finnas goda skäl för att göra en sådan tolkning redan före detta datum. Detta gäller i synnerhet för lagstiftning som utfärdats i syfte att genomföra ett direktiv men som trätt i kraft före utgången av implementeringsfristen. Det kan knappast anses lämpligt att först tolka en sådan lagstiftning utan beaktande av EG-rätten för att sedan efter ett visst datum byta tolkningsmetod.[68]

Slutligen skall även när det gäller skyldigheten till EG-konform tolkning betonas att denna skyldighet gäller ex officio, oberoende av om någon part åberopat EG-rätten som stöd för sin talan.[69]

2.5.2.2 Närmare om innebörden av den konforma tolkningen

Principen om EG-konform tolkning innebär alltså att nationella domstolar och myndigheter är skyldiga att tolka nationell rätt med beaktande av EG-rätten.[70] Detta brukar uttryckas så att nationell rätt skall tolkas i

[66] Se mål C-322/88 *Grimaldi* [1989] ECR 4407. EG-domstolen anger i domen att nationella domstolar vid lösandet av tvister är skyldiga att "ta hänsyn till" rekommendationer, vilket indikerar att tolkningsskyldigheten är svagare än när det gäller bindande rättsakter. Se vidare Nielsen 2002 s. 181 ff.

[67] Vissa författare anför mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 som stöd för att en sådan skyldighet föreligger redan innan dess att implementeringstiden löpt ut, se t.ex. Nielsen 2002 s. 179 och Bernitz och Kjellgren 2002 s. 96. Wiklund har dock, enligt min mening övertygande, argumenterat emot att målet kan tolkas på detta sätt, se Wiklund 1997 s. 140. Samma uppfattning framförs även i Asp 2002 s. 204 f. och Hartley 2003 s. 220.

[68] Se Prechal 1995 s. 207 som menar att det i en sådan situation (men inte annars) finns en plikt till konform tolkning även innan implementeringsfristen löpt ut. Se även Betlem 2002 s. 85 ff. och Hartley 2003 s. 220.

[69] Se Prechal 1995 s. 177 ff. med vidarehänvisningar samt Ståhl och Österman 2000 s. 37.

[70] Allmänna beskrivningar av innebörden och räckvidden av denna princip finns t.ex. i Bernitz och Kjellgren 2002 s. 94 ff., Hartley 2003 s. 219 ff. samt Craig och de Búrca 2003 s. 211 ff. Som ledande rättsfall angående denna fråga brukar anföras mål 14/83 *von Colson* [1984] ECR 1891, mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 och mål C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135.

ljuset av EG-rätten på ett sådant sätt att den blir förenlig med EG-rätten.[71] Denna skyldighet sträcker sig dock inte hur långt som helst utan begränsas i princip av de ramar som sätts av de nationella tolkningsprinciperna. Rättstillämparen är således inte skyldig att i alla situationer "omtolka" nationell rätt som inte är helt anpassad till EG-rätten så att den ändå blir förenlig med EG-rätten. Frågan om var gränsen för tolkningsskyldigheten går skall behandlas utförligare i avsnitt 2.5.2.3 nedan.

Den EG-konforma tolkningen skulle kunna karaktäriseras som en tolkningsoperation i två steg. Först måste innehållet i EG-rätten klarläggas, vilket sker genom att relevanta delar av t.ex. ett direktiv tolkas med hjälp av sedvanliga EG-rättsliga tolkningsmetoder. Därefter skall innehållet i den nationella rätten fastställas genom en tolkning av de nationella bestämmelserna. Om det då visar sig att det finns flera tänkbara alternativ för hur de nationella bestämmelserna kan tolkas innebär kravet på EG-konform tolkning att rättstillämparen är skyldig att välja det tolkningsalternativ som stämmer bäst överens med EG-rätten. Tolkningen av EG-rätten i steg ett styr alltså utfallet av tolkningen av nationell rätt i steg två. Principiellt sett är det dock ändå viktigt att hålla isär de två olika stegen. Medan det i steg ett handlar om att tolka EG-rätt med de tolkningsmetoder som utvecklats av EG-domstolen är det i steg två i grunden fråga om att tolka nationell rätt med användande av nationella tolkningsprinciper. Vid denna tolkning är rättstillämparens tolkningsskön dock inskränkt på så sätt att det föreligger en skyldighet att, i den utsträckning den nationella rättens tolkningsprinciper medger det, välja det tolkningsalternativ som bäst tillgodoser EG-rätten.

Kravet på EG-konform tolkning skall således inte förstås på så sätt att det innefattar en skyldighet att tolka nationell rätt i enlighet med de tolkningsmetoder som utvecklats av EG-domstolen och som har beskrivits i avsnitt 2.3.2 ovan.[72] Det är alltså inte fråga om att svensk lagstiftning efter EU-inträdet måste tolkas med stöd av samma ändamålsresonemang etc. som EG-domstolen använder när den tolkar EG-rätten. Kravet på EG-konform tolkning innebär endast att rättstillämparen är skyldig att, bland de olika tolkningsalternativ som utpekas vid en användning av nationella tolkningsprinciper, välja det alternativ som stämmer bäst överens med EG-rätten.[73]

[71] Se t.ex. mål C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135.

[72] Se även Kellgren 1997 s. 54.

[73] En annan sak är att de nationella tolkningsprinciperna givetvis i sig kan komma att förändras under inflytande av den förändrade rättsliga miljö som EU-medlemskapet innebär. Ett exempel som har diskuterats i doktrinen är förarbetenas ställning som tolkningshjälpmedel, se Kellgren 1997 s. 49 ff. och Bernitz 2002 s. 29 ff. (båda med omfattande vidarehänvisningar). Utan att gå in i den diskussionen här kan ändå konstateras att

2.5.2.3 Tolkningsskyldighetens gränser

I de fall då den svenska lagstiftningen utgör en korrekt implementering av t.ex. ett EG-direktiv är det som redan nämnts i regel inga problem att tolka lagstiftningen EG-konformt. En sådan tolkning bör då nämligen regelmässigt rymmas inom lagtextens ordalydelse och bör i regel också stämma väl överens med dess syfte. Samtidigt bör framhållas att det inte ens när det gäller bestämmelser som utgör ordagranna implementeringar av EG-rätten är säkert att en EG-konform tolkning alltid leder till samma resultat som en tolkning utan beaktande av EG-rätten. Det kan t.ex. finnas systematiska överväganden eller tidigare regeringsrättspraxis som gör att den utifrån rent internrättsliga hänsyn mest näraliggande tolkningen blir en annan än den som följer av EG-rätten. Frågan om hur långt tolkningsskyldigheten sträcker sig ställs dock förstås framför allt på sin spets i de fall då EG-rätten är bristfälligt/felaktigt implementerad eller kanske inte implementerad alls.

Som redan nämnts framgår av EG-domstolens praxis att det finns en gräns för hur långt rättstillämparen är skyldig att gå för att "omtolka" nationell rätt som inte är helt anpassad till EG-rätten så att den ändå blir förenlig med EG-rätten. EG-domstolen har uttryckt detta på så sätt att en nationell domstol skall företa en konform tolkning "in so far as it is given discretion to do so under national law" eller "as far as possible".[74] Dessa uttalanden har i doktrinen uppfattats så att det är de nationella tolkningsprinciperna som sätter den yttersta gränsen för när konform tolkning måste ske.[75] Det är således de svenska tolkningsprinciperna som i sista hand blir avgörande för hur långtgående denna skyldighet är.

Att det är de nationella tolkningsprinciperna som sätter gränsen för tolkningsskyldigheten skall inte förstås så att en EG-konform tolkning alltid måste leda till det utifrån interna tolkningsprinciper mest näralig-

---

om det är så att svenska lagförarbeten efter EU-inträdet tenderat att bli allt mer kortfattade och innehållslösa kan de givetvis inte heller användas som tolkningshjälpmedel i samma utsträckning som traditionellt varit fallet. Även om denna förändring har sin grund i EU-medlemskapet är det dock fråga om en mer indirekt påverkan och inte om att EG-rätten och den EG-konforma tolkningen *ställer krav* på att en sådan förändring sker.

[74] Mål 14/83 *von Colson* [1984] ECR 1891, punkt 28 i EG-domstolens dom respektive mål C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135, punkt 8 i EG-domstolens dom.

[75] Se t.ex. Prechal 1995 s. 216 ff., Craig och de Búrca 2003 s. 214, Hartley 2003 s. 220, Strömholm 1996 s. 328 och Kellgren 1997 s. 52. Ett alternativt synsätt som också har diskuterats är att uttrycket "as far as possible" snarare refererar till vad som är möjligt att göra inom ramen för själva domarefunktionen än till de nationella tolkningsmetoderna, se Prechal 1995 s. 221 och 237 f. Se även Asp 2002 s. 198 som talar om en gräns för vad en domstol kan göra utan att träda in på lagstiftarens område.

gande eller väntade tolkningsresultatet.[76] Kravet på EG-konform tolkning skulle ju då inte tillföra något utöver vad som redan följer av de nationella tolkningsprinciperna. Snarare handlar det om att de nationella tolkningsprinciperna ger en yttersta ram för vilka tolkningar som överhuvudtaget är möjliga och att rättstillämparen inom denna ram måste välja det mest konforma tolkningsalternativet. Däremot finns ingen skyldighet att välja en tolkning som faller utanför denna ram. Om det alltså finns utrymme för att tolka en svensk regel på ett sätt så att den blir förenlig med EG-rätten skall man välja denna tolkning, även om det också finns andra tänkbara tolkningsalternativ. En EG-konform tolkning kan därmed leda till ett annat och "överraskande" resultat jämfört med en tolkning utan beaktande av EG-rätten, men nationella myndigheter och domstolar är ändå skyldiga att företa denna tolkning om det är "möjligt".

Det går givetvis inte att ge någon generell och uttömmande beskrivning av vilka tolkningar av svensk rätt som är "möjliga" att göra. I denna fråga kan EG-domstolen vidare inte ge någon ledning eftersom det ligger utanför EG-domstolens kompetens att uttala sig om innebörden av nationell rätt, inklusive innebörden av nationella tolkningsprinciper.[77] EG-domstolen kan således inte avgöra om svenska tolkningsprinciper medger en konform tolkning i det enskilda fallet utan detta är helt en sak för den svenska rättstillämparen att bedöma.[78] Eftersom de nationella tolkningsprinciperna dessutom varierar mellan olika rättsområden kommer vidare frågan om vad som "är möjligt" att få olika svar beroende på vilket rättsområde som i det enskilda fallet är aktuellt. Det kan också vara

[76] Prechal 1995 s. 239.

[77] Prechal 1995 s. 217 och Weatherill och Beaumont 1999 s. 412. En annan sak är att EG-domstolen åtminstone teoretiskt skulle kunna finna att de nationella tolkningsprinciperna, såsom dessa presenteras för domstolen, i sig kommer i konflikt med EG-rätten. Det torde t.ex. strida mot den allmänna lojalitetsplikten att upprätthålla en nationell tolkningsprincip av innebörden att det vid tolkningen av nationell rätt endast är tillåtet att beakta tolkningsargument hämtade från rent nationella rättskällor, eftersom en sådan tolkningsprincip helt skulle omöjliggöra att EG-rätten beaktades vid tolkningen. Frågan om huruvida de nationella tolkningsprinciperna som sådana kan komma i konflikt med EG-rätten behandlas dock inte vidare här.

[78] Se mål C-334/92 *Wagner Miret* [1993] ECR I-6911, p. 22 i EG-domstolens dom där det klart framgår att EG-domstolen överlät till den nationella domstolen att avgöra om en konform tolkning var möjlig. De finns dock fall där EG-domstolen i princip föreskrivit hur utfallet av den konforma tolkningen skall bli på ett sätt som kan uppfattas som att domstolen i realiteten också uttalat sig om vad som inryms inom de nationella tolkningsprinciperna, se mål C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135, p. 9 i EG-domstolens dom. Målet skulle också kunna uppfattas så att EG-domstolen ställde krav på att de nationella tolkningsprinciperna måste ha ett visst innehåll, jfr not 77. Se vidare angående denna fråga Stuyck och Wytinck i CMLRev. 1991 s. 210 f., de Búrca i Modern Law Review 1992 s. 223 och 228 samt Betlem 2002 s. 82 ff.

så att själva existensen av EG-rätten och den EG-konforma tolkningsskyldigheten på sikt kan komma att påverka även de svenska tolkningsprinciperna. Enligt min mening förefaller det fullt tänkbart, och t.o.m. troligt, att gränsen för vad som uppfattas vara "möjligt" kan komma att förflyttas i takt med att EG-rätten får en allt större plats i den rättsliga argumentationen.[79]

Mycket allmänt torde dock ändå kunna sägas att den skillnad som brukar göras mellan sådana rättskällor som "skall", "bör" respektive "får" beaktas[80] kan fungera som en fingervisning för vad som ligger inom ramen för rättstillämparens tolkningsskön. Alla tolkningar som är förenliga med de rättskällor som "skall" beaktas bör således åtminstone som utgångspunkt anses möjliga medan det inte bör anses möjligt att välja en tolkning som strider mot en bindande rättskälla, d.v.s. framför allt strider mot lagen. Det verkar också vara en allmän uppfattning att den EG-konforma tolkningsskyldigheten inte innebär en skyldighet att tolka lagen i strid med dess ordalydelse (contra legem).[81] Däremot bör utgångspunkten när det gäller sådana rättskällor som endast "bör" eller "får" beaktas vara den omvända, nämligen att innehållet i dessa rättskällor inte bör hindra en EG-konform tolkning som i och för sig ligger inom ramen för lagens ordalydelse.[82]

EG-domstolen har vidare i sin praxis uppställt ytterligare en gräns för tolkningsskyldigheten. Domstolen har nämligen uttalat att denna skyldighet begränsas av gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper, såsom principerna om rättssäkerhet och icke-retroaktivitet.[83] Denna begränsning av tolkningsskyldigheten följer således direkt av EG-rätten och synes

[79] Som framhållits ovan beror en sådan förändring av de nationella tolkningsprinciperna dock inte på att EG-rätten och den EG-konforma tolkningen *ställer krav* på att de nationella tolkningsprinciperna måste förändras utan på en mer indirekt EG-rättslig påverkan. Se även not 73 i avsnitt 2.5.2.2 ovan.

[80] Se t.ex. Peczenik 1995 s. 213 ff.

[81] Se t.ex. Bernitz och Kjellgren 2002 s. 96, Droege och Lysén 1997 s. 115, Wiklund 1997 s. 148, Kapteyn och VerLoren van Themaat 1998 s. 540 samt Weatherill och Beaumont 1999 s. 411. Se även NJA 2003 s. 82 där Högsta Domstolen fann att en konform tolkning i ett visst fall inte var möjlig eftersom den kom i konflikt med den svenska lagtextens lydelse. Jfr dock Nielsen 2002 s. 178 som anser det vara oklart om en skyldighet till tolkningar contra legem föreligger och Prechal 1995 s. 227 f. som menar att det inte kan uteslutas att kravet på EG-konform tolkning i vissa undantagsfall kan innebära ett krav även på tolkning contra legem. Återigen bör här noteras att tolkningsprinciperna varierar mellan olika rättsområden, varför det väl är fullt tänkbart att en tolkning i strid med lagens ordalydelse är möjlig på vissa rättsområden men inte på andra.

[82] Se vidare avsnitt 2.5.3.3 nedan.

[83] Mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969.

gälla oavsett vilken ställning de nämnda principerna har i den nationella rätten.[84] Betydelsen av denna begränsning kommer att diskuteras närmare i de följande avsnitten.

2.5.3 EG-konform tolkning av skattelag

2.5.3.1 Inledning

Att den EG-konforma tolkningsskyldigheten gäller på alla rättsområden, och därmed även på skatteområdet, är i sig oomtvistat. Utgångspunkten måste således vara densamma här som på andra rättsområden, d.v.s. att nationella myndigheter och domstolar har en skyldighet att tolka svensk skattelag EG-konformt när det finns EG-rätt som är av relevans för den aktuella frågan. Det man kan fråga sig är om förutsättningarna för den EG-konforma tolkningen ser annorlunda ut på skatteområdet jämfört med andra rättsområden p.g.a. den metodlära och de tolkningsprinciper som tillämpas här. Denna fråga skall diskuteras i de följande underavsnitten.

2.5.3.2 Den konforma tolkningen i relation till lagtexten

I detta sammanhang finns särskilt anledning att lyfta fram betydelsen av legalitetsprincipen och det därmed sammanhängande föreskriftskravet.[85] I doktrinen finns olika åsikter såväl om den närmare innebörden av denna princip som om vilken konkret betydelse den har vid rättstillämpningen.[86] Utan att gå in i den diskussionen här kan ändå konstateras att det trots allt råder stor enighet om lagtextens särställning som rättskälla på skatteområdet och om den betydelse lagtextens ordalydelse har vid tolkningen. Knappast någon torde ifrågasätta att uttag av skatt kräver lagstöd vilket innebär att lagreglerna måste ges en tolkning som ligger inom deras betydelseområde.

Vidare har framhållits att legalitetsprincipen även har en "andra sida", d.v.s. att den också innefattar ett krav på att skatt faktiskt skall tas ut när lagstiftningen stipulerar detta.[87] Denna aspekt på legalitetsprincipen är inte lika ofta diskuterad i doktrinen och det går inte att säga att den har

[84] Kellgren i SN 1998 s. 500 (not 8).

[85] Se framför allt 1:1, 2:10 samt 8:3, 5 och 7 RF.

[86] Omfattande redogörelser för olika åsiktsriktningar i doktrinen finns t.ex. i Hultqvist 1995 s. 75 ff. och Alhager, M. 1999 s. 82 ff.

[87] Se Påhlsson 1995 s. 135 f. och Tikka i SN 2004 s. 658 samt jfr även Hultqvist 1995 s. 61. Detta synes i så fall vara en skillnad jämfört med den straffrättsliga legalitetsprincipen, vilken i princip inte anses hindra att tillämpningsområdet för en föreskrift reduceras tolkningsvägen, se Asp 2002 s. 184 f.

samma allmänna acceptans som principen "ingen skatt utan lag".[88] Enligt min mening måste dock utrymmet för att komma till tolkningsresultat som strider mot lagtexten anses vara ytterst begränsat även när tolkningen är till de enskildas fördel. Sammanfattningsvis kan därför sägas att lagtexten har en särskilt stark ställning på skatteområdet och att tolkningar i strid med lagtextens ordalydelse i princip är otillåtna oavsett om de är till nackdel eller till fördel för de skattskyldiga.[89]

Vilken betydelse får då detta för möjligheten att tolka skattelag EG-konformt? Jag har i avsnitt 2.5.2.3 ovan redovisat att den allmänna uppfattningen synes vara att gränsen för den EG-konforma tolkningen går vid lagtextens ordalydelse och att det inte finns någon skyldighet till konform tolkning "contra legem". Den betoning av lagtexten som sker inom den skatterättsliga metodläran verkar därmed inte uppställa någon ytterligare begränsning för tolkningsskyldigheten utöver den som redan rent allmänt anses gälla. Det bör dock framhållas att det oftast inte går att fastställa en klar gräns för vad som faller inom respektive utom en regels betydelseområde utan att det i utkanten av betydelseområdet snarare är fråga om att olika tolkningar är mer eller mindre förenliga med lagtexten. Enligt min mening bör lagtextens starka ställning på skatteområdet innebära att en viss försiktighet bör iakttas vid konforma tolkningar som endast svårligen går att förena med lagtextens ordalydelse.

För detta talar också mer allmänna rättssäkerhetssynpunkter. Som nämnts i avsnitt 2.5.2.3 ovan har EG-domstolen slagit fast att tolkningsskyldigheten begränsas av gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper, bl.a. principen om rättssäkerhet.[90] Rättssäkerhetssynpunkter har också en stark ställning i den svenska skatterättsliga tolkningsläran.[91] En viktig del av rättssäkerheten är kravet på förutsebarhet. Det finns givetvis en gräns för hur mycket man kan "pressa" en lagtexts ordalydelse innan förutsebarheten går helt förlorad. En viss restriktivitet med mer långtgående EG-konforma tolkningar av skattelag kan därmed motiveras utifrån både EG-rättsliga och internrättsliga rättssäkerhetsresonemang.

[88] Det är framför allt Påhlsson som har argumenterat för synsättet att legalitetsprincipen även har en "andra sida", se Påhlsson 1995 s. 135 f. och dens. 2003 s. 59 och 72 f. Se även Persson Österman i SN 1998 s. 490 som anför att det grundläggande objektivitetskravet i svensk rätt måste kräva att tolkning av svensk lag sker på samma sätt oavsett om resultatet är till fördel eller till nackdel för den skattskyldiga. Jfr däremot LLMS 2003 s. 583 där det hävdas att "[l]egalitetsprincipen innebär således inte att lagtolkningen överhuvud taget inte får vara 'fri' gentemot lagtexten, utan att den fria lagtolkningen inte får vara till nackdel för skattebetalarna".

[89] Se närmare om EG-konform tolkning till nackdel för de skattskyldiga i avsnitt 2.5.4 nedan.

[90] Innebörden av detta kommer att utvecklas närmare i avsnitt 2.5.4 nedan.

[91] Se t.ex. LLMS 2003 s. 571.

I detta sammanhang bör dock även innehållet i den bakomliggande EG-rätt som skall styra tolkningsresultatet beaktas. Enligt min mening bör det ha betydelse både vilken skatterättslig fråga/vilket skatteområde det rör sig om och hur "klar" den bakomliggande EG-rätten kan sägas vara. Jag anser att utrymmet även för mer långtgående EG-konforma tolkningar bör vara större på "genomharmoniserade" områden som t.ex. momsen än på områden där EG-rättens inverkan är mer sporadisk och därmed "överraskande" och svårare att förutse. De förutsebarhetsskäl som talar för en något återhållsam användning av mycket långtgående EG-konforma tolkningar gör sig inte lika starkt gällande på ett område som är så helt genomsyrat av EG-rätten som momsen är, helt enkelt p.g.a. att den EG-konforma tolkningen där är den reguljära tolkningsmetoden.[92] Att tolka momslagstiftningen utan beaktande av EG-rätten kan därför i själva verket leda till sämre förutsebarhet än om rättstillämparen, också i fall då EG-rätten endast med svårighet går att förena med den svenska lagtexten, ändå låter tolkningsresultatet styras av innehållet i EG-rätten.[93] Detta gäller i synnerhet om innehållet i EG-rätten är "klart", t.ex. för att direktivbestämmelsen i sig är klar eller för att EG-domstolen redan har bedömt just den aktuella frågan. I vart fall för en sakkunnig på området skulle det nog i många fall vara mer överraskande om en svensk domstol tolkade en svensk momsregel i strid med t.ex. ett EG-domstolsavgörande rörande exakt samma fråga när detta avgörande (om än med svårighet) trots allt går att förena med den svenska lagtexten, än om domstolen valde att följa avgörandet.

Det sagda kan sammanfattas på följande sätt. Enligt min mening är det mycket som talar för att man på skatteområdet bör undvika inte endast EG-konforma tolkningar helt i strid med lagtextens ordalydelse utan även tolkningar som framstår som mycket långsökta och svårförenliga med lagens ordalydelse utan att direkt strida mot denna. Detta gäller särskilt om man befinner sig på ett område av skatterätten där EG-rättens inverkan är mer sporadisk och innehållet i den bakomliggande EG-rätten dessutom är osäkert.[94] Däremot bör tolkningsskyldigheten kunna drivas längre på "genomharmoniserade" områden som momsen, särskilt när EG-rätten ger klara anvisningar för hur den aktuella frågan skall lösas.

[92] Hultqvist talar om en rättskulturell nyhet på momsområdet, se Hultqvist 1998 s. 55.
[93] Jfr Steiner i Law Quarterly Review 1990 s. 157 som menar att "it is not legitimate to expect domestic law, designed to implement a Community obligation, not to comply with Community law".
[94] Betydelsen av det sistnämnda kommer att utvecklas närmare i avsnitt 2.5.5 nedan.

2.5.3.3 Den konforma tolkningen i relation till förarbeten och regeringsrättspraxis

Diskussionen i föregående avsnitt har inriktat sig på den konforma tolkningen i relation till vad som ryms inom lagtexten. Man kan dock även fråga sig om innehållet i andra rättskällor, framför allt förarbeten och regeringsrättspraxis, kan begränsa utrymmet för den konforma tolkningen. Kan man alltså tänka sig situationer då en konform tolkning i och för sig går att förena med lagtexten men där man ändå skall avstå från att göra en sådan tolkning eftersom det finns förarbetsuttalanden och/eller regeringsrättspraxis som talar i en annan riktning? Det faktum att varken förarbeten eller praxis är bindande rättskällor talar för att denna fråga skall besvaras med ett kategoriskt nej. Kellgren har i sin undersökning av förarbetenas ställning vid tolkning av skattelag också dragit slutsatsen att eftersom förarbeten inte är bindande får de inte leda till en rättstillämpning i strid med EG-rätten.[95] Enligt hans bedömning kan tolkningsanvisningar i förarbetena aldrig hindra en EG-konform tolkning när EG-rätten och förarbetena står i strid med varandra. Detta bör även enligt min mening vara den absoluta huvudregeln och detsamma bör även gälla för regeringsrättens praxis. Jag skulle dock ändå vilja nyansera det sagda något.

De rättssäkerhets- och förutsebarhetshänsyn som är en grundläggande del av den skatterättsliga tolkningsläran och som enligt ovan också kan motiveras utifrån EG-rättsliga utgångspunkter bör enligt min mening inte endast anses ha relevans med avseende på frågan om den konforma tolkningens relation till lagtexten. Jag anser att dessa hänsyn i vissa fall även kan tänkas förhindra tolkningar i strid med klar regeringsrättspraxis och/eller klara förarbetsuttalanden. Så kan exempelvis vara fallet om även lagtexten klart pekar i samma riktning som dessa rättskällor (men där det konforma alternativet i och för sig också är förenligt med lagtexten) samtidigt som innehållet i EG-rätten i sig är oklart och kräver en långtgående tolkningsoperation för att fastställa. Om man då dessutom rör sig på ett område av skatterätten som endast i mindre mån är påverkat av EG-rätten kan det enligt min mening finnas skäl att avstå från att göra en EG-konform tolkning. Jag vill alltså inte utesluta att ett beaktande av förarbeten och regeringsrättspraxis, *tillsammans* med andra hänsyn, *i undantagsfall* kan leda till en tolkning i strid med EG-rätten.

[95] Kellgren 1997 s. 53.

2.5.3.4 Sammanfattande bedömning

Min bedömning av den EG-konforma tolkningens ställning på skatteområdet kan därmed sammanfattas på följande sätt. Utgångspunkten, på detta område liksom på alla andra rättsområden, är att tolkningsskyldigheten är mycket långtgående. Som nämnts ser EG-domstolen som ett mycket viktigt mål för sin verksamhet att öka EG-rättens effektivitet,[96] och kravet på konform tolkning är ett utflöde av denna strävan. EG-domstolen har också uttalat att en konform tolkning skall ske "så långt det är möjligt", vilket måste uppfattas som en mycket långtgående skyldighet. Samtidigt är det som nämnts bara de nationella tolkningsprinciperna som kan avgöra vad som i det enskilda fallet är möjligt att göra och dessa tolkningsprinciper varierar i viss mån mellan olika rättsområden. Detta medför i sin tur att EG-rättens genomslag kommer att variera mellan rättsområdena.

När det gäller skatteområdet anser jag att det vore en alltför förenklad beskrivning av tolkningsskyldighetens gränser att säga att om det EG-konforma tolkningsalternativet överhuvudtaget *går* att pressa in under lagtextens ordalydelse finns en plikt att också välja detta tolkningsalternativ. Lagtexten ger i och för sig den yttersta ramen för vilka tolkningar som är möjliga, men gränsen för tolkningsskyldigheten kan i det enskilda fallet inte fastställas enbart utifrån lagtextens ordalydelse utan detta måste enligt min mening ske utifrån en sammanvägning av flera olika faktorer. Dessa faktorer är hänförliga både till den bakomliggande EG-rätten (såsom hur långtgående harmoniseringen är på det aktuella området och hur klart innehållet i EG-rätten är) och till den nationella rätten (även andra tolkningsargument och rättskällor än lagtexten kan behöva vägas in vid bedömningen av om en konform tolkning är möjlig).

2.5.4 Särskilt om EG-konform tolkning till de skattskyldigas nackdel

2.5.4.1 Inledning

I den hittillsvarande analysen och i de slutsatser som dragits har jag i princip inte gjort någon skillnad beroende på om den EG-konforma tolkningen utfaller till de skattskyldigas fördel eller till deras nackdel. Jag skall nu gå över till att diskutera om det finns grund för att göra en sådan skillnad, d.v.s. om tolkningsskyldigheten är mer begränsad när det gäller tolkningar till de enskildas nackdel. Frågan har vissa beröringspunkter med

[96] Se avsnitt 2.3.2 ovan.

diskussionen i avsnitt 2.5.3.2 ovan angående legalitetsprincipens betydelse för möjligheten att vid tolkningen frångå lagtexten till de enskildas nackdel respektive fördel. Här skall dock frågan om EG-konform tolkning till nackdel för de enskilda diskuteras mer generellt, d.v.s. inte endast kopplat till de krav som följer av legalitetsprincipen.

När det gäller EG-rättens direkta effekt har EG-domstolen som framgått i avsnitt 2.4.2 ovan slagit fast att direktiv aldrig kan ha direkt effekt mot enskilda. Något motsvarande generellt hinder mot att direktiv via en EG-konform tolkning av nationell lagstiftning får genomslag till enskildas nackdel finns däremot inte. Enligt EG-domstolens praxis kan en konform tolkning nämligen användas även i horisontella förhållanden, d.v.s. mellan enskilda.[97] Det skulle ändå kunna diskuteras om tolkningsskyldigheten inom skatterätten än svagare när den är till de enskildas nackdel. En sådan tolkning sker ju inte, såsom i horisontella förhållanden, till fördel för en annan enskild, utan till fördel för staten. I vart fall i de situationer då implementeringen av ett direktiv har skett på ett ofullständigt eller felaktigt sätt, eller kanske inte alls, kan det förefalla otillfredsställande att den som gjort sig skyldig till denna felaktighet ändå tolkningsvägen skall kunna åberopa direktivet till sin egen fördel.[98] I detta sammanhang är också EG-domstolens uttalanden om att tolkningsskyldigheten begränsas av gemenskapsrättens allmänna rättsprinciper, bl.a. principen om rättssäkerhet, av intresse.[99] Dessa uttalanden har skett i mål om straffrätt och har av vissa tolkats så att en EG-konform tolkning inte kan ske till nackdel för en tilltalad.[100] På motsvarande sätt kan diskuteras om rättssäkerhetsprincipen begränsar eller kanske rentav helt förhindrar EG-konform tolkning av skattelag till nackdel för en skattskyldig.

Eftersom frågan om EG-konform tolkning till enskildas nackdel framför allt har diskuterats med avseende på straffrättsliga bestämmelser kommer jag i nästa avsnitt att redogöra för den straffrättsliga diskussionen angående denna fråga. Jag kommer därvid primärt att stödja mig på den utförliga analys av frågan som företagits av Asp.[101] Därefter behandlas frågan om EG-konform tolkning av skatterätt till de skattskyldigas nackdel i avsnitt 2.5.4.3.

[97] Mål C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135.

[98] Se t.ex. Betlem 2002 s. 97 f. Jag återkommer till den s.k. estoppel-principen i avsnitt 2.5.4.3 nedan.

[99] Uttalandet gjordes första gången i mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 och har sedan bekräftats i senare avgöranden, se t.ex. förenade målen C-74/95 och C-129/95 *Brottmål mot X* REG 1996 s. I-6609.

[100] Se närmare nästa avsnitt.

[101] Asp 2002 s. 191 ff.

2.5.4.2 EG-konform tolkning av straffrätt till den tilltalades nackdel

EG-domstolen har alltså i flera mål betonat att rättssäkerhetsaspekter begränsar möjligheten till EG-konform tolkning av straffrättsliga bestämmelser till den tilltalades nackdel. Detta har uttryckts på så sätt att ett direktiv "cannot, of itself and independently of a law adopted for its implementation, have the effect of determining or aggravating the liability in criminal law of persons who act in contravention of the provisions of that directive".[102] Taget efter sin ordalydelse synes detta uttalande innebära att en EG-konform tolkning aldrig får leda till ett utvidgat eller skärpt straffrättsligt ansvar jämfört med vad som gäller utan beaktande av EG-rätten, d.v.s. verka till nackdel för en tilltalad. Detta synes gälla oavsett om tolkningen i och för sig är förenlig med lagtextens ordalydelse.

Som Asp påpekar kan man dock inte bortse från att i de fall där detta och liknande uttalanden har gjorts har de aktuella direktivbestämmelserna överhuvudtaget inte implementerats i nationell rätt eller implementerats felaktigt, varför den nationella lagstiftningen relativt klart avvikit från EG-rätten.[103] Även om det ovan citerade uttalandet är generellt formulerat bör det ändå läsas mot denna bakgrund, och det är enligt Asp inte säkert hur EG-domstolen kommer att förhålla sig till fall där förhållandet mellan den nationella rätten och EG-rätten är mer oklart. Asps slutsats är därför att frågan om var gränsen för kravet på en EG-konform tolkning av straffbestämmelser går i fall där en sådan tolkning inte nödvändigtvis skulle strida mot lagtexten ännu inte kan anses besvarad av EG-domstolen.[104]

Mot bakgrund av bl.a. tysk doktrin diskuterar Asp sedan om det ändå finns skäl att upprätthålla en princip om att en EG-konform tolkning aldrig får leda till en utvidgning eller skärpning av straffansvaret.[105] En sådan princip bygger på synsättet att man kan fastställa en "punkt" där nationell rätt, utan beaktande av EG-rätten, anses befinna sig. Varje tolkning i ljuset av EG-rätten som leder till ett utvidgat straffansvar och/eller strängare straff än vad som framgår av denna "punkt" är då otillåten. Däremot finns fortfarande en skyldighet att företa konforma tolkningar i den andra riktningen, d.v.s. till förmån för den tilltalade. Asp framhåller att en svaghet med denna modell är att det regelmässigt är orealistiskt att tala

[102] Mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969, p. 14 i EG-domstolens dom. Ett liknande uttalanden finns även i det senare målet C-168/95 *Arcaro* REG 1996 s. I-4705, se p. 42 i EG-domstolens dom.

[103] Asp 2002 s. 212 f.

[104] Asp 2002 s. 213.

[105] Asp 2002 s. 224 ff.

om att nationell rätt befinner sig på en viss punkt. Ofta går det inte att med säkerhet avgöra hur tolkningen av en viss bestämmelse kommer att falla ut, varför det inte heller med säkerhet kan avgöras om en EG-konform tolkning är utvidgande eller inte. Enligt Asp kan det därför hävdas att själva tanken på att en konform tolkning aldrig får ske i skärpande riktning bygger på en orealistisk utgångspunkt.

Asp menar att ett rimligare synsätt är att den nationella rätten befinner sig inom ett visst "område".[106] Inom detta område finns utrymme för hänsynstagande till EG-rätten i både mildrande och skärpande riktning. Det av EG-domstolen formulerade förbudet för konforma tolkningar som utvidgar eller skärper straffansvaret tar då bara sikte på fall där tolkningsresultatet hamnar utanför detta område. Det utrymme inom vilket EG-konforma tolkningar är tillåtna kan inom ramen för denna modell preciseras på olika sätt. En möjlighet är att dra gränsen vid lagtextens ordalydelse, en annan är att dessutom kräva att tolkningsresultatet är någorlunda förutsebart. En tredje variant skulle enligt Asp kunna vara att vid fastställandet av tolkningsutrymmet även beakta andra nationella rättskällor såsom t.ex. förarbeten.

Asp avstår från att ta ställning till vilken av de olika modellerna som skall anses vara den "gällande". Han nöjer sig med att konstatera att EG-domstolen har godtagit att den EG-konforma tolkningen endast gäller till en viss gräns samt att det därigenom i viss utsträckning torde ankomma på de nationella domstolarna att, med beaktande av internationella åtaganden och nationella traditioner, avgöra var denna gräns går.[107]

Vilka slutsatser kan då dras när det gäller möjligheten till EG-konform tolkning av straffrätt till nackdel för den tilltalade? Den viktigaste slutsatsen är enligt min mening att den som, åtminstone i svensk doktrin, utförligast har behandlat denna fråga har kommit fram till att EG-domstolen ännu inte kan sägas ha tagit ställning till om en sådan tolkning alltid är utesluten eller om den kan ske så länge den inte kommer i konflikt med den nationella lagtexten. Den uppfattning man inte så sällan kan stöta på i den EG-rättsliga doktrinen, nämligen att det i princip skulle vara klarlagt att straffrätt inte kan tolkas EG-konformt till den tilltalades nackdel, vinner således inte stöd i Asps undersökning.[108] Asp påvisar också svagheterna med ett sådant synsätt och förordar för sin del en modell där det finns utrymme även för tolkningar i skärpande riktning. Denna modell

[106] Asp 2002 s. 227 ff.
[107] Asp 2002 s. 229.
[108] Denna uppfattning framförs t.ex. i Hartley 2003 s. 223, Kapteyn och VerLoren van Themaat 1998 s. 539 f. samt Weatherill och Beaumont 1999 s. 410.

utesluter dock i och för sig inte att det ändå kan finnas en skillnad mellan utrymmet för konform tolkning till fördel respektive till nackdel för den tilltalade, d.v.s. att utrymmet för tolkningar till nackdel är mindre än för tolkningar till fördel.[109]

2.5.4.3 Slutsatser för skatterättens del

Frågan om huruvida skyldigheten till EG-konform tolkning av skattelag är mer begränsad om tolkningen utfaller till de skattskyldigas nackdel har vad jag känner till ännu inte ställts på sin spets i EG-domstolens praxis. De rättssäkerhetsprinciper som ansetts begränsa tolkningsskyldigheten i straffrättsliga mål har dock även relevans i skattemål. Både utmätande av straff och uttag av skatt är uttryck för det offentligas maktutövning mot medborgarna och det rör sig i båda fallen om betungande lagstiftning för de enskilda. Många av de argument som kan anföras mot att straffrättsliga bestämmelser tolkas EG-konformt till de enskildas nackdel bör därmed kunna överföras även på skatteområdet.[110]

Samtidigt måste framhållas att det också finns viktiga skillnader mellan dessa rättsområden. Straff är en sanktion som syftar till att avhålla medborgarna från ett visst beteende och den som döms för ett brott utsätts i allmänhet för omgivningens missaktning. Det faktum att ett skatteuttag som sker med stöd av en EG-konform tolkning kan få kännbara ekonomiska konsekvenser för den enskilda gör därför knappast att detta kan jämställas med att till följd av en sådan tolkning dömas för brott eller drabbas av ett strängare straff än vad som annars skulle ha skett. Även om det, såsom vissa författare verkar hävda,[111] skulle vara så att rättssäkerhetsprincipen förhindrar EG-konform tolkning av strafflag till enskildas nackdel är det därför inte alls säkert att detsamma bör gälla även vid tolkning av skattelag. Som framgått av föregående avsnitt är det vidare mycket som talar för att någon sådan generell begränsning av tolkningsskyldigheten inte går att utläsa ur EG-domstolens hittillsvarande praxis. Om det inte ens på straffrättens område kan anses föreligga något absolut hinder

[109] Detta illustreras av Asp med en figur där området för möjliga tolkningar har en klar gräns när det gäller tolkningar till nackdel men är mer öppet när det gäller tolkningar till fördel, se Asp 2002 s. 227.

[110] Se t.ex. Olsson 2001 s. 134, som med hänvisning till EG-domstolens domar angående konform tolkning av straffrätt menar att skatterättsliga regler inte får tolkas konformt på ett för den enskilda betungande sätt. Även Prechal anför, med instämmande av Hagsgård, att liknande överväganden som inom straffrätten gör sig gällande även inom skatterätten, vilket ger litet utrymme för konform tolkning i för den enskilda skärpande riktning, se Prechal 1995 s. 242 och Hagsgård 1996 s. 71.

[111] Se not 108 ovan.

för tolkningar till nackdel för enskilda måste detsamma rimligtvis gälla även på skatteområdet.

En annan viktig skillnad mellan skatterätt och straffrätt är att EG i princip anses sakna straffrättslig kompetens.[112] Det straffrättsliga samarbetet sker nämligen i huvudsak inom ramen för den s.k. tredje pelaren och har därmed inte samma rättsliga karaktär som det egentliga EG-samarbetet inom den s.k. första pelaren.[113] Detta innebär inte att EG-rätten inom den första pelaren saknar betydelse på straffrättens område, men dess påverkan är mer "sporadisk" eller "punktvis" jämfört med vad som gäller på rättsområden som mer direkt ligger under EG:s harmoniseringskompetens. På skatteområdet torde det i princip inte föreligga några kompetensmässiga hinder för EG att utfärda gemensam lagstiftning som innebär även långtgående harmonisering av (hela eller delar av) rättsområdet.[114] Så har också skett framför allt när det gäller momsen. Som redan framhållits i avsnitt 2.5.3.2 innebär detta att den EG-konforma tolkningen är den reguljära tolkningsmetoden på momsområdet. Att det då inte kan föreligga ett generellt och absolut hinder för EG-konforma tolkningar till de skattskyldigas nackdel, som skulle gälla även när dessa tolkningar är väl förenliga med den svenska lagtexten, är tämligen självklart. Det skulle t.ex. framstå som mycket märkligt om man vid tolkningen av en svensk bestämmelse som är en direkt kopia av en bestämmelse i ett momsdirektiv skulle bortse från uttolkningar av direktivbestämmelsen som gjorts i EG-domstolens praxis när dessa, i jämförelse med en tänkt "nationellrättslig" uttolkning, uppfattas vara till de enskildas nackdel.

Det kan vidare hävdas att det i många fall knappast ens går att säga att en konform tolkning av momslagstiftningen leder till ett "hårdare" eller "sämre" resultat för den skattskyldiga än en icke-konform tolkning, helt enkelt för att det är orealistiskt att tala om ett icke-konformt tolkningsalternativ. När den konforma tolkningen på det ovan beskrivna sättet blivit den reguljära tolkningsmetoden kan det framstå som väldigt konstruerat att försöka tolka en bestämmelse som om EG-rätten inte fanns och endast söka vägledning i nationella rättskällor och tolkningsargument. För att återkoppla till diskussionen i föregående avsnitt blir det än mer orealistiskt att tala om en nationellrättslig "punkt" för rättsläget på ett område som är helt genomsyrat av EG-rätten. Även om det rent teoretiskt skulle gå att "tänka bort" EG-rätten vid tolkningen av bestämmelserna är detta då knappast möjligt i praktiken.

[112] Asp 1998 s. 50 och (mer ingående och problematiserat) dens. 2002 s. 26 ff.

[113] Se allmänt om EU:s tre s.k. pelare i Bernitz och Kjellgren 2002 s. 33 ff.

[114] En annan sak är att kravet på enhällighet (se artikel 94 och 95.2 i EG-fördraget) i praktiken ofta utgjort ett effektivt hinder för att anta gemensam lagstiftning på skatteområdet.

Till detta kommer slutligen att det när det gäller skattebestämmelser överhuvudtaget kan vara svårt att säga om en viss tolkning är till fördel eller till nackdel för de skattskyldiga. Ofta är det tvärtom så att en tolkning som är till fördel för en viss skattskyldig/i en viss situation visar sig vara till nackdel för en annan skattskyldig/i en annan situation. När det exempelvis gäller bestämmelser om skattskyldighet för moms kan det ibland vara till fördel och ibland till nackdel att omfattas av skattskyldigheten. Det måste enligt min mening vara helt uteslutet att med stöd av EG-rätten tolka en skattskyldighetsbestämmelse så att den omfattar en viss typ av verksamhet när detta är till fördel för den skattskyldiga, men att genom att "tänka bort" EG-rätten komma till motsatt resultat när en skattskyldighet skulle vara till nackdel för den det berör.[115]

Min sammanfattande slutsats är således att det på skatteområdet helt enkelt inte är möjligt att genomgående upprätthålla en princip om att en EG-konform tolkning aldrig får ske till de skattskyldigas nackdel. Det förefaller knappast heller särskilt kontroversiellt att påstå att den mer "normala" konforma tolkning som sker av i grunden korrekt implementerad EG-rätt även kan ske till de skattskyldigas nackdel.[116] Som nämnts är den konforma tolkningen en naturlig del av anpassningen av den nationella rätten till EG-rätten.[117] Om man vid tolkningen av nationell rätt som utgör en implementering av ett EG-direktiv konsekvent skulle bortse från EG-rättsliga argument som talar till de skattskyldigas nackdel skulle detta i realiteten innebära ett slags avimplementering av direktivet.[118] Den EG-konforma tolkningen kan inte ses endast som en rättighet för de enskilda utan har snarare som yttersta syfte att säkerställa EG-rättens genomslag och enhetliga tillämpning.[119]

Om det således enligt min mening knappast kan föreligga något tvivel om att "normal" konform tolkning kan ske även till de skattskyldigas nackdel är det möjligen mera osäkert om detsamma gäller när den konforma tolkningen används för att överbrygga en ofullständig eller felaktig

[115] Jfr här lagrådets yttrande i prop. 1991/92:54 s. 17 f. angående de problem som uppstår om en reglering bara får tillämpas om den är till fördel för de skattskyldiga.

[116] Se t.ex. Kellgren 1997 s. 52 f. som anför att EG-konform tolkning av skattelag i princip bör kunna ske till nackdel för enskilda "inom vissa ramar" samt Persson Österman i SN 1998 s. 490 och Alhager, E. 2001 s.101 som båda menar att konform tolkning kan ske såväl till fördel som till nackdel för de skattskyldiga. Även Hultqvist verkar anse att det, inom ramen för legalitetsprincipen, är möjligt att tolka en svensk skattebestämmelse EG-konformt till enskildas nackdel, se Hultqvist 1998 s. 81 f.

[117] Jfr Rabe och Bojs 2004 s. 509 som menar att det skulle strida mot grundprinciperna för den EG-konforma tolkningen om denna enbart skulle kunna ske till de skattskyldigas fördel.

[118] Jfr Prechal 1995 s. 210 f.

[119] Prechal 1995 s. 244 f.

implementering. I doktrinen har argumenterats för att den s.k. estoppelprincipen (vilken motiverar att direktiv endast kan ges direkt effekt till fördel för enskilda gentemot staten men inte tvärtom) skall gälla även vid EG-konform tolkning, d.v.s. att ett direktiv som inte blivit korrekt implementerat inte heller tolkningsvägen skall kunna få genomslag till medlemsstatens fördel.[120] Mot detta kan dock invändas att det inte alltid går att slå fast om det rör sig om en korrekt eller en bristfällig implementering, utan gränsen däremellan kan ofta vara flytande.[121] Även det faktum att den EG-konforma tolkningen som nämnts har som syfte att säkra EG-rättens effektiva genomslag talar emot att tolkningsskyldigheten skall begränsas på detta sätt. Många EG-rättsliga bestämmelser, inte minst på skatteområdet, syftar dessutom till att ålägga enskilda skyldigheter. I dessa fall blir det än tydligare att EG-rättens effektivitet talar för att det inte bör föreligga något principiellt hinder mot att överbrygga en bristande implementering med en EG-konform tolkning, även om denna sker till de enskildas nackdel.[122]

Därmed är dock inte automatiskt sagt att den EG-konforma tolkningen alltid skall drivas lika långt vid tolkningar till nackdel som vid tolkningar till fördel för de skattskyldiga. De rättssäkerhetshänsyn som diskuterats ovan har ju sin största betydelse vid tolkningar till de enskildas nackdel och gör sig inte lika starkt gällande vid tolkningar till deras fördel. Som framgått i avsnitt 2.5.4.2 ovan är det inom den modell som förordas av Asp när det gäller konform tolkning av straffrätt fullt möjligt att göra skillnad i tolkningsskyldighetens omfattning beroende på om tolkningen sker i skärpande eller i mildrande riktning. Även Kellgren verkar öppna för att den EG-konforma tolkningen kan drivas längre vid tolkningar till förmån för de skattskyldiga.[123] Persson Österman menar däremot att de svenska tolkningsprinciperna, och då särskilt det grundläggande objektivitetskravet i svensk rätt, kräver att tolkning av svensk lag sker på samma sätt vare sig resultatet är till nackdel eller till fördel för de skattskyldiga.[124] Frågan om rättssäkerhetssynpunkter gör att utrymmet för tolkningar till nackdel är mindre är onekligen svårbedömd och kan förmodligen inte ges ett helt generellt och kategoriskt svar.[125] För egen del

[120] Se framför allt Betlem 2002 s. 97 f. men även Olsson 2001 s. 134.
[121] Prechal 1995 s. 244.
[122] Prechal 1995 s. 244 f.
[123] Kellgren 1997 s. 53.
[124] Persson Österman i SN 1998 s. 490. Se även Ståhl och Österman 2000 s. 35 f.
[125] Bl.a. förtjänar återigen att framhållas att det ibland kan vara så att en tolkning som är till fördel i en viss situation eller för en viss skattskyldig är till nackdel i en annan situation/för en annan skattskyldig.

menar jag dock att rättssäkerhetssynpunkterna, oavsett om de härleds från EG-rätten eller från den nationella rätten, i huvudsak bör ges betydelse på så sätt att de allmänt lägger en viss restriktion på möjligheterna till mer långtgående EG-konforma tolkningar av skattelag. Detta bör enligt min mening gälla oavsett om tolkningen är till fördel eller till nackde för de enskilda.

2.5.5 EG-konform tolkning mot bakgrund av fusionsdirektivet

Med utgångspunkt i de slutsatser som dragits i de föregående avsnitten angående den EG-konforma tolkningens ställning på skatteområdet skall jag i detta avsnitt också säga något om konform tolkning mot bakgrund av just fusionsdirektivet. Jag inskränker mig här till att ge några allmänna synpunkter på denna fråga, vilka sedan kommer att konkretiseras de följande kapitlen när enskilda inslag i den svenska lagstiftningen behandlas.

En grundläggande förutsättning för att fusionsdirektivet skall kunna läggas till grund för en EG-konform tolkning av en svensk skatteregel är förstås att direktivet har något att säga om den aktuella frågan. Som framgått i avsnitt 2.3.3.1 är det inte alltid lätt att avgöra om så är fallet. Rent principiellt kan detta i och för sig synas vara ett mindre problem eftersom skyldigheten att tolka konformt endast föreligger i de fall då det genom en tolkning av själva direktivet faktiskt går att utläsa en anvisning för hur den aktuella rättsfrågan skall lösas. Går inte detta så får den nationella regeln tolkas "på vanligt sätt", d.v.s. utan beaktande av EG-rätten.

Just svårigheten att avgöra om en fråga omfattas av den gemensamma regleringen och vad innehållet i EG-rätten i så fall är kan dock enligt min mening i sig få betydelse vid avgörandet av om EG-rätten trots detta ändå skall läggas till grund för tolkningen av den svenska bestämmelsen. Jag anser att möjligheten att tolka konformt helt enkelt bör bli mindre i de fall då det framstår som mycket oklart om direktivet har någonting att säga om en viss fråga, även om man efter viss möda ändå kommer fram till att så kan anses vara fallet.[126] Detta innebär inte att det i en sådan situation är uteslutet att EG-rätten läggs till grund för tolkningen, men utrymmet för en konform tolkning bör då vara mindre än om innehållet i EG-rätten är klart. Med detta menar jag att man inte bör gå lika långt när det gäller att "pressa" den svenska lagtexten för att i denna inrymma det (i sig osäkra) konforma tolkningsalternativet samt att det då finns större anledning att beakta andra tolkningsargument och rättskällor än lagtexten vid fastställandet av gränsen för tolkningsutrymmet.

[126] Se för ett liknande resonemang Asp 2002 s. 230 samt jfr även Maltby i Law Quarterly Review 1993 s. 309.

En invändning mot ovanstående resonemang är förstås att åtminstone vissa rättstillämpare (nämligen de som klassas som domstolar i EG-rättslig mening) genom att söka förhandsavgörande från EG-domstolen kan undanröja osäkerheten om EG-rättens innehåll. En viktig anledning till att mycket fortfarande är oklart vad gäller direktivets räckvidd och innehåll är också just det faktum att EG-domstolens praxis i anslutning till direktivet ännu är mycket sparsam. Hittills har endast två fall angående tolkningen av direktivet avgjorts, vilket kan jämföras med den mycket rikhaltiga praxis som finns i anslutning till det sjätte momsdirektivet. I och för sig finns väl en fiktion om att domstolens praxis endast säger vad som redan kan läsas ut av själva direktivet, d.v.s. att EG-domstolens uttolkningar "gäller" redan innan de uttalas av EG-domstolen. I praktiken är detta dock just en fiktion, i realiteten skapas rättsläget ofta först genom EG-domstolens praxis. Här kan man således mycket väl tänka sig att en framtida rättsutveckling när det gäller uttolkningen av direktivet, som innebär att fler och fler fall underställs EG-domstolen, kan få betydelse även på metodplanet. I takt med att innehållet i direktivet klarläggs genom EG-domstolens praxis bör nämligen möjligheten att använda direktivet som grund för en konform tolkning öka.

En annan omständighet att beakta i detta sammanhang är vidare att de skatteregler som berörs av fusionsdirektivet finns på ett område, nämligen inkomstskatten, som i grunden är oharmoniserat. Såsom utvecklats i avsnitt 2.5.3.2 ovan menar jag att detta allmänt sett gör att den EG-konforma tolkningen inte bör drivas lika långt som på mer "genomharmoniserade" områden. Detta skall dock inte uppfattas så att fusionsdirektivet aldrig skulle kunna läggas till grund för mer långtgående EG-konforma tolkningar av den svenska lagtexten. Här kan det enligt min mening vara motiverat att göra en skillnad mellan å ena sidan sådana svenska regler som utfärdats i direkt syfte att implementera direktivet och/eller som rör direktivets "kärnområde" och å andra sidan sådana regler som, utan att vara direkt föranledda av direktivet, ändå rör frågor som (eventuellt) omfattas av detta. Utrymmet för EG-konform tolkning bör således vara större när tolkningsfrågan rör den direkta implementeringslagstiftningen och fusionsdirektivet dessutom ger ett någorlunda klart besked om vad som skall gälla.[127] Även här bör vidare tidsaspekten ha betydelse, d.v.s. om större delar av inkomstskatten i en framtid hamnar inom det harmoniserade området kan detta också få betydelse för omfattningen av den konforma tolkningen.

[127] Enligt uppgift har engelska domstolar varit villiga att gå längre i den konforma tolkningen när den lagstiftning som skall tolkas har utfärdats i direkt syfte att implementera ett direktiv jämfört med när så inte har varit fallet, se Steiner i Law Quarterly Review 1990 s. 154 ff. och Hartley 2003 s. 222.

Slutligen skall något också sägas om möjligheten att lägga fusionsdirektivet till grund för en EG-konform tolkning till nackdel för de skattskyldiga. Som framgått ovan menar jag att det inte finns några generella hinder mot att tolka skattebestämmelser EG-konformt i en för de skattskyldiga skärpande riktning. Det man kan fråga sig är dock om det överhuvudtaget kan bli aktuellt att använda fusionsdirektivet som grund för en konform tolkning till de skattskyldigas nackdel. I litteraturen har argumenterats för att eftersom fusionsdirektivets syfte endast är att medge skattefrihet i vissa situationer kan direktivet aldrig, och då inte heller genom en EG-konform tolkning, grunda en rätt för medlemsstaten att beskatta.[128] Argumentationen går ut på att eftersom syftet med den EG-konforma tolkningen är att tillse att de resultat som föreskrivs i ett direktiv verkligen uppfylls, och då det enda resultat som fusionsdirektivet föreskriver är skattefrihet för vissa transaktioner, kan en EG-konform tolkning mot bakgrund av fusionsdirektivet endast leda till skattefrihet och aldrig till beskattning.

För egen del har jag lite svårt att hänga med i denna argumentation. Jag kan instämma i att själva skattskyldigheten inte kan grundas på fusionsdirektivet och därmed knappast heller på en konform tolkning av den svenska implementeringslagstiftningen. Att de transaktioner som täcks av direktivet i grunden är skattepliktiga följer dock inte av denna lagstiftning utan denna anger när undantag skall medges från den skattskyldighet som annars skulle föreligga enligt allmänna regler. Om implementeringslagstiftningen tolkas konformt på så sätt att det skattefria området blir mindre än vad det skulle ha blivit vid en tolkning utan beaktande av EG-rätten kan detta i och för sig leda till att transaktionen kommer att beskattas. Enligt min mening är detta dock inte detsamma som att säga att denna beskattning *grundas* på själva direktivet eller på en konform tolkning mot bakgrund av direktivet.

Eftersom fusionsdirektivet endast föreskriver en miniminivå för de skatteförmåner som måste medges, och medlemsstaterna således är fria att införa gynnsammare regler, skulle dock ändå kunna hävdas att det saknas grund för att med stöd av en konform tolkning t.ex. skärpa ett krav för skattefrihet utöver vad som skulle ha gällt vid en tolkning utan hänsynstagande till EG-rätten. Det medlemsland som så önskar har ju full frihet att mildra eller helt efterge de krav för skattefrihet som stipuleras i direktivet. Enligt min mening är det dock skillnad mellan att medlemsstaten öppet inför regler som är förmånligare än direktivets och att den nationella rättstillämparen tolkningsvägen mildrar ett krav i en regel som är direkt hämtad från direktivet. Ett viktigt syfte bakom kravet på

[128] Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2004 s. 410.

EG-konform tolkning är som redan nämnts att EG-rätten skall ges en enhetlig tillämpning i alla medlemsstater. För att detta syfte skall uppnås krävs att de regler som är hämtade från direktivet tolkas i enlighet med detta även när lagstiftaren skulle ha kunnat införa en annan, förmånligare, regel men har avstått från att göra det.

Slutligen bör framhållas att tolkningsskyldigheten som ovan nämnts kan härledas inte endast från EG-rätten utan även från nationell rätt.[129] I de fall då lagstiftaren faktiskt har valt att införa direktivets regler i svensk rätt torde det ligga i linje med lagstiftarens intentioner att de svenska reglerna också fullt ut skall tolkas i enlighet med direktivet.[130] Även detta talar för att det mycket väl kan bli aktuellt att tolka den svenska implementeringslagstiftningen konformt även till de skattskyldigas nackdel.

2.5.6 Förhållandet mellan konform tolkning och direkt effekt

Som nämnts i avsnitt 2.5.2.1 ovan presenteras den konforma tolkningen ofta som ett sätt att komma tillrätta med en bristfällig implementering av EG-rätt i nationell rätt när den aktuella EG-rätten saknar direkt effekt. Som redan diskuterats är den konforma tolkningen dock inte alls något som endast aktualiseras i fall av normkonflikt mellan EG-rätt och intern rätt utan är tvärtom den reguljära tolkningsmetoden på de områden av den nationella rätten som omfattas av EG-rättslig reglering. Detta innebär att även EG-rätt som har direkt effekt mycket väl kan läggas till grund för en EG-konform tolkning av nationella regler. Så länge det handlar om "normal" konform tolkning av i grunden korrekt implementerad EG-rätt råder inte något tvivel om att EG-rätten i första hand skall ges genomslag genom att nationell rätt tolkas konformt och inte genom att EG-rätten ges direkt effekt, även om den uppfyller förutsättningarna för detta. Särskilt när det gäller direktiv är detta en naturlig följd av att syftet

[129] Se avsnitt 2.5.1.

[130] Se prop. 1998/99:15 s. 215 där det uttryckligen anges att "tolkningen av den svenska lagstiftningen kan komma att påverkas av innehållet i fusionsdirektivet och av EG-domstolens praxis". Jfr dock Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2004 s. 410 ff. som menar att det nyss sagda inte kan användas som argument för att tolka den svenska lagstiftningen EG-konformt till de skattskyldigas nackdel eftersom lagstiftningen även har andra syften än att enbart implementera fusionsdirektivet, vilket bl.a. manifesteras av att det i lagstiftningen finns inslag som avviker från direktivets regler. Jag kan dock inte se att det faktum att lagstiftaren *i vissa fall* har lättat på de krav för skattefrihet som uppställs i direktivet förhindrar en konform tolkning i de fall där lagstiftaren *faktiskt har valt att följa* direktivet. En annan sak är att det i det enskilda fallet inte alltid är så lätt att avgöra vilken av dessa linjer som lagstiftaren har valt (se för ett exempel på detta diskussionen i kapitel 3.2.2.2 nedan om implementeringen av direktivets verksamhetsgrensdefinition).

med dessa är att de skall få effekt genom att införlivas i den nationella rätten, inte genom att de som sådana skall läggas till grund för avgöranden i konkreta fall.[131]

Vad man däremot kan fråga sig är hur man bör förfara i de fall då det faktiskt föreligger en mer eller mindre öppen konflikt mellan nationell rätt och sådan EG-rätt som har direkt effekt. Som framgått ovan sträcker sig tolkningsskyldigheten mycket långt. Frågan är dock om det finns anledning att "pressa" det nationella tolkningsutrymmet på samma hårdhänta sätt i syfte att överbrygga denna konflikt när EG-rätten har direkt effekt. I dessa fall har man ju möjlighet att i stället använda sig av den direkta effekten och helt enkelt sätta de nationella reglerna åt sidan. Det kan hävdas att argumentet att syftet med direktiv är att de skall få genomslag via den nationella rätten inte väger lika tungt när den nationella rätten faktiskt inte på ett korrekt sätt har anpassats till den bakomliggande EG-rätten. Kanske bör man därför reservera de mer långtgående EG-konforma tolkningarna till fall där EG-rätten inte har direkt effekt och den konforma tolkningen därmed är det enda sättet att ge EG-rätten genomslag?

Något som kan sägas tala för ett sådant synsätt är att de mål där EG-domstolen funnit anledning att utveckla principen om EG-konform tolkning som nämnts genomgående har rört fall där EG-rätten saknat direkt effekt.[132] Även i senare praxis finns exempel på fall där EG-domstolen i mål rörande bristfälligt implementerad EG-rätt har börjat med att pröva om denna haft direkt effekt och först därefter, när den funnit att så inte är fallet, har gått vidare och påpekat att det ändå föreligger en skyldighet att tolka nationell rätt EG-konformt.[133] Domstolen har dock vad jag känner till inte uttryckligen tagit ställning till hur konform tolkning och direkt effekt förhåller sig till varandra när EG-rätten är bristfälligt implementerad.[134] Frågan har berörts i generaladvokatsyttranden men dessa

[131] Se mål 270/81 *Felicitas Rickmers-Linie* [1982] ECR 2771 (där tolkningsskyldigheten ansågs emanera från den nationella rätten) och mål 222/84 *Johnston* [1986] ECR 1651 (där tolkningsskyldigheten följde av EG-rätten). Av båda målen framgår klart att EG-domstolens inställning är att om EG-rätten kan få genomslag genom att en nationell regel som utgör en korrekt implementering av en direktivbestämmelse tolkas i enlighet med denna så finns ingen anledning att ge direktivbestämmelsen direkt effekt. Se även Prechal 1995 s. 205 och Betlem 2002 s. 81.

[132] Se framför allt mål 14/83 *von Colson* [1984] ECR 1891, mål 80/86 *Kolpinghuis Nijmegen* [1987] ECR 3969 och mål C-106/89 *Marleasing* [1990] ECR I-4135.

[133] Se mål C-334/92 *Wagner Miret* [1993] ECR I-6911 och mål C-91/92 *Faccini Dori* [1994] ECR I-3325.

[134] Vissa författare anför det ovannämnda målet 222/84 *Johnston* [1986] ECR 1651 som stöd för att den EG-konforma tolkningen generellt skall ges företräde framför den direkta

talar i olika riktning.[135] Från EG-rättslig synpunkt kan det kanske också sägas vara av mindre betydelse *hur* EG-rätten får genomslag i de situationer då den nationella lagstiftaren inte fullgjort sitt åtagande att implementera EG-rätten på ett korrekt sätt, huvudsaken är att den trots detta *får* genomslag.

Har då de nationella tolkningsprinciperna något att säga om förhållandet mellan EG-konform tolkning och direkt effekt som metod för att lösa konflikter mellan svensk rätt och EG-rätt? Här kan Regeringsrättens dom i RÅ 1999 ref. 58 vara av intresse. Frågan i målet var om en viss svensk bestämmelse var förenlig med diskrimineringsförbudet i dels det tillämpliga dubbelbeskattningsavtalet, dels EES-avtalet. Skatterättsnämnden fann att den aktuella bestämmelsen inte fick tillämpas eftersom den stred mot båda dessa diskrimineringsförbud. Regeringsrätten nöjde sig dock med att konstatera att bestämmelsen stred mot diskrimineringsförbudet i avtalet och menade att det därmed saknades anledning att pröva den mot EES-avtalet. Domen indikerar således att om det svenska rättsläget i en viss situation kan bringas i överensstämmelse med EG-rätten genom tillämpning av ett dubbelbeskattningsavtal så saknas anledning att tillgripa EG-rättens direkta effekt. Även om frågeställningen i domen inte var riktigt densamma som den här aktualiserade talar domen enligt min mening ändå för att direkt effekt är ett sistahandsval som endast bör tillgripas när en konflikt inte kan lösas med mer "reguljära" metoder.[136]

---

effekten, se Docksey och Fitzpatrick i Industrial Law Journal 1991 s. 117 f. samt Prechal 1995 s. 198 f. Det bör dock noteras att domstolen i det målet uttryckligen refererade till fall då ett direktiv blivit "properly implemented" (se p. 51 i domen). Jfr även Mead i European Law Review 1991 s. 494 och 499 som tvärtom menar att EG-domstolen i *Johnston*-målet förordade att ***konflikter*** mellan EG-rätt och nationell rätt i första hand skall lösas genom att EG-rätten ges direkt effekt.

[135] I mål C-177/88 *Dekker* [1990] ECR I-3941 uttalade generaladvokat Darmon att direkt effekt är en "last resort" som endast skall användas om det inte är möjligt att tolka nationell rätt EG-konformt, se p. 10-11 i yttrandet. Jfr däremot generaladvokat Tesauro i mål C-264/96 *ICI* REG 1998 s. I-4695 som i p. 32 i sitt yttrande anför att "[i] den mån artikel 52 i fördraget, en bestämmelse som har direkt effekt, är tillämplig på en aspekt i ett enskilt fall saknar frågan om en nationell domstol är skyldig att tolka en nationell bestämmelse i överensstämmelse med gemenskapsrätten relevans. Möjligheten för den enskilde att åberopa gemenskapsbestämmelsen räcker för att åstadkomma överensstämmelse mellan nationell rätt och gemenskapsrätt.".

[136] Samma "tågordning" verkar förordas av Arbetsdomstolen, se AD 1997 nr 69 där domstolen uttalade följande. "Om bestämmelserna i likabehandlingsdirektivet har den innebörden att de är tillämpliga vid utnämnande av domare i EG-domstolen kan det tänkas att den svenska jämställdhetslagen måste tolkas så att den ges tillämplighet i ett sådant fall. *I annat fall* [min kurs.] inställer sig den ytterligare frågan om de kan ges direkt effekt med avseende på den nu aktuella tvisten."

En dom som eventuellt kan sägas tala i en annan riktning är dock RÅ 2004 ref. 28. Frågan i målet var om avdrag skulle medges för försäkringspremie på försäkring som tecknats i ett annat EU-land. Skatterättsnämnden fann att avdrag inte skulle medges samt att detta inte kunde anses strida mot EG-rätten. Regeringsrätten beslutade att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen angående om det kunde anses strida mot EG-rätten att vägra avdrag för premien. EG-domstolen besvarade denna fråga jakande.[137] När målet sedan återupptogs hos Regeringsrätten argumenterade Skatteverket för att EG-domstolens dom vilade på en felaktig uppfattning om innehållet i de svenska skattereglerna. Skatteverket hävdade att innebörden av den svenska rätten var att avdrag skulle medges för premien och att en tillämpning av de svenska skattereglerna därför var förenlig med EG-rätten. Regeringsrätten konstaterade emellertid att "EG-domstolens dom innebär att det – *oavsett hur frågan skall bedömas enligt den svenska inkomstskattelagstiftningen* [min kurs.] – inte är förenligt med gemenskapsrätten att förvägra Skandia omedelbart avdrag för de erlagda premierna för den aktuella försäkringen". Regeringsrätten ändrade därför förhandsbeskedet och medgav avdrag för premien.

Enligt min mening framgår inte helt klart av Regeringsrättens motivering vad som var den egentliga rättsgrunden för att avdrag medgavs. Den citerade skrivningen tyder dock på att Regeringsrätten grundade avdragsrätten direkt på EG-rätten, d.v.s. att den gav EG-rätten direkt effekt. Detta skedde utan att någon som helst analys företogs (i varje fall redovisas ingen sådan analys i domen) av om en avdragsrätt kunde anses följa redan av intern svensk rätt. Domen indikerar därmed att Regeringsrättens synsätt är att direkt effekt har företräde framför EG-konform tolkning som metod för att lösa eventuella konflikter mellan svensk rätt och EG-rätt. Samtidigt skall noteras att Skatteverkets argumentation inte gick ut på att de svenska reglerna med stöd av en EG-konform tolkning skulle anses ha innebörden att avdragsrätt förelåg, utan detta ansågs följa redan av en "rent svensk" tolkning av reglerna. Regeringsrättens skrivning skulle därmed t.o.m. kunna förstås så att en EG-regel som har direkt effekt kan läggas till grund för ett avgörande utan att innehållet i svensk rätt ens behöver utredas. Detta vore i så fall en mycket anmärkningsvärd inställning. Vid sidan av de fall där avsikten med EG-rätten är att den i sig skall vara direkt tillämplig i medlemsstaterna, såsom är fallet med EG-förordningar, fungerar den direkta effekten som ett remedium i de situationer då nationell rätt befinns strida mot EG-rätten.[138] Det är därmed själv-

[137] Mål C-422/01 *Skandia* REG 2003 s. I-6817.

[138] Se om skillnaden mellan direkt tillämplighet och direkt effekt t.ex. Bernitz och Kjellgren 2002 s. 87 och Hartley 2003 s. 203 f.

klart att man innan man ger EG-rätten direkt effekt först måste fastställa att en sådan EG-stridighet faktiskt föreligger, vilket förstås kräver att innebörden av nationell rätt utreds.

Regeringsrättens dom kan enligt min mening kritiseras både för sin otydliga motivering och för den mycket märkliga inställning till förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt som den synes ge uttryck för. Det verkar snarast som om domstolen i detta fall valde den enkla lösningen att stödja utgången på EG-rätten, som efter EG-domstolens avgörande otvetydigt innebar att avdrag måste medges, för att därigenom slippa ge sig in och tolka den mer oklara interna rätten. Kanske kan dock argumenteras för att Regeringsrätten redan genom att begära förhandsavgörande från EG-domstolen indirekt måste anses ha tagit ställning till att avdrag inte kunde medges med stöd av intern rätt. Samtidigt undrar man varför domstolen då i motiveringen valde att skriva att avdrag måste medges "oavsett hur frågan skall bedömas" enligt svensk intern rätt. Hur som helst menar jag att domen är så pass oklart och knapphändigt motiverad att den inte ger någon egentlig vägledning för hur Regeringsrätten generellt ser på frågan om förhållandet mellan konform tolkning och direkt effekt som metod för att lösa regelkonflikter mellan svensk rätt och EG-rätt.

Något som däremot från mer allmän synpunkt kan tala för att normkonflikter i första hand bör försöka lösas genom att den aktuella EG-regeln ges direkt effekt är att det kan verka fel att "dölja" felimplementeringar av EG-rätten bakom långtgående EG-konforma tolkningar av den svenska lagtexten. För de enskilda är det förmodligen ofta mer begripligt att svensk rätt som strider mot EG-rätten sätts åt sidan än att den ges en tolkning som kanske framstår som långsökt och konstruerad.[139] Enligt min mening finns dock även tungt vägande argument emot ett sådant synsätt. Det skulle nämligen få den märkliga konsekvensen att man först måste undersöka om det går att komma tillrätta med diskrepanser mellan svensk rätt och EG-rätt genom en "normal" konform tolkning (vilket ju enligt ovan alltid skall ske). Om detta inte visar sig möjligt skall man därefter undersöka om den aktuella EG-regeln har direkt effekt. Om så inte är fallet måste man sedan gå tillbaka och försöka göra en förnyad, mer långtgående, konform tolkning.[140]

Detta tillvägagångssätt kräver alltså att man fastställer en gräns mellan "normal" konform tolkning (som alltid skall ske) och "korrigerande" konform tolkning (som endast skall ske om EG-rätten saknar direkt effekt). Denna gräns är dock förstås flytande. Det förefaller vidare vara en onödig

[139] Liknande synpunkter framförs i Asp 2002 s. 186.
[140] Se för ett liknande resonemang Prechal 1995 s. 198 f.

komplikation att laborera med "två olika" konforma tolkningar. Det framstår då som betydligt lämpligare och mer konsekvent att alltid först försöka upplösa (den potentiella) normkonflikten med en EG-konform tolkning och först om detta inte är möjligt tillgripa den direkta effekten. Om det är möjligt att upplösa konflikten tolkningsvägen finns ju inte längre någon grund för att säga att den svenska rätten strider mot EG-rätten[141] och därmed inte heller någon grund för att sätta de svenska bestämmelserna åt sidan.[142] Sammanfattningsvis menar jag därför att det naturliga tillvägagångssättet även i fall av mer eller mindre öppna normkonflikter mellan EG-rätt och nationell rätt bör vara att först se hur långt man kan komma med en EG-konform tolkning och först därefter tillgripa den direkta effekten.[143]

2.6 Restitution och skadestånd vid felaktig implementering

2.6.1 Restitution av skatt som tagits ut i strid med direktivet

Det kan givetvis hända att skattemyndigheten eller en domstol underlåter att på ett korrekt sätt beakta fusionsdirektivet när den fattar ett taxeringsbeslut respektive avkunnar en dom Den kan t.ex. tolka en nationell bestämmelse på ett sätt som inte är förenligt med direktivet, trots att en EG-konform tolkning hade varit möjlig, eller lägga en nationell bestämmelse till grund för sitt avgörande trots att bestämmelsen borde ha satts åt sidan till förmån för en direktivbestämmelse med direkt effekt. Om detta leder till att skatt tas ut i strid med direktivet skall denna skatt restitueras, d.v.s. återbetalas.[144] Rätten till återbetalning gäller oavsett om brottet mot EG-rätten var medvetet eller felet var ursäktligt.[145] Eftersom EG-rätten saknar egna processuella regler för hur denna återbetalning

[141] Åtminstone vid mer uppenbara felimplementeringar kan i och för sig argumenteras för att den felaktiga implementeringen som sådan inte kan anses läkt av att den kan korrigeras tolkningsvägen, d.v.s. Sverige kan ändå anses ha en förpliktelse att ändra sin lagstiftning så att den återspeglar EG-rätten på ett bättre sätt. Se de Búrca i Modern Law Review 1992 s. 233 och Prechal 1995 s. 215

[142] Jfr Craig i European Law Review 1997 s. 535.

[143] Se för samma slutsats Prechal 1995 s. 198 f och 205, Betlem 2002 s. 81, Hultqvist 1998 s. 81 och Alhager, E. 2001 s. 100.

[144] Det ledande fallet angående återbetalning av oriktigt uttagna skatter och avgifter är mål 199/82 *San Giorgio* [1983] ECR 3595. EG-domstolens praxis angående restitution av skatt behandlas t.ex. i Ståhl och Österman 2000 s. 37 ff. och Alhager, E. 2001 s. 96 ff.

[145] Mål C-188/95 *Fantask* REG 1997 s. I-6783. Jfr däremot när det gäller rätt till skadestånd i avsnitt 2.6.2.3 nedan.

skall ske är det därvid nationella återbetalningsregler som får tillämpas. För svensk rätts del betyder detta att rätten till restitution styrs av de regler för omprövning och återbetalning som finns i taxeringslagen och skattebetalningslagen.

Att det är nationella återbetalningsregler som skall tillämpas innebär dock inte att medlemsstaterna fritt kan begränsa rätten till restitution genom att kringgärda denna med olika typer av villkor etc. EG-domstolen har nämligen slagit fast att EG-rätten kräver att enskilda har ett effektivt rättsligt skydd, vilket bl.a. innebär att nationella återbetalningsregler måste utformas med beaktande av de EG-rättsliga principerna om likabehandling och effektivitet. Villkor för återbetalning som innebär att ett återbetalningsyrkande som grundar sig på EG-rätten behandlas mindre förmånligt än ett yrkande grundat på nationell rätt är därmed otillåtna och får inte tillämpas. Detsamma gäller för villkor som, även om de tillämpas lika för krav grundade på EG-rätt och nationell rätt, gör det praktiskt taget omöjligt eller mycket svårt för enskilda att erhålla återbetalning.[146] I de fall då de nationella reglerna inte lever upp till dessa krav är det den nationella rättstillämparens uppgift att i det enskilda fallet åsidosätta, modifiera eller skapa nya regler.[147]

Det sagda innebär inte att medlemsstaterna är förhindrade att upprätthålla vissa frister för återbetalning. Dessa frister får dock inte vara mindre förmånliga för krav grundade på EG-rätten och får inte heller vara orimligt korta. I praxis har EG-domstolen accepterat en tidsgräns på tre år[148] varför den svenska femåriga omprövningsfristen bör vara förenlig med EG-rätten.

Enligt EG-domstolens praxis har medlemsstaterna möjlighet att undantagsvis vägra restitution om skatten har övervältrats på annan.[149] Kraven för att återbetalning skall kunna nekas på denna grund är dock mycket strikta varför medlemsstaterna i praktiken endast i mycket få fall torde kunna vägra återbetalning med hänvisning till att skatten övervältrats.[150] Frågan om övervältring är framför allt aktuell när det gäller indirekta skatter eftersom dessa är tänkta att bäras av konsumenten och inte av det skattskyldiga företaget. Även bolagsskatten måste dock i sista hand bäras av andra än bolaget självt[151] varför det i princip borde finnas utrymme

[146] Se t.ex. mål C-188/95 *Fantask* REG 1997 s. I-6783.
[147] Andersson, T. 1997 s. 15.
[148] Mål C-231/96 *Edis* REG 1998 s. I-4951.
[149] Se t.ex. mål 199/82 *San Giorgio* [1983] ECR 3595.
[150] Se vidare om EG-domstolens praxis angående denna fråga i Ståhl och Österman 2000 s. 39 f. och Alhager, E. 2001 s. 97 f.
[151] Se t.ex. Mattsson 1996 s. 50 ff.

för att hävda att en oriktigt uttagen bolagsskatt inte skall behöva återbetalas eftersom den övervältrats på annan.[152] Med hänsyn till EG-domstolens strikta praxis angående denna fråga, enligt vilken det krävs att en faktisk övervältring kan konstateras i det enskilda fallet,[153] förefaller det dock mycket osannolikt att en medlemsstat skulle kunna nå framgång med en sådan argumentation. Denna fråga är hur som helst av mindre intresse för svensk rätts del, eftersom det i svensk lagstiftning saknas regler som begränsar rätten till återbetalning av en oriktigt uttagen skatt på den grunden att skatten övervältrats på annan.[154] Av EG-domstolens praxis framgår ju endast att den medlemsstat som så önskar *har möjlighet* att vägra återbetalning i fall av övervältring, det finns inget *krav* på att nationell rätt skall innehålla regler av denna innebörd. Det torde inte heller finnas utrymme för att med stöd av EG-domstolens praxis intolka en sådan möjlighet i de svenska återbetalningsreglerna.[155]

EG-domstolens domar har normalt ingen begränsning bakåt i tiden. Om domstolen förklarar att en svensk bestämmelse är oförenlig med fusionsdirektivet innebär det att all skatt som inom den ovannämnda femåriga omprövningsfristen uttagits med stöd av denna bestämmelse måste återbetalas. Rätten till återbetalning gäller således inte endast den som omedelbart berörs av domen utan alla skattskyldiga som betalat den ifrågavarande skatten.[156] Ett krav för att kunna yrka återbetalning är emellertid att den skattskyldiga inte redan fått den aktuella frågan prövad i en process vilken avslutats med en lagakraftvunnen dom. Skatteverket kan nämligen som regel inte ompröva frågor som avgjorts av domstol.[157] Ett undantag från denna regel föreligger dock om den lagakraftvunna domen avviker från ett regeringsrättsavgörande som meddelats efter

[152] Næsborg Jensen 1997 s. 102 och Olsson 2001 s. 140.

[153] Se t.ex. förenade målen C-192-218/95 *Comateb* REG 1997 s. I-165.

[154] Olsson 2001 s. 140. Att återbetalning inte kan vägras på denna grund framgår redan av RÅ 1958 ref. 34, kommenterat i Mutén 1960 s. 64 ff.

[155] Jfr RÅ 2002 ref. 108, där Regeringsrätten inte ansåg att det fanns utrymme för att intolka en sådan begränsning av rätten till återbetalning i alkoholförordningens regler, eftersom denna förordning saknar bestämmelser om undantag från återbetalningsskyldigheten p.g.a. övervältring av de uttagna avgifterna.

[156] Undantagsvis kan dock EG-domstolen begränsa statens ansvar genom att uttryckligen i domen inskränka dennas tidsmässiga rättsverkningar. Se t.ex. mål C-437/97 *Evangelischer Krankenhausverein Wien* REG 2000 s. I-1157, där EG-domstolen begränsade restitutionen av en skatt som i målet befunnits stå i strid med ett punktskattedirektiv till att omfatta skattskyldiga som framställt yrkande om detta innan dess att domen föll. Skälet var att kommissionen vid Österrikes medlemskapsförhandlingar försäkrat att skatten var förenlig med EG-rätten.

[157] Se 4:8 TL och 21:3, 1 st. SBL. Se även Alhager, E. 2003 s. 62.

domen.[158] En dom från läns- eller kammarrätt kan således rivas upp genom ett omprövningsbeslut från Skatteverket om det inom omprövningsfristen kommer en ny dom från Regeringsrätten. Någon motsvarande möjlighet att riva upp ett domstolsavgörande som strider mot senare praxis från EG-domstolen finns dock inte. Enligt min mening kan detta knappast vara förenligt med EG-rättens krav på effektivitet och likabehandling. Reglerna innebär ju att ett krav på återbetalning som grundas på att beslutsinstansen gjort en felaktig bedömning av EG-rätten behandlas sämre än motsvarande krav grundade på att det är innehållet i den svenska rätten som felbedömts. I och för sig torde man i dessa fall i stället kunna använda sig av resningsinstitutet.[159] Eftersom detta framstår som en mer komplicerad väg att uppnå rättelse än att begära omprövning kan denna möjlighet dock knappast anses tillräcklig för att läka den nu nämnda EG-stridigheten.

2.6.2 Skadestånd p.g.a. felaktig implementering av direktivet

2.6.2.1 Inledning

I vissa fall är principerna om direkt effekt och EG-konform tolkning, och den därmed sammanhängande rätten till återbetalning av skatt som uttagits i strid med EG-rätten, inte tillräckliga för att säkra att EG-rätten faktiskt får genomslag vid den nationella rättstillämpningen. Om en felaktigt implementerad EG-regel saknar direkt effekt, och det dessutom inte finns utrymme för att göra en EG-konform tolkning av den nationella lagstiftningen, finns ingen möjlighet för den nationella rättstillämparen att avgöra frågan i enlighet med vad EG-rätten kräver. Enskilda som lider skada p.g.a. den felaktiga implementeringen kan då enligt EG-domstolens praxis i stället ha rätt till skadestånd.[160] Skadeståndsskyldigheten framgår inte av någon uttrycklig fördragsregel men har, på liknande sätt som principen om direkt effekt, lästs in i fördraget vid domstolens uttolkning av detsamma. Enligt EG-domstolen är skadeståndsskyldigheten nödvändig för att garantera EG-rättens fulla effektivitet.

[158] Se 4:12 TL och 21:3, 3 st. SBL.

[159] Alhager, E. 2003 s. 63 f.

[160] Som ledande rättsfall brukar nämnas förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357 och förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029. Se allmänt om rätten till skadestånd t.ex. Wahl 2000, Bernitz och Kjellgren 2002 s. 96 ff., Hartley 2003 s. 235 ff. och Craig och de Búrca 2003 s. 257 ff. För en behandling av skadeståndsskyldigheten relaterad till skatteområdet, se Ståhl och Österman 2000 s. 41 ff.

2.6.2.2 När kan en skadeståndsskyldighet aktualiseras?

Rätten till skadestånd aktualiseras förstås främst i de ovan beskrivna fallen, d.v.s. då en bristfällig implementering av t.ex. en direktivbestämmelse inte kan korrigeras i rättstillämpningen genom att nationell rätt tolkas konformt eller genom att den aktuella direktivbestämmelsen ges direkt effekt. Det naturliga tillvägagångssättet bör därför vara att först uttömma dessa vägar att ge EG-rätten genomslag innan en skadeståndstalan väcks. Om min slutsats i avsnitt 2.4.3.5 är riktig, d.v.s. att fusionsdirektivets skattefrihetsbestämmelser uppfyller förutsättningarna för direkt effekt, borde en skadeståndstalan p.g.a. felaktig implementering av direktivet alltså i princip aldrig aktualiseras eftersom enskilda kan få sina rättigheter tillgodosedda genom att direktivbestämmelserna ges direkt effekt.

Det finns dock inget krav på de enskilda att de, innan de begär skadestånd, först uttömmer möjligheterna att genom omprövning och överklagande få till stånd en ändring av själva taxeringsbeslutet. Om Skatteverket med stöd av en svensk bestämmelse beskattar den skattskyldiga hårdare än vad direktivet tillåter kan den skattskyldiga således välja att, i stället för att begära omprövning eller överklaga och därvid åberopa direktivets direkta effekt, väcka en skadeståndstalan vid allmän domstol.[161] Skadestånd kan då inte vägras på den grunden att den skattskyldiga direkt hade kunnat åberopa den aktuella direktivbestämmelsen inom ramen för en skatteprocess.[162] Även om fusionsdirektivets bestämmelser har direkt effekt kan det således ändå bli aktuellt med en skadeståndstalan p.g.a. felaktig implementering av en direktivbestämmelse. Självfallet har dock möjligheten till skadestånd störst betydelse om det skulle visa sig att (vissa av) direktivets bestämmelser saknar direkt effekt.

En skadeståndsskyldighet kan slutligen även aktualiseras när medlemsstatens implementering av en direktivbestämmelse har skett på ett korrekt sätt men där nationella myndigheter och domstolar vid tillämpningen av de nationella reglerna inte i tillräcklig utsträckning beaktar den bakomliggande EG-rätten.[163] Om den nationella rättstillämparen

[161] Så skedde t.ex. i mål C-150/99 *Lindöpark* REG 2001 s. I-493 som gällde skadestånd för svenska staten p.g.a. en felimplementering av en direkt effektiv bestämmelse i det sjätte momsdirektivet.

[162] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 18-23 i EG-domstolens dom samt förenade målen C-397/98 och C-410/98 *Metallgesellschaft* REG 2001 s. I-1727, p. 106 i EG-domstolens dom.

[163] Se mål C-224/01 *Köbler* REG 2003 s. I-10239. Se för en (mycket) kritisk kommentar av domen Wattel i CMLRev. 2004 s. 177 ff. Se även Otken Eriksson i ERT 2004 s. 199 ff. och Grefberg Nyberg m.fl. i SN 2004 s. 535 ff. I den sistnämnda artikeln diskuteras särskilt vilken betydelse domen har för enskildas möjlighet att begära skadestånd p.g.a. att Regeringsrätten underlåtit att begära förhandsavgörande från EG-domstolen.

t.ex. ignorerar praxis från EG-domstolen vid tolkningen av den nationella rätten, och således inte fullgör skyldigheten att tolka den nationella rätten EG-konformt, är detta i sig ett brott mot gemenskapsrätten som kan vara skadeståndsgrundande. Den följande framställningen är dock primärt inriktad på skadeståndsskyldighet till följd av underlåten eller felaktig implementering.

2.6.2.3 Villkor för skadestånd

För att skadeståndsskyldighet skall föreligga vid bristfällig eller helt underlåten implementering av en direktivregel måste enligt EG-domstolens praxis vissa villkor vara uppfyllda.[164] För det första måste den aktuella direktivregeln ge enskilda vissa rättigheter. För det andra måste medlemsstatens överträdelse av EG-rätten vara tillräckligt klar, d.v.s. vara av viss svårighetsgrad. För det tredje måste det föreligga ett direkt orsakssamband mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada de enskilda drabbats av.

Störst problem torde det regelmässigt vara att visa att det andra kravet, d.v.s. att överträdelsen är tillräckligt klar, är uppfyllt. För att så skall vara fallet skall medlemsstaten uppenbart och allvarligt ha missbedömt gränserna för sin befogenhet enligt EG-rätten.[165] Kravet är således relativt högt ställt.[166] Detta krav anses dock alltid uppfyllt om medlemsstaten överhuvudtaget inte vidtagit några åtgärder för att i tid implementera ett direktiv.[167] Om medlemsstaten däremot har implementerat men gjort detta på ett felaktigt sätt blir bedömningen mer komplicerad. Enligt EG-domstolen måste då ett flertal olika faktorer beaktas.[168] En viktig omstän-

[164] Se om villkoren för skadestånd förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357 och (framför allt) förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029. EG-domstolens resonemang och motiveringar i det sistnämnda målet är mycket utförliga och den följande framställningen bygger till stor del på denna dom.

[165] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 55 i EG-domstolens dom.

[166] Samma höga krav, eller kanske t.o.m. ännu högre krav, gäller vid överträdelser av EG-rätten som består i att en nationell domstol inte beaktar EG-rätten vid målets avgörande. I mål C-224/01 *Köbler* REG 2003 s. I-10239 anförde EG-domstolen att hänsyn måste tas till den dömande verksamhetens särdrag och kraven på rättssäkerhet. Skadeståndsansvar p.g.a. denna typ av överträdelser av EG-rätten kan därför enligt domstolen endast komma ifråga i undantagsfall, då den nationella domstolen på ett uppenbart sätt har åsidosatt gällande EG-rätt, se punkterna 51–53 i domen.

[167] Förenade målen C-178-179/94 och C-188-190/94 *Dillenkofer* REG 1996 s. I-4845, p. 26 i EG-domstolens dom.

[168] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 56 i EG-domstolens dom.

dighet är hur tydlig och precis den aktuella direktivregeln är och hur stort utrymme för skönsmässig bedömning den ger medlemsstaterna vid implementeringen. Dessa kriterier skall inte förväxlas med de krav som uppställs för att ett direktiv skall ha direkt effekt.[169] Det faktum att en bestämmelse är öppen för tolkning utesluter inte på något sätt att den kan ha direkt effekt, men kan däremot påverka skadeståndsskyldigheten vid en eventuell felimplementering. Om felimplementeringen beror på att medlemsstaten i god tro har missbedömt hur en direktivregel skall tolkas och vilka valmöjligheter regeln öppnar för vid implementeringen kan detta i regel anses ursäktligt om den tolkning som medlemsstaten gjort framstår som rimlig.[170] I mer uppenbara fall, där medlemsstaten implementerat en direktivbestämmelse på ett sätt som helt saknar stöd i bestämmelsens ordalydelse och syfte, kan överträdelsen däremot normalt anses vara klar.[171] Detsamma är fallet om klar rättspraxis från EG-domstolen har ignorerats.[172] Avgörande är alltså om det kan sägas föreligga utrymme för rimligt tvivel angående hur gemenskapsrätten skall tolkas med avseende på den aktuella frågan.[173]

Vid bedömningen bör vidare kunna beaktas vilken grad av harmonisering som råder på det aktuella området.[174] Det kan antas att förståelsen för felimplementeringar på genomharmoniserade områden såsom mervärdesskatten är mindre än på rättsområden där EG-rättens inverkan är mer sporadisk, såsom är fallet när det gäller den direkta beskattningen. En annan omständighet som kan vägas in är gemenskapsinstitutionernas agerande.[175] Om medlemsstaten t.ex. vid kontakt med kommissionen har fått sin tolkning av direktivet bekräftad av denna kan detta leda till att skadeståndsansvar inte skall anses föreligga om tolkningen senare visar sig vara felaktig.

Det bör noteras att det inte finns något absolut krav på att medlemsstaten förfarit vårdslöst utan om överträdelsen bara är tillräckligt klar

[169] Se avsnitt 2.4.2 ovan.

[170] Mål C-392/93 *British Telecom* REG 1996 s. I-1631.

[171] Så var t.ex. fallet i mål C-150/99 *Lindöpark* REG 2001 s. I-493 angående svenska statens skadeståndsansvar för en felimplementering av en bestämmelse i det sjätte momsdirektivet.

[172] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 57 i EG-domstolens dom. På motsvarande sätt har EG-domstolen slagit fast att skadeståndsskyldighet föreligger om en nationell domstol har avdömt ett mål i uppenbar strid med EG-domstolens rättspraxis på området, se mål C-224/01 *Köbler* REG 2003 s. I-10239, p. 56 i domen.

[173] Mål C-150/99 *Lindöpark* REG 2001 s. I-493, p. 41 i EG-domstolens dom.

[174] Se Ståhl och Österman 2000 s. 41 samt jfr även *Denkavit*-fallet strax nedan.

[175] Se t.ex. förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 56 i EG-domstolens dom.

föreligger i princip strikt skadeståndsansvar.[176] Om överträdelsen är avsiktlig är detta dock något som i sig talar för att skadeståndsansvar föreligger.[177] Vid bedömningen av om överträdelsen är klar bör medlemsstatens eventuella vårdslöshet vidare kunna vägas in[178] och det lär väl regelmässigt vara så att det finns ett moment av vårdslöshet i de fall då en medlemsstat gjort sig skyldig till klara överträdelser av EG-rätten. I linje med detta har för övrigt slutsatsen dragits att förutsättningen för det allmännas skadeståndsansvar i 3:2 i den svenska skadeståndslagen, d.v.s. att skadan skall ha vållats genom "fel eller försummelse", i praktiken inte skiljer sig särskilt mycket från EG-rättens krav på att överträdelsen skall vara tillräckligt allvarlig.[179]

Ett fall som illustrerar bedömningen av om överträdelsen är så klar att skadeståndsansvar föreligger och som är intressant i detta sammanhang eftersom det rör direkt beskattning är det ovannämnda fallet *Denkavit*.[180] Som nämnts hade Tyskland i strid med moder/dotterbolagsdirektivet infört ett krav på viss innehavstid för att utdelningar från dotter- till moderbolag skulle omfattas av den förmånliga skattebehandling som föreskrivs i detta direktiv. Vid bedömningen av överträdelsens svårighetsgrad beaktade EG-domstolen att nästan alla andra medlemsstater som implementerat den ifrågavarande bestämmelsen gjort samma tolkning som Tyskland och att de därvid kunnat stödja sig på de rådsöverläggningar som förekommit inför antagandet av direktivet. EG-domstolen framhöll också att målet var det första angående tolkningen av direktivet varför klargörande praxis från EG-domstolen saknades. Domstolen fann därför att överträdelsen av gemenskapsrätten inte var så klar att den medförde skadeståndsansvar. Fallet belyser väl att kravet på överträdelsens svårighetsgrad har satts relativt högt i praxis.

De övriga två villkoren för skadestånd torde i regel vara lättare att bedöma än villkoret om överträdelsens svårighetsgrad. Huruvida en bestämmelse ger enskilda rättigheter bör det regelmässigt vara oproblematiskt att avgöra. När det gäller fusionsdirektivet har redan konstaterats att skattefrihetsbestämmelserna i artiklarna 4–10 samtliga har karaktären av

[176] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 75-80 i EG-domstolens dom.
[177] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 56 i EG-domstolens dom.
[178] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 78 i EG-domstolens dom.
[179] Se SOU 1997:194 s. 119 ff. och 134 f. Förhållandet mellan EG-rättens skadeståndsansvar och den svenska skadeståndslagen behandlas närmare i avsnitt 2.6.2.4 nedan.
[180] Förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063. Fallet har behandlats i avsnitt 2.3.2 ovan.

rättighetsbestämmelser för de enskilda.[181] Däremot har artiklarna 1–3, där de transaktioner som omfattas av direktivet definieras och vissa villkor för skattefrihet anges, ingen omedelbar rättighetskaraktär. En felimplementering av dessa bestämmelser, som innebär att enskilda vägras skattefrihet i en situation som täckts av direktivet, bör dock ändå kunna angripas genom en skadeståndstalan. En sådan felimplementering leder ju till att de skattskyldiga förvägras de skatteförmåner de har rätt till enligt skattefrihetsbestämmelserna.

När det slutligen gäller villkoret om orsakssamband mellan medlemsstatens överträdelse av gemenskapsrätten och den skada den enskilda drabbats av har EG-domstolen sagt att det är den nationella domstolens sak att bedöma om detta villkor är uppfyllt.[182] Allmänt kan sägas att kravet på orsakssamband framför allt torde skära av möjligheten till skadestånd för mer indirekta skador.[183]

2.6.2.4 Förhållandet till nationella skadeståndsregler

Som nämnts bygger skadeståndsskyldigheten inte på några uttryckliga regler i fördraget utan på EG-domstolens praxis. Även om de grundläggande villkoren för skadestånd är fastslagna i EG-domstolens praxis och därmed följer direkt av EG-rätten måste man därför i övrigt falla tillbaka på nationella skadeståndsregler, inklusive forum- och förfaranderegler.[184] Det är alltså den nationella domstolen som i det konkreta fallet bedömer om de ovannämnda villkoren, inklusive villkoret om att överträdelsen är tillräckligt klar, är uppfyllda. Den nationella domstolen kan dock inte med stöd av nationell rätt uppställa några ytterligare villkor för skadestånd utöver dem som följer av EG-domstolens praxis. Däremot är det givetvis möjligt att utdöma skadestånd även om något av villkoren brister om nationell rätt medger detta.[185] Även om det är den nationella domstolen som i sista hand skall avgöra om villkoren för skadestånd är uppfyllda kan den erhålla vägledning för bedömningen från EG-domstolen.[186]

[181] Se avsnitt 2.4.3.1 ovan.

[182] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 65 i EG-domstolens dom.

[183] Se även avsnitt 2.6.2.5 nedan.

[184] Förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich* [1991] ECR I-5357, p. 41–43 i EG-domstolens dom och förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 67–74 och 83–85 i EG-domstolens dom.

[185] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 66 i EG-domstolens dom.

[186] Se t.ex. förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 58–64 i EG-domstolens dom.

I vissa fall nöjer sig dock EG-domstolen inte med detta utan anser sig ha tillgång till alla uppgifter som behövs för att avgöra om ett villkor är uppfyllt och gör därför en egen bedömning av detta. Så var t.ex. fallet i det ovannämnda målet *Denkavit*.[187]

För andra frågor än de grundläggande villkoren för skadestånd är den nationella domstolen således hänvisad till de vanliga nationella skadeståndsreglerna. Detta innebär t.ex. att skadeståndets omfattning i princip skall bestämmas utifrån kriterier i den nationella rätten (se vidare avsnitt 2.6.2.5 nedan). Därvid kan även eventuella regler om begränsning av skadeståndet p.g.a. att den skadelidande inte visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning beaktas. På motsvarande sätt som gäller för regler om återbetalning (se avsnitt 2.6.1 ovan) måste de nationella reglerna dock tillgodose de EG-rättsliga kraven på likabehandling och effektivitet. De nationella skadeståndsreglerna får således inte vara mindre förmånliga för EG-rättsligt grundade anspråk än vad som gäller för andra liknande anspråk. De får inte heller vara utformade så att det i praktiken är omöjligt eller orimligt svårt att få ut ersättning.

I samband med Sveriges inträde i EU utreddes den svenska skadeståndslagens förenlighet med EG-domstolens ovannämnda praxis.[188] Som redan nämnts drogs därvid slutsatsen att kravet i 3:2 skadeståndslagen på "fel eller försummelse" som förutsättning för att ådöma det allmänna skadeståndsansvar i praktiken inte skiljer sig särskilt mycket från EG-rättens krav på att överträdelsen skall vara tillräckligt allvarlig.[189] Utredningen föreslog därför ingen ändring av denna bestämmelse. Som framgått innebär detta dock inte att skadestånd kan vägras på den grunden att det inte föreligger fel eller försummelse i skadeståndslagens mening, om det skulle vara så att överträdelsen vid en EG-rättslig bedömning befinns vara tillräckligt allvarlig.

I utredningen föreslogs däremot att bestämmelsen i 3:7 skadeståndslagen, vilken stipulerar att skadeståndstalan inte får föras med anledning av beslut av riksdagen eller regeringen om beslutet inte upphävts eller ändrats, skulle upphävas eftersom denna uppenbarligen inte är förenlig med EG-domstolens praxis. För att ansvar skall kunna utkrävas enligt gemenskapsrätten fordras ju inte att t.ex. en felaktig implementering av ett direktiv har korrigerats genom senare lagändring. Detta förslag har emellertid inte föranlett någon lagändring utan 3:7 skadeståndslagen

[187] Förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063, p. 49–54 i EG-domstolens dom.
[188] Se SOU 1997:194.
[189] Se avsnitt 2.6.2.3 ovan.

kvarstår alltjämt oförändrad. Bestämmelsen saknar dock relevans vid överträdelser av EG-rätten eftersom nationell rätt som ovan nämnts inte får uppställa några ytterligare villkor för skadestånd utöver dem som följer av EG-rätten. Kravet i 3:7 kan därmed inte upprätthållas i dessa fall.

2.6.2.5 Vilka skador är ersättningsgilla?

När det gäller frågan om vilka skador som är ersättningsgilla har EG-domstolen uttalat att skadeersättningen skall vara adekvat i förhållande till den lidna skadan.[190] Av det grundläggande kravet på orsakssamband följer vidare att endast skador som direkt har orsakats av den bristfälliga implementeringen är ersättningsgilla. I avsaknad av gemenskapsrättsliga bestämmelser på området ankommer det i övrigt på medlemsstaterna att i sina nationella rättsordningar fastställa kriterier för att bestämma skadeståndets omfattning.[191]

På skatteområdet består skadan av en felaktig implementering primärt i att den enskilda tvingas erlägga en skatt som inte skulle ha utgått om EG-rätten hade implementerats korrekt. Att denna skada är ersättningsgill råder det knappast något tvivel om. Det kan dock diskuteras om rätten till skadestånd kan gå längre än till att bara få ersättning motsvarande en oriktigt uttagen skatt (inkl. ränta). Kan man t.ex. få skadestånd för att man avstått från att företa en transaktion p.g.a. att denna, i strid med fusionsdirektivet, inte var skattebefriad i nationell rätt?[192] I och för sig skulle en sådan talan förmodligen ofta falla på att den skattskyldiga skulle ha svårt att visa både att en påtänkt transaktion faktiskt underlåtits och att detta skett p.g.a. den felaktiga implementeringen (jfr kravet på orsakssamband). Det skulle antagligen också vara svårt att bevisa förekomsten av och storleken på den därav lidna skada. Rent principiellt skulle ändå kunna argumenteras för att även en sådan skada borde vara ersättningsgill. En liknande situation, där det eventuellt skulle vara något lättare att påvisa orsakssamband och skadans omfattning, är vidare att en viss omstrukturering i och för sig genomförts men då genom andra typer av transaktioner än de som hade funnits tillgängliga om direktivet implementerats på ett korrekt sätt. Om omstruktureringen därigenom blivit affärsmässigt och/eller skattemässigt dyrare att genomföra skulle kunna argumenteras för att denna fördyring borde kunna ge rätt till skadestånd.

[190] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 82 i EG-domstolens dom.
[191] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 83 i EG-domstolens dom.
[192] Næsborg Jensen 1997 s. 102.

Här kan noteras att EG-domstolen uttalat att även om skadeståndets omfattning skall bestämmas utifrån nationell rätt får medlemsländerna inte begränsa området för vilka skador som är ersättningsgilla på ett sätt som kommer i konflikt med den EG-rättliga effektivitetsprincipen. Det är t.ex. inte tillåtet att generellt utesluta utebliven vinst som ersättningsgill skada och endast medge skadestånd för direkta egendomsskador.[193] Förmodligen är dock frågan om skadestånd p.g.a. en utebliven transaktion något som ändå måste avgöras utifrån nationell rätt. I målet *Brasserie du Pêcheur* fick EG-domstolen frågan om vilka överväganden gemenskapsrätten kräver att den nationella domstolen skall göra när den prövar skadeståndsanspråk avseende uteblivna inkomster och vinster p.g.a. att EG-stridiga nationella regler förhindrat den skadelidande från att driva viss verksamhet. EG-domstolen angav att gemenskapsrätten inte föreskriver några särskilda kriterier för bedömningen av sådana skador utan att dessa får prövas i enlighet med den nationella rätten.[194] EG-domstolen betonade dock också att detta måste ske under iakttagande av de EG-rättliga likabehandlings- och effektivitetsprinciperna. Möjligen innebär den sistnämnda av dessa principer att en medlemsstat inte har rätt att generellt vägra ersättning för denna typ av skador.[195]

2.7 Förhållandet mellan fusionsdirektivet och EG-fördraget

2.7.1 Allmänt

Fusionsdirektivet är en del av sekundärrätten och som sådan underordnad primärrätten. Den primära rätten består framför allt av de grundläggande fördragen med till dessa knutna protokoll och förklaringar jämte anslutningsfördragen.[196] Den, i alla fall på skatteområdet, viktigaste de-

[193] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 86–87 i EG-domstolens dom.

[194] Förenade målen C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur* REG 1996 s. I-1029, p. 88 i EG-domstolens dom.

[195] Här kan noteras någon svensk domstolspraxis angående möjligheten till skadestånd för den som anpassat sig till en författningsbestämmelse som senare visar sig vara felaktig, t.ex. för att den strider mot EG-rätten eller för att den tillkommit i fel ordning, inte verkar finnas, se Lambertz i JT 2004-05 s. 12 ff. I den nämnda artikeln redogör Lambertz dock för några ärenden angående denna fråga som har avgjorts av Justitiekanslern. I ett av dessa ärenden utdömdes skadestånd för en direkt kostnad som uppkommit till följd av att en enskild följt en föreskrift som utfärdats i fel ordning, medan skadestånd nekades i två ärenden där enskilda underlåtit att företa vissa handlingar p.g.a. att dessa var förbjudna enligt föreskrifter som senare visade sig vara tillkomna på felaktigt sätt.

[196] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 36.

len av primärrätten är EG-fördraget. EG-fördraget brukar karaktäriseras som ett ramfördrag, vilket innebär att fördragstexten i huvudsak endast anger allmänna målsättningar och principer för EG-samarbetet.[197] Dessa skall sedan successivt får ett konkret innehåll genom beslut av institutionerna. Fördragets målkaraktär har dock inte hindrat att EG-domstolen i många fall lagt fördragsbestämmelserna i sig till grund för sina avgöranden. Förutom att ange ramen för och inriktningen på harmoniseringsarbetet kan fördraget således även ha självständig betydelse vid rättstillämpningen.

I denna framställning aktualiseras EG-fördragets regler på flera olika sätt. För det första har fördraget betydelse vid tolkningen av fusionsdirektivet. Som nämnts i avsnitt 2.3.2 skall nämligen fördragets syften beaktas vid tolkningen av sekundärrätten. Om det vid tolkningen av en bestämmelse i fusionsdirektivet framkommer flera olika tolkningsalternativ skall således i princip alltid det alternativ väljas som bäst tillgodoser syftena med fördraget. För det andra kan fördraget få betydelse på så sätt att en regel i direktivet kan anses strida mot fördraget. De fördragsbestämmelser som då framför allt är aktuella är bestämmelserna om fri rörlighet och icke-diskriminering. Medan det i det förstnämnda fallet handlar om att tolka direktivet "fördragskonformt" är det i det andra fallet fråga om en regelkonflikt som inte kan upplösas genom tolkning utan som måste lösas genom att antingen fördragsregeln eller direktivregeln ges företräde.[198] Frågan om hur konflikter mellan EG-fördraget och direktivet skall hanteras kommer att diskuteras närmare i nästa avsnitt.

Slutligen, och för det tredje, kan det hända att en regel i svensk intern rätt som i och för sig anses förenlig med fusionsdirektivet, t.ex. för att direktivet inte har något att säga om den aktuella frågan, ändå inte får tillämpas eftersom den anses strida mot fördraget. I detta fall handlar det således om konflikter mellan nationell rätt och fördraget. Även här är det framför allt fördragsbestämmelserna om fri rörlighet och icke-diskriminering som aktualiseras. Som redan framhållits i kapitel 1.2 ovan har jag valt att inte ägna den sistnämnda frågan alltför stort utrymme i den följande framställningen utan kommer att inskränka mig till att uppmärksamma och något diskutera några fall där det enligt min mening finns särskild anledning att ifrågasätta de svenska reglernas förenlighet med fördraget.

[197] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 38 f.

[198] Jfr skillnaden mellan EG-konform tolkning och direkt effekt som metod för att lösa diskrepanser mellan EG-rätten och svensk intern rätt.

2.7.2 Närmare om konsekvenserna av en eventuell konflikt mellan direktivet och fördraget

Sekundärrätten är som nämnts underordnad primärrätten och måste utformas i enlighet med denna. Gemenskapslagstiftaren har således en skyldighet att tillse att bestämmelser i ett direktiv inte kommer i konflikt med EG-fördraget. Enligt artikel 230 i EG-fördraget skall EG-domstolen granska lagenligheten av de rättsakter som bl.a. rådet utfärdar och denna granskning kan enligt artikel 231 leda till att rättsakten förklaras ogiltig. En grund för ogiltigförklaring är att rättsakten innebär ett åsidosättande av fördraget. Ett direktiv som innehåller bestämmelser som strider mot fördraget kan således ogiltigförklaras av domstolen. I praktiken är dock möjligheten att på denna väg lösa en konflikt mellan en direktivbestämmelse och EG-fördraget relativt begränsad. Dels måste nämligen talan om ogiltigförklaring väckas inom två månader efter det att rättsakten offentliggjordes, dels saknar enskilda talerätt.[199]

Frågan blir därför om det finns någon möjlighet att pröva en direktivbestämmelses eventuella fördragsstridighet inom ramen för en vanlig skatteprocess vid en nationell domstol. Antag att något av de villkor för skattefrihet som föreskrivs i fusionsdirektivet anses strida mot EG-fördraget eftersom det innebär en diskriminering av utländska rättssubjekt eller annars hindrar den fria rörligheten på ett otillåtet sätt. Det villkor som ligger närmast till hands att ifrågasätta på denna grund är förmodligen villkoret om att överförda tillgångar och skulder måste knytas till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets hemland.[200] Detta villkor leder till att tillgångar inte kan förflyttas över gränserna utan att beskattning utlöses vilket eventuellt skulle kunna uppfattas som en otillåten inskränkning i den fria rörligheten.[201] Kan den aktuella direktivbestämmelsen (och därmed även den nationella implementeringslagstiftningen) då förklaras fördragsstridig med konsekvens att det aktuella villkoret inte kan upprätthållas?

Först kan konstateras att bara det faktum att tidsfristen för väckande av ogiltighetstalan har löpt ut, och det således inte finns möjlighet att med stöd av artikel 230 ogiltigförklara direktivet som sådant, inte utesluter att en direktivbestämmelses förenlighet med fördraget kan prövas i en vanlig skatteprocess. I målet *Socridis* prövade EG-domstolen t.ex. inom ramen

[199] Talan får enligt artikel 230 väckas av en medlemsstat, av Europaparlamentet, av rådet eller av kommissionen.

[200] Se närmare kapitel 5.3 nedan.

[201] Frågan om huruvida kravet på fast driftställe kommer i konflikt med fördraget analyseras mer utförligt i kapitel 5.3.6 nedan.

för en begäran om förhandsavgörande om två direktiv på punktskatteområdet var förenliga med fördraget, trots att möjligheten att väcka ogiltighetstalan angående dessa direktiv sedan länge löpt ut.[202] Det framgår också direkt av artikel 234 i EG-fördraget att domstolen är behörig att meddela förhandsavgörande angående "giltigheten" av rättsakter som beslutats av gemenskapens institutioner. Vid en sådan "indirekt ogiltighetsprövning"[203] handlar det inte om att EG-domstolen formellt förklarar direktivet ogiltigt utan konsekvensen av att en direktivbestämmelse befinns strida mot fördraget är då i princip endast att bestämmelsen, samt den nationella rätt som baserar sig på bestämmelsen, inte får tillämpas i det aktuella målet.[204] I praktiken blir dock förstås en sådan dom från EG-domstolen prejudicerande och får därmed en verkan som liknar en formell ogiltigförklaring av direktivbestämmelsen.

Det finns således inga processuella hinder för en skattskyldig att i en skatteprocess vid en nationell domstol göra invändningen att skatt inte får tas ut med stöd av nationella regler som utgör en implementering av direktivbestämmelser vilka strider mot fördraget. En följd av att EG-domstolen har exklusiv rätt att ogiltigförklara gemenskapsåtgärder är dock att den nationella domstolen inte på egen hand får konstatera att en direktivbestämmelse är fördragsstridig.[205] Denna fråga måste således ovillkorligen underställas EG-domstolen genom en begäran om förhandsavgörande. Detta innebär inte att den nationella domstolen varje gång en invändning om en direktivbestämmelses fördragsstridighet görs måste hänskjuta frågan till EG-domstolen. Om den nationella domstolen finner att invändningen saknar grund kan den lämna denna utan avseende och förklara att direktivbestämmelsen är fördragsenlig. Däremot har den nationella domstolen ingen befogenhet att, utan att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen, komma till motsatt resultat, d.v.s. att slå fast att direktivbestämmelsen är fördragsstridig.

Nästa fråga blir då om det faktum att en direktivbestämmelse strider mot fördraget alltid skall leda till att direktivbestämmelsen inte får tillämpas. Eller annorlunda uttryckt: skall alla typer av konflikter mellan primär- och sekundärrätten lösas på så sätt att primärrätten ges företräde eller finns det situationer då sekundärrätten skall ges företräde framför

[202] Mål C-166/98 *Socridis* REG 1999 s. I-3791. Som Alhager påpekar berör EG-domstolen överhuvudtaget inte problematiken kring om den är behörig att göra en sådan prövning när tidsfristen enligt artikel 230 har löpt ut, utan verkar se detta som självklart, se Alhager, E. 2001 s. 111.

[203] Termen hämtad från Bernitz och Kjellgren 2002 s. 148.

[204] Bernitz och Kjellgren 2002 s. 138 och 148 f.

[205] Mål 314/85 *Foto-Frost* [1987] ECR 4199. Se även Brown och Kennedy 2000 s. 209 samt Bernitz och Kjellgren 2002 s. 149 och 164 f.

primärrätten? Eftersom primärrätten är överordnad sekundärrätten kan det förefalla självklart att den förstnämnda alltid skall ges företräde i en konfliktsituation. I doktrinen har dock hävdats att det kan finnas primär rätt av konstitutionell karaktär och primär rätt som saknar konstitutionell karaktär,[206] samt att det endast är med avseende på den förstnämnda som principen om "lex superior" ovillkorligen skall tillämpas.[207] När det gäller primär rätt som saknar konstitutionell karaktär skulle det däremot vara möjligt att enligt principen om "lex specialis" låta direktivet få företräde i en konfliktsituation.[208]

Om denna distinktion accepteras blir frågan om bestämmelserna om fri rörlighet skall hänföras till den konstitutionella eller den icke-konstitutionella delen av fördraget. Icke-diskrimineringsprincipen, vilken utgör en viktig del av fördragsbestämmelserna om fri rörlighet, tillhör EG:s grundläggande rättsprinciper[209] och måste som sådan utan tvivel anses ha konstitutionell karaktär. En direktivbestämmelse som kommer i konflikt med denna princip måste därför sättas åt sidan till förmån för fördraget.[210] Frågan är dock om detsamma gäller för andra hinder för den fria rörligheten, d.v.s. för hinder som inte är diskriminerande. Av EG-domstolens praxis framgår ju att skatteregler kan komma i konflikt med fördraget även om de inte (öppet eller dolt) diskriminerar medborgare eller företag från andra medlemsländer, t.ex. för att de utgör hinder för etableringar eller investeringar ut ur ett medlemsland.[211] Är även förbudet mot sådana hinder av konstitutionell karaktär?

I doktrinen synes både Alhager och Nergelius vara av den uppfattningen att bestämmelserna om fri rörlighet i sin helhet är att hänföra till den konstitutionella delen av fördraget.[212] Persson Österman, som utförligt diskuterat frågan, anger också att så förmodligen är fallet men framhåller att viss oklarhet föreligger eftersom frågan aldrig ställts på sin spets i domstolens praxis.[213] Han uppställer dock hypotesen att gemenskapslagstiftaren ändå har ett större skön i de frågor som inte omfattas av EG:s

[206] Nergelius 1998 s. 47.
[207] Alhager, E. 2001 s. 113 ff.
[208] Alhager, E. 2001 s. 116.
[209] Se om EG:s grundläggande rättsprinciper t.ex. Brown och Kennedy 2000 s. 325 ff. eller Bernitz och Kjellgren 2002 s. 104 ff.
[210] Att så är fallet framgår indirekt av att EG-domstolen i mål C-166/98 *Socridis* REG 1999 s. I-3791 prövade skattediskrimineringsförbudet i artikel 90 i fördraget i förhållande till punktskattedirektiven. Se även Alhager, E. 2001 s. 117 och Persson Österman i SN 2004 s. 262.
[211] Se vidare Ståhl och Österman 2000 s. 85 f.
[212] Se Alhager, E. 2001 s. 117 och Nergelius 1998 s. 46.
[213] Persson Österman i SN 2004 s. 261.

allmänna rättsprinciper samt att rätten till fri rörlighet, vid sidan av diskrimineringsförbudet, inte ingår bland dessa principer.[214] Han synes således inte utesluta att fördragsbestämmelserna om fri rörlighet kan ges företräde framför däremot stridande direktivbestämmelser även om dessa inte är diskriminerande, men verkar mena att det då krävs mer innan ett fördragsbrott kan konstateras. Att gemenskapslagstiftaren (som förutsätts agera i gemenskapens intresse) har större handlingsutrymme än den nationella lagstiftaren (som antas sätta de nationella intressena främst) när det gäller att införa regler som kan verka hindrande för den fria rörligheten är något som framhålls även av andra författare.[215] Ett rimligt synsätt verkar därmed sammanfattningsvis vara att EG-domstolen kan komma att underkänna även icke-diskriminerande direktivbestämmelser om dessa strider mot fördragets bestämmelser om fri rörlighet, men att domstolen ändå är beredd att i större utsträckning acceptera sådana åtgärder vidtagna på gemenskapsnivå jämfört med motsvarande åtgärder vidtagna på nationell nivå.

När så är påkallat kommer jag i den fortsatta framställningen att närmare analysera fördragsenligheten av fusionsdirektivets bestämmelser.

2.8 Fusionsdirektivets betydelse vid nationella företagsombildningar m.m.

2.8.1 Inledning

Såsom har framgått ovan omfattas inte rent nationella företagsombildningar av fusionsdirektivet. Enligt artikel 1 krävs att transaktionen berör bolag från två eller flera medlemsstater för att direktivet skall vara tillämpligt. Som redan nämnts valde man dock vid den svenska implementeringen att införa ett gemensamt regelsystem för nationella och gränsöverskridande omstruktureringar. Det gemensamma systemet utformades utifrån fusionsdirektivets regler. Vidare omfattas även vissa utländska företagsombildningar, vilka inte faller in under fusionsdirektivet, av de svenska reglerna. Det gäller t.ex. det fallet att utländska bolag från samma land (inom eller utom EU) deltar i en fusion eller fission enligt detta lands regler. Eftersom fusionen/fissionen endast involverar bolag från ett och samma land är fusionsdirektivet inte tillämpligt, även om detta land skulle vara ett EU-land. Om ett eller flera av de involverade bolagen har

[214] Persson Österman i SN 2004 s. 264.

[215] Weatherill och Beaumont 1999 s. 555 f., Tridimas 1999 s. 103 och 124 och Oliver 2003 s. 62 ff., alla med vidarehänvisningar till rättsfall från EG-domstolen.

ett fast driftställe i Sverige blir dock de svenska reglerna tillämpliga på den svenska verksamheten. Även de svenska andelsbytesreglerna kan komma att tillämpas på internationella andelsbyten som inte omfattas av direktivet, t.ex. när en svensk aktieägare byter aktier i ett svenskt bolag mot aktier i ett utländskt bolag hemmahörande i ett land utanför EU. Andelsbytesreglerna kan också bli tillämpliga vid beskattningen av svenska andelsägare i utländska bolag som deltar i fusioner/fissioner reglerade i utländsk rätt.

En intressant fråga är vilken betydelse det bakomliggande direktivet har i de fall som inte omfattas av direktivet men där den svenska lagstiftningen ändå bygger på direktivets regler. Klart är att direktivet inte kan ges direkt effekt i en sådan situation. Eftersom fallet inte omfattas av direktivet finns ingen grund för att sätta den svenska lagstiftningen åt sidan och tillämpa direktivets regler direkt.[216] Däremot kan direktivreglerna få betydelse vid tolkningen av den svenska lagstiftningen även i fall som inte omfattas av direktivet. Denna fråga skall analyseras närmare i de följande underavsnitten.

2.8.2 Målet Leur-Bloem

Frågan om fusionsdirektivets betydelse vid nationella företagsombildningar aktualiserades i målet *Leur-Bloem*.[217] Målet rörde den nederländska implementeringen av fusionsdirektivet. Liksom har skett i Sverige valde Nederländerna vid implementeringen att behandla rent interna företagsombildningar på samma sätt som de gränsöverskridande situationer som regleras i direktivet. Även den lagstiftning som gällde för interna fall hade alltså anpassats till gemenskapsrätten, och enligt den hänskjutande nationella domstolen var det lagstiftarens uttryckliga avsikt att även dessa fall skulle behandlas enligt direktivets beskattningsordning. I målet var det fråga om just en sådan intern situation, d.v.s. samtliga de inblandade företagen var nederländska. EG-domstolen hade därför att ta ställning till om den överhuvudtaget var behörig att med stöd av fördragets regler om förhandsavgörande[218] tolka gemenskapsrätten i en situation som inte direkt reglerades av denna rätt.

EG-domstolen fann att eftersom de frågor som framställts av den nationella domstolen avsåg tolkningen av gemenskapsrättsliga bestämmelser, hade domstolen i princip behörighet att besvara frågorna. Domstolen framhöll att det varken av lydelsen i fördragsbestämmelsen om

[216] Se avsnitt 2.4.3.5 ovan.
[217] Mål C-28/95 *Leur-Bloem* REG 1997 s. I-4161.
[218] Se numera artikel 234 i EG-fördraget.

förhandsavgörande eller av bestämmelsens ändamål framgår att domstolen skulle sakna behörighet i ett fall som detta. Domstolen menade också att det finns ett starkt gemenskapsintresse av att de bestämmelser och begrepp som har hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika att det i framtiden förekommer tolkningar som skiljer sig åt. Domstolen fann sig därför sammanfattningsvis behörig att besvara tolkningsfrågan.[219]

2.8.3 Ställer EG-rätten krav på en konform tolkning?

Av *Leur-Bloem* framgår således att en svensk domstol *har möjlighet* att begära förhandsavgörande från EG-domstolen i ett mål angående en omstrukturering mellan svenska företag, trots att en sådan omstrukturering egentligen inte omfattas av direktivet. Så kan ske om domstolen för att lösa tvisten finner det nödvändigt att den närmare innebörden av någon direktivbestämmelse klarläggs. En annan fråga är om *Leur-Bloem* också innebär att man vid den svenska rättstillämpningen är *tvungen* att beakta direktivet även i inhemska omstruktureringssituationer. Måste t.ex. en svensk domstol som tolkar de svenska fusionsreglerna i ett fall där alla inblandade företag är svenska ta hänsyn till hur motsvarande bestämmelser i direktivet skall tolkas och i tveksamma fall hänskjuta tolkningsfrågan till EG-domstolen? Att de svenska bestämmelserna skall tolkas EG-konformt i de fall som omfattas av direktivet är ju klart, men gäller detta också när samma bestämmelser tillämpas i ett rent inhemskt fall?

Domstolens skrivning om att det finns ett gemenskapsintresse av att de bestämmelser och begrepp som har hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt skulle möjligen kunna tala för att denna fråga skall besvaras jakande. Det faktum att den svenska lagstiftaren beslutat att "låna" fusionsdirektivets regler även för de inhemska fallen skulle således innebära att reglerna i alla situationer måste tolkas EG-konformt. Enligt min mening är det dock ändå mycket tvivelaktigt om man av rättsfallet kan utläsa att en sådan skyldighet föreligger. Domstolen framhöll nämligen i domen särskilt att det enbart ankommer på den nationella domstolen att

[219] Domstolen följde därmed sin tidigare praxis rörande denna fråga, se t.ex. förenade målen C-297/88 och C-197/89 *Dzodzi* [1990] ECR I-3763 och mål C-231/89 *Gmurzynska-Bscher* [1990] ECR I-4003. Se även det senare målet C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379 som också rörde tolkningen av fusionsdirektivet i en inhemsk situation. Domstolen fann sig även i det målet, på samma skäl som i *Leur-Bloem*, behörig att besvara tolkningsfrågan.

bedöma den exakta betydelsen av den hänvisning till gemenskapsrätten som gjorts i den nationella lagstiftningen. I samband med detta betonades också att det helt är en ensak för den nationella domstolen att fastställa vilka gränser som den nationella lagstiftaren har ställt upp för de fall när gemenskapsrätten skall tillämpas på andra situationer än de som omfattas av denna rätt. Det ligger således utanför EG-domstolens kompetens att avgöra vilken betydelse direktivet skall ha i fall som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Jag anser alltså att EG-rätten i sig, såsom den framgår av *Leur-Bloem*, knappast kan anses ställa krav på den svenska rättstillämparen att tolka de svenska reglerna EG-konformt i situationer som inte omfattas av direktivet.[220]

2.8.4 Kan ett krav på konform tolkning härledas ur svensk rätt?

Om då EG-rätten i sig inte kan anses ställa ett krav på konform tolkning i dessa fall blir nästa fråga om det är önskvärt att så ändå sker, eller om det kanske t.o.m. är så att ett krav på EG-konform tolkning kan sägas emanera redan ur den svenska rätten.

De svenska och de gränsöverskridande fallen regleras i samma lagbestämmelser. Det finns många goda argument för att en och samma lagbestämmelse i vart fall som utgångspunkt bör tolkas och tillämpas på samma sätt oavsett nationaliteten hos de företag som är inblandade i den transaktion som regleras i bestämmelsen. Detta kan inte minst anses följa av den i Sverige grundlagsfästa likhetsprincipen.[221] I doktrinen har t.o.m. hävdats att den svenska likhetsprincipen *kräver* att svenska skattebestämmelser tolkas på samma sätt, d.v.s. EG-konformt, både i fall som omfattas av fusionsdirektivet och i fall som inte omfattas, när båda dessa fall regleras i en och samma svenska bestämmelse.[222] För egen del anser jag att denna ståndpunkt är väl kategorisk – det kan ju finnas sakliga skäl som

[220] Se för samma slutsats Betlem i CMLRev. 1999 s. 175.

[221] Se 1:9 RF. Se om betydelsen av denna princip på skatteområdet t.ex. Påhlsson 1995 s. 136 ff.

[222] Se Alhager, M. i SN 2002 s. 160 och Alhager, E. i SN 2002 s. 676. I den sistnämnda artikeln sträcker sig Alhager t.o.m. så långt som till att hävda att även i de fall då en och samma bestämmelse aktualiseras vid två helt skilda transaktionsformer (nämligen dels verksamhetsavyttringar, dels underprisöverlåtelser) så kräver likhetsprincipen att bestämmelsen tolkas på samma sätt i båda fallen. Mot detta har Nilsson invänt att eftersom det rör sig om två olika situationer kan likhetsprincipen inte åberopas, se Nilsson, P. i SN 2003 s. 856. Jag återkommer till denna specifika frågeställning i kapitel 3.2.2.2 nedan, men kan redan här säga att jag instämmer i Nilssons uppfattning.

motiverar att dessa situationer behandlas olika och i så fall kommer en olikbehandling inte i konflikt med likhetsprincipen.[223] Problemet med att tillämpa likhetsprincipen i praktiken är just att avgöra vilka fall som är lika,[224] och de svårigheter som är förknippade med detta gör att det enligt min mening knappast går att generellt slå fast att det skulle strida mot likhetsprincipen att underlåta att företa en konform tolkning i de inhemska fallen. Däremot menar jag att likhetsprincipen definitivt kan anföras till stöd för att *utgångspunkten* bör vara att inhemska och gränsöverskridande fall behandlas lika.[225]

Även med bortseende från en eventuell grundlagsstridighet förefaller det vidare vara en olämplig lösning rent allmänt sett att ett visst lagrum genererar två olika uppsättningar av praxis, den ena för de fall som ligger inom fusionsdirektivets tillämpningsområde och den andra för de fall som ligger utanför. Av stor betydelse är också att det i förarbetena till den svenska lagstiftningen klart framgår att avsikten är att inhemska transaktioner skall beskattas på samma sätt som de gränsöverskridande fallen. Lagstiftaren synes också ha accepterat att konsekvensen av att en gemensam lagstiftning för inhemska och gränsöverskridande fall har valts är att tolkningen av lagstiftningen kan komma att påverkas av det bakomliggande direktivet även i de inhemska fallen.[226] Även Regeringsrätten verkar ha anammat detta synsätt. I ett mål angående tolkningen av andelsbytesreglerna anförde Regeringsrätten:

> när [...] en nationell lagstiftning reglerar både fall som omfattas av ett direktiv och liknande fall som inte omfattas, t.ex. på grund av att de inte berör företag från flera medlemsländer, måste en tolkning av lagstiftningen även i det senare fallet utgå från vad som följer av direktivet. Så långt möjligt skall

[223] Se Hultqvist 1995 s. 61 och 107 samt Påhlsson 1995 s. 137.
[224] Jfr Påhlsson 2003 s. 60.
[225] Nilsson verkar vara av liknande uppfattning, se Nilsson, P. i SN 2003 s. 856. I detta sammanhang kan noteras att den nederländska Hoge Raad i ett intressant fall kommit fram till att om en inhemsk regel strider mot fusionsdirektivet och därmed måste sättas åt sidan i direktivfallen så får regeln inte heller tillämpas i inhemska fall. Som nämnts har även Nederländerna valt att behandla inhemska och gränsöverskridande fall i samma regelverk och i förarbetena till reglerna anges att avsikten är att dessa fall skall behandlas lika. Hoge Raad fann alltså att detta krav på likabehandling innebär att en direktivstridig regel måste sättas åt sidan även i de inhemska fallen, se Betlem i CMLRev. 1999 s. 176 f. och Larsson, J. i SN 2002 s. 204. Larsson anser det vara tveksamt om svenska domstolar på motsvarande sätt skulle vara beredda att åsidosätta den klara ordalydelsen i en svensk lag med hänvisning till någon form av likabehandlingsresonemang. Jag kan bara instämma i den slutsatsen och vill snarast förstärka den till att det framstår som fullständigt osannolikt (och enligt min mening även olämpligt) att så skulle ske.
[226] Se prop. 1998/99:15 s. 215.

alltså lagen tolkas i överensstämmelse med direktivet. Om direktivet ger upphov till tolkningsfrågor som det är nödvändigt att ta ställning till för att avgöra målet kan därför förhandsbesked behöva inhämtas även i situationer utanför direktivets tillämpningsområde [...][227]

Det finns således både lämplighetsöverväganden och auktoritetsskäl som talar för att en EG-konform tolkning bör ske även i situationer då direktivet inte är direkt tillämpligt på den aktuella transaktionen. Finns då några argument som talar emot att så bör ske?

För att kunna göra en konform tolkning av svensk intern rätt måste först innebörden av EG-rätten fastställas genom en tolkning av själva direktivet. Vid tolkning av EG-rätt har som nämnts bestämmelsernas ändamål, såsom de bl.a. är uttryckta i preambeln till den aktuella rättsakten, stor betydelse.[228] I preambeln till fusionsdirektivet[229] sägs bl.a. att gränsöverskridande företagsombildningar inte bör hindras av restriktioner, olägenheter eller snedvridningar och att det är nödvändigt att införa skatteregler som är neutrala från konkurrenssynpunkt för att tillåta företagen att anpassa sig till den gemensamma marknadens behov. Samtidigt sägs också att skattereglerna bör värna om medlemsstaternas ekonomiska intressen. Det sistnämnda syftet säkerställs i direktivet genom att reglerna har utformats så att de ger medlemsstaterna möjlighet att i framtiden få in den framskjutna skatten trots omstruktureringens gränsöverskridande karaktär.

Ofta är de nu nämnda syftena betydligt mindre relevanta i en rent inhemsk ombildningssituation.[230] Frågan är om man i en sådan situation ändå skall tolka direktivet mot bakgrund av dessa syften. Eller annorlunda uttryckt: kan man vid tolkning av EG-rätt bortse från de faktiska omständigheter på vilka EG-rätten slutligen skall tillämpas i målet vid den nationella domstolen?[231] Å ena sidan kan sägas att EG-domstolen endast skall avgöra hur en viss EG-rättslig bestämmelse skall tolkas, men att domstolen inte har mandat att tillämpa EG-rätten på det konkreta fall där tolkningsfrågan uppkommit.[232] Detta talar för att EG-rätten skall

[227] RÅ 2000 ref. 23. Liknande uttalanden finns också från Högsta Domstolen, se NJA 2003 s. 82 där domstolen framhöll att en lagbestämmelse normalt bör ges samma innebörd oberoende av om den skall tillämpas i ett fall som omfattas av EG-rättsliga regler eller inte.

[228] Se vidare avsnitt 2.3.2 ovan.

[229] Se avsnitt 2.3.3.3.

[230] Andersson, E. 1999 s. 4. Andersson kritiserar av bl.a. denna anledning att den finska lagstiftaren baserat även beskattningen vid inhemska ombildningar på direktivets regler.

[231] En utförlig analys av förhållandet mellan tolkning och tillämpning i EG-domstolens verksamhet finns i Wiklund 1997 s. 267 ff.

[232] Se t.ex. Hartley 2003 s. 270.

tolkas utan hänsyn till att det i det specifika fallet rör sig om en rationell och inte en gränsöverskridande ombildning. Både fastställandet av syftena bakom en viss direktivregel och tolkningen av regeln mot bakgrund av dessa syften skall således närmast ske in abstracto, utan beaktande av de faktiska omständigheter regeln skall tillämpas på i det aktuella fallet.

Å andra sidan är det i realiteten svårt, eller kanske t.o.m. omöjligt, att totalt skilja tolkning och tillämpning av EG-rätt ifrån varandra. Det går helt enkelt inte att helt abstrakt tolka en bestämmelse. I praktiken finns också många exempel på att EG-domstolen låtit sakomständigheterna spela stor roll vid tolkningen av en viss EG-rättslig bestämmelse.[233] Av bl.a. detta skäl pläderade generaladvokaten i målet *Leur-Bloem* starkt emot att EG-domstolen skulle ge sig in och tolka direktivet i en situation som inte omfattas av direktivregleringen, och förordade i stället att begäran om förhandsavgörande skulle avvisas.[234]

EG-domstolen bemötte inte generaladvokatens invändningar mot att meddela förhandsavgörande och i domen finns inte heller någon explicit diskussion av problematiken kring att tolka en EG-rättslig bestämmelse i en situation som faller utanför dess tillämpningsområde. Det förefaller dock inte som om EG-domstolen ser detta som något stort problem (eller som något problem överhuvudtaget). EG-domstolens synsätt, såsom det framkommer i *Leur-Bloem*, verkar helt enkelt vara att fusionsdirektivets regler skall tolkas på samma sätt oavsett om det rör sig om en inhemsk eller om en gränsöverskridande ombildning. Som nämnts framhöll nämligen domstolen att det finns "ett bestämt gemenskapsrättsligt intresse av att de bestämmelser eller begrepp som har hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, *oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas* [kurs. här]".[235] EG-domstolen framhöll också att den hänskjutande nationella domstolen angett att en tolkning av den i målet aktuella direktivbestämmelsen "i sitt gemenskapsrättsliga sammanhang" var nödvändig för att målet skulle kunna avgöras.[236]

Det förefaller alltså som om EG-domstolen menar att reglerna i ett inhemskt fall skall tolkas utanför sitt konkreta sammanhang, d.v.s. utan beaktande av de specifika syften etc. som kan göra sig gällande vid en inhemsk omstrukturering. Eftersom en tolkning som redan framhållits ändå inte kan ske helt abstrakt torde man därför vid tolkningen av direktivet i en rent inhemsk situation helt enkelt få föreställa sig att en jämför-

[233] Se för exempel från mervärdesskatteområdet Ståhl och Österman 2000 s. 30 ff.
[234] Se generaladvokat Jacobs yttrande i mål C-28/95 *Leur-Bloem* REG 1997 s. I-4161 samt jfr även Betlem i CMLRev. 1999 s. 165 ff.
[235] Se p. 32 i domstolens dom.
[236] Se p. 31 i domen.

bar gränsöverskridande situation föreligger och tolka direktivet mot bakgrund av detta tänkta fall.[237] Att på detta sätt vara tvungen att basera tolkningen på åtminstone delvis fiktiva förutsättningar talar enligt min mening närmast emot det lämpliga i att söka företa en EG-konform tolkning i situationer som faller utanför direktivets tillämpningsområde.

Den sistnämnda invändningen till trots måste slutsatsen ändå bli att starka lämplighets- och auktoritetsskäl talar för att den svenska lagtexten som absolut utgångspunkt bör tolkas EG-konformt även i de ovan beskrivna situationerna. Det kan dock enligt min mening inte uteslutas att det kan finnas fall då en konform tolkning leder till ett så, utifrån svenska interna överväganden, otillfredsställande resultat att man bör avstå från att göra en sådan tolkning. Eftersom EG-rätten enligt min mening inte ställer något krav på att konform tolkning skall ske i situationer som faller utanför direktivets tillämpningsområde ligger det ju i sista hand inom den svenska rättstillämparens tolkningsskön att, efter en sammanvägning av alla relevanta omständigheter, avgöra om en sådan tolkning skall ske i det enskilda fallet.

Även med detta förbehåll blir konsekvensen av det sagda hur som helst att beskattningen av inhemska företagsombildningar, och av sådana utländska och gränsöverskridande ombildningar som inte omfattas av direktivet, i realiteten i mycket stor utsträckning kommer att styras av fusionsdirektivet och av EG-domstolens praxis i anslutning till direktivet. Fusionsdirektivets genomslag vid den svenska rättstillämpningen blir därmed betydligt större än vad ett studium av själva direktivreglerna ger anledning att anta. Detta motiverar att även de regler i direktivet som rör transaktioner som ännu inte alls eller endast i begränsad omfattning kan företas (d.v.s. gränsöverskridande fusioner och fissioner) i det följande blir föremål för en lika ingående analys som övriga direktivregler. Dessa regler kan ju nämligen ändå komma att påverka den svenska rättstillämpningen, eftersom de kan ha betydelse för hur motsvarande inhemska fusions- och fissionsbestämmelser skall tolkas.

[237] Samma slutsats dras av Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 210.

3 Bestämmelsernas tillämpningsområde

3.1 Fusioner och fissioner

3.1.1 Beskrivning av transaktionerna

Direktivet är för det första tillämpligt på regelrätta fusioner och fissioner vilka berör bolag från två eller flera olika medlemsstater. En fusion innebär att ett (eller flera) bolag överför alla sina tillgångar och skulder till ett annat bolag, varvid det överlåtande bolaget upplöses utan likvidation. I artikel 2 a) i direktivet anges de tre former av fusion som omfattas av direktivet, nämligen (1) att ett eller flera bolag går upp i ett annat befintligt bolag, (2) att två eller flera bolag går samman i ett nybildat bolag samt (3) att ett helägt dotterbolag går upp i sitt moderbolag. Den sistnämnda formen av fusion (vilken närmast kan ses som ett specialfall av den som beskrivs i (1)) kan användas när ett moderbolag vill "avbolagisera" verksamhet som bedrivs genom ett dotterbolag i ett annat land. Innebörden av att dotterbolaget fusioneras in i moderbolaget är nämligen att den överförda tillgångsmassan fortsättningsvis kommer att utgöra ett fast driftställe i verksamhetslandet.[1] Med fission eller uppdelning avses enligt artikel 2 b) att ett bolag överför alla sina tillgångar och skulder till två eller flera befintliga eller nybildade bolag och att det därvid upplöses utan likvidation.[2]

[1] Detta är alltså spegelbilden av att ett fast driftställe bolagiseras genom att verksamheten överförs till ett dotterbolag, se vidare avsnitt 3.2.1 nedan.

[2] Såsom uppmärksammas i SOU 1994:100 s. 47 innehåller direktivet inga närmare bestämmelser om hur tillgångarna och skulderna får fördelas mellan de övertagande bolagen. Frågan är därför om det är tillåtet med "snedfördelning" av tillgångar och skulder, t.ex. på så sätt att det ena bolaget övertar nästan enbart tillgångar medan det andra övertar nästan enbart skulder. Förmodligen får detta styras av innehållet i den civilrättsliga lagstiftningen när denna antas. Det kan dock noteras att det gällande sjätte bolagsdirektivet

Som redan framhållits i kapitel 1.8 ovan är fusioner och fissioner bolagsrättsligt reglerade företeelser som inte kan företas endast med stöd av avtal mellan de inblandade parterna. Det är därför naturligt att direktivets definitioner av fusion respektive fission tolkas mot bakgrund av gällande civilrättslig lagstiftning, och då särskilt de EG-rättsliga bolagsdirektiven. Som framgått har det dock hittills inte funnits några generella civilrättsliga regler angående gränsöverskridande fusioner och fissioner. Fusionsdirektivets definitioner ansluter däremot nära till de definitioner av fusioner och fissioner som finns i det tredje och det sjätte bolagsdirektivet.[3] Även om dessa direktiv endast gäller nationella fusioner/fissioner bör de därför kunna ha viss relevans vid tolkningen av fusionsdirektivet. För detta talar också att de civilrättsliga regler som faktiskt ändå finns rörande gränsöverskridande fusioner, d.v.s. reglerna i förordningen om europabolag om bildande av sådana bolag genom fusion, till stora delar bygger på det tredje bolagsdirektivet. Vidare kan noteras att de definitioner som används i kommissionens direktivförslag om generella bolagsrättsliga regler för gränsöverskridande fusioner har utformats med det skatterättsliga fusionsdirektivets definitioner som direkt förebild.[4] Som nämnts i kapitel 1.8 har en politisk överenskommelse om att anta detta förslag uppnåtts. Eftersom någon direktivtext ännu inte har offentliggjorts är det i skrivande stund okänt om någon förändring i fusionsdefinitionerna därvid har skett i förhållande till kommissionens förslag.

Centralt för såväl de civilrättsliga som de skatterättsliga definitionerna är att det rör sig om universalsuccessioner där samtliga tillgångar och skulder överförs i en enda transaktion samtidigt som överlåtande bolag upplöses *utan likvidation*. Detta innebär att transaktioner där ett bolags samtliga tillgångar och skulder överförs med stöd av vanliga avtal mellan

---

om nationella fissioner synes tillåta att tillgångar och skulder snedfördelas. Det enda som krävs där är att det i delningsplanen finns en noggrann beskrivning av hur tillgångarna och skulderna fördelats, se artikel 3.2 h) i direktiv 82/891/EEG. Werlauff har dock diskuterat om skillnad i detta avseende bör göras mellan skulder hänförliga till viss egendom, vilka vid delningen bör följa med denna egendom, och andra skulder, se Werlauff 2003 s. 589.

[3] De fusionsformer som regleras i det tredje bolagsdirektivet är dels "fusion genom förvärv", dels "fusion genom bildande av ett nytt bolag", se artiklarna 3 och 4 i direktiv 78/855/EEG. Därutöver anges i artikel 24 att medlemsstaterna skall möjliggöra fusioner mellan moderbolag och dess helägda dotterbolag. I det sjätte bolagsdirektivet finns fissionsformerna "delning genom förvärv" respektive "delning genom bildande av nya bolag", se artiklarna 2 och 21 i direktiv 82/891/EEG. Det kan noteras att ingen av dessa definitioner ännu har varit föremål för tolkning i något mål inför EG-domstolen.

[4] Se artikel 1 i direktivförslaget i KOM(2003) 703 slutlig samt kommentaren till denna artikel i motiveringen till förslaget.

de inblandade bolagen, varefter det överlåtande bolaget likvideras, inte faller in under dessa definitioner.[5]

En fråga som har diskuterats är om s.k. omvända fusioner[6] uppfyller de ovannämnda kriterierna för fusion.[7] Med omvänd fusion avses att ett moderbolag går upp i sitt dotterbolag. Detta fall nämns inte specifikt i fusionsdirektivets definition[8] men bör allmänt sett falla in under den första kategorin av fusioner som anges i artikel 2 a), d.v.s. att ett bolag (i detta fall moderbolaget) går upp i ett annat befintligt bolag (dotterbolaget). Problemet är dock att det överlåtande moderbolaget enligt definitionen skall överföra alla sina tillgångar och skulder till det övertagande dotterbolaget. Bland de tillgångar som moderbolaget äger ingår andelarna i det övertagande dotterbolaget. Av naturliga skäl tas dessa andelar emellertid inte över av dotterbolaget självt utan används i stället som fusionsvederlag till moderbolagets ägare.[9] Strikt tolkat skulle en omvänd fusion därmed inte uppfylla kravet på att alla tillgångar överförs till det övertagande bolaget och därmed skulle en sådan transaktion inte falla in under direktivregleringen.

Kravet på att alla tillgångar skall överföras finns såväl i den skatterättsliga som i den bolagsrättsliga regleringen.[10] Syftet med detta krav är dock knappast att utesluta omvända fusioner från reglernas tillämpningsområde eller överhuvudtaget att avgränsa fusionsbegreppet när det gäller mellan vilka bolag som en fusion skall kunna ske.[11] Ändamålsskäl talar därför för att kravet inte bör tolkas så strikt som ovan angetts, d.v.s. det faktum att andelarna i dotterbolaget används som fusionsvederlag till moderbolagets ägare bör inte i sig hindra att dotterbolaget anses ha övertagit alla moderbolagets tillgångar. För en sådan tolkning talar att en av rättsverkningarna av en fusion är just att andelsägarna i det överlåtande bolaget i stället blir andelsägare i det övertagande bolaget,[12] varför det kan sägas ligga inbyggt i regelsystemet att dessa andelar inte omfattas av de "tillgångar" som enligt reglerna skall övertas av dotterbolaget.[13]

[5] Se Næsborg Jensen 1997 s. 151 f. för en närmare diskussion av vad som avses med "upplösning utan likvidation".

[6] Engelska: downstream mergers eller revers mergers.

[7] Se Magnell och Sandström i SvSkT 2003 s. 463 ff.

[8] Omvända fusioner nämndes inte heller uttryckligen i den definition som fanns i det ursprungliga direktivförslaget i COM(69) 5 final, men däremot fanns en hänvisning till omvända fusioner i en annan artikel i förslaget. Se vidare not 13 nedan.

[9] Se vidare om fusionsvederlag i avsnitt 3.1.2 nedan.

[10] Se artikel 3 i det tredje bolagsdirektivet 78/855/EEG.

[11] Magnell och Sandström i SvSkT 2003 s. 471.

[12] Artikel 19 i det tredje bolagsdirektivet 78/855/EEG.

[13] Detta synsätt överensstämmer med det som förespråkas av Magnell och Sandström i SvSkT 2003 s. 471. Jfr även att det ursprungliga direktivförslaget i COM(69) 5 final som

Ett annat tänkbart synsätt kan vara att det övertagande dotterbolaget momentant faktiskt övertar andelarna i sig självt men att dessa sedan omedelbart lämnas vidare som fusionsvederlag till moderbolagets ägare.[14] Mot ett sådant synsätt kan i och för sig invändas att det kommer i viss konflikt med fusionens civilrättsliga karaktär, såsom denna framgår av det tredje bolagsdirektivet.[15] Enligt detta direktiv inträffar fusionens rättsverkningar simultant och inte successivt, d.v.s. överföringen av tillgångar och skulder till det övertagande bolaget sker samtidigt med att andelsägarna i det överlåtande bolaget blir andelsägare i det övertagande bolaget.[16] Civilrättsligt kan därför hävdas att fusionsvederlaget inte ens kortvarigt kan innehas av det övertagande bolaget. Enligt min mening ligger det en del i denna invändning. Samtidigt kan det nu nämnda synsättet ses som ett sätt att tolka bestämmelserna så att ändamålsskälen bakom dessa uppfylls. Oavsett vilket synsätt man väljer bör slutsatsen i alla fall bli att även omvända fusioner omfattas av fusionsdirektivets regler.

I svensk civilrätt finns regler om fusion i 14 kap. ABL. Dessa regler bygger på det tredje bolagsdirektivet, varför de former av fusion som regleras där (absorption, kombination och absorption av helägt dotterbolag) naturligen överensstämmer med de former av fusion som täcks av fusionsdirektivet, som nämnts dock med den skillnaden att ABL endast gäller fusioner mellan svenska bolag. Däremot saknar ABL regler om fissioner. Som nämnts i kapitel 1.8 skall sådana regler dock införas i den nya aktiebolagslag som föreslås träda i kraft den 1 januari 2006.

De svenska skattereglerna om fusioner och fissioner finns i 37 kap. IL. Fusion definieras i 37:3 IL som en ombildning där samtliga tillgångar samt skulder och andra förpliktelser hos ett företag tas över av ett annat

---

nämnts innehöll en uttrycklig referens även till omvända fusioner. Även om denna inte fanns i själva fusionsdefinitionen utan i artikel 8.1 i förslaget (vilken motsvaras av artikel 7 i det antagna direktivet, se närmare om denna bestämmelse i kapitel 5.6 nedan) betyder detta förstås att kommissionen menade att även omvända fusioner omfattades av direktivets definition. Denna referens till omvända fusioner finns dock inte kvar i det antagna direktivet.

[14] Detta synsätt överensstämmer med det som Skatterättsnämnden anlagt i ett antal förhandsbesked där de svenska fusionsbestämmelserna tillämpats på omvända fusioner, se förhandsbesked den 24 november 1999 (RSV:s rättsfallsprotokoll 40/99 och Ersson i SN 2000 s. 74 f.), den 5 september 2000 (Kindlund i SN 2001 s. 68 f.) och den 30 december 2003 (SKV:s rättsfallsprotokoll 2/04).

[15] Magnell och Sandström i SvSkT 2003 s. 469 f.

[16] Se artikel 19 i det tredje bolagsdirektivet 78/855/EEG. Detta är en skillnad jämfört med tidigare svenska regler, där dessa rättsverkningar inträdde successivt på så sätt att det överlåtande bolagets tillgångar och skulder först överläts till det övertagande bolaget varvid fusionsvederlaget överlämnades till det överlåtande bolaget. Därefter skiftades detta vederlag ut till det överlåtande bolagets ägare. Se Knutsson och Johansson i SvSkT 1999 s. 6.

företag. Det överlåtande företaget skall upplösas utan likvidation. Definitionen är som synes något annorlunda och mer allmänt formulerad än de som finns i direktivet men täcker väl in de former av fusion som anges där.[17] Fission definieras i 37:5 IL som en ombildning där samtliga tillgångar samt skulder och andra förpliktelser hos ett företag tas över av två eller flera andra företag. Det överlåtande företaget skall upplösas utan likvidation. Denna definition överensstämmer alltså i det närmaste helt med den som finns i direktivet.

Genom att definitionerna i svensk rätt är generellt utformade och inte direkt relaterade till en specifik bolagsrättslig reglering kan de svenska skattebestämmelserna bli tillämpliga, förutom på svenska och gränsöverskridande fusioner/fissioner, även på fusioner/fissioner som företas enligt ett annat lands nationella rätt. Detta var också en uttrycklig avsikt med valet av regleringsmetod.[18] För att en i utlandet reglerad företeelse skall kvalificera som en fusion/fission enligt de svenska reglerna krävs dock förstås att kraven i 37:3 och 5 IL verkligen är uppfyllda. I vissa rättsordningar medges t.ex. fusioner/fissioner där det överlåtande bolaget finns kvar som ett eget rättssubjekt även efter transaktionen.[19] Sådana transaktioner faller emellertid inte in under de svenska fusions-/fissionsbestämmelserna.[20]

[17] Som nämnts i not 14 har Skatterättsnämnden i flera förhandsbesked kommit fram till att de svenska skattereglerna är tillämpliga även på omvända fusioner. I dessa förhandsbesked har nämnden lagt som en förutsättning att omvända fusioner är aktiebolagsrättsligt möjliga att genomföra. Här kan noteras att Bokföringsnämnden för sin del menar att det är mycket osäkert om ABL ger utrymme för sådana fusioner, varför dessa inte omfattas av Bokföringsnämndens vägledning med allmänna råd angående redovisning av fusion (BFNAR 2003:2). Som framgår i BFNAR 2003:2 förekommer dock omvända fusioner i praktiken och registreras av PRV.

[18] Se prop. 1998/99:15 s. 223 f. Detta är en skillnad jämfört med den tidigare fusionsregeln i 2 § 4 mom. SIL, vilken endast gällde vid vissa särskilt angivna typer av svenska fusioner.

[19] Detta har stöd i de EG-rättsliga bolagsdirektiven, se artikel 31 i direktiv 78/855/EEG och artikel 25 i direktiv 82/891/EEG. Se även om partiella fissioner i kapitel 1.8 ovan och avsnitt 3.5.2 nedan.

[20] Denna fråga har varit uppe i ett antal förhandsbesked från Skatterättsnämnden. I några fall har nämnden uttalat att en utländsk fusion där det "infusionerade" bolaget inte upphörde att existera, utan i stället blev ett helägt dotterbolag till det övertagande bolaget, skulle ses som ett andelsbyte enligt svensk rätt, se förhandsbesked den 17 mars 2000 (Ersson i SN 2000 s. 534 f.), den 14 december 2001 (André i SN 2002 s. 76 f.) samt den 4 oktober 2002 (Jansson i SvSkT 2002 s. 695). På motsvarande sätt har en utländsk bolagsdelning där det delade bolaget skulle leva kvar efter transaktionen bedömts enligt allmänna regler och inte enligt de särskilda fissionsreglerna, se förhandsbesked den 9 oktober 2002 (RSV:s rättsfallsprotokoll 24/02). Förhandsbeskeden behandlas även i kapitel 6.3 nedan.

3.1.2 Fusions/fissionsvederlag i form av andelar i det övertagande bolaget

I de fall då det eller de övertagande bolaget/bolagen inte äger samtliga andelar i det överlåtande bolaget, skall andelsägarna i det överlåtande, upplösta, bolaget enligt artikel 2 i fusionsdirektivet erhålla vederlag i form av "värdepapper som representerar kapitalet" i det eller de övertagande bolaget/bolagen.[21] Med detta avses helt enkelt andelar i det övertagande bolaget. Däremot kan knappast olika typer av låneinstrument eller hybrider såsom optioner eller konvertibler anses kvalificera som värdepapper som representerar kapitalet i det övertagande bolaget.[22] Motsatt tolkning skulle öppna för kringgående av direktivets begränsning angående tillåtet kontantvederlag (se vidare nästa avsnitt) och skulle i praktiken göra denna begränsning meningslös. Ett låneinstrument som erhålls som vederlag kan ju nämligen infrias kort tid efter fusionen/fissionen, vilket i realiteten får samma effekt som om vederlaget betalats ut kontant. Låneinstrument, konvertibler etc. medför vidare ingen rösträtt på bolagsstämman, vilket också det talar emot att sådana instrument kan accepteras som vederlag i direktivets mening. Direktivets syfte är att underlätta transaktioner av omstruktureringskaraktär och i linje med detta syfte bör ligga att det vederlag som utges till andelsägarna i det överlåtande bolaget skall ge dessa ett reellt inflytande i det övertagande bolaget. I annat fall är det snarare fråga om en vanlig avyttring.

Vid en fission gäller vidare att andelsägarna i det överlåtande bolaget skall erhålla andelar i samtliga övertagande bolag i proportion till sina innehav i det överlåtande bolaget. Direktivet möjliggör alltså inte en fission även på ägarnivå på så sätt att bolaget delas mellan två eller flera ägargrupper vilka erhåller andelar i olika övertagande bolag.[23]

I direktivet talas genomgående om att det skall "utfärdas"[24] värdepapper i det övertagande bolaget till ägarna i det överlåtande bolaget. Ordvalet antyder att endast nyemitterade andelar kan användas som vederlag. I den mån det är möjligt för det övertagande bolaget att inneha egna andelar kan det dock knappast finnas någon anledning till att inte också

[21] Jfr "securities representing the capital" i den engelska och "titres représentatifs du capital social" i den franska språkversionen.

[22] Se Thömmes i ECTL kap. 5.2 p. 15, Wiman i EC Tax Review 1995 s. 154 och Næsborg Jensen 1997 s. 152 f.

[23] Survey 1995 s. 23. Däremot kan noteras att det sjätte bolagsdirektivet om nationella fissioner tillåter fission även på ägarnivå, se artiklarna 3.2 i) samt 5.2 i direktiv 82/891/EEG samt Werlauff 2003 s. 590.

[24] Jfr "issue" i den engelska och "l'attribution de titre" i den franska språkversionen. Jfr dock den tyska språkversionen där uttrycket "gegen Gewährung" (i utbyte mot) används, d.v.s. där saknas en skrivning om att andelarna skall "utfärdas".

sådana andelar skall kunna lämnas som vederlag. Ett aktiebolags överlåtelse av egna andelar kan nämligen i allt väsenligt jämställas med just en nyemission.[25] Det bör därmed ligga bäst i linje med direktivets syfte att tolka detta så att även transaktioner där vederlaget består av egna andelar som det övertagande bolaget innehar omfattas av direktivets regler.[26]

Den svenska implementeringslagstiftningen är liberalare än direktivet vad gäller karaktären på fusions- respektive fissionsvederlaget. När det gäller beskattningen på bolagsnivå uppställs inget annat krav än att vederlag, om sådant utgår, endast skall betalas till andra andelsägare i det överlåtande företaget än det övertagande företaget, se 37:13 IL. Utgivet vederlag får således bestå såväl av andelar i det övertagande företaget som av annan egendom.[27] När det gäller beskattningen på ägarnivå ansluter de svenska reglerna närmare till direktivet och anger att vederlaget skall bestå av andelar i det övertagande företaget, se 48a:2 och 49:2 IL. Av den svenska lagtexten framgår därmed ännu tydligare att vederlaget inte kan bestå i konvertibler och liknande värdepapper.[28] Det finns ingenting i lagtexten som indikerar att andelarna måste vara nyemitterade, varför det inte bör råda något tvivel om att även transaktioner där redan existerande andelar användas som vederlag faller in under de svenska reglernas tillämpningsområde.[29]

3.1.3 Kontantvederlag

Direktivet tillåter vidare att det vid sidan av vederlag i form av andelar även utgår ett kontantvederlag om maximalt tio procent av det nominella värdet på de erhållna andelarna. Det skall observeras att det är det nominella värdet på de mottagna andelarna som styr hur stort kontantvederlaget får vara. Detta värde behöver inte alls överensstämma med marknadsvärdet utan kan ligga långt därunder. Om så är fallet blir således utrymmet för hur stor del av affären som kan kontantavräknas i realiteten mindre än de angivna tio procenten. Om nominellt värde saknas

[25] Se närmare Rutberg och Skog i SvSkT 2000 s. 16 ff.

[26] Se för samma slutsats Terra och Wattel 2001 s. 378, Immonen 2003 s. 68 och Andersson, E. i SN 2003 s. 693 (dock motsatt i Andersson, E. 1999 s. 10). I SOU 1994:100 s. 46 f. och SOU 1998:1 s. 194 tolkas direktivet däremot så att endast nyemitterade andelar omfattas.

[27] Av 14:1 ABL framgår dock, i enlighet med vad som krävs i det tredje bolagsdirektivet, att vederlaget vid fusioner mellan svenska bolag endast kan bestå av aktier i det övertagande bolaget samt av pengar.

[28] Se även prop. 1998/99:15 s. 276.

[29] Att de svenska reglerna skall förstås på detta sätt framgår även av prop. 1998/99:15 s. 183.

skall i stället det bokföringsmässiga parivärdet[30] av de mottagna andelarna användas. Enligt uppgift har rådet i ett rådsprotokoll definierat bokföringsmässigt parivärde som det inbetalda kapitalet dividerat med antalet andelar i bolaget.[31]

Det är inte klart om den angivna procentsatsen endast tar sikte på det vid fusionen/fissionen totalt utbetalade kontantvederlaget, eller om bestämmelsen också innebär att ett eventuellt kontantvederlag måste fördelas jämnt mellan andelsägarna i förhållande till deras innehav i det överlåtande bolaget. Den sistnämnda tolkningen skulle t.ex. omöjliggöra att minoritetsägare i det överlåtande bolaget köptes ut vid ombildningen.[32] Direktivets ordalydelse talar enligt min mening närmast för att en snedfördelning av kontantvederlaget inte är tillåten. Inte minst skrivningen i artikel 2 b) om att andelsägarna i det överlåtande bolaget vid en fission skall erhålla andelar i samtliga övertagande bolag "i proportion till" sina innehav i det överlåtande bolaget talar för detta. Bestämmelsen tyder onekligen på att inga förändringar skall ske i ägarnas relativa innehav, vilket ställer krav på att även kontantvederlaget skall fördelas jämnt i förhållande till innehavens storlek.[33] Det förefaller vidare saknas anledning att göra skillnad mellan fissioner och fusioner i detta avseende, varför en kontextuell tolkning talar för att samma krav i så fall bör gälla även vid fusioner.

Något som enligt min mening också talar emot att bestämmelsen införts i syfte att möjliggöra utköp av minoritetsägare etc. är att den tillåtna kontantandelen satts så pass lågt som till tio procent av det nominella värdet, vilket ju som nämnts kan ligga långt under marknadsvärdet. Syftet med att tillåta ett visst kontantvederlag synes snarare vara att möjliggöra en "finjustering" av villkoren i de fall då värdet på de gamla och de nya andelarna inte helt matchar varandra.[34] Det har också argumenterats för att en jämförelse med de tredje och sjätte bolagsdirektiven om nationella fusioner och fissioner indikerar att ett utköp av minoritetsägare inte är möjligt.[35] I doktrinen finns dock också företrädare för motsatt uppfatt-

[30] Eng: accounting par value.
[31] Serup 2003 s. 56.
[32] Survey 1995 s. 22 f.
[33] Se Survey 1995 s. 22 f. samt jfr även avsnitt 3.1.2 ovan angående fission på ägarnivå.
[34] Även Terra och Wattel verkar uppfatta syftet bakom bestämmelserna på detta sätt, se Terra och Wattel 2001 s. 38 ff. De tar dock inte ställning till om direktivet tillåter snedfördelning av kontantvederlag/utlöp av minoritetsägare. Se även Werlauff 2003 s. 567 angående motsvarande bestämmelser i det bolagsrättsliga fusionsdirektivet.
[35] Survey 1995 s. 22 f. Det bör dock noteras att det sjätte bolagsdirektivet om nationella fissioner uttryckligen ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva att minoritetsägare i vissa fall skall ha rätt att bli utköpta, se artikel 5.2 i direktiv 82/891/EEG.

ning.[36] Enligt uppgift har även kommissionen uttryckt stöd för uppfattningen att kontantvederlaget inte behöver fördelas lika mellan andelsägarna.[37] Även om jag för egen del menar att övervägande skäl talar för att en transaktion där kontantvederlaget snedfördelas inte kan anses falla in under direktivet måste rättsläget när det gäller denna fråga sammanfattningsvis betecknas som oklart.

Vi den svenska implementeringen har det som redan nämnts överhuvudtaget inte uppställts någon gräns för storleken på ett eventuellt kontantvederlag som villkor för att transaktionen skall skattebefrias på bolagsnivå, se 37:13 IL. Det är således möjligt att utbetala hela vederlaget kontant och ändå genomföra fusionen respektive fissionen utan skattekonsekvenser för de inblandade företagen. När det gäller beskattningen på ägarnivå uppställer däremot 48a:2 och 49:2 IL som krav för underlåten beskattning att kontantvederlaget uppgår till högst tio procent av de mottagna andelarnas nominella värde. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 27 fastställt att bedömningen av om det tillåtna kontantvederlaget har överskridits skall ske separat för varje andel.[38] Målet gällde i och för sig ett andelsbyte men bedömningen bör rimligen göras på samma sätt vid en fusion/fission. Enligt de svenska reglerna bör skattefrihet således kunna medges för andelar där den kontanta delen av fusions/fissionsvederlaget uppgår till maximalt tio procent, även om den kontantavräknade delen är större för andra andelar.[39] Detta torde vidare gälla även om det vid fusionen/fissionen totalt utbetalade kontantvederlaget överstiger denna procentsats. I så måtto synes de svenska reglerna således, också vad gäller beskattningen på ägarnivå, vara generösare än direktivet. Även om direktivet enligt ovan eventuellt kan tolkas så att en snedfördelning av kontantvederlaget kan accepteras gäller detta endast inom ramen för den angivna tioprocentsgränsen. Av direktivet synes nämligen klart framgå att denna gräns totalt sett måste respekteras för att fusionen/fissionen skall omfattas av direktivregleringen.[40]

Att knyta bedömningen till de enskilda andelarna kan emellertid i vissa situationer också leda till ett sämre resultat än direktivet, under förutsätt-

[36] Se Thömmes i ECTL kap. 5.2 p. 18 där han hävdar att den angivna procentsatsen tar sikte på det totalt utbetalade kontantvederlaget, och att det alltså skall vara möjligt att lösa ut minoritetsägare utan att transaktionen diskvalificeras. Detta ställningstagande motiveras dock inte närmare. Samma uppfattning framförs även av Sigurdardóttir och Dikmans i European Taxation 2002 s. 186 f.

[37] Werlauff i EC Tax Review 1998 s. 47 (not 6).

[38] Målet behandlas även i avsnitt 3.3.4 nedan.

[39] Det har dock påpekats att sådana villkor i en fusionsplan avviker från vad som är sedvanligt, se Magnell och Sandström i SvSkT 2003 s. 481.

[40] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 21.

ning att detta skall tolkas så att en snedfördelning av kontantvederlaget inom ramen för tioprocentsgränsen är tillåten. En sådan tolkning av direktivet innebär ju att detta omfattar även andelsägare som vid fusionen erhåller högre kontantvederlag än tio procent, under förutsättning att det totalt utbetalade kontantvederlaget håller sig inom denna gräns. Såsom den svenska lagtexten är formulerad utesluts enligt min mening att de svenska reglerna kan tolkas på motsvarande sätt. Av 48a:2 och 49:2 IL framgår nämligen klart att bedömningen skall ta sikte på den enskilda andelsägarens situation och inte på fusionen i sin helhet. En eventuell direktivstridighet kan därmed inte överbryggas genom en konform tolkning utan får lösas genom att svensk rätt sätts åt sidan och direktivet ges direkt effekt.

3.2 Verksamhetsavyttringar

3.2.1 Beskrivning av transaktionen

Vidare omfattas verksamhetsavyttringar, eller med direktivets terminologi överföring av tillgångar, av direktivet.[41] Med detta avses enligt artikel 2 c) att "ett bolag utan att upplösas överför alla eller en eller flera av sina verksamhetsgrenar till ett annat bolag i utbyte mot värdepapper som representerar kapitalet" i det övertagande bolaget. Verksamhetsgren definieras i artikel 2 i) som "alla tillgångar och skulder i en del av ett bolag som från organisatorisk synpunkt utgör en oberoende verksamhet, dvs. en enhet som kan fungera på egen hand".

En verksamhetsavyttring är alltså en inkråmsöverlåtelse där vederlaget består av andelar i det övertagande bolaget, d.v.s. en form av apportemission. Överlåtelsen kan omfatta delar av eller hela det överlåtande bolagets tillgångsmassa, men de överlåtna tillgångarna och skulderna måste tillsammans konstituera en eller flera verksamhetsgrenar.[42] Direktivet är således inte tillämpligt vid överlåtelse av enstaka tillgångar som inte kvalificerar som verksamhetsgrenar. Den överlåtna verksamhetsgrenen kan vara belägen i det överlåtande eller i det övertagande bolagets hemviststat,

[41] Vid den ursprungliga implementeringen av direktivet användes termen "verksamhetsöverlåtelse", men i samband med införandet av inkomstskattelagen ersattes denna term med den nuvarande "verksamhetsavyttring". Som nämnts i kapitel 1.6 ovan används i denna bok genomgående den svenska termen och inte direktivets benämning "överföring av tillgångar".

[42] Se vidare avsnitt 3.2.2.10 nedan angående frågan om kravet på att den överförda egendomen konstituerar en eller flera verksamhetsgrenar gäller även när överlåtelsen omfattar alla tillgångar och skulder i det överlåtande bolaget.

eller i en tredje medlemsstat. Även överlåtelse av verksamhetsgrenar belägna i en stat utanför EU bör i princip omfattas av direktivet, under förutsättning att överlåtande och övertagande bolag har hemvist i (två olika) EU-länder.[43]

En verksamhetsavyttring kan användas som ett substitut för fission på så sätt att verksamheten i ett bolag delas upp i en eller flera verksamhetsgrenar vilka överlåts till ett eller flera andra bolag. Men transaktionsformen kan även fungera som ett fusionssubstitut om hela verksamheten i ett bolag överförs till ett annat bolag. Ett i praktiken vanligt fall torde vidare vara att ett bolag i ett medlemsland med fast driftställe i ett annat medlemsland vill bolagisera det fasta driftstället, d.v.s. överföra verksamheten till ett dotterbolag.[44] Tillgångar och skulder hänförliga till det fasta driftstället kan då säljas till ett befintligt eller nybildat dotterbolag mot vederlag i form av andelar i dotterbolaget.[45] För att denna transaktion skall omfattas av direktivet krävs att det fasta driftstället uppfyller kriterierna för att vara en verksamhetsgren, vilket i regel torde vara fallet. Eftersom direktivets definition av verksamhetsgren inte sammanfaller med den definition av fast driftställe som finns i t.ex. artikel 5 i OECD:s modellavtal kan det dock eventuellt finnas situationer där ett fast driftställe inte kvalificerar som en verksamhetsgren i direktivets mening.[46]

I svensk rätt finns definitionen av verksamhetsavyttring i 38:2 IL. Transaktionen beskrivs där som att ett företag skall avyttra samtliga tillgångar i sin näringsverksamhet eller i en verksamhetsgren till ett annat företag. Verksamhetsgren definieras i 2:25 IL som sådan del av en rörelse som lämpar sig för att avskiljas till en självständig rörelse. Av 2:24 IL framgår att med rörelse avses annan näringsverksamhet än innehav av kontanta medel, värdepapper eller liknande tillgångar. I 38:2 IL stipuleras vidare att ersättningen skall vara marknadsmässig och lämnas i form av andelar i det köpande företaget. Om det säljande företaget har skulder eller andra förpliktelser som hänför sig till de avyttrade tillgångarna får

[43] För att en sådan överlåtelse skall kunna ske utan beskattning i det överlåtande bolagets hemland krävs dock att verksamhetsgrenen i och med överlåtelsen förs över dit. Se närmare kapitel 5.7.3 nedan.

[44] Det omvända förfarandet, att verksamheten i ett dotterbolag omvandlas till ett fast driftställe, behandlas i avsnitt 3.1.1 ovan.

[45] I doktrinen har hävdats att en sådan transaktion inte omfattas av nu gällande lydelse av direktivet eftersom det överförda fasta driftstället och det övertagande bolaget befinner sig i samma land. Denna fråga diskuteras utförligare i kapitel 5.7.2 nedan men jag kan redan här säga att jag inte delar den uppfattningen.

[46] Se Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 55 för ett par tänkbara exempel. Däremot har hävdats att det som utgör en verksamhetsgren i direktivets mening alltid uppfyller kraven för att utgöra ett fast driftställe enligt modellavtalet, se Terra och Wattel 2001 s. 386.

ersättning lämnas också på det sättet att det köpande företaget tar över ansvaret för förpliktelserna.

Som framgår av ovanstående redogörelse avviker den svenska lagtexten på flera punkter från den definition som ges i direktivet. Dessa avvikelser kommer att kommenteras närmare i det följande.

3.2.2 Verksamhetsgren

3.2.2.1 Allmänt om direktivets definition av verksamhetsgren och om tolkningen av denna

Verksamhetsgren definieras alltså i artikel 2 i) som "alla tillgångar och skulder i en del av ett bolag som från organisatorisk synpunkt utgör en oberoende verksamhet, dvs. en enhet som kan fungera på egen hand". Som framgår öppnar definitionen för många bedömningsfrågor och det är i flera avseenden oklart hur definitionen närmare skall tolkas. Rättsläget har dock delvis klarnat genom avgörandet *Andersen og Jensen* från EG-domstolen vilket kommer att behandlas tämligen ingående i det följande.[47]

Viss ledning bör vidare kunna hämtas från praxis i anslutning till en liknande bestämmelse i direktiv 69/335/EEC om indirekta skatter på kapitalanskaffning. I artikel 7 (b) i detta direktiv föreskrivs att en reducerad skattesats skall tillämpas vid överföring av samtliga tillgångar och skulder, eller av en eller flera delar av ett företag, mot vederlag i form av aktier i det köpande bolaget. Även om ordalydelsen i artikel 7 (b) i kapitalanskaffningsdirektivet skiljer sig från den i artikel 2 i fusionsdirektivet torde båda bestämmelserna ta sikte på i princip samma typ av transaktioner.[48] Det kan noteras att generaladvokaten i målet *Muwi* angående artikel 7 (b) i kapitalanskaffningsdirektivet menade att bestämmelserna har samma innebörd.[49] EG-domstolen anslöt sig inte uttryckligen till detta synsätt i domen, men framhöll ändå att med en del av ett företag i kapitalanskaffningsdirektivets mening måste avses en enhet som kan verka oberoende, d.v.s. i princip detsamma som sägs i artikel 2 i) i fusionsdirek-

[47] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379.

[48] Det förefaller inte finnas någon officiell svensk språkversion/översättning av kapitalanskaffningsdirektivet. I den engelska språkversionen av kapitalanskaffningsdirektivet används uttrycket "parts of their business", vilket kan jämföras med fusionsdirektivets uttryck "branch of activity". I de franska språkversionerna används dock samma term i båda direktiven: "branche d'activité" i fusionsdirektivet och "branches de leur activité" i kapitalanskaffningsdirektivet.

[49] Mål C-164/90 *Muwi* [1991] ECR I-6049, punkterna 16-17 i generaladvokat Jacobs förslag till avgörande. Se även Farmer och Lyal 1994 s. 284 f. samt Terra och Wattel 2001 s. 378 f.

tivet.[50] Vidare framhöll EG-domstolen i målet *Commerz-Credit-Bank*, vilket även det rörde artikel 7 (b) i kapitalanskaffningsdirektivet, att syftet med denna bestämmelse är att underlätta företagsombildningar.[51] Samma syfte ligger bakom fusionsdirektivets bestämmelser om verksamhetsavyttringar.

Även i det sjätte momsdirektivet (77/388/EEG) finns en bestämmelse som kan vara av intresse vid tolkningen av fusionsdirektivets verksamhetsgrensdefinition. I artikel 5.8 i det sjätte momsdirektivet föreskrivs att medlemsstaterna kan anse att någon leverans av varor inte har ägt rum vid "överföring av samtliga tillgångar eller någon del därav". En sådan överföring träffas således inte av mervärdesskatt utan i stället gäller enligt artikel 5.8 att mottagaren träder i överlåtarens ställe, d.v.s. övertar överlåtarens mervärdesskatterättsliga rättigheter och skyldigheter.[52] Enligt EG-domstolens dom i mål *Zita Modes* är syftet med denna bestämmelse att göra det möjligt för medlemsstaterna att underlätta överlåtelser av företag eller delar av företag.[53] Även detta syfte korresponderar således väl med det som ligger bakom fusionsdirektivets bestämmelser.[54] Av samma mål framgår vidare att med "någon del" av samtliga tillgångar avses inte vilken som helst del utan att det skall röra sig om en del av ett företag som kan bedriva en självständig ekonomisk verksamhet.[55] EG-domstolens bedömning av vad som utgör en del av samtliga tillgångar enligt artikel 5.8 bör därför kunna vara av visst intresse även vid tolkningen av fusionsdirektivet.

Mot denna bakgrund kommer även praxis angående artikel 7 (b) i kapitalanskaffningsdirektivet och artikel 5.8 i det sjätte momsdirektivet att behandlas i de följande avsnitten. Det skall dock understrykas att denna praxis måste användas med viss försiktighet vid tolkningen av fusionsdirektivet, eftersom den trots allt hänför sig till bestämmelser i helt andra direktiv som har sin egen systematik och sina egna övergripande ändamål.[56]

[50] Se p. 22 i EG-domstolens dom.

[51] Mål C-50/91 *Commerz-Credit-Bank* [1992] ECR I-5225, p. 11 i EG-domstolens dom.

[52] Alhager, E. 2001 s. 352.

[53] Mål C-497/01 *Zita Modes*, EG-domstolens dom den 27 november 2003, p. 39 i domen.

[54] Jfr även Alhager, E. 2001 s. 375 som drar slutsatsen att artikel 5.8 skall tillämpas på företagsomstruktureringar som är organisatoriskt betingade. Detta uttalande gjordes i och för sig innan *Zita Modes*-domen kom, men uttalandet motsägs enligt min mening inte av domen.

[55] Mål C-497/01 *Zita Modes*, EG-domstolens dom den 27 november 2003, p. 40 i domen. Se även Alhager, E. 2001 s. 374 f.

[56] Se Alhager, E. 2001 s. 378 f. och 386 f. för en viss diskussion av de skilda ändamålen bakom den mervärdesskatterättsliga och den inkomstskatterättsliga regleringen av omstruktureringar. I detta sammanhang kan även nämnas att det i direktiv 2001/23/EG om

3.2.2.2 Allmänt om den svenska implementeringen av verksamhetsgrensdefinitionen och om tolkningen av den svenska definitionen

När fusionsdirektivet ursprungligen implementerades i svensk rätt kopplades definitionen av verksamhetsgren till begreppet rörelsegren i 11:8 ABL.[57] Detta motiverades med att detta begrepp redan fanns i svensk lagstiftning och hade erhållit en viss stadga genom Bokföringsnämndens rekommendationer.[58] Att använda en annan definition i svensk lagstiftning än den i direktivet verkar inte ha uppfattats som ett problem, förmodligen p.g.a. att man gjorde bedömningen att begreppet rörelsegren var mer omfattande än begreppet verksamhetsgren i direktivet.[59] När direktivet sedan omimplementerades i lag (1998:1603) om beskattningen vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser övergavs dock denna koppling till aktiebolagslagen och i stället infördes i denna lags 8 § den definition som numera återfinns i 2:25 IL. Som redan har noterats ansluter inte heller de nuvarande svenska reglerna särskilt nära till direktivtexten. I 2:25 IL anges att med verksamhetsgren avses "sådan del av en rörelse som lämpar sig för att avskiljas till en självständig rörelse". Med rörelse avses enligt 2:24 IL "annan näringsverksamhet än innehav av kontanta medel, värdepapper eller liknande tillgångar. Om kontanta medel, värdepapper eller liknande tillgångar innehas som ett led i rörelsen, räknas innehavet dock till rörelsen". Medan direktivet talar om en från organisatorisk synpunkt oberoende verksamhet säger den svenska lagtexten alltså att det

---

tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter finns en bestämmelse om överlåtelse av "del av ett företag eller en verksamhet", se artikel 1.1 i detta direktiv (direktivet ersätter det tidigare gällande direktiv 77/187/EEG angående samma frågor). Generaladvokat Jacobs hänvisade i *Zita Modes*-målet till denna bestämmelse, och till praxis i anslutning till bestämmelsen, när han tolkade artikel 5.8 i momsdirektivet, se p. 40–42 i generaladvokatens yttrande. Eftersom direktiv 2001/23/EG har helt andra syften än fusionsdirektivet (nämligen att skydda arbetstagarnas intressen vid byte av arbetsgivare, se preambeln till direktivet), och då EG-domstolen synes ha lagt stor vikt vid dessa syften när den tolkat den ovannämnda bestämmelsen, ställer jag mig dock ändå mycket tveksam till att hämta ledning från praxis i anslutning till denna bestämmelse vid tolkningen av fusionsdirektivet. Jag har därför avstått från att behandla denna praxis här. För en kort redogörelse för ett par fall angående tolkningen av "del av en verksamhet" i detta direktiv, se Alhager, E. 2001 s. 376 f.

[57] Se 5 § IGOL där det stadgades att "[m]ed *verksamhetsgren* avses sådana tillgångar som utgör en rörelsegren enligt 11 kap. 8 § 9 aktiebolagslagen (1975:1385) eller, om fråga inte är om ett svenskt aktiebolag, skulle ha utgjort en sådan rörelsegren om bolaget varit ett svenskt aktiebolag".

[58] Prop. 1994/95:52 s. 49.

[59] Prop. 1994/95:52 s. 49.

som överlåts skall lämpa sig för att avskiljas till en självständig rörelse. Vidare snävas tillämpningsområdet för de svenska bestämmelserna in genom definitionen av rörelse på ett sätt som saknar motsvarighet i direktivet.

Vad finns det då för förklaring till att lagstiftaren förhållit sig så pass fri till direktivtexten vid implementeringen av verksamhetsgrensdefinitionen? Förarbetena ger enligt min mening närmast det intrycket att den svenska definitionen utarbetades utan egentligt hänsynstagande till hur verksamhetsgren definieras i direktivet. Samtidigt med att fusionsdirektivet omimplementerades infördes också de s.k. underprisreglerna (se numera 23 kap. IL). Dessa regler ersatte den praxis som tidigare utbildats angående möjligheter att i vissa fall underlåta uttagsbeskattning vid överlåtelse av egendom till underpris. I lagstiftningsärendet diskuterades ingående vilka villkor som borde uppställas för att underprisreglerna skulle vara tillämpliga.[60] Man fann därvid att det med hänsyn till syftet med koncernbidragsreglerna inte borde vara möjligt att överlåta enstaka tillgångar om inte koncernbidragsrätt föreligger, utan att det då måste vara fråga om överlåtelse av en verksamhetsgren.[61] I underprisreglerna infördes därför ett sådant villkor, samt även en definition av vad som skulle avses med verksamhetsgren.[62] Denna definition kopierades sedan, utan några närmare kommentarer, i reglerna om verksamhetsavyttringar.[63] Vid införandet av inkomstskattelagen sammanfördes slutligen de två, helt likalydande, definitionerna till en gemensam definition i 2:25 IL.

Hela diskussionen i förarbetena angående utformningen och den åsyftade innebörden av begreppet verksamhetsgren är således kopplad till underprisreglerna. EG-aspekten synes inte alls ha beaktats, vilket alltså (möjligen oavsiktligt?) har lett till att relativt stora skillnader mellan den svenska definitionen och definitionen i direktivet har uppkommit. Dessa skillnader kan enligt min mening leda till problem när de svenska reglerna skall tillämpas och tolkas. För det första kan det naturligtvis ifrågasättas om reglerna på alla punkter är förenliga med direktivet. Men även om så skulle vara fallet kan det för det andra också finnas en risk för att den EG-konforma tolkningen försvåras när ordalydelserna avviker så pass mycket från varandra. En tolkning av den svenska lagtexten i enlighet med direktivet och EG-domstolens praxis riskerar att bli mer "långsökt"

[60] Se SOU 1998:1 s. 151 ff. och prop. 1998/99:15 s. 127 ff.

[61] Se SOU 1998:1 s. 162 f. och prop. 1998/99:15 s. 37 f.

[62] Se 12 § lag (1998:1600) om beskattning vid överlåtelser till underpris.

[63] Se 8 § lag (1998:1603) om beskattningen vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser. I SOU 1998:1 berörs inte definitionen med ett enda ord i anslutning till reglerna om verksamhetsavyttringar och i prop. 1998/99:15 s. 234 hänvisas endast till att det införts en definition av verksamhetsgren i underprisreglerna.

än vad som hade behövt vara fallet om den svenska lagtexten utformats i närmare anslutning till direktivets ordalydelse. Det hade därför varit önskvärt om definitionen i svensk rätt utformats mer i enlighet med den som finns i direktivet.

Den speciella tillkomsthistorien bakom den svenska verksamhetsgrensdefinitionen gör t.o.m. att det skulle kunna ifrågasättas om man inte i vissa situationer helt bör avstå från att tolka denna EG-konformt. Antag att man skulle finna att den svenska definitionen, tolkad utan beaktande av EG-rätten, i något avseende är liberalare än den EG-rättsliga definitionen. Även om det då i och för sig skulle vara fullt *möjligt* att tolka den svenska definitionen EG-konformt kan eventuellt argumenteras för att man ändå bör avstå från att göra en sådan "skärpande" konform tolkning. Man skulle nämligen kunna se det så att den svenska lagstiftaren medvetet har lättat på de krav som enligt direktivet ställs för att en verksamhetsgren skall anses föreligga. Eftersom fusionsdirektivet är ett minimidirektiv kan ju de medlemsstater som så önskar införa regler som är generösare mot de skattskyldiga.[64] Sverige kan således mycket väl införa en egen definition av verksamhetsgren som omfattar även andra situationer än dem som täcks av direktivets definition.[65] Att medlemsstaterna *har möjlighet* att införa generösare regler bör i och för sig, såsom diskuterats i kapitel 2.5.5 ovan, inte hindra en konform tolkning till de skattskyldigas nackdel av lagstiftning som *faktiskt utgör* en implementering av fusionsdirektivet. Frågan är dock om den svenska verksamhetsgrensdefinitionen, mot bakgrund av dess ovan beskrivna tillkomsthistoria, verkligen kan anses utgöra en implementering av direktivet eller om den är en "egen" svensk definition.

Å ena sidan verkar det ju som om lagstiftaren vid utformningen av definitionen inte haft direktivets definition i åtanke, utan försökt finna en lämplig lösning utifrån rent internrättsliga överväganden kopplade till underprisregleringen. Detta talar onekligen för att om den svenska definitionen därmed blivit mer generös än den i direktivet bör detta endast ses som ett uttryck för att lagstiftaren utnyttjat möjligheten att vidga tillämpningsområdet för skattefrihetsreglerna även till andra fall än dem som omfattas av direktivet. Det finns då ingen anledning att med stöd av en EG-konform tolkning snäva in tillämpningsområdet för de svenska reglerna.

Å andra sidan är det enligt min mening tvivelaktigt om det av den svenska lagtexten och/eller av förarbetena faktiskt går att utläsa en sådan

[64] Se kapitel 2.3.3.5 ovan.

[65] Däremot är det förstås inte tillåtet att ha en egen definition som i något avseende är snävare än direktivets definition (se vidare om detta strax nedan).

avsikt från lagstiftarens sida att införa andra och generösare regler än dem i direktivet. Den svenska lagtexten är, liksom direktivtexten, relativt allmänt hållen, och av ordalydelsen i sig kan knappast utläsas att bedömningen skall vara liberalare än enligt direktivet. Inte heller förarbetena ger något direkt stöd för detta. Utformningen av den svenska definitionen kommenteras endast kortfattat i förarbetena, och som nämnts förekommer överhuvudtaget ingen diskussion av hur den svenska definitionen förhåller sig till direktivets definition.[66] Någon medveten avsikt att lätta på de krav som följer av direktivets verksamhetsgrensdefinition kan således i vart fall inte utläsas ur förarbetena. Jag tycker inte heller att det går att indirekt utläsa en sådan avsikt, exempelvis p.g.a. att förarbetena skulle ge uttryck för att de svenska reglerna är avsedda att tillämpas påtagligt generöst.[67]

Till detta kommer också att eftersom det *endast* är tillåtet att ha en egen nationell definition som är *vidare* än direktivets så är en skillnad mellan den svenska definitionen och direktivets definition endast tillåten om den faktiskt leder till en generösare bedömning för de skattskyldiga. Sverige har således inte rätt att välja att t.ex. införa egna bedömningskriterier för att avgöra om en verksamhetsgren föreligger om dessa i vissa fall leder till att något som utgör en verksamhetsgren enligt direktivet inte klarar prövningen enligt svensk intern rätt. Så är fallet även om det i andra (och t.o.m. de flesta) situationer skulle vara så att de svenska bedömningskriterierna leder till ett för de skattskyldiga mer fördelaktigt resultat. Vad Sverige kan göra är således endast att justera definitionen på ett sätt som *alltid* är till fördel för de skattskyldiga.[68] Om avsikten varit att göra en sådan justering borde det rimligtvis av lagtext och förarbeten tydligt framgå i

[66] Se SOU 1998:1 s. 162 f. och prop. 1998/99:15 s. 137 f.

[67] Virin, som satt med i den utredning som utarbetade de svenska reglerna, verkar i och för sig mena att syftet var just att reglerna skulle tillämpas liberalt, se Virin i SN 2003 s. 258. Denna inställning verkar också åtminstone delvis omfattas av Skatteverket, som i sin handledning med hänvisning till förarbetena uttalar att "bedömningen inte sällan torde bli ganska generös", se SKV:s handledning 2004, del 3, s. 421. Jfr även Nilsson, P. i SN 2003 s. 850 som går så långt som till att hävda att "[o]m den skattskyldige gör gällande att det är möjligt att bedriva en självständig verksamhet med överlåtna tillgångar måste detta hållas för g[o]tt om det inte är *uppenbart* att det är *omöjligt* för en förvärvare att bedriva en sådan verksamhet som avses" (mina kurs.) samt att "[d]et är den skattskyldige som är bäst lämpad att göra en bedömning av om verksamheten kan leva vidare efter överlåtelsen". För egen del kan jag dock inte se att förarbetena ger stöd för att kraven för att en verksamhetsgren skall föreligga skulle vara mycket lågt satta, och jag har också svårt att förstå grunden för den mycket generösa inställning som Nilssons uttalanden ger uttryck för.

[68] Jfr diskussionen i kapitel 2.5.4.3 ovan om svårigheten med att fastställa att en viss (tolkning av en) regel alltid är till fördel respektive till nackdel för de skattskyldiga.

vilket avseende och på vilket sätt den svenska definitionen är tänkt att ha ett vidare tillämpningsområde än direktivets. En sådan avsikt borde alltså enligt min mening ha manifesterats på ett tydligare och mer konkret sätt än genom att förarbetena möjligen förmedlar en diffus "känsla" av att de svenska reglerna är avsedda att tillämpas generöst.[69]

Den slutsats som kan dras av ovanstående resonemang är enligt min mening följande. Definitionen i 2:25 IL överensstämmer med den definition som infördes i 8 § lag (1998:1603) om beskattningen vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser när fusionsdirektivet omimplementerades genom denna lag. Definitionen har således, även om den inte längre lagtekniskt är placerad i anslutning till reglerna om verksamhetsavyttringar, en klar koppling till dessa regler. Utgångspunkten måste därför vara att definitionen är en del av den svenska implementeringslagstiftningen. Varken av lagtexten eller av förarbetena framgår vidare att syftet med de svenska reglerna skulle vara att införa en "egen" svensk definition av verksamhetsgren, som skulle ha ett vidare tillämpningsområde än direktivets definition. Därmed saknas enligt min mening grund för att behandla 2:25 IL på annat sätt än annan implementeringslagstiftning. Min slutsats blir därför att den EG-konforma tolkningen bör få fullt genomslag även vid tolkningen av 2:25 IL.

Det hittills sagda har primärt tagit sikte på räckvidden av den konforma tolkningen när verksamhetsgrensdefinitionen tillämpas vid verksamhetsavyttringar. En särskild fråga som har diskuterats i doktrinen är om 2:25 IL bör tolkas EG-konformt även när den tillämpas i samband med underprisreglerna.[70] Som nämnts är ju definitionen numera gemensam för både verksamhetsavyttringar och underprisöverlåtelser. Innebär det faktum att 2:25 IL skall tolkas konformt vid verksamhetsavyttringar att detsamma skall gälla också vid underprisöverlåtelser (d.v.s. en transaktionstyp som i sig inte alls är reglerad av EG-rätten)?[71]

[69] Jfr de uppfattningar som refereras i not 67 ovan, vilka jag som framgår där i och för sig inte delar.

[70] Se framför allt Alhager, E. i SN 2002 s. 671 ff. men även Nilsson, P. i SN 2003 s. 856 samt Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2003 s. 304 (not 11).

[71] Detta medför i så fall att denna tolkning kommer att få genomslag även vid gåvobeskattningen, eftersom tillämpningen av den s.k. lättnadsregeln i 43 § 3 st. AGL numera är kopplad till definitionen av verksamhetsgren i IL. I 43 § 3 st. AGL finns i och för sig ingen direkt hänvisning till 2:25 IL utan det anges endast att gåvan skall avse en "verksamhetsgren". I propositionen uttalas dock klart att syftet med bestämmelsen är att åstadkomma en samordning med underprisreglerna så att bedömningen i uttagsbeskattningsfrågan och gåvoskattefrågan blir densamma, se prop. 2003/04:17 s. 18. I sammanhanget skall noteras att regeringen har föreslagit att arvs- och gåvoskatten skall avskaffas från och med år 2005, se prop. 2004/05:25.

I stor utsträckning bör de resonemang som fördes i kapitel 2.8 ovan, angående räckvidden av den konforma tolkningen vid nationella företagsombildningar, vara relevanta även med avseende på denna fråga. En skillnad som bör framhållas är emellertid att likhetsprincipen enligt min mening inte med samma tyngd, om ens alls, kan anföras som stöd för att en konform tolkning bör ske. Att likhetsprincipen, såsom diskuterades i kapitel 2.8.4, talar för att skattskyldiga som företar en viss typ av transaktion inte bör behandlas olika bara p.g.a. nationaliteten hos de företag som är inblandade i transaktionen innebär ju inte att skattskyldiga som företar skilda typer av transaktioner har rätt till likabehandling. Likhetsprincipens syfte är att skydda mot osaklighet och godtycke vid rättstillämpningen, inte att förhindra att en viss regel tolkas på olika sätt i olika sammanhang. Eftersom verksamhetsavyttringar och underprisöverlåtelser är två helt skilda transaktionstyper har jag därför svårt att se att likhetsprincipen överhuvudtaget har någon relevans för frågan om en konform tolkning bör (eller t.o.m. skall) ske.[72]

Däremot är de mer allmänna lämplighetsresonemang som fördes i kapitel 2.8.4 av intresse även för frågan om den svenska definitionen bör tolkas konformt vid underprisöverlåtelser. På motsvarande sätt som diskuterades där förefaller det allmänt sett vara mindre lämpligt att ett och samma lagrum ges en viss tolkning i de fall som omfattas av direktivet men en annan tolkning i de fall som inte omfattas. Verksamhetsgrensdefinitionen återfinns i 2 kap. IL där en mängd definitioner och förklaringar av termer som används i lagen har samlats. Tanken med detta kapitel måste förstås vara att dessa definitioner skall ha samma innebörd oavsett var i lagen de sedan uppträder,[73] en tanke som onekligen skulle förfelas om definitionerna skulle tolkas på olika sätt i olika sammanhang. Detta talar för att utgångspunkten också här bör vara att bestämmelsen skall tolkas på samma sätt, d.v.s. EG-konformt, oavsett om det rör sig om en verksamhetsavyttring eller en underprisöverlåtelse. Även förarbetena ger intryck av att avsikten är att definitionen skall ha samma innebörd i båda fallen.[74] Stöd för detta synsätt kan också hämtas i Rege-

[72] Jag delar således inte Alhagers uppfattning att likhetsprincipen gör det otillåtet för en domstol att tillämpa 2:25 IL på olika sätt vid underprisöverlåtelser jämfört med vid verksamhetsavyttringar, utan instämmer i Nilssons ståndpunkt att denna princip inte kan åberopas eftersom det rör sig om olika situationer. Se Alhager, E. i SN 2002 s. 676 och Nilsson, P. i SN 2003 s. 856.

[73] Se 2:1 IL.

[74] I prop. 1998/99:15 markeras ingenstans att definitionerna i 12 § lag (1998:1600) om beskattning vid överlåtelser till underpris respektive 8 § lag (1998:1603) om beskattningen vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser skulle ha olika innebörd. Tvärtom kopplas de två definitionerna ihop genom den hänvisning som i avsnittet om

ringsrättens praxis.[75]

Här skall dock understrykas att varken lagstiftaren eller Regeringsrätten direkt har berört det faktum att konsekvensen av en gemensam tolkning är just att denna tolkning måste vara konform även när verksamhetsgrensdefinitionen tillämpas på underprisöverlåtelser. Den konforma tolkningens "smittoeffekt" kan således i detta fall inte sägas ha öppet accepterats på samma sätt som när det gäller konform tolkning av implementeringslagstiftningen även när denna tillämpas på nationella former av de transaktionstyper som omfattas av direktivet (d.v.s. på nationella verksamhetsavyttringar etc.).[76] Auktoritetsskälen för en konform tolkning kan därmed här sägas vara svagare. Det allmänna uttalande som Regeringsrätten gjorde i RÅ 2000 ref. 23 angående fusionsdirektivets betydelse vid tolkningen av svensk rätt bör emellertid kunna åberopas även här. Som nämndes i kapitel 2.8.4 fastslog Regeringsrätten i det målet att när "en nationell lagstiftning reglerar både fall som omfattas av ett direktiv och *liknande fall* [min kurs.] som inte omfattas", måste en konform tolkning ske även i det senare fallet. Som exempel på ett "liknande fall" angavs att transaktionen inte berör företag från flera medlemsländer. Frågan är om Regeringsrätten skulle se verksamhetsgrensdefinitionens tillämpning på underpristransaktioner som ett "liknande fall" som när denna definition tillämpas på verksamhetsavyttringar. Det faktum att Regeringsrätten i ett annat mål fann att den definition av rörelse som verksamhetsgrensdefinitionen är kopplad till åtminstone i ett visst avseende hade samma innebörd oavsett transaktionstyp talar väl för att så skulle vara fallet.[77]

Sammanfattningsvis bör därmed den slutsats som drogs i kapitel 2.8.4, d.v.s. att den svenska implementeringslagstiftningen som absolut utgångspunkt bör tolkas EG-konformt även när den tillämpas på situationer som inte i sig omfattas av direktivet, kunna stå sig också här. Jag

---

verksamhetsavyttringar (prop. 1998/99:15 s. 234) görs till att det införts en definition av verksamhetsgren i underprisreglerna. Inte heller i propositionen till IL, genom vilken de två definitionerna sammanfördes i 2:25 IL, finns någon antydan om att innebörden skulle skilja sig åt beroende på vilken transaktionstyp det är fråga om, se prop. 1999/2000:2, del 2, s. 45 och 440.

[75] Se RÅ 2001 not. 24, där Regeringsrätten vid tolkningen av 12 § lag (1998:1600) om beskattning vid överlåtelser till underpris hämtade ledning från ett förarbetsuttalande angående 8 § lag (1998:1603) om beskattningen vid fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser. Målet gällde i och för sig inte själva verksamhetsgrensdefinitionen (numera 2:25 IL) utan definitionen av rörelse (numera 2:24 IL). Även denna definition fanns dock i likalydande upplagor i båda lagarna och skulle enligt Regeringsrätten ges samma innebörd. Se vidare om målet i avsnitt 3.2.2.9 nedan.

[76] Jfr uttalandena i prop. 1998/99:15 s. 215 samt RÅ 2000 ref. 23, vilka behandlas i kapitel 2.8.4 ovan.

[77] Se not 75 ovan.

skulle dock ändå vilja hävda att de lämplighetsskäl som kan anföras emot en konform tolkning är något starkare här än när det gäller konform tolkning vid nationella verksamhetsavyttringar etc. De resonemang som fördes i det nämnda kapitlet om problemen med att tolka en bestämmelse utanför sitt konkreta sammanhang får ju än större tyngd när den transaktionstyp som den nationella bestämmelsen reglerar är av ett helt annat slag än den som avses i direktivbestämmelsen. Öppenheten för att, i de fall då en konform tolkning leder till ett utifrån svenska interna överväganden otillfredsställande resultat, avstå från att göra en sådan tolkning bör således kunna vara något större här än i de fall som diskuterades i kapitel 2.8.4.

3.2.2.3 Kravet på att verksamheten skall vara oberoende

Ett av kraven i direktivets definition av verksamhetsgren är som nämnts att de överförda tillgångarna och skulderna skall utgöra en "från organisatorisk synpunkt [...] oberoende verksamhet, dvs. en enhet som kan fungera på egen hand". Detta indikerar att bedömningen skall ta sikte på om enheten *rent organisatoriskt* kan fungera som en självständig enhet. Även om också andra språkversioner lyfter fram att bedömningen skall ske "from an organizational point of view", "du point de vue de l'organisation" etc. tydliggörs i dessa enligt min mening klarare att vad det handlar om är att det skall vara möjligt att driva en *självständig och ekonomiskt bärkraftig* verksamhet endast med hjälp av den överförda egendomen.[78] Så har bestämmelsen också tolkats av EG-domstolen.

I målet *Andersen og Jensen* slog EG-domstolen fast att bedömningen av om kravet på oberoende verksamhet är uppfyllt i första hand skall ske ur funktionell synvinkel – de överförda tillgångarna skall kunna fungera som ett självständigt företag, utan att det för den skull krävs ytterligare investeringar eller överföringar – men att i andra hand även ekonomiska aspekter skall beaktas.[79] Vad som närmare bestämt avses med dessa bedömningskriterier skall diskuteras mer ingående i de följande avsnitten. I målet framhöll EG-domstolen också att det ankommer på den nationella domstolen att med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall bedöma huruvida en verksamhet är oberoende.[80] Även om

[78] Jfr att det i andra språkversioner sägs att det skall vara fråga om "an entity capable of functioning *by its own means*" (engelska), "eine *aus eigenen Mitteln* funktionsfähige Einheit" (tyska), "un ensemble capable de fonctionner *par ses propres moyens*" (franska) och "en samlet enhed, der kan fungere *ved hjælp af egne midler*" (danska) (mina kurs.).

[79] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379, p. 35 i EG-domstolens dom.

[80] Punkt 37 i domen.

EG-domstolen kan lämna riktlinjer för hur bedömningen skall ske är det således den nationella domstolen som slutligen måste göra denna bedömning. Att den nationella domstolen därvid skall se till "de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall" torde vidare innebära att det inte är tillåtet att i den nationella lagtexten införa fasta kriterier för när en verksamhet är respektive inte är oberoende utan lagtexten måste möjliggöra en bedömning i det enskilda fallet.[81]

Som nämnts definieras verksamhetsgren i 2:25 IL som "sådan del av en rörelse som lämpar sig för att avskiljas till en självständig rörelse". Kravet på en "från organisatorisk synpunkt ... oberoende verksamhet" i direktivet motsvaras alltså närmast av kravet på "självständig rörelse" i den svenska lagtexten. Frågan är om skillnaden i formulering har någon betydelse. Å ena sidan kan sägas att även om ordalydelserna avviker från varandra fångar båda uttryckssätten in i princip samma andemening – att det skall gå att bedriva en näringsverksamhet endast med hjälp av den överförda egendomen (se närmare i de följande avsnitten). Den svenska lagtexten är vidare tämligen öppet formulerad vilket möjliggör en sådan prövning i det enskilda fallet som enligt EG-domstolen skall ske. Detta talar för att det i regel inte bör vara några större problem att tolka den svenska lagtexten i ljuset av direktivet och av EG-domstolens praxis. Å andra sidan saknar t.ex. preciseringen "från organisatorisk synpunkt" motsvarighet i den svenska lagtexten. Det kan onekligen finnas en viss risk för att eventuell kommande praxis från EG-domstolen där denna aspekt betonas blir mindre lätt att intolka under den svenska lagtexten. Möjligheten att inrymma en konform tolkning under den svenska lagtexten kommer att diskuteras mer ingående i följande avsnitt, i samband med att innebörden av oberoendebedömningen analyseras närmare.

3.2.2.4 Bedömningen av oberoendet ur funktionell synvinkel

Oberoendebedömningen skall således i första hand ske ur funktionell synvinkel. Med detta avses enligt EG-domstolen att de överförda tillgångarna skall kunna fungera som ett självständigt företag, utan att det krävs ytterligare investeringar eller överföringar.[82] Närmare än så preciseras dock inte vad som egentligen skall ligga i den funktionella bedömningen och hur denna skiljer sig från en ekonomisk bedömning (som ju enligt domen skall ske först i andra hand). Vad det verkar handla om är att bedöma själva karaktären hos den egendom som överförs, d.v.s. snarast om det rent fysiskt går att bygga upp ett självständigt företag enbart

[81] Vinther och Werlauff i European Taxation 2002 s. 441.
[82] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379, p. 35 i EG-domstolens dom.

med den överförda egendomen. Därvid torde man även, i enlighet med direktivtexten, ha att beakta organisatoriska aspekter. Samtidigt förefaller det något konstlat att göra en sådan bedömning frikopplad från den ekonomiska lönsamheten hos den överförda egendomen. Sist och slutligen är det väl endast från ekonomisk synvinkel man kan bedöma om en tillgångsmassa har en sådan sammansättning och karaktär att den kan fungera som ett självständigt företag.[83]

Möjligen kan man förstå EG-domstolen så att man först skall se till om den överförda egendomen som sådan har en sammansättning och karaktär som gör att den typiskt sett kan fungera som ett eget företag. I den överförda tillgångsmassan skall således ingå alla komponenter som behövs för att driva en näringsverksamhet.[84] Om så är fallet kan kravet på oberoende verksamhet i regel anses tillgodosett. I vissa situationer kan dock en bedömning av den ekonomiska lönsamheten leda till att kravet på oberoende ändå inte anses uppfyllt, trots att egendomen "funktionellt" skulle kunna utgöra ett självständigt företag (se närmare om den ekonomiska synvinkeln i nästa avsnitt).

Viss ledning angående vad som funktionellt sett skall anses utgöra en oberoende verksamhet torde vidare kunna hämtas från fallet *Zita Modes* angående artikel 5.8 i det sjätte momsdirektivet.[85] Som framgått i avsnitt 3.2.2.1 ovan menar jag att praxis i anslutning till denna artikel, om än med viss försiktighet, bör kunna användas även vid tolkningen av artikel 2 i) i fusionsdirektivet. I *Zita Modes* slog EG-domstolen fast att med del av samtliga tillgångar i artikel 5.8 avses en självständig del av ett företag, inklusive materiella tillgångar och, i förekommande fall, immateriella tillgångar som tillsammans utgör en del av ett företag som kan bedriva självständig ekonomisk verksamhet. Enbart överföring av tillgångar, såsom försäljning av varulager, skall däremot inte omfattas av begreppet.[86] Av detta uttalande kan utläsas att det för att artikel 5.8 skall vara tillämplig krävs att det som överförs verkligen utgör en *verksamhet*, och inte endast ett antal enstaka tillgångar (även om dessa i och för sig skulle kunna användas som underlag för att bygga upp en verksamhet).[87] Motsvarande krav bör enligt min mening anses gälla även enligt artikel 2 i) i fusionsdirektivet. Att så är fallet framgår inte minst av själva direktivtexten, både

[83] Virin gör en liknande reflektion i SN 2003 s. 257. Se även Nordfeldt 2003 s. 24 f.
[84] Nordfeldt 2003 s. 24.
[85] Mål C-497/01 *Zita Modes*, EG-domstolens dom den 27 november 2003. Målet kommenteras av Alhager, E. i SN 2004 s. 480 ff.
[86] Se p. 40 i domen.
[87] Se Alhager. E. 2001 s. 357 ff. för en diskussion av gränsdragningen mellan överföring av tillgångar och överföring av verksamhet i momssammanhang. Det bör observeras att denna diskussion hänför sig till läget före *Zita Modes*-domen.

i valet av termen "*verksamhets*gren"[88] och i definitionen av denna term såsom alla tillgångar och skulder som "utgör en oberoende *verksamhet*" (mina kurs.).

En annan sak är att det förstås är svårt att mer exakt ange vad som måste ingå i överlåtelsen för att det skall vara fråga om överlåtelse av "verksamhet" och inte endast av "tillgångar".[89] I linje med *Zita Modes*-domen bör i vart fall kunna slås fast att en "naken" överlåtelse *endast* av lagertillgångar inte kan anses uppfylla kravet på att det skall vara en verksamhetsgren som överlåts. Detta gäller även om överlåtelsen avser hela det inneliggande lagret. Ett annat exempel kan vara överlåtelse av fastighet. En hyresfastighet, inklusive löpande hyreskontrakt och förvaltning knuten till fastigheten, bör enligt min mening kunna utgöra en verksamhetsgren. Däremot bör inte en fastighet som sådan, t.ex. en nybyggd fastighet som ännu står tom och där inga hyresavtal är tecknade, kunna anses uppfylla kraven för att vara en verksamhetsgren.[90]

Sammanfattningsvis måste ändå konstateras att det fortfarande är mycket oklart vilka närmare krav som skall ställas på den överförda tillgångsmassan för att det funktionellt sett skall anses möjligt att driva en oberoende verksamhet med denna som grund. Frågor som om den överförda egendomen måste ha viss minsta omfattning, om den måste tillgodose vissa mer preciserade kvalitativa kriterier, om det måste röra sig om en fysiskt, geografiskt eller på annat sätt avgränsad enhet etc. etc. kvarstår därmed än så länge obesvarade. Framtida praxis får utvisa om EG-domstolen överhuvudtaget är beredd att lämna några mer detaljerade riktlinjer för hur bedömningen skall ske, eller om den helt kommer att överlämna denna fråga till de nationella domstolarna.

Hur förhåller sig då det funktionella perspektiv som enligt EG-domstolen skall anläggas till svensk lagstiftning, förarbeten och rättspraxis?

[88] Jfr "branch of activity" i den engelska och "branche d'activité" i den franska språkversionen.

[89] Alhager ger som exempel på vad som skulle kunna utgöra "medföljande verksamhet" vid en tillgångsöverföring att vissa kunder, förpliktelser inom den bedrivna verksamheten och visst förbrukningsmaterial följer med vid överföringen, se Alhager, E. 2001 s. 389. Ett annat exempel skulle kunna vara att personal följer med vid överföringen. Här kan möjligen en parallell dras till fall C-50/91 *Commerz-Credit-Bank* [1992] ECR I-5225 angående artikel 7 (b) i direktiv 69/335/EEC om indirekta skatter på kapitalanskaffning. I det målet slog EG-domstolen fast att med del av företag enligt detta direktiv avses en del av ett företag som utgör en organiserad samling av *tillgångar och personer* som kan bidra till utövandet av en bestämd verksamhet, se p. 12 i EG-domstolens dom. Se närmare om detta mål i avsnitt 3.2.2.6 nedan.

[90] Se även Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 46, där han som ett exempel på en verksamhetsgren anger en fabrik "furnished with all the assets and funds necessary for it to function on its own".

Som nämnts motsvaras direktivets krav på "oberoende verksamhet" i den svenska lagtexten av ett krav på "självständig rörelse". Jag kan dock inte se att denna skillnad i ordalydelse har någon egentlig betydelse för möjligheten att även vid en bedömning av om villkoret i 2:25 IL är uppfyllt anlägga ett funktionellt perspektiv. Tvärtom är ordalydelsen i 2:25 IL så pass vag att den öppnar för en mängd olika tolkningsalternativ, och det bör därmed inte vara några problem att i detta avseende inrymma en konform tolkning under den svenska lagtexten.

Att ett funktionellt perspektiv skall anläggas kan inte heller sägas komma i konflikt med lagens förarbeten. Av uttalandena i förarbetena framgår att 2:25 IL framför allt syftar till att dra en gräns mellan å ena sidan "verksamhetsgren" och å andra sidan "enstaka tillgångar".[91] Som exempel på verksamhetsgren anges "verksamhet som är knuten till ett fartyg" samt "ägande och förvaltning av en fastighet", i båda fallen dock med den ytterligare förutsättningen att verksamheten har sådan omfattning att det framstår som ändamålsenligt att bedriva den självständigt. Att utesluta överföring av enstaka tillgångar från skattefrihetsreglerna ligger helt i linje med direktivet, och de bedömningskriterier som nämns i propositionen har stora likheter med dem som EG-domstolen för fram i *Andersen og Jensen*. Dessa uttalanden motsäger således inte på något sätt att ett funktionellt perspektiv kan anläggas vid bedömningen, utan kan tvärtom sägas stödja ett sådant betraktelsesätt. Även synsättet att det faktiskt måste röra sig om överföring av "verksamhet", och inte endast av ett antal "tillgångar", har enligt min mening stöd i de ovannämnda förarbetsuttalandena. Särskilt de exempel som anges, d.v.s. "*verksamhet som är knuten till* ett fartyg" samt "*ägande och förvaltning av* en fastighet" (mina kurs.), talar för detta.[92] Uttalandet i propositionen att verksamheten skall ha viss omfattning har däremot inget omedelbart stöd i direktivet eller i EG-domstolens ovannämnda praxis. Samtidigt kan det knappast sägas komma i konflikt med EG-rätten, i alla fall inte såsom den hittills har kommit till uttryck, att väga in den överförda verksamhetens omfattning i bedömningen. Däremot kan denna omständighet förstås inte tilläggas avgörande betydelse, men detta verkar inte heller vara avsikten i propositionen.[93]

[91] Prop. 1998/99:15 s. 138. Som framgått i avsnitt 3.2.2.2 ovan är propositionens diskussion angående verksamhetsgrensdefinitionen kopplad till underprisreglerna. Som nämndes i det avsnittet finns dock ingenting som tyder på att man tänkte sig att verksamhetsgren skulle ges en annan innebörd vid verksamhetsavyttringar.

[92] Jfr att det i SOU 1998:1 s. 62 f. som exempel på enstaka tillgång anges en fastighet eller ett fartyg, medan verksamhet knuten till ett fartyg däremot anses kunna utgöra en verksamhetsgren.

[93] Jfr att Skatteverket i sin handledning har tolkat det nämnda propositionsuttalandet så att något krav på viss minsta storlek för att en verksamhetsgren skall föreligga inte har uppställts, se SKV:s handledning 2004, del 3, s. 421.

Regeringsrättspraxis när det gäller tolkningen av verksamhetsgrensdefinitionen i 2:25 IL är ännu knapphändig. Frågan om hur det skall avgöras om den överförda egendomen "lämpar sig för att avskiljas till en självständig rörelse" har hittills endast berörts i två mål.[94] Båda målen (förhandsbesked) rörde tillämpningen av underprisreglerna i 23 kap. IL vid överlåtelse av fastigheter. I det ena målet[95] var frågan om fem fastigheter som skulle överlåtas mellan två bolag i en oäkta koncern tillsammans kunde anses utgöra en verksamhetsgren enligt 2:25 IL. Två av fastigheterna var industrifastigheter som hyrdes ut till andra bolag inom koncernen, två bestod av tomtmark och var belägna intill den ena industrifastigheten och en fastighet var ett småhus som utgjorde verkställande direktörens tjänstebostad. Det andra målet[96] gällde överlåtelse av en avstyckad del av en fastighet som så gott som uteslutande bestod av skogsmark. Överlåtelsen ingick som ett led i en företagsuppdelning och storleken på den del av skogsfastigheten som skulle avstyckas och överlåtas skulle bestämmas till en "värdemässigt lämplig del" av fastigheten. Regeringsrätten fann i båda målen med likartade motiveringar att kravet på verksamhetsgren var uppfyllt. Regeringsrätten angav kort att det mot bakgrund av vad som i ärendena uppgetts om "fastigheterna och deras användning" respektive "den del av fastigheten som skall avstyckas och dess användning" fick anses att de överlåtna fastigheterna respektive den avstyckade fastighetsdelen bildade "en ändamålsenlig och självständig förvaltningsenhet".

I det förstnämnda målet var det alltså i huvudsak fråga om fungerande industrifastigheter med kringliggande mark vilka användes för uthyrning. Det framstår som tämligen självklart att ett sådant fastighetsbestånd tillgodoser kraven på att utgöra en verksamhetsgren enligt 2:25 IL och det finns enligt min mening ingenting som talar för att en bedömning enligt artikel 2 i) i direktivet skulle ge ett annat resultat. Det andra målet om skogsfastigheten kan däremot *möjligen* tyda på att Regeringsrätten inte ser lika strikt på kravet på att det verkligen skall vara en "verksamhet" som överförs som har argumenterats för ovan. Av målet framgår nämligen inte närmare om och i så fall på vilket sätt även den verksamhet (d.v.s. i detta fall skogsbruksverksamhet) som bedrevs på fastigheten skulle omfattas av överlåtelsen.[97] Fallet kan därför eventuellt tolkas så att

[94] Regeringsrättens domar den 8 november 2004 i mål nr 3691-04 och 3693-04.

[95] Mål nr 3693-04.

[96] Mål nr 3691-04.

[97] Det kan anmärkas att en minoritet i Skatterättsnämnden (bestående av en ledamot, nämligen jag själv) ansåg att eftersom överlåtelsen endast syntes avse fastigheten som sådan, och inte skogsbruksverksamhet bedriven på fastigheten, kunde kravet på verksamhetsgren inte anses uppfyllt.

Regeringsrätten menar att en fastighet "i sig", d.v.s. utan "vidhängande verksamhet", kan utgöra en verksamhetsgren enligt 2:25 IL. Samtidigt uppgavs i målet att den fastighet som skulle avstyckas drevs som ett rationellt skogsbruk och Regeringsrätten framhöll också att fastigheten mot bakgrund av vad som i ärendet uppgetts om dess "användning" fick anses bilda en ändamålsenlig och självständig förvaltningsenhet. Detta uttalande skulle kunna förstås så att även Regeringsrätten menar att det är någon form av "verksamhet", och inte endast tillgången som sådan, som måste överföras och att domstolen fann att det av omständigheterna framgick att detta krav var uppfyllt i det aktuella målet.

Sammanfattningsvis är det enligt min mening svårt att utifrån dessa två mål dra några mer generella slutsatser om Regeringsrättens tolkning av den svenska verksamhetsgrensdefinitionen. Dels är det endast överlåtelse av fastigheter som prövats, dels är domskälen förhållandevis knapphändigt formulerade. Domarna ger därför knappast underlag för någon mer bestämd bedömning av om Regeringsrättens synsätt skiljer sig från det funktionella perspektiv som enligt EG-domstolen skall gälla vid tolkningen av definitionen i direktivet.[98]

3.2.2.5 Bedömningen av oberoendet ur ekonomisk synvinkel

Som nämnts angav EG-domstolen i *Andersen og Jensen* att bedömningen av om verksamheten är oberoende i andra hand skall ske ur ekonomisk synvinkel.[99] I målet skulle det övertagande bolagets framtida behov av medel tillgodoses genom en driftskredit från en fristående långivare. Aktieägarna i det övertagande bolaget, bland vilka ingick det överlåtande bolaget, skulle ställa sina aktier som säkerhet för lånet. Frågan i målet var om den överförda verksamheten, vilken var den enda verksamhet som skulle bedrivas i det övertagande bolaget, mot denna bakgrund verkligen kunde anses oberoende. I målet hade nämligen hävdats att det faktum att det

[98] Här kan även nämnas att den svenska verksamhetsgrensdefinitionen har berörts i ett antal ej överklagade förhandsbesked från Skatterättsnämnden. Dessa är dock genomgående tämligen kortfattat motiverade och in casu-betonade och det är därför svårt att ur dem dra ut några mer generella slutsatser om vilka bedömningskriterier som använts. Jag har därför valt att inte behandla dessa förhandsbesked här utan hänvisar till de presentationer av nämndens praxis angående denna fråga som redan finns på annat håll (se framför allt Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2003 s. 302 ff., Nilsson, P. i SN 2003 s. 843 ff. samt SOU 2002:52 s. 31 ff.). Så mycket kan i alla fall sägas som att det enligt min mening saknas några direkta indikationer på att Skatterättsnämndens praxis i något mer avgörande hänseende skulle vara oförenlig med EG-rätten när det gäller den nu diskuterade frågan.

[99] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379, p. 35 i EG-domstolens dom.

övertagande bolaget, för att erhålla nödvändiga medel för att bedriva verksamheten vidare, var beroende av en driftskredit för vilken aktieägarna måste lämna sina aktier i pant, innebar att det inte kunde anses fungera på egen hand.

EG-domstolen menade att det förhållandet att ett övertagande bolag utnyttjar en bankgaranti på villkor som är normala på marknaden inte i sig innebär att det är uteslutet att den verksamhet som överförs är av oberoende karaktär. Detta gäller även om aktieägarna i det övertagande bolaget ställer sina aktier i detta bolag som säkerhet för krediten. Om det övertagande bolagets ekonomiska situation i sin helhet är sådan att det måste konstateras att det med största sannolikhet inte kan överleva på egen hand kan detta emellertid enligt EG-domstolen innebära att verksamheten inte anses oberoende. Så kan t.ex. vara fallet om bolagets intäkter framstår som otillräckliga i förhållande till räntor och amorteringar på bolagets skulder.[100]

Här kan anmärkas att kravet på oberoende enligt direktivtexten avser den överförda verksamheten och inte det övertagande bolaget. Det är därför något förvånande att EG-domstolen anger att det är "det övertagande bolagets ekonomiska situation i sin helhet" som skall bedömas och inte endast lönsamheten hos den överförda verksamheten. Möjligen kan detta förklaras av att den enda verksamhet som i det aktuella fallet skulle bedrivas av det övertagande bolaget var just den överförda verksamheten. Vidare kan noteras att även om verksamhetens ekonomiska bärkraft således skall vägas in vid oberoendebedömningen indikerar EG-domstolens skrivning att bedömningen på denna punkt knappast skall vara särskilt sträng. Det verkar tvärtom krävas ganska mycket för att en överföring skall underkännas på den grunden att verksamheten inte anses vara ekonomiskt hållbar.[101]

Tanken att man vid bedömningen av om en verksamhetsgren föreligger åtminstone i vissa fall skall väga in verksamhetens ekonomiska bärkraft har inte kommit till direkt uttryck i svensk lagstiftning, förarbeten eller praxis. Lagtextens ordalydelse kan dock inte anses hindra att så sker. Tvärtom ligger väl en bedömning av den överförda verksamhetens ekonomiska överlevnadsförmåga (om än säkert svår att göra) helt inom ramen för vad som är möjligt att beakta när man skall avgöra om den "lämpar sig" för att avskiljas till en självständig rörelse. Jag kan därför inte se några problem med att tolka den svenska lagtexten EG-konformt i detta avseende.

[100] Se p. 35 och 36 i domen.

[101] Se vidare om denna fråga Vinther och Werlauff i European Taxation 2002 s. 441 ff.

3.2.2.6 Från vems perspektiv skall oberoendebedömningen göras?

En fråga som redan har tangerats i föregående avsnitt men som nu skall diskuteras mer ingående är från vems perspektiv oberoendebedömningen skall göras. Denna fråga har i Sverige varit tämligen omdebatterad när det gäller tolkningen av verksamhetsgren i den svenska lagtexten.[102] Frågan är om bedömningen av huruvida verksamheten är oberoende skall relateras till situationen för (någon av) de inblandade parterna eller om den skall ske helt objektivt? Skall man således göra bedömningen utifrån säljarens perspektiv, utifrån köparens perspektiv eller bara rent objektivt utifrån den överförda egendomsmassans karaktär och lönsamhet?

En bedömning från säljarens perspektiv innebär att man ser till om det som överlåts utgör en självständig och avgränsad enhet redan hos det överlåtande bolaget. Vid en bedömning från köparens perspektiv kan man lägga vikt vid dels om det är möjligt för just det övertagande bolaget att i det konkreta fallet bedriva en oberoende verksamhet med den överförda egendomen som grund, dels om och på vilket sätt detta bolag rent faktiskt driver den överförda verksamheten vidare. Vid en objektiv bedömning bortser man från förhållandena hos det överlåtande och det övertagande bolaget och relaterar bedömningen till den överförda egendomen i sig. Detta uttrycks ibland även så att man skall se till en "tänkt objektiv förvärvares" möjligheter att driva näringsverksamhet på ett ändamålsenligt sätt med enbart den förvärvade egendomen.[103] Man kan förstås också tänka sig kombinationer mellan dessa olika perspektiv, t.ex. på så sätt att den överförda egendomen skall utgöra en avskild verksamhetsgren hos både säljaren och köparen (ett slags "going concern"-krav).

Direktivtexten ger ingen omedelbar vägledning när det gäller frågan om från vems perspektiv oberoendebedömningen skall göras. Ordalydelsen kan dock närmast sägas tala för att man skall se det hela ur det överlåtande bolagets perspektiv. I artikel 2 c) definieras överföring av tillgångar som en transaktion varigenom ett bolag överför "alla eller en eller flera av *sina* [kurs. här] verksamhetsgrenar" till ett annat bolag.[104] I definitionen av verksamhetsgren i artikel 2 i) anges vidare att det skall vara fråga om en del av ett bolag som "från organisatorisk synpunkt *utgör* [kurs. här]" en oberoende verksamhet.[105] Formuleringarna tyder onekligen på att de

[102] Se Rydin och Nilsson, P. i SN 1999 s. 481 f., Alhager, E. i SN 2002 s. 675, Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2003 s. 307 f. och 310 f., Nilsson, P. i SN 2003 s. 843 ff. samt Virin i SN 2004 s. 236 ff.

[103] Se t.ex. Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2003 s. 307 och Nilsson, P. i SN 2003 s. 845.

[104] Jfr "branches of *its* activity" respektive "branches de *son* activité" i den engelska respektive den franska språkversionen (mina kurs.).

[105] Jfr "constitute" i den engelska och "constituent" i den franska språkversionen.

överlåtna tillgångarna och skulderna redan före överlåtelsen skall vara organiserade som en självständig division eller liknande hos det överlåtande bolaget. Å andra sidan kan den därpå följande bisatsen i artikel 2 i), "dvs. en enhet *som kan* [kurs. här] fungera på egen hand",[106] eventuellt tolkas som att det viktiga är att den överförda enheten i sig har sådan karaktär att den kan fungera som en självständig enhet, d.v.s. att bedömningen skall ske objektivt.[107] Denna skrivning kan dock också tolkas så att det bara är sådana redan existerande enheter hos det överlåtande bolaget som verkligen har förmåga att fungera självständigt som omfattas av definitionen.

Det finns även doktrinuttalanden som antyder att överlåtelsen måste avse en redan före överlåtelsen avgränsad enhet hos det överlåtande bolaget. Det har t.ex. sagts att kravet på verksamhetsgren innebär att de överförda tillgångarna och skulderna inte får vara "arbitrarily selected among the transferring company's total assets and liabilities",[108] eller att det inte får röra sig om "unrelated assets".[109] Dessa uttalanden kan förstås så att det överlåtande bolaget inte inför överlåtelsen kan skapa en verksamhetsgren genom att "plocka ihop" tillgångar från olika delar av företaget, utan att det måste röra sig om en redan före överlåtelsen existerande och sammanhållen verksamhet. Möjligen menar dessa författare dock endast de överlåtna tillgångarna tillsammans faktiskt måste konstituera en "verksamhet", d.v.s. att det inte endast får röra sig om ett antal enstaka tillgångar.[110]

Enligt min mening är det kanske inte så konstigt om det fall som gemenskapslagstiftaren primärt hade för ögonen när direktivtexten skrevs var just en överföring av en redan existerande division etc. till ett annat bolag, eftersom detta framstår som typfallet av en verksamhetsavyttring. Samtidigt har jag litet svårt att se ändamålsskälen bakom ett strikt upprätthållande av ett sådant krav. Huvudsyftet med direktivet, d.v.s. att underlätta internationella företagsombildningar, talar enligt min mening för att överlåtelser som utgör ett led i en företagsomstrukturering bör omfattas av reglerna. Beslutet att i samband med en överlåtelse "skapa" en oberoende enhet som inte tidigare fanns kan väl mycket väl vara grundat just på en önskan att omstrukturera verksamheten. Det framstår då som omotiverat att utesluta en sådan överlåtelse från direktivets tillämp-

[106] Jfr "an entity *capable* of functioning by its own means" i den engelska och "un ensemble *capable* de fonctionner par ses propres moyens" i den franska språkversionen (mina kurs.).

[107] Så vill t.ex. Nilsson tolka bestämmelsen, se Nilsson, P. i SN 2003 s. 851.

[108] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 45.

[109] Terra och Wattel 2001 s. 378. Jr även Survey 1995 s. 46, där det sägs att direktivet inte är tillämpligt på överföring av "unconnected assets and liabilities bundled together".

[110] Jfr diskussionen i avsnitt 3.2.2.4 ovan.

ningsområde bara för att enheten inte under viss tid före överlåtelsen har fungerat som en oberoende enhet hos det överlåtande bolaget. Ett sådant krav riskerar också att bli mycket svårtillämpat i praktiken – hur lång "karenstid" skall t.ex. krävas mellan en intern omstrukturering varvid en oberoende enhet skapas och avyttringen av denna enhet? Såsom har framhållits i doktrinen riskeras vidare att utfallet blir slumpartat om det skall styras av hur det överlåtande bolaget i det enskilda fallet har råkat organisera sin verksamhet.[111]

Som ytterligare argument emot att säljarperspektivet skall vara avgörande kan även anföras målet *Commerz-Credit-Bank* angående artikel 7 (b) i direktiv 69/335/EEC om indirekt skatt på kapitalanskaffning.[112] I målet uppkom frågan om det med del av företag enligt kapitalanskaffningsdirektivet avses en företagsdel som bedriver verksamhet som till sin natur är skild från den verksamhet som drivs i resterade del av det överlåtande bolaget. Frågan var alltså i princip om verksamheten måste fungera som en avskild och självständig del av det överlåtande bolaget redan före överlåtelsen. EG-domstolen menade att så inte behöver vara fallet.[113] Domstolen framhöll att det saknar betydelse vilken eller vilka verksamheter som bedrivs av det överlåtande bolaget. Det spelar heller ingen roll om den överlåtna verksamheten finansieras av och/eller styrs genom instruktioner från det överlåtande bolagets huvudkontor. Det viktiga är i stället själva den verksamhet som bedrivs i den överlåtna företagsdelen och om denna kan bidra till utvecklingen av verksamheten hos det köpande bolaget.

I detta mål avfärdas alltså säljarperspektivet och det är snarare ett objektivt perspektiv, i kombination med ett köparperspektiv, som lyfts fram. En viss försiktighet bör dock anbefallas när det gäller användbarheten av detta rättsfall vid tolkningen av fusionsdirektivet. Den ifrågavarande bestämmelsen i kapitalanskaffningsdirektivet är en undantagsbestämmelse som sätter ned den föreskrivna skattesatsen vid vissa beskrivna transaktioner. I preambeln till denna bestämmelse, och särskilt

[111] Næsborg Jensen 1997 s. 187. Enligt hans uppfattning skulle en betoning av förhållandena hos det övertagande bolaget efter överlåtelsen däremot ge en mer enhetlig rättstillämpning. För egen del kan jag gärna instämma i att en betoning av säljarperspektivet kan leda till att i övrigt likartade fall behandlas olika beroende på säljarens förhållanden i det enskilda fallet. Enligt min mening kan dock en betoning av köparperspektivet få i princip samma konsekvens. Denna argumentationslinje talar i stället snarast för att bedömningen bör ske rent objektivt.

[112] Mål C-50/91 *Commerz-Credit-Bank* [1992] ECR I-5225. Som diskuterats i avsnitt 3.2.2.1 ovan bör praxis i anslutning till kapitalanskaffningsdirektivet kunna tjäna till viss vägledning även vid tolkningen av definitionen av verksamhetsgren i fusionsdirektivet.

[113] Se p. 13–16 i domen.

till senare ändringar av densamma, anges att syftet med bestämmelsen är att underlätta ombildning och *utveckling* (kurs. här) av företag.[114] EG-domstolen lade vid tolkningen stor vikt vid detta och menade att bestämmelsen särskilt har till syfte att underlätta att olika enheter som bedriver samma eller kompletterande verksamheter sammanförs i ett företag.[115] Betoningen på det köpande bolaget kan alltså förklaras av de särskilda syften som EG-domstolen ansåg ligga bakom den aktuella bestämmelsen i kapitalanskaffningsdirektivet. Det är inte alls säkert att EG-domstolen skulle finna att motsvarande syften gör sig gällande vid tolkningen av definitionen av verksamhetsgren i fusionsdirektivet.

Visst stöd för att ett köparperspektiv skall anläggas också vid tolkningen av fusionsdirektivet, åtminstone när det gäller bedömningen av oberoendet ur ekonomisk synvinkel, kan emellertid hämtas även från *Andersen og Jensen*. Som framgått i avsnitt 3.2.2.5 ovan angav ju EG-domstolen att denna bedömning skall relateras till "det övertagande bolagets ekonomiska situation i sin helhet".[116] Som nämndes ovan var omständigheterna i målet emellertid såtillvida speciella att den enda verksamhet som skulle drivas av det övertagande bolaget var just den överförda verksamheten. En bedömning av det övertagande bolagets ekonomiska överlevnadsförmåga sammanföll därmed i realiteten med en bedömning av den överförda verksamhetens ekonomiska överlevnadsförmåga. Man bör därför vara försiktig med att i detta avseende dra några mer långtgående slutsatser av avgörandet.

Frågan är vidare om samma perspektiv skall användas vid bedömningen av om egendomen funktionellt sett är oberoende. Skall man även då beakta situationen hos just det konkreta övertagande bolaget eller skall bedömningen ske med bortseende av vem som de facto är köpare? Denna fråga berörs inte uttryckligen i *Andersen og Jensen*. I doktrinen har dock argumenterats för att just betoningen av egendomens funktion i sig indikerar ett objektivt synsätt, eftersom det är den överlåtna egendomen som sådan som skall ha vissa särskilda egenskaper.[117] Möjligen kan även EG-domstolens uttalande om att det funktionella perspektivet innebär att de överförda tillgångarna "skall kunna" fungera som ett självständigt företag tala i samma riktning.[118] Ordvalet antyder ju att något slags hypotetisk bedömning skall ske av om tillgångarna som sådana har sådan

[114] Se särskilt preambeln till direktiv 85/303/EEC med ändringar i direktiv 69/335/EEC men även preambeln till direktiv 73/80/EEC angående fastställande av skattesatser.
[115] Se p. 11 i domen.
[116] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379, p. 36 i EG-domstolens dom.
[117] Alhager, E. i SN 2002 s. 675 med instämmande av Nilsson, P. i SN 2003 s. 851.
[118] Jfr "doivent pouvoir" i den franska språkversionen av domen och "must be able to" i den engelska.

sammansättning och karaktär att de kan fungera som ett självständigt företag. Något som talar emot en rent objektiv bedömning, d.v.s. en bedömning utan beaktande av hur egendomen har använts hos det överlåtande bolaget och/eller kommer att användas hos det övertagande bolaget, är dock att EG-domstolen menar att bedömningen skall ske från fall till fall. Att relatera bedömningen till det enskilda fallet innebär ju regelmässigt att beakta den faktiska situationen hos de inblandade parterna. Uttalandet skulle dock också kunna förstås så att det är i det enskilda fallet som det måste avgöras om den överförda tillgångsmassan i sig har sådan sammansättning och karaktär att den uppfyller kravet på att vara en oberoende verksamhet.

En särskild fråga när det gäller betydelsen av köparperspektivet är vidare om det spelar någon roll om och på vilket sätt det övertagande bolaget de facto kommer att driva den överförda verksamheten vidare. Denna fråga aktualiserades i det ovannämnda *Zita Modes*-målet angående artikel 5.8 i det sjätte momsdirektivet.[119] I det målet konstaterade EG-domstolen att artikel 5.8 inte innehåller något uttryckligt villkor angående hur mottagaren skall använda de överförda tillgångarna.[120] Domstolen slog dock sedan fast att det av syftet med artikel 5.8, d.v.s. att underlätta överlåtelser av företag och delar av företag,[121] framgår att den särskilda behandling av vissa överföringar som medges enligt artikeln endast är motiverad om mottagaren har för avsikt att driva den överförda verksamheten vidare.[122] I domen uppställs således ett slags "going concern"-krav.[123] En överföring där mottagarens avsikt är att omedelbart avveckla den ifrågavarande verksamheten omfattas däremot inte av bestämmelsen.[124] Det avgörande synes således vara köparens intentioner med förvärvet (vilka dock förmodligen måste konkretiseras på något sätt), inte att dessa intentioner sedan nödvändigtvis också realiseras.[125]

Mot bakgrund av att syftet med fusionsdirektivet korresponderar med det syfte som enligt EG-domstolen ligger bakom artikel 5.8 i det sjätte momsdirektivet kan ifrågasättas om det inte även enligt fusionsdirektivet måste krävas att avsikten är att verksamheten skall drivas vidare hos det övertagande bolaget. Ändamålsskälen för att medge skattefrihet förefal-

[119] Mål C-497/01 *Zita Modes*, EG-domstolens dom den 27 november 2003. Målet berörs även i avsnitt 3.2.2.1 och 3.2.2.4 ovan.
[120] Se p. 42 i EG-domstolens dom.
[121] Jfr p. 39 i domen samt avsnitt 3.2.2.1 ovan.
[122] Se p. 44 jämförd med p. 41 i domen.
[123] Alhager, E. i SN 2004 s. 483.
[124] Se p. 44 i domen. Något krav på att mottagaren före överlåtelsen skall ha bedrivit samma slags verksamhet som överlåtaren uppställs dock inte, se p. 45 i domen.
[125] Se Alhager, E. i SN 2004 s. 483 och 485 f.

ler onekligen vara svagare om verksamheten skall läggas ned direkt efter överlåtelsen jämfört med om syftet är att driva verksamheten vidare. Samtidigt kan väl även en avveckling av en viss verksamhetsdel utgöra ett viktigt led i en omstrukturering. Relevansen av *Zita Modes*-målet vid tolkningen av fusionsdirektivet i detta avseende kan också ifrågasättas. I målet synes EG-domstolen nämligen ha lagt stor vikt vid mervärdesskattens funktion av flerledsskatt och särskilt vid att syftet är att näringsidkare inte slutgiltigt skall belastas av denna skatt.[126] Normalt säkerställs detta på ett godtagbart sätt genom rätten till avdrag för ingående moms, men vid överlåtelse av företag eller delar av företag kan mervärdesskatten enligt EG-domstolen uppgå till stora belopp, varför mottagarens likviditet kan belastas med en oproportionerligt tung skattebörda.[127] Därför ansågs det motiverat att medge en särskild behandling av just dessa transaktioner.[128] Utifrån detta resonemang framstår det enligt min mening som helt följdriktigt att däremot inte särbehandla transaktioner där syftet är att avveckla den överförda verksamheten omedelbart efter överlåtelsen. En sådan avveckling leder ju typiskt sett till att skattepliktiga transaktioner uppstår (t.ex. när lagret utförsäljs), varför säljaren då på normalt sätt kan föra momsen vidare till nästa led i kedjan. Eftersom mervärdesskattens funktion således synes ha haft stor betydelse för utgången av målet i denna del bör man vara mycket försiktig med att dra några omedelbara paralleller till målet vid tolkningen av fusionsdirektivet.

Vilka slutsatser kan då sammanfattningsvis dras av ovanstående resonemang? Enligt min mening utmynnar resonemangen snarast i att inget av de nämnda perspektiven ensamt kan ges avgörande betydelse vid bedömningen utan att det i stället handlar om att göra ett slags helhetsbedömning. Utgångspunkten bör dock därvid rimligen vara att bedömningen skall ske objektivt. Av detta följer att det enligt min mening inte kan *krävas* att det som överförs måste vara organiserat som en självständig verksamhetsgren redan hos det överlåtande bolaget och/eller att det organiseras som en sådan hos det övertagande bolaget. Jag menar vidare att det av de skäl som diskuterats ovan överhuvudtaget är tvivelaktigt om något krav, motsvarande det som uppställs i momssammanhang, på att det övertagande bolagets avsikt är att driva verksamheten vidare kan intolkas även i fusionsdirektivet. Även en överlåtelse där avsikten är att den överlåtna verksamheten mer eller mindre omedelbart skall avvecklas hos det övertagande bolaget bör således enligt min mening kunna omfattas

[126] Se p. 37–38 i domen.
[127] Se p. 39 och 41 i domen. Jfr även p. 38–39 i generaladvokat Jacobs yttrande.
[128] Se p. 41 i domen.

av fusionsdirektivet, om den överlåtna egendomen i sig har sådan sammansättning och karaktär att den skulle kunna fungera som en självständig verksamhet.

Även om det enligt min mening inte kan krävas att det som överlåts är organiserat som en självständig verksamhet hos det överlåtande och/eller det övertagande bolaget torde dock den omständigheten att så *de facto* är fallet ändå kunna få betydelse vid bedömningen. Att verksamheten har fungerat respektive kommer att fungera självständigt hos det överlåtande och/eller det övertagande bolaget utgör ju om inte annat ett klart bevis för att den också rent objektivt har sådan karaktär att den har förutsättningar för att kunna fungera på egen hand. Men leder då inte det nu sagda närmast till slutsatsen att det är tillräckligt att det som överlåts utgör en oberoende verksamhet utifrån *något av* de nämnda perspektiven för att direktivets krav skall vara uppfyllt? Ofta kan nog detta i realiteten bli fallet. Jag är dock ändå tveksam till att generellt dra en sådan slutsats. De fall som därvid framstår som särskilt problematiska är när det är mer eller mindre klart att den överlåtna verksamheten inte i sig, utifrån en strikt objektiv bedömning, kan anses ha möjlighet att fungera självständigt, men där särskilda förhållanden hos det aktuella överlåtande och/eller övertagande bolaget ändå gör detta möjligt.

Ett exempel på detta är när bedrivandet av verksamheten är beroende av patent, varumärken eller andra liknande rättigheter vilka används gemensamt både i den verksamhet som skall överföras och av andra delar av det överlåtande bolaget. För att den överförda verksamheten rent objektivt skall kunna fungera oberoende måste då rimligen krävas att någon form av rättighet att även fortsättningsvis utnyttja varumärket etc. måste ingå i överlåtelsen. En bedömning utifrån säljarperspektivet skulle dock kunna leda till att oberoendekravet anses uppfyllt även om så inte sker. Detsamma skulle eventuellt också kunna gälla vid en bedömning utifrån köparperspektivet om det övertagande bolaget, konkludent eller med stöd av överenskommelse i separat avtal, de facto gavs möjlighet att även fortsättningsvis utnyttja varumärket etc. (något som ofta kan vara fallet vid överlåtelser mellan närstående bolag). I en sådan situation menar jag att man snarare än att säga att det räcker att oberoendekravet är uppfyllt utifrån ett av de nämnda perspektiven bör göra en helhetsbedömning där samtliga perspektiven beaktas.

Hur förhåller sig då det nu sagda till den rättstillämpning som utbildats i Sverige i anslutning till verksamhetsgrensdefinitionen i 2:25 IL? Varken lagtexten eller förarbetena kan sägas ge något entydigt svar på frågan om från vems perspektiv bedömningen skall ske. Inte heller Regeringsrätten har ännu uttryckligen berört denna fråga. Som nämndes i inledningen till detta avsnitt har frågan däremot varit tämligen omdisku-

terad i svensk doktrin, varvid relativt stor uppmärksamhet har ägnats åt Skatterättsnämndens praxis.[129]

Något som alla bedömare förefaller vara ense om är att 2:25 IL innebär att tidigare svensk praxis, enligt vilken ett överlåtarperspektiv skulle anläggas,[130] numera är överspelad. Bestämmelsen i 2:25 IL har således i doktrinen tolkats så att den inte kan anses kräva att den överlåtna egendomen utgjorde en avgränsad och självständig verksamhet hos överlåtaren.[131] Denna slutsats stöds också av Regeringsrättens dom i det ovannämnda målet om skogsfastigheten.[132] I målet fann Regeringsrätten att en del av en skogsfastighet som i samband med överlåtelsen avstyckades till en självständig fastighet utgjorde en verksamhetsgren enligt 2:25 IL. Även om Regeringsrätten inte uttryckligen berörde frågan om från vems perspektiv bedömningen skall göras framgår således av domen att kraven i 2:25 IL ansågs uppfyllda trots att den överlåtna fastighetsdelen inte fungerade som en självständig verksamhetsgren redan hos säljaren.

Ovan har jag argumenterat för att även direktivets verksamhetsgrensdefinition bör tolkas så att det inte kan krävas att det som överförs måste vara organiserat som en självständig verksamhetsgren hos det överlåtande bolaget. Om denna tolkning är riktig uppkommer ingen konflikt mellan direktivet och den svenska lagstiftningen. Som framgått finns dock även argument som talar i motsatt riktning, d.v.s. för att det endast är överföringar av "befintliga" verksamhetsgrenar hos det överlåtande bolaget som omfattas av direktivets regler. Om EG-domstolen i framtida praxis skulle gå på denna linje uppkommer frågan om en sådan tolkning är förenlig med den svenska lagtexten. Själv ställer jag mig tveksam till detta. De skrivningar i direktivtexten som utgör stöd för att ett säljarperspektiv skall anläggas, d.v.s. att överlåtaren skall överföra en av "sina" verksamhetsgrenar respektive att överlåtelsen skall avse tillgångar och skulder som "utgör" en oberoende verksamhet,[133] saknas helt i den svenska lagtexten. I 2:25 IL sägs endast att det skall vara fråga om "sådan del av en rörelse som *lämpar sig för att avskiljas till* [min kurs.] en självständig rörelse". Att tolka detta så att det som avskiljs redan *måste vara* en självständig rörelse anser jag vara om inte helt oförenligt med lagtexten så i vart fall mycket svårförenligt med denna. Här är det alltså tänkbart att den bristande överensstäm-

[129] Se not 102.

[130] Se RÅ 1976 ref. 6 och RÅ 1992 not. 242.

[131] Rydin och Nilsson, P. i SN 1999 s. 482, Alhager, E. i SN 2002 s. 675, Nilsson, P. i SN 2003 s. 845 och Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2003 s. 310.

[132] Se Regeringsrättens dom den 8 november 2004 i mål 3691-04 vilken behandlades i avsnitt 3.2.2.4 ovan.

[133] Jfr diskussionen ovan i detta avsnitt.

melsen mellan ordalydelsen i 2:25 IL och ordalydelsen i direktivet kan komma att få betydelse för möjligheten att tolka den svenska bestämmelsen EG-konformt.

Om den svenska doktrinen entydigt talar för att bedömningen skall göras utan hänsyn till förhållandena hos säljaren är bilden kanske något mera splittrad vad gäller om det i stället är köparens perspektiv som skall anläggas eller om bedömningen skall ske helt objektivt.[134] De mer omfattande analyser som nyligen företagits, och som framför allt baserat sig på Skatterättsnämndspraxis, utmynnar dock båda i slutsatsen att det är ett objektivt perspektiv, eller en "tänkt objektiv köpares" perspektiv, som skall anläggas.[135] Även Regeringsrättens skrivning i skogsfastighetsmålet om att det mot bakgrund av vad som i ärendet uppgetts "om den del av fastigheten som skall avstyckas och dess användning" fick anses att denna bildade en ändamålsenlig och självständig förvaltningsenhet[136] talar för att domstolen såg till den överförda egendomen som sådan, d.v.s. att bedömningen gjordes rent objektivt. Detsamma verkar vara fallet även i målet om industrifastigheterna, där Regeringsrättens motivering på motsvarande sätt inriktade sig på de överlåtna fastigheterna och deras användning.[137] Det finns i alla fall ingenting i domarna som antyder att förhållandena på köparsidan vägdes in i bedömningen.

Ovan fann jag att den EG-rättsliga analysen snarast utmynnar i att det enligt direktivet skall ske ett slags helhetsbedömning men att utgångspunkten därvid ändå bör vara att ett objektivt perspektiv skall anläggas. Om det alls finns någon skillnad mellan å ena sidan den hittillsvarande svenska rättstillämpningen och å andra sidan de slutsatser som ovan har dragits angående hur prövningen skall ske enligt direktivet är denna skillnad således knappast särskilt stor. Det skall dock också sägas att det faktum att både EG-rätten och den svenska rätten i detta avseende ännu är så pass lösa i konturerna medför att någon mer preciserad bedömning av hur den hittillsvarande svenska rättstillämpningen förhåller sig till en prövning enligt direktivet överhuvudtaget är svår att göra.

[134] Silfverberg har t.ex. framfört att det är förvärvarens möjligheter att bedriva den avskilda verksamheten vidare som skall bedömas, se Silfverberg i SN 1999 s. 513 (not 22). Samma uppfattning framförs även i Alhager, E. och Alhager, M. 2002 s. 80 och i SKV:s handledning 2004, del 3 s. 421. Såväl Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2003 s. 310 som Nilsson, P. i SN 2003 s. 850 menar dock att bedömningen skall ske helt objektivt. Se även Rydin och Nilsson, P. i SN 1999 s. 481 f. som hävdar att bedömningen skall ske på objektiva grunder men att de faktiska förhållandena hos förvärvaren inte kan underkännas.

[135] Se Nilsson, P. i SN 2003 s. 850 samt Nilsson, U. och Uggla i SvSkT 2003 s. 310.

[136] Se närmare avsnitt 3.2.2.4 ovan.

[137] Se Regeringsrättens dom den 8 november 2004 i mål nr 3693-04, kommenterad i avsnitt 3.2.2.4 ovan.

3.2.2.7 Kravet på att verksamhetsgrenens alla tillgångar och skulder skall överföras

Av direktivets definition framgår att *alla* tillgångar och skulder i verksamhetsgrenen skall överföras. Även i den svenska lagtexten anges att samtliga tillgångar i verksamhetsgrenen skall avyttras, se 38:2 IL. I det ovannämnda målet *Andersen og Jensen*[138] skulle, som ett led i ett generationsskifte, hela verksamheten i det överlåtande bolaget överföras. Det överlåtande bolaget skulle dock behålla en liten aktiepost i ett utomstående bolag, vilket befann sig i likvidation. Frågan var om kravet på att överföringen skall avse alla tillgångar och skulder som är hänförliga till en verksamhetsgren ändå kunde anses uppfyllt. EG-domstolen konstaterade endast att det förhållandet att en mindre aktiepost var kvar i det överlåtande bolaget inte uteslöt att den överförda egendomen utgjorde en verksamhetsgren utan samband med denna aktiepost.[139] Domstolen gick dock inte närmare in på hur man skall bedöma om ett sådant samband föreligger eller inte. På samma sätt som när det gäller oberoendebedömningen (jfr avsnitt 3.2.2.3 ovan) överläts alltså även här åt den nationella domstolen att göra denna bedömning med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.

Enligt min mening kan kravet på att alla tillgångar som hör till verksamhetsgrenen skall ingå i överlåtelsen knappast ges en särskilt strikt tolkning. I avsnitt 3.2.2.6 ovan har jag dragit slutsatsen att det inte bör krävas att det som överförs måste vara organiserat som en självständig verksamhetsgren redan hos det överlåtande bolaget. Om så inte är fallet är det självfallet svårt att hävda att vissa tillgångar, som inte följer med vid överlåtelsen, "hör till" den överlåtna verksamhetsgrenen. Om det som överförs de facto utgör en verksamhetsgren redan hos det överlåtande bolaget är det förstås något lättare att slå fast att viss egendom, som före överlåtelsen användes i denna verksamhetsgren, inte följer med vid överlåtelsen. Jag har dock svårt att se vilka ändamålsskäl som skulle ligga bakom att en överlåtelse diskvalificeras på denna grund. Huvudsaken bör väl vara att den egendom som ingår i överlåtelsen *i sig* kvalificerar som en verksamhetsgren, d.v.s. att den har sådan sammansättning och karaktär att den "räcker" för att driva ett självständigt företag med. Kravet på att "alla tillgångar" skall överföras menar jag därför snarast bör tolkas så att "alla tillgångar som behövs för att den överförda egendomen skall konstituera en verksamhetsgren" måste överföras, men däremot bör det inte spela

[138] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379.
[139] Se p. 28 i domen.

någon roll om alla tillgångar som före överlåtelsen hade en eller annan koppling till varandra ingår i överlåtelsen.[140]

I *Andersen og Jensen*-målet uppkom också frågan om samband mellan tillgångar och skulder. Trots att hela verksamheten skulle överföras ville de skattskyldiga, för att underlätta genomförandet av generationsskiftet, att det överlåtande bolaget skulle bibehålla ett kapital bestående av likvida medel. För att åstadkomma detta skulle det överlåtande bolaget strax före överlåtelsen uppta ett större lån. Avsikten var att de upplånade medlen skulle stanna kvar i det överlåtande bolaget men att själva skulden skulle följa med verksamheten över till det övertagande bolaget. Detta förfarande accepterades dock inte av EG-domstolen. Domstolen framhöll att de tillgångar och skulder som är hänförliga till en verksamhetsgren måste överföras i sin helhet. Om ett belopp som det överlåtande bolaget har lånat kvarstår i detta bolag medan de förpliktelser som följer av lånet överförs till det övertagande bolaget skiljs emellertid dessa tillgångar och skulder åt. En sådan överföring uppfyller därför enligt domstolen inte direktivets krav för skattefrihet.[141]

I det aktuella målet skulle lånet tas upp i direkt anslutning till verksamhetsavyttringen i det uttryckliga syftet att minska nettovärdet på den överförda egendomen. P.g.a. det nära tidsmässiga sambandet var det inte särskilt svårt att konstatera att den överförda förpliktelsen hade direkt samband med de medel som skulle stanna kvar i det överlåtande bolaget. EG-domstolen verkar också ha lagt stor vikt vid att förfarandet i realiteten var ett kringgående av förbudet mot kontant betalning.[142] I andra fall kan det vara mer problematiskt att fastställa vilka av det överlåtande bolagets skulder som har respektive inte har samband med de överförda till-

[140] Se dock för motsatt uppfattning Serup 2003 s. 349 f., som tolkar direktivet så att alla tillgångar som "hör till" den överlåtna verksamhetsgrenen måste följa med vid överlåtelsen. Denna uppfattning har också framförts av Alhager, som menar att *Andersen og Jensen*-målet visar att det överlåtande bolaget inte får behålla några tillgångar som finns i den verksamhetsgren som överförs – inte ens likvida medel, se Alhager, E. i SN 2002 s. 673. Själv har jag svårt att se hur likvida medel i ett bolag kan "öronmärkas" till en viss verksamhetsgren. Att EG-domstolen i målet inte accepterade att likvida medel behölls i det överlåtande bolaget beror enligt min mening på att dessa medel var direkt kopplade till en skuld som ingick i överlåtelsen (se närmare strax nedan). Hela EG-domstolens resonemang är i den delen inriktat just på kopplingen mellan tillgångar och skulder, varför jag inte anser att man kan dra några egentliga slutsatser av detta resonemang med avseende på kopplingen mellan de likvida tillgångarna och övriga överförda tillgångar. Vidare bör beaktas att det förfarande EG-domstolen hade att bedöma var en form av kringgåendetransaktion, vilket sannolikt hade stor betydelse för domstolens slutsatser (jfr vidare nedan).

[141] Se p. 25 i domen.

[142] Se domen, p. 26 samt jfr även avsnitt 3.2.3.1 nedan.

gångarna.[143] Enligt min mening kan målet knappast tas till intäkt för att det i alla situationer skulle strida mot direktivet att låta en skuld följa med vid överföringen trots att det kvarstår likvida medel i det överlåtande bolaget. För att så skall vara fallet måste ett tydligt samband mellan skulden och de kvarstående medlen kunna påvisas. Vidare förekommer det regelmässigt att ett bolag har skulder som hänför sig till den övergripande finansieringen av bolagets verksamhet och som inte kan knytas till en specifik verksamhetsgren. I doktrinen har argumenterats för att det måste vara tillåtet att låta en viss del även av sådana skulder följa med vid överlåtelsen.[144] Jag instämmer i den slutsatsen.

Omvänt kan man också tänka sig att det överlåtande bolaget behåller vissa skulder trots att de upplånade medlen använts för att finansiera anskaffningen av de överförda tillgångarna eller på annan grund är hänförliga till den överförda verksamheten. EG-domstolens synsätt i *Andersen og Jensen* att de tillgångar och skulder som har koppling till varandra inte får skiljas åt genom verksamhetsavyttringen talar onekligen för att inte heller ett sådant förfarande kan anses uppfylla direktivets krav. Samtidigt skiljer sig den nu beskrivna situationen på ett avgörande sätt från den som var aktuell i målet. Förfarandet i målet var som nämnts i realiteten ett kringgående av förbudet mot kontant betalning, något som EG-domstolen också betonade i domskälen. Allmänt sett försvagas vidare den ekonomiska ställningen i den överförda verksamheten om överföringen tillåts innefatta skulder trots att de upplånade medlen hålls kvar i det överlåtande bolaget. Detta försämrar förstås möjligheterna att driva en självständig verksamhet med den överförda egendomen som grund. Om det däremot är skulderna som hålls kvar medan de upplånade medlen, eller de tillgångar som har finansierats med dessa medel, följer med vid överlåtelsen innebär ju detta bara att den överförda verksamhetens överlevnadsförmåga stärks. Det finns därför enligt min mening inte alls samma ändamålsskäl att underkänna detta förfarande.[145]

Oavsett hur direktivet skall tolkas på denna punkt kan konstateras att det i den svenska lagtexten i 38:2 IL endast krävs att samtliga *tillgångar* i en verksamhetsgren överförs. Något motsvarande krav att även överföra skulderna finns inte. Det sägs endast att om det säljande företaget har skulder eller andra förpliktelser som hänför sig till de avyttrade tillgång-

[143] Jfr Vinther och Werlauff i European Taxation 2002 s. 444.

[144] Andersson, E. 1999 s. 8. Se även Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 46 angående uppdelning av skulder mellan den överförda och den kvarvarande verksamheten.

[145] Jag instämmer därmed med Andersson som uttalat att det förmodligen inte strider mot syftet med direktivet att skulderna inte förs över, se Andersson, E. 1999 s. 8. Det bör dock observeras att Andersson gjorde sitt uttalande före *Andersen og Jensen*-domen.

arna så *får* det köpande företaget ta över ansvaret för förpliktelserna, men det finns alltså inget krav på att dessa följer med i överlåtelsen. Även om det skulle visa sig att direktivets verksamhetsgrensdefinition faktiskt skall tolkas så att även skulderna måste överföras finns enligt min mening inget utrymme att intolka ett sådant krav i den svenska lagtexten.[146]

3.2.2.8 Särskilt om delavyttringar och överföring av ej helägd verksamhet

En särskild fråga är hur verksamhetsgrensdefinitionen skall tolkas med avseende på delavyttringar av verksamhet samt avyttringar av ej helägd verksamhet. Sådana situationer är kanske inte alltför vanliga när det gäller verksamhetsavyttringar mellan bolag i olika länder, d.v.s. de fall som direktivet reglerar, men förekommer förmodligen oftare vid nationella verksamhetsavyttringar och, framför allt, vid underprisöverlåtelser. Eftersom situationen trots allt kan uppkomma även vid gränsöverskridande verksamhetsavyttringar, och då direktivets definition enligt ovan har betydelse även i samband med nationella verksamhetsavyttringar och underprisöverlåtelser[147], kommer frågan ändå att något diskuteras här.

Antag att en tillgångsmassa helt klart utgör en verksamhetsgren i direktivets mening men att det överlåtande bolaget endast avyttrar en viss kvotdel, t.ex. en fjärdedel, av denna tillgångsmassa. Så kan t.ex. ske om avyttringen är avsedd att ske successivt, d.v.s. så att det övertagande bolaget först inträder som delägare för att sedan gradvis ta över en allt större andel av den bedrivna verksamheten. Skall då den avyttrade kvotdelen bedömas isolerad så att denna som sådan måste tillgodose kraven för att utgöra en verksamhetsgren eller räcker det med att tillgångsmassan i sin helhet utgör en verksamhetsgren? Liknande frågeställningar uppkommer om säljaren från början inte är helägare till den överförda verksamheten

[146] Här bör dock anmärkas att någon motsvarande bestämmelse om att endast tillgångarna behöver överlåtas inte finns i reglerna om underprisöverlåtelser. Om direktivet skulle komma att tolkas så att det innefattar ett krav på skuldövertagande blir frågan om detta krav därmed skall intolkas i själva verksamhetsgrensdefinitionen i 2:25 IL och i förlängningen få betydelse vid tillämpningen av underprisreglerna. Även om lagtexten i 2:25 IL knappast kan anses direkt hindra en sådan tolkning menar jag ändå att detta kan vara ett exempel på ett fall där man utifrån internrättsliga lämplighetsöverväganden bör avstå från att göra en konform tolkning (jfr avsnitt 3.2.2.2 ovan). Underprisöverlåtelser är till sin natur ej marknadsmässiga och kan mycket väl ske helt utan vederlag. Det förefaller därför helt omotiverat att underkänna en sådan transaktion på den grunden att det inte sker ett skuldövertagande.

[147] När det gäller underprisöverlåtelser finns dock en särreglering för vissa av de fall som skall beröras här. Se vidare not 149 nedan.

utan endast äger en andel i denna, såsom när en hyresfastighet eller jordbruksfastighet samägs av flera delägare, eller när en i och för sig helägd verksamhet avyttras till flera köpare som går ihop som samägare. Innebär då det faktum att egendomen i sig tillgodoser kraven för att vara en verksamhetsgren att även andelar i denna egendom utgör verksamhetsgrenar i direktivets mening? Frågan är alltså om prövningen av om den överförda egendomen utgör en verksamhetsgren skall avse egendomsmassan i sin helhet även om det som överförs endast utgör en ideell andel av denna egendomsmassa, eller om det då måste vara den ideella andelen som sådan som utgör en verksamhetsgren.

Det kan konstateras att en objektiv bedömning av den överförda kvotdelen som sådan förmodligen ofta skulle leda till att kravet på verksamhetsgren inte anses uppfyllt i de ovan beskrivna situationerna. Så bör åtminstone vara fallet om den ägarandel som överförs uppgår till mindre än hälften. Det lär nämligen vara svårt att hävda att en minoritetsandel i t.ex. en hyresfastighet utgör en oberoende verksamhet som kan fungera som ett självständigt företag. Samtidigt kan det utifrån mer allmänna synpunkter förefalla omotiverat att utesluta en överföring av exempelvis en hyresfastighet från reglernas tillämpningsområde bara för att fastigheten överförs från flera säljare och/eller till flera köpare. Detta gäller åtminstone om hela fastigheten överlåts vid ett och samma tillfälle. Däremot ligger det kanske inte lika nära till hands att jämställa en isolerad överlåtelse av en mindre andel i något som i sig utgör en verksamhetsgren med överlåtelse av verksamhetsgrenen i sin helhet. På motsvarande sätt kan argumenteras för att en successiv överföring av en verksamhetsgren i form av flera delavyttringar inte bör behandlas sämre än om hela verksamhetsgrenen överförs i en och samma transaktion, medan anledningen att undanta en isolerad delavyttring som inte följs upp med ytterligare avyttringar framstår som mindre.

Såsom direktivtexten är formulerad måste den generella utgångspunkten emellertid enligt min mening rimligen vara att varje avyttring skall bedömas för sig. I artikel 2 c) anges uttryckligen att det skall vara fråga om att *ett* bolag överför en av sina verksamhetsgrenar till *ett* annat bolag och definitionen av verksamhetsgren i artikel 2 i) tar helt klart sikte på just den överförda egendomen. Även den svenska lagtexten i 38:1 IL är formulerad så att avyttringen av verksamhetsgrenen skall ske från *ett* företag till *ett* annat, och på motsvarande sätt som i direktivet tar definitionen i 2:25 IL sikte på just den överförda egendomen. Således indikerar också den svenska lagtexten klart att varje transaktion skall bedömas för sig. Detta innebär att den kvotdel som i exemplen ovan omfattas av respektive avyttring i sig måste utgöra en verksamhetsgren för att reglerna skall vara tillämpliga. Det kan dock kanske inte helt uteslutas att EG-domsto-

len skulle vara öppen för att åtminstone i vissa fall bedöma flera avyttringar i ett sammanhang, d.v.s. att hänföra bedömningen till egendomsmassan i sin helhet och inte till just den överförda kvotdelen. Detta kan dock knappast ske i alla situationer när en delavyttring föreligger utan torde kräva att starka ändamålsskäl talar för en sådan bedömning.[148] Därvid förefaller det vara något enklare att få in en successiv avyttring av en verksamhetsgren från en viss säljare till en viss köpare under reglernas tillämpningsområde, än att vid bedömningen lägga samman delavyttringar från flera säljare och/eller till flera köpare. Detta gäller såväl vid tolkningen av direktivet som vid tolkningen av svensk rätt.[149]

3.2.2.9 Särskilt om överföring av värdepapper och liknande tillgångar

En fråga man kan ställa sig är om endast aktivt bedriven verksamhet kan anses vara en verksamhetsgren i direktivets mening, eller om även mer passiv verksamhet kan falla in under definitionen. Frågan har särskild relevans för svensk rätts del eftersom vissa former av förvaltande verksamhet uttryckligen undantas från den svenska regleringen. I 2:25 IL anges att en verksamhetsgren skall vara en del av en *rörelse*. Med rörelse avses enligt 2:24 IL annan näringsverksamhet än innehav av kontanta medel, värdepapper eller liknande tillgångar. En renodlad kapitalförvaltning kan alltså inte vara en rörelse och därmed inte heller en verksamhetsgren. Enligt Regeringsrättens praxis gäller detta oavsett om det rör sig om för-

[148] Jfr att Alhager har argumenterat för att en helhetsbedömning av flera delavyttringar bör kunna ske enligt artikel 5.8 i det sjätte momsdirektivet om delavyttringarna står i ekonomiskt samband med varandra, se Alhager, E. 2001 s. 392 f.

[149] Här bör noteras att det när det gäller underprisöverlåtelser uttryckligen är tillåtet att överlåta även en ideell andel av en verksamhetsgren, se 23:17 IL. Detta innebär att t.ex. successiva överlåtelser och överlåtelser av kvotdelar av en verksamhetsgren till flera förvärvare omfattas av underprisreglerna. (Jfr dock SKV:s handledning 2004 s. 422, där det hävdas att den överlåtna ideella andelen i så fall i sig måste lämpa sig för att ligga till grund för att driva näringsverksamhet. Enligt min mening saknar ett sådant krav stöd i lagtexten).

Däremot är problemet detsamma som vid verksamhetsavyttringar om överlåtaren inte heläger verksamhetsgrenen utan endast är delägare i denna. Såsom underprisregleringen är uppbyggd synes den nämligen kräva att en prövning först görs av om egendomsmassan som sådan utgör en verksamhetsgren, och föremålet för denna prövning torde då vara den andel i egendomsmassan som säljaren äger och inte egendomsmassan i sin helhet. Om ägarens andel i sig anses utgöra en verksamhetsgren är det sedan tillåtet att överlåta även en ideell andel av denna verksamhetsgren. Om den andel i egendomsmassan som säljaren äger inte som sådan kan anses utgöra en verksamhetsgren synes detta dock inte kunna "läkas" av det faktum att det i och för sig är tillåtet att överlåta ideella andelar av verksamhetsgrenar.

valtning av t.ex. en aktieportfölj eller av andelar i ett dotterbolag.[150] Enligt Regeringsrätten kan inte heller handelsbolagsandelar i sig utgöra en verksamhetsgren enligt de svenska reglerna.[151]

Anledningen till att kapitalförvaltande verksamhet undantagits från tillämpningsområdet för de svenska reglerna utvecklas inte närmare i förarbetena. I den utredning som låg till grund för de nuvarande reglerna fanns inte denna inskränkning med, utan där definierades verksamhetsgren som "sådan del av en *verksamhet* [min kurs.] som lämpar sig för att avskiljas till en självständig verksamhet".[152] Det fanns således ingen koppling till rörelsebegreppet utan alla typer av näringsverksamhet omfattades. I propositionen konstaterades att utredningen inte tagit upp frågan om hur innehav av värdepapper borde bedömas i dessa sammanhang.[153] Därefter uttalades att det "enligt regeringens uppfattning [är] lämpligt att knyta definitionen av verksamhet till begreppet rörelse". Någon närmare förklaring till varför detta skulle vara "lämpligt" gavs dock inte. När det gäller underprisreglerna infördes samtidigt en särskild bestämmelse om att andelar som blir näringsbetingade hos förvärvaren skall anses utgöra en verksamhetsgren (se numera 23:7 IL). Någon motsvarande bestämmelse infördes dock inte när det gäller verksamhetsavyttringar, med motiveringen att andelsbytesreglerna är tillämpliga på överlåtelser av andelar mot vederlag i form av andelar i det köpande företaget.[154]

Det kan konstateras att det svenska undantaget för kapitalförvaltande verksamhet saknar uttryckligt stöd i direktivet. Det man möjligen kan fråga sig är dock om själva definitionen av "verksamhetsgren" i direktivet är utformad på ett sådant sätt att den inte täcker in en renodlad kapitalförvaltning. I doktrinen går meningarna delvis isär när det gäller denna fråga.[155] Enligt min mening bör dock även en förvaltande verksamhet mycket väl kunna organiseras så att den utgör en oberoende verksamhet som kan fungera på egen hand, vilket är det krav som ställs i direktivet. Vidare bör det vara ställt utom all tvivel att t.ex. en fastighetsförvaltning

[150] Se RÅ 2001 not. 24 där Regeringsrätten slog fast att innehav av värdepapper i sig aldrig kan utgöra en verksamhetsgren. I fallet var det fråga om ett aktieinnehav om 20,38 procent i ett utländskt bolag.

[151] Se RÅ 2003 not. 132 och RÅ 2004 ref. 1 (båda fallen rörde andelar i kommanditbolag).

[152] SOU 1998:1 s. 37.

[153] Prop. 1998/99:15 s. 138.

[154] Prop. 1998/99:15 s. 234.

[155] Clayson i European Taxation 1992 s. 372 och Bramwell m.fl. 1999 s. 955 tolkar t.ex. direktivet så att även överföring av en kapitalförvaltning kan omfattas av verksamhetsgrensdefinitionen, medan Terra och Wattel 2001 s. 378 f. anser att frågan är oklar.

kan vara en verksamhetsgren, varför det är svårt att se att en kapitalförvaltning, utan uttryckligt stöd i direktivtexten, kan behandlas annorlunda. Det kan också anmärkas att andelsbytesreglerna inte alls täcker in alla situationer där andelar byts mot andelar,[156] varför dessa regler knappast kan användas som försvar för att värdepappersförvaltning utesluts från tillämpningsområdet för reglerna om verksamhetsavyttringar. Särskilt kan framhållas att handelsbolagsandelar överhuvudtaget inte omfattas av andelsbytesreglerna.

I sammanhanget kan även noteras att det i det ovan behandlade fallet *Andersen og Jensen* förekom en mindre aktiepost som behölls av det överlåtande bolaget. Som nämnts tog EG-domstolen inte ställning till om denna aktiepost tillhörde den överförda verksamhetsgrenen men uteslöt inte heller att så kunde vara fallet. Av målet bör man därför i vart fall kunna sluta sig till att även aktier och andra kapitaltillgångar *kan* ingå i den egendom som överförs och att det alltså inte, på grundval av dessa tillgångars karaktär eller liknande, går att generellt utesluta dem från direktivreglernas tillämpningsområde.[157]

Min sammanfattande slutsats blir därmed att även en kapitalförvaltande verksamhet kan utgöra en verksamhetsgren i direktivets mening och att det därför måste anses strida mot direktivet att på det sätt som sker i den svenska lagstiftningen generellt undanta sådan verksamhet från reglernas tillämpningsområde. Såsom reglerna i 2:24-25 IL är formulerade kan denna direktivstridighet knappast överbryggas genom en EG-konform tolkning utan får lösas genom att direktivet ges direkt effekt. Slutsatsen att även överföring av aktier och andra andelar kan omfattas av direktivets verksamhetsavyttringsregler öppnar vidare för att konflikter kan uppkomma mellan dessa regler och direktivets andelsbytesregler. Frågan om hur dessa två regelsystem förhåller sig till varandra kommer därför att diskuteras mer ingående i avsnitt 3.4 nedan.

3.2.2.10 Överföring av samtliga tillgångar i det överlåtande bolaget

Slutligen skall något sägas om fallet att överlåtelsen omfattar samtliga tillgångar och skulder i det överlåtande bolaget. Frågan är om denna situation alltid faller in under direktivet, eller om det finns situationer då det som överlåts ändå inte anses komma upp till den "nivå" att skattefrihet skall medges. I den svenska språkversionen talas i artikel 2 c) om att det

[156] Bl.a. krävs ju för att andelsbytesreglerna skall vara tillämpliga att det förvärvande bolaget erhåller röstmajoritet i det förvärvade bolaget, se vidare avsnitt 3.3.1 nedan.

[157] Så sker i och för sig inte heller i den svenska regleringen, eftersom kontanta medel, värdepapper och liknande tillgångar som innehas som ett led i en rörelse av annat slag än kapitalförvaltning räknas till denna rörelse, se 2:24, 2 meningen IL.

överlåtande bolaget skall överföra "alla eller en eller flera av sina *verksamhetsgrenar* [min kurs.]". Detta indikerar att det faktum att det överlåtande bolaget helt töms på tillgångar och skulder i samband med överlåtelsen inte automatiskt innebär att direktivreglerna blir tillämpliga. För att så skall ske verkar krävas att det som överförs tillgodoser kraven för att utgöra en (eller flera) verksamhetsgren(ar) i artikel 2 i). Den svenska språkversionen överensstämmer i detta avseende med den engelska.[158] Däremot är de franska, tyska och danska språkversionerna något annorlunda formulerade och säger att "hela verksamheten" snarare än "alla verksamhetsgrenar" skall överföras.[159] Dessa skrivningar tyder på att om det överlåtande bolaget töms på hela sin verksamhet så är direktivet tillämpligt även om denna verksamhet inte tillgodoser direktivets definition på verksamhetsgren. Samtidigt talas även i dessa språkversioner om överföring av hela "verksamheten", vilket kan jämföras med bestämmelserna om fusion och fission i artikel 2 a) och b) som talar om överföring av alla "tillgångar och skulder". Även dessa språkversioner tyder därför enligt min mening på att direktivets regler om verksamhetsavyttringar inte är tillämpliga om ett bolag som inte bedriver någon egentlig verksamhet utan endast äger vissa tillgångar överför dessa tillgångar till ett annat bolag.[160] Denna tolkning stöds också av att direktivets ändamål är att medge skattefrihet vid transaktioner av omstruktureringskaraktär, vilket det knappast är fråga om i den sist beskrivna situationen.

Här skall dock framhållas att den svenska lagstiftningen i detta avseende är liberalare än direktivet. I 38:2 IL anges nämligen uttryckligen att en avyttring av "samtliga tillgångar" i säljarens näringsverksamhet omfattas av de svenska reglerna. I doktrinen har hävdats att denna bestämmelse bör tolkas EG-konformt, på så sätt att den anses utgöra en implementering av direktivets begrepp alla verksamhetsgrenar.[161] För egen del kan jag inte instämma i den uppfattningen. Att med stöd av en konform tolkning komma fram till att en överlåtelse, trots att den omfattar alla tillgångar hos det överlåtande bolaget, inte kan medges skattefrihet p.g.a. att det som överlåts inte tillgodoser direktivets verksamhetsgrensdefinition (eller, med en mindre strikt tolkning av direktivet, utgör en verksamhet) är enligt min mening inte förenligt med den svenska lagtextens ordalydelse.

[158] Även där sägs bolaget skall överföra "all or one or more branches of its activity".
[159] Den franska lyder "*l'ensemble* ou une ou plusieurs branches *de son activité*", den tyska "*ihren Betrieb insgesamt* oder einen oder mehrere Teilbetriebe" och den danska "*den samlede* eller en eller flere grene *af sin virksomhed*" (mina kurs.).
[160] Jfr dock Serup 2003 s. 344 f. som, utifrån en tolkning av den danska språkversionen av direktivet, menar att det är oklart om en sådan situation faller in under direktivet.
[161] Alhager, E. 2001 s. 365 och dens. i SN 2002 s. 674.

3.2.3 Vederlaget

3.2.3.1 Karaktären på vederlaget

Vederlaget för verksamhetsgrenen skall enligt direktivet bestå i "värdepapper som representerar kapitalet" i det övertagande bolaget. Med detta bör förstås andelsrätter, inte t.ex. konvertibla skuldebrev eller rena fordringsrätter.[162] När det gäller fusioner och fissioner är det som nämnts i avsnitt 3.1.2 inte helt klart om endast nyemitterade andelar kan lämnas som vederlag, eller om även egna andelar som det övertagande bolaget innehar kan användas. Bestämmelsen om verksamhetsavyttringar är dock något annorlunda formulerad, och det anges inte särskilt att de mottagna andelarna skall "utfärdas" i samband med överlåtelsen.[163] Detta talar än starkare för att både nyemitterade andelar och egna andelar som det övertagande bolaget innehar kan användas som vederlag.[164] Så har också bestämmelsen implementerats i Sverige, se 38:2 IL.

I motsats till vad som är fallet vid fusioner och fissioner tillåter direktivet däremot inte att någon del av vederlaget vid en verksamhetsavyttring utgörs av kontanter. Förfarandet i det ovannämnda målet *Andersen og Jensen* kan sägas vara ett försök att kringgå förbudet mot kontantvederlag.[165] Tanken med att det överlåtande bolaget inför den planerade verksamhetsavyttringen skulle uppta ett lån som sedan skulle följa med vid överlåtelsen, samtidigt som de upplånade medlen skulle stanna kvar i det överlåtande bolaget, var att hålla nere priset på verksamhetsgrenen. Effekten skulle därmed i realiteten bli densamma som om det övertagande bolaget lämnat ett kontantvederlag till det säljande bolaget, vilket också var ett av skälen till att EG-domstolen underkände transaktionen.[166] Däremot är det fullt förenligt med direktivet att det övertagande bolaget som en del av vederlaget tar över ansvaret för skulder som är hänförliga till den överlåtna verksamhetsgrenen. Som diskuterats i avsnitt 3.2.2.7 ovan kan det t.o.m. möjligen implicit följa av kravet på att samtliga tillgångar och skulder skall överföras att så måste ske.

Inte heller i de svenska reglerna tillåts att någon del av vederlaget läm-

[162] Se avsnitt 3.1.2 ovan samt Wiman i EC Tax Review 1995 s. 154.

[163] I den engelska språkversionen används "issue" i bestämmelserna om fusioner/fissioner och "transfer" i bestämmelsen om verksamhetsavyttringar. Motsvarande termer i den franska språkversionen är "l'attribution de titres" respektive "la remise de titres". I de tyska och danska språkversionerna används dock samma term både i bestämmelserna om fusioner/fissioner och i bestämmelsen om verksamhetsavyttringar, nämligen "gegen Gewährung" respektive "tildele"/"få tildelt".

[164] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 49, Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 13 och Andersson, E. 1999 s. 10.

[165] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379, se avsnitt 3.2.2.7 ovan.

[166] Se p. 26 i domstolens dom.

nas i form av kontanter, se 38:2 IL. När det gäller vederlag i form av skuldövertagande sägs i den svenska lagtexten att ersättning också *får* lämnas på det sättet att det köpande företaget tar över ansvaret för skulder och andra förpliktelser som hänför sig till de avyttrade tillgångarna, men där finns inget krav på att så skall ske.[167]

3.2.3.2 Måste vederlaget vara marknadsmässigt?

Det kan noteras att direktivet saknar regler för vilket värde de mottagna andelarna skall ha. Det är därför inte klart om direktivet endast gäller för verksamhetsavyttringar som sker på marknadsmässiga villkor eller om även avyttringar till underpris omfattas. Frågan är av särskilt intresse för svensk rätts del eftersom det vid den svenska implementeringen har uppställts ett uttryckligt krav på att ersättningen skall vara marknadsmässig, se 38:2 IL. För att de svenska reglerna skall vara tillämpliga krävs således att värdet av vederlagsandelarna motsvarar värdet av de avyttrade tillgångarna och skulderna. Detta innebär att en verksamhetsavyttring som sker delvis benefikt (t.ex. som ett led i ett generationsskifte) inte omfattas av de svenska reglerna. Om verksamhetsavyttringen sker till ett helägt dotterbolag, såsom t.ex. är fallet vid bolagisering av ett fast driftställe, torde kravet på marknadsmässigt vederlag vidare innebära att just de andelar som lämnas som vederlag måste ha samma värde som den överförda egendomen. En värdeökning på det befintliga andelsinnehavet torde däremot inte kunna beaktas vid bedömningen av om vederlaget är marknadsmässigt.[168]

[167] Se 38:2, 2 p. IL samt avsnitt 3.2.2.7 ovan.

[168] Mot en så strikt tolkning av kravet på marknadsmässig ersättning kan i och för sig invändas att om det säljande moderbolaget äger samtliga andelar i dotterbolaget både före och efter transaktionen måste vederlaget automatiskt anses vara marknadsmässigt. Om vederlag inte i tillräcklig utsträckning lämnas i form av nyemitterade andelar i dotterbolaget kompenseras ju detta av att moderbolagets tidigare andelsinnehav stiger i värde, jfr Arnell och Burmeister i SN 1999 s. 542 (vilka diskuterar motsvarande problematik vid andelsbyten). Samtidigt räcker det inte att marknadsmässigt vederlag i vilken form som helst lämnas, utan vederlaget skall bestå av andelar i det köpande företaget. Om även värdeökning på det befintliga andelsinnehavet fick beaktas skulle vidare även rena kapitaltillskott falla in under reglernas tillämpningsområde (se närmare nedan). Enligt min mening talar detta för att de svenska reglerna skall tolkas så att bedömningen av om marknadsmässig ersättning lämnats måste kopplas till just de andelar som lämnas i vederlag, d.v.s. i regel de andelar som nyemitteras vid transaktionen. Detta överensstämmer med den tolkning av bestämmelserna som Skatterättsnämnden gjort i ett förhandsbesked meddelat den 11 maj 2000 (RSV:s rättsfallsprotokoll 19/00 och Ersson i SN 2000 s. 533 f.). Förhandsbeskedet gällde en verksamhetsavyttring från ett moderbolag till ett helägt dotterbolag. För att kravet på marknadsmässig ersättning skulle vara uppfyllt menade nämnden att det krävdes att så många aktier nyemitterades att värdet av en aktie i det förvärvande dotterföretaget var detsamma både före och efter överlåtelsen.

Tanken bakom de svenska reglerna synes i och för sig inte ha varit att underpristransaktioner helt skall uteslutas från tillämpningsområdet för verksamhetsavyttringsreglerna. Syftet med att införa ett krav på marknadsmässigt vederlag verkar ha varit att man ville undvika en regelkollision med underprisreglerna,[169] och i förarbetena antyds att transaktioner som sker till underpris skall kunna delas upp i två delar varav den marknadsmässiga delen kan omfattas av reglerna om verksamhetsavyttringar. Resonemangen i förarbetena om hur verksamhetsavyttringsreglerna och underprisreglerna förhåller sig till varandra är dock oklara och svåra att följa. I specialmotiveringen sägs att om ersättningen är mindre värd än de överlåtna tillgångarna föreligger en sammansatt transaktion, vilken skall behandlas på motsvarande sätt som ett partiellt andelsbyte (d.v.s. ett andelsbyte till underpris).[170] Enligt propositionen gäller för ett sådant andelsbyte att endast den onerösa delen av transaktionen omfattas av andelsbytesreglerna.[171] Av detta synes följa att även en verksamhetsavyttring till underpris skall delas upp i två transaktioner, varav den onerösa delen skall behandlas enligt reglerna om verksamhetsavyttringar.[172]

Detta förefaller dock inte förenligt med lagtexten.[173] För att en verksamhetsavyttring skall föreligga krävs enligt 38:2 IL att *samtliga* tillgångar i en verksamhetsgren avyttras mot marknadsmässig ersättning. Lagtexten synes således inte ge utrymme för att tillämpa verksamhetsavyttringsreglerna endast på en ideell andel av den överlåtna verksamhetsgrenen.[174] Än mindre kan reglerna anses tillåta en uppdelning av transaktionen på så sätt att vissa av de överförda tillgångarna skall anses avyttrade mot marknadsmässig ersättning och därför omfattas av verksamhetsavyttringsreglerna. Till detta kommer att en uppdelning av transaktionen skulle bli praktiskt svårhanterlig när det gäller den vidare behandlingen av den överförda egendomen hos förvärvaren. Om underprisdelen av transaktionen föranleder uttagsbeskattning hos överlåtaren får förvärvaren sannolikt använda det uttagsbeskattade värdet som anskaffningsvärde på

[169] Se prop. 1998/99:15 s. 249.

[170] Prop. 1998/99:15 s. 286.

[171] Prop. 1998/99:15 s. 197 ff. Se vidare avsnitt 3.3.3 nedan.

[172] Att detta var avsikten framgår även av s. 290 i propositionen, där det sägs att det i lagrådsremissen felaktigt uttalats att en verksamhetsavyttring inte skulle anses föreligga om marknadsvärdet av vederlaget understeg marknadsvärdet av de överlåtna tillgångarna. I stället fastslås återigen att det i ett sådant fall är fråga om en sammansatt transaktion.

[173] Detta har också uppmärksammats av Skatteverket som i sin handledning uttalar att det är tveksamt om propositionsuttalandena har täckning i lagtexten, se SKV:s handledning 2004, del 3 s. 465.

[174] Se även avsnitt 3.2.2.8 ovan. Jfr även underprisreglerna, där kravet i 23:17 IL uttryckligen är uppfyllt även vid överlåtelse av ideell andel av en verksamhetsgren.

egendomen.[175] Därmed måste anskaffningsvärdet på de överförda tillgångarna fastställas på två olika sätt hos förvärvaren (marknadsvärdet för den uttagsbeskattade delen och överlåtarens skattemässiga värde för den del som omfattas av reglerna om verksamhetsavyttringar), varför det också måste avgöras exakt hur tillgångarna skall fördelas mellan den ena respektive den andra delen av överlåtelsen. Även i det fall att underprisdelen skulle omfattas av underprisreglerna i 23 kap. IL kan det för övrigt bli problem med den vidare hanteringen av egendomen hos förvärvaren, eftersom kontinuiteten inte är utformad precis på samma sätt i underprisreglerna som i reglerna om verksamhetsavyttringar.[176]

Slutsatsen av det ovanstående resonemanget måste enligt min mening bli att transaktioner där värdet på vederlagsandelarna understiger värdet på den överförda egendomen inte till någon del kan behandlas enligt de svenska reglerna om verksamhetsavyttringar.[177] En sådan transaktion får i stället i sin helhet prövas mot och behandlas enligt underprisreglerna.

Den fråga som då uppkommer är förstås om det svenska kravet på marknadsmässigt vederlag är förenligt med direktivet. Som nämnts saknas en uttrycklig reglering i direktivet angående vederlagets värde. Som kommer att framgå i det följande saknar direktivet även på flera andra punkter regler om just värdering.[178] Det kan diskuteras om denna tystnad innebär att medlemsstaterna fått handlingsutrymme att reglera värderingsfrågorna efter eget gottfinnande. I regel menar jag att så är fallet.[179] Vad det då rör sig om är dock vilka närmare skattekonsekvenser som följer av de transaktioner som omfattas av direktivets tillämpningsområde. Framför allt handlar det om vilket värde köparen i olika sammanhang skall

[175] Frågan om hur mottagaren påverkas av att överlåtaren uttagsbeskattas är dock inte helt klarlagd i lagstiftning eller praxis. Se diskussionen angående denna fråga i prop. 1998/99:15 s. 167 f. och jfr även Persson Österman 1997 s. 390 ff. Skatterättsnämnden har i ett förhandsbesked den 17 november 2003 funnit att det uttagsbeskattade värdet fick användas som anskaffningsvärde. Förhandsbeskedet refereras av André i SN 2004 s. 81 ff. (i referatet har dock nämndens svar på fråga 2, angående mottagarens anskaffningsvärde, fallit bort).

[176] För kapitaltillgångar gäller således enligt verksamhetsavyttringsreglerna att köparen inträder i säljarens skattemässiga situation (38:14 IL), vilket är en mer långtgående kontinuitet än den som följer av underprisreglerna (där kontinuiteten endast avser värdet på egendomen). Se närmare om innebörden av den skattemässiga kontinuiteten i kapitel 5.4.3 nedan.

[177] Detta överensstämmer med Skatterättsnämndens synsätt i förhandsbesked den 11 maj 2000 (RSV:s rättsfallsprotokoll 19/00 och Ersson i SN 2000 s. 533 f.), behandlat i not 168 ovan. Nämnden gjorde där ingen uppdelning av transaktionen utan fann att denna, eftersom vederlaget inte var marknadsmässigt, överhuvudtaget inte omfattades av reglerna om verksamhetsavyttringar.

[178] Se t.ex. kapitel 5.8 och 6.5 nedan.

[179] Frågan behandlas utförligare i kapitel 5.8.

åsätta den köpta egendomen när säljaren enligt direktivet inte skall beskattas för transaktionen. Jag menar att om direktivet inte reglerar denna fråga finns knappast stöd för att ändå i direktivet intolka att en viss värderingsregel måste användas. I dessa fall förefaller det ligga närmare till hands att anse att medlemsstaterna är fria att reglerna denna fråga själva.[180]

Den värderingsfråga som är aktuell här är dock av annat slag. Här handlar det om huruvida en viss transaktion överhuvudtaget skall omfattas av den i direktivet påbjudna skattefriheten. Eftersom direktivet saknar ett (i vart fall explicit) krav på att vederlaget måste vara marknadsmässigt faller även underpristransaktioner in under direktivets ordalydelse. Att, såsom Sverige har gjort, utan stöd i direktivtexten begränsa tillämpningsområdet för reglerna om verksamhetsavyttringar till att endast gälla sådana transaktioner som sker på marknadsmässiga villkor skulle därmed kunna uppfattas som en otillåten inskränkning av direktivreglernas tillämpningsområde.

Mot ett sådant resonemang kan möjligen invändas att det redan av direktivets krav på att vederlag skall utgå i form av andelar i det övertagande bolaget implicit måste anses följa att dessa också skall utgöra fullt vederlag. I annat fall kan direktivet i realiteten komma att få ett vidare tillämpningsområde än det avsedda. Det torde stå klart att en helt vederlagsfri överföring av en verksamhetsgren från ett bolag till ett annat, t.ex. i form av ett kapitaltillskott till ett helägt dotterbolag eller en rent benefik överföring till ett bolag som ägs av närstående till ägarna av det överlåtande bolaget, inte omfattas av direktivets regler. Det förefaller då orimligt att det räcker med att det övertagande bolaget nyemitterar en enda andel till det överlåtande bolaget för att direktivet skall bli tillämpligt. Något som också talar emot att direktivet skall tillämpas på sådana "blandade" transaktioner är vidare att direktivregleringen överlag primärt synes ta sikte på transaktioner mellan oberoende parter.[181] Sådana transaktioner sker av naturliga skäl alltid på marknadsmässiga villkor, varför det inte förefaller strida mot direktivets syften att vid den nationella implementeringen uppställa ett krav på att ersättningen måste vara marknadsmässig.

Mot detta kan dock i sin tur invändas att den i praktiken kanske viktigaste formen av verksamhetsavyttring, överföring av fast driftställe till ett dotterbolag, naturligen sker mellan närstående företag. Ett krav på marknadsmässigt vederlag även vid denna typ av transaktioner mellan närstående parter leder i många fall till att företagen, för att vara säkra på att erhålla skattefrihet, måste låta ombesörja en värdering såväl av den

[180] Grunderna för detta ställningstagande utvecklas närmare i kapitel 5.8 nedan.
[181] Persson Österman 1997 s. 449.

överförda egendomen som av vederlaget. Sådana värderingar kan vara både kostsamma och tidskrävande, vilket i sig kan utgöra ett hinder för att omstruktureringen företas. Ändamålsskälen för att utesluta den beskrivna transaktionen från direktivets tillämpningsområde endast p.g.a. att de andelar som dotterbolaget lämnar i vederlag är mindre värda än de överförda tillgångarna och skulderna förefaller vidare svaga, i synnerhet om moderbolaget både före och efter transaktionen äger samtliga andelar i dotterbolaget. Samtidigt kan detta eventuellt anses vara en naturlig följd av att en bolagisering av ett fast driftställe genom ett renodlat kapitaltillskott till ett dotterbolag inte omfattas av direktivet.

Sammanfattningsvis måste konstateras att frågan om huruvida det svenska kravet på marknadsmässig ersättning är förenligt med direktivet är mycket svårbedömd. Enligt min mening talar ändå övervägande skäl för att kravet bör kunna accepteras. Antag dock att denna bedömning skulle visa sig vara felaktig, och EG-domstolen alltså skulle finna kravet oförenligt med direktivet. Skulle denna direktivstridighet då kunna "läkas" av att de aktuella transaktionerna, såsom diskuterats ovan, i många fall ändå kan bli skattebefriade med stöd av underprisreglerna? Enligt min mening måste denna fråga besvaras nekande. Villkoren för att underprisreglerna skall vara tillämpliga är nämligen andra och i vissa avseenden striktare än de villkor som direktivet uppställer för att skattebefria en verksamhetsavyttring.[182] Vidare innebär underprisregleringen endast att uttagsbeskattning skall underlåtas. Eventuellt vederlag som överstiger det skattemässiga värdet på den överförda egendomen kommer däremot att beskattas hos överlåtaren enligt vanliga regler. Även i andra avseenden skiljer sig skattekonsekvenserna av en underprisöverlåtelse från dem som följer av en verksamhetsavyttring.[183]

3.3 Andelsbyten

3.3.1 Beskrivning av transaktionen

Slutligen innehåller direktivet också regler om andelsbyten. I artikel 2 d) definieras ett andelsbyte på så sätt att "ett bolag förvärvar en sådan andel i ett annat bolags kapital att det erhåller röstmajoriteten i det bolaget". Andelsägarna i det förvärvade bolaget erhåller andelar i det förvärvande bolaget i vederlag. Efter andelsbytet blir det förvärvade bolaget således dotterbolag till det förvärvande bolaget. Reglerna omfattar endast byte

[182] Se t.ex. villkoren om kvalificerade andelar och avsaknad av underskott i 23:18–29 IL.
[183] Exempelvis kan inte periodiseringsfonder överföras i samband med en underprisöverlåtelse, vilket är ett krav enligt direktivet (se närmare kapitel 5.5.1 nedan).

av just andelsrätter och inte andra typer av rättigheter i bolaget såsom t.ex. optioner.

Andelsbytesreglerna är de helt klart praktiskt mest betydelsefulla av direktivets regler. De flesta samgåenden mellan företag som i dagligt tal omnämns "fusioner" sker i själva verket genom andelsbyten. Detta är dessutom den form för samgående (bortsett från rena uppköp) som i praktiken stått öppen när de inblandade bolagen kommer från olika länder. Som redan nämnts har ju en regelrätt fusion mellan sådana bolag hittills inte kunnat genomföras rent civilrättsligt.[184]

Andelsbytesreglerna är tillämpliga både vid andelsbyten mellan bolag som före transaktionen var fristående från varandra och vid andelsbyten inom koncerner.[185] Det finns vidare inget krav på att bolagen måste bedriva verksamhet av något slag utan även andelsbyten som involverar rena holdingbolag omfattas av reglerna.[186]

I den svenska lagtexten definieras andelsbyte i 48a:2 och 49:2 IL som ett förfarande där en säljare avyttrar en andel i ett företag till ett annat företag. Ersättningen skall vara marknadsmässig och lämnas i form av andelar i det köpande företaget. På motsvarande sätt som i direktivet gäller de svenska reglerna således endast byte av andelsrätter och inte t.ex. optioner.[187] Av 48a:8 respektive 49:12 IL framgår vidare att det köpande företaget även enligt de svenska reglerna måste erhålla röstmajoritet i det avyttrade företaget för att reglerna skall vara tillämpliga.

Såsom andelsbytesreglerna är konstruerade är skattekonsekvenserna för den andelsägare som byter bort sina andelar beroende av omständigheter som ofta kan stå utanför andelsägarens kontroll. Framför allt i publika affärer är det när en enskild andelsägare accepterar ett uppköpserbjudande inte alltid klart om det förvärvande bolaget kommer att uppnå röstmajoritet i det bolag som förvärvas, vilket alltså är ett krav för att andelsbytet skall omfattas av de förmånliga skattereglerna. Kravet på röstmajoritet har av denna anledning kritiserats.[188] En möjlighet att mins-

[184] Se kapitel 1.8 ovan.

[185] Att även koncerninterna ombildningar omfattas framgår bl.a. av mål C-28/95 *Leur-Bloem* REG 1997 s. I-4161. Målet behandlas utförligare i kapitel 4.3.1 nedan.

[186] Även detta framgår av mål C-28/95 *Leur-Bloem.* Se vidare om denna fråga i kapitel 4.5.1 nedan.

[187] Se prop. 1998/99:15 s. 276. I RÅ 2000 not. 159 konstaterade Regeringsrätten att de svenska andelsbytesreglerna inte är tillämpliga på teckningsoptioner.

[188] Se Rutberg i SvSkT 1998 s. 987 f. och SvSkT 2002 s. 167 samt Grönlund i SvSkT 2003 s. 67 f. Det kan noteras att något krav på att röstmajoritet eller annan särskild grad av inflytande i det avyttrade företaget skulle uppnås inte infördes vid den ursprungliga implementeringen av direktivet, se 6 § IGOL samt prop. 1994/95:52 s. 35 f. Något sådant krav fanns inte heller i den tidigare s.k. strukturregeln i 27 § 4 mom. SIL.

ka den olägenhet som detta krav innebär kan dock vara att uppköpserbjudandet villkoras med att tillräckligt många andelsägare accepterar erbjudandet.[189]

3.3.2 Kvalificerande andelsförvärv

Ordalydelsen i artikel 2 d) ("ett bolag förvärvar *en sådan andel* [kurs. här] i ett annat bolags kapital att det erhåller röstmajoriteten [...]") ger närmast intryck av att det endast är förvärvet av just den andel som ger det förvärvande bolaget röstmajoritet som omfattas av direktivet. En sådan tolkning är dock förstås helt orimlig. Andra språkversioner[190], samt inte minst direktivets syfte att underlätta företagsombildningar, talar i stället för att hela det andelsförvärv som leder till röstmajoritet omfattas av direktivet. Detta bör vidare gälla även om förvärvet sker från flera olika säljare (t.ex. genom ett uppköpserbjudande över börsen).[191] Om flera förvärv sker bör dessa dock göras i ett sammanhang. Däremot kan inte ett andelsbyte som inte ger röstmajoritet anses falla in under direktivets bestämmelser, även om andelsbytet i ett senare skede följs av ytterligare förvärv vilka leder till röstmajoritet. Hur nära tidsmässigt samband som måste föreligga mellan de olika förvärven för att dessa skall få "räknas ihop" går inte att säga generellt. Eventuellt är det inte heller endast tiden som förflyter mellan förvärven som är avgörande utan även andra omständigheter kan behöva beaktas, såsom exempelvis att samtliga förvärv grundar sig på ett och samma stående anbud från det förvärvande bolaget att på vissa fastställda villkor genomföra ett andelsbyte.[192]

En mer oklar fråga är om även ett förvärv som utökar röstmajoriteten från t.ex. 51 procent till 60 procent omfattas av direktivets regler.[193]

[189] Jfr prop. 1998/99:15 s. 190. Såsom påpekas i Wiman 2000 s. 785 innehåller de svenska reglerna ytterligare ett osäkerhetsmoment för säljaren vid andelsbytet, nämligen att en vidareförsäljning av det avyttrade företaget i vissa fall kan leda till att säljaren vid det ursprungliga andelsbytet vägras skattefrihet även fast röstmajoritet uppnåddes vid själva bytet (se närmare avsnitt 3.3.2 och 4.5.2 nedan). Köparens framtida agerande kan alltså komma att påverka hur säljaren beskattas, trots att säljaren ofta saknar möjlighet att påverka köparens beslut om vidareförsäljning.

[190] Jfr "a company acquires *a holding* in the capital of another company such that it obtains a majority of the voting rights" i den engelska och "une société acquiert, dans le capital social d'une autre société, *une participation* ayant pour effet de lui conférer la majorité des droits de vote" i den franska språkversionen (mina kurs.).

[191] Terra och Wattel 2001 s. 379.

[192] Næsborg Jensen 1997 s. 200.

[193] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 61 och 65–68 samt Terra och Wattel 2001 s. 379 menar att så är fallet. Jfr dock Næsborg Jensen 1997 s. 201 som uttrycker tveksamhet angående om detta fall omfattas av direktivet och SOU 1994:100 s. 49 f. där det anses "klart" att detta fall inte omfattas.

Direktivtexten ger här inget tydligt besked vilket också har uppmärksammats under arbetet med att genomföra ändringar i direktivet. I preambeln till det överenskomna ändringsdirektivet framhålls att det inte är ovanligt att röstregler etc. är utformade så att det krävs en större röstmajoritet än 50 procent för att uppnå total kontroll över ett bolag. Det anges också att det i den nuvarande direktivtexten inte framgår om även ett sådant fall omfattas. Genom ändringsdirektivet införs därför en uttrycklig skrivning i artikel 2 d) om att även andelsbyten som innebär att röstmajoriteten utökas omfattas av definitionen.[194] Enligt min mening är det bra att denna fråga klarläggs i direktivtexten, men samtidigt menar jag att direktivets syften talar för att detta fall bör anses omfattat redan av det nu gällande direktivet.

Vid den svenska implementeringen har angetts att prövningen av huruvida röstmajoritet har uppnåtts skall ske vid utgången av det kalenderår då andelsbytet skedde, se 48a:8 och 49:12 IL.[195] Av RÅ 2002 ref. 19 framgår att det räcker att bindande avtal om andelsbytet ingåtts före årsskiftet. Det spelar däremot ingen roll om avtalet är beroende av vissa villkor som parterna inte kan anses disponera över, såsom exempelvis att tillstånd lämnas av konkurrensmyndighet, vilka ännu inte är uppfyllda vid årsskiftet. Den svenska lagtexten utvisar vidare klart att även förvärv som utökar en redan befintlig röstmajoritet omfattas av skattefrihetsreglerna. Såsom de svenska reglerna är utformade kan ett andelsbyte i början av året som inte ger det köpande företaget röstmajoritet ändå komma att omfattas av den svenska implementeringslagstiftningen om det senare under året följs av ytterligare förvärv vilka ger en sådan röstmajoritet. Omvänt leder den svenska lagstiftningen dock också till att ett andelsbyte som sker strax före ett årsskifte inte kan "räknas ihop" med andelsbyten som sker efter årsskiftet, trots att dessa andelsbyten i övrigt har ett nära tidsmässigt och sakligt samband med varandra. Frågan är om detta är förenligt med direktivet.

Å ena sidan kan sägas att direktivet inte innehåller några närmare regler om vad som krävs för att flera olika andelsbyten, vilka tillsammans leder till röstmajoritet, samtliga skall komma i åtnjutande av direktivets förmånliga skatteregler. Det kan därför hävdas att denna fråga har överlämnats till den nationella lagstiftaren att lösa vid implementeringen. Å andra sidan kan knappast godtas att denna implementering sker på ett sätt som motverkar direktivets övergripande syften. Såsom framhållits ovan torde det vara bäst förenligt med direktivets syfte att medge skatte-

[194] Denna ändring fanns inte med i kommissionens direktivförslag i KOM(2003) 613 slutlig utan inarbetades senare.

[195] Dessa regler behandlas även i kapitel 4.5.2 nedan.

frihet för samtliga förvärv som sker i ett sammanhang, även om flera olika säljare är involverade. Detta syfte tillgodoses inte om, exempelvis vid ett uppköp i form av ett andelsbyte som sker över börsen och därför involverar ett stort antal andelsägare, vissa andelsägare vägras tillgång till direktivets skattefrihetsregler endast på den grunden att de genomförde sin del av bytet strax före och inte strax efter årsskiftet. Det är vidare svårt att se andra motiv för de svenska reglerna än administrativa bekvämlighetsskäl.[196] Sådana skäl kan knappast motivera att tillämpningsområdet för direktivets förmånliga skatteregler inskränks på ett sätt som strider mot direktivets syften. Trots att direktivet inte uttryckligen reglerar den nu diskuterade frågan finns således mycket som talar för att de svenska reglerna i detta avseende inte är förenliga med direktivet.[197]

En annan fråga man kan ställa sig är om direktivet kräver att det förvärvande bolaget erhåller så många andelar att dessa i sig ger röstmajoritet i det förvärvade bolaget, eller om ett andelsförvärv som inte leder till röstmajoritet kan kombineras med t.ex. aktieägaravtal med andra delägare som ger en sådan majoritet.[198] Det faktum att det i direktivtexten uttryckligen anges att röstmajoriteten skall erhållas genom förvärv av andelar talar närmast för att ett sådant förfarande inte kan anses falla in under direktivets tillämpningsområde.[199] Även i den svenska lagtexten stipuleras klart att det köpande företaget skall inneha andelar med röstetal överstigande 50 procent, se 48a:8 och 49:12 IL. En näraliggande fråga är vad som gäller om det förvärvade bolaget innehar egna aktier för vilka bolaget inte får utöva någon rösträtt.[200] Kan man vid bedömningen av om röstmajoritet föreligger räkna bort dessa aktier, och anse att det räcker att det förvärvande bolaget erhåller en majoritet av de röster som faktiskt kan utövas?[201] Direktivet ger inget direkt svar på denna fråga. I svensk rätt anges att det skall vara fråga om mer än 50 procent av röstetalet för "samtliga andelar i det avyttrade företaget", vilket närmast indikerar att även bolagets egna aktier skall räknas med. Här måste dock även

[196] I propositionen lämnas som motivering till att gränsen skall dras just vid årsskiftet att fysiska personer då kommer att ha klarhet i om förutsättningar för skattefrihet föreligger när deklarationen lämnas, se prop. 1998/99:15 s. 190.

[197] Även Wiman menar att de svenska reglerna är direktivstridiga, dock utan att närmare diskutera vilket tidsmässigt och/eller annat samband som enligt direktivet måste föreligga för att flera andelsbyten skall kunna beaktas samlat, se Wiman 2000 s. 784.

[198] Jfr 1:5, 1 st. 2 p. ABL.

[199] Se Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 64 och Schonewille i Intertax 1992 s. 18.

[200] Se för svensk rätts del 9:4 ABL, där det stadgas att aktie som innehas av bolaget självt inte kan företrädas vid bolagsstämma.

[201] Frågeställningen är hämtad från Rosengren 2004 s. 121 som dock endast diskuterar den i relation till finsk rätt och inte till direktivet.

bestämmelsen i 1:7 ABL beaktas. Enligt denna bestämmelse skall egna aktier inte räknas med "vid tillämpningen av bestämmelser i lag eller bolagsordningen som förutsätter att någon eller några innehar en viss andel av aktierna eller rösterna i bolaget". Bestämmelsen har medvetet givits en generell utformning och är avsedd att ha verkan även utanför aktiebolagsrättslagstiftningen.[202] Innebörden av svensk rätt synes därmed vara att bolagets egna aktier skall räknas bort vid bedömningen av om kravet på röstmajoritet i 48a:8 och 49:12 IL är uppfyllt. Eftersom detta är till fördel för de skattskyldiga finns ingen anledning att i detta avseende ifrågasätta de svenska reglernas förenlighet med direktivet.

3.3.3 De mottagna andelarna

I artikel 2 d) i direktivet anges att det skall "utfärdas värdepapper som motsvarar kapitalet" i det förvärvande bolaget till andelsägarna i det förvärvade bolaget. Med "värdepapper som motsvarar kapitalet" bör förstås andelsrätter, inte t.ex. konvertibla skuldebrev eller rena fordringsrätter.[203] Skrivningen att andelarna skall "utfärdas" indikerar att endast nyemitterade andelar kan användas som vederlag. På motsvarande sätt som diskuterades angående fusioner och fissioner i avsnitt 3.1.2 ovan bör dock även transaktioner där vederlaget består av egna andelar som det förvärvande bolaget innehar omfattas av direktivets regler, vilket också har skett vid den svenska implementeringen i 48a:2 och 49:2 IL.[204]

Även vad gäller andelsbytesreglerna kan vidare noteras att direktivet saknar bestämmelser om vilket värde de mottagna andelarna skall ha. På samma sätt som konstaterades i avsnitt 3.2.3.2 angående verksamhetsavyttringar är det därför inte klart om direktivet endast gäller för andelsbyten som sker på marknadsmässiga villkor eller om även byten till underpris omfattas. Ett krav på att vederlaget är marknadsmässigt har dock uppställts i den svenska lagstiftningen, se 48a:2 och 49:2 IL. Här kan generellt hänvisas till den diskussion som fördes i avsnitt 3.2.3.2 ovan angående motsvarande krav vad gäller verksamhetsavyttringar. Denna

[202] Prop. 1999/2000:34 s. 110 och 225. Se även Rutberg och Skog i SvSkT 2000 s. 15 och 27 f.

[203] Se avsnitt 3.1.2 ovan samt Wiman i EC Tax Review 1995 s. 154.

[204] Som ytterligare argument för detta kan när det gäller andelsbyten anföras att kommissionen i förslaget till ändringar i fusionsdirektivet ville införa en uttrycklig regel om hur det förvärvande bolaget skulle värdera de förvärvade andelarna när vederlag lämnats i form av egna (d.v.s. inte nyemitterade) andelar, se förslaget till ny artikel 8.11 i KOM(2003) 613 slutlig. Detta förslag antogs i och för sig inte i det överenskomna ändringsdirektivet men det visar ändå att åtminstone kommissionen menar att även egna andelar kan lämnas som vederlag.

diskussion bör vara relevant även när det gäller andelsbytesreglerna och slutsatsen bör även här bli att kravet på marknadsmässigt vederlag förmodligen kan anses förenligt med direktivet.

När det gäller andelsbyten finns dessutom ytterligare argument för att de svenska reglerna i detta avseende är förenliga med direktivet. Till skillnad från vad som gäller vid en verksamhetsavyttring kan säljaren vid ett andelsbyte vara en fysisk person och de andelar som överlåts således vara kapitalbeskattade. Vid överlåtelse av annan kapitalbeskattad egendom än fastigheter genom ett blandat fång tillämpas den s.k. delningsprincipen.[205] Enligt denna princip skall överlåtelsen delas upp i en onerös och en benefik del. För den onerösa delen gäller att tillgångarna anses överlåtna till marknadsvärdet. För denna del kan således andelsbytesreglerna tillämpas.[206] För den benefika delen anses överlåtelsen ha skett ersättningsfritt, d.v.s. i sin helhet utgöra en gåva. Gåvor medför inte att givaren skall kapitalvinstbeskattas, varför även denna del av transaktionen kommer att undgå beskattning. I stället gäller att förvärvaren inträder i den tidigare ägarens skattemässiga situation.[207] Den sammantagna effekten av transaktionen blir därmed i princip densamma som om hela transaktionen behandlats enligt andelsbytesreglerna, varför det knappast finns anledning att i denna situation ifrågasätta de svenska reglerna. Detsamma bör gälla om den vederlagsfria delen av transaktionen utgör ett kapitaltillskott till eget eller närståendes aktiebolag och därför skall behandlas enligt reglerna i 53 kap. IL. Enligt 53:3 IL gäller då att de bortbytta andelarna skall anses avyttrade mot en ersättning som motsvarar omkostnadsbeloppet, vilket inte heller det leder till någon effektiv beskattning av andelsbytet.[208]

Om andelsbytet däremot avser andelar som beskattas i näring hos säljaren, d.v.s. om säljaren är en juridisk person eller om bytet avser en fysisk persons lagerandelar[209], kan kravet på marknadsmässig ersättning dock åtminstone i vissa fall innebära att andelsbytet inte kan ske helt utan skattekonsekvenser. Även då skall en överlåtelse till underpris i och för

[205] Se RÅ 1943 ref. 9 och RÅ 1983 Ba 14. Delningsprincipen beskrivs i LLMS 2003 s. 164 f.

[206] Att avsikten är att så skall vara fallet följer även av propositionen till andelsbytesreglerna, se prop. 1998/99:15 s. 197 ff.

[207] Se 44:21 IL.

[208] Om köparen vid andelsbytet är ett utländskt bolag gäller i och för sig enligt 53:6–7 IL att andelarna skall anses avyttrade till marknadsvärdet. EG-domstolen har dock i mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. I-10829 funnit att dessa bestämmelser strider mot EG-fördraget, varför de inte kan tillämpas vid andelsbyten där köparbolaget är ett EU-bolag.

[209] För fysiska personer som driver näringsverksamhet gäller enligt 13:7 IL att andelar räknas som tillgångar i näringsverksamheten endast om de är lagertillgångar.

sig anses bestå av två olika delar, varav den oneröса kan behandlas enligt andelsbytesreglerna.[210] Eftersom det i detta fall rör sig om näringsbeskattad egendom kommer den vederlagsfria delen av transaktionen dock att uttagsbeskattas hos säljaren, se 22:3 IL. Denna uttagsbeskattning kan i vissa fall underlåtas med stöd av underprisreglerna i 23 kap. IL, men villkoren för att dessa regler skall vara tillämpliga är som redan konstaterats i avsnitt 3.2.3.2 ovan delvis andra och striktare än direktivets villkor för att skattebefria en verksamhetsavyttring.[211] Om EG-domstolen trots allt skulle finna att kravet på marknadsmässigt vederlag är oförenligt med direktivet kan denna direktivstridighet således inte heller här alltid "läkas" av att transaktionen ändå kan skattebefrias enligt andra regler.

3.3.4 Kontantvederlag och annat sidovederlag

Som nämnts skall vederlaget för de bortbytta andelarna enligt artikel 2 d) i direktivet bestå av andelar i det förvärvande bolaget. Därutöver kan ett kontantvederlag om maximalt tio procent av det nominella värdet på de mottagna andelarna utgå. Det är således möjligt att använda kontanter för att exempelvis justera en eventuell värdeskillnad mellan de bortbytta och de mottagna andelarna. Eftersom det nominella värdet mycket väl kan understiga marknadsvärdet kan det dock vara så att utrymmet för kontantavräkning, sett i reella tal, är betydligt mindre än de angivna tio procenten. Om nominellt värde saknas skall i stället det bokföringsmässiga parivärdet[212] av de mottagna andelarna användas. Enligt uppgift har rådet i ett rådsprotokoll definierat bokföringsmässigt parivärde som det inbetalda kapitalet dividerat med antalet andelar i bolaget.[213]

När det gäller frågan om hur det tillåtna kontantvederlaget får fördelas mellan andelsägarna i det förvärvade bolaget kan i stort hänvisas till avsnitt 3.1.3 ovan. Det kan dock noteras att ett andelsbyte skiljer sig från en fusion/fission på så sätt att andelsbytet bara behöver avse en del av andelarna i det förvärvade bolaget. Vid en fusion och en fission omfattas alltid samtliga andelar i det överlåtande bolaget av transaktionen, eftersom detta bolag i och med ombildningen upphör att existera. Det sagda innebär att det bör finnas större möjligheter att utge ett högre sammanlagt kontantvederlag än tio procent vid ett andelsbyte än vid en fusion/fis-

[210] Se prop. 1998/99:15 s. 197 ff.
[211] Exempelvis gäller att det köpande företaget inte får ha underskott från tidigare år samt att andelarna i det köpande företaget i vissa fall måste vara kvalificerade, se närmare 23:18–29 IL.
[212] Eng: accounting par value.
[213] Serup 2003 s. 56.

sion. Det bör nämligen vara möjligt att dela upp ett andelsbyte i två transaktioner som bedöms var för sig, d.v.s. att ange att vissa andelar byts ut mot nya samt ett eventuellt kontantvederlag om maximalt tio procent, medan andra andelar avyttras eller byts mot ett högre kontantvederlag. Det faktum att det vid sidan av ett andelsbyte som uppfyller direktivets krav också sker en annan överlåtelse av andelar i samma bolag kan knappast hindra att direktivet är tillämpligt för det kvalificerade andelsbytet.

Även i svensk rätt uppställs ett krav på att kontantvederlaget skall uppgå till maximalt tio procent av de mottagna andelarnas nominella värde, se 48a:2 och 49:2 IL. Som redan nämnt i avsnitt 3.1.3 har Regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 27 tolkat de svenska andelsbytesreglerna så att bedömningen av om kontantvederlaget håller sig inom den tillåtna gränsen skall ske för varje avyttrad andel för sig. I fallet hade andelsöverlåtelsen skett genom ett och samma avtal för samtliga andelsägare i det avyttrade bolaget. Enligt detta avtal hade samtliga aktier i det sålda bolaget avyttrats för en viss totalsumma, på så sätt att hälften av aktierna byttes mot aktier i det köpande bolaget och den andra hälften avyttrades mot kontant betalning. Regeringsrätten medgav att andelsbytesreglerna tillämpades på bytesdelen av transaktionen. Genom avgörandet är således fastslaget att de svenska reglerna möjliggör en sådan uppdelning av transaktionen som diskuterats ovan.

Varken direktivet eller svensk rätt tillåter att annat sidovederlag än det tioprocentiga kontantvederlaget utgår vid andelsbytet. I RÅ 1999 not. 117 prövade Regeringsrätten om möjligheten att delta i ett särskilt utdelningsprogram kunde ses som ett sådant otillåtet sidovederlag.[214] I målet skulle andelsägarna i ett svenskt bolag byta sina andelar mot andelar i ett schweiziskt bolag. Det svenska bolaget skulle därmed bli dotterbolag till det schweiziska bolaget. Enligt det särskilda utdelningsprogrammet skulle de svenska andelsägarna dock även fortsättningsvis kunna få utdelning från det svenska dotterbolaget i stället för från det schweiziska moderbolaget. Syftet med detta var att undvika schweizisk källskatt på utdelningarna.[215] I målet argumenterade Riksskatteverket för att möjligheten att delta i utdelningsprogrammet hade ett betydande ekonomiskt värde och måste

[214] Se allmänt om upprättande av utdelningsprogram i samband med andelsbyten Terra och Wattel 2001 s. 375 ff.

[215] Av rättsfallsreferatet framgår att de schweiziska skattemyndigheterna godtagit upplägget och förklarat att de inte skulle ta ut källskatt på utdelningarna. Undvikande av utländsk källskatt är framför allt av intresse för de andelsägare som inte kan utnyttja möjligheten till avräkning av källskatten i Sverige, d.v.s. för utdelningsskattebefriade institutioner såsom investmentföretag, stiftelser, aktiefonder m.fl. Även andra delägare gynnas dock eftersom de slipper det både tidskrävande och administrativt betungande förfarande som är förknippat med att erhålla avtalsenlig nedsättning av källskatten.

ses som en del av vederlaget vid bytet, varför andelsbytesreglerna inte var tillämpliga. Regeringsrätten framhöll dock att rätten att delta i utdelningsprogrammet inte var knuten till just de andelar som gavs ut i samband med bytet utan gällde alla andelar i det schweiziska bolaget som innehades av andelsägare med hemvist i Sverige. Rätten att delta i programmet kunde därmed enligt Regeringsrätten inte anses utgöra vederlag vid andelsbytet.

3.4 Gränsdragningsproblem

I vissa fall kan gränsdragningsproblem uppkomma mellan de olika transaktionsformer som behandlas i direktivet. Det kan nämligen hända att en och samma ombildningssituation kan anses falla in under mer än en av de beskrivna transaktionsformerna. När det gäller fusioner och fissioner bör detta i och för sig endast helt undantagsvis, om ens någonsin, kunna inträffa. Dels grundas fusioner och fissioner regelmässigt på bolagsrättslig reglering, vilket inte är fallet med andelsbyten och verksamhetsavyttringar. Dels anges i reglerna om fusioner och fissioner att det överlåtande bolaget skall upplösas medan reglerna om verksamhetsavyttringar och andelsbyten tvärtom förutsätter att alla inblandade bolag består även efter transaktionen. Dessa omständigheter gör att det är svårt att tänka sig fall där en och samma ombildning samtidigt skulle kunna falla in både under reglerna om fusioner/fissioner och under reglerna om verksamhetsavyttringar eller andelsbyten.

Då är det lättare att identifiera situationer där en tillämpning av både verksamhetsavyttringsreglerna och andelsbytesreglerna skulle kunna aktualiseras. I avsnitt 3.2.2.9 ovan har jag funnit att det mesta talar för att även värdepappersförvaltning kan utgöra en verksamhetsgren i direktivets mening. Överföring av aktier eller andra andelar mot vederlag i form av andelar i det köpande bolaget kan därmed, om vissa ytterligare förutsättningar är uppfyllda, utgöra en verksamhetsavyttring i direktivets mening. En sådan transaktion kan dock i vissa fall även uppfylla förutsättningarna för att vara ett andelsbyte. Frågan är då vilket av regelsystemen som skall ges företräde. Eftersom skattekonsekvenserna av en verksamhetsavyttring på flera punkter skiljer sig från skattekonsekvenserna av ett andelsbyte är denna fråga inte endast av teoretiskt intresse. Vilket av regelsystemen som tillämpas kan tvärtom få stor praktisk betydelse för de inblandade parterna.

Frågan om vilket av regelsystemen som skall ges företräde kan knappast avgöras generellt utan bedömningen torde snarare falla olika ut i olika situationer. Ett typfall där en regelkonflikt uppkommer är när avytt-

ringen avser andelar i ett dotterbolag. Ett dotterbolag kan i många fall sägas utgöra ett utmärkt exempel på "en del av ett bolag som från organisatorisk synpunkt utgör en oberoende verksamhet" och därmed på en verksamhetsgren i direktivets mening.[216] Samtidigt faller en avyttring av dotterbolagsandelar mot vederlag bestående i andelar i det köpande bolaget helt klart in under direktivets andelsbytesregler.

Vid bedömningen av hur denna regelkonflikt skall lösas bör ledning enligt min mening kunna hämtas från EG-domstolens dom i målet *Muwi*.[217] Som redan nämnts i avsnitt 3.2.2.1 ovan gällde målet i och för sig inte fusionsdirektivet utan artikel 7 (b) i direktiv 69/335/EEC om indirekta skatter på kapitalanskaffning. Artikeln innehåller en bestämmelse angående överföring av samtliga tillgångar och skulder, eller av en eller flera delar av ett företag, mot vederlag i form av aktier i det köpande bolaget. I direktiv 69/335/EEC finns vidare en annan bestämmelse som gäller vid förvärv av aktier motsvarande minst 75 procent av kapitalet i det överlåtna bolaget mot vederlag i form av aktier i köparbolaget.[218] Frågan i målet var om ett andelsbyte där samtliga aktier i ett helägt dotterbolag byttes mot aktier i köparbolaget kunde anses vara en sådan överlåtelse av en del av ett företag som omfattas av den förstnämnda bestämmelsen. EG-domstolen fann att så inte var fallet eftersom denna transaktion var föremål för en särskild reglering. Transaktionen kunde då inte samtidigt falla in under bestämmelsen om överföring av del av ett företag.[219]

Även om målet rörde en bestämmelse i ett helt annat direktiv anser jag som nämnts att paralleller ändå bör kunna dras till gränsdragningen mellan bestämmelserna om verksamhetsavyttringar och andelsbyten i fusionsdirektivet.[220] Denna regelkonflikt är nämligen i allt väsenligt av samma slag som den som var aktuell i målet. EG-domstolens avgörande i *Muwi* talar vidare klart för att andelsbytesreglerna bör ges företräde framför reglerna om verksamhetsavyttringar vid andelsbyten av dotterbolagsandelar eftersom andelsbytesreglerna specifikt tar sikte på just denna typ av transaktion. En sådan transaktion bör då inte samtidigt kunna behandlas enligt reglerna om verksamhetsavyttringar.

Det nu sagda överensstämmer med innebörden av svensk rätt, vilken på denna punkt således måste anses förenlig med direktivet. Som fram-

[216] Som framgått i avsnitt 3.2.2.9 ovan faller dotterbolagsandelar däremot utanför den svenska definitionen av verksamhetsgren i 2:24–25 IL (se närmare om detta strax nedan).
[217] Mål C-164/90 *Muwi* [1991] ECR I-6049.
[218] Se artikel 7 (bb) i direktiv 69/335/EEC.
[219] Mål C-164/90 *Muwi* [1991] ECR I-6049, p. 24 i domen.
[220] Jfr dock Terra och Wattel 2001 s. 379 som (dock utan att diskutera frågan närmare) menar att det är oklart om målet har någon betydelse vid tolkningen av fusionsdirektivet.

gått i avsnitt 3.2.2.9 ovan omfattas en avyttring av dotterbolagsandelar överhuvudtaget inte av de svenska reglerna om verksamhetsavyttringar eftersom andelar i sig inte anses kunna utgöra en verksamhetsgren enligt 2:25 IL. Ett byte av dotterbolagsandelar mot andelar i det köpande företaget kommer därmed alltid att behandlas enligt andelsbytesreglerna.

Frågan om vilket regelsystem som skall ges företräde blir betydligt svårare att besvara om det som avyttras inte endast utgörs av andelar utan även av annan egendom. Eftersom en verksamhetsgren enligt direktivet består av alla tillgångar och skulder i en del av ett bolag kan i en verksamhetsgren mycket väl ingå även andelar i andra bolag. Att så kan vara fallet bekräftas också av målet *Andersen og Jensen*, där EG-domstolen uttryckligen uttalade att en aktiepost kan ingå i en verksamhetsgren.[221] Antag att ett bolag avyttrar en av sina verksamhetsdelar till ett annat bolag mot vederlag bestående av andelar i det köpande bolaget. Till verksamhetsdelen hör, förutom materiella och immateriella tillgångar av olika slag, även andelar i dotterbolag. Antag vidare att den avyttrade verksamhetsdelen helt klart uppfyller förutsättningarna för att vara en verksamhetsgren i direktivets mening. Skall transaktionen då i sin helhet behandlas enligt reglerna om verksamhetsavyttringar eller skall den del av transaktionen som avser andelar i dotterbolag brytas ut och behandlas enligt andelsbytesreglerna?

Min slutsats ovan, att andelsbytesreglerna skall ges företräde framför reglerna om verksamhetsavyttringar eftersom de specifikt tar sikte på just det fallet att den överförda egendomen består av andelar i ett annat bolag, talar onekligen för det sistnämnda alternativet. Samtidigt kan också argumenteras för att man inte bör dela upp en och samma transaktion mellan regelsystemen utan att transaktionen i sin helhet bör behandlas endera som ett andelsbyte eller som en verksamhetsavyttring. För detta talar inte minst den omständigheten att det inte endast är i de fall då dotterbolagsandelar ingår i överlåtelsen som en konflikt med andelsbytesreglerna kan uppkomma. Så kan mycket väl bli fallet även om det endast är en mindre aktiepost i ett annat bolag som ingår i den avyttrade verksamhetsgrenen, under förutsättning att det köpande bolaget i och med överlåtelsen erhåller röstmajoritet i detta bolag (p.g.a. att det köpande bolaget redan tidigare innehade aktier i detta bolag och/eller att det samtidigt förvärvar aktier i detta bolag även från andra säljare). Även i en sådan situation kan andelsbytesreglerna bli tillämpliga, men det förefaller då vara mindre lämpligt att bryta ut just andelsavyttringen och behandla den enligt reglerna för andelsbyten medan transaktionen i övrigt behandlas enligt reglerna om verksamhetsavyttringar.

[221] Mål C-43/00 *Andersen og Jensen* REG 2002 s. I-379.

Det går knappast att säga någonting säkert om hur direktivet skall tolkas i fall som de ovannämnda. En tänkbar slutsats av ovanstående resonemang skulle dock kunna vara att om det endast är andelar som avyttras skall andelsbytesreglerna tillämpas men om även annan egendom ingår i överlåtelsen skall denna i sin helhet behandlas enligt reglerna om verksamhetsavyttringar. Detta ligger i linje med hur frågan har lösts i svensk rätt. Av 49:5 IL framgår att om reglerna om verksamhetsavyttringar skall tillämpas så är andelsbytesreglerna inte tillämpliga. Som nämnts gäller dock inte de svenska verksamhetsavyttringsreglerna när den avyttrade egendomen enbart består av aktier och andra andelar. Däremot kan andelar mycket väl ingå som en del av en rörelse enligt 2:24 IL och därmed också som en del av en verksamhetsgren enligt 2:25 IL. Sådana "blandade" överlåtelser som har beskrivits ovan skall således enligt svensk rätt i sin helhet behandlas enligt reglerna om verksamhetsavyttringar. Jag har svårt att se att detta skulle kunna komma i konflikt med direktivet, särskilt eftersom de inblandade företagen dessutom har en viss valrätt när det gäller vilket av regelsystemen som skall tillämpas. Enligt 38:5 IL skall reglerna om verksamhetsavyttringar nämligen endast tillämpas om de skattskyldiga begär det.[222] Genom att avstå från en sådan begäran sätts detta regelsystem ur spel och andelsbytesreglerna bör då kunna tillämpas på den del av transaktionen som avser byte av andelar.[223]

3.5 Nya transaktionsformer

3.5.1 Inledning

Som nämnts i kapitel 1.7.2 har medlemsländerna genom en politisk överenskommelse i rådet den 7 december 2004 fattat beslut om att införa relativt omfattande ändringar i fusionsdirektivet. Bland annat skall direktivet utvidgas till att omfatta en ny transaktionsform, s.k. partiell fission. Vidare skall i direktivet införas skatteregler för när europabolag och europeiska kooperativa föreningar flyttar sitt säte från en medlemsstat till en annan. Dessa ändringar behandlas i de följande underavsnitten. Som redan framgått i kapitel 1.2 kommer de nya bestämmelserna dock inte att bli föremål för en lika djupgående analys som de regler som finns i det nu gällande direktivet.

[222] Se närmare kapitel 5.10 nedan.

[223] Av skatteutskottets betänkande framgår att avsikten är att bestämmelsen skall tillämpas på detta sätt, se 1998/99:SkU5 s. 21. Se även Andersson m.fl. 2004 s. 1276 samt SKV:s handledning 2004, del 3, s. 468.

3.5.2 Partiell fission

Genom ändringsdirektivet skall således en ny transaktionsform, s.k. partiell fission eller "split-off", införas i fusionsdirektivet.[224] Denna transaktion går ut på att ett bolag utan att upplösas överlåter en eller flera verksamhetsgrenar till ett eller flera befintliga eller nybildade bolag. Vederlaget skall bestå av andelar i det eller de övertagande bolaget/bolagen. Vederlaget skall dock inte som vid en verksamhetsavyttring lämnas till det överlåtande bolaget utan till andelsägarna i detta bolag. Dessutom får ett kontantvederlag om maximalt tio procent av andelarnas nominella värde utgå. Vidare måste det efter den partiella fissionen finnas kvar minst en verksamhetsgren i det överlåtande bolaget, d.v.s. det måste verkligen vara fråga om en uppdelning av verksamheten i bolaget och inte om en total överföring av hela verksamheten till ett annat bolag. Det sistnämnda kravet fanns inte med i kommissionens direktivförslag utan infördes under förhandlingarna i rådet.

Som nämnts i kapitel 1.8 ovan omfattas partiella fissioner som företas mellan bolag i ett och samma land av den civilrättsliga regleringen om fissioner i det sjätte bolagsdirektivet. Transaktionen utgör då en universalsuccession med ett antal bolagsrättsliga följdverkningar. Som diskuteras i det nämnda kapitlet bör en partiell fission dock också kunna genomföras endast med stöd av vanliga avtal mellan parterna, och kan då närmast karaktäriseras som en blandning av en verksamhetsavyttring och ett andelsbyte. I avsaknad av bolagsrättslig lagstiftning om gränsöverskridande partiella fissioner är detta för närvarande den enda möjligheten att genomföra en sådan transaktion.

Som synes ansluter definitionen av partiell fission nära till de redan befintliga reglerna i direktivet och flera av de frågor angående tolkningen av de nuvarande reglerna som behandlats ovan blir relevanta även när det gäller partiella fissioner. Exempelvis blir direktivets verksamhetsgrensdefinition tillämplig också vid dessa transaktioner. Även den ovanstående diskussionen om karaktären på vederlaget kan till stora delar överföras på reglerna om partiella fissioner. Liksom vid en regelrätt fission gäller vidare att andelsägarna i det överlåtande bolaget skall erhålla andelar i samtliga övertagande bolag i proportion till sina innehav i det överlåtande bolaget. Partiella fissioner kan således lika lite som regelrätta fissioner användas för att åstadkomma en delning på ägarnivå.

Enligt ändringsdirektivet skall reglerna om partiella fissioner vara implementerade i medlemsstaterna senast den 1 januari 2007.[225]

[224] Definitionen av partiell fission skall införas i ett nytt led (b a) i artikel 2 i direktivet. Se även kommissionens direktivförslag i KOM(2003) 613 slutlig.
[225] Se artikel 2 i ändringsdirektivet.

3.5.3 Flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar

Enligt förordningen om europabolag kan sådana bolag flytta sitt säte från en medlemsstat till en annan.[226] Samma möjlighet skall också finnas för europeiska kooperativa föreningar.[227] En sådan flyttning av sätet innebär inte att bolaget respektive föreningen avvecklas eller att en ny juridisk person bildas. Däremot kan flyttningen av sätet få skatterättsliga följder på den grunden att europabolaget respektive föreningen inte längre anses skatterättsligt hemmahörande i det tidigare säteslandet. I svensk rätt kan detta t.ex. föranleda uttagsbeskattning enligt 22:5 IL. Genom ändringsdirektivet införs därför regler i fusionsdirektivet om att en sådan flyttning av sätet skall kunna ske utan att beskattning utlöses. De nya reglerna gäller endast när europabolag eller europeiska kooperativa föreningar flyttar sitt säte.[228] Däremot omfattas inte flyttning av sätet för nationella bolag (i den mån en sådan flytt överhuvudtaget är möjlig) av reglerna.

I preambeln till ändringsdirektivet presenterades reglerna om flyttning av säte närmast som förtydliganden av vad som ändå redan kan anses gälla enligt EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.[229] Närmare bestämt anges att möjligheten för europabolag och europeiska kooperativa föreningar att flytta sitt säte är ett uttryck för den grundläggande etableringsfriheten samt att denna inte får hindras av skattebestämmelser i medlemsstaterna som strider mot fördraget. Detsamma uttrycktes även i kommissionens direktivförslag men kommissionen ansåg att direktivet "[f]ör tydlighets skull" ändå borde kompletteras med bestämmelser som uttryckligen reglerar dessa fall.[230]

Enligt min mening är det mycket som talar för att uppfattningen att de nya reglerna inte säger något annat än det som redan följer av fördraget är riktig. EG-domstolen har i och för sig i målet *Daily Mail* funnit att etableringsfriheten inte innefattar en rätt för nationella bolag att emigrera till andra medlemsländer.[231] Domstolen konstaterade då att bolag är juridiska konstruktioner som skapats inom ramen för de nationella bolagsrättsliga systemen, och att det i avsaknad av harmoniserade regler inte var möjligt att ge bolag en generell rätt att flytta från ett medlemsland till ett annat. Genom förordningarna om europabolag och europeiska koopera-

[226] Se artikel 8 i förordning (EG) nr 2157/2001.
[227] Se artikel 7 i förordning (EG) nr 1435/2003.
[228] Se den nya artikel 2 j) som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet.
[229] Se stycke 5 och 6 i preambeln.
[230] Se KOM(2003) 613 slutlig, p. 8 i inledningen. Se om denna fråga även Thömmes i European Taxation 2004 s. 26 f. och Gammie i European Taxation 2004 s. 43.
[231] Mål 81/87 *Daily Mail* [1988] ECR 5483.

tiva föreningar skapas dock just en sådan möjlighet. Slutsatsen måste därför bli att skatteregler som hindrar utövandet av rätten att flytta sätet och som inte kan rättfärdigas på särskild grund är otillåtna redan enligt fördragsbestämmelserna om etableringsfrihet.[232] Jag anser ändå att det är motiverat att, såsom nu har skett, införa särskilda bestämmelser i sekundärlagstiftningen om detta. Genom dessa bestämmelser klarläggs nämligen under vilka förutsättningar och på vilket sätt skattefrihet skall medges.[233]

De nya bestämmelserna om flyttning av säte skall vara implementerade senast den 1 januari 2006.[234]

3.6 Krav på hemvist och bolagsform

3.6.1 Ombildningen skall beröra bolag från två eller flera medlemsstater

Som nämnts i kapitel 1.1 är direktivet enligt artikel 1 tillämpligt endast vid företagsombildningar som berör bolag från två eller flera medlemsstater. Direktivet täcker således inte ombildningsfall där alla involverade bolag kommer från samma medlemsland. Vad som avses med "bolag från en medlemsstat" utvecklas närmare i artikel 3. Där anges tre kriterier som samtliga måste vara uppfyllda, nämligen att bolaget drivs i någon av de associationsformer som finns uppräknade i en bilaga till direktivet, att det är skatterättsligt hemmahörande i något medlemsland samt att det är skyldigt att betala någon av ett antal uppräknade skatter. Det finns ingenting i direktivet som antyder att dessa kriterier måste tillgodoses i ett och samma medlemsland och den allmänna uppfattningen synes också vara att kriterierna kan uppfyllas i olika länder.[235] Ett problem är dock att det i direktivet inte närmare anges vilket eller vilka av dessa kriterier som skall vara avgörande för vilket land bolaget skall anses "komma från". Är det landet enligt vars lagstiftning bolaget är bildat, hemvistlandet och/eller det land där bolaget är skattskyldigt som skall vara avgörande?

I doktrinen har argumenterats för att samtliga dessa kriterier kan utgöra grund för att i direktivets mening knyta ett bolag till ett visst med-

[232] Se vidare om EG-domstolens praxis om fördragsstridiga skatteregler och om möjligheten att rättfärdiga sådana regler t.ex. Ståhl och Österman 2000 s. 59 ff.

[233] Se närmare om skattefrihetsbestämmelserna i kapitel 5, särskilt kapitel 5.4.4, och kapitel 6.1 nedan.

[234] Se artikel 2 i ändringsdirektivet.

[235] Farmer och Lyal 1994 s. 279 f., Survey 1995 s. 16 samt Terra och Wattel 2001 s. 384. Jfr dock Thömmes i ECTL kap. 5.3, p. 6 som anger att det tredje kriteriet avser skattskyldighet i bolagets hemvistland, d.v.s. han synes anse att i vart fall det andra och det tredje kriteriet måste vara uppfyllda i samma medlemsland.

lemsland.[236] Med en sådan tolkning skulle direktivet således vara tillämpligt även vid en ombildning mellan två svenska bolag, om bara något av bolagen har ett fast driftställe i ett annat medlemsland. Bolaget skulle ju då "komma från" även det land där det fasta driftstället är beläget eftersom bolaget är skattskyldigt där.[237] Mot en sådan tolkning kan dock invändas att den är mindre förenlig med andra bestämmelser i direktivet samt direktivets övergripande systematik.[238] Särskilt bestämmelsen i artikel 10 i direktivet om överföring av fasta driftställen i andra länder är klart uppbyggd på så sätt att med "bolagets medlemsstat" avses den stat där bolaget är obegränsat skattskyldigt, d.v.s. hemviststaten, och inte (också) den stat där det fasta driftstället är beläget.[239] Detta talar enligt min mening starkt för att direktivet bör tolkas så att det inte är tillräckligt att bolaget är skattskyldigt i en medlemsstat för att bolaget i direktivets mening skall anses vara ett bolag från denna medlemsstat.

Däremot anser jag att det är svårare att avgöra hur de övriga kriterier som nämns i artikel 3, d.v.s. att bolaget utgör en viss utpekad associationsform från ett visst medlemsland respektive att bolaget är skatterättsligt hemmahörande i ett visst medlemsland, förhåller sig till varandra vid bedömningen av om kravet i artikel 1 är uppfyllt. I förstone kan det kanske förefalla vara mest näraliggande att anse att bolaget kommer från det land där det är bildat, d.v.s. att låta det första kriteriet i artikel 3 vara avgörande. Det nyssnämnda resonemanget om direktivets övergripande systematik talar dock snarare för att det är det andra kriteriet om skatterättslig hemvist som bör vara avgörande.[240] Själva skattefrihetsbestämmelserna i direktivet är ju som sagt uppbyggda på så sätt att de förutsätter att "bolagets medlemsstat" är den stat där bolaget är skatterättsligt hemmahörande. Detta framgår som nämnts särskilt tydligt i artikel 10, men även i artiklarna 4–6 är det enligt min mening underförstått att man med det "överlåtande bolagets medlemsstat" respektive "den medlemsstat där det överlåtande bolaget är hemmahörande" avser den stat där bolaget är skattemässigt hemmahörande. Det framstår därmed som naturligt att detta också skall vara det avgörande anknytningskriteriet enligt artikel 1. Något som också talar för detta är att det i artikel 3 uttryckligen stipuleras att ett bolag som enligt ett skatteavtal har hemvist i tredje land utesluts från direktivets tillämpningsområde även om bolaget

[236] Se Schonewille i Intertax 1992 s. 14 och 20.

[237] Både Survey 1995 s. 27 och Terra och Wattel 2001 s. 390 f. anger däremot detta som exempel på ett fall som *inte* täcks av direktivet. De sistnämnda tillägger dock att en mer generös tolkning eventuellt skulle kunna innebära att även detta fall omfattas.

[238] Farmer och Lyal 1994 s. 279 f.

[239] Se närmare om artikel 10 i kapitel 5.7 nedan.

[240] Denna tolkning förordas av Farmer och Lyal 1994 s. 280.

är bildat i ett medlemsland och utgör en sådan association som finns uppräknad i bilagan till direktivet. Det skatterättsliga hemvistet har här alltså ansetts vara en viktigare anknytningsfaktor än var bolaget är bildat någonstans.

Med detta synsätt är direktivet således tillämpligt vid ombildningar som berör två svenska aktiebolag om ett av bolagen anses ha skatterättslig hemvist i ett annat medlemsland. Frågan är dock om det därvid räcker att bolaget anses ha skatterättslig hemvist i det andra landet enligt detta lands interna rätt, eller om det också krävs att avtalshemvistet är förlagt där. Direktivtexten i artikel 3 talar närmast för det förstnämnda alternativet, eftersom det anges att bolaget "enligt skattelagstiftningen i en medlemsstat" skall anses skattemässigt hemmahörande där. Det ovanstående resonemanget om direktivets allmänna uppbyggnad talar dock snarare för motsatsen. För att ett land faktiskt skall kunna utöva en beskattningsrätt baserad på hemviststatsprincipen krävs ju att bolaget också har sitt avtalshemvist i landet. Ett svenskt aktiebolag som även anses ha skatterättslig hemvist i t.ex. Storbritannien enligt detta lands interna rätt, men som har sitt avtalshemvist i Sverige, skulle därmed vid tillämpningen av artikel 1 anses komma (endast) från Sverige och inte (också) från Storbritannien. Detta synsätt leder också till att en ombildning som involverar dels ett svenskt aktiebolag med avtalshemvist i Storbritannien, dels ett brittiskt bolag som också har avtalshemvist där, inte skulle omfattas av direktivet eftersom det svenska aktiebolaget vid tillämpningen av artikel 1 skulle betraktas som brittiskt och inte som svenskt.

För egen del menar jag att detta är den rimligaste och mest konsekventa tolkningen av artikel 1. En generösare tolkning skulle dock som antytts kunna vara att det räcker att bolaget har skatterättslig hemvist i ett land enligt detta lands interna rätt för att bolaget skall komma från landet ifråga, och/eller att ett bolag vid bedömningen av om kravet i artikel 1 är uppfyllt skall anses komma både från det land där det är bildat och från hemvistlandet. I så fall skulle även ombildningarna i de två sista exemplen anses falla in under direktivet.

En annan fråga är vilka bolag det är som, i den mening som avses i artikel 1, skall anses vara berörda av en ombildning. Är det bara de bolag som är föremål för själva fusionen etc. eller avses också bolag som deltar i transaktionen i egenskap av delägare? Faller t.ex. en fusion eller ett andelsbyte mellan två svenska bolag in under direktivet bara p.g.a. att ett av bolagen ägs av ett bolag från ett annat medlemsland och detta sistnämnda bolag till följd av ombildningen erhåller andelar i det övertagande/förvärvande bolaget? Enligt min mening talar det mesta för att så inte kan vara fallet. I artikel 2, där de olika ombildningssituationer som omfattas av direktivet definieras, talas dels om "bolag", dels om "delägare". Med bolag avses

då överlåtande eller övertagande bolag (vid en fusion, fission eller verksamhetsavyttring) respektive förvärvat eller förvärvande bolag (vid ett andelsbyte). Andelsägare i något av dessa bolag omtalas som "delägare", oavsett om de är fysiska personer eller bolag. När det i artikel 1 anges att direktivet är tillämpligt på företagsombildningar som "berör bolag" från två eller flera medlemsländer bör detta därför förstås såsom refererande till bolag som deltar i transaktionen just i egenskap av överlåtande/övertagande bolag respektive förvärvat/förvärvande bolag.[241] Det faktum att en delägare i något av dessa bolag är ett bolag från ett annat medlemsland kan enligt min mening inte kvalificera en ombildning som annars inte skulle falla in under direktivet.[242]

Av det sagda följer alltså att det bör sakna betydelse var bolagens delägare är hemmahörande någonstans.[243] Detta innebär också att även transaktioner som involverar bolag från ett medlemsland som i sin helhet ägs av investerare utanför EU omfattas av direktivet.[244] Här kan noteras att kommissionen i sitt förslag till ändringar i fusionsdirektivet ville att det i klargörande syfte skulle införas en uttrycklig bestämmelse om att direktivet är tillämpligt vid andelsbyten där röstmajoriteten förvärvas från delägare som hör hemma utanför unionen.[245] Någon bestämmelse om detta finns dock inte med i det överenskomna ändringsdirektivet. Enligt min mening kan det dock knappast föreligga något tvivel om att detta fall omfattas av direktivet, varför en sådan bestämmelse framstår som obehövlig (vilket kanske också är anledningen till att den inte infördes).

En särskild fråga är vidare vad som gäller om fler än två bolag är inblandade i ombildningen. Det kan knappast finnas något som hindrar att direktivet är tillämpligt även om två (eller flera) bolag kommer från samma medlemsland, under förutsättning att transaktionen också berör bolag från ett annat medlemsland.[246] Mer osäkert är vad som gäller om

[241] Thömmes i ECTL kap. 5.1, p. 14 och Survey 1995 s. 23.

[242] Se för samma slutsats Survey 1995 s. 60 och Næsborg Jensen 1997 s. 147. Se dock även Thömmes i ECTL kap. 5.1, p. 15, där han anger att en mer liberal tolkning av direktivet i detta avseende kan vara möjlig när det gäller andelsbyten. Han synes motivera detta med att ett andelsbyte alltid måste involvera minst tre parter (det förvärvande bolaget, det förvärvade bolaget samt andelsägare i det sistnämnda bolaget) men utvecklar inte resonemanget närmare.

[243] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 71, Survey 1995 s. 24 och 60, Terra och Wattel 2001 s. 384 samt Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 10.

[244] Se dock avsnitt 3.6.4 nedan om den svenska implementeringen av andelsbytesreglerna.

[245] Se förslaget till ny artikel 8.12 i KOM(2003) 613 slutlig.

[246] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 37, Survey 1995 s. 27, Farmer och Lyal 1994 s. 280 och Wiman i SN 1992 s. 520. Se även förslaget till bolagsrättsliga regler för gränsöverskridande fusioner i KOM(2003) 703 slutlig, där det i artikel 1 anges att en fusion utgör en gränsöverskridande fusion om "*åtminstone* [min kurs.] två av bolagen lyder under två

en transaktion involverar både bolag från två olika medlemsländer och bolag från tredje land. Å ena sidan uppfyller även en sådan transaktion kravet att beröra bolag från två eller flera medlemsstater, vilket talar för att den täcks av direktivet. Å andra sidan är knappast syftet med direktivet att företagsombildningar som involverar bolag i tredje land skall omfattas. Detta framgår bl.a. av preambeln, där det anges att fusioner etc. som berör bolag i olika medlemsstater "kan vara nödvändiga för att *inom gemenskapen* [kurs. här] skapa betingelser liknande dem som råder på en inre marknad". Syftet med direktivet skulle således närmast tala emot att den nämnda situationen täcks av direktivet. Den praktiska betydelsen av den nu diskuterade frågan är hur som helst liten. För att kunna företa gränsöverskridande fusioner/fissioner krävs som framgått i kapitel 1.8 ovan stöd i bolagsrättslig reglering, varför det knappast inom överskådlig framtid kommer att vara möjligt att genomföra sådana transaktioner med bolag från tredje land. Verksamhetsavyttringar och andelsbyten kan i och för sig företas även med bolag från länder utanför EU, men sådana transaktioner involverar regelmässigt endast två bolag. Om t.ex. en verksamhetsavyttring utformas så att ett EU-bolag samtidigt överför dels en verksamhetsgren till ett bolag i ett annat medlemsland, dels en annan verksamhetsgren till ett bolag i tredje land, bör detta kunna behandlas som två skilda transaktioner varav endast den förstnämnda omfattas av direktivet.[247] Detsamma bör gälla även vid tillämpningen av de nya reglerna om partiella fissioner.

För svensk rätts del kan konstateras att reglerna som redan nämnts inte gör skillnad mellan å ena sidan transaktioner som involverar EU-bolag i olika medlemsländer och å andra sidan motsvarande transaktioner som endast involverar svenska bolag och/eller bolag från tredje land. Det skall således understrykas att resonemangen i detta avsnitt endast är relevanta för frågan om vilka transaktioner som omfattas av direktivet som sådant, medan även rent inhemska transaktioner ju omfattas av den svenska implementeringslagstiftningen.

---

olika medlemsstaters lagstiftning". Jfr dock Mattsson 2003 s. 245, som tolkar fusionsdirektivet så att det i en sådan situation endast omfattar den gränsöverskridande delen av transaktionen.

[247] En motsvarande uppdelning av en fusion/fission som involverar bolag både inom och utom EU i en skattegynnad och en icke skattegynnad del skulle däremot i vissa fall kunna vara praktiskt problematisk, se för exempel på detta Survey 1995 s. 24. Där dras slutsatsen att detta starkt talar för att sådana "blandade" transaktioner överhuvudtaget inte omfattas av direktivet.

3.6.2 Bolagsformer som omfattas av bestämmelserna

3.6.2.1 Direktivets regler

För att ett bolag skall omfattas av direktivet krävs enligt artikel 3 att det drivs i någon av de associationsformer som är förtecknade i en bilaga till direktivet. Det skall observeras att kravet på specifik associationsform endast gäller bolag som deltar i transaktionen som överlåtande/övertagande bolag eller förvärvat/förvärvande bolag.[248] Däremot kan alla tänkbara rättssubjekt omfattas av direktivets skattefrihetsregler i egenskap av delägare.[249]

För de flesta länder anges i bilagan uttryckligen vilka bolagsformer som omfattas, varvid uppräkningen kan vara mer eller mindre generös när det gäller hur många och vilka subjekt som tagits med. För Sveriges del omfattas för närvarande aktiebolag, bankaktiebolag och försäkringsaktiebolag av direktivet. Några länder har dock valt en helt generell formulering av typen att "bolag som bildats enligt lagstiftningen i landet" omfattas.[250] I detta avseende varierar således direktivets tillämpningsområde en hel del mellan länderna, och bolagsformer i olika länder som de facto är närmast identiska kan behandlas olika när det gäller tillgång till direktivets regler.[251]

Av bl.a. denna anledning föreslog kommissionen redan år 1993 att direktivet skulle utvidgas till att omfatta alla bolagsskatteskyldiga företag oberoende av associationsform.[252] Detta förslag ansågs emellertid för långtgående och det nya förslag som lades fram år 2003 gick i stället ut på att listan skulle kompletteras med ytterligare ett antal associationsformer.[253] Så har nu också skett genom det överenskomna ändringsdirektivet.[254] Förutom att lägga till ett antal specifikt namngivna associationsformer är det därvid flera länder som även infört mer öppna skrivningar om att alla andra bolag som bildats enligt landets lagar och som är skattskyldiga till bolagsskatt också skall omfattas.[255] Tillämpningsområdet för

[248] Jfr diskussionen i avsnitt 3.6.1 ovan.

[249] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 71, Survey 1995 s. 24 och 60, Terra och Wattel 2001 s. 384 samt Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 10.

[250] Se t.ex. Storbritannien, Litauen och Portugal samt i viss mån även Italien.

[251] Se för exempel på detta SEC(2001) 1681 s. 235. Se även Schelpe i EC Tax Review 1993 s. 201 f. samt (angående motsvarande lista i moder/dotterbolagsdirektivet) Manganelli 1994 s. 36.

[252] COM(93) 293 final.

[253] Se förslaget till ny bilaga i KOM(2003) 613 slutlig samt p. 18–20 i inledningen till förslaget.

[254] Se den nya bilagan som enligt ändringsdirektivet skall ersätta den nuvarande bilagan.

[255] Se t.ex. Nederländerna, Belgien, Tyskland, Frankrike och Luxemburg.

direktivreglerna har därmed utvidgats betydligt och det ökade bruket av mer generella skrivningar gör också att nya associationsformer som i framtiden kan uppkomma i medlemsländerna i många fall automatiskt kommer att omfattas av direktivet. För Sveriges del anges i den nya bilagan att aktiebolag, försäkringsaktiebolag, ekonomiska föreningar, sparbanker och ömsesidiga försäkringsbolag skall omfattas av direktivet.[256] Även för svensk del har det således skett en utvidgning, men eftersom både sparbanker och ekonomiska föreningar helt eller delvis redan omfattas av den svenska implementeringslagstiftningen (se närmare nästa avsnitt) blir den reella skillnaden jämfört med dagens läge ändå inte särskilt stor. Den ändrade listan skall vara implementerad senast den 1 januari 2007.[257]

Det kan noteras att fusionsdirektivet inte innehåller någon allmän begränsning om att endast publika företag omfattas av regleringen. En sådan begränsning finns däremot i bolagsdirektiven om nationella fusioner och fissioner.[258] Det är vidare endast publika företag som enligt förordningen om europabolag kan bilda ett europabolag genom fusion.[259] Däremot omfattas såväl publika som privata bolag av förslaget till bolagsdirektiv om gränsöverskridande fusioner.[260]

3.6.2.2 Den svenska implementeringen

De svenska associationsformer som för närvarande omfattas av direktivet är således aktiebolag, bankaktiebolag och försäkringsaktiebolag. När direktivet implementerades valde den svenska lagstiftaren vidare att låta även svenska ekonomiska föreningar och svenska sparbanker omfattas av reglerna om fusioner/fissioner och verksamhetsavyttringar.[261] Ekonomiska föreningar omfattas också av de svenska reglerna om andelsbyten såtillvida att de bortbytta, men inte de tillbytta, andelarna kan avse an-

[256] I KOM(2003) 613 slutlig föreslogs ingen ändring i listan för Sveriges del utan dessa ändringar inarbetades under rådets bearbetning av förslaget. Ändringarna överensstämmer med dem som nyligen vidtagits när det gäller motsvarande lista i moder/dotterbolagsdirektivet, se ändringsdirektiv 2003/123/EG.

[257] Se artikel 2 i ändringsdirektivet.

[258] Se kapitel 1.8 ovan.

[259] Se artikel 2.1 i förordning (EG) nr 2157/2001 samt listan i bilaga 1 till förordningen. Listan i förordningen är även i andra avseenden mer begränsad än den i fusionsdirektivet, d.v.s. alla associationsformer som omfattas av skattefrihetsreglerna i fusionsdirektivet kan inte bilda ett europabolag genom fusion enligt förordningen.

[260] Se förslaget till artikel 1 i KOM(2003) 703 slutlig. Som nämnts i kapitel 1.8 ovan uppnåddes en politisk överenskommelse om att anta direktivförslaget vid rådets möte den 25–26 november 2004.

[261] Se 37:9 och 38:3 IL.

delar i en ekonomisk förening.[262] När det gäller utländska företagsformer är de svenska reglerna tillämpliga inte endast på de bolagsformer som räknas upp i direktivet utan även på alla andra utländska juridiska personer som utgör utländska bolag enligt definitionen i 2:5a IL.[263] Som framgått i kapitel 2.3.3.5 ovan finns inga hinder för att en medlemsstat på det sättet utsträcker tillämpningsområdet för de förmånliga skattereglerna till associationsformer som inte omfattas av direktivet.

Mer problematiskt är att Sverige också helt eller delvis undantar vissa företagsformer från tillämpningsområdet för reglerna om fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar, se 37:15 och 38:3 IL. Undantagen gäller investmentföretag och privatbostadsföretag. När det gäller verksamhetsavyttringar är dessa företagsformer helt uteslutna från reglernas tillämpningsområde. När det gäller fusioner/fissioner stipuleras att om det överlåtande företaget är ett privatbostadsföretag så skall det övertagande företaget vara en bostadsrättsförening som är ett privatbostadsföretag. Motiveringen för dessa inskränkningar i reglernas tillämpningsområde var att dessa företagsformer beskattas enligt särskilda regler som medför att kontinuitet i beskattningen inte går att upprätthålla.[264] Undantagen ansågs därför förenliga med fusionsdirektivet.

Det måste dock konstateras att de svenska undantagen saknar stöd i direktivtexten. Om de nämnda företagen bedrivs i aktiebolagsform skall de ju enligt artikel 3 i fusionsdirektivet principiellt omfattas av direktivets förmånliga skatteregler. Frågan är om direktivet ändå kan tolkas så att det medger att en medlemsstat på detta sätt inskränker reglernas tillämpningsområde i syfte att åstadkomma en anpassning till det egna landets skattemiljö och skatterättsliga särlösningar för olika företagsformer. Frågan har redan delvis berörts i kapitel 2.3.3.1 ovan. Där drog jag slutsatsen att utgångspunkten måste vara att medlemsstaterna inte har rätt att, utan uttryckligt stöd i direktivet, undanta vissa transaktioner eller vissa skattesubjekt från de förmånliga skattereglerna. Detta måste enligt min mening i princip gälla oavsett vilka skäl som medlemsstaten anför för att motivera dessa undantag. Om Sverige ville undanta vissa företagsformer från direktivets tillämpningsområde borde detta ha skett direkt i listan i direktivets bilaga och inte först vid den svenska implementeringen.

Dessutom menar jag dock även att bärkraften av de skäl som i propositionen anförs för att undanta de nämnda företagsformerna från reglernas tillämpningsområde starkt kan ifrågasättas. Det som enligt propositionen förhindrar att investmentföretag och privatbostadsföretag fullt ut

[262] Se 48a:6 och 7 samt 49:9 och 11 IL.
[263] Se 37:9, 38:3, 48a:6 och 7 samt 49:9 och 11 IL.
[264] Se prop. 1998/99:15 s. 221 och 234.

kan få komma i åtnjutande av skattefrihetsreglerna är att dessa företagsformer beskattas delvis schablonmässigt, d.v.s. utan hänsynstagande till faktiska vinster och förluster. För investmentföretag gäller enligt 39:14 IL att kapitalvinster och kapitalförluster på delägarrätter inte skall tas upp/dras av. I stället beskattas företaget för en schablonintäkt motsvarande 1,5 procent av delägarrätternas värde. Vidare gäller att investmentföretag inte omfattas av reglerna om skattefria utdelningar på näringsbetingade andelar, men i gengäld medges avdrag för lämnade utdelningar (se 24:13 och 39:14 IL). När det gäller privatbostadsföretag är det i stället den löpande beskattningen av deras fastighetsinnehav som är utformad på ett schablonmässigt sätt. Enligt 39:25 IL skall sådana företag som intäkt ta upp ett belopp motsvarande tre procent av fastighetens taxeringsvärde medan avdrag i princip endast medges för räntekostnader.

Vad regeringen synes mena är att eftersom vissa tillgångar hos investmentföretag och privatbostadsföretag beskattas schablonmässigt går det inte att upprätthålla kontinuitet i beskattningen om sådana tillgångar genom en omstrukturering förs mellan ett sådant företag och ett företag som beskattas enligt vanliga regler. Regeringens ståndpunkt verkar alltså snarast vara att om man skulle vara tvungen att fullt ut låta även investmentföretag och privatbostadsföretag omfattas av de förmånliga skattereglerna så skulle detta i realiteten innebära att de särskilda skattordningar som gäller för dessa företagsformer fick överges. Direktivet skulle då onekligen få en betydligt mer långtgående inverkan på det nationella skattesystemet än vad som kan ha varit avsikten när det antogs. Samtidigt måste konstateras att argumentationen i propositionen är allt annat än konsekvent. För det första görs vad gäller fusioner/fissioner skillnad mellan investmentföretag och privatbostadsföretag. Investmentföretag kan, trots schablonbeskattningen, fullt ut delta i fusioner/fissioner med företag som beskattas enligt vanliga regler. Om ett vanligt företag fusioneras in i ett investmentföretag leder kontinuitetsreglerna till att de delägarrätter som överförs genom fusionen kommer att fortsätta att beskattas på vanligt sätt, d.v.s. ej schablonmässigt, hos det övertagande investmentföretaget, se RÅ 2000 ref. 18 (fallet behandlas utförligare i kapitel 5.4.2.2 nedan). Om det i stället är investmentföretaget som är det överlåtande företaget anges i propositionen att reglerna om avskattning (numera 39:16-17 IL) blir tillämpliga p.g.a. att det anses ha skett ett karaktärsbyte hos det övertagande företaget.[265] Något villkor om att det övertagande företaget också måste vara ett investmentföretag ansågs därför inte nödvändigt.[266]

[265] Prop. 1998/99:15 s. 287 och 297 f. Se även kapitel 5.4.2.2 nedan.
[266] Prop. 1998/99:15 s. 221 och 287.

Om det överlåtande företaget är ett privatbostadsföretag ställs däremot som krav att det övertagande företaget är en bostadsrättsförening som är ett privatbostadsföretag. Syftet bakom detta krav är att det övertagande företaget skall beskattas på samma sätt som det överlåtande.[267] Trots detta syfte undantas dock även fusioner mellan två aktiebolag som båda är privatbostadsföretag från reglernas tillämpningsområde. Vidare förhindras förstås även att ett privatbostadsföretag fusioneras in i ett konventionellt beskattat företag. Själv har jag svårt att se varför schablonbeskattningen av ett privatbostadsföretags fastigheter utgör ett större hinder för att dessa företag fullt ut får delta i fusioner/fissioner med andra företag jämfört med att det är ett investmentföretag som är inblandat i fusionen/fissionen. På motsvarande sätt som sker för investmentföretagens värdepappersinnehav bör man väl även här kunna lösa problemet genom att se det som att ett slags karaktärsbyte sker hos det övertagande företaget, varför avkastningen av fastigheterna kan beskattas på vanligt sätt hos detta företag efter fusionen. Regeringens motivering för att göra skillnad mellan investmentföretag och privatbostadsföretag är således inte övertygande.

För det andra görs också skillnad mellan hur de nämnda företagsformerna behandlas vid å ena sidan fusioner/fissioner och å andra sidan verksamhetsavyttringar. Som nämnts utesluts såväl investmentföretag som privatbostadsföretag helt från reglerna om verksamhetsavyttringar. I propositionen motiveras överhuvudtaget inte varför denna skillnad mellan regelsystemen görs, utan det enda som sägs är att dessa företagsformer med hänsyn till att de omfattas av särskilda beskattningsregler inte bör kunna delta i en verksamhetsavyttring.[268] Någon förklaring till varför det skulle vara lättare att förena schablonbeskattningsreglerna med reglerna om skattemässig kontinuitet vid en fusion/fission än vid en verksamhetsavyttring lämnas således inte. Även här måste därför konstateras att det saknas en övertygande motivering till de svenska reglerna.

Min sammanfattande slutsats är därmed att det inte kan anses förenligt med direktivet att på det ovan beskrivna sättet undanta investmentföretag och privatbostadsföretag från de svenska reglernas tillämpningsområde. Direktivet ger obestridligen vissa rättigheter till de skattskyldiga och EG-domstolen brukar inte i någon större utsträckning vara villig att beskära sådana rättigheter. De skäl som vid implementeringen anges som grund för att inskränka direktivets tillämpningsområde torde därvid egentligen sakna betydelse, men slutsatsen att de svenska reglerna är direktivstridiga förstärks förstås ytterligare av att de skäl som regeringen i detta fall anför knappast framstår som bärkraftiga.

[267] Prop. 1998/99:15 s. 221.
[268] Prop. 1998/99:12 s. 234.

Slutligen skall framhållas att samtliga nu nämnda regler gäller bolag etc. som deltar i transaktionen "på bolagsnivå". För rättssubjekt som deltar i transaktionen på delägarnivå uppställs däremot, helt i enlighet med vad direktivet kräver, inga särskilda begränsningar vad gäller associationsform etc. Alla typer av juridiska personer som är skattskyldiga i Sverige kan således i egenskap av delägare åberopa de svenska skattefrihetsreglerna.[269]

3.6.2.3 Särskilt om europabolag

Förordningen om europabolag trädde i kraft den 8 oktober 2004. Från och med detta datum kan således även europabolag komma att delta i sådana transaktioner som omfattas av fusionsdirektivet. Som framgått ovan kan vidare själva bildandet av ett europabolag ske i form av en gränsöverskridande fusion mellan bolag från olika medlemsländer, d.v.s. en transaktion som i sig täcks av direktivet.[270] Ett europabolag kan också bildas genom att minst två nationella bolag bildar ett gemensamt holdingbolag i form av ett europabolag.[271] Transaktionen sker i detta fall i form av ett andelsbyte där andelsägarna i de nationella bolagen byter sina andelar i dessa mot andelar i det nybildade europabolaget.[272] Ett krav är att europabolaget erhåller röstmajoritet i de nationella bolagen, d.v.s. dessa skall efter transaktionen bli dotterbolag till europabolaget. Om de initiativtagande nationella bolagen hör hemma i olika medlemsländer är det därmed fråga om ett sådant gränsöverskridande andelsbyte som även det i princip omfattas av direktivet.[273] Så bör vara fallet även om det nybildade europabolaget får säte i samma land som ett av de initiativtagande nationella bolagen.[274] Ytterligare ett sätt att bilda ett europabolag

[269] Se 49:1 IL. För delägare som är fysiska personer uppställs däremot ett hemvistvillkor, se närmare avsnitt 3.6.4 nedan. Angående delägare i handelsbolag, se avsnitt 3.6.5.4.

[270] Se artikel 2.1 i förordning (EG) nr 2157/2001.

[271] Se artikel 2.2 i förordning (EG) nr 2157/2001.

[272] Se artiklarna 32–34 i förordning (EG) nr 2157/2001.

[273] Att de initiativtagande bolagen skall komma från olika medlemsländer är dock i sig inget krav enligt artikel 2.2 i förordningen, men om bolagen kommer från samma land krävs att minst två av dem sedan minst två år tillbaka har ett dotterbolag eller en filial i ett annat medlemsland.

[274] Se diskussionen i avsnitt 3.6.1 ovan angående ombildningar som involverar både bolag från samma medlemsland och bolag från ett annat medlemsland. När såväl samtliga de initiativtagande nationella bolagen som det nybildade europabolaget hör hemma i samma medlemsland krävs däremot en mycket extensiv tolkning av direktivet för att detta skall kunna tillämpas på bytet, se Terra och Wattel 2001 s. 391. Enligt min mening är en sådan tolkning knappast möjlig mot bakgrund av det klart uttryckta kravet i artikel 1 att ombildningen skall beröra bolag från minst två olika medlemsländer.

är genom att minst två nationella bolag bildar ett gemensamt dotterbolag i form av ett europabolag.[275] Ett redan existerande europabolag kan vidare bilda ett eller flera dotterbolag i form av europabolag. Även i dessa fall kan fusionsdirektivets andelsbytesregler bli tillämpliga om tillgångar i form av andelar i andra dotterbolag i samband med bildandet tillskjuts till det nybildade europadotterbolaget mot vederlag i form av andelar i detta.[276] Om det bildande bolaget i stället tillskjuter realtillgångar i form av en eller flera verksamhetsgrenar kan verksamhetsavyttringsreglerna aktualiseras.[277]

Ett problem är emellertid att europabolag än så länge inte finns med på listan över associationsformer som omfattas av fusionsdirektivet. Genom det överenskomna ändringsdirektivet har i och för sig beslutats att listan skall utvidgas till att också omfatta europabolag.[278] Denna ändring behöver dock inte vara implementerad förrän den 1 januari 2006.[279] Frågan är därför om transaktioner som involverar europabolag i dagsläget faller in under direktivets tillämpningsområde. I doktrinen har argumenterats för att så bör vara fallet, d.v.s. för att europabolagen även innan ändringen av listan är genomförd har rätt att åberopa direktivregleringen.[280] Enligt artiklarna 3.1 och 10 i förordningen om europabolag skall nämligen, om annat inte följer av särskilda bestämmelser i förordningen, sådana bolag behandlas på samma sätt som nationella publika aktiebolag. Även i preambeln till förordningen anges att medlemsstaterna är skyldiga att sörja för att europabolagen inte diskrimine-

[275] Artikel 2.3 i förordning 2157/2001. Också här kräver förordningen att de initiativtagande bolagen kommer från minst två olika medlemsländer eller att minst två av dem sedan minst två år tillbaka har ett dotterbolag eller en filial i ett annat medlemsland. Vidare kan noteras att europabolaget i bolagsrättslig mening inte kan bli dotterbolag till fler än högst ett av de bildande nationella bolagen. Med gemensamt dotterbolag torde därför endast avses att europabolaget ägs gemensamt av de bildande bolagen. I förordningen uppställs inga närmare villkor angående hur stora ägarandelar som respektive ägarbolag måste inneha. Se vidare Werlauff 2002 s. 64 f.

[276] Se Survey 2003 s. 16 f.

[277] Se Survey 2003 s. 18 f. En fjärde och sista möjlighet att bilda ett europabolag är genom en ren ombildning av ett nationellt bolag till ett europabolag, se artikel 2.4 i förordning 2157/2001. För att en sådan ombildning skall vara möjlig krävs att bolaget sedan minst två år tillbaka har ett dotterbolag i en annan medlemsstat (här räcker det alltså inte med att bolaget har en utländsk filial). Denna transaktion omfattas dock inte av fusionsdirektivet.

[278] Se punkt z) i den nya lista som enligt ändringsdirektivet skall ersätta den nuvarande listan samt jfr även KOM(2003) 613 slutlig, punkt 20 i inledningen till förslaget. Även den nya associationsformen europeiska kooperativa föreningar skall enligt ändringsdirektivet tas med på listan.

[279] Se artikel 2 i ändringsdirektivet.

[280] Se Werlauff 2002 s. 168 ff. och Thömmes i European Taxation 2004 s. 24.

ras genom att på ett oberättigat sätt särbehandlas i förhållande till nationella bolag.[281] Eftersom nationella bolag kan genomföra de transaktioner som omfattas av fusionsdirektivet utan att drabbas av några omedelbara skattekonsekvenser borde detsamma därmed gälla även för europabolag. Samtidigt undantas skatterätt uttryckligen från förordningens tillämpningsområde och frågan om hur europabolagen skall beskattas synes helt ha överlämnats till medlemsländernas nationella rätt samt eventuell annan tillämplig gemenskapslagstiftning än själva förordningen.[282] Detta talar för att det trots allt krävs en ändring i fusionsdirektivet för att europabolagen skall omfattas av detta.[283] Frågan om europabolagens ställning måste sammanfattningsvis anses oklar, men som framgått kan inte uteslutas att dessa för närvarande inte omfattas av fusionsdirektivets förmånliga skatteregler.

Något som däremot är klart är att europabolagen redan nu omfattas av den svenska implementeringslagstiftningen. Enligt 2:4 IL skall europabolag nämligen vid tillämpningen av IL räknas som aktiebolag. Detta innebär att europabolag med säte i Sverige vid beskattningen behandlas på samma sätt som svenska aktiebolag medan europabolag med säte i ett annat medlemsland räknas som utländska bolag.[284] De svenska reglerna om fusioner, fissioner, verksamhetsavyttringar och andelsbyten är därmed automatiskt tillämpliga även på transaktioner som involverar europabolag.

3.6.2.4 Direktivregleringen i förhållande till EG-fördraget

En fråga som tangerar den nyss behandlade angående europabolagens ställning är frågan om hur listan i fusionsdirektivet förhåller sig till EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet. Som diskuterats i kapitel 2.7.2 ovan kan en bestämmelse i ett direktiv komma i konflikt med EG-fördraget och måste då sättas åt sidan till förmån för fördraget. Kan begränsningen av direktivets tillämpningsområde till de bolagsformer som finns med på listan anses utgöra ett sådant brott mot reglerna om etableringsfrihet i artikel 43 i EG-fördraget att denna begränsning kan anses fördragsstridig? Antag att det finns andra bolagsformer, som kanske tillkommit efter det att fusionsdirektivet antogs, som liknar de uppräknade

[281] Se stycke 5 i preambeln.
[282] Se stycke 20 i preambeln.
[283] Denna uppfattning har framförts av Terra och Wattel 2001 s. 380 och 391 samt av Hall och Lundgren i SvSkT 2003 s. 778.
[284] Se prop. 2003/04:134 s. 16 f och 24 f.

men som inte omfattas av direktivets förmånliga skatteregler.[285] Kan detta ses som ett hinder för dessa bolags möjligheter att utnyttja sin rätt till fri etablering i andra medlemsstater? Genom att utestängas från direktivets tillämpningsområde fråntas de ju möjligheten att på samma villkor som andra bolag delta i de omstruktureringar som regleras i direktivet, vilket onekligen kan anses hindra dem från att fullt ut utöva sin etableringsfrihet.

Ett sätt att resonera skulle kunna vara att uteslutningen från listan är en sådan diskriminering av utländska rättssubjekt som är förbjuden enligt fördraget.[286] Resonemanget skulle då gå ut på att icke-diskrimineringsprincipen kräver att alla rättssubjekt som liknar de som finns med på listan erhåller samma skattemässiga behandling.[287] Eftersom så inte är fallet strider direktivet mot fördraget. Ett annat sätt att se på denna fråga skulle dock kunna vara att direktivet som sådant inte stipulerar att de bolagsformer som hamnat utanför listan skall behandlas sämre än de som finns med där.[288] Hur de bolagsformer som hamnat utanför listan skall behandlas regleras nämligen överhuvudtaget inte i direktivet. Det direktivet gör är att det inför en förmånlig skatteordning för vissa utvalda rättssubjekt. Det är sedan upp till medlemsstaterna att vid implementeringen tillse att direktivet inte införlivas på ett fördragsstridigt sätt, d.v.s. så att utländska rättssubjekt diskrimineras i förhållande till de inhemska subjekt som omfattas av de förmånliga skattereglerna.

Stöd för den sistnämnda argumentationslinjen kan hämtas i EG-domstolens praxis. Av denna praxis framgår nämligen att om ett direktiv ger utrymme för en implementering som är förenlig med fördraget så blir direktivet inte fördragsstridigt bara för att det också finns andra tänkbara

[285] Det faktum att listan enligt ändringsdirektivet skall utvidgas till att omfatta ett antal nya bolagsformer (se avsnitt 3.6.2.1 ovan) indikerar väl att så faktiskt är fallet för närvarande. Situationen bör dock kunna uppkomma även efter det att ändringsdirektivet har genomförts eftersom även den nya listan för de flesta länder använder tekniken att räkna upp vissa specificerade bolagsformer i stället för att mer generellt ange att alla bolagsskatteskyldiga subjekt omfattas.

[286] Se närmare om diskriminering av utländska rättssubjekt i Ståhl och Österman 2000 s. 84 och 88 ff.

[287] Jfr Knobbe-Keuk i Intertax 1992 s. 10 ff. som t.o.m. går så långt som till att ifrågasätta om inte enskilda företagare och partnerships etc. som företar en transaktion som regleras i direktivet kan åberopa fördragets regler om etableringsfrihet för att komma i åtnjutande av en motsvarande skattebehandling som den som föreskrivs för de subjekt som omfattas av direktivet.

[288] Frågan om direktivet kan sägas *införa* hinder, eller om det endast är så att det *inte undanröjer* alla existerande hinder, kommer att diskuteras mer utförligt i kapitel 5.3.6.1 nedan i samband med att fördragsenligheten av direktivets krav på fast driftställe analyseras. För det följande hänvisas generellt till diskussionen i det kapitlet.

implementeringsalternativ som kommer i konflikt med fördraget.[289] Eftersom fusionsdirektivet endast är ett minimidirektiv[290] hindrar direktivet inte att medlemsstaterna vid implementeringen tillser att alla utländska rättssubjekt som är jämförbara med de inhemska subjekt som omfattas av den nationella lagstiftningen kommer i åtnjutande av samma skattemässiga behandling. Därmed kan argumenteras för att direktivet som sådant inte kan anses strida mot fördraget. Detta hindrar dock inte att den nationella implementeringen av direktivet kan strida mot fördraget, om denna implementering innebär att (vissa) utländska rättssubjekt missgynnas i förhållande inhemska subjekt. Det kan dock noteras att den yttersta konsekvensen av detta resonemang blir att fusionsdirektivet som sådant i princip *aldrig* kan komma i konflikt med fördraget, just eftersom direktivet endast föreskriver minimiregler för när och i vilken utsträckning skattefrihet måste medges. Det är därmed *alltid* möjligt för medlemsstaterna att vid implementeringen undanröja en eventuell fördragsstridighet genom att medge en längre gående skattefrihet än den som stipuleras i direktivet.

Vilket av dessa synsätt som är det riktiga är svårt att bedöma. Något som kan tala emot det sistnämnda synsättet, d.v.s. att direktivet som sådant inte är fördragsstridigt, är att det innebär att de bolag som inte finns med på listan helt blir hänvisade till hur skattefrihetsreglerna utformats i de olika ländernas nationella lagstiftning. De har således ingen möjlighet att åberopa direktivet direkt om de nationella reglerna i något avseende skulle strida mot direktivet. Bortsett från detta blir dock frågan om direktivets eventuella fördragsstridighet förstås mindre intressant om den nationella lagstiftningen utformats så att utländska rättssubjekt inte missgynnas. Så är fallet i den svenska lagstiftningen. Som framgått i avsnitt 3.6.2.2 har tillämpningsområdet för de svenska reglerna nämligen inte begränsats till endast de bolagsformer som räknas upp i direktivet utan alla utländska juridiska personer som utgör utländska bolag enligt definitionen i 2:5a IL omfattas av den svenska regleringen. De svenska reglerna torde därmed tillgodose fördragets krav på likabehandling, varför frågan om direktivets fördragsenlighet blir av mindre betydelse vid den svenska rättstillämpningen.[291]

[289] Mål C-166/98 *Socridis* REG 1999 s. I-3791, p. 19 i EG-domstolens dom. Se vidare om denna fråga i kapitel 5.3.6.1 nedan.

[290] Se kapitel 2.3.3.5 ovan.

[291] Jfr dock not 287 ovan angående att det har ifrågasatts om inte även enskilda företagare och partnerships etc. borde kunna ställa krav på likabehandling. För egen del kan jag dock inte se att det finns stöd i EG-domstolens praxis för att t.ex. en enskild företagare i

3.6.3 Krav på hemvist och skattskyldighet för de inblandade bolagen

Förutom att bolaget skall drivas i en viss specificerad associationsform anges i artikel 3 att bolaget måste vara skatterättsligt hemmahörande i en medlemsstat samt vara skattskyldigt till någon av ett antal uppräknade bolagsskatter. Direktivet innehåller inga egna bestämmelser om vad som krävs för att ett bolag skall anses skatterättsligt hemmahörande i ett visst land. I stället hänvisar artikel 3 till medlemsstaternas nationella rätt och fastslår att ett bolag som "enligt skattelagstiftningen i en medlemsstat för skatteändamål anses hemmahörande i den staten" skall omfattas av direktivet om övriga förutsättningar är uppfyllda. Med detta måste avses att bolaget skall ha skatterättslig hemvist i landet, d.v.s. vara obegränsat skattskyldigt där genom en tillämpning av hemviststatsprincipen.[292]

Ett bolag som i och för sig anses hemmahörande i ett medlemsland enligt detta lands interna rätt kan enligt artikel 3 ändå uteslutas från direktivets tillämpningsområde, om bolaget enligt ett dubbelbeskattningsavtal anses ha hemvist i en stat utanför EU. Så kan t.ex. vara fallet om ett svenskt aktiebolag har sin verkliga ledning i ett land utanför EU. Bolaget anses då hemmahörande i Sverige enligt svensk intern rätt men kan anses ha avtalsrättslig hemvist i det land där den verkliga ledningen finns. Bara det faktum att ett bolag anses hemmahörande i tredje land enligt detta lands interna rätt utesluter dock inte bolaget från att omfattas av direktivet, utan för detta krävs att även avtalshemvistet är förlagt utanför EU.[293]

Det förhållandet att ett och samma bolag kan komma att anses vara skatterättsligt hemmahörande i flera EU-länder bör vidare inte i sig hindra att direktivet tillämpas.[294] Som diskuterats i avsnitt 3.6.1 ovan kan dock den där förespråkade tolkningen av artikel 1 (där det stipuleras att ombildningen skall beröra bolag från minst två olika medlemsländer) leda till att vissa ombildningar kommer att falla utanför direktivet p.g.a.

---

ett annat medlemsland skulle kunna kräva likabehandling med ett svenskt aktiebolag. Den relevanta jämförelsenormen bör i stället rimligen vara hur svenska egenföretagare beskattas.

[292] Jfr "resident [...] for tax purposes" i den engelska och "domicile fiscal" i den franska språkversionen. Ledning torde här kunna hämtas från artikel 4 i OECD:s modellavtal, där "person med hemvist i en avtalsslutande stat" definieras som person som är skattskyldig där p.g.a. domicil, bosättning, plats för företagsledning eller annan liknande omständighet. Uttrycket inbegriper däremot inte person som är skattskyldig endast för inkomst som har sin källa i denna stat, t.ex. för inkomst från fast driftställe där.

[293] Thömmes i ECTL kap. 5.3, p. 8.

[294] Terra och Wattel 2001 s. 339 och 383.

att något av de involverade bolagen har avtalshemvist i ett annat medlemsland. Så blir t.ex. fallet vid en ombildning som involverar dels ett svenskt aktiebolag med avtalshemvist i Storbritannien, dels ett brittiskt bolag som också har avtalshemvist där, eftersom det svenska aktiebolaget vid tillämpningen av artikel 1 då kommer att betraktas som brittiskt och inte som svenskt.

De svenska bestämmelserna om när ett företag skall anses ha hemvist inom EU är utformade i nära anslutning till direktivet. I både 37:10 IL angående fusioner/fissioner och 38:4 IL angående verksamhetsavyttringar stadgas att ett företag anses höra hemma i en viss EU-stat om företaget enligt lagstiftningen i denna stat hör hemma där i skattehänseende och inte anses ha hemvist i en annan stat p.g.a. ett skatteavtal. För det fall företaget har hemvist i två medlemsstater skall man enligt de svenska reglerna gå på avtalshemvisten, d.v.s. företaget skall anses höra hemma i den stat där det har hemvist enligt det tillämpliga dubbelbeskattningsavtalet.

Det sista kravet i artikel 3 är att bolaget är skattskyldigt till någon av de angivna formerna av bolagsskatt "utan valfrihet eller rätt till undantag". Genom detta krav utesluts vissa holdingbolag och investmentföretag som, trots att de drivs i en accepterad associationsform och har hemvist inom EU, inte är skattskyldiga till någon av de uppräknade skatterna.[295] Om ett sådant bolag har ett fast driftställe i ett annat medlemsland och därför är skattskyldigt till någon av de uppräknade skatterna där bör bolaget dock, även om det är skattebefriat i hemlandet, ändå omfattas av direktivet. Som framgått i avsnitt 3.6.1 talar det mesta nämligen för att kraven i artikel 3 kan uppfyllas i olika medlemsländer. Så har direktivet också implementerats i Sverige, d.v.s. ett bolag som finns med på listan och som har ett fast driftställe i Sverige omfattas av den svenska implementeringslagstiftningen även om bolaget är skattebefriat i hemlandet.

3.6.4 Krav på hemvist och skattskyldighet för delägare i bolagen

Som redan nämnts uppställer direktivet inga särskilda krav vad gäller delägarna i de inblandade bolagen. Dessa kan vara såväl fysiska som juridiska personer och det spelar enligt direktivet ingen roll i vilket land, inom eller utanför EU, som de hör hemma.[296] Vid den svenska imple-

[295] Se för ett par exempel Thömmes i ECTL kap. 5.3, p. 6–7. Eventuellt kan detta krav komma att utesluta även några av de nya bolagsformer som enligt ändringsdirektivet skall inkluderas på listan, se Brokelind i SvSkT 2003 s. 439 angående motsvarande ändringar av listan i moder/dotterbolagsdirektivet.

[296] Thömmes i ECTL kap. 5.2, p. 71, Survey 1995 s. 24 och 60, Terra och Wattel 2001 s. 384 samt Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 10.

menteringen av direktivets andelsbytesregler infördes dock i 48a:5 och 49:8 IL ett krav på att andelsägare som är fysiska personer skall vara kvalificerat bosatta i Sverige, d.v.s. att de skall vara skattskyldiga här p.g.a. bosättning eller stadigvarande vistelse. Andelsägare som är skattskyldiga p.g.a. att de har väsentlig anknytning till Sverige undantas däremot från reglernas tillämpningsområde. Detsamma gäller för begränsat skattskyldiga som måste skatta för kapitalvinster på sina svenska andelar p.g.a. den s.k. tioårsregeln i 3:19 IL.[297] Dessa personer beskattas alltså för andelsbytesvinsten enligt svensk intern rätt och har ingen möjlighet att skjuta upp beskattningen till dess att de mottagna andelarna avyttras.

I propositionen motiveras kravet på kvalificerad bosättning med att Sverige annars skulle riskera att definitivt förlora rätten att beskatta den vinst som framkommer vid andelsbytet.[298] Utgångspunkten i dubbelbeskattningsavtalen är nämligen att kapitalvinster vid andelsavyttringar beskattas i det land där personen anses ha hemvist enligt avtalet.[299] En person som beskattas i Sverige med stöd av reglerna om väsentlig anknytning eller tioårsregeln har regelmässigt avtalshemvist i ett annat land. Resonemanget i propositionen går ut på att när beskattningen senare skall realiseras, d.v.s. när de tillbytta andelarna säljs, kommer kapitalvinsten därför inte att kunna beskattas i Sverige.

Mot detta kan i och för sig invändas att enligt den beskrivna huvudregeln i avtalen har Sverige redan vid själva andelsbytet tappat möjligheten att beskatta begränsat skattskyldiga och personer som endast har väsentlig anknytning hit för den vinst som uppkommer vid bytet. För att det svenska skatteanspråket skall kunna effektueras fordras att avtalet även innehåller en undantagsbestämmelse som ger Sverige rätt att beskatta personer med avtalshemvist i det andra landet för vinster vid avyttring av svenska andelar. En sådan undantagsbestämmelse finns i många, men långtifrån alla, svenska avtal.[300] Syftet med kravet på kvalificerad bosättning kan således i realiteten sägas vara att skydda det skatteuttag som vid tidpunkten för andelsbytet kan ske om en bestämmelse med detta innehåll tagits in i det aktuella avtalet. Det är nämligen i regel inte möjligt att med stöd av en sådan undantagsbestämmelse i stället beskatta avyttringen av de mottagna andelarna. Detta beror dels på att bestämmelsen ofta är

[297] Frågeställningar liknande dem som diskuteras i detta avsnitt uppkommer även när en person som tidigare deltagit i ett andelsbyte emigrerar från Sverige. Denna fråga behandlas dock först i kapitel 6.7 nedan.

[298] Se prop. 1998/99:15 s. 179 ff.

[299] Jfr artikel 13.5 i OECD:s modellavtal.

[300] Enligt uppgift innehåller drygt hälften av de svenska avtalen regler av denna innebörd, se Holmgren och Benjaminsson 2002 s. 525. Se för ett exempel på en sådan regel artikel 13.7 i det nordiska avtalet (SFS 1996:1512).

tidsbegränsad, dels på att den bara gäller svenska andelar. När svenska andelar byts mot utländska finns alltså ingen möjlighet för Sverige att med stöd av avtalet beskatta personer med avtalshemvist utomlands för den vinst som uppkommer när de mottagna, utländska, andelarna säljs.

I propositionen diskuteras om kravet på kvalificerad bosättning är förenligt med fusionsdirektivet. Först konstateras att direktivet inte innehåller någon bestämmelse som direkt tillåter att ett sådant krav upprätthålls. Därefter hävdas dock att det får "anses ligga i direktivets anda och mening som den framgår av ingressen samt bestämmelsernas allmänna utformning att sådana uppskov med beskattningen som avses i direktivet inte skall leda till att en medlemsstat förlorar beskattningsunderlag".[301] Den slutsats som dras är därför att det svenska kravet är förenligt med fusionsdirektivet.

Man kan enligt min mening känna viss sympati för resonemanget i propositionen. Direktivets övergripande målsättning är utan tvivel att undvika omedelbar beskattning utan att för den skull medge en definitiv skattefrihet. Detta framgår bl.a. av preambelns skrivning om att det gemensamma skattesystemet bör värna de inblandade staternas ekonomiska intressen. Målsättningen manifesteras vidare tydligt i den förutsättning som uppställs för att skattefrihet på bolagsnivå skall medges, nämligen att de tillgångar och skulder som överförs måste knytas till ett fast driftställe i överlåtarlandet.[302] Detta krav har enligt preambeln det uttryckliga syftet att säkerställa att tillgångarna till slut blir beskattade i den stat där det överlåtande bolaget är hemmahörande vid den tidpunkt då de avyttras. Den svenska regeln om kvalificerad bosättning skulle kunna ses som en motsvarighet på ägarnivå till detta krav, d.v.s. som ett villkor om att en delägare för att komma i åtnjutande av de förmånliga skattereglerna måste kvarstanna i beskattningssfären hos den medlemsstat som medger lättnaden.[303]

Det finns också uttalanden i doktrinen som stödjer synsättet att en stat förmodligen inte behöver medge skattefrihet till andelsägare som inte är bosatta i landet men som ändå beskattas där t.ex. genom en tillämpning av källstatsprincipen.[304] Visst stöd för detta synsätt finns även i artikel 8.3 i direktivet. Enligt denna bestämmelse kan den medlemsstat som så öns-

[301] Prop.1998/99:15 s. 180.

[302] Se närmare om detta krav i kapitel 5.3 nedan.

[303] Jfr Wheeler i European Taxation 1995 s. 145.

[304] Se Survey 1995 s. 61 och 67 (men jfr även s. 26 och 29 där motsatt uppfattning uttrycks) och Conci i European Taxation 2004 s. 17. På andra håll i doktrinen tas det dock som självklart att även andelsägare hemmahörande i andra länder (och då även länder utanför EU) skall komma i åtnjutande av direktivets skattefrihetsregler, se t.ex. Næsborg Jensen 1997 s. 147.

kar göra tillämpningen av direktivets andelsbytesregler frivillig för de skattskyldiga.[305] Bestämmelsen är formulerad på följande sätt: "Då en delägare enligt lagstiftningen i den medlemsstat där han är *bosatt*[306] [kurs. här] får begära skattemässig behandling som skiljer sig från den som anges i punkt 2 [...]". Hänvisningen till bosättningsstaten skulle kunna tolkas som att kravet på att medge skattefriheten vid andelsbyten endast riktar sig just till andelsägarens bosättningsstat men att andra stater än bosättningsstaten inte har denna skyldighet. Enligt min mening kan dock skrivningen i artikel 8.3 knappast anses utgöra något särskilt starkt stöd för att kravet på kvalificerad bosättning är förenligt med direktivet. Trots allt saknar direktivet regler angående vilken anknytning andelsägaren måste ha till ett land för att skattefrihet skall behöva medges. Kravet på kvalificerad bosättning kan därför anses utgöra en inskränkning av direktivets tillämpningsområde som saknar uttryckligt stöd i direktivtexten.

Något som enligt min mening talar emot att kravet är förenligt med direktivet är vidare att det måste sägas ligga i skatteavtalens natur att vissa skatteanspråk enligt intern rätt får lov att efterges p.g.a. avtalet. EG-domstolen har vid bedömningen av om nationella skatteregler strider mot EG-fördraget i flera fall beaktat hur de prövade reglerna förhåller sig till etablerade internationella skatterättsliga principer, såsom de bl.a. kommer till uttryck i OECD:s modellavtal.[307] Liknande överväganden torde kunna bli relevanta även här. När det gäller aktievinster är som nämnts huvudregeln i avtalen att dessa skall beskattas i hemviststaten. Det faktum att Sverige enligt denna huvudregel redan vid själva andelsbytet tappat möjligheten att beskatta begränsat skattskyldiga och personer som endast har väsentlig anknytning hit för den vinst som uppkommer vid bytet, talar för att det svenska skatteanspråket vad gäller vinsten på ägarnivå inte är lika "skyddsvärt" som motsvarande anspråk när det gäller beskattningen på bolagsnivå. Källstatens rätt att beskatta näringsverksamhet med anknytning till det egna landet är ju väletablerad i skatteavtalen.[308] Att det svenska skatteanspråket avviker från "OECD-normen" är således något som bör vägas in vid bedömningen av om reglerna kan anses förenliga med direktivet. Även det faktum att många svenska avtal faktiskt saknar ett undantag från den nämnda huvudregeln, d.v.s. att Sverige de facto har eftergivit skatteanspråket i förhållande till många länder, är en omständighet som med största sannolikhet skulle beaktas av EG-

[305] Se närmare om denna bestämmelse i kapitel 6.8 nedan.
[306] Eng: resident.
[307] Se t.ex. mål C-336/96 *Gilly* REG 1998 s. I-2793, mål C-279/93 *Schumacker* REG 1995 s. I-225 och mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. I-10829.
[308] Se artikel 7 i OECD:s modellavtal.

domstolen.[309] Även denna omständighet talar ju emot att det svenska skatteanspråket skulle vara så skyddsvärt att det måste prioriteras framför de skattskyldigas önskemål om att komma i åtnjutande av de rättigheter som föreskrivs i direktivet.

Även om man skulle komma fram till att det måste vara förenligt med direktivet att Sverige skyddar sitt skatteanspråk i detta avseende kan vidare ifrågasättas om den svenska regeln är proportionell i förhållande till sitt syfte. Genom kravet på kvalificerad bosättning avskärs vissa skattskyldiga helt från direktivets förmånliga skatteregler. Det man kan fråga sig är om det finns andra lösningar som också skulle skydda Sverige från en definitiv skatteförlust men som skulle vara mindre ingripande för de skattskyldiga.

Här kan noteras att Sverige vid den ursprungliga implementeringen av direktivet i IGOL inte införde någon motsvarande begränsning av tillämpningsområdet för skattefriheten till att endast avse kvalificerat bosatta andelsägare, trots att en sådan begränsning fanns i den då gällande s.k. strukturregeln i 27 § 4 mom. SIL. I det utredningsbetänkande som föregick införandet av IGOL angavs uttryckligen att en sådan begränsning av reglerna skulle vara "problematisk" i förhållande till direktivet.[310] I stället infördes en särskild bestämmelse i tioårsregeln om att en avyttring av andelar som mottagits vid ett andelsbyte enligt IGOL skulle utlösa beskattning av den vinst som uppkom vid andelsbytet om denna avyttring skedde inom tio år efter utflyttningen.[311] Det kan också noteras att tioårsregeln nyligen gjorts tillämplig vid avyttring av andelar i utländska aktiebolag som tidigare varit svenska. Bestämmelsen syftar till att fånga in de fall då ett europabolag flyttar sitt säte från Sverige och därmed inte längre betraktas som ett svenskt aktiebolag.[312]

På liknande sätt borde det rimligen även vid andelsbyten enligt de nuvarande reglerna vara möjligt att genom bestämmelser i intern rätt, eventuellt i kombination med en omförhandling av ingångna avtal, säkerställa att beskattning kan ske vid avyttring av de mottagna andelarna. En invändning om att det kan bli svårt att kontrollera när en sådan avyttring sker skulle knappast få gehör från EG-domstolen.[313] Möjligen

[309] Jfr mål C-80/94 *Wielockx* REG 1995 s. I-2493 och mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. I-10829.

[310] Se SOU 1994:100 s. 70.

[311] Se 6 § 1 mom. 3 st. SIL i dess lydelse fram till införandet av de nya omstruktureringsreglerna (upphävd genom SFS 1998:1606).

[312] Se prop. 2003/04:134 s. 20 f. samt kapitel 6.1 nedan.

[313] Se t.ex. mål C-136/00 *Danner* REG 2002 s. I-8147, p. 44–52 i domen och mål C-422/01 *Skandia* REG 2003 s. I-6817, p. 38–45 i domen där liknande invändningar avvisats av EG-domstolen när nationella skatteregler prövats mot EG-fördraget. Som Wiman

skulle man dock kunna tänka sig ett krav på ställande av någon form av säkerhet för det framtida skattekravet.[314] När det gäller omförhandling av skatteavtal är detta förstås praktiskt svårgenomförbart (för att inte säga i praktiken omöjligt), åtminstone på kort sikt, men jag är inte säker på det skulle avhålla EG-domstolen från att anvisa den nu diskuterade lösningen som en mindre ingripande och därmed mer proportionell åtgärd för att uppnå syftet med den nuvarande svenska regleringen.

I detta sammanhang bör även fördragsaspekten beröras något. Kravet på kvalificerad bosättning innebär att skattereglerna gör skillnad mellan personer som är respektive inte är bosatta i Sverige till de sistnämndas nackdel. En sådan negativ särbehandling av utomlands bosatta kan strida mot EG-fördragets regler om fri rörlighet och icke-diskriminering.[315] Detta kan nämligen ses som en sådan dold diskriminering p.g.a. hemvist som EG-domstolen har underkänt i ett stort antal mål.[316] Om den skattskyldiga arbetar eller bedriver näringsverksamhet i Sverige är det primärt den fria rörligheten för personer i artiklarna 39 och 43 EG-fördraget som är av intresse.[317] I annat fall kan reglerna om fri rörlighet för kapital i artikel 56 aktualiseras. Den enda möjlighet Sverige har att försvara reglerna är som jag ser det att hävda att skattefrihet endast skall behöva medges när Sverige kan tillförsäkras rätt att beskatta avyttringen av de mottagna andelarna.[318] Även här menar jag dock att det ligger Sverige i fatet att huvudprincipen i OECD:s modellavtal är att källstaten överhuvudtaget inte har rätt att beskatta aktievinster samt att Sverige i ett stort antal skatteavtal har eftergivit möjligheten att beskatta det ursprungliga andels-

---

påpekar är det vidare förmodligen så att redan effektuerandet av en beskattning vid själva andelsbytet när det gäller andelsägare som inte är kvalificerat bosatta i Sverige i praktiken förutsätter att dessa frivilligt fullgör sin deklarationsplikt, se Wiman i SN 1999 s. 521. Det är lätt att hålla med Wiman om att det mot den bakgrunden framstår som lite snålt att, åtminstone av kontrollskäl, vägra dessa personer skattefrihet vid bytet.

[314] Eventuellt är dock ställande av säkerhet förenat med så stora kostnader etc. att det i sig kan anses vara ett oproportionerligt hårt krav, se mål C-9/02 *Lasteyrie*, EG-domstolens dom den 11 mars 2004, p. 47 i domen. Se om denna fråga även kapitel 6.7.4 nedan.

[315] För en genomgång av EG-domstolens praxis angående denna fråga se t.ex. Ståhl och Österman 2000 s. 59 ff. Frågan om det svenska kravet på kvalificerad bosättning strider mot fördraget har kort berörts av Andersson, K. i SvSkT 2003 s. 236. Han menar att kravet är fördragsstridigt.

[316] Se t.ex. mål C-279/93 *Schumacker* REG 1995 s. I-225.

[317] Av mål C-18/95 *Terhoeve* REG 1999 s. I-345 framgår att det inte endast är skatt på förvärvsinkomster som kan komma i konflikt med dessa bestämmelser utan att även andra skatter kan prövas mot bestämmelserna.

[318] Jfr mål C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249 samt Ståhl och Österman 2000 s. 128 ff.

bytet.[319] Om de svenska reglerna skulle befinnas strida mot fördraget är detta en omständighet som i sig talar för att de också är oförenliga med direktivet, eftersom direktivet skall tolkas mot bakgrund av fördragsreglerna.[320]

Diskussionen ovan har genomgående tagit sikte på fysiska personers andelsbyte av kapitalandelar, d.v.s. av andelar som inte utgör tillgång i andelsägarens näringsverksamhet. Enligt svensk rätt är det i och för sig endast undantagsvis som andelar betraktas som näringstillgångar för näringsidkare som är fysiska personer. Enligt 13:7 IL är detta dock fallet om andelarna utgör lagertillgångar. En begränsat skattskyldig fysisk person som driver näringsverksamhet från ett svenskt fast driftställe kan således ha lagerandelar som är knutna till det fasta driftstället. Eftersom kravet på kvalificerad bosättning enligt lagtexten gäller för alla fysiska personer, d.v.s. även för näringsidkare, kommer ett andelsbyte av dessa lagerandelar inte att omfattas av de svenska reglerna om skattefrihet.

I propositionen berörs överhuvudtaget inte frågan om att denna begränsning av skattefriheten skall gälla även för andelar som utgör näringstillgångar vid ett svenskt fast driftställe och det lämnas därmed inte heller någon motivering till varför så skall vara fallet. Det kan dock konstateras att argumenten för att vägra skattefrihet i detta fall är betydligt svagare än när det gäller andelar som är kapitaltillgångar. Under förutsättning att andelarna även vid tillämpningen av det aktuella skatteavtalet anses knutna till det svenska fasta driftstället kommer Sverige att ha full möjlighet att beskatta en senare avyttring av de mottagna andelarna. Om det fasta driftstället skulle upphöra innan de mottagna andelarna avyttras kommer dessa i stället att uttagsbeskattas enligt 22:5 IL, vilket säkerställer svensk beskattning även av den vinst som uppkom vid andelsbytet.[321] När det gäller juridiska personer uttalas i propositionen att det är svårt att se någon grund för att vägra skattefrihet vid begränsat skattskyldiga juridiska personers andelsbyten av andelar knutna till svenska fasta driftställen.[322] Enligt min mening måste detsamma sägas gälla även för fysiska personer, vilket starkt talar för att de svenska reglerna i detta avseende inte kan anses förenliga med vare sig direktivet eller fördraget.

[319] Jfr diskussionen strax ovan samt de rättsfall som nämns där.
[320] Se kapitel 2.3.2 ovan.
[321] Se närmare kapitel 6.7.2 nedan.
[322] Prop. 1998/99:15 s. 181.

3.6.5 Transparenta bolag

3.6.5.1 Inledning

Genom det överenskomna ändringsdirektivet introduceras ett antal nya bestämmelser i fusionsdirektivet rörande s.k. transparenta bolag. Att ett bolag betraktas som skattemässigt transparent innebär att bolaget som sådant inte utgör skattesubjekt utan att bolagets inkomster vid beskattningen hänförs till och beskattas hos bolagets delägare. Direktivet har tidigare saknat bestämmelser om hur transparenta bolag och delägare i sådana bolag skall behandlas men genom ändringsdirektivet införs alltså flera nya bestämmelser angående denna fråga. Dessa bestämmelser behandlas i följande underavsnitt. Det skall redan här sägas att de nya bestämmelserna är synnerligen komplicerade och delvis också mycket oklart formulerade. Vid analysen av bestämmelserna är det vidare oundvikligt att i viss mån komma in på själva skattefrihetsbestämmelserna i artiklarna 4 och 8. Det sistnämnda talar för att det kanske egentligen hade varit lämpligare att behandla de transparenta bolagen i de kapitel där dessa bestämmelser analyseras. Eftersom frågan trots allt rör vilka subjekt som omfattas av direktivets tillämpningsområde har jag dock funnit det vara naturligast att behandla den i detta kapitel. De nya bestämmelserna om transparenta bolag skall vara implementerade senast den 1 januari 2007.[323]

3.6.5.2 Det överlåtande bolaget är skattemässigt transparent

Av artikel 3 i direktivet framgår att ett krav för att ett bolag skall omfattas av direktivet såsom överlåtande bolag är att bolaget är skattskyldigt som eget skattesubjekt till någon av de i direktivet uppräknade bolagsskatterna. Även om bolaget betraktas som ett eget skattesubjekt i sitt hemland, och därmed omfattas av direktivets skattefrihetsregler där, kan emellertid hända att ett annat medlemsland behandlar bolaget som skattemässigt transparent. Detta medlemsland kommer då att beskatta i landet skattskyldiga delägare i det överlåtande bolaget för eventuell vinst som uppkommer p.g.a. transaktionen. Det som det handlar om här är alltså vinsten på bolagsnivå som p.g.a. delägarbeskattningen fördelas ut på bolagets delägare, inte den vinst som tillkommer delägarna direkt p.g.a. att transaktionen innefattar att dessa byter andelar i ett bolag mot andelar i ett annat. Att ett bolag som står med på listan behandlas som skattemässigt transparent i ett annat medlemsland lär i och för sig knappast förekom-

[323] Se artikel 2 i ändringsdirektivet.

ma särskilt ofta, men kommer förmodligen att kunna bli vanligare i framtiden i och med att listan genom ändringsdirektivet utvidgats till att omfatta många fler associationsformer än idag.[324]

När ett land betraktar ett överlåtande bolag som skattemässigt transparent kommer landet således i stället att rikta sina skattekrav mot bolagets delägare. Enligt ändringsdirektivet skall därför artikel 4 i fusionsdirektivet kompletteras med en bestämmelse om att den skattefrihet som gäller för det överlåtande bolaget i så fall skall utsträcks till att omfatta även delägare i detta bolag.[325] Den vinst som uppkommer hos det överlåtande bolaget vid en fusion, fission, partiell fission respektive verksamhetsavyttring och som p.g.a. delägarbeskattningen fördelas ut på delägarna i bolaget skall således vara skattefri även för dessa delägare. Detta skall dock bara gälla när karaktären som skattemässigt transparent åsätts på grundval av en bedömning av associationens civilrättsliga status. För svensk rätts del handlar det således om sådana associationer som inte uppfyller villkoren i 6:8 IL för att vara utländska juridiska personer. Däremot omfattas inte delägarbeskattning som grundas på CFC-lagstiftning och liknande av de nya reglerna.[326]

Kravet på medlemsstaterna att vidarebefordra skattefriheten till det transparenta bolagets ägare är emellertid inte absolut. I en ny artikel 10a.1 som också skall införas i direktivet anges nämligen att en medlemsstat har rätt att välja att inte tillämpa bestämmelserna i direktivet på delägare i ett överlåtande bolag som är skattemässigt transparent. Om medlemsstaten beskattar delägaren för den vinst som uppkommer vid transaktionen måste staten dock enligt artikel 10a.2 minska skatteuttaget med hänsyn till den skatt som det transparenta bolaget skulle ha erlagt om transaktionen hade beskattats hos detta bolag, på samma sätt och med samma belopp som om denna skatt faktiskt hade utgått.[327]

Tanken med reglerna verkar vara att delägarlandet skall ha rätt att beskatta delägaren för den vinst som uppkommer vid transaktionen men att det därvid inte skall "tjäna på" att någon motsvarande beskattning inte sker av det transparenta bolaget i dettas hemland. Om det transparenta bolaget hade beskattats i hemlandet, och om delägarlandet enligt intern rätt eller det aktuella dubbelbeskattningsavtalet skulle ha beaktat

[324] Se avsnitt 3.6.2.1 ovan angående utvidgningen av listan samt jfr även KOM(2003) 613 slutlig, p. 21 i inledningen till förslaget.

[325] Se artikel 4.2 i dess lydelse enligt ändringsdirektivet.

[326] Se angående denna fråga kommissionens förslag i KOM(2003) 613 slutlig, kommentaren till artikel 1, p. 4.2.

[327] Tekniken i artikel 10a.1–2 överensstämmer således med den som tillämpas i artikel 10 angående överföring av fasta driftställen i andra medlemsstater. Se närmare om artikel 10 i kapitel 5.7 nedan.

detta skatteuttag vid beskattningen av delägaren, hade ju skatteuttaget i delägarlandet i motsvarande mån minskat. Det faktum att beskattningen i bolagslandet skjuts upp till dess att de överförda värdena realiseras hos det övertagande bolaget[328] skall således inte leda till att delägarlandet får in mer skatt än vad det hade fått om transaktionen hade utlöst (omedelbar) beskattning i bolagslandet. Vad det i realiteten handlar om är alltså att delägarlandet "i förväg" skall beakta den skatt som i framtiden kommer att utgå i bolagslandet när de överförda värdena realiseras. Exakt hur denna skatt skall beaktas, d.v.s. genom avräkning, avdrag etc. anges inte. I stället sägs att detta skall ske på samma sätt och med samma belopp som om denna skatt faktiskt hade utgått och betalats. Detta torde innebära att om det aktuella delägarlandet överhuvudtaget inte medger att skatt som erlagts av det transparenta bolaget beaktas vid beskattningen av delägarna i bolaget så behöver någon lindring av skatteuttaget inte heller ske i de fall som omfattas av direktivet.

Det kan noteras att kommissionens förslag i denna del var betydligt mer långtgående än det nu överenskomna ändringsdirektivet. Bestämmelserna i artikel 10a fanns inte med i kommissionens förslag utan där föreskrevs en absolut skyldighet för medlemsstaterna att medge skattefrihet för det transparenta bolagets delägare.[329] Enligt min mening kommer bestämmelserna i artikel 10a egentligen i konflikt med direktivets övergripande syften eftersom en beskattning av delägarna för den vinst som p.g.a. transaktionen uppkommer hos det överlåtande bolaget kan försvåra eller i vissa fall t.o.m. förhindra genomförandet av sådana transaktioner som direktivet är avsett att underlätta. De delägare som tvingas betala skatt p.g.a. omstruktureringen kan ju ofta beräknas motsätta sig att denna genomförs.[330] Detta gäller i synnerhet om delägarlandet inte genom avräkning eller på annat sätt beaktar det skatt som senare kommer att utgå i bolagslandet. Resultatet av delägarbeskattningen blir ju då att de skattemässiga övervärden som förs över kommer att dubbelbeskattas (dels hos delägaren vid själva transaktionen, dels hos det övertagande bolaget när övervärdena senare realiseras hos detta bolag).

Samtidigt måste också konstateras att det är tekniskt mycket svårt att passa in transparenta subjekt och delägare i sådana subjekt i direktivets allmänna skattefrihetsregler. Det land som i enlighet med den nya bestämmelsen i artikel 4 väljer att medge skattefrihet för delägare i ett transparent bolag har exempelvis knappast någon möjlighet att ta tillbaka

[328] Se närmare om hur direktivets skattefrihetsregler är konstruerade i kapitel 5.2 nedan.
[329] Se kommissionens förslag i KOM(2003) 613 slutlig.
[330] Jfr KOM(2003) 613 slutlig, p. 21–22 i inledningen till förslaget.

denna skattefrihet när den överförda egendomen avyttras vidare av det övertagande bolaget. Vid en fusion/fission respektive partiell fission erhåller delägaren i och för sig andelar i det övertagande bolaget som vederlag, varför det åtminstone i teorin torde vara möjligt för delägarlandet att föreskriva att motsvarande transparens i beskattningen skall gälla även för dessa andelar. Delägaren skulle då kunna beskattas när det övertagande bolaget senare realiserar de överförda värdena. I praktiken måste det dock vara mycket svårt att utforma regler för hur detta skall gå till när det övertagande bolaget i övrigt accepteras som skattesubjekt i delägarlandet. Skall transparensen t.ex. endast gälla för vinster som uppkommer vid vidareförsäljning av just den överförda egendomen men inte i övrigt? Vid verksamhetsavyttringar gäller vidare att vederlagsandelarna lämnas till det överlåtande bolaget självt och inte till delägarna i detta bolag. Om delägarlandet skall återta skattefriheten när det övertagande bolaget avyttrar egendomen vidare krävs därmed att detta land föreskriver att de andelar i det övertagande bolaget som delägaren äger indirekt via det överlåtande bolaget betraktas som skattemässigt transparenta, något som lär vara än svårare att hantera i praktiken. I realiteten kommer därmed skattefriheten endast att kunna tas tillbaka indirekt via en beskattning av utdelningar och kapitalvinster på de mottagna andelarna.

Att vidarebefordra skattefriheten till delägarna i det överlåtande bolaget är således förenat med stora praktiska svårigheter varför man kan anta att många länder vid implementeringen i stället kommer att välja den lösning som anges i artikel 10a. För egen del menar jag att ett bättre sätt att komma tillrätta med det ovanstående problemet skulle ha varit att i direktivet uttryckligen föreskriva att bolagets status som eget skattesubjekt måste accepteras även av övriga medlemsstater (d.v.s. en form av ömsesidigt erkännande).[331] Att ett medlemsland underkänner ett bolags status som skattesubjekt och i stället beskattar delägarna i bolaget, trots att bolaget drivs i en i direktivreglerna uttryckligen accepterad associationsform, strider enligt min mening egentligen mot hela tanken bakom direktivet.

De nu beskrivna bestämmelserna har ännu inte implementerats i svensk rätt. De associationsformer som idag finns med på listan i fusionsdirektivet torde regelmässigt uppfylla kraven i 6:8 IL och således behandlas som egna skattesubjekt även i Sverige. Det ovan diskuterade problemet med transparenta företag har därför hittills inte varit aktuellt i Sverige. Det är dock inte osannolikt att några av de nya associationsformer som enligt ändringsdirektivet skall införas på listan inte uppfyller kraven i 6:8 IL. En sådan association är inte skattskyldig i Sverige och betraktas över-

[331] Jfr Brokelind i SvSkT 2003 s. 440 ff. angående motsvarande ändring av moder/dotterbolagsdirektivet.

huvudtaget inte som skattesubjekt vid den svenska beskattningen. I stället beskattas delägarna löpande för associationens inkomster.[332] Om associationen uppträder som överlåtande bolag vid en fusion, fission, partiell fission respektive verksamhetsavyttring kommer dess svenska delägare därmed att beskattas för den eventuella vinst som uppkommer vid transaktionen. Denna beskattning torde i regel inte kunna undanröjas med stöd av skattefrihetsreglerna i 37 och 38 kap. IL eftersom dessa uttryckligen endast gäller det överlåtande företaget som sådant och inte delägare i detta företag.[333]

Det enklaste sättet att komma tillrätta med detta problem bör vara att i 6:8 IL uttryckligen föreskriva att alla associationsformer som finns med på listan skall anses utgöra utländska juridiska personer även om de inte uppfyller de villkor som uppställs i bestämmelsen. De kommer då att godtas som skattesubjekt i Sverige och någon beskattning av delägarna p.g.a. att en sådan association deltar i en transaktion som överlåtande bolag aktualiseras inte. Om denna lösning av något skäl inte skulle anses lämplig tror jag att det ligger närmast till hands att Sverige väljer den lösning som anges i artikel 10a. Därvid kan noteras att det enligt dagens regler är oklart om delägare i utländska transparenta subjekt har rätt till avdrag eller avräkning för skatt som erlagts av det utländska subjektet och inte av delägaren själv.[334] Därmed är det också oklart om Sverige är skyldigt att införa regler om fiktivt avdrag/fiktiv avräkning enligt artikel 10a.2. Att Sverige skulle välja lösningen att fortsätta att betrakta associationen som skattemässigt transparent, men att utsträcka skattefriheten till att gälla delägarna i associationen, förefaller med tanke på de tekniska problem som är förknippade med en sådan lösning vara mindre sannolikt.

[332] Mattsson 2004 s. 49.

[333] Eftersom man vid beskattningen helt bortser från det transparenta subjektet skulle dock eventuellt kunna argumenteras för att man skall se det som att det är delägarna i detta subjekt, och inte det transparenta subjektet självt, som är överlåtare. Om en delägare är ett sådant subjekt som kan fungera som överlåtare enligt dessa bestämmelser (t.ex. ett svenskt aktiebolag) skulle delägaren därmed i egenskap av överlåtare kunna åberopa skattefrihetsbestämmelserna.

[334] För att avdrag respektive avräkning skall medges torde krävas att det är den skattskyldiga själv som också är skattskyldig för och har erlagt den utländska skatten, se 16:19 IL och 1 § lag (1986:468) om avräkning av utländsk skatt samt jfr även RÅ 2001 ref. 46. Med det synsätt som diskuterats i not 333 skulle dock eventuellt kunna hävdas att man skall se det som att det faktiskt är delägaren, och inte det transparenta subjektet, som har erlagt den ifrågavarande skatten.

3.6.5.3 Ett annat bolag som deltar i transaktionen är skattemässigt transparent

När det gäller de subjekt som "på bolagsnivå" deltar i de transaktioner som täcks av direktivet berördes i kommissionens förslag till ändringar i direktivet endast det fallet att det överlåtande bolaget betraktas som skattemässigt transparent i en annan medlemsstat. I det överenskomna ändringsdirektivet finns dock även bestämmelser för vad som skall gälla om det övertagande, det förvärvande eller det förvärvade bolaget betraktas som skattemässigt transparent i en annan medlemsstat än bolagets hemstat. Dessa bestämmelser tillkom alltså under förhandlingarna om direktivändringarna i rådet och de bär tydliga spår av att vara kompromisslösningar som tagits fram under stor tidspress. Bestämmelserna är mycket komplicerade och i vissa delar närmast obegripliga. Jag inskränker mig här till att kortfattat redogöra för och något kommentera dessa bestämmelser, medan en mer fullständig analys får anstå till ett senare sammanhang.

När det först gäller fallet att det förvärvade bolaget, d.v.s. det bolag som är föremål för ett andelsbyte, betraktas som skattemässigt transparent i ett annat medlemsland anges i den nya artikel 10a.1 som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet att detta medlemsland inte behöver tillämpa direktivet på delägare i detta bolag för vinster som uppkommer i bolaget. Enligt artikel 10a.2 skall detta land då, på motsvarande sätt som gäller när det överlåtande bolaget betraktas som skattemässigt transparent, vid beskattningen av delägaren beakta den skatt som det transparenta bolaget skulle ha erlagt om transaktionen hade beskattats hos detta bolag. Enligt min mening är det mycket oklart vad som egentligen avses med denna bestämmelse. Det kan knappast finnas något medlemsland som riktar skattekrav mot ett bolag p.g.a. att detta är föremål för ett andelsbyte och om så i någon situation ändå skulle ske finns i vart fall inga bestämmelser i direktivet som i så fall undanröjer ett sådant skattekrav. Det är därför mycket svårt att förstå vilka vinster som delägaren skall beskattas för enligt artikel 10a.1 respektive vilken skatt som därvid skall beaktas enligt artikel 10a.2.

När det vidare gäller fallet att det förvärvande eller det övertagande bolaget betraktas som skattemässigt transparent i ett annat medlemsland anges i artikel 10a.3 att detta land inte behöver tillämpa skattefrihetsbestämmelserna i artikel 8. Artikel 8 gäller beskattningen på delägarnivå vid fusioner, fissioner, partiella fissioner och andelsbyten.[335] Innebörden av artikel 10a.3 synes därmed vara att ett land som betraktar det förvärvan-

[335] Se närmare om artikel 8 i kapitel 6 nedan.

de/övertagande bolaget som skattemässigt transparent inte behöver medge skattefrihet för delägare i det förvärvade/överlåtande bolaget utan kan beskatta dessa direkt vid transaktionen enligt vanliga regler. Detta gäller även om det förvärvade/överlåtande bolaget i sig accepteras som skattesubjekt i delägarlandet. Anledningen till att denna bestämmelse har införts är förmodligen att det ansetts svårt att med stöd av de principer som anges i artikel 8 senare återta den medgivna skattefriheten om det förvärvande/övertagande bolaget inte betraktas som ett eget rättssubjekt i delägarlandet. Tanken i artikel 8 är ju att denna skattefrihet skall återtas när delägaren senare säljer andelarna i det förvärvande/övertagande bolaget vidare,[336] men om detta bolag inte accepteras som rättssubjekt finns heller inga andelar att överföra det latenta skattekravet på.

Slutligen finns också en bestämmelse i artikel 10a.4 som säger att en medlemsstat som betraktar ett övertagande bolag som skattemässigt transparent får ge alla delägare samma skattemässiga behandling som hade gällt om det övertagande bolaget varit hemmahörande i den medlemsstaten. Även denna bestämmelse är mycket svårbegriplig. Det anges inte närmare vilka delägare som avses (är det delägarna i det övertagande eller i det överlåtande bolaget eller kanske både och?) eller vad som menas med att dessa delägare skall få samma skattemässiga behandling som om bolaget haft hemvist i den aktuella medlemsstaten. Det kan dock konstateras att beskattningen av delägare i det överlåtande bolaget ju redan har behandlats i artikel 10a.3 och att delägare i det övertagande bolaget överhuvudtaget inte torde beröras av transaktionen, varför det återigen är svårt att förstå vilken situation som bestämmelsen egentligen är avsedd att träffa.

3.6.5.4 Delägare i bolag som deltar i transaktionen är skattemässigt transparent

Problemet med transparenta bolag kan även aktualiseras för associationer som deltar i transaktionen i egenskap av delägare. Problemet torde dessutom vara vanligare på delägarnivå, eftersom direktivet som nämnts inte innehåller några särskilda begränsningar när det gäller vilka subjekt som kan uppträda som delägare. Även subjekt som delägarbeskattas i det egna hemlandet, såsom t.ex. svenska handelsbolag, kan således vara delägare i ett bolag som är föremål för t.ex. en fusion eller ett andelsbyte. I den mån transaktionen innebär att delägaren byter andelar i ett bolag mot andelar i ett annat följer av artikel 8 att delägaren inte får beskattas för vinst som

[336] Se vidare kapitel 6.2 nedan.

uppkommer vid detta byte.[337] Hittills har det dock inte funnits någon bestämmelse i direktivet om vad som gäller för "delägare i delägaren" som p.g.a. att den primära delägaren betraktas som skattemässigt transparent i praktiken är den som kommer att beskattas för denna vinst. Enligt ändringsdirektivet skall därför en ny bestämmelse införas i artikel 8 i direktivet där det stipuleras att medlemsstaterna skall låta skattefriheten på delägarnivå gå vidare uppåt i ägarkedjan om den primära delägaren är ett transparent bolag.[338] I detta fall är skyldigheten för medlemsstaterna att vidarebefordra skattefriheten absolut, d.v.s. de undantagsregler som enligt ändringsdirektivet skall införas i artikel 10a omfattar inte transparenta bolag som deltar i transaktionen i egenskap av delägare.

Liksom när det gäller transparenta bolag som deltar i transaktionen på bolagsnivå gäller kravet på att skattefriheten skall vidarebefordras till delägarna dock endast när karaktären som skattemässigt transparent åsatts på grundval av en bedömning av bolagets civilrättsliga status. Denna bestämmelse lär kunna leda till en hel del tolkningsproblem när den skall tillämpas på transparenta bolag som uppträder som delägare När det gäller transparenta bolag som deltar i transaktionen på bolagsnivå är det ju fråga om bolag som i sitt hemland betraktas som egna skattesubjekt men där denna status underkänns i ett annat medlemsland. Detta underkännande skall då ske på grundval av en civilrättslig och inte en rent skatterättslig bedömning. När det gäller bolag som uppträder som delägare kan dessa däremot som nämnts betraktas som skattemässigt transparenta redan i det egna hemlandet. Skall detta då anses ske på grundval av en civilrättslig eller en skatterättslig bedömning?

Svenska handelbolag är exempelvis egna juridiska personer men enligt en uttrycklig bestämmelse i skattelagstiftningen inte egna skattesubjekt.[339] Klassificeringen är således renodlat skatterättslig vilket talar för att den måste anses grundad på en "skatterättslig" och inte en "civilrättslig" bedömning. Samtidigt lär ju förklaringen till att man har valt att inte betrakta handelsbolagen som egna skattesubjekt åtminstone delvis stå att hämta i överväganden kopplade till handelsbolagens civilrättsliga status. I den nya direktivbestämmelsen framgår överhuvudtaget inte hur denna är tänkt att tillämpas när det gäller inhemska subjekt som delägarbeskattas redan enligt det egna landets lagstiftning. Det verkar snarast som om den situation man primärt hade i åtanke när bestämmelsen utformades var just att delägarbeskattningen sker i ett annat land än i bolagets hem-

[337] Se närmare kapitel 6 nedan.
[338] Se artikel 8.3 i dess lydelse enligt ändringsdirektivet.
[339] Se 5:1 IL.

land.[340] I en sådan situation är det givetvis lättare att säga att delägarbeskattningen grundas på en bedömning av det andra landets civilrättsliga och inte dess skatterättsliga lagstiftning (d.v.s. att utesluta delägarbeskattning grundad på CFC-regler och liknande). Denna gränsdragning blir enligt min mening betydligt svårare att göra när det är inhemska subjekt som delägarbeskattas.

För svensk rätts del kan hur som helst konstateras att reglerna om beskattning på delägarnivå redan idag är tillämpliga även på delägare i svenska handelsbolag, se 49:1 IL. Om ett svenskt handelsbolag är säljare vid ett andelsbyte kan delägare i handelsbolaget således med stöd av de svenska reglerna erhålla uppskov med beskattningen av den vinst som uppkommer vid andelsbytet. Detsamma gäller för delägare uppåt i ägarkedjan om det säljande handelsbolaget i sin tur ägs av ett annat svenskt handelsbolag, se 49:7 IL. Delägare i utländska handelsbolag eller andra utländska delägarbeskattade subjekt omfattas däremot inte av de svenska skattefrihetsreglerna. Antag att en utländsk association som inte uppfyller villkoren i 6:8 IL för att vara en utländsk juridisk person, eller som delägarbeskattas i sitt hemland och som därför enligt 5:2a IL skall delägarbeskattas även i Sverige till den del associationen ägs av personer som är obegränsat skattskyldiga här, uppträder som säljare vid ett andelsbyte. I Sverige skattskyldiga delägare i denna association kommer då att beskattas för vinsten som uppkommer vid bytet utan att ha möjlighet att åberopa de svenska andelsbytesreglerna.[341] För att tillgodose kraven i den nya bestämmelsen i artikel 8 krävs därmed att de svenska reglerna ändras i detta avseende.

Enligt min mening kan det för övrigt redan i dagsläget starkt ifrågasättas om det är förenligt med EG-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och fria kapitalrörelser att på det sätt som nu sker olikbehandla delägande via svenska och utländska subjekt. De svenska reglerna innebär att svenska delägare i utländska handelsbolag etc. missgynnas vilket kan avhålla svenskar från att etablera sig och investera i andra länder via utländska handelsbolag. Reglerna utgör därmed ett sådant hinder för etableringar och investeringar ut ur landet som EG-domstolen har under-

[340] Se förslaget till bestämmelserna om transparenta företag i KOM(2003) 613 slutlig, framför allt kommentaren till artikel 1, p. 4.2 angående motsvarande ändring av artikel 4 i direktivet.

[341] Om den utländska associationen överhuvudtaget inte accepteras som rättssubjekt i Sverige och därmed inte kan anses vara ägare till de bortbytta andelarna torde dock på motsvarande sätt som diskuterades i not 333 ovan kunna argumenteras för att man skall se det som att det är delägarna i associationen som är säljare av andelarna varför dessa (i egenskap av "säljare" och inte i egenskap av "delägare i säljaren") borde kunna åberopa reglerna i 48a kap. och 49 kap. IL.

känt i ett stort antal mål.[342] Eftersom det är svårt att se på vilken grund denna olikbehandling skulle kunna rättfärdigas är det mycket som talar för att de svenska reglerna måste ändras även av den anledningen att de är fördragsstridiga.

3.6.5.5 Sammanfattande kommentarer

Som de ovanstående avsnitten visar är de nya direktivbestämmelserna om transparenta bolag bitvis synnerligen oklara och komplicerade. Detta gäller särskilt bestämmelserna i artikel 10a angående transparenta subjekt som deltar i transaktionen på bolagsnivå. Enligt min mening kan man i och för sig ha viss förståelse för att medlemsstaterna funnit det nödvändigt att begränsa direktivets tillämpningsområde när ett transparent bolag deltar i transaktionen. Som framgått är direktivets skattefrihetsregler nämligen konstruerade utifrån premissen att de iblandade bolagen är egna skattesubjekt varför det blir i det närmaste omöjligt att inpassa transparenta bolag i direktivregleringen. Jag anser dock att det hade legat mer i linje med direktivets syften att i direktivet uttryckligen föreskriva att bolagets status som eget skattesubjekt måste accepteras även av övriga medlemsstater. Den lösning som nu har valts innebär i stället att medlemsstaterna i praktiken tillåts att undanta vissa bolag från direktivets tillämpningsområde trots att de finns med på listan över accepterade associationsformer. Man kan undra vad det då egentligen var för mening med att överhuvudtaget utvidga listan till att omfatta dessa associationsformer.

[342] Se t.ex. mål C-35/98 *Verkooijen* REG 2000 s. I-4071 angående fria kapitalrörelser och mål C-251/98 *Baars* REG 2000 s. I-2787 angående den fria etableringsrätten. Se även allmänt om hinder för investeringar och etableringar ut ur landet Ståhl och Österman 2000 s. 95 ff. och 107 ff.

4 Särskild skatteflyktsbestämmelse

4.1 Inledning

Artikel 11 i direktivet ger medlemsstaterna möjlighet att vägra att tillämpa eller återkalla förmånen av de bestämmelser som föreskrivs i direktivet vid fall av skatteundandragande och skatteflykt.[1] Närmare bestämt anges att så kan ske om det framgår att företagsombildningen

> [...] har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften, varvid det förhållandet att någon av de transaktioner som avses i artikel 1 inte genomförs av godtagbara kommersiella skäl såsom omstrukturering eller rationalisering av verksamheterna i de bolag som berörs av transaktionerna kan skapa en presumption för att operationen har skatteflykt eller undandragande av skatt som sitt huvudsakliga syfte eller ett av sina huvudsakliga syften [...]

Artikel 11 sanktionerar således både att de skattskyldiga vid beskattningen av själva transaktionen vägras tillgång till direktivets förmånliga skatteregler och att en redan beviljad skatteförmån senare återtas.

4.2 Skatteflykt och skatteundandragande

En grundläggande, men också mycket svårbesvarad, fråga är givetvis vad som utgör skatteflykt och skatteundandragande i direktivets mening.[2] EG-domstolen har hittills inte givit någon definition av dessa begrepp.

[1] I artikel 11 anges också att medlemsstaterna får underlåta att tillämpa direktivets bestämmelser om företagsombildningen leder till att ett bolag inte längre uppfyller de nödvändiga villkoren för att de anställda skall vara företrädda i bolagets organ enligt de regler som gällde före transaktionen. Denna bestämmelse infördes på Tysklands initiativ, eftersom man därifrån befarade att internationella företagsombildningar skulle kunna användas för att kringgå de strikta regler om arbetstagarinflytande som tillämpas där. Bestämmelsen har inte implementerats i Sverige och behandlas inte vidare här. Se angående denna bestämmelse t.ex. Thömmes i ECTL kap. 5.11, p. 17–21.

[2] Jfr "tax evasion or tax avoidance" i den engelska, "la fraude ou l'évasion fiscales" i den franska, "Steuerhinterziehung oder -umgehung" i den tyska och "skattesvig eller skatteunddragelse" i den danska språkversionen. Se Rädler m.fl. i EC Tax Review 1997 s. 99 för en jämförelse mellan den engelska, tyska och franska språkversionen av direktivregeln.

Utgångspunkten måste dock vara att begreppen är gemenskapsbegrepp vilka genom domstolens praxis kan komma att få en specifik EG-rättslig innebörd.[3] Denna innebörd behöver inte alltid överensstämma med vad som traditionellt anses utgöra skatteflykt och skatteundandragande i de olika medlemsstaternas interna rätt. Det är dock också rimligt att tänka sig att EG-domstolen vid en tolkning av dessa begrepp ändå kommer att influeras av vad som enligt vedertagen uppfattning utgör skatteflykt och skatteundandragande. Således bör det t.ex. å ena sidan stå klart att inte endast rena lagöverträdelser omfattas av bestämmelsen, utan att den täcker in även icke brottsliga förfaranden.[4] Å andra sidan kan knappast alla ombildningar som företas av skatteskäl angripas med stöd av bestämmelsen. Transaktioner som företas i syfte att arrangera en koncernstruktur på ett ur skattesynpunkt ändamålsenligt sätt, och som klart ligger inom ramen för vad som kan betecknas som normal och accepterad skatteplanering, kan inte gärna klassas som skatteflykt eller skatteundandragande i direktivets mening.[5]

I doktrinen har hävdats att "skatteflykt och skatteundandragande" enligt direktivet måste anses täcka in erhållandet av alla former av skattefördelar som går utöver de som är avsedda i direktivet.[6] Med detta torde avses att själva ombildningen blir beskattad på ett förmånligare sätt än det i direktivet avsedda. Artikel 11 är dock inte begränsad till att endast omfatta kringgående av direktivreglerna som sådana utan riktar sig mot alla fall där ombildningen "har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften". Även transaktioner som syftar till att kringgå helt andra delar av de nationella skattereglerna än de som gäller för själva ombildningen bör därmed kunna angripas med stöd av bestämmelsen.

Möjligen kan man, när man skall bedöma vad som utgör skatteflykt och skatteundandragande i direktivets mening, hämta viss ledning från EG-domstolens resonemang i mål om fördragsstridiga skatteregler.[7]

[3] Se Knobbe-Keuk i Intertax 1992 s. 493. Jfr även förenade målen 138-139/86 *Direct Cosmetics* [1988] ECR 3937 där EG-domstolen slog fast att begreppen skatteundandragande och skatteflykt i artikel 27 i det sjätte momsdirektivet (77/388/EEG) är gemenskapsrättsliga begrepp. Innebörden av dessa begrepp överensstämmer dock inte med begreppen i fusionsdirektivet (se även not 12 nedan) och de behandlas därför inte vidare här.

[4] Det kan dock anmärkas att den danska ordalydelsen enligt Serup endast fångar in straffbara handlingar eftersom det där talas om "skatteunddragelse" och inte "skatteundgåelse", se Serup 2003 s. 242 samt jfr även Ramskov 2004 s. 62 ff. Med hänsyn till övriga språkversioner måste dock stå klart att även icke straffbara handlingar omfattas, jfr "tax avoidance" i den engelska och "l'évasion fiscales" i den franska språkversionen.

[5] Se Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214 samt jfr även avsnitt 4.3.2 nedan.

[6] Farmer och Lyal 1994 s. 291 f.

[7] Terra och Wattel verkas se det som självklart att så kan ske, eftersom de utan att diskutera frågan närmare tolkar artikel 11 mot bakgrund av EG-domstolens praxis i fördragsmål. Se Terra och Wattel 2001 s. 397 f.

Enligt EG-domstolens praxis kan skatteregler som hindrar den fria rörligheten godtas om syftet med reglerna är att förhindra skatteflykt. I realiteten har domstolen dock ännu inte godtagit någon skatteregel på denna grund, vilket bl.a. har berott på att de prövade reglerna ansetts vara alltför oprecist och schablonmässigt utformade. EG-domstolen har därvid uttalat att de prövade reglerna inte haft till specifikt syfte att komma åt "rent konstlade kopplingar"/"konstlade upplägg" (eng: "artificial arrangements") vilkas syfte är att kringgå den nationella lagstiftningen.[8] För att en skatteflyktsregel som hindrar den fria rörligheten skall kunna accepteras synes därmed krävas att regeln är riktad mot vad som skulle kunna betecknas som mer utpräglade kringgåendetransaktioner. Kanske kommer domstolen på motsvarande sätt att tolka direktivets skatteflyktsbestämmelse så att det primärt är mer "artificiella" transaktioner som kan angripas med stöd av denna bestämmelse.[9]

Det skall slutligen betonas att det inte räcker med att en skatteförmån uppnås för att transaktionen skall kunna underkännas. Dessutom krävs att transaktionen har skett just i syfte att uppnå den icke avsedda skattefördelen. Jag skall nu gå över till att behandla denna fråga.

4.3 Prövning av skatteflyktssyfte

4.3.1 Krav på prövning av skatteflyktssyfte i det enskilda fallet

Enligt artikel 11 har medlemsstaterna alltså rätt att vägra att medge direktivets skatteförmåner om det framgår att transaktionen företas i syfte att undandra skatt. I fallet *Leur-Bloem* utvecklade EG-domstolen hur prövningen av om skatteflyktssyfte föreligger närmare bestämt skall ske.[10] Målet gällde den nederländska implementeringen av direktivets andelsbytesregler. Bakgrunden till målet var i korthet följande. Leur-Bloem var ägare

[8] Mål C-264/96 *ICI* REG 1998 s. I-4695, p. 26 i domen, mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst,* REG 2002 s. I-11779, p. 37 i domen samt mål C-9/02 *Lasteyrie,* EG-domstolens dom den 11 mars 2004, p. 50 i domen. Se även mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. 10829, p. 61 där det i den svenska versionen av domen, vilken dessutom är den autentiska eftersom målet härrörde från Sverige (se kapitel 1.3 ovan), anges att reglerna inte syftar till att komma åt "rena skentransaktioner". I den franska versionen används dock orden "les montages purement artificiels" och i den engelska "artificial schemes", varför man enligt min mening bör tolka även denna dom så att det som EG-domstolen åsyftar är verkliga, om än "artificiella" eller "konstlade", transaktioner, och inte transaktioner som företas för skens skull.

[9] Jfr Weber i EC Tax Review 1996 s. 65 som menar att direktivets syfte talar för att skatteflyktsregeln omfattar "artificial arrangements".

[10] Mål C-28/95 *Leur-Bloem* REG 1997 s. I-4161.

till två näringsdrivande bolag. Hon avsåg att placera dessa bolag under ett av henne helägt holdingbolag. Transaktionen skulle ske i form av ett andelsbyte, d.v.s. hon skulle byta sina aktier i de näringsdrivande bolagen mot nyemitterade aktier i holdingbolaget. Tanken var alltså att tillskapa en koncern med holdingbolaget som moderbolag och de två näringsdrivande bolagen som dotterbolag. Syftet med detta var bl.a. att möjliggöra förlustutjämning mellan de två näringsdrivande bolagen, något som inte kunde ske så länge bolagen var direktägda av Leur-Bloem.[11]

I den nederländska lagstiftningen hade emellertid, i syfte att motverka skatteflykt, uppställts vissa villkor för att ett skattegynnat andelsbyte skulle anses föreligga. Bl.a. fordrades att syftet med transaktionen måste vara att verksamheterna i det förvärvade och det förvärvande bolaget skulle samlas, i finansiellt och ekonomiskt hänseende, i samma enhet. Detta syfte ansågs inte uppfyllt om de inblandade bolagen redan före transaktionen var samlade i en sådan enhet genom att de hade samma ägare. I målet prövades om detta villkor var förenligt med direktivet. Den nationella domstolen frågade också om det kunde krävas att det förvärvande bolaget självt bedrev verksamhet, d.v.s. att detta bolag inte var ett renodlat holdingbolag. Vidare frågade domstolen om det faktum att den person som var ensam aktieägare och företagsledare i det förvärvade bolaget också var enda aktieägare och företagsledare i det förvärvande bolaget kunde motivera att transaktionen undantogs från direktivets tillämpningsområde.

EG-domstolen slog i målet fast att artikel 11 skall tolkas så att det i varje enskilt fall krävs en övergripande prövning av huruvida en transaktion har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften.[12] En sådan prövning måste vidare kunna bli föremål för domstolskontroll. Vid prövningen kan de nationella myndigheterna och domstolarna eventuellt väga in sådana omständigheter som de ovannämnda men de kan inte tilläggas avgörande betydelse. Att införa bestämmelser som har allmän räckvidd, genom vilka vissa transaktioner

[11] Jfr de svenska koncernbidragsreglerna i 35 kap. IL, vilka på motsvarande sätt hindrar förlustutjämning genom koncernbidrag inom oäkta koncerner.

[12] Detta är en skillnad jämfört med hur EG-domstolen tolkat begreppen skatteundandragande och skatteflykt i artikel 27 i det sjätte momsdirektivet (77/388/EEG). I förenade målen 138-139/86 *Direct Cosmetics* [1988] ECR 3937 slog domstolen nämligen fast att enligt denna artikel är det endast skatteflykt som kräver ett subjektivt uppsåt medan skatteundandragande är ett rent objektivt fenomen. Skillnaden i domstolens synsätt beror förmodligen på att bestämmelserna i fusionsdirektivet och momsdirektivet är olika utformade, och som redan nämnts i not 3 behandlas inte bestämmelsen i momsdirektivet vidare här.

automatiskt undantas från direktivets tillämpningsområde på grundval av kriterier av det nämnda slaget, går däremot enligt EG-domstolen utöver vad som är tillåtet enligt artikel 11. En sådan mekaniskt verkande skatteflyktsbestämmelse blir vidare inte förenlig med direktivet bara därför att den förenas med en möjlighet för de administrativa myndigheterna att efter eget skön medge undantag.

Av målet framgår således klart att artikel 11 i fusionsdirektivet inte tillåter mekaniskt verkande skatteflyktsregler, utan att de nationella reglerna måste möjliggöra för nationella myndigheter och domstolar att företa en prövning av syftet med transaktionen i varje enskilt fall.

4.3.2 Godtagbara kommersiella skäl för transaktionen

Artikel 11 tillåter att medlemsstaterna inför en särskild presumtion som hjälpmedel vid prövningen av om skatteflyktssyfte föreligger. Närmare bestämt anges i artikeln att det förhållandet att någon av de transaktioner som avses i artikel 1 inte genomförs av godtagbara kommersiella skäl kan skapa en presumtion för att operationen har skatteflykt eller undandragande av skatt som sitt huvudsakliga syfte eller ett av sina huvudsakliga syften. En sådan presumtion hade införts i den nederländska lagstiftning som prövades i det ovannämnda *Leur-Bloem*-målet. EG-domstolen uttalade att eftersom mer detaljerade gemenskapsrättsliga bestämmelser avseende genomförandet av presumtionen saknas, ankommer det på medlemsstaterna själva att, med iakttagande av proportionalitetsprincipen, avgöra hur presumtionen närmare skall tillämpas.

Presumtionen är alltså närmast en bevisbörderegel som skall användas som ett hjälpmedel för att fastställa om skatteflyktssyfte föreligger.[13] Eftersom bevisning är något som generellt ligger utanför EG-domstolens kompetensområde är det naturligt att EG-domstolen överlämnat frågan om den närmare tillämpningen av presumtionen till de nationella domstolarna.[14]

Leur-Bloem-domen ger dock ändå viss ledning när det gäller frågan om vad som i sig kan utgöra ett godtagbart kommersiellt skäl i direktivets mening. Som nämnts motiverades den företagsombildning som var aktuell i målet åtminstone delvis av en önskan att åstadkomma en koncernstruktur som skulle möjliggöra skattemässig förlustutjämning mellan de inblandade bolagen. Denna önskan kunde enligt EG-domstolen inte godtas som ett kommersiellt skäl vid tillämpningen av presumtio-

[13] Se Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214 samt Terra och Wattel 2001 s. 396 f.

[14] Se Ståhl och Österman 2000 s. 30 ff. angående kompetensfördelningen mellan EG-domstolen och de nationella domstolarna när det gäller fastställande av sakomständigheter.

nen. EG-domstolen konstaterade nämligen att begreppet "godtagbara kommersiella skäl" i artikel 11 skall tolkas så att dessa skäl måste gå utöver en strävan att uppnå en rent skattemässig förmån. Av målet framgår således att ett önskemål att skapa en skatteeffektiv koncernstruktur inte i sig är ett godtagbart kommersiellt skäl i denna artikels mening.

Det sagda innebär dock inte att alla ombildningar som företas av skatteskäl kan underkännas. I *Leur-Bloem*-målet framhöll EG-domstolen tydligt att utgångspunkten är att direktivets förmånliga skatteregler skall tillämpas på alla ombildningar som faller in under artikel 2 i direktivet, oavsett om avsikten med ombildningen är finansiell, ekonomisk eller rent skattemässig.[15] För att med stöd av artikel 11 vägra direktivets förmåner krävs fastställande av skatteflyktssyfte, varvid presumtionen om godtagbara kommersiella skäl kan användas som ett hjälpmedel för att avgöra om ett sådant syfte föreligger. Presumtionen måste dock givetvis kunna motbevisas.[16] Det går knappast att hävda att alla ombildningar som företas i syfte att skatteoptimera en organisation är företagna i skatteflyktssyfte.[17] Transaktioner som klart ligger inom ramen för vad som kan betecknas som vanlig skatteplanering kan inte gärna underkännas med stöd av presumtionen, även om de uteslutande motiveras av skatteskäl. Att tillämpa presumtionen på det sättet anser jag skulle strida mot proportionalitetsprincipen.

Om godtagbara kommersiella skäl för ombildningen saknas innebär presumtionen enligt min mening endast att den skattskyldiga får bevisbördan för att transaktionen inte har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften. Denna bevisbörda kan fullgöras genom att den skattskyldiga påvisar något annat motiv för transaktionen, vilket t.ex. kan vara skatteöverväganden som inte har karaktär av skatteflykt.[18] Att, såsom Leur-Bloem avsåg att göra i målet, söka åstadkomma en koncernstruktur som möjliggör löpande förlustutjämning mellan koncernbolagen kan inte rimligen klassas som skatteundandragande eller skatteflykt. Ett sådant skäl för transaktionen bör således kunna anföras som ett bevis emot att skatteundandragande eller skatteflykt föreligger, även om detta skäl enligt EG-domstolen inte i sig kan accepteras som ett kommersiellt skäl.[19]

[15] Se p. 36 i EG-domstolens dom.

[16] Se Weber i EC Tax Review 1996 s. 67 och Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214, men jfr även Rädler i European Taxation 1994 s. 313 som menar att den tyska språkversionen av direktivtexten "may be seen as an indication that the presumption is not rebuttable".

[17] Terra och Wattel 2001 s. 397 f.

[18] Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214.

[19] Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214.

Däremot finns givetvis en gråzon mellan det som kan betecknas som helt acceptabel skatteplanering och det som måste anses vara ett inte avsett utnyttjande av regelsystemet. Ju mer skatteflyktsbetonad en transaktion är, desto mindre bör enligt min mening möjligheten vara att motbevisa presumtionen när andra skäl än skatteskäl för att genomföra transaktionen saknas.

4.4 Den svenska skatteflyktslagen

Vid den svenska implementeringen av fusionsdirektivet övervägdes att införa en särskild skatteflyktsklausul i anslutning till andelsbytesreglerna eftersom det ansågs att risken för missbruk var särskilt stor på detta område. Man kom dock fram till att den generella skatteflyktslagen[20] utgjorde ett tillräckligt skydd mot eventuella missbruk.[21] Trots att det är svårt att säga någonting säkert om hur långtgående åtgärder artikel 11 tillåter, är det enligt min mening troligt att en tillämpning av den svenska skatteflyktslagen kan legitimeras av artikel 11 i direktivet. För att skatteflyktslagen skall vara tillämplig krävs att den skattskyldiga i strid med lagstiftningens syfte erhåller en väsentlig skatteförmån. Vidare fordras att skatteförmånen kan antas ha utgjort det övervägande skälet för det aktuella förfarandet. Den skattskyldiga skall alltså ha företagit den aktuella transaktionen för att uppnå en i lagstiftningen ej avsedd skatteförmån, vilket ligger väl i linje med direktivets krav att transaktionen skall ha skett i skatteflyktssyfte. Skatteflyktslagen medger också en sådan prövning av syftet med transaktionen i det enskilda fallet som enligt direktivet måste ske. I den svenska lagstiftningen sägs i och för sig att det med hänsyn till omständigheterna skall kunna "antas" att erhållandet av skatteförmånen utgjort det huvudsakliga skälet till förfarandet. Det är således ett slags "objektiviserat" skatteflyktssyfte som skall fastställas, inte vad den skattskyldiga så att säga innerst inne har avsett.[22] Det kan dock knappast vara ett krav enligt direktivet att det är den skattskyldigas inre avsikter som skall klarläggas (hur nu detta skulle kunna ske), utan det bör tvärtom enligt min mening vara fullt godtagbart att den skattskyldigas syften bedöms utifrån yttre iakttagbara omständigheter. Det viktiga är att bedömningen verkligen sker med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.

[20] Lag (1995:575) mot skatteflykt.

[21] Se prop. 1998/99:15 s. 189. Däremot fanns en särskild skatteflyktsklausul i IGOL, se 25 § IGOL. Vid utfärdandet av IGOL saknades dock en generell skatteflyktsklausul i svensk rätt.

[22] Se LLMS 2003 s. 600.

På vissa punkter är det förmodligen t.o.m. så att direktivets skatteflyktsklausul går längre än vad som finns täckning för i den svenska lagstiftningen. I direktivet räcker det exempelvis med att transaktioner har skatteflykt som "ett av sina huvudsakliga syften" medan detta enligt skatteflyktslagen skall vara "det övervägande skälet" till att transaktionen företas. En transaktion som motiveras till lika stora delar av kommersiella skäl som av skatteflyktsskäl torde därmed kunna träffas av direktivbestämmelsen[23] men inte av den svenska lagen. Det är i en sådan situation knappast möjligt att genom en EG-konform tolkning skärpa tillämpningen av skatteflyktslagen eftersom detta skulle strida mot lagtextens ordalydelse.[24]

En näraliggande fråga är om det skulle vara möjligt att i skatteflyktslagen intolka direktivets presumtion om skatteflyktssyfte när godtagbara kommersiella skäl för transaktionen saknas. Denna presumtion har ju inget uttryckligt stöd i lagtexten men den kan knappast heller sägas direkt strida mot densamma. Lagtextens skrivning att det "med hänsyn till omständigheterna kan antas" att erhållandet av skatteförmånen utgjort det övervägande skälet för förfarandet skulle tvärtom mycket väl kunna tolkas så att i avsaknad av godtagbara kommersiella skäl skall skatteflyktssyfte presumeras föreligga så länge den skattskyldiga inte visar på andra skäl för transaktionen. Eftersom grundprincipen är att all nationell rätt som berör frågor som regleras av EG-rätten skall tolkas i enlighet med denna skulle alltså kunna argumenterats för att detta bör gälla även skatteflyktslagen. Det som talar emot en intolkning av presumtionen är dock att artikel 11 endast ger medlemsstaterna en rätt att införa en skatteflyktsregel av visst innehåll men det finns inget krav på att så sker. Det skulle kunna hävdas att Sverige inte utnyttjat den rätten och att det då inte i skärpande riktning skall intolkas rekvisit från direktivtexten i redan befintlig svensk lagtext, särskilt inte sådan lagtext som gäller även på andra områden än de som täcks av direktivet.[25]

[23] Weber menar att direktivet har denna innebörd, se Weber i EC Tax Review 1996 s. 66.

[24] Se kapitel 2.5.3.2 ovan.

[25] Se även kapitel 2.4.3.4 ovan angående eventuell direkt effekt att direktivets skatteflyktsbestämmelse.

4.5 Särskilda skatteflyktsbestämmelser i svensk rätt

4.5.1 Andelsbyte med kvalificerade fåmansbolagsandelar

Även om regeringen alltså valde att inte införa någon generell skatteflyktsbestämmelse i anslutning till andelsbytesreglerna inskränktes ändå tillämpningsområdet för dessa regler i ett specifikt fall där risken för missbruk bedömdes vara särskilt stor. Inskränkningen gäller när de andelar som avyttras vid ett andelsbyte är kvalificerade fåmansbolagsandelar enligt reglerna i 57 kap. IL. Om säljaren efter avyttringen ensam eller tillsammans med närstående äger andelar i det köpande företaget motsvarande minst 25 procent krävs då enligt 48a:6a IL att det köpande företaget är rörelsedrivande för att andelsbytesreglerna skall vara tillämpliga.[26] Om detta villkor uppfylls vid andelsbytet, men det köpande företaget senare ändrar sin verksamhet så att villkoret inte längre är uppfyllt, skall den kapitalvinst som uppkom vid andelsbytet tas upp till beskattning om säljaren (ensam eller tillsammans med närstående) vid denna tidpunkt fortfarande innehar en ägarandel om minst 25 procent, se 48a:12 IL. Verksamhetsvillkoret gäller under en tidsperiod av tjugo år efter det år då andelsbytet ägde rum.

De beskrivna bestämmelserna ansågs nödvändiga för att förhindra ett kringgående av fördelningsreglerna i 57 kap. IL genom utnyttjande av andelsbytesreglerna i kombination med de (numera upphävda) reglerna om förvaltningsföretag.[27] I avsaknad av bestämmelserna i 48a:6 och 12 IL skulle en aktiv delägare i ett fåmansföretag nämligen kunna genomföra en extern försäljning av företaget genom att först via ett andelsbyte sälja andelarna till ett annat av henne ägt företag. Det köpande företaget skulle sedan kunna sälja andelarna vidare utan beskattning,[28] varefter köpeskillingen skulle kunna investeras i börsaktier eller liknande. Eftersom det köpande företaget enligt tidigare gällande regler då skulle klassas som ett förvaltningsföretag skulle mottagna utdelningar på företagets aktieinnehav kunna slussas vidare utan annan beskattning än vanlig kapitalbeskattning hos delägaren.[29] Genom förfarandet skulle delägaren således via det

[26] Skälet till att inte endast fall med röstmajoritet omfattas är att man ville fånga in samordnade förfaranden med upp till fyra delägare, se prop. 1989/99:15 s. 190.

[27] Se prop. 1998/99:15 s. 190 f.

[28] Numera följer skattefriheten av reglerna i 25a kap. IL om kapitalvinster på näringsbetingade andelar i bolagssektorn, men eftersom det köpande bolaget vid andelsbytet får marknadsvärdet som anskaffningsvärde för andelarna kunde dessa säljas vidare utan beskattning redan före införandet av dessa regler.

[29] Se 24:13 IL i dess lydelse fram till den 1 juli 2003.

nya företaget ograverat, utan skatteavbränning, kunna återinvestera hela köpeskillingen på börsen.[30] Den beskrivna skattevinsten är dock numera betydligt mindre eftersom förvaltningsföretagsreglerna är upphävda och utdelningarna på börsaktierna därmed skulle beskattas hos det nya företaget.[31]

I propositionen drogs slutsatsen att verksamhetsvillkoret, eftersom fusionsdirektivet ger möjlighet att införa en särskild skatteflyktsklausul, måste anses vara förenligt med direktivet.[32] Mot bakgrund av det i avsnitt 4.3.1 refererade *Leur-Bloem*-målet framstår den slutsatsen som synnerligen anmärkningsvärd. Av målet framgår som nämnts klart att den möjlighet som artikel 11 ger att vägra direktivets förmåner i skatteflyktssituationer endast får användas efter en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet. I de nu beskrivna reglerna ges inget utrymme att företa en sådan individuell prövning, utan reglerna är ett typiskt exempel på mekaniskt verkande skatteflyktsregler.

Vidare har reglerna även rent innehållsmässigt många likheter med de bestämmelser som underkändes i *Leur-Bloem*. Den omständigheten att det förvärvande bolaget inte självt bedrev någon verksamhet eller att en och samma fysiska person var ensam aktieägare i såväl det förvärvade som det förvärvande bolaget ansågs i målet inte hindra att transaktionen var ett andelsbyte i direktivets mening. Dessa omständigheter kunde inte heller i sig tillåtas vara avgörande vid bedömningen av om transaktionen haft som syfte att undgå skatt. Även en sådan transaktion kan nämligen enligt EG-domstolen genomföras av godtagbara kommersiella skäl.

Enligt min mening talar således allt för att de svenska reglerna inte är förenliga med direktivet.[33] Det kan noteras att fallet *Leur-Bloem* var känt för regeringen när reglerna utfärdades.[34] Vidare anger regeringen på andra ställen i propositionen att det, för att en nationell bestämmelse som införts med stöd av artikel 11 skall vara tillåten, krävs att bestämmelsen tillåter en prövning av om skatteflyktssyfte föreligger.[35] Det förefaller alltså

[30] Se för en närmare beskrivning av dessa regler t.ex. Wiman 2002 s. 173f. eller Tjernberg 1999 s. 277 ff.

[31] Se 24:13-14 IL. Efter införandet av reglerna om skattefrihet för kapitalvinster på näringsbetingade andelar i bolagssektorn kan samma resultat för övrigt åstadkommas utan att externavyttringen föregås av ett andelsbyte. Andelsägaren kan således överföra andelarna till det nya företaget genom en vanlig underprisförsäljning enligt 53 kap. IL, varefter andelarna säljs vidare skattefritt av det köpande företaget.

[32] Se prop. 1998/99:15 s. 191.

[33] Även Wiman har framfört tvivel om reglernas förenlighet med direktivet, se Wiman 2000 s. 784.

[34] Se t.ex. prop. 1998/99:15 s. 221.

[35] Se prop. 1998/99:15 s. 204.

som om regeringen mer eller mindre med öppna ögon infört bestämmelser som den visste stod i strid med direktivet. Detta faktum menar jag ökar möjligheterna till skadestånd för de enskilda som lidit skada p.g.a. den felaktiga implementeringen.[36]

4.5.2 Krav vid andelsbyte på att det köpande företaget skall behålla andelarna till årsskiftet

I 48a:8 respektive 49:12 IL återfinns kravet på att det köpande företaget vid ett andelsbyte skall erhålla röstmajoritet i det avyttrade företaget. Även dessa bestämmelser skulle möjligen kunna ifrågasättas.[37] Som nämnts i kapitel 3.3.2 ovan stipulerar de nämligen att prövningen av huruvida röstmajoritet har uppnåtts skall ske vid utgången av det kalenderår då andelsbytet skedde. Reglerna innebär att ett andelsbyte där kravet på röstmajoritet är uppfyllt vid tidpunkten för själva bytet ändå kan komma att undantas från andelsbytesreglernas tillämpningsområde om det köpande företaget vidareförsäljer andelar i det avyttrade företaget före årsskiftet. Om det finns särskilda skäl är det dock enligt 48a:8 och 49:12 IL tillräckligt att det köpande företaget uppfyllt kravet på röstmajoritet vid någon tidpunkt mellan andelsbytet och årsskiftet.

I direktivet finns inget uttryckligt stöd för att tillämpningen av de förmånliga skattereglerna kan göras beroende av varaktigheten i den nya strukturen. Frågan är därför om de svenska reglerna kan motiveras med hänvisning till artikel 11. Enligt uppgift finns en deklaration från rådet i dess rådsprotokoll där det sägs att vid en snabb vidareförsäljning av överförda tillgångar eller andelar kan det presumeras att transaktionen är företagen av skatteflyktsskäl och att godtagbara kommersiella skäl därför saknas.[38] Sådana deklarationer har dock i princip ingen rättslig betydelse om de inte kommer till uttryck i själva direktivbestämmelserna.[39] Här kan vidare noteras att EG-domstolen i *Leur-Bloem* särskilt framhöll att det faktum att den struktur som erhålls genom ett andelsbyte inte är varaktig visserligen kan utgöra ett tecken på skatteflykt eller skatteundandragande, men att det inte kan uteslutas att även ett sådant andelsbyte kan ha godtagbara kommersiella skäl.[40] Som nämnts ovan betonade dom-

[36] Se närmare om skadeståndspåföljden i kapitel 2.6.2 ovan.

[37] Wiman menar t.ex. att det är tvivelaktigt om de är förenliga med direktivet, se Wiman 2000 s. 785.

[38] Se Thömmes i ECTL kap. 5.11, p. 14 och Serup 2003 s. 379.

[39] Detta framgår t.ex. av förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063, vilket refereras i kapitel 2.3.2 ovan.

[40] Se mål C-28/95 *Leur-Bloem* REG 1997 s. I-4161, p. 18 i EG-domstolens dom.

stolen också att en mekaniskt verkande skatteflyktsbestämmelse inte blir förenlig med direktivet bara därför att den förenas med en möjlighet för de administrativa myndigheterna att efter eget skön medge undantag.

I linje med detta har såväl kommissionen som företrädare i doktrinen framfört uppfattningen att om en medlemsstat inför ett krav på att de överlåtna andelarna måste behållas en viss minsta tid av det förvärvande bolaget så får detta krav inte vara absolut.[41] Det måste således finnas utrymme för att efterge kravet om den skattskyldiga visar att det finns godtagbara kommersiella skäl för att andelarna avyttras före tidsperiodens utgång eller i vart fall att avyttringen inte sker av skatteflyktsskäl. Här kan noteras att de svenska reglerna som nämnts ger möjlighet att efterge kravet på att det köpande företaget skall behålla andelarna till årsskiftet om det finns "särskilda skäl". I förarbetena anges som exempel på ett fall när särskilda skäl kan föreligga att andelarna överlåts vidare till ett annat företag i samma koncern som köparföretaget i syfte att möjliggöra en tvångsinlösen.[42] Däremot kan regeln om särskilda skäl "[v]id bedömningen av skatteflyktsbetonade förfaranden" inte tas till intäkt för att lagstiftaren generellt sanktionerat att det köpande företaget vidareförsäljer de köpta andelarna en kort tid efter andelsbytet.[43]

Enligt min mening kan möjligheten att efterge kravet på att det köpande företaget måste behålla andelarna till årsskiftet om det finns särskilda skäl inte jämställas med att de administrativa myndigheterna "efter eget skön" medger undantag. Om de skattskyldiga uppfyller rekvisitet om "särskilda skäl" *skall* undantag medges, och frågan huruvida särskilda skäl föreligger kan prövas av domstol. Vidare bör det enligt min mening vara fullt möjligt att tolka de svenska bestämmelserna EG-konformt, d.v.s. på så sätt att de blir förenliga med artikel 11. En sådan tolkning innebär att "särskilda skäl" alltid anses föreligga när det inte finns några skatteflykts- eller skatteundandragandemotiv bakom transaktionen.[44]

Mot en sådan tolkning kan i och för sig anföras att den innebär att det som i lagtexten framställs som huvudregel, d.v.s. att röstmajoritet skall föreligga vid årsskiftet, i realiteten blir en undantagsregel som bara tillämpas i skatteflyktsliknande situationer. Den egentliga huvudregeln blir i

[41] Se SEC(2001) 1681 s. 330 f. samt Schelpe i EC Tax Review 1997 s. 21 och Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214.

[42] Prop. 1998/99:15 s. 188 f.

[43] Prop. 1998/99:15 s. 189.

[44] Skatterättsnämnden har i ett förhandsbesked den 23 oktober 2003 (RSV:s rättsfallsprotokoll 32/03 och André i SN 2004 s. 87 f.) funnit att de svenska reglerna skall tolkas på detta sätt.

stället att det räcker med att röstmajoritet föreligger vid någon tidpunkt mellan andelsbytet och årsskiftet för att skattefrihet skall medges. Tolkningen kan således framstå som mindre förenlig med de aktuella reglernas allmänna uppbyggnad. Samtidigt är rekvisitet "särskilda skäl" så pass allmänt hållet att det knappast kan anses komma i direkt konflikt med lagtexten att tolka rekvisitet på det angivna sättet. Tolkningen stöds också av att det i förarbetena till den svenska regleringen uttryckligen sägs att villkoret om röstmajoritet har införts för att hindra skatteundandraganden.[45] Även de specifika förarbetsuttalandena angående tolkningen av rekvisitet särskilda skäl som återgivits ovan tyder enligt min mening på att kravet på att röstmajoriteten måste behållas fram till årsskiftet främst är avsett att upprätthållas vid mer skatteflyktsbetonade förfaranden.

Sammanfattningsvis menar jag därför att det mesta talar för att bestämmelserna i 48a:8 och 49:12 IL är förenliga med direktivet, men att de måste tolkas med beaktande av artikel 11.

4.5.3 Andelsbyte med skalbolagsandelar

I 25a kap. och 49a kap. IL finns särskilda regler om beskattning vid avyttring av andelar i skalbolag. Reglerna i 25a kap. IL gäller för avyttringar som företas av juridiska personer medan 49a kap. IL är tillämpligt på fysiska personer. Med skalbolag avses bolag vars tillgångar till större delen består av kontanter, värdepapper och andra liknande tillgångar.[46] För fysiska personer gäller att vinsten vid avyttring av en skalbolagsandel skall tas upp som överskott av passiv näringsverksamhet i stället för i inkomstslaget kapital.[47] Enligt reglerna för juridiska personer skall hela ersättningen vid en skalbolagsavyttring tas upp till beskattning.[48] Beskattningskonsekvensen är således i båda fallen betydligt hårdare än den som gäller enligt de vanliga reglerna, och syftet med skalbolagsreglerna är att förhindra vissa former av skatteundandraganden och skattebrott.[49] Eftersom andelsbyten är en form av avyttring aktualiseras dessa regelsystem även vid andelsbyten där de bortbytta andelarna utgör andelar i skalbolag.

[45] Prop. 1998/99:15 s. 189.

[46] Se närmare 25a:9 och 14–17 samt 49a:6–9 IL.

[47] Se 49a:11 IL. Även den del av vinsten som vid avyttring av kvalificerade fåmansbolagsandelar skulle ha beskattats i tjänst skall vid tillämpning av skalbolagsreglerna i stället beskattas som överskott av passiv näringsverksamhet, se 57:12a IL. Däremot är skalbolagsreglerna överhuvudtaget inte tillämpliga i de fall då vinsten vid avyttringen ändå skall beskattas i inkomstslaget näringsverksamhet, d.v.s. vid avyttring av lagerandelar, se 49a:2, 2 p. IL.

[48] Se 25a:9 IL.

[49] Se närmare om motiven bakom skalbolagsreglerna i prop. 2001/02:165.

Det faktum att skalbolagsreglerna är tillämpliga på andelsbytet får olika konsekvenser beroende på om andelsägaren är en fysisk eller en juridisk person. För juridiska personer gäller att de även vid andelsbyten med skalbolagsandelar kan få uppskov med beskattningen om övriga villkor för detta är uppfyllda. Däremot kan uppskovet enligt 49:19b IL återtas i ett tidigare skede än vad som annars hade varit fallet. Denna regel kommer att diskuteras närmare i kapitel 6.6.5.5 nedan i anslutning till att övriga regler om återtagande av skatteuppskovet behandlas. För fysiska personer gäller dock enligt 48a:4a IL att andelsbytesreglerna överhuvudtaget inte får tillämpas om skalbolagsreglerna är tillämpliga på bytet. Detta motiveras inte närmare i propositionen men en tänkbar anledning kan vara att det ansågs att syftet med skalbolagsreglerna skulle motverkas om säljaren i en andelsbytessituation kunde skjuta upp beskattningen till dess att de mottagna andelarna avyttrades. Om det köpande bolaget är utländskt kan detta dessutom sälja skalbolaget vidare utan att de svenska skalbolagsreglerna kan tillämpas på denna avyttring.[50] En annan förklaring kan vara att det ansågs tekniskt komplicerat att i stället effektuera en skalbolagsbeskattning vid avyttringen av de mottagna andelarna om inte även dessa var andelar i ett skalbolag.

Av i princip samma skäl som de som angivits i de föregående avsnitten kan ifrågasättas om denna inskränkning av tillämpningsområdet för andelsbytesreglerna är förenlig med direktivet. Även skalbolagsreglerna har tydlig karaktär av mekaniskt verkande skatteflyktsregler eftersom de slår till under, åtminstone delvis, schablonmässigt givna förutsättningar och utan krav på att det visas att skatteflyktssyfte föreligger. Skalbolagslagstiftningen har dessutom från många håll kritiserats för att ha ett alltför brett tillämpningsområde och fånga in alltför många fall där det bolag som avyttras egentligen inte är ett skalbolag i traditionell mening och/eller där avyttringen företas i helt lojala syften.[51] Som redan antytts får reglerna till effekt att ett andelsbyte kan komma att beskattas trots att det uppfyller de krav som uppställs i direktivet och trots att inget skatteflyktssyfte kan påvisas i det enskilda fallet. I och för sig finns en möjlighet för den skattskyldiga att genom att lämna in en skalbolagsdeklaration och ställa säkerhet för bolagets obetalda skatter undkomma en tillämp-

[50] Just möjligheten att avyttra ett skalbolag till ett utländskt företag genom ett andelsbyte och få uppskov med beskattningen, varefter skalbolaget kan säljas vidare av det utländska företaget, anges i prop. 2002/03:96 s. 145 som skäl för de särskilda reglerna om återföring av uppskov vid andelsbyten med skalbolagsandelar i bolagssektorn. Se vidare kapitel 6.6.5.5 nedan.

[51] Se t.ex. redovisningen av remissvar i prop. 2001/02:165 s. 52 och 59 samt Larsson, M. i SN 2003 s. 631 ff.

ning av skalbolagsreglerna.[52] Om säkerheten inte behöver tas i anspråk skall vidare skälig kostnad för den ställda säkerheten ersättas av staten.[53] Enligt min mening finns dock inget stöd i direktivet för att på detta sätt villkora skattefriheten vid ett andelsbyte som omfattas av direktivet även i fall då skatteflyktssyfte saknas.[54]

Nästa fråga blir då om man även här tolkningsvägen kan överbrygga konflikten mellan direktivet och svensk intern rätt. Liksom i 48a:8 och 49:12 IL som behandlades i föregående avsnitt finns nämligen också i skalbolagsreglerna en möjlighet att, efter en prövning i det enskilda fallet, medge undantag från tillämpningen av reglerna. Enligt 49a:12 IL skall bestämmelserna inte tillämpas om den skattskyldiga begär det och det finns särskilda skäl. Därvid skall beaktas dels vad som föranlett avyttringen, dels hur ersättningen för andelen bestämts. Skulle denna bestämmelse, på liknande sätt som diskuterades i anslutning till bestämmelserna i 48a:8 och 49:12 IL, kunna tolkas så att särskilda skäl alltid skall anses föreligga om det inte framgår att transaktionen har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften?

Mot en sådan tolkning kan även här invändas att den är mindre förenlig med lagtextens allmänna uppbyggnad, eftersom den i realiteten gör huvudregeln till undantagsregel och tvärtom. Skalbolagsreglerna skulle ju med denna tolkning bli tillämpliga endast i de fall då skatteflyktssyfte kunde påvisas men inte annars. Vidare kan konstateras att lagtexten här inte är riktigt lika öppet formulerad som i 48a:8 och 49:12 IL, eftersom det i lagtexten uttryckligen anges vissa kriterier som skall beaktas vid prövningen av om särskilda skäl föreligger. Dessa kriterier indikerar onekligen att man inte kan begränsa prövningen till att enbart avse frågan om skatteflyktssyfte föreligger. Eventuellt skulle man dock kunna argumentera för att de angivna kriterierna kan uppfattas som hjälpmedel för att fastställa om skatteflyktssyfte föreligger och att de utöver detta inte har någon självständig betydelse vid bedömningen. Trots att lagtextens ordalydelse

[52] Se närmare 49a:13 IL och 11:11a–12 SBL.

[53] Se 11:12, 2 st. SBL.

[54] Här kan anmärkas att EG-domstolen i mål C-9/02 *Lasteyrie*, EG-domstolens dom den 11 mars 2004 fann att en fransk s.k. exitskatt som togs ut på orealiserad värdeökning på vissa bolagsandelar när andelsägaren flyttade från Frankrike var fördragsstridig trots att andelsägaren genom ställande av säkerhet kunde undgå skatteuttaget. Kravet på ställande av säkerhet ansågs utgöra en belastning för andelsägaren eftersom denne därmed fråntogs möjligheten att förfoga över den egendom som tagits i anspråk för säkerheten. Detta gällde trots att andelsägaren fick ersättning för kostnader för ställandet av säkerheten om andelarna inte avyttrats inom viss tid efter utflyttningen. Se p. 47 i EG-domstolens dom samt jfr även p. 45 i generaladvokatens yttrande. Se om detta mål även kapitel 6.7.4 nedan.

ger vid handen att tolkningsutrymmet är mer begränsat i 49a:12 IL än i 48a:8 och 49:12 IL torde det således i och för sig vara *möjligt* att även här komma fram till att den angivna tolkningen går att förena med lagtextens ordalydelse.

Att tolka rekvisitet "särskilda skäl" på så sätt att avsaknad av skatteflyktssyfte alltid gör att särskilda skäl skall anses föreligga skulle dock i detta fall även komma i konflikt med lagens förarbeten.[55] I förarbetena anges nämligen att det är uteslutet att medge undantag i sådana situationer där det skulle leda till obehöriga skatteförmåner, d.v.s. oavsett om syftet med transaktionen är att uppnå dessa förmåner. Vidare betonas att man även i de fall då transaktionen har ett "legitimt" syfte, t.ex. då den utgör ett led i ett generationsskifte, måste beakta prissättningen på transaktionen. En "felaktig" prissättning utesluter enligt förarbetena i princip alltid att särskilda skäl kan anses föreligga, oavsett vilket syfte transaktionen har i stort.

En annan viktig skillnad mellan bestämmelsen om "särskilda skäl" i 49a:12 IL och motsvarande bestämmelser i 48a:8 och 49:12 IL är vidare att de sistnämnda utgör en del av fusionsdirektivets svenska implementeringslagstiftning. Detta ökar enligt min mening utrymmet för att tolka bestämmelserna konformt.[56] Den nu aktuella bestämmelsen finns däremot i ett regelverk, nämligen skalbolagslagstiftningen, som i sig inte alls utgör en implementering av fusionsdirektivet. De flesta transaktioner som omfattas av denna lagstiftning berörs överhuvudtaget inte av direktivet. En konform tolkning av rekvisitet "särskilda skäl" i 49a:12 IL kan dock komma att få betydelse även i dessa fall. I och för sig är det ju bara i de fall som täcks av direktivet som EG-rätten som sådan ställer krav på att konform tolkning skall ske. Utifrån rent internrättsliga överväganden kan det dock anses mindre lämpligt att ett och samma lagrum tolkas på ett visst sätt med avseende på sådana skalbolagsavyttringar i form av gränsöverskridande andelsbyten som täcks av direktivet och på ett annat sätt med avseende på andra skalbolagsavyttringar.[57] En konform tolkning i det förstnämnda fallet kan således få en "spridningseffekt" även på andra fall, vilket skulle begränsa tillämpningsområdet för skalbolagslagstiftningen som helhet på ett sätt som knappast kan anses vara förenligt med

[55] Se prop. 2001/02:165 s. 59 ff.

[56] Se vidare kapitel 2.5.5 ovan.

[57] Jfr diskussionen i kapitel 2.8.4 angående EG-konform tolkning även vid nationella omstruktureringar och i kapitel 3.2.2.2 angående konform tolkning av verksamhetsgrensdefinitionen vid underprisöverlåtelser.

denna lagstiftnings övergripande syften.[58] Även detta talar således mot att en konform tolkning av 49a:12 IL bör ske.

Min sammanfattande slutsats blir därför att det i detta fall inte är lämpligt att söka överbrygga konflikten mellan direktivet och svensk intern rätt genom en konform tolkning. I stället bör enligt min mening de svenska reglerna sättas åt sidan och direktivet ges direkt effekt i de fall där en tillämpning av de svenska reglerna kommer i konflikt med direktivet, d.v.s. när skattefrihet vägras vid ett gränsöverskridande andelsbyte som uppfyller direktivets krav trots det inte kan påvisas något skatteflyktssyfte bakom den aktuella transaktionen. I de fall då anledningen till att särskilda skäl enligt 49a:12 IL inte anses föreligga är just att det kan påvisas att skatteflyktssyfte föreligger torde dock en tillämpning av de svenska reglerna enligt min mening inte komma i konflikt med direktivet. Att med stöd av intern rätt vägra skattefrihet i en sådan situation bör nämligen kunna godtas med hänvisning till artikel 11 i direktivet.[59]

[58] Som nämnts har skalbolagslagstiftningen kritiserats för att ha ett alltför brett tillämpningsområde och den som är kritisk till reglerna kan ju välkomna att tillämpningsområdet för dessa, via en EG-konform tolkning av rekvisitet "särskilda skäl" i 49a:12 IL, begränsas till de rena skatteflyktsfallen. Även om jag för egen del kan instämma i mycket av den kritik som framförts menar jag dock att det är olämpligt att tolkningsvägen åstadkomma en inskränkning av tillämpningsområdet för dessa regler på ett sätt som inte är förenligt med regleringens övergripande syften. Det bör i stället vara en fråga för lagstiftaren att, om kritiken anses befogad, ändra reglerna.

[59] Se t.ex. förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063 där EG-domstolen fann att Tyskland hade implementerat regeln om minsta tillåtna innehavsperiod i artikel 3.2 i moder/dotterbolagsdirektivet (90/435/EEG) på ett felaktigt sätt (målet behandlas närmare i kapitel 2.3.2 ovan). Detta innebar dock inte att det tyska kravet på innehavstid i sin helhet måste sättas åt sidan, utan kravet fick fortfarande upprätthållas men då på ett sätt som var förenligt med direktivet. Se punkt 40 i domen.

5 Beskattning på bolagsnivå

5.1 Inledning

I detta kapitel skall jag närmare analysera skattekonsekvenserna på bolagsnivå vid en ombildning enligt direktivet. Beskattning på bolagsnivå aktualiseras vid fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar. Ett andelsbyte medför däremot inte några skattekonsekvenser för det bolag som är föremål för bytet utan endast för dess delägare. Bolaget som sådant påverkas ju inte skattemässigt av att det får nya delägare.[1] Vid ett andelsbyte aktualiseras således endast beskattning på ägarnivå. Reglerna angående beskattningen på ägarnivå behandlas i kapitel 6 nedan.

När det gäller beskattningen på bolagsnivå är direktivet upplagt på så sätt att det först i artiklarna 4–6 anges vilka skattekonsekvenser som följer av en fusion och en fission. I artikel 9 sägs sedan att dessa bestämmelser är tillämpliga även vid en verksamhetsavyttring. Även artikel 10 som behandlar specialfallet att ett fast driftställe i en annan medlemsstat omfattas av ombildningen gäller vid både fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar. För att i möjligaste mån undvika upprepningar har jag därför valt att ge en samlad redogörelse för beskattningen på bolagsnivå vid samtliga dessa transaktionstyper. Om inte annat sägs är den följande analysen således giltig oavsett vilken typ av ombildning det rör sig om. Om en fråga endast är av relevans vid visst eller vissa ombildningsfall anges detta särskilt.

Även de nya transaktionsformerna partiell fission och flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar aktualiserar en beskattning av de inblandade bolagen/föreningarna. Enligt ändringsdirektivet skall de regler som idag gäller för fusioner och fissioner i artiklarna 4–6 och 10 utsträckas till att omfatta även partiella fissioner. Det som i det följande sägs om direktivregleringen angående fusioner och fis-

[1] Det sagda gäller inte helt undantagslöst. Exempelvis kan avdragsrätten för tidigare års förluster påverkas av att ett bolag får nya ägare, se för svensk rätts del reglerna i 40 kap. IL. Direktivet saknar dock regler angående beskattningen på bolagsnivå av ett bolag som är föremål för ett andelsbyte, varför denna fråga inte behandlas vidare här.

sioner kommer således att vara giltigt även för partiella fissioner när reglerna om denna transaktionsform börjar gälla.[2] För flyttning av säte införs en särskild reglering i tre nya artiklar (10b–10d), men även denna reglering bygger på de principer som idag gäller för fusioner och fissioner.[3] Skattekonsekvenserna vid en flyttning av sätet kommer således till stora delar att sammanfalla med dem som gäller i övriga omstruktureringssituationer.

Reglerna angående beskattningen på bolagsnivå är huvudsakligen implementerade i kapitel 37 (fusioner och fissioner) och 38 (verksamhetsavyttringar) IL. När det gäller de nya transaktionsformerna partiell fission och flyttning av säte finns av naturliga skäl ännu ingen implementeringslagstiftning. Som kommer att utvecklas närmare nedan[4] synes dock redan de regler som idag aktualiseras vid flyttning av säte i 22:5 IL tillgodose de krav som ställs i direktivet, varför någon särskild implementeringslagstiftning när det gäller flyttning av säte inte förefaller att behövas.

5.2 Allmänt om direktivets kontinuitetsprincip

Fusioner och fissioner innebär att det överlåtande bolaget överför alla sina tillgångar och skulder till det övertagande bolaget. Detta är i princip en beskattningsutlösande händelse och skulle t.ex. i Sverige kunna aktualisera en uttagsbeskattning enligt 22 kap. IL. Även en verksamhetsavyttring innebär att tillgångar förs över till ett annat bolag, vilket i avsaknad av särskilda undantagsregler principiellt aktualiserar en beskattning hos det överlåtande bolaget. I artikel 4 i direktivet föreskrivs därför att transaktionerna inte skall leda till att det överlåtande bolaget beskattas för de övervärden som finns hos de överförda tillgångarna och skulderna, d.v.s. för skillnaden mellan deras skattemässiga värde och deras marknadsvärde. I stället skall dessa övervärden flyttas över till det övertagande bolaget. Direktivet bygger således på synsättet att kontinuitet skall råda mellan det överlåtande och det övertagande bolaget. Kontinuiteten gäller såväl vid den löpande beskattningen av den överförda egendomen hos det övertagande bolaget som när denna senare avyttras.

Vidare stipuleras i artikel 5 att även avsättningar och obeskattade reserver hos det överlåtande bolaget skall föras över till det övertagande bola-

[2] Som nämnts i kapitel 3.5.2 ovan skall reglerna om partiella fissioner vara implementerade senast den 1 januari 2007.

[3] Som nämnts i kapitel 3.5.3 ovan skall dessa regler vara implementerade senast den 1 januari 2006.

[4] Se avsnitt 5.3.2.3 och 5.4.4.

get. Medlemsstaterna får alltså inte återföra dessa till beskattning p.g.a. ombildningen. När det gäller gamla underskott och förluster i det överlåtande bolaget föreskrivs däremot ingen ovillkorlig skyldighet för medlemsstaterna att låta också dessa föras över till det övertagande bolaget. I den mån en medlemsstat tillåter att så sker vid fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar mellan inhemska bolag skall den dock enligt artikel 6 låta samma regler gälla även vid transaktioner som omfattas av direktivet.

Genom tillämpningen av kontinuitetsprincipen säkerställs att de obeskattade värden som förs över vid ombildningen i framtiden kommer att beskattas hos det övertagande bolaget. Det är alltså inte fråga om en definitiv skattefrihet utan om ett skatteuppskov. För det land där det överlåtande bolaget har hemvist är kontinuiteten emellertid utan värde om det övertagande bolaget inte är skattskyldigt i det landet när de obeskattade värdena realiseras. I artikel 4 föreskrivs därför att endast sådana tillgångar och skulder som knyts till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets medlemsstat omfattas av skattefriheten. På så sätt behåller den medlemsstaten beskattningsrätten till de överförda tillgångarna och skulderna, även om dessa ägs av ett bolag med hemvist i ett annat medlemsland. Kravet på att tillgångarna och skulderna skall knytas till ett fast driftställe i överlåtarlandet utgör en av grundbultarna i hela direktivet och det överenskomna ändringsdirektivet innebär ingen förändring i detta avseende. Det kan dock noteras att kommissionen i andra dokument har antytt att andra möjligheter att skydda överlåtarlandets skatteanspråk, vilka inte kräver att tillgångarna och skulderna finns kvar i överlåtarlandet, bör övervägas.[5] Hur detta skulle gå till har inte presenterats närmare, annat än att det skulle kräva långtgående samarbete mellan skattemyndigheter i olika medlemsländer.

Reglerna i artiklarna 4–6 skall således möjliggöra att egendom i samband med omstruktureringen kan föras över från det överlåtande till det övertagande bolaget utan några (omedelbara) skattekonsekvenser. Som nämnts skall dessa regler enligt ändringsdirektivet utsträckas till att även omfatta den nya transaktionsformen partiell fission. När det gäller flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar sker dock ingen överföring av egendom från ett subjekt till ett annat utan det är i stället den förändrade skattskyldigheten hos bolaget/föreningen som kan leda till att beskattning utlöses. I svensk rätt följer t.ex. av 2:4 IL jämförd med 6:3 och 7 IL att europabolag med säte i Sverige är obegränsat skattskyldiga medan europabolag med säte i ett annat medlemsland

[5] Se SEC(2001) 1681 s. 332 f. och KOM(2001) 582 slutlig s. 44.

är begränsat skattskyldiga, varför en flyttning av sätet riskerar att leda till uttagsbeskattning enligt 22:5 IL.[6] I en ny artikel 10b som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet stipuleras därför att flyttningen av sätet, eller den förändrade skattskyldighet som följer av flyttningen av sätet, inte får leda till att bolaget/föreningen beskattas. På motsvarande sätt som i artikel 4 villkoras dock skattefriheten av att bolagets/föreningens tillgångar och skulder knyts till ett fast driftställe i det gamla säteslandet. Vidare finns i en ny artikel 10c bestämmelser motsvarande dem i artiklarna 5 och 6 om att obeskattade reserver och förluster i framtiden skall kunna utnyttjas av det fasta driftställe som finns kvar i det gamla säteslandet.

I följande avsnitt behandlas olika aspekter av kontinuitetsreglerna närmare. När det gäller själva direktivregleringen tar analysen främst sikte på bestämmelserna i artiklarna 4–6, d.v.s. de bestämmelser som nu gäller vid fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar och som i framtiden också kommer att gälla vid partiella fissioner. Jag talar därför genomgående om "den överförda egendomen", "det överlåtande/övertagande bolaget" etc. Som nämnts är dock de nya artiklarna 10b och 10c angående flyttning av säte utformade i nära anslutning till artiklarna 4–6. Om annat inte anges eller framgår av sammanhanget är diskussionen om direktivregleringen därför giltig även när det gäller bestämmelserna om flyttning av säte. Med "det överlåtande bolaget" avses då bolaget/föreningen före flytten av sätet och med "det övertagande bolaget" bolaget/föreningen efter flytten av sätet. På motsvarande sätt avses med "det överlåtande bolagets land" etc. det gamla säteslandet och "det övertagande bolagets land" etc. det nya säteslandet.

När det gäller diskussionen av den svenska implementeringslagstiftningen är denna av naturliga skäl primärt inriktad på lagstiftningen rörande fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar. Jag kommer dock även i viss mån att behandla de svenska regler som aktualiseras vid flyttning av säte. Däremot finns som redan nämnts ännu ingen svensk implementeringslagstiftning angående partiella fissioner.

[6] Det är dock inte säkert att alla medlemsstater kommer att anse att en flyttning av sätet leder till en förändring av bolagets/föreningens skatterättsliga status. Enligt punkt 6 och 7 i preambeln till ändringsdirektivet skall det skatterättsliga hemvistet för europabolag och europeiska kooperativa föreningar bestämmas av nationell rätt och skatteavtal. Några gemensamma regler om denna fråga införs således inte.

5.3 Den överförda egendomen skall knytas till ett fast driftställe i överlåtarstaten

5.3.1 Allmänt

En förutsättning för att överföringen av tillgångar och skulder skall kunna ske utan att beskattning utlöses är alltså att den överförda egendomen knyts till ett fast driftställe i överlåtarstaten. Detta kan vara antingen ett existerande fast driftställe som det övertagande bolaget hade i överlåtarstaten redan före ombildningen eller ett nytt fast driftställe som bildas i samband med ombildningen. I de följande underavsnitten skall den närmare innebörden av kravet på fast driftställe analyseras (avsnitt 5.3.2–5.3.4). Vidare skall diskuteras vad som händer om tillgångarna senare lämnar det fasta driftstället (avsnitt 5.3.5). Slutligen berörs även frågan om direktivets krav på fast driftställe kan anses komma i konflikt med EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och icke-diskriminering (avsnitt 5.3.6).

5.3.2 Tolkningen av begreppet fast driftställe

5.3.2.1 Är fast driftställe ett gemenskapsbegrepp?

Det kan noteras att direktivet inte innehåller någon definition av vad som utgör ett fast driftställe.[7] En sådan definition, baserad på det då gällande modellavtalet från OECD, fanns med i det ursprungliga direktivförslaget men övergavs i det slutligen antagna direktivet.[8] I artikel 4 sägs nu endast att tillgångarna och skulderna skall knytas till "ett permanent driftställe [...] i det överlåtande bolagets medlemsstat" samt att de skall bidra till "uppkomsten av de vinster eller förluster som beaktas vid taxering". I den svenska språkversionen av artikel 4 används alltså inte det etablerade uttrycket "fast driftställe" utan "permanent driftställe". I övriga artiklar i direktivet används dock termen "fast driftställe" och någon betydelseskillnad mellan termerna är knappast avsedd (i den engelska språkversionen används uttrycket "permanent establishment" även i artikel 4). Jag använder därför genomgående termen fast driftställe i det följande.

[7] Detta är en skillnad jämfört med både moder/dotterbolagsdirektivet (90/435/EEG) och ränte- och royaltydirektivet (2003/49/EG), vilka båda innehåller definitioner av vad som avses med fast driftställe i dessa direktivs mening. När det gäller moder/dotterbolagsdirektivet infördes definitionen i samband med att direktivet ändrades genom direktiv 2003/123/EG.

[8] Se bilagan till det ursprungliga direktivförslaget i COM(69) 5 final samt Thömmes i ECTL kap. 5.14. Jag återkommer till bestämmelserna i det ursprungliga direktivförslaget i slutet av detta avsnitt.

Termen fast driftställe är väletablerad i den internationella skatterätten och förekommer såväl i ländernas interna rätt som i dubbelbeskattningsavtalen. Som framgått i kapitel 2.3.2 ovan är dock utgångspunkten vid tolkningen av termer och begrepp i EG-direktiv att dessa har en egen EG-rättslig innebörd som inte nödvändigtvis sammanfaller med den innebörd motsvarande termer och begrepp har i nationell rätt. Detta skulle tala för att även begreppet fast driftställe har en EG-autonom innebörd. I doktrinen har också hävdats att EG-domstolen kan komma att företa en egen tolkning av detta begrepp, men att domstolen därvid förmodligen kommer att låta sig inspireras av den etablerade tolkningen av motsvarande begrepp i internationell skatterätt och särskilt i kommentaren till OECD:s modellavtal.[9]

Frågan är dock om begreppet fast driftställe överhuvudtaget skall uppfattas som ett gemenskapsbegrepp som i princip skall ges en egen EG-rättslig uttolkning eller om inte bestämmelsen i artikel 4 snarare bör tolkas som en hänvisning till nationell rätt och till det tillämpliga dubbelbeskattningsavtalet. Här skall återigen framhållas att syftet med bestämmelsen är att tillse att överlåtarlandet behåller beskattningsrätten till den överförda egendomen. Detta syfte tillgodoses endast om det uppkommer ett fast driftställe i detta land enligt landets interna rätt samt det aktuella dubbelbeskattningsavtalet.[10] Överlåtarlandet kan ju nämligen inte stödja ett senare skattekrav mot det övertagande bolaget på att detta bolag enligt direktivet anses ha ett fast driftställe i landet om så inte är fallet enligt intern rätt/dubbelbeskattningsavtal. Av vikt är här också skrivningen i artikel 4 om att de överförda tillgångarna och skulderna skall bidra till "uppkomsten av de vinster eller förluster som beaktas vid taxering".[11] Denna skrivning måste rimligen uppfattas som ett krav på att en skattskyldighet de facto kvarstår i överlåtarlandet, vilket inte är fallet om inte de nationella och avtalsreglerade definitionerna av fast driftställe är uppfyllda.

Här kan noteras att det i det ursprungliga direktivförslaget i själva direktivtexten föreskrevs att överlåtarstaten skulle ha rätt att beskatta det fasta driftställe som i och med ombildningen uppkom där.[12] Återtagandet av den medgivna skattekrediten säkerställdes alltså genom en uttrycklig föreskrift i direktivet. Det var därför naturligt att förslaget också innehöll en

[9] Terra och Wattel 2001 s. 386 samt Næsborg Jensen 1997 s. 161 ff. Se även Larkin i European Taxation 1992 s. 307 som förespråkar att fast driftställe skall ges samma tolkning som i dubbelbeskattningsavtalen.

[10] Survey 1995 s. 45.

[11] Se närmare om detta krav i nästa avsnitt.

[12] Se artikel 12–14 i det ursprungliga direktivförslaget i COM(69) 5 final. Bestämmelserna kommenteras av Thömmes i ECTL kap. 5.14.

egen definition av fast driftställe.[13] Det faktum att det antagna direktivet i stället använder tekniken att hänvisa till vilka inkomster som beaktas vid taxeringen i den aktuella medlemsstaten talar enligt min mening för att man även vid fastställande av vad som utgör ett fast driftställe är hänvisad till inhemsk rätt och dubbelbeskattningsavtal.

Sammanfattningsvis menar jag därför att begreppet fast driftställe överhuvudtaget inte bör ses som ett gemenskapsbegrepp med en egen EG-rättslig innebörd utan att artikel 4 bör tolkas som en hänvisning till intern rätt och till det relevanta dubbelbeskattningsavtalet. Artikel 4 bör således förstås på så sätt att skattefriheten gjorts beroende av att de definitioner på fast driftställe som tillämpas i den ifrågavarande medlemsstatens interna rätt och i det aktuella dubbelbeskattningsavtalet är uppfyllda.[14] En sådan tolkning leder till att syftet med reglerna uppfylls, eftersom tolkningen säkerställer att det överlåtande bolagets medlemsstat verkligen har möjlighet att beskatta de överförda tillgångarna och skulderna när de realiseras.

5.3.2.2 Särskilt om kravet på att framtida vinster och förluster skall "beaktas vid taxeringen"

Förutom kravet på att den överförda egendomen skall knytas till ett fast driftställe i överlåtarlandet fordras som nämnts också att de framtida vinster och förluster som genereras av denna egendom "beaktas vid taxeringen" i överlåtarlandet. Som framhållits i litteraturen skulle det i själva verket vara tillräckligt att ha detta krav för att skydda skatteunderlaget i överlåtarlandet, d.v.s. kravet på fast driftställe skulle egentligen kunna utgå.[15] Kravet på att den överförda egendomen skall omfattas av en faktiskt kvarstående skatteplikt i överlåtarlandet innebär att beskattning i vissa fall kan komma att utlösas trots att tillgångarna och skulderna knyts till ett fast driftställe där. Så blir fallet om det fasta driftstället skulle vara undantaget från beskattning i detta land p.g.a. bestämmelser i intern rätt eller i dubbelbeskattningsavtal.

Exempelvis gäller enligt artikel 8 i OECD:s modellavtal att skepps- och luftfartsverksamhet endast skall beskattas i den stat där företagsledningen finns. Om denna typ av verksamhet överförs till ett bolag i ett annat land kan det överlåtande bolagets hemland därför förlora beskattnings-

[13] Definitionen fanns som nämnts intagen i en bilaga till direktivförslaget.

[14] Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 14 verkar vara av samma åsikt men motiverar inte denna åsikt närmare.

[15] Se Larkin i European Taxation 1992 s. 304.

rätten till den överförda egendomen även om denna i och för sig är knuten till ett fast driftställe i överlåtarlandet. Enligt uppgift har kommissionen och rådet i ett rådsprotokoll förklarat att överlåtarlandet inte skall behöva medge skattefrihet i denna situation.[16] I och för sig saknar avsiktsförklaringar etc. som medlemsstaterna gör i rådet i princip rättslig betydelse om de inte kommer till uttryck i själva direktivbestämmelserna,[17] men här bekräftar enligt min mening uttalandet i rådsprotokollet bara det som redan kan utläsas i själva direktivtexten. Villkoret att framtida vinster och förluster som genereras av den överförda egendomen skall beaktas vid taxeringen i överlåtarlandet är ju uppenbarligen inte uppfyllt i detta fall varför det inte kan anses strida mot direktivet att beskatta transaktionen.

5.3.2.3 Svenska regler

I svensk rätt uppställs inget uttryckligt krav på att tillgångarna och skulderna skall knytas till ett svenskt fast driftställe utan kravet har i stället formulerats så att det övertagande/köpande företaget omedelbart efter fusionen, fissionen respektive verksamhetsavyttringen skall vara skattskyldigt för inkomst av sådan näringsverksamhet som det överlåtande /säljande företaget beskattats för, se 37:12 och 38:7 IL.[18] Där stipuleras också att inkomsten inte helt eller delvis får vara undantagen från beskattning p.g.a. ett dubbelbeskattningsavtal. Skattefriheten har således kopplats till att skattskyldigheten de facto kvarstår i Sverige enligt svensk intern rätt och ingångna skatteavtal. Som framgått ovan anser jag detta vara helt i enlighet med direktivet. Det kan också noteras att de svenska reglerna i 22:5 IL om uttagsbeskattning p.g.a. förändrad skattskyldighet redan idag tillgodoser de krav som ställs i direktivet när det gäller skattefrihet vid flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar. Uttagsbeskattning enligt 22:5 IL aktualiseras nämligen endast till den del tillgångar och skulder genom flyttningen av sätet lämnar den svenska beskattningssfären, d.v.s. sådana tillgångar och skulder som knyts till ett svenskt fast driftställe omfattas inte av uttagsbeskattningen.

[16] Se Thömmes i ECTL kap. 5.4, p. 19.

[17] Detta framgår t.ex. av förenade målen C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit* REG 1996 s. I-5063, vilket refereras i kapitel 2.3.2 ovan.

[18] Som nämnts saknas (av naturliga skäl) ännu en svensk implementeringslagstiftning när det gäller partiella fissioner.

5.3.3 Särskilt om överföring av fastighet

En särskild fråga är om överföring av fastighet vilken i sig inte utgör ett fast driftställe ändå omfattas av direktivet. Det lär ofta vara så att fast egendom inte i sig själv utgör ett fast driftställe enligt ländernas interna rätt och ingångna dubbelbeskattningsavtal. Exempelvis fordras för att en fastighet skall utgöra ett fast driftställe enligt den svenska definitionen i 2:29 IL att fastigheten utgör en stadigvarande plats för affärsverksamhet varifrån verksamheten helt eller delvis bedrivs, såsom ett kontor eller en fabrik. Ett liknande krav uppställs även i artikel 5 i OECD:s modellavtal. En fastighet som inte uppfyller dessa krav anses således inte vara ett fast driftställe vilket skulle tala för att en överföring av en sådan fastighet inte omfattas av direktivets skattefrihetsregler. Samtidigt finns regelmässigt särskilda bestämmelser för fast egendom både i intern rätt och i avtalen som tillförsäkrar att sådan egendom alltid beskattas i det land där den är belägen, se t.ex. 6:11 IL och artikel 6 i modellavtalet. Även om en fastighet genom en direktivtransaktion förs över till ett bolag i ett annat land kommer fastigheten således fortfarande att beskattas i överlåtarstaten. Det finns därför klara ändamålsskäl för att tolka artikel 4 så att även detta fall omfattas av bestämmelsen.

I doktrinen har i linje med detta argumenterats för att EG-domstolen när den tolkar begreppet fast driftställe i artikel 4 i direktivet bör utvidga detta begrepp till att också omfatta fast egendom.[19] Som framgått ovan menar jag dock att fast driftställe överhuvudtaget inte bör ges en egen EG-rättlig uttolkning utan att artikel 4 snarare bör uppfattas som en hänvisning till nationell rätt och till ingångna dubbelbeskattningsavtal. Enligt min mening kan det då knappast vara avgörande om källstatsbeskattningen av den överförda fastigheten där har säkerställts genom särskilda bestämmelser om just fast egendom eller genom att fast egendom ingår som en del i den tillämpliga definitionen av fast driftställe. Överlåtarstatens rätt att beskatta den överförda fastigheten är densamma i båda fallen varför även den förstnämnda situationen bör omfattas av hänvisningen i artikel 4.[20] För svensk rätts del är det sagda hursomhelst av mindre betydelse eftersom det i 37:12 och 38:7 IL som förutsättning för skattefrihet endast krävs att det övertagande bolaget är skattskyldigt i Sverige för den överförda egendomen. Det spelar därmed ingen roll om skattskyldigheten grundas på att egendomen knyts till ett fast driftställe eller på att det är en fastighet som överförs. Detsamma gäller enligt uttagsbeskattningsreglerna i 22:5 IL.

[19] Se Næsborg Jensen 1997 s. 162.

[20] Jfr dock Survey 1995 s. 25 där det hävdas att skattskyldigheten enligt direktivet måste grundas på regler om fast driftställe och att en situation där skattskyldigheten grundas på regler som fast egendom faller utanför direktivets tillämpningsområde.

5.3.4 Endast viss del av den överförda egendomen knyts till ett fast driftställe i överlåtarstaten

En annan fråga man kan ställa sig är om direktivet som en förutsättning för skattefrihet kräver att samtliga överförda tillgångar och skulder knyts till ett fast driftställe i överlåtarstaten. Frågan är alltså vad som gäller om vissa tillgångar och skulder i och med ombildningen lämnar överlåtarstatens skattejurisdiktion medan andra knyts till ett fast driftställe där. Att de tillgångar och skulder som lämnar överlåtarstaten får beskattas direkt vid tidpunkten för transaktionen är i och för sig klart. Direktivet synes dock förutsätta att skattefrihet även i denna situation skall gälla för de tillgångar och skulder som stannar kvar där. Villkoret att de överförda tillgångarna och skulderna skall knytas till ett fast driftställe i överlåtarstaten har nämligen inte uppställts som en förutsättning för att transaktionen i sig skall kvalificera som en skattegynnad fusion, fission respektive verksamhetsavyttring. I stället återfinns villkoret i artikel 4 som en precisering av vilka tillgångar och skulder som omfattas av skattefriheten. Det finns ingenting i direktivet som antyder att denna skattefrihet skulle gå förlorad bara för att det också överförs tillgångar och skulder som inte uppfyller det nämnda villkoret.

När fusionsdirektivet ursprungligen implementerades i Sverige användes samma teknik även i den svenska regleringen. I 10 § IGOL stipulerades nämligen att den skattemässiga kontinuiteten endast gällde "till den del" de överlåtna tillgångarna och skulderna knöts till ett fast driftställe i Sverige. Av bestämmelsen framgick således att viss del av den överförda egendomen kunde omfattas av de förmånliga reglerna medan viss del, d.v.s. den som inte knöts till ett svenskt fast driftställe, kunde falla utanför.

Vid den senare omimplementeringen av direktivet kom dock kravet på fast driftställe att i stället utformas som ett villkor för att transaktionen överhuvudtaget skall omfattas av regleringen. Närmare bestämt anges numera i 37:12 IL att för att en fusion eller fission skall anses vara en sådan kvalificerad fusion/fission som kan ske utan att beskattning utlöses krävs att det övertagande företaget omedelbart efter fusionen eller fissionen är skattskyldigt för inkomst av sådan näringsverksamhet som det överlåtande företaget beskattats för. Vidare stipuleras att inkomsten inte helt eller delvis får vara undantagen från beskattning på grund av ett skatteavtal. Motsvarande villkor uppställs även för verksamhetsavyttringar i 38:7 IL. Såsom bestämmelserna är utformade verkar de alltså kräva att det övertagande företaget måste vara skattskyldigt för samtliga de överförda tillgångar och skulder som det överlåtande företaget var skattskyldigt för. Om vissa tillgångar och skulder i och med transaktionen försvinner ut ur den svenska beskattningssfären skulle detta i så fall medföra att hela trans-

aktionen kommer att beskattas fullt ut, d.v.s. beskattning kommer att utlösas även för de tillgångar och skulder som faktiskt knyts till ett fast driftställe i Sverige. Enligt min mening kan det starkt ifrågasättas om detta är förenligt med direktivet.

Eventuellt skulle dock kunna argumenteras för att de svenska reglerna inte nödvändigtvis behöver förstås på detta sätt, utan att det är möjligt att tolka dem så att skattefrihet i den ovan beskrivna situationen ändå kan medges för de tillgångar som stannar kvar i den svenska beskattningssfären. Visst stöd för detta finns enligt min mening i propositionen till de nya reglerna.[21] Efter att ha refererat bestämmelserna i IGOL anges där följande:

> Förutsättningar för att svensk beskattning överhuvudtaget skall aktualiseras vid en fusion är att det överlåtande företaget har varit skattskyldigt i Sverige för inkomst av åtminstone en del av verksamheten. Ett villkor för kontinuitet enligt de enhetliga reglerna bör vara att det övertagande företaget blir skattskyldigt här för inkomst av sådan verksamhet som det överlåtande företaget beskattas för och att inkomsten inte blir undantagen från beskattning på grund av dubbelbeskattningsavtal. Kontinuiteten bör gälla endast för verksamhet av detta slag.

Ingenting i denna skrivning tyder enligt min mening på att man i det här diskuterade avseendet velat åstadkomma en ändring i förhållande till IGOL. Precis som var fallet när det gällde IGOL uttrycks kravet på beskattning i Sverige här som ett villkor för kontinuitet och särskilt den sista meningen i citatet tyder på att man tänkte sig att kontinuiteten skulle kunna gälla för endast en viss del av den överförda verksamheten. Propositionen skulle alltså kunna anföras som stöd för att de svenska reglerna, i enlighet med vad direktivet synes kräva, kan tolkas så att skattefrihet kan medges för de tillgångar och skulder som stannar kvar i den svenska beskattningssfären även om vissa andra tillgångar och skulder i och med ombildningen lämnar denna. Samtidigt är jag tveksam till om en sådan tolkning verkligen går att förena med den svenska lagtexten. Både 37 och 38 kapitlet i IL är uppbyggda på så sätt att villkoret om skattskyldighet uppställs som en förutsättning för att transaktionen överhuvudtaget skall vara en sådan kvalificerad fusion/fission respektive verksamhetsavyttring som omfattas av de förmånliga skattereglerna. Till skillnad från vad som var fallet i IGOL lämnas vidare i lagtexten ingen direkt öppning för att en fusion/fission eller verksamhetsavyttring skulle kunna delas upp i en skattegynnad och en icke skattegynnad del.[22] Mycket talar

[21] Se prop. 1998/99:15 s. 221.

[22] Möjligen kan dock bestämmelserna i 37:30 och 38:19 IL indirekt sägas öppna för att en sådan uppdelning är möjlig. Dessa bestämmelser reglerar det fallet att transaktionen

därför enligt min mening för att lagtextens uppbyggnad och ordalydelse förhindrar en konform tolkning i detta fall. Det som då återstår är att ge direktivet direkt effekt i de fall då en rättstillämpning i enlighet med de svenska reglerna kommer i konflikt med direktivet.

Det kan noteras att något motsvarande problem inte föreligger vid flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar. Även här synes i och för sig direktivet förutsätta att skattefrihet skall medges för de tillgångar och skulder som knyts till ett fast driftställe i det gamla säteslandet även om vissa tillgångar och skulder i och med flyttningen av sätet förs ut ur detta land.[23] Eftersom uttagsbeskattningsreglerna i 22:5 IL är utformade så att de endast träffar den egendom som faktiskt lämnar den svenska beskattningssfären uppkommer dock i detta fall ingen konflikt mellan de svenska reglerna och direktivet.

5.3.5 Beskattning om tillgångarna senare lämnar det fasta driftstället

En förutsättning för skattefrihet är således att tillgångarna knyts till ett fast driftställe i överlåtarstaten. I direktivet finns dock ingenting utsagt om hur varaktig denna anknytning måste vara. Inte heller finns reglerat vad som händer om tillgångarna senare lämnar det fasta driftstället, t.ex. genom att föras över till det övertagande bolagets hemland. Frågan är därför om medlemsstaterna kan vägra att medge skattefrihet om anknytningen av tillgångarna till det fasta driftstället är mycket kortvarig. Kan det inte hävdas att kravet på fast driftställe kringgås om tillgångarna strax efter ombildningen förs bort från det fasta driftstället, och att medlemsstaten därför inte skall behöva medge skattefrihet för ombildningen?

Eftersom det i direktivet inte anges att den överförda egendomen måste fortsätta att vara knuten till det fasta driftstället en viss minsta tid finns knappast stöd för att införa regler som stipulerar att skattefrihet gene-

---

omfattar egendom som redan före transaktionen var knuten till ett fast driftställe i en annan medlemsstat och innebär att den delen av transaktionen kommer att behandlas enligt en särskild ordning (se närmare avsnitt 5.7.1 nedan). I detta fall sker alltså en uppdelning av transaktionen i en del som beskattas enligt huvudreglerna i 37 och 38 kapitlet och en del som beskattas enligt de nämnda specialbestämmelserna. Samtidigt gäller dessa bestämmelser endast detta speciella fall varför det är tveksamt om de ger stöd för att en motsvarande uppdelning kan göras av en transaktion där viss egendom kvarstannar i Sverige medan viss egendom som tidigare fanns i Sverige förs ut ur den svenska skattejurisdiktionen. Dessutom är bestämmelserna i 37:30 och 38:19 IL i sig ologiskt uppbyggda, se närmare not 151 i avsnitt 5.7.1.

[23] Se den nya artikel 10b som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet.

rellt skall vägras, eller att en redan medgiven skattefrihet skall återtas, i den ovan beskrivna situationen. Detta gäller i synnerhet som det, för att tillgodose syftet bakom kravet på fast driftställe, inte är nödvändigt att egendomen också kvarstannar där.[24] För att skydda skatteunderlaget i överlåtarlandet är det tillräckligt att det övertagande bolaget är skattskyldigt för egendomen omedelbart efter ombildningen. Om egendomen senare lämnar överlåtarlandets skattejurisdiktion kan detta land då nämligen rikta sina skattekrav mot det övertagande bolaget i stället.

I svensk rätt föranleder den ovan beskrivna situationen uttagsbeskattning av det övertagande bolaget enligt 22:5 IL.[25] Även om denna uttagsbeskattning i sig skulle kunna ses som ett slags återtagande av den skattefrihet som medgavs vid själva ombildningen kan uttagsbeskattningen knappast anses strida mot direktivet. Som redan framgått, och som kommer att utvecklas ytterligare i avsnitt 5.4 nedan, bygger ju direktivets kontinuitetsregler just på tanken att skattefriheten inte skall vara definitiv utan att de obeskattade värden som förs över vid ombildningen i framtiden skall beskattas hos det övertagande bolaget. I normalfallet sker detta när övervärdena realiseras genom att egendomen överlåts vidare, men som kommer att utvecklas närmare i avsnitt 5.4.1 menar jag att direktivet i princip inte kan anses begränsa medlemsstaternas möjligheter att föreskriva att även andra händelser skall vara beskattningsutlösande. Enligt min mening måste det vidare anses ligga helt i linje med direktivets syften att beskattning kan ske om egendomen lämnar det fasta driftstället under sådana förhållanden att skattskyldigheten i överlåtarlandet upphör.[26] Detta i all synnerhet som samma händelse hade varit beskattningsutlösande även för det överlåtande företaget (även detta företag skulle ju ha drabbats av uttagsbeskattning om det på motsvarande sätt fört ut egendomen ur den svenska beskattningssfären). Det faktum att ombildningen ägt rum försämrar således inte skattepositionen för de inblandade företagen i detta hänseende.

[24] Terra och Wattel 2001 s. 386.

[25] Det kan anmärkas att föregångaren till denna bestämmelse, d.v.s. 22 § anvp. 1, 5 och 6 st. KL, tillkom i samband med den ursprungliga implementeringen av fusionsdirektivet, se prop. 1994/95:91 s. 39 ff. Bestämmelsen är dock inte begränsad till fall som omfattas av direktivet utan har generell räckvidd.

[26] Jfr Wheeler i European Taxation 1995 s. 145. Se även kapitel 6.7 nedan för en mer generell diskussion angående tillåtligheten av s.k. exitskatter.

5.3.6 Är kravet på fast driftställe förenligt med EG-fördraget?

5.3.6.1 Är direktivregeln fördragsstridig?

Enligt artiklarna 43 och 56 i EG-fördraget är hinder för etableringar och kapitalrörelser över gränserna förbjudna inom EU. Fusionsdirektivets syfte kan sägas vara just att undanröja skattehinder för gränsöverskridande företagsetableringar, genom att underlätta företagsombildningar som berör bolag från flera länder.[27] Kravet på att de överförda tillgångarna och skulderna måste knytas till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets hemland innebär dock att tillgångar och skulder inte i samband med ombildningen kan förflyttas över gränserna utan att beskattning utlöses.[28] Detta skulle i sig eventuellt kunna uppfattas som en otillåten inskränkning i den fria rörligheten, vilket i så fall medför att kravet på fast driftställe inte kan upprätthållas.[29] I det följande skall därför diskuteras om kravet på fast driftställe kan anses komma i konflikt med fördraget.[30]

För att en skatteregel skall anses hindra etableringsfriheten och/eller de fria kapitalrörelserna krävs enligt EG-domstolens praxis att skatteregeln på något sätt negativt särbehandlar ett gränsöverskridande förhållande.[31] En grundläggande fråga blir därför om kravet på fast driftställe kan anses innebära en sådan negativ särbehandling. Här är det viktigt att framhålla direktivets begränsade tillämpningsområde. Enligt direktivet skall vissa former av gränsöverskridande företagsombildningar skattebefrias. Medlemsstaterna är endast skyldiga att medge denna skattefrihet om de tillgångar och skulder som överförs i samband med ombildningen knyts till ett fast driftställe i överlåtarlandet. Den negativa särbehandling som direktivet kan anses införa är således mellan å ena sidan gränsöverskridande transaktioner där tillgångarna kvarstannar i överlåtarlandet (vilka omfattas av direktivets skattefrihet) och å andra sidan gränsöverskridande transaktioner där tillgångarna lämnar överlåtarlandet (vilka faller utanför skattefriheten). Detta är dock en annan typ av negativ särbehandling än den som aktualiserats i EG-domstolens hittillsvarande praxis angående

[27] Se preambeln, stycke 1.

[28] Som nämnts i avsnitt 5.2 ovan har kommissionen i olika sammanhang antytt att andra möjligheter att skydda överlåtarlandets skatteanspråk, vilka inte kräver att tillgångarna finns kvar i överlåtarlandet, bör övervägas. Något konkret förslag angående hur detta skulle kunna gå till har dock inte presenterats.

[29] Se kapitel 2.7.2 ovan angående konsekvenserna av att en direktivbestämmelse anses strida mot fördraget.

[30] Frågan har nyligen utförligt behandlats av Persson Österman i SN 2004 s. 259 ff. vartill generellt hänvisas.

[31] Se vidare Ståhl och Österman 2000 s. 85 f. och 116 f.

fördragsstridiga skatteregler. I denna praxis har det genomgående varit fråga om att en gränsöverskridande transaktion etc. på något sätt har behandlats sämre än en motsvarande rent inhemsk transaktion. Däremot saknas fall där en skatteregel för en gränsöverskridande transaktion har underkänts p.g.a. att den varit mindre förmånlig än en skatteregel för en annan gränsöverskridande transaktion.

Det saknas således stöd i EG-domstolens praxis för att underkänna kravet på fast driftställe på den grunden att det leder till att gränsöverskridande transaktioner där tillgångarna förs ut ur överlåtarlandet behandlas sämre än gränsöverskridande transaktioner där tillgångarna kvarstannar där. Om kravet på fast driftställe däremot kan anses leda till att gränsöverskridande transaktioner där tillgångarna lämnar överlåtarlandet behandlas sämre än motsvarande rent inhemska transaktioner är risken för att regeln kommer i konflikt fördraget betydligt större. Hur inhemska transaktioner skall beskattas är emellertid en fråga som ligger helt utanför direktivet. Direktivet som sådant stipulerar således inte att sådana inhemska transaktioner som motsvara de som regleras i direktivet skall skattebefrias, utan om och i vilken utsträckning detta skall ske är helt en fråga för de enskilda medlemsstaterna. Det kan därför vara svårt att hävda att direktivet, genom kravet på fast driftställe, *inför* ett hinder för gränsöverskridande transaktioner i jämförelse med inhemska transaktioner. Snarare är det ju så att direktivet *tar bort* hinder för vissa, men inte för alla, gränsöverskridande transaktioner.[32]

Direktivet kan således i sig knappast anses föreskriva en negativ särbehandling av gränsöverskridande jämfört med inhemska transaktioner. Att en sådan negativ särbehandling kan uppkomma i samband med implementeringen, p.g.a. att inhemska transaktioner enligt nationell rätt behandlas förmånligare, gör vidare inte att direktivregeln som sådan automatiskt blir fördragsstridig. Av EG-domstolens praxis framgår nämligen att om ett direktiv ger utrymme för en implementering som är förenlig med fördraget så blir direktivet inte fördragsstridigt bara för att det också finns andra tänkbara implementeringsalternativ som kommer i konflikt med fördraget.[33] Fusionsdirektivet som sådant hindrar ju i princip inte medlemsstaterna från att avpassa beskattningen av inhemska

[32] Även Persson Österman framhåller att direktivet inte inför något hinder eftersom medlemsländerna redan tidigare hade någon form av uttagsbeskattning när tillgångar etc. lämnade landet, se Persson Österman i SN 2004 s. 264 samt jfr även vid not 34 strax nedan. Mitt resonemang här går dock inte ut på att motsvarande regler redan tidigare fanns i nationell rätt, utan på att direktivet som sådant inte inför en skillnad i behandlingen av gränsöverskridande jämfört med inhemska transaktioner.

[33] Se mål C-166/98 *Socridis* REG 1999 s. I-3791, p. 19 i EG-domstolens dom.

transaktioner så att den inte blir förmånligare än den som gäller för de gränsöverskridande fallen.

Enligt min mening kan inte heller det faktum att direktivet inte skattebefriar *alla* typer av gränsöverskridande transaktioner utan begränsar skattefriheten till de fall då tillgångarna kvarstannar i överlåtarlandet anses strida mot fördraget. EG-domstolen har flera gånger slagit fast att det är tillåtet för gemenskapsinstitutionerna att endast företa en gradvis harmonisering av ett område.[34] Att direktivet *inte undanröjer* alla tänkbara hinder för den fria rörligheten gör således inte att det kommer i konflikt med fördraget så länge som det inte genom direktivregleringen *införs* hinder för denna fria rörlighet.[35]

Kontentan av det hittills sagda är därmed att eftersom direktivet överhuvudtaget inte innehåller några regler för hur inhemska transaktioner skall beskattas kan regeln om fast driftställe inte anses innebära en negativ särbehandling av gränsöverskridande transaktioner. Mot detta resonemang kan dock invändas att direktivet ändå vilar på den underförstådda förutsättningen att inhemska transaktioner i stor utsträckning faktiskt är skattebefriade. I preambeln sägs uttryckligen att ett syfte med direktivet är att undanröja den nackdel som följer av att skattebestämmelserna missgynnar transaktioner som berör bolag i olika medlemsländer i jämförelse med transaktioner som avser bolag i samma medlemsstat.[36] Gemenskapslagstiftaren bör således ha varit medveten om att kravet på fast driftställe som förutsättning för skattefrihet de facto leder till en (eller åtminstone upprätthåller en redan existerande) negativ särbehandling av gränsöverskridande transaktioner. Det kan också framstå som märkligt att själva direktivregeln inte är fördragsstridig samtidigt som en implementering av denna blir fördragsstridig bara för att den sker i en skattemiljö där inhemska transaktioner är skattebefriade (särskilt när existensen av denna skattemiljö är en av anledningarna till att direktivet infördes). Som redan konstaterats i kapitel 3.6.2.4 ovan blir den yttersta konsekvensen av ett sådant resonemang dessutom att fusionsdirektivet i sig *aldrig* kan komma i konflikt med fördraget eftersom det *alltid* är möjligt för med-

[34] Se t.ex. mål C-166/98 *Socridis* REG 1999 s. I-3791, p. 26 i EG-domstolens dom (med vidarehänvisningar till andra rättsfall) samt jfr även Persson Österman i SN 2004 s. 264.

[35] I mål 46/76 *Bauhuis* [1977] ECR 5 fann EG-domstolen att direktivregler vilka införde en gemensam ordning för hälsoinspektion vid djurexport inte stred mot fördraget. Av betydelse vid bedömningen var att denna ordning ersatte redan existerande nationella åtgärder i medlemsstaterna. I och med att åtgärderna införts av rådet i gemenskapens allmänna intresse och inte av varje enskild medlemsstat för att skydda dess eget intresse ansågs åtgärderna snarare främjande än hindrande för den fria rörligheten.

[36] Se andra stycket i preambeln.

lemsstaterna att vid implementeringen undanröja en eventuell fördragsstridighet genom att medge en längre gående skattefrihet än den som stipuleras i direktivet. Fusionsdirektivets karaktär av minimidirektiv[37] skulle således i princip innebära att en konflikt mellan direktivet och fördraget aldrig kan uppkomma.

Hur man än ställer sig till frågan om huruvida direktivregeln som sådan kan anses strida mot fördraget eller ej måste ändå konstateras att svaret på denna fråga egentligen endast är intressant om detta påverkar bedömningen av implementeringslagstiftningen. Det är ju denna lagstiftning som konkret skall läggas till grund för skattebesluten i de enskilda fallen. Om man skulle komma fram till att direktivregeln är fördragsstridig måste man rimligen också anse att en implementering av regeln strider mot fördraget. Det omvända behöver däremot inte alls vara fallet. Som redan nämnts utesluter nämligen inte det faktum att direktivregeln anses förenlig med fördraget att implementeringslagstiftningen som sådan kan anses fördragsstridig. Om man alltså trots allt skulle acceptera argumentationen ovan, d.v.s. att direktivregeln inte i sig kan anses fördragsstridig (p.g.a. att direktivet inte innehåller regler för hur inhemska transaktioner skall beskattas och eventuellt också p.g.a. att direktivet dessutom endast är ett minimidirektiv), kan man ändå mycket väl komma fram till att den svenska implementeringen är fördragsstridig. Vid bedömningen av den svenska lagstiftningen kan man ju inte nöja sig med att se på hur de gränsöverskridande transaktioner som omfattas av direktivregleringen beskattas, utan denna beskattning måste ställas mot den som gäller för motsvarande inhemska transaktioner. Denna fråga skall diskuteras närmare i nästa avsnitt.

5.3.6.2 Är den svenska implementeringslagstiftningen fördragsstridig?

Som framgått i avsnitt 5.3.2.3 ovan har direktivets krav på fast driftställe i svensk rätt implementerats som ett skattskyldighetsvillkor, se 37:12 och 38:7 IL. Vidare gäller enligt 22:5 IL att en flyttning av sätet för europabolag och europeiska kooperativa föreningar leder till uttagsbeskattning för sådana tillgångar och skulder som inte kvarstannar i den svenska beskattningssfären. Frågan är om dessa regler kommer i konflikt med fördraget, även om direktivregleringen inte gör det. Anledningen till att så skulle kunna vara fallet är att svensk rätt faktiskt skattebefriar rent inhemska ombildningar respektive flyttning av säte inom Sverige. De svenska reglerna skulle därmed kunna anses leda till en negativ särbehand-

[37] Se kapitel 2.3.3.5 ovan.

ling av gränsöverskridande transaktioner vilka inte uppfyller villkoren i dessa regler jämfört med rent inhemska transaktioner.

En första fråga att ta ställning till är på vilket sätt de svenska reglerna skulle kunna anses hindra den fria rörligheten. Av EG-domstolens praxis framgår att artiklarna 43 och 56 i EG-fördraget förbjuder skattehinder för såväl ingående som utgående etableringar och kapitalrörelser.[38] Med det förstnämnda avses skatteregler som på ett eller annat sätt avhåller utländska subjekt från att etablera sig eller föra in kapital i landet. Ett typexempel är regler som (öppet eller dolt) diskriminerar utländska subjekt. Kan de svenska reglerna anses utgöra ett sådant hinder?

När det först gäller skattskyldighetsvillkoret i 37:12 och 38:7 IL innebär detta villkor att överföringar från ett inhemskt företag till ett utländskt företag som saknar fast driftställe i Sverige kommer att utlösa beskattning. Här kan i och för sig noteras att det är det inhemska, överlåtande företaget och inte det utländska, övertagande företaget som drabbas av denna beskattning. Även beskattningsåtgärder som inte varit omedelbart riktade mot det utländska subjektet har dock i praxis ansetts hindra detta subjekts etableringsfrihet. Exempelvis fann EG-domstolen i målet *Halliburton* att en stämpelskatt som uttogs av den inhemska säljaren i samband med en omstrukturering utgjorde en dold diskriminering av den utländska köparen, eftersom stämpelskatten utgick just p.g.a. att köparen var utländsk.[39] Även i *X och Y*-målet ansågs en beskattning av en inhemsk säljare utgöra en fördragsstridig inskränkning av ett utländskt bolags etableringsfrihet.[40] I det fallet uttogs skatten p.g.a. att det köpande bolaget, som också var inhemskt, ägdes av ett utländskt bolag.[41] Det faktum att beskattningsåtgärden drabbar det inhemska, överlåtande företaget utesluter således inte att beskattningen ändå kan anses indirekt riktad mot det utländska subjektet och därmed vara fördragsstridig.

En skillnad mellan det här aktuella fallet och de regler som prövades i de nämnda domarna är emellertid att i rättsfallen var beskattningsåtgärden direkt kopplad till att köparbolaget, eller det bolag som ägde köparbolaget, var utländskt. Enligt reglerna i 37:12 och 38:7 IL är det inte det

[38] Se allmänt om EG-domstolens praxis angående fördragsstridiga skatteregler i Ståhl och Österman 2000 s. 59 ff.

[39] Mål C-1/93 *Halliburton* [1994] ECR I-1137.

[40] Mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. 10829. I detta mål använder EG-domstolen inte termen "dold diskriminering" för att beskriva fördragsbrottet utan termen "inskränkning av etableringsfriheten". Trots skillnaden i uttryckssätt torde bedömningen i sak vara densamma som i t.ex. *Halliburton*, där termen "dold diskriminering" används. Se vidare om denna terminologiska förvirring t.ex. Farmer i EC Tax Review 2003 s. 75 ff.

[41] Målet rörde de svenska reglerna om beskattning vid underprisöverlåtelser till utländska bolag samt till dotterbolag till sådana bolag, se numera 53 kap. IL.

faktum att köparen är utländsk, utan det faktum att köparen inte omfattas av svensk skattskyldighet, som utlöser beskattning. Av EG-domstolens praxis framgår i och för sig att även andra kriterier än nationalitet som används för att särskilja olika skattesubjekt (eller transaktioner som företas med olika skattesubjekt) kan utgöra en dold diskriminering av utländska subjekt. Så blir fallet om kriteriet är valt på ett sådant sätt att det typiskt sett är utländska subjekt som drabbas av den negativa särbehandlingen. Ett vanligt exempel i praxis är negativ särbehandling p.g.a. skattesubjektets hemvist.[42] Frågan är dock om den omständighet som utlöser beskattning enligt de nu aktuella reglerna, d.v.s. att tillgångarna lämnar den svenska beskattningssfären, är vald på ett sådant sätt att det typiskt sett är just (transaktioner med) utländska företag som kommer att drabbas.

En viss parallell kan här dras till målet *Lankhorst-Hohorst* angående de tidigare tyska underkapitaliseringsreglerna.[43] Enligt dessa regler kunde räntebetalningar från tyska dotterbolag till deras moderbolag omklassificeras till ej avdragsgill utdelning om moderbolaget inte var skattskyldigt i Tyskland. Underkapitaliseringsreglerna var således inte direkt riktade mot betalningar till utländska bolag utan kunde även drabba betalningar till inhemska, skattebefriade, subjekt. EG-domstolen fann dock ändå att reglerna indirekt hindrade de utländska moderbolagens etableringsfrihet, eftersom de i allmänhet var tillämpliga på betalningar till utländska subjekt medan de i regel inte var tillämpliga på betalningar till inhemska subjekt. Detta mål talar således för att ett skattskyldighetskriterium skulle kunna anses vara till särskild nackdel för utländska bolag eftersom sådana bolag, till skillnad från inhemska bolag, i regel inte uppfyller detta kriterium.

Samtidigt skall också poängteras att skattskyldighetskriteriet i *Lankhorst-Hohorst* tog sikte på moderbolagets övergripande skattskyldighet och inte på skattskyldigheten för just den aktuella räntebetalningen. Skattskyldighetskriteriet hade därmed ganska stora likheter med ett hemvistkriterium och kunde, på liknande sätt som när EG-domstolen bedömt negativ särbehandling p.g.a. hemvist, anses vara till särskild nackdel för utländska bolag. Skattskyldighetsvillkoret i 37:12 och 38:7 IL är däremot kopplat till den överförda egendomen och inte till det övertagande företagets skattesituation i allmänhet. Även överföringar där mottagaren är ett inhemskt subjekt kan falla på detta krav om tillgångarna inte kan

[42] Se t.ex. mål C-330/91 *Commerzbank* [1993] ECR I-4017 och mål C-307/97 *Saint-Gobain* REG 1999 s. I-6161.
[43] Mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* REG 2002 s. I-11779.

beskattas hos mottagaren efter överföringen.[44] Det är därför enligt min mening svårt att se att det här aktuella skattskyldighetsvillkoret skulle vara till sådan särskild nackdel för just utländska företag att det skulle kunna ses som en dold diskriminering eller annan inskränkning av dessa företags rätt till etablering. Det sagda gäller i än högre grad uttagsbeskattningsreglerna i 22:5 IL, vilka ju inte alls kan sägas vara riktade just mot utländska subjekt utan minst lika ofta torde aktualiseras vid en förändrad skattskyldighet för inhemska subjekt.

Som nämnts är det emellertid inte endast regler som avhåller utländska subjekt från att etablera sig eller föra in kapital i landet som är otillåtna. Även hinder för utgående etableringar och kapitalrörelser är förbjudna. Med detta avses skatteregler i hemlandet som avhåller inhemska subjekt från att etablera sig eller föra över kapital till ett annat medlemsland.[45] Snarare än att vara diskriminerande kan skattskyldighetsvillkoret i 37:12 och 38:7 IL enligt min mening uppfattas som ett hinder av det sistnämnda slaget, eftersom det försvårar investeringar ut ur landet. Antag att ett svenskt bolag har ett dotterbolag i ett annat medlemsland samt att moderbolaget vill föra över en av sina verksamhetsgrenar till dotterbolaget. Kravet på att dotterbolaget skall vara skattskyldigt i Sverige för de överförda tillgångarna hindrar att verksamhetsgrenen rent fysiskt förs över till dotterbolagslandet, vilket onekligen kan anses inskränka moderbolagets möjligheter att fullt ut utnyttja sin etableringsfrihet. På motsvarande sätt kan reglerna i 22:5 IL anses hindra ett europabolag/en europeisk kooperativ förening från att flytta sitt säte till ett annat medlemsland eftersom de leder till att beskattning utlöses av egendom som i samband med flytten följer med till det nya säteslandet.

De svenska reglerna bör således i och för sig kunna ses som hinder för etableringar och kapitalrörelser ut ur Sverige. Nästa fråga blir då om reglerna ändå kan rättfärdigas. Här är det intressant att notera att i preambeln till fusionsdirektivet motiveras kravet på fast driftställe med att det skall "värna om den stats ekonomiska intressen där överlåtande eller övertaget bolag är hemmahörande".[46] Att värna statens ekonomiska intressen är dock enligt fast praxis från EG-domstolen inte ett sådant tungt vägande allmänintresse som kan motivera skatteregler som hindrar den

[44] Jfr de exempel som ges av Persson Österman i Skattenytt 2004 s. 265 (vilka dock är hämtade från underprisreglerna och inte från reglerna om fusioner/fissioner och verksamhetsavyttringar).

[45] Se t.ex. mål C-264/96 *ICI* REG 1998 s. I-4695 och mål C-168/01 *Bosal Holding* REG 2003 s. I-9409.

[46] Se stycke 4 i preambeln.

fria rörligheten.[47] För att de svenska reglerna skall kunna accepteras krävs således att de kan försvaras på andra, av EG-domstolen accepterade, grunder än den som motiverar regeln i fusionsdirektivet.

En sådan rättfärdigandegrund är t.ex. att de nationella reglerna syftar till att förhindra skatteflykt och/eller till att upprätthålla en effektiv skattekontroll.[48] De här aktuella reglerna är dock inga skatteflyktsregler och de har knappast heller med själva skattekontrollen att göra. Då ligger det närmare till hands att försvara reglerna med hänvisning till skattesystemets inre sammanhang.[49] Argumentationen skulle i så fall gå ut på att det finns en koppling mellan medgivande av skattefrihet vid själva ombildningen respektive sätesflytten och möjligheten att i stället beskatta de skattemässiga övervärdena hos det övertagande företaget respektive det utflyttade bolaget/den utflyttade föreningen. Om så inte kan ske p.g.a. att detta företag inte är skattskyldigt i Sverige för den aktuella egendomen skall skattefrihet inte behöva medges.

När det gäller reglerna i 37:12 och 38:7 IL är ett problem dock att EG-domstolen i flera fall har framhållit att det inre sammanhanget måste föreligga inom ramen för beskattningen av ett och samma skattesubjekt.[50] I doktrinen har därför flera bedömare dragit slutsatsen att det vid en prövning av om en bestämmelse kan motiveras med hänvisning till skattesystemets inre sammanhang inte finns utrymme för att beakta en skattemässig koppling mellan två olika skattesubjekt.[51] Denna slutsats kan förmodligen vara riktig. Det bör dock ändå noteras att EG-domstolen, när den avvisat invändningar om skattesystemets inre sammanhang som grund för rättfärdigande, inte alltid nöjt sig med att konstatera att det rör sig om två olika skattesubjekt och att argumentet därför inte kan godtas. I praxis finns tvärtom exempel på att EG-domstolen, efter att ha konstaterat att det rör sig om två olika skattesubjekt, ändå gått vidare och

[47] Se t.ex. mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. I-10829, p. 50 i EG-domstolens dom och mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* REG 2002 s. 11779, p. 36 i EG-domstolens dom (med vidarehänvisningar till andra rättsfall) samt Persson Österman i Skattenytt 2004 s. 261.

[48] Se t.ex. mål C-250/95 *Futura* REG 1997 s. I-2471, p. 31 i EG-domstolens dom och mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. I-10829, p. 60 i EG-domstolens dom.

[49] Se mål C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249. I vissa domar används i den svenska språkversionen termen "kongruens" för att beteckna denna rättfärdigandegrund (något som har kritiserats av Mutén i SN 2004 s. 296) men i senare domar används termen "inre sammanhang" varför jag har valt att ansluta mig till den terminologin här. Se för en allmän diskussion av räckvidden av denna rättfärdigandegrund t.ex. Ståhl och Österman 2000 s. 128 ff. samt Ståhl i SvSkT 2001 s. 744 ff.

[50] Se t.ex. mål C-35/98 *Verkooijen* REG 2000 s. I-4071, p. 57-58 i EG-domstolens dom och mål C-168/01 *Bosal Holding* REG 2003 s. I-9409, p. 30 i EG-domstolens dom.

[51] Se t.ex. Bergström och Bruzelius i Intertax 2001 s. 240, Rabe i SN 2003 s. 251 och Vanistendael i EC Tax Review 2003 s. 140.

avvisat invändningen (även) på andra grunder.[52] Så skulle ju inte ha behövt ske om domstolen menar att det är helt uteslutet att vid prövningen beakta situationen för två olika skattesubjekt. Detta skulle *möjligen* kunna tala för att det trots allt finns ett visst, om än litet, utrymme för att hävda att det föreligger ett inre sammanhang mellan medgivande av skattefrihet hos ett subjekt och möjligheten att återta denna skattefrihet hos ett annat subjekt. Det kan också noteras att generaladvokaten i *Manninen*-målet argumenterade för att det principiellt bör vara möjligt att försvara skatteregler med skattesystemets inre sammanhang även när det är fler än ett skattesubjekt som är inblandade.[53]

En annan möjlighet att försvara de svenska reglerna är att åberopa den skattemässiga territorialitetsprincipen. I målet *Futura* fann EG-domstolen med stöd av denna princip att det inte strider mot fördraget att vid beskattningen av utländska bolags inhemska fasta driftställen vägra avdrag för kostnader och förluster i den verksamhet som bedrivs i bolagets hemland, eftersom inkomster från denna verksamhet inte beskattas i driftställestaten.[54] Av målet framgår i och för sig inte klart om domstolen använde territorialitetsprincipen som grund för rättfärdigande eller om den menade att eftersom skattereglerna var utformade i enlighet med denna princip det inte kunde anses föreligga någon negativ särbehandling överhuvudtaget.[55] I *Bosal Holding* behandlades (men avfärdades) territorialitetsprincipen dock klart som en rättfärdigandegrund.[56]

Det skall framhållas att eftersom territorialitetsprincipen ännu endast har aktualiserats i ett fåtal mål måste det sägas vara mycket oklart vilken närmare innebörd EG-domstolen anser att den har och hur stora möjligheter den ger att rättfärdiga nationella skatteregler. I linje med resonemanget i *Futura* borde man dock enligt min mening kunna hävda att en stat måste ha rätt att beskatta de värden som upparbetats i näringsverksamhet som drivs i landet.[57] Denna beskattning äventyras om staten måste medge skattefrihet även för transaktioner som innebär att skatteunderlaget definitivt försvinner från landet. Principen om källstatens beskattningsföreträde när det gäller näringsinkomster, vilken måste anses ha klara beröringspunkter med territorialitetsprincipen, är väletablerad i interna-

[52] Se mål C-168/01 *Bosal Holding* REG 2003 s. I-9409, p. 33–36 i EG-domstolens dom.

[53] Mål C-319/02 *Manninen*, EG-domstolens dom den 7 september 2004, p. 54-65 i generaladvokat Kokotts yttrande. EG-domstolen gick inte specifikt in på denna fråga i domen och bemötte därmed inte heller generaladvokatens argumentation.

[54] Mål C-250/95 *Futura* REG 1997 s. I-2471.

[55] Se p. 22 i EG-domstolens dom.

[56] Mål C-168/01 *Bosal Holding* REG 2003 s. I-9409, p. 37–41 i EG-domstolens dom.

[57] Se för det följande Persson Österman i SN 2004 s. 265 ff.

tionell skatterätt och har starkt skydd i OECD:s modellavtal.[58] Inte minst den internationellt erkända, och i modellavtalets artikel 9 nedlagda, s.k. armslängdsprincipen utgör ett uttryck för detta. Armslängdsprincipen är grundad på i princip samma överväganden som de som ligger bakom de här diskuterade reglerna, d.v.s. att tillse att näringsinkomst skall beskattas i den stat där den uppkommit. EG-domstolen har i flera mål uttalat en respekt för den internationella skatterättens principer. Det händer t.ex. inte sällan att domstolen hänvisar till bestämmelser i OECD:s modellavtal, och den verkar vara mer benägen att acceptera skatteregler som den anser förenliga med den internationella skatterättens grundprinciper.[59] Detta talar enligt min mening för att domstolen också skulle vara beredd att acceptera de här aktuella reglerna.

Min sammanfattande slutsats är därmed att de svenska reglerna i och för sig måste anses utgöra hinder för etableringar och kapitalrörelser ut ur Sverige men att de ändå bör kunna rättfärdigas med hänvisning till att Sverige bör ha rätt att beskatta de värden som upparbetats i här bedriven näringsverksamhet. Om detta rättfärdigande sedan skall kläs i ord av "inre sammanhang" eller "territorialitetsprincip" framstår därvid närmast som en smaksak.

5.4 Närmare om innebörden av den skattemässiga kontinuiteten

5.4.1 Direktivets regler

I artikel 4.1 i direktivet föreskrivs att transaktionerna inte skall leda till "beskattning av kapitalvinst beräknad som skillnaden mellan det verkliga värdet av de tillgångar och skulder som har överförts och deras skattemässiga värde". Med kapitalvinst avses inte det svenska begreppet utan det får snarast ses som en samlingsbenämning på alla former av skattemässigt övervärde som är kopplat till den överförda egendomen, oavsett på vilket sätt detta övervärde beräknas och beskattas i medlemsstaternas interna rätt.[60] Vidare föreskrivs i artikel 4.2 att skattefriheten skall göras "avhängig av att det övertagande bolaget beräknar nya värdeminskningsavdrag och vinst eller förlust avseende de tillgångar och skulder som över-

[58] Se artikel 7 i modellavtalet om beskattning av rörelse.
[59] Se t.ex. mål C-336/96 *Gilly* REG 1998 s. I-2793 och mål C-391/97 *Gschwind* REG 1999 s. I-5451, särskilt punkt 24 i EG-domstolens dom.
[60] Thömmes i ECTL kap. 5.4, p. 13 och Survey 1995 s. 48.

förts" enligt de regler som skulle ha tillämpats för det överlåtande bolaget om transaktionen inte hade ägt rum.[61]

Närmare anvisningar för hur kontinuiteten mer i detalj skall utformas finns inte i direktivet utan denna fråga får åtminstone till viss del anses ha överlåtits till medlemsstaterna att lösa vid implementeringen. Frågan är dock hur stort handlingsutrymme som därvid har lämnats till medlemsstaterna. Enligt min mening kan det finnas anledning att göra skillnad mellan själva skattefrihetsregeln i artikel 4.1 och kontinuitetsregeln i artikel 4.2. De skattskyldigas rättigheter kan primärt utläsas ur artikel 4.1, där det framgår att transaktionen inte får leda till att beskattning utlöses. Artikel 4.2 torde däremot snarare vara skriven med medlemsstaternas intressen för ögonen. Genom denna bestämmelse tillförsäkras att beskattningen av de överförda värdena inte går definitivt förlorad utan att den kan effektueras hos det övertagande bolaget i stället.[62] Enligt uppgift har kommissionen i ett svar på en förfrågan från danska Skatteministeriet förklarat att bestämmelsens syfte är just att säkerställa en framtida beskattningsmöjlighet.[63] Enligt kommissionen strider det därför inte mot bestämmelsen att låta förhållandena hos det övertagande bolaget avgöra hur denna beskattning slutligen skall falla ut, och att t.ex. beskatta det övertagande bolaget för de överförda tillgångarna även om dessa var skattefria hos det överlåtande bolaget.

Mot denna bakgrund kan man fråga sig om artikel 4.2 överhuvudtaget ger de skattskyldiga några rättigheter, eller om den endast skall legitimera att medlemsstaterna ställer krav på skattemässig kontinuitet som en förutsättning för att medge skattefrihet.[64] Om bestämmelsen skall uppfattas på det sistnämnda sättet bör den närmare utformningen av själva kontinuiteten, inklusive frågan om hur långtgående denna skall vara, i stor utsträckning vara en ensak för den enskilda medlemsstaten.

[61] De nya bestämmelser om flyttning av sätet för europabolag och europeiska kooperativa föreningar som enligt ändringsdirektivet skall införas i artikel 10b.1 och 10b.2 är utformade på motsvarande sätt.

[62] Jfr den engelska respektive den franska språkversionen av bestämmelsen där det anges att medlemsstaterna skall göra tillämpningen av artikel 4.1 "conditional upon"/"à la condition" att kontinuitet råder hos det övertagande bolaget.

[63] Serup 2003 s. 94 f.

[64] Alhager synes uppfatta bestämmelsen i artikel 4.2 endast som en förutsättning för att skattefrihet skall medges och inte som en rättighet som kan åberopas av de skattskyldiga, se Alhager, M. i SN 2002 s. 164 f. Se även Thömmes i ECTL kap. 5.4, p. 20 som anger att artikel 4 "*obliges* [kurs. här] the receiving company to adhere to the depreciation and tax computation principles that its predecessor would have applied". Jfr dock Pötgens och Jakobsen i European Taxation 1999 s. 86 som menar att artikel 4.2 uppfyller förutsättningarna för direkt effekt. Detta indikerar att de anser att artikeln faktiskt ger de skattskyldiga vissa rättigheter som de kan åberopa mot staten.

En ytterligare aspekt på kontinuiteten är frågan om *när* det övertagande bolaget får beskattas för de övervärden som förs över genom ombildningen. I artikel 4 sägs ingenting explicit om detta, utan där anges som nämnts endast att vinst och förlust skall beräknas enligt de regler som skulle ha tillämpats för det överlåtande bolaget.[65] Däremot finns en skrivning i direktivets preambel som möjligen skulle kunna tolkas så att det endast är en senare avyttring av den överföra egendomen som får utlösa en beskattning hos det övertagande bolaget. I preambeln sägs nämligen att "[s]ystemet med att skjuta upp beskattningen av kapitalvinster på överförda tillgångar *till dess att de faktiskt har avyttrats* [kurs. här] medger, tillämpat på den del av dessa tillgångar som överförs till ett sådant fast driftställe, befrielse från beskattning av däremot svarande kapitalvinst samtidigt som det säkerställer att tillgångarna till slut blir beskattade i den stat där det överlåtande bolaget är hemmahörande vid den tidpunkt då de avyttras". Enligt min mening bör dock denna skrivning snarast läsas som en motivering till kontinuitetsregeln som sådan, samt till den därmed sammanhängande regeln om att tillgångarna skall knytas till ett fast driftställe i överlåtarstaten. Det som den citerade passusen i preambeln vill framhålla är ju att direktivreglerna medger skattefrihet vid själva transaktionen samtidigt som de säkerställer att överlåtarlandets beskattningsrätt består. Det vanligaste är förvisso att denna beskattningsrätt effektueras när det övertagande bolaget säljer den överförda egendomen vidare, men att med stöd av den citerade skrivningen i preambeln komma fram till att det *endast* är en vidareförsäljning som får leda till att beskattning utlöses vore enligt min mening en övertolkning. Som nämnts saknas bestämmelser om detta i själva direktivtexten och det ligger knappast heller inom ramen för direktivets syften att allmänt reglera vilka händelser som skall vara beskattningsutlösande i de nationella företagsskattesystemen.

Det enda fall då jag kan se att det möjligen kan finnas grund för att ifrågasätta en nationell regel angående denna fråga är om regeln skulle föreskriva att det faktum att en ombildning har ägt rum medför att beskattning utlöses i andra (d.v.s. flera) fall för det övertagande jämfört med för det överlåtande bolaget.[66] En sådan bestämmelse skulle nämligen eventuellt kunna anses komma i konflikt med den grundläggande

[65] Detta är en skillnad jämfört med artikel 8 som reglerar beskattningen på ägarnivå. I denna artikel anges uttryckligen att beskattning får ske vid senare överlåtelse av de mottagna andelarna (se närmare kapitel 6.2.5 nedan, där det bl.a. diskuteras om detta innebär att medlemsstaterna är förhindrade att lägga beskattningstidpunkten tidigare än vid överlåtelse av de mottagna andelarna).

[66] Jfr diskussionen i kapitel 6.2.5 nedan angående vilka händelser som efter ett andelsbyte får leda till att beskattning utlöses av den tidigare andelsbytesvinsten.

skattefrihetsbestämmelsen i artikel 4.1 eftersom den skulle innebära att de inblandade bolagen drabbades av ett skatteuttag i andra situationer än vad som hade varit fallet om ombildningen inte hade företagits. Så länge som samma händelser är beskattningsutlösande oavsett om det övertagande bolaget har förvärvat egendomen genom en fusion etc. eller på annat sätt kan jag dock inte se att direktivets syften motiverar att medlemsstaternas handlingsfrihet när det gäller denna fråga inskränks.

Innebörden av den skattemässiga kontinuiteten kommer att diskuteras vidare i avsnitt 5.4.2 och 5.4.3 i anslutning till att den svenska implementeringslagstiftningen när det gäller fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar behandlas. När det gäller partiella fissioner finns som nämnts ännu ingen implementeringslagstiftning. Inte heller för flyttning av säte för europabolag/europeiska kooperativa föreningar har någon särskild implementeringslagstiftning utfärdats. Som framgått är dock uttagsbeskattningsreglerna i 22:5 IL redan utformade i enlighet med de principer som direktivregleringen ger uttryck för, varför jag i avsnitt 5.4.4 kort kommer att beröra hur kontinuiteten fungerar enligt de svenska regler som idag blir tillämpliga vid flyttning av säte.

5.4.2 Svenska regler om fusioner/fissioner

5.4.2.1 Allmänt om innebörden av den skattemässiga kontinuiteten

Vid fusioner och fissioner kan kontinuiteten principiellt sett utformas på (åtminstone) två olika sätt.[67] Antingen kan man vid beskattningen ta hänsyn till att en överlåtelse mellan två subjekt har ägt rum. Kontinuiteten åstadkoms då genom att överlåtelsen anses ha skett till skattemässigt värde, vilket också blir det övertagande företagets anskaffningsvärde.[68] Eller så kan fusionen/fissionen skattemässigt betraktas som en "icke-händelse", vilket innebär att det inte anses ha skett någon överlåtelse mellan de inblandade företagen utan dessa behandlas i stället som en enhet.[69] De svenska reglerna är utformade i enlighet med det sistnämnda synsättet. Enligt 37:17 IL beskattas det överlåtande företaget överhuvudtaget inte för sina inkomster under det beskattningsår som avslutas genom fusionen/fissionen och skall därmed inte heller ta upp någon inkomst eller dra av någon utgift på grund av själva transaktionen. I stället skall det över-

[67] Se Sandström, K.G.A. i SvSkT 1965 s. 76 och Persson Österman 1997 s. 421 f.

[68] Sandström benämnde detta alternativ "restvärdesprincipen", se Sandström, K.G.A. i SvSkT 1965 s. 76.

[69] Alternativet benämndes av Sandström som "enhetsprincipen". En annan benämning är "identitetsprincipen", se Wiman 2002 s. 193.

tagande företaget enligt 37:18 IL inträda i det överlåtande företagets skattemässiga situation. Det övertagande företaget skall därvid anses ha bedrivit det överlåtande företagets näringsverksamhet från ingången av det överlåtande företagets sista beskattningsår. Regleringen innebär således ett retroaktivt övertagande av skattskyldigheten för den verksamhet som bedrivits i det överlåtande företaget fram till fusionen.[70]

Innebörden av de svenska reglerna är att kontinuitet gäller i alla avseenden, d.v.s. såväl för tillgångarnas skattemässiga karaktär (som lager, inventarier eller kapitaltillgång) och värde som för frågor om anskaffningstidpunkt etc.[71] Det övertagande företaget kan således göra samma avskrivningar på övertagna anläggningstillgångar som det överlåtande företaget skulle ha gjort om fusionen/fissionen inte hade ägt rum. I propositionen anges vidare att karaktärskontinuiteten innebär att om ett fastighetsförvaltande företag fusioneras in i ett byggnadsrörelsedrivande företag kommer de genom fusionen överförda fastigheterna att behålla karaktären av kapitaltillgångar även hos det övertagande byggföretaget.[72] Kontinuitetsregeln skall således ta över regeln i 27:4 IL som säger att fastighet som förvärvas av skattskyldig som bedriver byggnadsrörelse eller handel med fastigheter blir lagertillgång hos förvärvaren. Enligt min mening kan kontinuitetsregeln emellertid knappast generellt förhindra att en tillgång efter fusionen/fissionen byter karaktär hos det övertagande företaget enligt vanliga regler om karaktärsbyte p.g.a. förändrad användning.[73] Om ett sådant karaktärsbyte hade kunnat ske hos det överlåtande företaget bör detsamma rimligen gälla även hos det övertagande företaget.[74] I avsaknad av särskilda avskattningsregler leder ett sådant karaktärsbyte dock inte till att beskattning utlöses av tillgångens övervärde.

[70] Det överlåtande företaget är dock förstås skattesubjekt vid taxeringen för beskattningsår som avslutats före fusionen, se RÅ 2002 ref. 82. Om en sådan taxering blir föremål för process framgår i och för sig av det nämnda rättsfallet att det är det övertagande företaget som blir part i denna process, eftersom det överlåtande företaget upplöses i och med fusionen. Processen avser dock fortfarande (endast) det överlåtande företagets förhållanden, d.v.s. för taxeringsår före fusionen skall de två företagens taxeringar hållas helt åtskilda.

[71] Prop. 1998/99:15 s. 216 och 218. Se även prop. 2002/03:96 s. 147 angående överföring av innehavstid för näringsbetingade andelar.

[72] Prop. 1998/99:15 s. 218 f.

[73] Se t.ex. RÅ 1974 A 894 angående karaktärsbyte från omsättningstillgång till anläggningstillgång p.g.a. att egendomen överfördes från företagets försäljningsverksamhet till dess uthyrningsverksamhet.

[74] Jfr Knutsson och Johansson i SvSkT 1999 s. 13 som säger att situationen i det övertagande företaget blir densamma som om tillgången legat kvar i det överlåtande företaget och övergången till annan användning av tillgången skett där.

5.4.2.2 Kontinuitet vad gäller beskattningsmetod

Att kontinuiteten i svensk rätt är mycket långtgående bekräftas också av praxis. I RÅ 2000 ref. 18 bedömde Regeringsrätten hur kontinuitetsregeln skall tillämpas när ett investmentföretag fusionerar in ett helägt dotterbolag. Investmentföretag beskattas schablonmässigt för vinster och förluster på aktier och andra delägarrätter, d.v.s. i stället för att beskattas för de faktiskt vinster och förluster som uppstår när dessa avyttras skall företaget årligen ta upp en schablonintäkt beräknad på värdet av företagets delägarrätter.[75] Dotterbolagets värdepappersinnehav beskattades däremot på vanligt sätt, d.v.s. med beaktande av faktiska vinster och förluster på avyttrade värdepapper. Som framgått i kapitel 3.6.2.2 ovan utgör det faktum att investmentföretag schablonbeskattas i och för sig inget hinder för att sådana företag deltar i fusioner med konventionellt beskattade företag. Däremot saknas uttryckliga regler om hur kontinuitetsreglerna skall fungera i en sådan situation. I målet fann Regeringsrätten att den allmänna bestämmelsen om att det övertagande företaget inträder i det överlåtande företagets skattemässiga situation skall tolkas så att den innefattar kontinuitet även avseende själva beskattningsmetoden. De delägarrätter som genom fusionen överfördes från det konventionellt beskattade dotterbolaget till det schablonmässigt beskattade investmentföretaget skulle därmed även fortsättningsvis beskattas konventionellt. Kontinuitetsbestämmelsen tog alltså över bestämmelsen om schablonbeskattning av investmentföretag.

I sin motivering hänvisade Regeringsrätten till att de svenska bestämmelserna utgör en implementering av fusionsdirektivet, men någon analys av om direktivet kunde ge någon vägledning för hur frågan skulle lösas finns inte i domen. Valet av lösning motiverades utifrån vad som ansågs vara mest förenligt med de ifrågavarande lagbestämmelsernas lydelse och syfte, varefter det endast konstaterades att innehållet i fusionsdirektivet inte ledde till någon annan bedömning. Detta skulle kunna tolkas så att Regeringsrätten inte ansåg att fusionsdirektivet ställer något direkt krav på att kontinuiteten skall omfatta även själva beskattningsmetoden, men att en sådan lösning (givetvis) inte heller kommer i konflikt med direktivet. Jag är benägen att instämma i den uppfattningen.[76]

[75] Se numera 39:14 IL.

[76] Jfr dock Påhlsson i SN 2001 s. 320, som i sin kommentar till rättsfallet anför att det kan hävdas att en EG-konform tolkning av de svenska bestämmelserna hade varit skäl nog att avgöra regelkonflikten mellan fusionsreglerna och investmentföretagsreglerna på det sätt som skedde. Detta uttalande indikerar att Påhlsson uppfattar fusionsdirektivets kontinuitetsregel såsom innefattande även kontinuitet vad avser beskattningsmetoden.

Jag menar vidare att det i den omvända situationen, d.v.s. då ett investmentföretag fusioneras in i ett konventionellt beskattat företag, finns starka skäl för att inte på motsvarande sätt hänföra de överförda delägarrätterna till en egen schablonbeskattad "fålla" hos det övertagande företaget. Detta skulle nämligen innebära att dessa delägarrätter för all framtid skulle få behandlas enligt de förmånliga investmentföretagsreglerna trots att de villkor som uppställs för att dessa regler skall få tillämpas inte är uppfyllda hos det övertagande företaget. I stället bör de överförda delägarrätterna avskattas hos det övertagande företaget, varefter de kan beskattas på vanligt sätt hos detta företag.[77] En sådan avskattning kan enligt min mening inte anses strida mot skattefrihetsbestämmelsen i artikel 4.1 i direktivet eftersom den inte utlöses av fusionen som sådan utan av det faktum att det övertagande företaget inte uppfyller villkoren för att vara ett investmentföretag. Som framgått i avsnitt 5.4.1 ovan menar jag vidare att direktivet inte begränsar medlemsstaternas möjligheter att bestämma när de överförda värdena skall beskattas hos det övertagande företaget, åtminstone inte så länge som samma omständigheter hade lett till en beskattning även hos det överlåtande företaget. Så är fallet här, d.v.s. om det överlåtande företaget upphört att vara ett investmentföretag hade motsvarande avskattning skett hos det företaget. Synsättet bör således vara att det inte är fusionen i sig som anses utgöra en sådan "förändring"[78] av investmentföretaget som skall utlösa avskattning, utan avskattningen föranleds av att villkoren för att tillämpa investmentföretagsreglerna inte är uppfyllda hos det övertagande företaget. Av detta följer också att en fusion mellan två investmentföretag inte bör utlösa någon avskattning, utan där kan kontinuiteten gälla fullt ut.[79]

Sammanfattningsvis kan ändå konstateras att såväl lagstiftning som praxis visar att den svenska lösningen tillgodoser även mycket högt ställda krav på skattemässig kontinuitet.[80] Det finns därmed ingen anledning att i de hittills behandlade avseendena ifrågasätta den svenska implementeringen.

[77] Se 39:16–17 IL samt prop. 1998/99:15 s. 287 och 297 f.

[78] Jfr 39:16 IL.

[79] Se prop. 1998/99:15 s. 287 och 297 f. Det kan dock noteras att Skatterättsnämndens majoritet i ett förhandsbesked meddelat den 27 april 2004 ansett att avskattning principiellt skall ske även i denna situation, men att någon avskattningsintäkt inte uppkommer eftersom samtliga andelar i det överlåtande företaget får anses avyttrade genom fusionen (jfr 39:17 IL). Minoriteten (bestående av en ledamot, nämligen jag själv) menade däremot att avskattning inte borde ske.

[80] Ett annat exempel på den långtgående verkan som den svenska kontinuitetsregeln ansetts ha är RÅ 2000 ref. 36, där Regeringsrätten fastställde att det övertagande företaget skall träda i det överlåtande företagets ställe även såvitt avser skattskyldighet för

5.4.2.3 Villkor om beskattningsårets längd

Något mer problematiskt är kanske att det i de svenska reglerna har införts ett särskilt villkor om beskattningsårets längd. Eftersom det överlåtande företaget överhuvudtaget inte beskattas under sitt sista år kommer beskattningsåret för den övertagna verksamheten att sträcka sig från ingången av det överlåtande företagets sista beskattningsår till utgången av det räkenskapsår för det övertagande företaget som avslutas närmast efter det att fusionen eller fissionen genomförts, se 37:19 IL. Enligt 37:14 IL får detta beskattningsår vara högst 18 månader långt. När det överlåtande och det övertagande företaget tillämpar olika räkenskapsår måste de alltså planera tidpunkten för transaktionen så att detta villkor tillgodoses.

Anledningen till att villkoret om beskattningsårets längd har införts anges i propositionen vara att ett godtagande av ett längre beskattningsår än 18 månader skulle möjliggöra oönskade skattekrediter.[81] Villkoret saknar dock motsvarighet i fusionsdirektivet varför man kan ifrågasätta om det är förenligt med direktivet. Villkoret innebär ju att de företag som av någon anledning lägger fusions- respektive fissionstidpunkten så att beskattningsåret kommer att överstiga 18 månader helt avskärs från de förmånliga skattereglerna.[82] Man skulle därmed kunna hävda att villkoret kommer i konflikt med skattefrihetsregeln i artikel 4.1, eftersom det överlåtande företaget förvägras den skattefrihet som stipuleras där trots att transaktionen uppfyller alla villkor som uppställs i fusionsdirektivet.

Ett annat synsätt skulle dock kunna vara att villkoret om beskattningsårets längd snarare är en del av själva kontinuitetslösningen, d.v.s. är en del av implementeringen av artikel 4.2. Som nämnts lämnar direktivet inte mycket vägledning när det gäller frågan om hur kontinuiteten närmare skall utformas, utan denna fråga har i stor utsträckning överlämnats till medlemsstaterna att lösa själva vid implementeringen. Behovet att begränsa beskattningsårets längd hänger samman med den svenska

---

särskild löneskatt på pensionskostnader, trots att denna skatt inte uttryckligen omfattas av fusionsreglerna. Det övertagande företaget fick därmed ta över underlaget för pensionsskatt från det överlåtande företaget. Fallet behandlas närmare av Baran i SN 2002 s. 585 ff. I artikeln diskuteras också i vilken mån kontinuiteten kan utsträckas till att även gälla fastighetsskatt och avkastningsskatt på pensionskostnader.

[81] Prop. 1998/99:15 s. 222.

[82] I prop. 1998/99:15 s. 222 ges följande exempel på när så kan bli fallet. Antag att det överlåtande företaget har kalenderår som räkenskapsår medan räkenskapsåret för det övertagande företaget är tiden den 1 september–den 31 augusti och att fusionen sker den 1 november. Räkenskapsåret för den överlåtna verksamheten blir då tiden den 1 januari–den 31 augusti nästföljande år, d.v.s. 20 månader. För att tillgodose villkoret i 37:14 IL skulle företagen alltså vara tvungna att antingen tidigarelägga fusionen minst två månader eller skjuta fram den till efter årsskiftet.

lösningen att med avseende på den överförda egendomen slå samman det överlåtande företagets sista och det övertagande företagets första beskattningsår. Som framgått ovan menar jag att denna lösning i sig måste anses förenlig med direktivet, vilket kan tala för att detsamma bör gälla även för det därmed sammanhängande beskattningsårsvillkoret.

Här kan noteras att det i det utredningsförslag som låg bakom dessa regler föreslogs att skattemyndigheten om det fanns särskilda skäl skulle kunna medge att beskattningsåret fick överstiga 18 månader. Medgivande avsågs kunna lämnas i fall där det av affärsmässiga skäl framstod som olämpligt att arrangera fusionen så att villkoret uppfylldes.[83] En sådan dispensregel skulle onekligen ha bidragit till att eventuella tvivel om reglernas förenlighet med direktivet ytterligare hade undanröjts. Dispensregeln fanns med även i lagrådsremissen men slopades, på Lagrådets inrådan, i de slutligen antagna reglerna.[84] Lagrådet framhöll att ett räkenskapsår enligt bokföringslagen inte får överstiga 18 månader, och att detta torde gälla oavsett om skattemyndigheten medgav att beskattningsåret fick överstiga denna tidsperiod. I dispensfallen måste det överlåtande företaget därför upprätta ett mellanliggande bokslut. I vad mån ett sådant bokslut skulle kunna få skattemässiga konsekvenser syntes enligt Lagrådet oklart, och Lagrådet förordade därför att dispensregeln borde slopas vilket som nämnts också skedde. Dessa resonemang visar enligt min mening tydligt att regeln om beskattningsårets längd snarast får ses som en del i det tekniska genomförandet av själva kontinuitetslösningen, vilket alltså talar för att regeln bör anses förenlig med direktivet. För detta talar också att det trots allt inte bör vara några större problem för de inblandade företagen att på förhand planera tidpunkten för transaktionen så att villkoret uppfylls.[85] I vissa fall bör problemet vidare kunna lösas genom förkortning av ett brutet räkenskapsår hos det övertagande företaget.[86]

5.4.2.4 Kontinuitetsbrott genom uppskrivning av överförda tillgångar

Som nämnts innebär kontinuiteten att det övertagande företaget kan göra samma avskrivningar på övertagna anläggningstillgångar som det överlåtande företaget skulle ha gjort om fusionen/fissionen inte hade ägt rum. För att det övertagande företaget skall behålla rätten att tillämpa räkenskapsenlig avskrivning på inventarier och liknande tillgångar måste

[83] Se SOU 1998:1 s. 228.
[84] Se prop. 1998/99:15 s. 223 och 404.
[85] Jfr Lagrådets yttrande i prop. 1998/99:15 s. 404.
[86] Andersson m.fl. 2004 s. 972.

dock kravet i 18:14 IL att avdraget motsvarar avskrivningen i räkenskaperna respekteras. Det övertagande företaget måste därmed ta upp överförda inventarier etc. till det skattemässiga värdet även i sina räkenskaper. En särskild bestämmelse i 37:20 IL ger dock möjlighet för företaget att bryta kontinuiteten genom att skriva upp dessa värden utan att rätten till räkenskapsenlig avskrivning förloras, men då krävs att företaget tar upp mellanskillnaden som intäkt.[87] Även när det gäller lagertillgångar kan kontinuiteten brytas genom att det övertagande företaget tar upp dessa till ett högre värde. I det fallet följer av allmänna regler att det övertagande företaget skall ta upp mellanskillnaden som intäkt, varför någon särskild bestämmelse om detta inte ansetts nödvändig.[88]

Hur förhåller sig då den intäktsföring som enligt ovan blir följden av en uppskrivning av inventarier och lager till fusionsdirektivet? Här måste skillnad göras mellan de fall då det övertagande företaget frivilligt väljer att göra en sådan uppskrivning och de fall då gällande redovisningsreglering framtvingar att en uppskrivning sker.[89] Om det enligt gällande redovisningsnormer är möjligt att upprätthålla kontinuitet även redovisningsmässigt, men företaget ändå väljer att i redovisningen bryta kontinuiteten med konsekvens att en skattemässig intäktsföring sker, följer av artikel 4.3 i direktivet att denna intäktsföring är förenlig med direktivet. Enligt denna bestämmelse strider det nämligen inte mot direktivet att beskatta skattskyldiga som frivilligt utnyttjar en möjlighet att skriva upp värdet på den överförda egendomen.[90] Om det däremot är så att redovisningsnormerna inte lämnar utrymme för det övertagande företaget att i redovisningen ta upp en tillgång till samma värde som det den hade hos det överlåtande företaget hamnar frågan i ett annat läge.[91] Genom den ovannämnda kopplingen mellan redovisningen och beskattningen har ju

[87] Såsom Skatterättsnämnden slagit fast i ett förhandsbesked den 21 juni 2004 gäller bestämmelsen i 37:20 IL endast inventarier som överförs vid fusionen/fissionen, inte inventarier som redan tidigare innehades av det övertagande företaget. Detta framgår även indirekt av RÅ 2003 ref. 47 (målet behandlas mer utförligt i avsnitt 5.6 nedan). En liknande regel i 18:22 IL kan dock tillämpas vid uppskrivning av befintliga inventarier, se nyssnämnda förhandsbesked samt jfr även not 96 nedan.

[88] Se prop. 1998/99:15 s. 224 f. En sådan bestämmelse fanns däremot i den tidigare fusionsregeln i 2 § 4 mom. SIL men ansågs överflödig och avskaffades därför i samband med införandet av det nuvarande regelsystemet. Frågan om uppskrivning av lagertillgångar torde ha störst betydelse när det gäller lagerfastigheter och denna fråga skall därför behandlas i samband med den översyn av reglerna om byggnadsrörelse som Företagsskatteutredningen f.n. arbetar med, se angiven prop. samt kommittédirektiv 2002:28.

[89] Se Alhager, M. i SN 2002 s. 161 f.

[90] Se närmare om denna bestämmelse i avsnitt 5.10 nedan.

[91] Ett sådant fall, rörande s.k. fusionsgoodwill, diskuteras mer ingående i avsnitt 5.6 nedan.

företagen i denna situation i realiteten faktiskt fråntagits möjligheten att genomföra fusionen/fissionen utan skattekonsekvenser.

När det gäller lagertillgångar är kopplingen som ovan nämnts absolut, d.v.s. om redovisningsreglerna i någon situation skulle framtvinga en uppskrivning av lagertillgångar får detta ovillkorligen genomslag även vid beskattningen. Detta kan enligt min mening inte anses förenligt med fusionsdirektivet.[92] Att skatteuttaget drabbar det övertagande och inte det överlåtande företaget anser jag vara utan betydelse, eftersom artikel 4.1 helt generellt föreskriver att det skattemässiga övervärde som överförs inte får beskattas. När det gäller inventarier och andra tillgångar (t.ex. förvärvad goodwill) som enligt 18:1, 2 st. IL behandlas enligt inventariereglerna leder ett kontinuitetsbrott i redovisningen däremot inte ovillkorligen till att en skattemässig intäktsföring måste ske. Om företaget avstår från att göra en intäktsföring förloras dock som nämnts rätten till räkenskapsenlig avskrivning. Frågan om detta strider mot direktivet är enligt min mening mer svårbedömd.

Någon direkt konflikt med skattefrihetsregeln i artikel 4.1 uppkommer inte i detta fall eftersom fusionen/fissionen fortfarande kan ske utan att beskattning utlöses. Det är också svårt att hävda att förlusten av rätten till räkenskapsenlig avskrivning i sig skulle kunna jämställas med en sådan "beskattning" av det skattemässiga övervärdet som förbjuds i denna artikel. Däremot kan bestämmelsen i 37:20 IL eventuellt komma i konflikt med själva kontinuitetsregeln i artikel 4.2 i direktivet. Efter fusionen/fissionen kan det övertagande företaget ju inte längre beräkna värdeminskningsavdrag enligt de regler som skulle ha tillämpats för det överlåtande företaget, vilket är vad som stipuleras i denna artikel. Man skulle alltså kunna uppfatta direktivet så att det förutsätter en längre gående kontinuitet än den som medges i svensk rätt. Alhager har t.ex. framfört uppfattningen att innebörden av artikel 4.2 tycks vara att absolut kontinuitet skall råda både karaktärs-, tids- och värdemässigt.[93] Han menar också att fusionsdirektivet förutsätter att det i nationell rätt finns en möjlighet att fusionera med bibehållen kontinuitet samt att en beskattning enligt 37:20 IL kan sägas komma i konflikt med det övergripande syftet med fusionsdirektivet.[94]

[92] Jfr att kommissionen enligt uppgift inledde en fördragsbrottstalan mot Italien p.g.a. att de italienska skattemyndigheterna tolkade den italienska implementeringslagstiftningen avseende direktivets andelsbytesregler så att ett krav för skattefrihet var att kontinuitet upprätthölls även i redovisningen. Efter att de italienska myndigheterna i senare beslut ändrat sin tolkning avbröts dock processen. Se närmare Flora i Derivatives & financial instruments 2004 s. 109 ff.

[93] Alhager, M. i SN 2002 s. 161.

[94] Alhager, M. i SN 2002 s. 162 och 168.

Mot ett sådant resonemang kan dock invändas att artikel 4.2 såsom diskuterats ovan primärt synes vara skriven i medlemsstaternas intresse, d.v.s. i syfte att säkerställa att den skattefrihet som medges vid transaktionen inte blir definitiv. Syftet verkar således inte vara att tillförsäkra de skattskyldiga vissa rättigheter.[95] Vidare är regeln relativt allmänt formulerad och saknar mer detaljerade anvisningar för hur kontinuiteten skall utformas. Allt detta talar enligt min mening för att det i stor utsträckning måste sägas ha lämnats till medlemsstaterna själva att inpassa kontinuiteten i, och även anpassa den till, sitt existerande regelsystem. Hur kontinuiteten i detalj skall samordnas med inventarieavskrivningsreglerna, inklusive dessa reglers koppling till redovisningen, bör därmed i princip vara en sak för respektive medlemsstat att lösa. Sammanfattningsvis menar jag därför att eftersom 37:20 IL faktiskt inte framtvingar en intäktsföring hos det övertagande företaget, och då förlusten av rätten till räkenskapsenlig avskrivning i sig knappast kan anses strida mot direktivet, bör den svenska regeln anses förenlig med direktivet.

Slutligen bör nämnas att det även finns situationer då det övertagande företaget kan ha ett skattemässigt intresse av att göra en uppskrivning och ta upp uppskrivningsbeloppet som intäkt. Enligt 37:20 IL ges företaget möjlighet att fördela intäkten p.g.a. uppskrivningen på tre år. Om denna möjlighet utnyttjas kan nettoeffekten av uppskrivningen i vissa fall i realiteten bli att en minuspost totalt sett uppkommer under fusionsåret. Eftersom uppskrivningsbeloppet tas upp som intäkt kommer ju nämligen de skattemässiga avskrivningarna att baseras på inventarievärdet efter uppskrivningen, d.v.s. även uppskrivningsbeloppet blir föremål för avskrivning. Vid tillämpning av huvudregeln i 18:13 IL innebär detta inget problem, utan avskrivning medges på vanligt sätt med 30 procent av det uppskrivna inventarievärdet. Vid tillämpning av kompletteringsregeln i 18:17 IL kan dock inträffa att hela det uppskrivna beloppet får dras av redan under fusionsåret, trots att endast en tredjedel av detta belopp tas upp som intäkt detta år. Kompletteringsregeln utgår nämligen från inventariernas historiska anskaffningsvärden och är konstruerad så att dessa skall vara fullt avskrivna efter fem år. Av Regeringsrättens praxis framgår att uppskrivningsbeloppet i sig inte kan ses som en del av anskaffningsvärdet och därmed inte heller kan räknas med när lägsta tillåtna

[95] Även Alhager verkar som redan framgått i not 64 ovan uppfatta kontinuiteten inte som en rättighet för de skattskyldiga utan som en förutsättning för att skattefrihet skall medges, se Alhager, M. i SN 2002 s. 164 f. Hur detta synsätt går ihop med hans nyssnämnda ställningstagande angående förenligheten av 37:20 IL med fusionsdirektivet framgår enligt min mening inte riktigt klart av hans artikel.

skattemässiga värde enligt kompletteringsregeln skall beräknas.[96] Man kan därmed tänka sig situationer då inventarievärdet med stöd av kompletteringsregeln fastställs till noll, vilket innebär att hela uppskrivningsbeloppet i praktiken kommer att skrivas av omedelbart. Eftersom avdraget kommer att motsvaras av en intäktsföring de två kommande åren handlar detta dock "bara" om en periodiseringsvinst för företaget. Då de nu beskrivna effekterna av 37:20 IL är till fördel för de skattskyldiga finns vidare ingen anledning att ifrågasätta deras förenlighet med fusionsdirektivet.

5.4.3 Svenska regler om verksamhetsavyttringar

När det gäller verksamhetsavyttringar har kontinuiteten inte kunnat konstrueras på samma sätt som för fusioner och fissioner eftersom det säljande företaget finns kvar efter transaktionen. Enligt 38:9 IL gäller i stället att det säljande företaget inte skall beskattas för ersättningen på grund av avyttringen. För lager, inventarier och andra tillgångar som inte är kapitaltillgångar skall enligt 38:10 IL tillgångarnas skattemässiga värde redovisas som intäkt, vilket innebär att försäljningen kommer att resultera i ett skattemässigt nollresultat.[97] Om inventarier som ingår i verksamhetsavyttringen endast utgör en del av säljarens samtliga inventarier, skall en skälig del av det skattemässiga värdet anses hänförligt till dessa inventarier.[98] Köparen skall enligt 38:14 IL anses ha anskaffat tillgångarna för samma belopp.

[96] Se Regeringsrättens domar den 21 september 2004 (mål nr 2305-04 och 2306-04). Målen rörde i och för sig återgång till räkenskapsenlig avskrivning med stöd av 18:22 IL när denna förlorats p.g.a. en uppskrivning men principen måste vara densamma vid uppskrivning i samband med fusion.

[97] För lagerfastigheter gäller dessutom att värdeminskningsavdrag och avdrag för reparation och underhåll som medgetts vid beskattningen men inte i räkenskaperna skall återföras till beskattning, se 26:12 IL (regeln i 38:12 IL gäller bara fastigheter som är kapitaltillgångar). Eftersom dessa avdrag enligt 2:31 IL skall minska det skattemässiga värdet kommer även denna intäktsföring att neutraliseras av det avdrag för lagerminskning som avyttringen medför (värdeminskningsavdragen etc. har ju inte minskat lagervärdet enligt 17:3 IL, d.v.s. detta lagervärde är lika stort som summan av det skattemässiga värdet och gjorda värdeminskningsavdrag etc.).

[98] Se 38:10, 2 st. IL. Vid bestämningen av vad som utgör en skälig del kan t.ex. interna avskrivningsplaner användas, se prop. 1998/99:15 s. 290. En annan möjlighet som anges i propositionen är att det skattemässiga värdet av en tillgång uppskattas med ledning av anskaffningsvärdet, tillämpade kollektiva avskrivningssatser för olika beskattningsår och tiden för innehavet av tillgången.

Vad gäller värdet på den överförda egendomen råder alltså kontinuitet mellan säljare och köpare, såtillvida att köparen skall använda säljarens skattemässiga värde som ingångsvärde.[99] Någon mer långtgående kontinuitet, i den meningen att köparen till fullo inträder i säljarens skattemässiga situation, är det dock inte fråga om. Enligt de svenska reglerna synes nämligen verksamhetsavyttringen betraktas som ett nytt fång för det köpande företaget, vilket innebär att avskrivningar, lagervärdering etc. får ske utifrån det nya anskaffningsvärdet och den nya anskaffningstidpunkten.[100] Vidare bör tillgångens skattemässiga karaktär hos köparen bedömas utifrån hur den skall användas där. En förändring kan därför aktualiseras även i detta avseende, d.v.s. det som från säljarens synvinkel exempelvis är avyttring av inventarier kan hos köparen behandlas som inköp av lager.[101]

Det faktum att verksamhetsavyttringen ses som ett nytt fång för köparen kan få konsekvenser t.ex. vid avskrivningen av inventarier. Enligt kompletteringsregeln i 18:17 IL får inventarier skrivas av på fem år. Då det köpande företaget inte tar över det säljande företagets anskaffningstidpunkt börjar en ny femårsperiod löpa vid tidpunkten för verksamhetsavyttringen, vilket kan leda till att avskrivningstiden blir längre för det köpande företaget än vad den hade varit om inventarierna stannat kvar hos säljaren.[102] Eftersom direktivet i artikel 4.2 som nämnts stipulerar att det övertagande bolaget skall beräkna värdeminskningsavdrag avseende de överförda tillgångarna enligt de regler som skulle ha tillämpats för det överlåtande bolaget om transaktionen inte hade ägt rum kan man möjligen fråga sig om de svenska reglerna i detta avseende kommer i konflikt med direktivet. Resonemanget blir här i princip detsamma som det som fördes i anslutning till bestämmelsen i 37:20 IL (se avsnitt 5.4.2.4 ovan),

[99] När det gäller inventarier måste vidare, på samma sätt som vid fusioner/fissioner, samma värde användas även i räkenskaperna för att inte rätten till räkenskapsenlig avskrivning skall gå förlorad, försåvitt inte mellanskillnaden tas upp som intäkt (se närmare 38:18 IL). Även när det gäller lager kan ett kontinuitetsbrott inträffa om det köpande företaget tar upp dessa till ett högre värde, vilket leder till att mellanskillnaden måste tas upp som intäkt, se prop. 1998/99:15 s. 234. När det gäller dessa frågor hänvisas till avsnitt 5.4.2.4 ovan angående motsvarande regler vid fusioner/fissioner.

[100] Jfr Persson Österman 1997 s. 452 angående den tidigare regleringen i IGOL.

[101] Se närmare om skillnaden mellan värde- och karaktärskontinuitet i Persson Österman 1997 s. 68 ff.

[102] Detta innebär också att det i avsnitt 5.4.2.4 ovan diskuterade problemet med uppskrivning i kombination med avskrivning enligt kompletteringsregeln inte aktualiseras på samma sätt vid en verksamhetsavyttring. I och med att verksamhetsavyttringen leder till att inventarierna får en ny anskaffningstidpunkt kan ju kompletteringsregeln nämligen inte, såsom var fallet vid fusioner/fissioner, utnyttjas till att skriva av inventarierna till noll redan under uppskrivningsåret.

och slutsatsen bör därför även här bli att de svenska reglerna förmodligen är förenliga med direktivet.[103]

Om kontinuiteten när det gäller lager och inventarier är något haltande i det svenska regelsystemet är den desto mer konsekvent genomförd när det gäller kapitaltillgångar. För sådana tillgångar, d.v.s. framför allt fastigheter och värdepapper, gäller enligt 38:11 och 14 IL att kapitalvinster och kapitalförluster som uppkommer vid avyttringen inte skall beskattas respektive dras av utan att köparen i stället inträder i säljarens skattemässiga situation. Med detta torde avses att egendomen såväl löpande som vid en avyttring skall beskattas på samma sätt hos köparen som skulle ha skett hos säljaren om egendomen funnits kvar där. Det köpande företaget skall alltså ta över både anskaffningsvärde, anskaffningstidpunkt och avskrivningsplaner. Detsamma gäller tillgångens skattemässiga karaktär, d.v.s. egendomen bör vid överlåtelsetidpunkten ses som kapitaltillgång även hos köparen. Liksom när det gäller fusioner/fissioner menar jag dock att kontinuitetsbestämmelserna knappast kan hindra att ett karaktärsbyte p.g.a. förändrad användning med stöd av vanliga regler kan ske efter verksamhetsavyttringen, i samma mån som så hade kunnat ske hos det säljande företaget om detta behållit egendomen. När det gäller tidigare gjorda värdeminskningsavdrag på näringsfastighet etc. framgår vidare av 38:12 IL att försäljningen inte skall leda till att dessa återförs. Även denna potentiella skatteeffekt av transaktionen är således eliminerad för säljarens del. Det finns ingen uttrycklig bestämmelse om att dessa värdeminskningsavdrag i stället skall återföras hos det köpande företaget när detta säljer fastigheten vidare, men att så skall ske torde följa redan av kontinuitetsregeln i 38:14 IL.

Det faktum att det köpande företaget när det gäller kapitaltillgångar inträder i säljarens skattemässiga situation även avseende tillgångarnas anskaffningstidpunkt får särskild betydelse om det ingår näringsbetingade andelar bland de överlåtna tillgångarna. För näringsbetingade andelar som är marknadsnoterade gäller ett innehavstidsvillkor om minst ett år för att utdelningar och kapitalvinster skall vara skattefria.[104] Kontinuitetsregeln i 38:14, 2 st. IL innebär att verksamhetsavyttringen inte bryter innehavstiden utan att det köpande företaget får tillgodoräkna sig även

[103] Det kan dock noteras att de svenska reglerna om överföring av lager och inventarier vid en verksamhetsavyttring har klassats som direktivstridiga i Survey 2003 s. 33 och 52. Detta synes emellertid bygga på en missuppfattning av hur reglerna ser ut. Det verkar nämligen som om man där uppfattat reglerna så att skattefrihet överhuvudtaget inte medges för dessa typer av tillgångar.

[104] Se 24:20 och 25a:6 IL

det säljande företaget innehavstid.[105] För det säljande företaget innebär dock verksamhetsavyttringen förstås att innehavstiden bryts. I kapitalvinstbeskattningshänseende får detta i och för sig ingen betydelse eftersom kapitalvinsten enligt regeln i 38:11 IL kommer att undantas från beskattning även om innehavstiden är kortare än ett år. Om så är fallet, d.v.s. om verksamhetsavyttringen leder till att innehavstiden för det säljande företaget blir kortare än ett år, kan företaget dock i efterhand komma att beskattas för utdelningar som tidigare uppburits på de näringsbetingade andelarna.[106] Detta skulle möjligen kunna anses strida mot direktivets anda eftersom det innebär att verksamhetsavyttringen de facto utlöser en beskattning hos det säljande företaget. Eftersom det i själva direktivtexten i artikel 4.1 endast anges att verksamhetsavyttringen inte får leda till en beskattning av skillnaden mellan den överförda egendomens skattemässiga värde och marknadsvärde kan denna skatteeffekt dock knappast anses oförenlig med direktivet.

5.4.4 Svenska regler om flyttning av säte

Som nämnts har ingen särskild implementeringslagstiftning utfärdats när det gäller de nya direktivreglerna om flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar. Enligt ändringsdirektivet skall dessa regler vara implementerade senast den 1 januari 2006, varför det är tänkbart att sådan lagstiftning kommer att tas fram under år 2005. Samtidigt förefaller det enligt min mening saknas behov av en särskild implementeringslagstiftning när det gäller reglerna om flyttning av säte eftersom redan den nu gällande lagstiftningen verkar tillgodose kraven i direktivet. Som nämnts kan en flyttning av sätet leda till uttagsbeskattning enligt 22:5 IL.[107] Detta gäller dock endast till den del tillgångar och skulder genom flyttningen av sätet lämnar den svenska beskattningssfären. Sådana tillgångar och skulder som i samband med flyttningen av sätet knyts till ett svenskt fast driftställe kommer således inte att beskattas p.g.a. sätesflytten. För dessa tillgångar och skulder synes flyttningen av

[105] Att så skall vara fallet sägs inte uttryckligen i vare sig lagtexten eller propositionen men måste anses följa av hur kontinuitetsregeln är formulerad (jfr att det i prop. 2002/03:96 s. 147 anges att kontinuitetsregeln vid fusioner, vilken är formulerad på samma sätt som 38:14, 2 st. IL, har denna innebörd).

[106] Se 24:20 IL.

[107] Det kan diskuteras vilken av punkterna i 22:5 IL som blir tillämplig vid en flyttning av sätet. Enligt min mening förefaller det ligga närmast till hands att tillämpa punkt 2 om uttagsbeskattning p.g.a. att skattskyldigheten för inkomsten från näringsverksamheten helt eller delvis upphör.

sätet överhuvudtaget inte få några skattemässiga konsekvenser utan de kommer att beskattas på precis samma sätt efter flytten som dessförinnan. Eftersom sätesflytten som nämnts i kapitel 3.5.3 ovan inte innebär att bolaget respektive föreningen avvecklas eller att en ny juridisk person bildas ägs ju tillgångarna och skulderna av samma rättssubjekt både före och efter flytten. Att detta rättssubjekt i och med sätesflytten går över från att vara obegränsat till att bli begränsat skattskyldigt saknar vidare betydelse för beskattningens utformning avseende sådana tillgångar och skulder som fortfarande omfattas av svensk skatteplikt. Jag kan därför inte se att det krävs några särskilda bestämmelser för att tillförsäkra att kontinuitet i beskattningen av dessa tillgångar och skulder upprätthålls, utan detta följer redan av det nu gällande regelsystemet.

5.5 Överföring av obeskattade reserver och förluster

5.5.1 Överföring av avsättningar och obeskattade reserver

I artikel 5 i direktivet stipuleras att avsättningar och obeskattade reserver hos det överlåtande bolaget inte får återföras till beskattning p.g.a. ombildningen, utan att dessa skall föras över till det övertagande bolaget. Medan artikel 4 tar sikte på överföringen av dolda reserver i form av t.ex. överavskrivningar och orealiserad värdestegring som behäftar den överförda egendomen handlar artikel 5 alltså i princip om överföring av öppna skattemässiga reserveringar, såsom den svenska periodiseringsfonden.[108] Ett villkor för att dessa skall få följa med till det övertagande bolaget är, på samma sätt som i artikel 4, att de knyts till ett fast driftställe i överlåtarstaten. Däremot får avsättningar och reserver som är knutna till fasta driftställen utomlands återföras till beskattning.[109]

Som en följd av att de obeskattade reserverna överförs skall det övertagande bolaget enligt artikel 5 också ta över motsvarande rättigheter och skyldigheter från det överlåtande bolaget. När det gäller fusioner och fissioner kan detta i och för sig sägas följa redan av karaktären på transaktionen som sådan. Fusion och fission är ju universalsuccessioner som innebär att det/de övertagande bolaget/bolagen tar över samtliga tillgångar och skulder, med därtill hörande rättigheter och förpliktelser, från det överlå-

[108] Med Persson Östermans terminologi avser artikel 4 skattekrediter av den första och andra typen medan det i artikel 5 är fråga om överföring av skattekredit av den tredje typen, se Persson Österman 1997 s. 78 ff.
[109] Se vidare avsnitt 5.7 nedan.

tande bolaget. I svensk rätt uppställs inte heller några särskilda villkor för att det övertagande företaget skall få ta över även avsättningar och obeskattade reserver, utan detta följer av den generella kontinuitetsregeln i 37:17–18 IL.[110]

Vid en verksamhetsavyttring är det däremot oftast så att det inte är samtliga tillgångar och skulder som överförs. Vidare finns det överlåtande bolaget kvar som ett självständigt subjekt även efter transaktionen. Vid en verksamhetsavyttring kan det därför ofta vara mer påkallat att genom en särskild reglering tillförsäkra att det övertagande bolaget verkligen inträder i det överlåtande bolagets ställe vad gäller de rättigheter och förpliktelser som vidhäftar de överförda reserveringarna. Av samma skäl bör det vidare kunna uppställas ett krav på att avsättningar och obeskattade reserver på något sätt kan hänföras till den överförda egendomen för att de skall få följa med vid överföringen. Det sistnämnda anges (till skillnad från vad som var fallet i det ursprungliga direktivförslaget)[111] i och för sig inte uttryckligen i direktivtexten men får anses vara en underförstådd förutsättning.[112]

Enligt svensk rätt kan de inblandade företagen välja om de vill att periodiseringsfonder och ersättningsfonder skall tas över av det köpande företaget vid en verksamhetsavyttring, se 38:15 IL. Det köpande företaget skall i så fall anses ha fått avdrag för avsättningar till de överförda fonderna vid de taxeringar avdragen faktiskt hänför sig till, d.v.s. kontinuitet skall råda i detta avseende. Om inte samtliga tillgångar i det säljande företaget omfattas av verksamhetsavyttringen får dock högst en så stor andel av fonderna överföras som motsvarar den andel av tillgångarna som överförs. Som framgått ovan bör det vara fullt förenligt med direktivet att begränsa fondöverföringen när inte alla tillgångar överlåts. Eftersom varken periodiseringsfonder eller ersättningsfonder är direkt knutna till viss (existerande) egendom är det vidare naturligt att begränsningen sker genom en schablonmässig proportionering.[113] Som underlag för att

[110] Se även hänvisningarna till denna bestämmelse i kapitlen om periodiseringsfonder (30:8 IL) och ersättningsfonder (31:20 IL) samt de särskilda reglerna vid fission i 37:28 IL. Enligt den sistnämnda bestämmelsen skall periodiseringsfonder och ersättningsfonder fördelas på de övertagande företagen i förhållande till det nettovärde som förs över till respektive företag.

[111] Se artikel 10.2 i det ursprungliga direktivförslaget i COM(69) 5 final.

[112] Thömmes i ECTL kap. 5.9, p. 4 och Persson Österman 1997 s. 453. Den sistnämnde går så långt som till att hävda att endast rent tillgångsanknutna reserveringar behöver överföras, medan mer allmänna reserveringar såsom den svenska periodiseringsfonden överhuvudtaget inte omfattas av artikel 5 när det gäller verksamhetsavyttringar.

[113] När det gäller ersättningsfonder skulle man i och för sig kunna tänka sig att de i stället skulle knytas till den del av verksamheten som ursprungligen givit upphov till dem, se Rutberg i SN 1995 s. 455.

göra denna proportionering kan t.ex. användas ett bokslut upprättat per överlåtelsedagen.[114]

En annan form av obeskattad reserv som förekommer i svensk rätt är avsättning för framtida utgifter. Om en sådan avsättning hänför sig till det som avyttrats skall avsättningen enligt 38:16 IL återföras hos det köpande och inte hos det säljande företaget. I detta fall krävs alltså en mer direkt koppling till de tillgångar och skulder som ingår i verksamhetsavyttringen för att reserveringen skall kunna överföras. Som framgått bör även detta vara förenligt med direktivet. Här synes vidare ingen valrätt föreligga, utan överföringen är obligatorisk om förutsättningarna i bestämmelsen är uppfyllda.[115]

Enligt den nya artikel 10c.1 som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet skall motsvarande regler som i artikel 5 gälla även vid flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar. Sätesflytten får således inte medföra att avsättningar och obeskattade reserver återförs till beskattning utan dessa skall i stället föras över till det fasta driftställe som bildas i det gamla säteslandet. Om något sådant fast driftställe inte bildas synes bestämmelsen dock medge att återföring sker. Enligt svensk rätt gäller att periodiseringsfonder och ersättningsfonder skall återföras till beskattning om skattskyldigheten för näringsverksamheten upphör, se 30:8, 3 p. och 31:20, 5 p. IL. Om skattskyldigheten endast delvis upphör behöver någon återföring däremot inte ske. Om det utflyttade bolaget/föreningen har kvar ett fast driftställe i Sverige sker således ingen återföring även om vissa tillgångar och skulder i samband med sätesflytten försvinner från Sverige. Först om skattskyldigheten i Sverige upphör helt p.g.a. flytten aktualiseras en återföring av fonderna. Som framgått ovan bör detta anses förenligt med direktivet.

5.5.2 Överföring av gamla underskott och förluster

När det gäller gamla underskott och förluster i det överlåtande bolaget föreskriver direktivet ingen absolut skyldighet för medlemsstaterna att låta dessa följa med till det övertagande bolaget. Vid en fusion/fission kan de alltså komma att utslockna tillsammans med det överlåtande bolaget och vid en verksamhetsavyttring ligga kvar hos säljaren även om det är den verksamhet som genererat underskotten som överförs. I den

[114] Rabe och Bojs 2004 s. 481 anför att tillämpningen av regeln "torde kräva" att ett fullständigt bokslut upprättas per överlåtelsedagen. Enligt min mening kan detta dock knappast vara ett absolut krav, utan även annat tillförlitligt underlag bör kunna accepteras.
[115] Wiman 2002 s. 146.

mån den medlemsstat där det överlåtande bolaget är hemmahörande tillåter att outnyttjade förlustavdrag förs över vid fusioner, fissioner respektive verksamhetsavyttringar mellan inhemska bolag skall den dock enligt artikel 6 låta samma regler gälla även vid transaktioner som omfattas av direktivet. Artikeln innehåller således ett slags icke-diskrimineringsregel.[116]

Det ursprungliga direktivförslaget gick längre i detta avseende, eftersom det föreskrev en ovillkorlig skyldighet för det överlåtande bolagets medlemsstat att föra över gamla förluster till det övertagande bolaget.[117] Detta förslag kritiserades dock för att vara alltför liberalt och för att öppna dörren för skatteundandraganden.[118] Genom den lösning som till slut valdes kan tillförsäkras att de spärregler etc. som tillämpas vid inhemska transaktioner, och som bl.a. syftar till att förhindra handel med förlustbolag, kan användas också vid internationella ombildningar. Samtidigt innebär denna lösning att möjligheten att överföra underskott och förluster kommer att variera mellan medlemsstaterna, vilket kan komma att påverka hur bolagen väljer att genomföra en omstrukturering (vid fusion exempelvis vilket bolag som skall vara överlåtande respektive övertagande).[119] Detta strider egentligen mot direktivets syfte att undvika snedvridningar genom att tillskapa gemensamma regler i alla länder.[120] Restriktiva regler angående överföring av förluster i vissa medlemsstater kan också helt förhindra att önskvärda omstruktureringar genomförs. Kommissionen har därför argumenterat för att direktivet bör ändras så att medlemsländerna ovillkorligen åläggs att tillåta överföring av gamla förluster.[121] Något konkret förslag om detta fanns dock inte med i kommissionens förslag till ändringar i direktivet, vilket förmodligen beror på att man bedömde det som utsiktslöst att medlemsstaterna skulle acceptera en sådan ändring.[122]

[116] Se för en ingående behandling av direktivets regler om överföring av förluster Bezzina i European Taxation 2002 s. 57 ff. I artikeln diskuteras bl.a. vad som avses med förlustavdrag i direktivets mening och det argumenteras också för att en definition av denna term bör införas i direktivet.

[117] Se artikel 6 i det ursprungliga förslaget COM(69) 5 final.

[118] Thömmes i ECTL kap. 5.6, p. 5.

[119] Næsborg Jensen 1997 s. 170.

[120] Jfr preambeln, stycke tre.

[121] SEC(2001) 1681 s. 9 och 330 samt KOM(2001) 582 slutlig s. 40. Även Bezzina argumenterar för detta, se Bezzina i European Taxation 2002 s. 57 ff.

[122] Se KOM(2003) 726 slutlig angående kommissionens "pragmatiska tillvägagångssätt" vid utarbetandet av ändringsförslagen.

Vid en verksamhetsavyttring finns enligt svensk rätt ingen möjlighet att föra över gamla underskott till det köpande företaget, se 38:17 IL.[123] Detta är däremot möjligt vid fusioner och fissioner. Det eventuella underskott som hänför sig till det beskattningsår då transaktionen sker kommer automatiskt det övertagande företaget tillgodo eftersom detta företag enligt vad som sagts ovan skall beskattas för det överlåtande företagets resultat för detta år. Även tidigare års underskott får vidare i princip föras över med stöd av den generella kontinuitetsregeln i 37:17–18 IL,[124] men i vissa fall begränsas denna rätt av de s.k. belopps- och fusionsspärrarna i 37:21–26 IL. Beloppsspärren innebär att underskott som överstiger 200 procent av fusions- respektive fissionsvederlaget och de eventuella övriga utgifter som det övertagande företaget haft för att förvärva andelar i det överlåtande företaget inte får tas över. Dessa underskott kommer alltså att utslockna i och med fusionen/fissionen. Enligt fusionsspärren gäller vidare att de underskott som får följa med till det övertagande företaget inte får utnyttjas av detta företag förrän tidigast under det sjätte beskattningsåret efter det att fusionen/fissionen ägde rum. De överförda underskotten omfattas alltså av ett slags karenstid under vilken de inte får utnyttjas.[125]

De närmare reglerna för hur dessa spärrar fungerar och när de inträder är relativt tekniskt komplicerade och skall inte behandlas vidare här.[126] En aspekt på de svenska reglerna är dock av särskilt intresse i detta sam-

[123] Enligt samma lagrum får inte heller kapitalförluster på delägarrätter som p.g.a. den s.k. aktiefållan i 48:26 IL ännu inte kunnat utnyttjas tas över av det köpande företaget. När det gäller kapitalförluster på fastigheter som enligt 25:12, 2 st. IL kvarstår från tidigare år finns ingen motsvarande bestämmelse om att dessa inte får tas över. Eftersom förlusterna är knutna till det skattesubjekt där de har uppkommit finns dock ingen möjlighet att utan lagstöd låta dessa följa med vid verksamhetsavyttringen (vilket även innebär att bestämmelsen i 38:17 IL egentligen är onödig, det som sägs där skulle gälla även i avsaknad av en uttrycklig lagreglering). En överföring av gamla underskott och kapitalförluster var däremot möjlig enligt reglerna i IGOL, se 20 § IGOL.

[124] Detsamma gäller för outnyttjade kapitalförluster enligt 48:26 och 25:12 IL (jfr not 123 ovan). Vid fission skall underskott och outnyttjade kapitalförluster enligt 48:26 IL därvid proportioneras mellan de övertagande företagen i förhållande till det nettovärde som förs över till respektive företag, se 37:28 IL. Däremot har man missat att reglera hur outnyttjade kapitalförluster enligt 25:12 IL skall fördelas vid en fission, men rimligen ligger det närmast till hands att följa samma princip även för dessa förluster.

[125] Om det överlåtande och/eller det övertagande företaget är fåmansföretag aktualiseras ytterligare en spärr när det gäller möjligheten att ta över kapitalförluster på delägarrätter som p.g.a. den s.k. aktiefållan i 48:26 IL ännu inte kunnat utnyttjas, se 37:27 IL. Enligt denna bestämmelse krävs att det övertagande företaget ägde mer än 90 procent av andelarna i det överlåtande företaget för att förlusterna skall få tas över. Bestämmelsen kommenteras av Hamark i SN 2002 s. 412 f.

[126] Se för en närmare beskrivning av dessa regler t.ex. Wiman 2002 s. 195 ff.

manhang och förtjänar därför att beröras något utförligare. Enligt 37:25 IL skall fusionsspärren inte tillämpas om det överlåtande och det övertagande företaget med skattemässig verkan kunde lämna koncernbidrag till varandra före fusionen/fissionen. För att detta skall vara möjligt krävs enligt 35:2 och 2a IL att företagen är svenska eller sådana utländska bolag som hör hemma inom EES-området. Om något av de inblandade företagen är utländskt fordras vidare i 35:2a IL att mottagaren av koncernbidraget är skattskyldig för den näringsverksamhet som koncernbidraget hänför sig till, d.v.s. (om mottagaren är ett utländskt bolag) att det finns ett fast driftställe i Sverige. Dessa regler innebär att vid fusion mellan t.ex. ett svenskt moderbolag och dess svenska dotterbolag kan fusionsspärren falla bort p.g.a. att bolagen kunde ge varandra koncernbidrag före fusionen. Vid en gränsöverskridande fusion där ett svenskt dotterbolag fusioneras in i sitt moderbolag från ett annat medlemsland kommer fusionsspärren däremot att slå till om inte moderbolaget hade ett fast driftställe i Sverige redan före fusionen.[127]

I den nu beskrivna situationen föreligger alltså inte den i artikel 6 föreskrivna likabehandlingen mellan inhemska och gränsöverskridande fusioner. Frågan uppkommer därför om de svenska reglerna i detta avseende kommer i konflikt med direktivet. Här kan noteras att skillnaden i behandling i och för sig inte hänför sig till rätten att *ta över* de gamla underskotten utan till *när i tiden* dessa får utnyttjas. En ren ordalydelsetolkning av artikel 6 skulle därför möjligen ge vid handen att de svenska reglerna är förenliga med artikeln. Om man även ser till ändamålet med bestämmelsen bör dock i uttrycket "ta över" innefattas hela det regelsystem för övertagande av underskott som finns vid ombildningar mellan inhemska bolag i den aktuella medlemsstaten.

Jag har vidare svårt att se att det finns något bärande motiv för att upprätthålla den beskrivna olikbehandlingen. Det svenska dotterbolaget kommer efter fusionen att utgöra ett svenskt fast driftställe till det övertagande moderbolaget. Det förefaller rimligt att de framtida vinster som genereras där utan tidsförskjutning får kvittas mot de gamla underskotten, vilka ju har uppkommit inom ramen för samma verksamhet. Ett borttagande av fusionsspärren i denna situation kan knappast heller sägas uppmuntra handel med förlustbolag. När det utländska moderbolaget anskaffade det svenska dotterbolaget inträdde den s.k. koncernbidragsspärren i 40:18 IL. Enligt 37:25, 2 st. IL består denna spärr även efter fusionen. Att därutöver även tillämpa en fusionsspärr förefaller inte vara motiverat. Enligt

[127] Detsamma gäller vid en fusion mellan två utländska bolag enligt utländsk lagstiftning, där något av bolagen har ett svenskt fast driftställe med upplupna underskott, se Wiman 2000 s. 787.

min mening är det därför mycket som talar för att de svenska reglerna i nu diskuterat avseende strider mot direktivet.[128]

Det bör noteras att artikel 6 i direktivet endast gäller skyldigheten för det överlåtande bolagets hemland att föra över underskott hos det överlåtande bolaget. Detta innebär för det första att frågan hur eventuella underskott hos det övertagande bolaget skall påverkas av ombildningen inte regleras i direktivet.[129] I svensk rätt omfattas enligt 37:24 IL även sådana underskott av fusionsspärren. Däremot finns ingen motsvarande spärr i reglerna om verksamhetsavyttringar, d.v.s. latenta vinster som överförs vid en verksamhetsavyttring kan utan tidsförskjutning kvittas mot underskott hos det köpande företaget. För det andra är det alltså endast beskattningen i det överlåtande bolagets hemland som behandlas i artikel 6. Direktivet föreskriver däremot inte någon skyldighet för den medlemsstat där det övertagande bolaget är hemmahörande att, med avseende på gamla underskott och förluster, likställa internationella och inhemska transaktioner. Om denna medlemsstat beskattar det fasta driftställe som i och med ombildningen uppkommer i överlåtarstaten kräver direktivet alltså inte att gamla underskott och förluster beaktas, även om så hade skett efter en ombildning mellan inhemska bolag.

I Sverige finns ingen möjlighet att vid beskattningen beakta underskott som uppkommit innan dess att verksamheten kom in i den svenska beskattningssfären. Om det övertagande företaget är svenskt kommer Sverige således att beskatta detta även för dess nya utländska fasta driftställe, men utan beaktande av tidigare års förluster.[130] Detta framgår av att kontinuitetsregeln i 37:17–18 IL genom en hänvisning till 37:11 IL endast gäller för sådan näringsverksamhet som var skattepliktig i Sverige vid tidpunkten för fusionen/fissionen.[131] I de fall då det överlåtande företagets hemstat i enlighet med artikel 6 tillåter att gamla underskott och förluster följer med vid ombildningen kan det nyss sagda leda till att det i realiteten blir Sverige, och inte det övertagande svenska företaget, som drar fördel av detta.[132] De framtida vinster som uppkommer i det

[128] Reglerna kan för övrigt också strida mot bestämmelserna om etableringsfrihet i EG-fördraget, eftersom de negativt särbehandlar utländska moderbolag som etablerat sig i Sverige genom ett svenskt dotterbolag. Se allmänt om denna problematik Ståhl och Österman 2000 s. 82 ff.

[129] Thömmes i ECTL kap. 5.7, p. 13 och Bezzina i European Taxation 2002 s. 61.

[130] Detta förutsätter att inkomsten från det fasta driftstället inte är undantagen från beskattning i Sverige genom dubbelbeskattningsavtal.

[131] Underskott som före fusionen/fissionen uppkommit i ett svenskt fast driftställe till det överlåtande företaget kan alltså föras över enligt de regler som beskrivits ovan.

[132] Att en implementering av direktivreglerna kan få denna effekt när det övertagande bolaget hör hemma i ett creditland uppmärksammas även av Larkin i European Taxation 1990 s. 366 samt Terra och Wattel 2001 s. 384.

fasta driftstället i överlåtarstaten kommer ju då att kunna kvittas mot de gamla underskotten varför det där inte blir någon effektiv beskattning av dessa vinster. Eftersom Sverige inte på motsvarande sätt beaktar de gamla underskotten kommer vinsterna däremot att beskattas fullt ut här, utan att det finns någon utländsk skatt som måste avräknas.[133] Detta skulle möjligen kunna anses strida mot direktivets anda, men eftersom direktivet som nämnts saknar regler om den nu behandlade frågan menar jag att de svenska reglerna knappast kan anses oförenliga med direktivet.

Slutligen kan noteras att den nya artikel 10c.2 som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet på motsvarande sätt föreskriver en likabehandlingsprincip när det gäller gamla underskott och förluster hos ett europabolag eller en europeisk kooperativ förening som flyttar sitt säte till ett annat medlemsland. Sådana underskott och förluster skall således få behållas för att i framtiden kunna utnyttjas av det fasta driftställe som blir kvar i det gamla säteslandet, under förutsättning att så hade kunnat ske vid en flyttning av sätet inom det aktuella medlemslandet. Enligt min mening förefaller det osannolikt att en flyttning av sätet som sker inom landet betraktas som en skattemässigt relevant händelse i något medlemsland och jag har därför svårt att tänka mig att en sådan flytt skulle kunna leda till att rätten till förlustutjämning inskränks. I realiteten torde därför artikel 10c.2 få i princip samma effekt som ett absolut krav på att rätten till förlustutjämning inte får påverkas av att bolaget/föreningen flyttar sitt säte till ett annat medlemsland. På motsvarande sätt som i artikel 6 saknas vidare även i artikel 10c.2 bestämmelser om hur gamla underskott skall behandlas i den stat dit sätet flyttas. Om det nya säteslandet beskattar det fasta driftställe som finns kvar i det gamla säteslandet behöver alltså inte gamla underskott och förluster beaktas, vilket på samma sätt som diskuterats ovan kan leda till att det i praktiken blir det nya säteslandet och inte bolaget/föreningen som drar nytta av att underskotten och förlusterna kan fortsätta att utnyttjas i det gamla säteslandet.

I svensk rätt finns inga bestämmelser om att rätten att i framtiden utnyttja tidigare års underskott går förlorad p.g.a. att en skattskyldig går över från att vara obegränsat till att bli begränsat skattskyldig. När ett europabolag eller en europeisk kooperativ förening flyttar sitt säte *från* Sverige får underskotten därmed rullas vidare enligt huvudregeln i 40:2 IL även efter flytten.[134] Reglerna i 40 kap. IL gäller dock endast underskott

[133] Samma effekt kan uppkomma även vid en verksamhetsavyttring om det överlåtande företagets hemstat tillåter att gamla underskott överförs. Inte heller då kommer ju Sverige att beakta dessa underskott vid beskattningen av det övertagande företaget.
[134] Detsamma gäller för outnyttjade kapitalförluster enligt 48:26 och 25:12 IL.

som uppkommit i en i Sverige skattepliktigt verksamhet. Om ett europabolag eller en europeisk kooperativ förening flyttar sitt säte *till* Sverige kan det alltså inte med stöd av 40 kap. IL rulla in underskott som uppkommit innan dess att verksamheten blev skattepliktig i Sverige. Något krav på att så skall ske finns dock som framgått inte heller i artikel 10c.2.

5.6 Beskattning av fusionsvinster och fusionsförluster samt s.k. fusionsgoodwill

Vid en fusion eller en fission kan det hända att det övertagande bolaget före fusionen respektive fissionen innehar andelar i det överlåtande bolaget. Så är t.ex. fallet när ett helägt dotterbolag fusioneras in i sitt moderbolag. I och med fusionen/fissionen utslocknar dessa andelar, vilket i många länder anses vara en beskattningsutlösande händelse jämställd med avyttring av andelarna (se för svensk rätts del 44:8 IL). Om värdet på den överförda egendomen överstiger andelarnas skattemässiga värde kommer mellanskillnaden då att beskattas hos det övertagande bolaget som en s.k. fusionsvinst.[135] I artikel 7 stadgas därför att en vinst hos det övertagande bolaget, som beror på att en andel som bolaget har i det överlåtande bolaget utslocknar, inte skall beskattas.

Eftersom andelen utslocknar finns inte längre någon egendom att knyta det latenta skattekravet till varför skattefriheten i detta fall blir definitiv. Enligt direktivet får medlemsstaterna därför begränsa skattefriheten till de fall då det övertagande bolagets ägarandel i det överlåtande bolaget överstiger 25 procent. Anledningen till att gränsen sattes vid denna ägarandel var att man ville uppnå en överensstämmelse med de fall då det övertagande bolaget enligt reglerna i moder/dotterbolagsdirektivet[136] kunde motta skattefria utdelningar från det överlåtande bolaget.[137] Det övertagande bolaget hade då lika gärna kunnat påkalla utdelning av vinstmedel motsvarande den upplupna värdestegringen på de sedermera ut-

[135] Thömmes i ECTL kap. 5.7, p. 10 och Wiman i SN 1992 s. 522. En annan benämning på denna mellanskillnad är positiv fusionsdifferens, se Alhager, M. i SN 2002 s. 157 f.
[136] Direktiv 90/435/EEG.
[137] Thömmes i ECTL kap. 5.7, p. 16 och Terra och Wattel 2001 s. 387 f. Överensstämmelsen mellan fusionsdirektivet och moder/dotterbolagsdirektivet var dock inte total. I den då aktuella lydelsen av artikel 3 i moder/dotterbolagsdirektivet angavs att ägarandelen skulle uppgå till *minst* 25 procent medan det i artikel 7 i fusionsdirektivet sägs att skattefrihet inte behöver medges om ägarandelen *inte överstiger* 25 procent. Skillnaden i uttryckssätt beror uppenbarligen på ett misstag och kommissionen föreslog redan i COM(93) 293 final att artikel 7 skulle ändras i detta avseende. Motsvarande ändring föreslogs också i kommissionens nya förslag i KOM(2003) 613 slutlig, slarvigt nog dock inte i den svenska versionen av direktivförslaget (i den engelska versionen ändrades uttryckssättet till "less than" medan det i den svenska versionen fortfarande sades "inte

slocknade andelarna, varför det saknas anledning att beskatta denna värdeökning vid fusionen/fissionen. I de fall utdelningen hade varit skattepliktig skall medlemsstaten däremot inte behöva medge skattefrihet, eftersom denna som ovan sagts blir definitiv. Ägarandelen i moder/dotterbolagsdirektivet har numera sänkts till 20 procent och skall stegvis sänkas ytterligare ned till 10 procent.[138] I ändringsdirektivet anges att en motsvarande sänkning skall ske även i artikel 7 i fusionsdirektivet.

Sverige har dock överhuvudtaget inte infört någon begränsning när det gäller ägarandelens storlek utan medger skattefrihet även vid mindre innehav, se 37:29 IL. Enligt denna bestämmelse skall andelar som är kapitaltillgångar inte anses avyttrade vid fusionen/fissionen, varför någon kapitalvinstbeskattning inte aktualiseras. Om andelarna är lagertillgångar skall de anses avyttrade till skattemässigt värde, vilket innebär att intäkten kommer att neutraliseras av ett lika stort avdrag.

Direktivet saknar regler angående möjligheten att realisera en eventuell förlust på de utslocknade andelarna.[139] Den medlemsstat som så önskar kan givetvis ändå föreskriva att sådana s.k. fusionsförluster[140] skall vara avdragsgilla. Frågan är om man t.o.m. skulle kunna läsa in en rätt att dra av sådana förluster i själva direktivet. Eftersom andelen utslocknar i och med fusionen/fissionen finns ju ingen möjlighet att senare dra av förlusten. Samtidigt kan ett nekat avdrag sägas ligga väl i linje med direktivets övergripande synsätt att ombildningen i sig inte skall leda till några skattekonsekvenser utan skattemässigt närmast betraktas som en "ickehändelse". Eftersom en rätt till avdrag helt saknar stöd i direktivtexten och ett avdragsförbud enligt vad som nyss sagts i vart fall inte kan sägas komma i direkt konflikt med direktivets syften menar jag att det inte kan anses strida mot direktivet att vägra avdrag för förlust på andelar som utslocknar i och med transaktionen.[141] Det svenska avdragsförbudet för så-

---

överstiger"(!)). Förhoppningsvis kommer detta att rättas till i den slutligen antagna direktivtexten. Vidare kan noteras att den alternativa möjlighet som moder/dotterbolagsdirektivet ger att i stället koppla skattefriheten för utdelningar till röstandelen i dotterbolaget saknar motsvarighet i fusionsdirektivet.

[138] Se artikel 3.1 i moder/dotterbolagsdirektivet efter de ändringar som företagits genom direktiv 2003/123/EG.

[139] En regel om att sådana förluster skulle vara avdragsgilla fanns däremot i det ursprungliga direktivförslaget, se artikel 8.2 i direktivförslaget i COM(69) 5 final.

[140] Eller negativa fusionsdifferenser, se Alhager, M. i SN 2002 s. 152 ff.

[141] Thömmes anger i ECTL kap. 5.7, p. 15 att direktivet "kan" tolkas så att medlemsstaterna har valrätt när det gäller att medge eller vägra avdrag för fusionsförluster, vilket indikerar att han också ser en öppning för motsatt tolkning. Frågan utvecklas dock inte närmare. Larkin i European Taxation 1990 s. 366 och EC Initiatives 1992 s. 19 tolkar direktivet så att detta inte kräver att avdrag medges för fusionsförluster, också här dock utan närmare motivering.

dana förluster i 37:29 IL är därmed enligt min mening förenligt med direktivet.[142]

En fråga som har nära koppling till frågan om beskattningen av fusionsvinster/förluster är hur en s.k. fusionsgoodwill skall behandlas skattemässigt. En fusionsgoodwill uppkommer om det på koncernnivå finns en balanserad koncernmässig goodwill som är hänförlig till andelarna i det infusionerade dotterbolaget.[143] Enligt gällande redovisningsregler skall denna koncernmässiga goodwill tas upp som en tillgång i moderbolagets balansräkning efter fusionen.[144] Frågan som uppkommer är om detta får några skattekonsekvenser.

Den bestämmelse som här ställer till problem är 37:20 IL. Som nämnts i avsnitt 5.4.2.4 stipuleras i denna bestämmelse att om inventarier tas upp till ett högre värde i det övertagande företagets räkenskaper än det värde som användes i det överlåtande företagets räkenskaper måste mellanskillnaden tas upp som intäkt om rätten till räkenskapsenlig avskrivning skall behållas. Eftersom goodwill som har förvärvats från annan enligt 18:1, 2 st., 1 p. IL skattemässigt behandlas som inventarier har tidigare ifrågasatts om inte 37:20 IL innebär att en uppbokning av fusionsgoodwill enligt ovan omfattas av denna bestämmelse.[145] Genom RÅ 2003 ref. 47 har Regeringsrätten dock slagit fast att en koncerngoodwill som efter en fusion redovisas hos det övertagande företaget inte kan anses "förvärvad" från dotterbolaget och att denna goodwillpost därför inte omfattas av 37:20 IL.

[142] Av samma anledning måste enligt min mening även bestämmelsen i 25:9 IL anses förenlig med direktivet. Enligt denna bestämmelse får en kapitalförlust som uppkommer vid försäljning av andelar mellan två företag i intressegemenskap inte dras av om det avyttrade företaget senare fusioneras in i något företag i närståendegruppen. Här är det således inte fråga om en fusionsförlust hos det övertagande företaget utan om en kapitalförlust hos en tidigare ägare till det överlåtande företaget.

[143] Den koncernmässiga goodwillen uppstod när moderbolaget en gång förvärvade dotterbolaget, om moderbolaget då betalade mer för andelarna än marknadsvärdet på dotterbolagets tillgångar och skulder. Mellanskillnaden redovisas då som en goodwillpost i koncernbalansräkningen, se Alhager, M. i SN 2002 s. 153.

[144] Se Bokföringsnämndens vägledning med allmänna råd om fusion av helägt aktiebolag (BFNAR 1999:1) och RÅ 2003 ref. 47 samt jfr även Alhager, M. i SN 2002 s. 153 ff. Enligt Alhagers mening kan en fusionsgoodwill uppkomma även genom att det övertagande företaget väljer att, i stället för att eliminera en fusionsförlust direkt mot det egna kapitalet, aktivera fusionsförlusten som en tillgångspost och sedan skriva av den under ett antal år, se Alhager, M. i SN 2002 s. 157 f. och 165 ff. Som Alhager påpekar saknar en sådan redovisning dock direkt stöd i BFNAR 1999:1.

[145] Se Alhager, M. i SN 2002 s. 166 f. samt jfr även Knutsson och Johansson i SvSkT 1999 s. 20 f. och Nihlén och Nilsson, S.-A. i Balans 1999 nr 8/9 s. 24 f.

5.7 Överföring av fasta driftställen belägna i andra stater

5.7.1 Den överförda egendomen är knuten till ett fast driftställe i en annan medlemsstat

En särskild fråga är vad som gäller när tillgångarna och skulderna redan före fusionen, fissionen respektive verksamhetsavyttringen var knutna till ett fast driftställe i en annan medlemsstat. Eftersom villkoret i artikel 4 i direktivet om att de överförda tillgångarna och skulderna skall knytas till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets medlemsstat då inte är uppfyllt kan ombildningen inte ske utan skattekonsekvenser enligt huvudregeln i nämnda artikel. Inte heller kan avsättningar och obeskattade reserver som härrör från utländska fasta driftställen med stöd av artikel 5 föras över till det övertagande bolaget. I stället finns en särskild reglering i artikel 10 av de skattekonsekvenser som inträder vid överföring av tillgångar och skulder knutna till ett fast driftställe i ett annat medlemsland. Dessa bestämmelser är implementerade i 37:30 IL (fusioner och fissioner) respektive 38:19 IL (verksamhetsavyttringar). Som nämnts stipuleras i ändringsdirektivet att bestämmelserna i artikel 10 skall utvidgas till att omfatta även partiella fissioner. Den följande diskussionen har därmed relevans även för denna transaktionsform. Däremot finns i de nya reglerna om flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar i artiklarna 10b–10d ingen motsvarighet till bestämmelserna i artikel 10. Det saknas därmed regler för vilka skattekonsekvenser som en flyttning av sätet skall ha när det gäller fasta driftställen belägna i andra medlemsstater.

Enligt den beskattningsordning som föreskrivs i artikel 10 skall det överlåtande bolagets medlemsland enligt artikel 10.1 som huvudregel avstå från varje rätt att beskatta det utländska fasta driftställe som överförs genom transaktionen. Om överlåtarlandet tidigare medgivit avdrag för förluster som uppkommit hos det fasta driftstället får dessa förluster dock återföras till beskattning i samband med transaktionen. Bakgrunden till bestämmelsen är att vissa länder, trots att de undantar utländska fasta driftställen från beskattning, ändå medger att förluster som uppkommer där får dras av mot vinster i bolagets inhemska verksamhet.[146] Om det fasta driftstället ett senare år går med vinst kommer förlustavdraget dock att återföras genom att motsvarande del av vinsten tas upp till beskattning.[147] Denna möjlighet att återta förlustavdraget går ju förlorad

[146] Se Thömmes i ECTL kap. 5.10, p. 11.

[147] Se Farmer och Lyal 1994 s. 295 f. för en kort beskrivning av dessa regler.

om det fasta driftstället genom ombildningen överförs till ett bolag i ett annat medlemsland, varför direktivet alltså tillåter att avdraget återförs till beskattning i samband med överföringen.[148]

Artikel 10.2 riktar sig till länder som, liksom Sverige, tillämpar en global inkomstbeskattning av inhemska bolag, d.v.s. som beskattar dem även för inkomster hänförliga till deras utländska fasta driftställen. Enligt artikeln ges dessa länder rätt att skatta av alla obeskattade värden och reserver i ett utländskt fast driftställe som överförs genom transaktionen. Om det fasta driftstället förs över till ett bolag i en annan medlemsstat går ju det överlåtande bolagets medlemsstat miste om möjligheten att i framtiden beskatta de överförda tillgångarna och skulderna. För att detta land inte skall göra en definitiv skatteförlust måste det således ha rätt att beskatta det överlåtande bolaget vid tidpunkten för ombildningen. Detta förutsätter dock givetvis att landet inte eftergivit skatteanspråket genom ett exemptavtal.[149]

När det gäller den medlemsstat där det fasta driftstället är beläget anges i artikel 10.1 att den staten skall tillämpa bestämmelserna i direktivet som om den vore det överlåtande bolagets stat. För att utröna vilka skattekonsekvenser överföringen har i verksamhetsstaten får man alltså gå tillbaka till bestämmelserna i artiklarna 4–6 och tillämpa dem som om denna stat vore det överlåtande bolagets hemstat. Det framgår då att under förutsättning att de överförda tillgångarna och skulderna även fortsättningsvis är knutna till ett fast driftställe i verksamhetsstaten får denna stat inte beskatta de värden och reserver som överförs. Den statens möjligheter att i framtiden beskatta de överförda tillgångarna och skulderna förändras ju då i princip inte genom överföringen.[150] Om det är ett svenskt fast driftställe till ett utländskt bolag som överförs skall Sverige således avstå från att beskatta transaktionen om den egendom som omfattas av densamma kvarstannar i den svenska beskattningssfären. I svensk rätt följer detta av

[148] Det kan anmärkas att någon sådan möjlighet att dra av förluster i utländska fasta driftställen inte föreligger i Sverige om inkomsten från det fasta driftstället är undantagen från skatteplikt här enligt det tillämpliga dubbelbeskattningsavtalet, se 9:5 IL. Jag återkommer till möjligheten att återföra tidigare förluster även i slutet av detta avsnitt.

[149] Thömmes i ECTL kap. 5.10, p. 15.

[150] Som nämnts i avsnitt 5.3.2.1 ovan bör artikel 4 tolkas så att vad som utgör ett fast driftställe skall fastställas med ledning av den berörda medlemsstatens interna rätt och av det aktuella dubbelbeskattningsavtalet. Före överföringen är det dubbelbeskattningsavtalet med det överlåtande bolagets hemstat som styr beskattningen i verksamhetsstaten medan det efter överföringen är avtalet med det övertagande bolagets hemstat som skall tillämpas. Undantagsvis kan det tänkas att de överförda tillgångarna och skulderna utgör ett fast driftställe enligt det förstnämnda avtalet men inte enligt det sistnämnda. I så fall förlorar alltså verksamhetslandet rätten att i framtiden beskatta den överförda tillgångsmassan, varför det inte är skyldigt att medge skattefrihet vid överföringen.

de vanliga kontinuitetsreglerna i 37:17–18 jämförda med 37:11–12 IL (fusioner och fissioner) samt 38:9–14 jämförda med 38:6–7 IL (verksamhetsavyttringar).

Sammanfattningsvis gäller alltså att transaktionen i vissa fall kommer att beskattas i det överlåtande bolagets hemstat men att den skall undantas från beskattning i den stat där det fasta driftstället är beläget. Sammantaget innebär detta att det överlåtande bolagets medlemsstat skulle kunna få in "oberättigat" mycket skatt. Enligt de principer som normalt tillämpas i medlemsstaternas interna rätt och i ingångna dubbelbeskattningsavtal skulle denna stat nämligen ha varit skyldig att beakta den skatt som utgått i verksamhetslandet. Därför anges i artikel 10.2 att det land där det överlåtande bolaget hör hemma skall gottskriva detta bolag den skatt som, om det inte vore för bestämmelserna i direktivet, skulle ha utgått i det land där det fasta driftstället är beläget. Artikeln stipulerar således ett slags beaktande i förväg av den skatt som senare kommer att utgå i verksamhetslandet när de obeskattade värdena realiseras. Exakt hur denna skatt skall beaktas, d.v.s. genom avräkning (och i så fall vilken typ av avräkning), avdrag etc. anges inte. I stället sägs att detta skall ske på samma sätt och med samma belopp som om denna skatt faktiskt hade utgått och betalats. Man får alltså här falla tillbaka på de regler som finns i intern rätt och dubbelbeskattningsavtal, d.v.s. vanliga regler om spärrbelopp etc. skall tillämpas.

I svensk rätt återfinns bestämmelserna om avdrag respektive avräkning för fiktiv utländsk skatt i 37:30 IL (vilken enligt 38:19 IL gäller även vid verksamhetsavyttringar).[151] Bestämmelserna tillämpas endast i de gräns-

[151] Det kan anmärkas att den svenska lagstiftningen när det gäller överföring av utländska fasta driftställen är tämligen ologiskt uppbyggd. För att en fusion/fission skall vara "kvalificerad" gäller enligt 37:4 och 6 IL att skattskyldighetsvillkoret i 37:12 IL är uppfyllt. Så är uppenbarligen inte fallet vid överföring av ett utländskt fast driftställe till ett utländskt företag. Trots detta återfinns 37:30 IL, där skattekonsekvenserna av denna transaktion regleras, under rubriken "Beskattning vid kvalificerade fusioner och fissioner" i 37 kap. IL och i 37:16 IL sägs också uttryckligen att vid "kvalificerade" fusioner och fissioner skall bestämmelserna i 17–30 §§ tillämpas. En ren ordalydelsetolkning skulle därmed kunna leda till att 37:30 IL aldrig kan bli tillämplig eftersom den transaktion bestämmelsen skall reglera inte uppfyller kraven för att vara en kvalificerad fusion/fission. På motsvarande sätt krävs för att en transaktion skall anses vara en "verksamhetsavyttring" i den svenska lagens mening att det köpande företaget är skattskyldigt för den överförda egendomen, se definitionen i 38:2 IL inklusive hänvisningen till villkoret i 38:7 IL. En avyttring av ett utländskt fast driftställe till ett utländskt företag är därmed per definition ingen verksamhetsavyttring eftersom skattskyldighetsvillkoret brister. I 38:19 IL sägs dock att när egendom "genom en verksamhetsavyttring" förs över till ett bolag i ett annat medlemsland tillämpas 37:30 IL. Strikt tolkat skulle detta innebära att hänvisningen till 37:30 IL inte kan tillämpas eftersom en sådan transaktion inte utgör en verksamhetsavyttring!

överskridande fallen, d.v.s. vid fusioner, fissioner och verksamhetsavyttringar där ett utländskt fast driftställe förs över från ett svenskt företag till ett företag i ett annat medlemsland. Om överföringen görs mellan två svenska företag behandlas den enligt de vanliga skattefrihetsreglerna. Sverige har ju då samma möjlighet att beskatta det fasta driftstället även efter transaktionen (d.v.s. villkoret i 37:12 respektive 38:7 IL är uppfyllt), varför det inte finns någon anledning att utlösa beskattning av de överförda värdena vid själva transaktionen.[152]

När överföringen av ett utländskt fast driftställe går till ett företag i ett annat medlemsland kommer den däremot att beskattas, men med den lindring av beskattningen som följer av 37:30 IL. Vad som är ett utländskt fast driftställe skall enligt detta lagrum i första hand avgöras med ledning av det tillämpliga dubbelbeskattningsavtalet. I avsaknad av avtal skall man bedöma om det som överförs skulle ha varit ett fast driftställe om den svenska definitionen på fast driftställe i 2:29 IL tillämpats i verksamhetsstaten. I ett avtalslöst tillstånd skall man alltså gå på den svenska definitionen av fast driftställe utan hänsyn till om ett fast driftställe föreligger enligt verksamhetslandets interna rätt.

Om det enligt verksamhetslandets lagstiftning, men inte enligt svensk rätt, anses föreligga ett fast driftställe kommer Sverige således inte att medge avdrag eller avräkning för fiktiv utländsk skatt. Eftersom verksamhetslandet givetvis ändå, i enlighet med artikel 10, kommer att undanta transaktionen från beskattning blir det svenska skatteuttaget därmed oberättigat stort. Enligt min mening kan detta knappast vara förenligt med direktivet. Den enda rimliga tolkningen av direktivet bör vara att frågan om ett fast driftställe föreligger skall avgöras enligt verksamhetslandets interna rätt och ingångna dubbelbeskattningsavtal (jfr även avsnitt 5.3.2.1 ovan). Endast då kan tillförsäkras att en dubbelbeskattning av de obeskattade värden som överförs verkligen undanröjs i alla situationer då den aktualiseras.

Här kan också noteras att direktivets formulering att gottskrivning skall ske för "den skatt som, om det inte vore för bestämmelserna i detta direktiv, skulle ha utgått" i verksamhetslandet kan leda till tolkningsproblem. Antag att den stat där det fasta driftstället är beläget redan innan det att fusionsdirektivet utfärdades tillämpade en skattebefrielse av det slag som föreskrivs i direktivet. En bokstavstolkning av direktivtexten skulle då kunna leda till att det överlåtande bolagets hemland överhuvud-

[152] Överföringar av utländska fasta driftställen till företag i tredje land omfattas däremot överhuvudtaget inte av de svenska skattefrihetsbestämmelserna. Anledningen till att 37:30 och 38:19 IL inte gjorts tillämpliga i dessa fall är att bestämmelserna förutsätter att verksamhetsstaten har en lagstiftning för det fasta driftstället som är utformad i enlighet med fusionsdirektivet, se prop. 1998/99:15 s. 231.

taget inte skulle behöva beakta någon fiktiv skatt i verksamhetsstaten, eftersom skatten i denna stat skulle ha varit noll även utan bestämmelserna i direktivet. En sådan tolkning skulle dock helt strida mot syftet med direktivet, eftersom den skulle leda till en mycket högre beskattning i överlåtarlandet än vad som är motiverat för att skydda denna stats ekonomiska intressen (jfr preambeln till fusionsdirektivet).[153] Jag menar därför att direktivet bör tolkas så att det som skall beaktas är den skatt som skulle ha utgått om verksamhetslandet inte undantagit transaktionen från beskattning.

Den svenska lagtexten är i detta avseende formulerad så att avdrag respektive avräkning skall ske för "den skatt som skulle ha betalats i den stat där det fasta driftstället är beläget om det inte hade funnits sådan lagstiftning där som avses i" fusionsdirektivet, se 37:30, 2 st. IL. Med lagstiftning som "avses i" fusionsdirektivet bör enligt vad som sagts ovan förstås även lagstiftning som tillkommit före fusionsdirektivet om den är av det slag som beskrivs i direktivet. Denna tolkning är enligt min mening förenlig med den svenska bestämmelsens ordalydelse.[154]

Mot bakgrund av den ovanstående redogörelsen för innebörden av artikel 10.2 skall jag nu återvända till möjligheten att i samband med överföringen av det fasta driftstället återföra tidigare medgivna förlustavdrag till beskattning. Som nämnts tillåter artikel 10.1 att en sådan återföring sker. Denna bestämmelse synes ta sikte på länder som (i intern rätt eller i dubbelbeskattningsavtal) undantar utländska fasta driftställen från beskattning men som trots detta medger avdrag för förluster som uppkommit i den utländska verksamheten.[155] Dessa länder ges i artikel 10.1 rätt att vid överföringen av det fasta driftstället ta upp de förluster som då ännu inte har återförts till beskattning. Frågan är dock om denna möjlighet gäller även för länder som tillämpar en global inkomstbeskattning av inhemska bolag? Kan även dessa länder med stöd av direktivet återföra förluster för vilka avdrag tidigare medgivits, om dessa förluster inte har motsvarats av senare vinster hos det fasta driftstället? För närvarande sker inget sådant återförande enligt svensk rätt. Frågan har dock aktualiserats i samband

[153] Thömmes i ECTL kap. 5.10, p. 17.

[154] Skatterättsnämnden har i ett förhandsbesked meddelat den 6 april 2001 (RSV:s rättsfallsprotokoll 11/01 och Kindlund i SN 2001 s. 540 f.) funnit att den svenska bestämmelsen skall tolkas på detta sätt, d.v.s. så att avräkning skall medges även om skattefriheten i driftställestaten grundas på lagstiftning som inte är direkt föranledd av fusionsdirektivet. I det aktuella fallet hade avyttringen, även utan en tillämpning av den särskilda implementeringslagstiftning som fanns i driftställestaten, varit skattefri där enligt andra regler i denna stats omstruktureringslagstiftning. Avräkning skulle dock enligt nämnden ändå medges för den skatt som skulle ha betalats om avyttringen hade beskattats.

[155] Se Thömmes i ECTL kap. 5.10, p. 11.

med förberedelserna för en svensk implementering av ändringarna i fusionsdirektivet. I kommittédirektiven till den utredning som fått i uppgift att arbeta med denna fråga anges att utredningen skall ta ställning till om en regel om återföring av tidigare gjorda förlustavdrag bör införas.[156]

Enligt min mening kan dock ifrågasättas om möjligheten att återföra gamla förluster verkligen står till buds även för de länder som tillämpar en global inkomstbeskattning av inhemska bolag och som därmed beskattar överskott som uppkommer i dessa bolags utländska fasta driftställen. Inom ramen för ett sådant system framstår det snarast som helt följdriktigt att avdrag också medges för underskott i den utländska verksamheten, underskottsavdraget är så att säga andra sidan av myntet av att överskott i denna verksamhet beskattas. Man kan därför argumentera för att denna avdragsrätt bör bestå även i de fall där underskotten vid tidpunkten för överföringen av det fasta driftstället inte balanserats av senare års vinster i det fasta driftstället.

Även direktivets systematik kan sägas tala för att möjligheten att återföra tidigare års förluster endast gäller för exemptländer. Denna möjlighet regleras i artikel 10.1, andra meningen och presenteras där närmast som ett undantag från den skattefrihet som skall gälla enligt den första meningen.[157] I artikel 10.2, där beskattningen i de länder som tillämpar en global inkomstbeskattning regleras, anges ingen motsvarande möjlighet att återföra gamla förluster till beskattning.[158] Eventuellt kan dock en sådan möjlighet sägas följa redan av den grundläggande rätten enligt artikel 10.2 att vid överföringen skatta av verksamheten i det fasta driftstället. Man skulle nämligen kunna se det så att denna bestämmelse legitimerar att beskattning sker enligt den aktuella medlemsstatens interna regler och om dessa regler innefattar ett återförande i vissa situationer av tidigare års förluster bör detta kunna ske även i de fall som omfattas av artikel 10. För att ett sådant resonemang skall kunna godtas bör i så fall krävas att reglerna om återföring av förluster verkligen är en del av det gene-

[156] Se kommittédirektiv 2004:28 s. 11. Frågan verkar ha väckts av Skatteverket i dess yttrande angående kommissionens förslag till ändringar i fusionsdirektivet, dnr 130 140122-04/112 s. 4.

[157] Efter att det i artikel 10.1, första meningen anges att det överlåtande bolagets hemstat skall avstå från varje rätt att beskatta det fasta driftstället sägs i andra meningen att "[d]et överlåtande bolagets stat får *dock* återföra" eller i den engelska versionen "*[h]owever*, the State of the transferring company may reinstate" (mina kurs.).

[158] Jfr även att det i samband med den ursprungliga implementeringen av direktivet i svensk rätt uttalades att den andra meningen i artikel 10.1 "torde syfta på fallet att förlustavdrag medgetts trots att inkomst är undantagen från beskattning enligt ett skatteavtal. Denna bestämmelse är inte aktuell för svenskt vidkommande.". Se prop. 1994/95:52 s. 59.

rella beskattningssystemet i det aktuella landet och inte endast aktualiseras just i de situationer som omfattas av direktivet.

En annan möjlighet är kanske att tolka artikel 10.2 så att denna utgör ett undantag endast från den första meningen i artikel 10.1, men att den andra meningen gäller även i creditländer.[159] För denna tolkning talar att den tredje meningen i artikel 10.1, där beskattningen i det land där det fasta driftstället är beläget regleras, uppenbarligen är tillämplig även i de fall då det överlåtande bolaget hör hemma i ett creditland.[160]

Även om man skulle komma fram till att direktivet inte förhindrar att även creditländer får återföra gamla förluster till beskattning vid överföringen av det fasta driftstället finns dock enligt min mening andra goda skäl för att Sverige bör avstå från att införa en sådan regel. I ett system med global inkomstbeskattning av inhemska bolag framstår en återföring av tidigare års förluster som systemfrämmande. Om en sådan regel skall införas kan den knappast heller begränsas till de ombildningsfall som omfattas av direktivet, utan måste få generell tillämpning. Jag har svårt att se vilka skäl som skulle motivera en så radikal ändring i det hittills rådande synsättet.

Slutligen skall än en gång noteras att det i artiklarna 10b–10d angående flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar saknas motsvarighet till de nu beskrivna reglerna. Detta innebär för det första att direktivet inte ålägger det land där det fasta driftstället är beläget att medge skattefrihet vid sätesflytten. Så länge egendomen fortsätter att vara knuten till ett fast driftställe i detta land även efter flytten är det dock knappast sannolikt att flytten där kommer att betraktas som en beskattningsutlösande händelse. I Sverige aktualiseras exempelvis ingen uttagsbeskattning i ett sådant fall. För det andra innebär emellertid avsaknaden av reglering att direktivet inte heller begränsar det gamla säteslandets möjligheter att beskatta utländska fasta driftställen som genom sätesflytten försvinner från detta lands skattejurisdiktion.[161] Om sätet flyttas från ett land som tillämpar en global inkomstbeskattning kommer detta land förmodligen att beskatta de övervärden som finns kopplade till det flyttande bolagets/den flyttande föreningens utländska fasta driftställen.

[159] I direktivtexten sägs att punkt 2 gäller "[u]tan hinder av"/"[b]y way of derogation of" punkt 1, utan att det närmare specificeras vilka delar av punkt 1 som omfattas av detta undantag.

[160] Det kan anmärkas att den nuvarande systematiken i artikel 10 behålls även enligt ändringsdirektivet, med den skillnaden att artikel 10.1 delas upp i olika stycken.

[161] Se i detta sammanhang punkt 8 i preambeln till ändringsdirektivet, där det dock endast talas om att direktivet inte innehåller regler om hur förluster i utländska fasta driftställen skall behandlas vid en flyttning av sätet.

Så kommer exempelvis att ske vid flyttning från Sverige enligt de vanliga reglerna i 22:5 IL. Därvid saknas enligt direktivet skyldighet för det gamla säteslandet att medge fiktiv avräkning för den skatt som i framtiden kommer att utgå i det land där det fasta driftstället är beläget när dessa övervärden en gång realiseras. Ingenting hindrar förstås att ett medlemsland ändå vid implementeringen inför regler om att fiktiv avräkning skall medges. Om så inte sker blir dock resultatet i många fall att verksamheten vid det fasta driftstället kommer att dubbelbeskattas.

5.7.2 Särskilt om bolagisering av fasta driftställen i andra medlemsstater

En inte helt klar fråga är om direktivets artikel 10 i sin nuvarande lydelse endast täcker fallet att det fasta driftstället är beläget i en annan medlemsstat än det övertagande bolaget, eller om artikeln också är tillämplig när det fasta driftstället och det övertagande bolaget befinner sig i samma medlemsstat. Den sistnämnda situationen föreligger exempelvis när ett bolag i en medlemsstat med fast driftställe i en annan medlemsstat vill använda en verksamhetsavyttring för att bolagisera det fasta driftstället, d.v.s. överföra verksamheten till ett dotterbolag i den andra medlemsstaten (jfr kapitel 3.2.1 ovan).

I doktrinen har hävdats att en sådan överföring inte omfattas av artikel 10 eftersom det fasta driftstället ligger i samma stat som det övertagande bolaget. Enligt denna åsikt syftar artikel 10 endast på de fall då det fasta driftstället ligger i ett tredje medlemsland.[162] Som stöd för denna slutsats har anförts att en tillämpning av fiktionen i artikel 10, att verksamhetsstaten skall tillämpa direktivet som om denna stat vore det överlåtande bolagets hemstat, leder till att både det överlåtande och det övertagande bolaget anses hemmahörande i samma stat. Därmed skulle direktivet inte vara tillämpligt.[163] Enligt min mening bör man dock snarast se fiktionen i artikel 10 som ett slags hänvisningsteknik mellan direktivets olika artiklar, vilken används för att inte allt det som sägs i artiklarna 4–6 skall

[162] Se Larkin i European Taxation 1990 s. 364 och de Hosson i Intertax 1991 s. 353.

[163] Larkin argumenterar för detta i European Taxation 1990 s. 364 men anför motsatt åsikt i European Taxation 1992 s. 309. Ett liknande resonemang i SOU 1994:100 s. 59 f. och 64 och prop. 1994/95:52 s. 30 f. och 34 resulterade i att IGOL kom att sakna regler för bolagisering av fast driftställe, eftersom man gjorde den tolkningen att artikel 10 endast gäller fallet att det överlåtande bolaget, det övertagande bolaget och det fasta driftstället är hemmahörande respektive beläget i tre olika stater. Se angående denna fråga även Wiman i EC Tax Review 1995 s. 155 och 157, Næsborg Jensen 1997 s. 192 f. samt Terra och Wattel 2001 s. 390.

behöva upprepas en gång till i artikel 10. Kravet i artikel 1, att bolagen skall vara hemmahörande i olika medlemsländer, är ju trots detta de facto uppfyllt.

Det har också argumenterats för att det är artikel 4 och inte artikel 10 som skall användas vid en bolagisering av ett fast driftställe.[164] För egen del har jag emellertid svårt att följa det resonemanget, eftersom det krav som uppställs i artikel 4 att den överförda egendomen skall knytas till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets hemland då uppenbarligen inte är uppfyllt. Dessutom skulle ju detta innebära att avskattningsreglerna i artikel 10 inte skulle kunna tillämpas, vilket knappast kan vara förenligt med direktivets systematik och syfte.

Min egen slutsats är att både ordalydelsen i artikel 10 och syftet med bestämmelsen måste sägas tala för att den är tillämplig även om det fasta driftstället och det övertagande bolaget finns i samma medlemsstat.[165] Ett problem skulle möjligen kunna vara att en förutsättning för att verksamhetsstaten skall vara tvungen att avstå från att beskatta de värden och reserver som överförs är att den överförda egendomen även fortsättningsvis är knuten till ett fast driftställe i verksamhetsstaten.[166] I det fall då det övertagande bolaget är hemmahörande i samma land som det fasta driftstället finns efter överföringen inte längre något fast driftställe (i den mening som denna term brukar användas) i verksamhetslandet. Egendomen har ju då överförts från ett utländskt bolags fasta driftställe i verksamhetslandet till ett inhemskt bolag där. Detta innebär dock snarast att det landet har än större möjligheter att i framtiden beskatta den överförda egendomen. Med hänsyn till syftet med bestämmelserna måste därför även en sådan överföring anses uppfylla villkoren för skattefrihet.[167]

Kommissionen uppmärksammade i sitt förslag till ändringar i fusionsdirektivet den nu diskuterade oklarheten angående hur direktivet skall tolkas.[168] Utan att tydligt ta ställning till om det nuvarande direktivet om-

[164] Se de Hosson i Intertax 1991 s. 353.

[165] Se för samma slutsats Knobbe-Keuk i Intertax 1992 s. 492, Larkin i European Taxation 1992 s. 309, Loyens Lefebvre Rädler 1993 s. 16 f. samt Terra och Wattel 2001 s. 390 ff.

[166] Se närmare avsnitt 5.7.1 ovan samt jfr även kommissionens resonemang i SEC(2001) 1681 s. 236.

[167] Som framhålls av Larkin i European Taxation 1992 s. 309 kan man också mycket väl se det så att egendomen faktiskt fortfarande är knuten till ett fast driftställe i verksamhetslandet, men ett fast driftställe som ägs av ett inhemskt bolag där. Även om termen fast driftställe traditionellt brukat användas för att beteckna verksamhet som bedrivs utanför ett bolags hemviststat är det i och för sig inte självskrivet att den *endast* tar sikte på sådan verksamhet. I synnerhet i det sammanhang termen förekommer här kan det vara rimligt att ge den en vidare innebörd och låta även verksamhet i hemviststaten omfattas.

[168] Se KOM(2003) 613 slutlig, p. 23 i inledningsavsnittet.

fattar bolagisering av fasta driftställen angavs i förslaget att en sådan transaktion faller inom ramen för direktivets mål.[169] Det borde därför enligt kommissionen tydligt framgå att direktivet omfattar även denna situation, varför det föreslogs att ett klargörande om detta skulle införas i direktivtexten. Så har nu också skett genom det överenskomna ändringsdirektivet. Enligt detta skall det införas ett nytt stycke i artikel 10.1 där det uttryckligen föreskrivs att bestämmelserna i artikeln gäller även när det fasta driftstället är beläget i samma medlemsstat som det övertagande bolaget.

Enligt svensk rätt spelar det ingen roll om det fasta driftstället är beläget i samma medlemsland som det övertagande/köpande företaget. Denna situation behandlas på samma sätt som om driftstället varit beläget i ett tredje medlemsland. Även bolagisering av utländska fasta driftställen omfattas således klart av den svenska regleringen i 37:30 och 38:19 IL.[170] Mot den bakgrunden är det något förvånande att såväl Skatteverket som regeringen, med anledning av kommissionens förslag att det skulle tydliggöras att fusionsdirektivet omfattar även detta fall, uttryckt farhågor för att denna möjlighet kan användas för att uppnå omotiverade skattefördelar.[171] Den i föregående avsnitt diskuterade frågan om det skall införas regler om återföring av tidigare medgivna förlustavdrag i samband med överföring av ett fast driftställe synes t.ex. ha väckts just p.g.a. att det genom ändringarna i artikel 10 blir klart att fusionsdirektivet täcker in även bolagisering av fasta driftställen.[172] Även om ändringen av artikel 10 faktiskt skulle innebära en materiell ändring av direktivet (och inte endast ett tydliggörande av vad som redan gäller) omfattas ju en sådan transaktion i vart fall redan nu klart av den svenska regleringen.

5.7.3 Den överförda egendomen är knuten till ett fast driftställe i tredje land

Direktivet saknar bestämmelser rörande fallet att den överförda egendomen är knuten till ett fast driftställe i tredje land. Frågan är därför om transaktioner som innefattar sådana tillgångsöverföringar omfattas av direktivet. Det kan konstateras att det i definitionerna i artikel 2 av de transaktioner som täcks av direktivet inte görs någon begränsning till att

[169] Jfr däremot SEC(2001) 1681 s. 236, där kommissionen klart uttalar ståndpunkten att denna transaktion omfattas av direktivet.

[170] Se däremot angående den ursprungliga implementeringen i not 163 ovan.

[171] Se s. 4 i Skatteverkets yttrande dnr 130 140122-04/112 angående kommissionens förslag till ändringar i fusionsdirektivet samt regeringens kommittédirektiv 2004:28 s. 11.

[172] Se s. 4 i Skatteverkets yttrande dnr 130 140122-04/112 angående kommissionens förslag till ändringar i fusionsdirektivet samt regeringens kommittédirektiv 2004:28 s. 11.

den egendom som överförs måste vara knuten till något medlemsland. För att direktivets skattefrihetsbestämmelser skall vara tillämpliga krävs dock som framgått antingen att de överförda tillgångarna och skulderna knyts till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets hemland (huvudregeln i artikel 4) eller att de redan före överlåtelsen var knutna till ett fast driftställe i en annan medlemsstat (specialregeln i artikel 10). Bestämmelserna i artikel 10 gäller alltså endast när de överförda tillgångarna och skulderna är knutna till ett fast driftställe i en annan medlemsstat. Om det fasta driftstället är beläget i ett land utanför EU är artikeln däremot inte tillämplig.[173] I det ursprungliga direktivförslaget föreskrevs att det överlåtande bolagets medlemsstat skulle avstå från att beskatta även en sådan transaktion.[174] Denna bestämmelse ströks dock i det slutligen antagna direktivet eftersom den ansågs kunna få alltför långtgående effekter.[175]

Detta innebär dock enligt min mening inte att en överföring av tillgångar och skulder knutna till ett fast driftställe i tredje land aldrig skulle kunna omfattas av direktivet. Även en sådan transaktion kan som nämnts falla in under definitionerna i artikel 2. Om den egendom som finns i tredje land i samband med transaktionen förs över och knyts till ett fast driftställe i det överlåtande bolagets hemland bör skattefrihetsreglerna i artikel 4 vara tillämpliga. Det överlåtande bolagets hemland bör således i en sådan situation vara förhindrat från att beskatta transaktionen. De svenska reglerna är förenliga med en sådan tolkning av direktivet.[176] En annan sak är att det land där det ursprungliga fasta driftstället var beläget lär beskatta en sådan transaktion. Beskattningen i detta land styrs dock överhuvudtaget inte av direktivet eftersom det är fråga om ett land utanför unionen.

Om den egendom som finns i tredje land kvarstannar där är artikel 4 däremot inte tillämplig. Som framgått kan inte heller artikel 10 användas. Det finns således inget hinder för att det överlåtande bolagets medlemsstat skattar av denna egendom i samband med transaktionen. Däremot bör direktivet enligt min mening fortfarande kunna tillämpas på eventuell annan egendom som överförs i samma transaktion, under förutsättning att villkoren i artikel 4 eller artikel 10 är uppfyllda med avseende på denna egendom. Såsom framhållits i avsnitt 5.3.4 ovan kan nämligen det faktum att viss del av den överförda egendomen faller utanför

[173] Survey 1995 s. 29.
[174] Se artikel 11 i det ursprungliga förslaget COM(69) 5 final.
[175] Thömmes i ECTL kap. 5.10, p. 8.
[176] I och med att egendomen genom transaktionen knyts till ett svenskt fast driftställe är skattskyldighetsvillkoret i 37:12 respektive 38:7 IL uppfyllt, även om det övertagande bolaget är utländskt.

artiklarnas skattefrihetsbestämmelser inte innebära att skattefriheten går förlorad även för övrig egendom som överförs. Som nämnts där överensstämmer den svenska implementeringen dock förmodligen inte med detta synsätt.

5.8 Värdering av de mottagna andelarna vid en verksamhetsavyttring

Det bör uppmärksammas att direktivet saknar regler för vilket värde det överlåtande bolaget skall åsätta de andelar det erhåller i vederlag för de överlåtna tillgångarna och skulderna vid en verksamhetsavyttring. Frågan är därför om en medlemsstat kan föreskriva att de mottagna andelarna inte får värderas till marknadsvärdet utan i stället skall tas upp till ett värde motsvarande det skattemässiga värdet på den överlåtna tillgångsmassan. Så har t.ex. skett vid den svenska implementeringen, se 38:13 IL. Detta leder till s.k. dubbel kontinuitet, d.v.s. till att samma värdeökning kan komma att beskattas två gånger. Det skattemässiga övervärdet på de avyttrade tillgångarna och skulderna kommer nämligen att beskattas dels när det köpande företaget vidareförsäljer dessa, dels när det företag som var säljare vid verksamhetsavyttringen säljer de mottagna andelarna. Den praktiska betydelsen av dessa regler är dock numera begränsad till de (i realiteten förmodligen mycket få) fall då andelsavyttringarna inte omfattas av reglerna om skattefrihet vid avyttring av näringsbetingade andelar i 25 a kap. IL.

De svenska reglerna motiverades med att de beskrivna konsekvenserna är följdriktiga i ett system med kapitalvinstbeskattning vid andelsavyttringar även inom bolagssektorn.[177] Om de mottagna andelarna fick värderas till marknadsvärdet ansågs reglerna kunna utnyttjas på ett icke avsett sätt, genom att tillgångar överfördes till ett helägt dotterbolag varefter andelarna i dotterbolaget skulle kunna säljas utan skattekonsekvenser. Ett bolag skulle alltså kunna utnyttja direktivets regler till att

[177] Se prop. 1998/99:15 s. 235 ff. Det kan noteras att den utredning som lade fram förslag till den ursprungliga implementeringen av direktivet ansåg att en sådan dubbel kontinuitet skulle förfela syftet bakom bestämmelserna om verksamhetsavyttringar, just eftersom de överförda värdena då skulle dubbelbeskattas, se SOU 1994:100 s. 64 f. Regeringen valde dock ändå att införa en sådan regel redan i IGOL, se 21 § IGOL samt prop. 1994/95:52 s. 34. När samma utredning senare lade fram förslag till nyimplementering av direktivet hade den ändrat sin inställning och ansåg det systemenligt att anskaffningsvärdet skulle utgöras av den överförda verksamhetens skattemässiga värde, se SOU 1998:1 s. 243.

skattefritt avyttra en verksamhetsgren mot vederlag i kontanter. I och med att skattefrihet numera gäller för avyttring av näringsbetingade andelar i bolagssektorn kan dock samma resultat åstadkommas genom att överföringen av egendomen till dotterbolaget sker genom en underprisöverlåtelse, varefter andelarna i dotterbolaget kan avyttras skattefritt. Sådana s.k. paketeringsförfaranden har i förarbetena till reglerna om skattefrihet för kapitalvinster på näringsbetingade andelar accepterats av lagstiftaren, förutom i vissa undantagsfall.[178] De ursprungliga motiven bakom den dubbla kontinuiteten vid verksamhetsavyttringar har således mist mycket av sin bärighet.

Det kan noteras att kommissionen i det ursprungligen framlagda direktivförslaget föreslog att det överlåtande bolaget skulle ha rätt att värdera de mottagna andelarna till marknadsvärdet utan att detta skulle leda till att beskattning utlöstes. Anledningen var just att dubbelbeskattning av samma värdeökning skulle undvikas.[179] Detta förslag kritiserades dock hårt för att vara alltför liberalt och övergavs alltså i den slutliga direktivtexten.[180] I sitt förslag till ändringar i fusionsdirektivet väckte kommissionen frågan på nytt och föreslog återigen att det i direktivet skulle införas en regel om att de mottagna andelarna skulle få värderas till marknadsvärdet.[181] Inte heller denna gång lyckades kommissionen dock få medlemsstaternas gehör för detta förslag och någon regel om detta finns därför inte med i det antagna ändringsdirektivet.

I doktrinen har emellertid ifrågasatts om inte en rättighet att använda marknadsvärdet kan intolkas redan i det nu gällande direktivet eftersom en sådan bestämmelse enligt denna åsikt är nödvändig för att ge full effekt åt direktivets målsättningar.[182] Det har också hävdats att det måste anses strida mot direktivets skatteflyktsbestämmelse i artikel 11 att av skatteflyktsskäl föreskriva att det skattemässiga värdet skall användas.[183] Anledningen skulle vara att en sådan bestämmelse kan jämställas med en mekaniskt verkande skatteflyktsregel vilken i praktiken automatiskt ute-

[178] Se prop. 2002/03:96 s. 132 ff.

[179] Se artikel 10.3 i direktivförslaget COM(69) 5 final samt kommentaren till artikeln i kommissionens motivering till förslaget.

[180] Thömmes i ECTL kap. 5.9, p. 5.

[181] Se förslaget till ny artikel 9.2 i KOM(2003) 613 slutlig.

[182] Survey 1995 s. 51, Wheeler i European Taxation 1995 s. 143 och 146 samt Næsborg Jensen 1997 s. 194. Kommissionen har framfört liknande tankar i SEC(2001) 1681 s. 238 f., där det sägs att även om en värdering till skattemässigt värde inte kommer i direkt konflikt med direktivets ordalydelse så strider en sådan värdering mot direktivets anda. Ungefär detsamma uttrycks också i Survey 2003 s. 54.

[183] Se framför allt Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214 men även (dock inte lika kategoriskt) Schelpe i EC Tax Review 1997 s. 21. Se även kommissionen i KOM(2003) 613 slutlig, p. 26 i inledningen till förslaget.

stänger vissa transaktioner från att komma i åtnjutande av direktivets förmånliga skatteregler. Såsom framgår av kapitel 4.3.1 ovan är sådana mekaniskt verkande skatteflyktsregler inte tillåtna.

För egen del har jag svårt att hålla med om att en föreskrift om att det skattemässiga värdet skall användas strider mot direktivet. Som jag ser det utestänger inte en sådan föreskrift transaktionen från direktivets skattefördelar utan innebär endast att transaktionen inte kommer att omfattas av längre gående skattefördelar än de som uttryckligen medges i direktivet. För att med stöd av artikel 11 vägra en skattskyldig tillgång till direktivets skattebestämmelser krävs förvisso en prövning av skatteflyktssyfte, men detsamma kan inte gälla för en skattefråga som överhuvudtaget inte regleras i direktivet. Min slutsats är i stället att eftersom fusionsdirektivet saknar bestämmelser om värderingsfrågan är medlemsstaterna fria att reglera denna efter eget gottfinnande.[184] Även om jag på mer allmänna grunder anser att det kan ifrågasättas om det, i ett system med skattefrihet för näringsbetingade andelar, finns anledning att upprätthålla den dubbla kontinuiteten kan jag således inte se att de svenska reglerna kommer i konflikt med direktivet (se även diskussionen i kapitel 6.5 nedan).

Det skall slutligen noteras att den svenska bestämmelsen i 38:13 IL om värdering till skattemässigt värde endast gäller för verksamhetsavyttringar som beskattas enligt huvudreglerna i 38 kap. IL, d.v.s. som undantas från beskattning enligt de kontinuitetsregler som behandlats i avsnitt 5.4.3. Vid överföring av fasta driftställen i andra stater till köpare som inte är skattskyldiga i Sverige tillämpas som framgått i avsnitt 5.7.1 ovan i stället den särskilda beskattningsordningen i 38:19 jämförd med 37:30 IL. Detta innebär att 38:13 IL inte är tillämplig i dessa fall. I 38:19 och 37:30 IL saknas vidare bestämmelser om hur anskaffningsvärdet på de mottagna andelarna skall bestämmas. Mot bakgrund av att reglerna i 38:19 och 37:30 IL genom systemet med avräkning för fiktiv skatt i realiteten ofta får samma effekt som huvudreglerna i 38 kap. IL, d.v.s. att svensk skatt inte kommer att tas ut p.g.a. verksamhetsavyttringen, skulle kunna argumenteras för att anskaffningsvärdet på de mottagna andelarna vid tillämpningen av dessa regler borde bestämmas på samma sätt som i 38:13 IL. Regeringsrätten har dock i RÅ 2002 ref. 101 fastställt att man i dessa situationer skall falla tillbaka på de regler som allmänt gäller vid byte av egendom. De mottagna andelarna skall därför anses anskaffade för en ersättning motsvarande marknadsvärdet på de avyttrade tillgångarna.

[184] Samma slutsats dras av Thömmes i ECTL kap. 5.9, p. 5.

5.9 Beskattningen i det övertagande bolagets hemland

5.9.1 Direktivregleringen

Det skall observeras att reglerna i artiklarna 4–6 rör beskattningen i det överlåtande bolagets hemland. Däremot saknar direktivet regler för vilka skattekonsekvenser transaktionen skall ha i det övertagande bolagets hemland. Om det övertagande bolagets hemland tillämpar en global inkomstbeskattning av inhemska bolag kommer de tillgångar och skulder som förs över genom transaktionen att hamna under detta lands skattejurisdiktion, även om de är knutna till ett fast driftställe i en annan medlemsstat. Den centrala frågan när det gäller beskattningen i det övertagande bolagets hemland är vilket värde den överförda egendomen skall åsättas där. Skall någon form av kontinuitet tillämpas även i detta land eller skall de av parterna använda avräkningsvärdena (eller ett på annat sätt fastställt marknadsvärde) användas?[185] Samma fråga uppkommer vidare vid flyttning av sätet för europabolag och europeiska kooperativa föreningar. På motsvarande sätt som artiklarna 4–6 gäller de nya artiklarna 10b–10c endast beskattningen i det gamla säteslandet, medan det saknas regler för vilka värden som det nya säteslandet skall åsätta den egendom som genom sätesflytten kommer in under detta lands skattejurisdiktion.

Vid ombildningar som innefattar en överföring av egendom mellan olika subjekt förefaller det ligga närmast till hands att de av parterna åsatta värdena skall användas, åtminstone om transaktionen sker på marknadsmässiga villkor. På så sätt säkerställs nämligen att det övertagande bolagets hemland endast beskattar framtida värdeökning på den överförda egendomen men inte den upplupna men ännu orealiserade värdestegring som är vidhäftad den överförda egendomen vid tidpunkten för transaktionen. Denna värdestegring har ju uppkommit innan dess att egendomen kom in i det övertagande landets beskattningssfär, varför det är rimligt att detta land avstår från att beskatta den när den realiseras. Dessutom skulle en strikt kontinuitetslösning vara svår att tillämpa i praktiken, eftersom den skulle kräva att de skattemässiga värden som används i överlåtarlandet förs över och tillämpas i ett annat lands skattesystem med kanske helt andra skattemässiga värderings- och periodiseringsregler etc. Av motsvarande skäl kan argumenteras för att det nya säteslandet vid en flyttning av sätet bör använda egendomens marknads-

[185] Se för en allmän diskussion av kontinuitetsprincipens tillämpning när egendom förs in i ett lands beskattningssfär Persson Österman i SN 1996 s. 275 ff.

värde som ingångsvärde vid beskattningen. Som nämnts innehåller direktivet dock inga regler angående de nu behandlade frågorna, varför medlemsstaterna torde vara fria att reglera dem efter eget gottfinnande.[186]

En annan fråga som aktualiseras vid beskattningen i det övertagande bolagets hemland (respektive det nya säteslandet vid en flyttning av sätet) är hur detta land skall hantera gamla förluster i den överförda verksamheten. Denna fråga har redan behandlats i avsnitt 5.5.2 ovan.

5.9.2 Svenska regler om fusioner, fissioner och flyttning av säte

Den svenska lösningen när det gäller fusioner och fissioner är att tillämpa de särskilda reglerna om beskattningsinträde i 20a kap. IL på egendom som i och med transaktionen förs in i den svenska beskattningssfären, se 20a:1, 1 st., 6 p. IL. Kontinuitetsreglerna i 37 kap. IL gäller således endast för sådan egendom som redan före transaktionen fanns inom svensk skattejurisdiktion.[187] Reglerna om beskattningsinträde tillämpas också när ett europabolag eller en europeisk kooperativ förening flyttar sitt säte till Sverige, se 20a:1, 1 st., 1 p. IL.

Reglerna om beskattningsinträde bygger även de på en kontinuitetstanke, om än i något modifierad eller schabloniserad form. I princip innebär dessa regler att ingångsvärdet för det övertagande företaget respektive det hitflyttade europabolaget/den hitflyttade föreningen bestäms med utgångspunkt i egendomens ursprungliga anskaffningsvärden (inklusive eventuella förbättringsutgifter).[188] För tillgångar som är föremål för avskrivning minskas dessa belopp med värdeminskningsavdrag beräknade utifrån i lagtexten angivna procentsatser.[189] Ingångsvärdet är således inte det skattemässiga värde som tillämpades vid beskattningen av den aktuella verksamheten i utlandet utan ett beräknat "svenskt" skattemässigt värde. Tanken med reglerna är att det åsatta värdet schablonmässigt skall motsvara det som hade gällt om tillgångarna från början anskaffats i och därefter

[186] Jfr dock Survey 1995 s. 30, där det ifrågasätts om inte en skyldighet för det övertagande bolagets hemland att acceptera de av parterna åsatta värdena kan intolkas i direktivet.

[187] Detta uttrycks i 37:18 IL på så sätt att kontinuitet gäller "sådan näringsverksamhet som avses i 17 §". Den sistnämnda paragrafen hänvisar i sin tur tillbaka till 37:11 IL, där det anges att det överlåtande företaget måste vara skattskyldigt för åtminstone en del av sin näringsverksamhet i Sverige för att kontinuitetsreglerna i 37 kap. IL skall vara tillämpliga.

[188] Se 20a:3–5 IL samt anvisningen för hur dessa bestämmelser skall tillämpas vid fusioner och fissioner i 20a:1, 2 st. IL.

[189] Se närmare 20a:4 IL.

ingått i en i Sverige skattepliktig verksamhet.[190] Som anskaffningstidpunkt gäller dock fusions/fissionstidpunkten respektive inflyttningstidpunkten och inte den tidpunkt då tillgångarna ursprungligen anskaffades av det överlåtande företaget respektive det hitflyttade bolaget/den hitflyttade föreningen.[191]

Såsom reglerna om beskattningsinträde är utformade kan de i vissa fall få den i avsnitt 5.9.1 nämnda konsekvensen att värdestegring kommer att beskattas i Sverige trots att den genererats när verksamheten inte var föremål för svensk beskattning. Detta förefaller knappast motiverat och när reglerna om beskattningsinträde infördes uttalades också i propositionen att Sverige ur principiell synvinkel inte har annat intresse än att beskattningen av näringsverksamheten korrekt återspeglar det ekonomiska resultatet efter det att verksamheten kom in under svensk skattejurisdiktion.[192] En regel om att marknadsvärdet skulle få användas som ingångsvärde avvisades ändå eftersom en sådan regel befarades kunna leda till värderingstvister mellan myndigheter och enskilda.[193]

Reglerna om beskattningsinträde är således snarare motiverade av praktiska skäl än av en önskan om att åstadkomma en principiellt sett korrekt beskattning. Med tanke på att reglernas tillämpningsområde ursprungligen var begränsat till beskattningsinträde p.g.a. förändrad skattskyldighet hos ett och samma skattesubjekt kan man enligt min mening ha viss förståelse för skälen bakom regleringen. När beskattningsinträdet inte är kopplat till en äganderättsövergång mellan två subjekt finns ju ingen transaktion att hänga upp värderingen av den aktuella egendomen på. Av detta skäl kan det enligt min mening trots allt anses motiverat att reglerna om beskattningsinträde används när europabolag och europeiska kooperativa föreningar flyttar sitt säte till Sverige. Däremot har jag mindre förståelse för att reglerna utvidgats till att också omfatta beskattningsinträde vid fusioner och fissioner. I förarbetena anges helt kort att det "[m]ed hänsyn till den särskilda typ av äganderättsövergång som föreligger vid fusioner och som associationsrättsligt innebär att det övertagande företaget tar över samtliga tillgångar och skulder i det överlåtande företaget" finns skäl att låta 20a kap. IL omfatta även dessa fall.[194] Det verkar alltså vara transaktionens karaktär av universalsuccession som motiverat att reglerna om beskattningsinträde gjorts tillämpliga. Själv har jag mycket svårt att förstå varför just detta motiverar att de av parterna använda

[190] Se prop. 2002/03:96 s. 155.
[191] Se 20a:2 IL.
[192] Prop. 2002/03:96 s. 155.
[193] Prop. 2002/03:96 s. 155.
[194] Prop. 2003/04:134 s. 20.

avräkningsvärdena inte får användas som ingångsvärden. Särskilt i de fall då fusionen/fissionen sker mellan företag som före transaktionen är fristående från varandra och kanske t.o.m. är föremål för börsnotering eller annan typ av marknadsövervakning finns knappast anledning att basera ingångsvärdet för det övertagande företaget på annat värde än det vid fusionen/fissionen utgivna vederlaget. När transaktionen sker mellan närstående företag kan det dock kanske vara mer befogat att reglerna om beskattningsinträde används, eftersom värderingsproblemen då generellt sett är större.

Enligt min mening kan man således från allmän synpunkt ifrågasätta varför det övertagande företaget inte, ens vid fusioner/fissioner som sker på marknadsmässiga villkor mellan oberoende företag, får använda det faktiskt utgivna vederlaget som anskaffningsvärde. Att så inte får ske torde dock som redan framgått i och för sig inte strida mot fusionsdirektivet eftersom direktivet inte innehåller några regler angående denna fråga.

5.9.3 Svenska regler om verksamhetsavyttringar

Liksom vid fusioner och fissioner gäller även vid verksamhetsavyttringar att det köpande företaget måste vara skattskyldigt i Sverige för att kontinuitetsreglerna i 38 kap. IL skall bli tillämpliga, se 38:6 IL. En verksamhetsavyttring från ett utländskt till ett svenskt företag av en verksamhetsgren som inte tidigare funnits inom svensk skattejurisdiktion kommer alltså inte att behandlas enligt 38 kap. IL. Till skillnad från när det gäller fusioner och fissioner är dock inte heller reglerna om beskattningsinträde tillämpliga i detta fall. I stället får vanliga regler om anskaffningsvärde etc. användas, vilket regelmässigt innebär att det är det faktiskt utgivna vederlaget som blir styrande. Möjligen är det något mer osäkert vad som gäller om verksamhetsavyttringen även omfattar egendom som beskattats i Sverige redan före transaktionen. Så kan t.ex. vara fallet om ett utländskt företag genom en verksamhetsavyttring överför hela sin näringsverksamhet till ett svenskt företag. I överföringen kan då ingå både verksamhet som bedrivits i det säljande företagets hemland och verksamhet som är knuten till ett fast driftställe i Sverige.

Att reglerna om verksamhetsavyttringar blir tillämpliga på den sistnämnda verksamheten är väl i och för sig klart. När det gäller andra tillgångar än kapitaltillgångar framgår vidare av 38:14, 1 st. IL att kontinuiteten *endast* gäller just den del av de överförda tillgångarna som redan tidigare fanns inom den svenska beskattningssfären.[195] När det gäller

[195] Detta kan utläsas av den hänvisning som i 38:14, 1 st. IL görs till vad som gäller vid säljarens beskattning.

kapitaltillgångar sägs i 38:14, 2 st. IL däremot helt kategoriskt att det köpande företaget skall inträda i det säljande företagets skattemässiga situation. Avsikten måste dock även här rimligen vara att detta endast skall gälla om säljaren var skattskyldig i Sverige för de överförda tillgångarna. Om så inte var fallet saknas anledning för Sverige att inte tillåta att vederlaget används som anskaffningsvärde. Dessutom lär det vara mycket svårt rent praktiskt att vid den svenska beskattningen låta köparen inträda i säljarens skattemässiga situation när denna situation styrs av ett annat lands skatterätt. Det sagda talar enligt min mening för att även 38:14, 2 st. IL bör tolkas så att kontinuiteten endast gäller för sådana kapitaltillgångar som redan före transaktionen fanns inom den svenska beskattningssfären.

5.10 Möjlighet att välja att inte omfattas av reglerna

I artikel 4.3 i direktivet anges att om det övertagande bolaget enligt lagstiftningen i det överlåtande bolagets medlemsstat har rätt att beräkna nya värdeminskningsavdrag och vinst eller förlust avseende de överförda tillgångarna och skulderna på annan grund än genom tillämpning av kontinuitetsregeln, skall skattefriheten inte gälla för de tillgångar och skulder beträffande vilka denna möjlighet utnyttjas.[196] Innebörden av denna bestämmelse är helt enkelt att den medlemsstat som så önskar kan göra tillämpningen av reglerna om skattefrihet med därpå följande kontinuitet frivillig för de inblandade bolagen. En medlemsstat kan alltså ge bolagen möjlighet att välja att skatta av delar av eller hela den tillgångsmassa som överförs, vilket medför att det övertagande bolaget får marknadsvärdet som anskaffningsvärde och kan "börja om" med avskrivningar etc. Om tillämpningen av regleringen är frivillig möjliggörs vidare för bolagen att realisera eventuella latenta förluster eller att utnyttja tidigare års förluster mot vinster som tas fram genom ombildningen. Det sistnämnda kan vara intressant om den nationella regleringen inte tillåter att tidigare års förluster förs över i samband med ombildningen (jfr avsnitt 5.5.2 ovan).

Den svenska lagstiftningen när det gäller fusioner och fissioner är emellertid utformad så att om en fusion/fission uppfyller de villkor som anges i lagstiftningen omfattas transaktionen automatiskt av de beskatt-

[196] En motsvarande bestämmelse finns även i den nya artikel 10b.3 angående beskattning vid flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar.

ningsregler som föreskrivs där. De inblandade företagen har således ingen möjlighet att välja att i stället skatta av vinster och förluster vid transaktionen.[197] I doktrinen har hävdats att det strider mot direktivets anda att inte ge det överlåtande företaget möjlighet att i samband med en fusion/fission realisera eventuella förluster på den överförda egendomen, eftersom detta kan motverka att omstruktureringar genomförs i situationer då marknadsvärdet på tillgångarna och skulderna i det överlåtande företaget understiger deras skattemässiga värde.[198] Här kan konstateras att direktivet saknar uttryckliga regler om vad som skall gälla i förlustfallen, i artikel 4.1 stipuleras endast att transaktionerna inte får leda till vinstbeskattning. Enligt min mening måste det dock anses ligga helt i linje med denna bestämmelse att därmed inte heller medge avdrag för förluster. Av artikel 4.3 framgår vidare klart att denna artikel endast ger medlemsstaterna *möjlighet* men ingen *skyldighet* att införa en valfrihet för de inblandade bolagen. Jag har dessutom svårt att se att de ombildningar som omfattas av direktivet motverkas av att avdrag för latenta förluster inte medges vid själva transaktionen. Genom systemet med skattemässig kontinuitet kommer ju de latenta förlusterna att flyttas över till det övertagande företaget och kan senare dras av hos detta subjekt i stället. Dessa förluster faller således inte bort i samband med transaktionen utan avdragsrätten skjuts endast upp till dess att förlusterna realiseras hos det övertagande företaget. De inblandade företagen kan därmed inte sägas komma i en sämre position p.g.a. ombildningen jämfört med om denna inte företagits. Sammanfattningsvis måste de svenska reglerna därför enligt min mening anses förenliga såväl med direktivets ordalydelse som med dess syfte.

När det gäller förluster som härrör från tidigare år kan de svenska reglerna däremot som nämnts leda till att dessa förluster sätts i karantän eller helt utslocknar till följd av ombildningen. Eftersom någon valmöjlighet inte har införts i den svenska regleringen har det överlåtande företaget ingen möjlighet att vid fusionen/fissionen realisera latenta vinster för att på så sätt kunna utnyttja de gamla förlusterna.[199] Med hänsyn till

[197] Detsamma gäller även vid flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar, d.v.s. om en sådan flyttning av sätet inte föranleder uttagsbeskattning enligt 22:5 IL betraktas den inte som beskattningsutlösande enligt svensk rätt även om det flyttande bolaget/den flyttande föreningen skulle önska att så var fallet. Den följande diskussionen har därmed relevans även när det gäller flyttning av säte.

[198] Wiman i ECTL del A, p. 114.

[199] Som nämnts i avsnitt 5.4.2.4 finns i och för sig en möjlighet för det övertagande företaget att skriva upp värdet på inventarier och lager om det uppskrivna beloppet tas upp som intäkt. Eftersom denna intäkt realiseras hos det övertagande företaget kan detta förfarande dock inte användas för att utnyttja gamla förluster som inte får övertas eller som i och med fusionen/fissionen sätts i karantän.

att det som sagt är frivilligt för medlemsstaterna att införa en sådan valmöjlighet kan inte heller detta anses strida mot direktivet.

När det gäller verksamhetsavyttringar är de svenska reglerna däremot helt frivilliga och tillämpas bara om båda de inblandade företagen begär det, se 38:5 IL. Vidare gäller att verksamhetsavyttringsreglerna överhuvudtaget inte är tillämpliga i förlustfall, d.v.s. när ersättningen understiger tillgångarnas skattemässiga värde, se 38:8 IL.

6 Beskattning på ägarnivå

6.1 Inledning

Direktivets regler om beskattning på ägarnivå aktualiseras först och främst vid andelsbyten. Även fusioner och fissioner skulle vidare i avsaknad av särskilda regler kunna medföra skattekonsekvenser även på ägarnivå, eftersom dessa transaktioner innebär att andelarna i det överlåtande, upplösta, bolaget upphör att existera. Liksom byten ses detta i regel som en beskattningsutlösande händelse jämställd med avyttring av andelarna (se för svensk rätts del 44:8 IL). Direktivet innehåller därför regler som skall säkerställa att dessa ombildningar inte utlöser någon beskattning på ägarnivå. Vid en verksamhetsavyttring sker däremot hela transaktionen mellan det överlåtande och det övertagande bolaget och bolagens ägare är inte involverade i affären. Det saknas därför behov av regler angående beskattning på ägarnivå vid denna typ av ombildning.[1]

I artikel 8.1 i direktivet anges att ett utbyte av andelar inte i sig får leda till beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst hos delägaren. Syftet är dock inte att ge en definitiv skattefrihet utan endast att skjuta fram beskattningen till en senare tidpunkt. Enligt artikel 8.2 skall delägaren därför åsätta de mottagna andelarna samma skattemässiga värde som de bortbytta andelarna hade. Vidare stipuleras i andra stycket i artikel 8.2 att

[1] En verksamhetsavyttring till underpris skulle i och för sig i vissa fall kunna aktualisera en utdelningsbeskattning på ägarnivå i enlighet med principerna i RÅ 2004 ref. 1 (det s.k. Sipano II-målet angående konsekvenserna på ägarnivå av att en värdeöverföring sker inom en oäkta koncern). Såsom diskuterats i kapitel 3.2.3.2 ovan innebär dock kravet på marknadsmässigt vederlag i 38:2 IL att en sådan transaktion överhuvudtaget inte omfattas av de svenska reglerna om verksamhetsavyttringar utan får bedömas enligt underprisreglerna. Denna problematik behandlas därför inte vidare här. Inte heller behandlas de särskilda ägarbeskattningsfrågor som kan uppkomma i samband med andelsbyten till underpris (d.v.s. regelsystemen i 23 och 53 kap. IL). Som framgår i kapitel 3.3.3 är det nämligen bara den oneröса delen av en sådan transaktion som omfattas av de svenska andelsbytesreglerna.

tillämpningen av skattefrihetsbestämmelsen i punkt 1 inte skall hindra medlemsstaterna från att beskatta den vinst som uppstår vid senare överlåtelse av de mottagna andelarna på samma sätt som de beskattar vinster vid överlåtelse av de ursprungliga andelarna. Också här tillämpas alltså en kontinuitetsprincip. Reglerna innebär att även den värdeökning som hade skett på de bortbytta andelarna vid tidpunkten för bytet automatiskt kommer att beskattas vid en senare försäljning av de mottagna andelarna.

I Sverige har direktivets andelsbytesregler implementerats på olika sätt för olika kategorier skattskyldiga. För fysiska personer gäller i regel bestämmelserna om s.k. framskjuten beskattning vid andelsbyten i 48a kap. IL. Dessa bestämmelser bygger på samma kontinuitetsteknik som direktivet, d.v.s. andelsbytet utlöser inte någon beskattning av upplupen värdestegring på de bortbytta andelarna utan i stället överförs omkostnadsbeloppet för dessa andelar på de mottagna andelarna. För juridiska personer och delägare i svenska handelsbolag används i stället en uppskovsmetod enligt regler i 49 kap. IL. Uppskovsmetoden tillämpas också för fysiska personer i ett speciellt fall, nämligen när de bortbytta andelarna är lagertillgångar i andelsägarens näringsverksamhet.

Även uppskovsmetoden syftar till att skjuta fram beskattningen av den upplupna värdestegringen på de bortbytta andelarna, men tekniken för att åstadkomma detta skiljer sig från den kontinuitetsmetod som används i direktivet. Uppskovstekniken innebär att en kapitalvinst fastställs för andelsägaren vid andelsbytet, men att uppskov med beskattningen av vinsten medges. Uppskovsbeloppet beskattas först vid ett senare tillfälle, enligt särskilda regler i 49 kap. IL. Anskaffningsvärdet för de mottagna andelarna bestäms till marknadsvärdet. Uppskovsmetoden kommer att diskuteras utförligare i avsnitt 6.6 nedan.

När det slutligen gäller de nya transaktionsformerna partiell fission och flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar kan även dessa aktualisera en beskattning på ägarnivå. När det gäller flyttning av säte stipuleras därför i den nya artikel 10d.1 som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet att denna flyttning inte i sig får leda till att delägarna beskattas. Detta krav tillgodoses redan i svensk rätt. Eftersom flyttningen av sätet inte innebär att bolaget/föreningen avvecklas eller att en ny juridisk person bildas saknas nämligen i svensk rätt grund för att anse att andelarna avyttras i samband med sätesflytten, varför det av allmänna regler följer att någon kapitalvinstbeskattning inte aktualiseras (se 44:3–10 IL). Vidare anges i artikel 10d.2 att beskattning (naturligen) får ske vid en senare överlåtelse av andelarna i bolaget/föreningen. För att säkerställa att en sådan beskattning kan effektueras även om delägaren senare själv flyttar från Sverige har en särskild bestämmelse införts i den s.k. tioårsregeln i 3:19 IL. Tioårsregeln gäller

normalt endast vid avyttring av svenska aktier men har nu också gjorts tillämplig vid avyttring av aktier i utflyttade europabolag.[2]

När det gäller partiella fissioner anges i ändringsdirektivet att artikel 8 skall kompletteras med särskilda bestämmelser om att även sådana transaktioner skall skattebefrias på ägarnivå. Dessa bestämmelser ansluter till dem som idag gäller vid fusioner/fissioner och andelsbyten. En skillnad är dock att andelsägaren vid en fusion/fission respektive ett andelsbyte anses ha avyttrat sina gamla andelar och fått nya andelar i vederlag. Direktivets regler är därför inriktade på att undanröja den kapitalvinstbeskattning som normalt följer av en sådan avyttring. Vid en partiell fission behåller andelsägaren däremot andelarna i det överlåtande bolaget men får dessutom nya andelar i det övertagande bolaget. De nya andelarna bör därmed snarast ses som en utdelning på det tidigare andelsinnehavet. Denna utdelning skall dock inte beskattas hos andelsägaren.[3] I stället skall det skattemässiga värdet på de gamla andelarna fördelas mellan dessa och de nya andelar som erhålls vid transaktionen.[4] I den delen liknar reglerna om partiella fissioner således dem som tillämpas vid en s.k. Lex Asea-utdelning i Sverige.[5]

I följande avsnitt behandlas beskattningen på ägarnivå närmare. Diskussionen är genomgående inriktad på beskattningen vid de transaktionsformer som för närvarande omfattas av direktivet, d.v.s. fusioner, fissioner och andelsbyten. När det i det följande talas om "andelsbyten" avses om annat inte anges eller framgår av sammanhanget både regelrätta andelsbyten och sådana andelsbyten som sker som ett led i en fusion/fission.[6] Mycket av det som sägs bör vidare kunna vara av relevans även vid partiella fissioner. Eftersom direktivreglerna när det gäller beskattningen på ägarnivå vid partiella fissioner är något annorlunda konstruerade än när det gäller de övriga transaktionsformerna, och då det ännu saknas en svensk implementeringslagstiftning att knyta analysen till, har jag dock inte funnit det möjligt att i analysen särskilt beakta de mer specifika problem som kan göra sig gällande vid partiella fissioner. Jag kommer i det följande inte heller att gå närmare in på ägarbeskattningsfrågor vid flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar. De

[2] Någon motsvarande reglering när det gäller avyttring av andelar i europeiska kooperativa föreningar har ännu inte införts, vilket torde bero på att förordningen om europeiska kooperativa föreningar träder i kraft först den 18 augusti 2006.

[3] Se artikel 8.2 i dess lydelse enligt ändringsdirektivet.

[4] Se den nya artikel 8.5.

[5] Se 42:16 och 48:8 IL.

[6] Se särskilt om andelsägarnas beskattning vid fusioner och fissioner i avsnitt 6.3 nedan.

problem som uppkommer vid beskattningen på ägarnivå är främst kopplade till att beskattning inte skall utlösas trots att andelsägaren byter en tillgång mot en annan. Dessa problem föreligger inte på samma sätt när ett bolag eller en förening flyttar sitt säte eftersom ägaren då hela tiden innehar andelar i en och samma juridiska person.

6.2 Närmare om innebörden av den skattemässiga kontinuiteten

6.2.1 Inledning

Liksom när det gäller beskattningen på bolagsnivå kan diskuteras vilken närmare innebörd direktivets kontinuitetsmetod har. Som redan framgått är kontinuiteten på ägarnivå konstruerad på ett annat sätt än kontinuiteten på bolagsnivå. På bolagsnivå fortsätter det skattemässiga övervärdet att vara knutet till samma skatteobjekt, men flyttas till ett nytt skattesubjekt. Frågan blir därmed om direktivet kräver att skatteobjektet, trots bytet av skattesubjekt, fortfarande beskattas på samma sätt efter transaktionen. På ägarnivå är det tvärtom så att skattesubjektet hela tiden är detsamma (delägaren), men att det skattemässiga övervärdet flyttas över till ett nytt skatteobjekt (de mottagna andelarna). Frågan blir därför om och i så fall i vilken utsträckning direktivet tillåter att det vid den fortsatta beskattningen av de mottagna andelarna får beaktas att det skett ett byte av skatteobjekt, eller om strikt kontinuitet skall råda i den skattemässiga behandlingen av de mottagna andelarna. Denna fråga skall behandlas i de följande underavsnitten.

6.2.2 Värdekontinuitet

I artikel 8.2 i direktivet uttrycks kontinuiteten på så sätt att medlemsstaterna skall göra skattefriheten vid andelsbytet beroende av att delägarna inte åsätter de mottagna andelarna ett skattemässigt värde som är högre än det som de bortbytta andelarna hade omedelbart före bytet. Detta indikerar att det primärt är fråga om en värdekontinuitet. Ordalydelsen i bestämmelsen, d.v.s. att det skattemässiga värdet inte skall vara "högre", öppnar i och för sig för tolkningen att någon absolut värdekontinuitet inte behöver föreligga utan att värdet får sättas lägre än det värde de bortbytta andelarna hade. En sådan tolkning kommer dock enligt min mening i konflikt med det övergripande syftet med direktivet, eftersom den skulle innebära att ett andelsbyte i slutänden skulle kunna leda till en hårdare beskattning än den som skulle ha skett om bytet inte hade ägt rum. Om

ett lägre värde används resulterar det ju i att kapitalvinsten vid avyttringen av de mottagna andelarna blir högre än om de ursprungliga andelarna hade behållits och sålts för samma vederlag. Detta skulle givetvis kunna avhålla andelsägare från att delta i andelsbyten. Tolkningen är därför svår att förena med det syfte med direktivet som uttrycks i preambeln, nämligen att gränsöverskridande andelsbyten inte skall hindras av restriktioner som härrör från skattebestämmelserna i medlemsstaterna och att skattereglerna skall vara neutrala ur konkurrenssynpunkt.

Förklaringen till formuleringen i artikel 8.2 är förmodligen att denna bestämmelse, på samma sätt som artikel 4.2 (se kapitel 5.4.1 ovan), primärt torde ha skrivits med medlemsstaternas ekonomiska intressen för ögonen. Bestämmelsens syfte torde således vara att säkerställa att beskattningen inte går definitivt förlorad. För detta syfte krävs endast att det fastslås att värdet på de mottagna andelarna inte skall sättas högre än värdet på de bortbytta andelarna. Att värdet sätts lägre kränker ju inte medlemsstaternas ekonomiska intressen men leder som nämnts till en merbeskattning vid avyttringen av de mottagna andelarna.

Min bedömning är att artikel 8.2 trots ordalydelsen bör tolkas som ett krav på absolut värdekontinuitet, d.v.s. för att värdet inte heller får sättas lägre. För detta talar, förutom direktivets övergripande syfte, även bestämmelserna i andra och tredje styckena av artikel 8.2. Enligt andra stycket skall tillämpningen av skattefrihetsregeln i artikel 8.1 inte hindra medlemsstaterna från att beskatta den vinst som uppstår vid en senare överlåtelse av de mottagna andelarna "på samma sätt" som de beskattar vinster vid överlåtelse av de bortbytta andelarna. Enligt tredje stycket avses med uttrycket "skattemässigt värde" det belopp med utgångspunkt från vilket en eventuell vinst eller förlust beräknas vid beskattningen av inkomst, vinst eller kapitalvinst för en delägare i bolaget. Även om artikel 8.2 enligt ovan primärt torde vara skriven i medlemsstaternas intressen menar jag att dessa bestämmelser, lästa i ljuset av skattefrihetsbestämmelsen i artikel 8.1 samt direktivets syften, klart indikerar att beskattningen vid avyttringen av de mottagna andelarna måste utgå från samma skattemässiga värde som det som gällde för de bortbytta andelarna, d.v.s. att värdet inte heller får sättas lägre.

I svensk rätt anges i 48a:10 IL att de mottagna andelarna skall anses förvärvade för en ersättning som motsvarar det omkostnadsbelopp som gällde för de bortbytta andelarna. I enlighet med direktivets krav upprätthålls här således en strikt värdekontinuitet. Vidare finns förslag om att s.k. sparade lättnads- och utdelningsutrymmen som hänför sig till de bortbytta andelarna skall få föras över på de mottagna andelarna.[7] Detta får

[7] Se prop. 2003/04:33.

betydelse när de bortbytta andelarna är onoterade respektive kvalificerade. För onoterade andelar gäller att viss del av utdelningen är skattefri enligt de s.k. lättnadsreglerna i 43 kap. IL. Om andelarna dessutom är kvalificerade omfattas de av de s.k. fördelningsreglerna i 57 kap. IL. Enligt det sistnämnda regelsystemet finns en gräns för hur stor utdelning som får beskattas i inkomstslaget kapital. Utdelning över detta gränsbelopp beskattas i inkomstslaget tjänst. Om andelsägaren inte fullt ut utnyttjat utrymmena för att ta ut obeskattad respektive kapitalbeskattad utdelning ett visst år får resterande del av utrymmena sparas till ett senare år, och kan i sista hand användas vid kapitalvinstbeskattningen av andelarna när dessa avyttras.[8] Den del av kapitalvinsten som motsvarar det sparade lättnadsutrymmet undantas då från beskattning medan den del av kapitalvinsten som motsvarar det sparade utdelningsutrymmet i sin helhet hänförs till inkomstslaget kapital.

Enligt förslaget skall de sparade lättnads- och utdelningsutrymmena således få föras över på de mottagna andelarna.[9] Därigenom säkerställs att de outnyttjade utrymmena inte går förlorade p.g.a. andelsbytet utan kan användas vid en senare avyttring av de mottagna andelarna. En fråga man kan ställa sig är om det redan av direktivets krav på värdekontinuitet kan anses följa att de nämnda utrymmena måste överföras. Som nämnts definieras "skattemässigt värde" i artikel 8.2 i direktivet som "det belopp med utgångspunkt från vilket en eventuell vinst eller förlust beräknas". Det skattemässiga värdet har således betydelse för *hur stor* vinsten blir vid en avyttring av andelarna. De sparade lättnads- och utdelningsutrymmena påverkar dock egentligen inte storleken på den kapitalvinst som uppkommer utan säger endast *med vilken skattesats* denna vinst skall beskattas. Detta talar för att dessa utrymmen inte kan anses ingå i det skattemässiga värde som enligt direktivet måste överföras på de mottagna andelarna. Samtidigt kan skillnaden mellan om en regel påverkar storleken på vinsten respektive med vilken skattesats denna vinst skall beskattas vara mycket subtil. Särskilt när det gäller lättnadsutrymmet innebär ju detta att den del av vinsten som motsvarar utrymmet är helt skattefri. Lättnadsutrymmet påverkar således i vart fall storleken på den *skattepliktiga* vinsten, vilket talar för att kravet på värdekontinuitet innebär att åtminstone detta

[8] 43:6 och 8 respektive 57:10 och 12 IL.

[9] I propositionen föreslås att möjligheten till överföring av de sparade utrymmena skall gälla retroaktivt i fråga om andelsbyten som har skett efter den 31 december 2002, se prop. 2003/04:33 s. 1.

utrymme måste överföras på de mottagna andelarna.[10] Det är vidare möjligt att betrakta överföringen av de nämnda utrymmena som en fråga om karaktärskontinuitet, varför jag återkommer till frågan om direktivet kan anses kräva en sådan överföring i avsnitt 6.2.3.2 nedan.

6.2.3 Karaktärskontinuitet

6.2.3.1 Direktivets regler

Nästa fråga är om direktivet också kan sägas ställa krav på karaktärskontinuitet.[11] I första stycket i artikel 8.2 talas i och för sig som nämnts endast om de mottagna andelarnas skattemässiga *värde*. Detta talar för att direktivet endast kräver värde- men inte karaktärskontinuitet. Det man kan fråga sig är dock om bestämmelsen i andra stycket av artikel 8.2, d.v.s. att medlemsstaterna får beskatta en överlåtelse av de mottagna andelarna "på samma sätt" som de bortbytta, innebär ett krav på karaktärskontinuitet. Måste alltså även den skattemässiga karaktären på de bortbytta andelarna föras över på de mottagna andelarna? Denna fråga får betydelse om det i nationell rätt görs skillnad mellan olika typer av andelar vid beskattningen. Ett krav på karaktärskontinuitet innebär då att de mottagna andelarna måste åsättas samma skattemässiga karaktär som den som de bortbytta andelarna hade.

Som redan berörts i avsnitt 6.2.2 ovan torde artikel 8.2 primärt vara skriven med medlemsstaternas intressen för ögonen. På motsvarande sätt som diskuterats i kapitel 5.4.1 angående kontinuitetsregeln på bolagsnivå torde denna regel således inte direkt syfta till att ge de skattskyldiga vissa rättigheter utan till att säkerställa att den medgivna skattefriheten inte blir definitiv. Detta talar för att artikeln snarast bör läsas som en tillåtelse för medlemsstaterna att beskatta en senare överlåtelse av de mottagna andelarna och inte som ett krav på att denna överlåtelse måste beskattas på exakt samma sätt som en överlåtelse av de bortbytta andelarna. Tvärtom framstår det i regel som naturligt att det slutliga skatte-

[10] Här kan noteras att propositionen inte innehåller något förslag om att s.k. alternativa omkostnadsbelopp enligt bestämmelserna i 43:17–18 IL skall kunna överföras på de mottagna andelarna. Enligt dessa bestämmelser får underlaget för lättnads- och gränsbelopp beräknas på ett särskilt sätt för andelar som förvärvats före år 1990 respektive 1992. Dessa regler berörs inte i propositionen och det framgår därför inte varför inte även dessa omfattas av förslaget. Eventuellt rör det sig om ett förbiseende. För att undvika en konflikt med direktivets kontinuitetsregler bör den föreslagna möjligheten till överföring enligt min mening utvidgas till att även omfatta överföring av underlag enligt 43:17–18 IL.

[11] Se allmänt om skillnaden mellan värde- och karaktärskontinuitet i Persson Österman 1997 s. 68 ff.

utfallet styrs av de regler som gäller för de mottagna andelarna vid den tidpunkt då de avyttras, eftersom det är avyttringen av dessa som är den beskattningsutlösande händelsen. Exempelvis kan knappast krävas att den skattesats som gällde vid tidpunkten för andelsbytet måste tillämpas vid avyttringen av de mottagna andelarna trots att en skattehöjning skett efter andelsbytet. På motsvarande sätt förefaller det orimligt att p.g.a. andelsbytet "frysa" den skattemässiga karaktären på de mottagna andelarna. Detta gäller särskilt i de fall då även de bortbytta andelarna, om dessa hade behållits, i sig hade kunnat ändra karaktär t.ex. till följd av ändrade förhållanden.

Enligt min mening kan direktivet därmed knappast tolkas så att det i alla situationer kräver att de förhållanden som gällde för de bortbytta andelarna vid tidpunkten för andelsbytet skall styra beskattningsutfallet när de mottagna andelarna avyttras. Här kan också återigen framhållas att direktivets regler är så pass allmänt hållna att det måste anses föreligga ett visst handlingsutrymme för medlemsstaterna att anpassa kontinuitetslösningen till sina nationella skattesystem. I avsaknad av uttryckliga bestämmelser i direktivet för hur medlemsländerna skall hantera konflikter mellan å ena sidan systemet med skattemässig kontinuitet och å andra sidan de principer som gäller för kapitalvinstbeskattningen av olika typer av andelar bör länderna enligt min mening i princip anses ha fått mandat att lösa detta på egen hand.[12]

Därmed är dock inte sagt att medlemsstaterna är helt fria att utforma den fortsatta beskattningen av de mottagna andelarna på det sätt de önskar. Enligt min mening kan det finnas anledning att göra skillnad mellan sådana karaktärsändringar som beror på att de mottagna andelarna i sig har en annan skattemässig karaktär än de bortbytta, och sådana karaktärsändringar som uppkommer som en direkt följd av själva andelsbytet. Om det i nationell rätt exempelvis görs skillnad i beskattningen vid avyttringen av andelar i "små" och "stora" bolag (definierade på visst sätt), och en andelsägare byter sina andelar i ett litet bolag mot andelar i ett stort, menar jag att det knappast kan anses strida mot direktivet att beskatta den senare avyttring av de mottagna andelarna enligt de regler som gäller för "stora" bolag (även om dessa är oförmånligare än de som gäller för "små" bolag). Detta gäller i synnerhet om de bortbytta andelarna i sig hade kunnat ändra karaktär genom att bolaget vuxit från ett litet till ett stort bolag.

Om det däremot är så att de mottagna andelarna i grunden är av samma skattemässiga karaktär som de bortbytta andelarna, men de till

[12] Jfr dock att det vid den ursprungliga implementeringen av direktivet ansågs att det måste strida mot detta att beskatta de mottagna andelarna hårdare än de bortbytta andelarna, se SOU 1994:100 s. 67 f.

följd av andelsbytet ändå åsätts en annan (skattemässigt oförmånligare) karaktär, är det betydligt mer tvivelaktigt om de nationella reglerna skulle hålla vid en prövning mot direktivet. Här kan paralleller dras till diskussionen i avsnitt 6.2.2 ovan angående frågan om direktivet ställer krav på absolut värdekontinuitet. Min slutsats var där att det måste anses strida mot direktivets syften att, endast p.g.a. att ett andelsbyte sker, "skriva ned" värdet på de mottagna andelarna. En sådan åtgärd skulle innebära att andelsägaren, *enbart* på den grunden att hon deltar i ett andelsbyte, får en högre kapitalvinst vid avyttringen av de mottagna andelarna än vad som varit fallet vid en avyttring av de bortbytta andelarna. På motsvarande sätt menar jag att en karaktärsändring som inträffar *just p.g.a. andelsbytet*, och som leder till en mindre förmånlig beskattning av de mottagna jämfört med de bortbytta andelarna, kommer i konflikt med direktivets övergripande syfte att undanröja skattehinder för gränsöverskridande andelsbyten.

Frågan om vilka krav på skattemässig karaktärskontinuitet som kan anses följa av direktivet behandlas vidare i de följande avsnitten i anslutning till att några olika svenska bestämmelser diskuteras.

6.2.3.2 Svenska regler om byte av kvalificerade andelar m.m.

I svensk rätt får frågan om karaktärskontinuitet betydelse bl.a. vid andelsbyten som involverar s.k. kvalificerade andelar. Som nämnts skall avyttring av kvalificerade andelar delvis beskattas i inkomstslaget tjänst enligt de s.k. fördelningsreglerna i 57 kap. IL medan fysiska personers avyttringar av andelar som inte är kvalificerade i sin helhet beskattas i kapital. Innebär andra stycket i artikel 8.2 i direktivet att den bortbytta andelens karaktär som kvalificerad respektive icke kvalificerad alltid måste föras över på den mottagna andelen? Bara då kommer ju en avyttring av den mottagna andelen att beskattas "på samma sätt" som den bortbytta.

Det kan konstateras att en sådan karaktärskontinuitet enligt svensk rätt åtminstone delvis föreligger när en kvalificerad andel byts mot en andel som inte i sig själv uppfyller förutsättningarna för att vara kvalificerad. Enligt 57:6, 2 st. IL anses den mottagna andelen då ändå vara kvalificerad. För att inte skattekonsekvenserna av denna karaktärskontinuitet skall bli alltför hårda föreskrivs dock i 57:13 IL att den del av vinsten som skall beskattas i inkomstslaget tjänst är begränsad till det belopp som skulle ha beskattats i tjänst om beskattning hade skett redan vid andelsbytet.[13] Värdestegring som uppkommit efter andelsbytet kommer således

[13] Detta belopp skall enligt 48a:8a IL fastställas redan vid bytet. Som nämnts i avsnitt 6.2.2 ovan finns förslag om att s.k. sparade lättnads- och utdelningsutrymmen som hänför sig till de bortbytta andelarna skall få fördelas på de mottagna andelarna. Om det sparade utdelningsutrymme som enligt detta förslag skall fördelas på de mottagna andelarna

i sin helhet att beskattas i kapital. Karaktärskontinuiteten kan därmed inte sägas vara helt absolut, men eftersom detta är till fördel för de skattskyldiga kommer de svenska reglerna i detta avseende inte i konflikt med direktivet. Något som däremot kan ifrågasättas är att kvalificeringen enligt "smittoregeln" gäller för all framtid. Om de ursprungliga andelarna behållits hade dessa däremot kunnat "avkvalificeras" fem år efter det att andelsägaren slutat att vara verksam i företaget eller företaget upphört att vara ett fåmansföretag (t.ex. till följd av en börsnotering), se 57:4, 1 st., 1 p. och 57:6, 1 st. IL.[14] Möjligheten till "avkvalificering" faller således bort *just p.g.a. andelsbytet*, vilket gör att det kan ifrågasättas om denna aspekt på reglerna är förenlig med direktivet (jfr diskussionen i föregående avsnitt).

Ett karaktärskontinuitetsbrott uppkommer vidare även i det fallet att andelar som inte är kvalificerade byts mot andelar som är det. Så kan bli fallet om ett företag genom ett andelsbyte köps upp av ett fåmansföretag och en delägare i det förstnämnda företaget är verksam i det köpande men inte i det avyttrade företaget. Den bortbytta andelens karaktär som icke kvalificerad kommer då inte att överföras på den mottagna andelen. Detta leder till att även den värdestegring som inträffat före andelsbytet, och som principiellt sett endast borde beskattas i kapital, till viss del kommer att beskattas i tjänst när den mottagna andelen avyttras. Samma problem uppkommer också när de mottagna andelarna får karaktär av lagertillgång hos andelsägaren trots att de bortbytta andelarna inte var lagerandelar.[15] Detta kan, om vissa ytterligare förutsättningar är uppfyllda, inträffa om de mottagna men inte de bortbytta andelarna avser ett fastighetsförvaltande företag och andelsägaren driver byggnadsrörelse eller handel med fastigheter, se närmare 27:6 IL. Här innebär kontinuitetsbrottet att den värdestegring som inträffat före andelsbytet kommer att beskattas i näring och inte i kapital.

En skillnad mellan det fall som behandlades ovan och de nu diskuterade är att förändringen av den skattemässiga karaktären här inte beror på

---

sedan helt eller delvis utnyttjas och utdelningsutrymmet därför är lägre vid avyttringen av de mottagna andelarna än vid andelsbytet skall tjänstebeloppet enligt förslaget justeras uppåt med ett belopp motsvarande hälften av mellanskillnaden. Denna justering har ansetts nödvändig för att upprätthålla syftet med fördelningsreglerna, se prop. 2003/04:33 s. 11 och Andersson m.fl. 2004 s. 1264.

[14] Det kan noteras att Lagrådet förordade att kvalificeringen enligt "smittoregeln" endast skulle gälla i fem år, bl.a. i syfte att anknyta denna regel till de femårsschabloner som i övrigt används i fördelningsreglerna, se Lagrådets yttrande i prop. 2002/03:15 s. 98. Se angående denna fråga även Ståhl i SN 2003 s. 65 f.

[15] Om de bortbytta andelarna var lagertillgångar tillämpas i stället uppskovsmetoden, se närmare avsnitt 6.6.1 nedan.

andelsbytet i sig utan snarare är kopplad till förhållandena i det företag som de mottagna andelarna avser. Samma karaktärsändring hade vidare kunnat ske om de bortbytta andelarna behållits och hade då fått i princip samma skattemässiga effekter som de som inträffar vid andelsbytet. Vid karaktärsändring av andelar från icke kvalificerade till kvalificerade gäller t.ex. på samma sätt som vid ett andelsbyte att även värdestegring som uppkommit före karaktärsändringen kommer att beskattas enligt fördelningsreglerna när andelarna senare avyttras. Liksom vid ett andelsbyte saknas möjlighet för andelsägaren att undvika detta genom att vid karaktärsändringen skatta av den upplupna värdestegringen på andelarna (med mindre än att dessa avyttras och sedan återköps).[16] Enligt min mening kan de nu behandlade kontinuitetsbrotten därför knappast anses komma i konflikt med direktivet.

Slutligen kan noteras att frågan om överföring av sparade lättnads- och utdelningsutrymmen som behandlades i avsnitt 6.2.2 ovan även kan ses som ett slags karaktärskontinuitetsfråga. Som diskuterades där har reglerna om sparade lättnads- och utdelningsutrymmen betydelse för vilken skattesats som skall tillämpas vid en andelsavyttring. För närvarande finns inga bestämmelser om att dessa utrymmen får överföras vid ett andelsbyte. Detta kan leda till att den vinst som uppkommer vid en senare avyttring av de mottagna andelarna beskattas med en högre skattesats än den som hade tillämpats om andelsbytesvinsten hade beskattats direkt. Det kan därför ifrågasättas om inte bestämmelsen i artikel 8.2 om att de mottagna andelarna får beskattas "på samma sätt" som de bortbytta ställer krav på att dessa utrymmen skall få överföras. I annat fall går ju vissa skatteförmåner som är kopplade till andelsinnehavet förlorade *just p.g.a.* att andelsbytet sker (jfr diskussionen i avsnitt 6.2.3.1 ovan).

Som redan nämnts i avsnitt 6.2.2 kommer en eventuell direktivstridighet dock snart att vara avhjälpt eftersom det finns förslag om att de nämnda utrymmena skall få föras över vid bytet.[17] Enligt förslaget skall detta gälla även om de mottagna andelarna inte i sig är av sådan karaktär att de

[16] Däremot finns en avskattningsregel i 41:6 IL som tillämpas när en tillgång byter karaktär från kapitaltillgång till näringstillgång. Tillgången skall då anses ha avyttrats för en ersättning motsvarande marknadsvärdet, varefter samma värde enligt 14:16 IL får användas som anskaffningsvärde i näringsverksamheten. Om tillgången stigit i värde vid tidpunkten för karaktärsbytet är avskattningen dock frivillig, d.v.s. den skattskyldiga kan välja att i stället låta den upplupna värdestegringen "följa med" in i näringsverksamheten. I förlustfallen är avskattningen däremot obligatorisk.

[17] Se prop. 2003/04:33, där det också framgår att denna möjlighet skall gälla retroaktivt för andelsbyten som skett efter den 31 december 2002. Som redan noterats i not 10 ovan innehåller propositionen dock inget förslag om att s.k. alternativa omkostnadsbelopp enligt bestämmelserna i 43:17–18 IL skall kunna överföras på de mottagna andelarna. För att undvika en konflikt med direktivet bör förslaget således kompletteras i denna del.

omfattas av de aktuella regelsystemen. Ett sparat lättnadsutrymme skall således kunna överföras på mottagna andelar som är noterade trots att lättnadsreglerna egentligen endast gäller för onoterade andelar.[18] Det är dock inte fråga om någon absolut karaktärskontinuitet i den meningen att lättnadsreglerna kommer att gälla fullt ut för de mottagna andelarna, utan det är endast det skattefria utrymme som uppkommit före andelsbytet men som ännu inte har utnyttjats som skall få föras över. Att inte möjligheten att utnyttja lättnadsreglerna på framtida vinster får föras över från onoterade andelar till mottagna andelarna som är noterade kan i sig uppfattas som ett kontinuitetsbrott. Av samma skäl som de som angivits ovan när det gäller byte av icke-kvalificerade till kvalificerade andelar kan detta kontinuitetsbrott dock knappast anses komma i konflikt med direktivet.[19]

6.2.3.3 Den svenska genomsnittsmetoden vid andelsavyttringar

Frågan om karaktärskontinuitet får viss betydelse även i relation till den s.k. genomsnittsmetod som i Sverige används vid beräkning av storleken på den skattepliktiga kapitalvinsten vid en andelsavyttring. Metoden innebär i princip att om den skattskyldiga innehar flera poster av en viss aktie med sinsemellan olika omkostnadsbelopp så skall det genomsnittliga omkostnadsbeloppet för samtliga aktier användas vid vinstberäkningen. För att så skall ske krävs enligt 48:7 IL att aktierna är av samma slag och sort. Om ett bolag har utgivit både A-aktier och B-aktier anses dessa inte vara av samma slag och sort. En skattskyldig som säljer både A- och B-aktier skall alltså göra två separata beräkningar. Frågan är hur genomsnittsmetoden skall tillämpas vid avyttring av aktier som erhållits vid ett andelsbyte.

Antag att en skattskyldig byter en post A-aktier och en post B-aktier mot aktier i ett annat bolag. De mottagna aktierna är alla av samma aktieslag. Antag vidare att omkostnadsbeloppet uppgår till 100 kronor per bortbytt A-aktie och 50 kronor per bortbytt B-aktie. Det blir då av stor betydelse

[18] Det sparade lättnadsutrymmet skall då läggas till omkostnadsbeloppet för de mottagna andelarna, se prop. 2003/04:33 s. 10. När det gäller överföring av sparat utdelningsutrymme från kvalificerade andelar till andelar som inte i sig själva är kvalificerade följer redan av "smittoregeln" i 57:6, 2 st. IL i kombination med takregeln i 57:13 IL att det sparade utdelningsutrymmet får genomslag även vid avyttringen av de mottagna andelarna (den del av kapitalvinsten som då skall tjänstebeskattas är ju enligt dessa regler maximerad till det belopp som skulle ha hänförts till tjänst om beskattning hade skett vid själva bytet).

[19] Jfr att sparat lättnadsutrymme enligt 43:9 IL på motsvarande sätt hade fått behållas vid en marknadsnotering av de ursprungliga andelarna men att lättnadsreglerna slutat att vara tillämpliga på framtida vinster.

för den skattskyldiga dels hur omkostnadsbeloppet kommer att fördelas på de mottagna aktierna, dels om dessa kommer att anses vara av samma slag och sort när de i sin tur avyttras. Om omkostnadsbeloppet fördelas jämnt mellan samtliga mottagna aktier och/eller dessa anses vara av samma slag och sort vid genomsnittsberäkningen innebär detta att en försäljning av de aktier som erhållits i vederlag för A-aktierna också utlöser en beskattning av viss del av den kapitalvinst som "egentligen" är en följd av bytet av B-aktierna. Om däremot omkostnadsbeloppet för de bortbytta A-aktierna hänförs till de aktier som erhålls i vederlag för A-aktierna och omkostnadsbeloppet för de bortbytta B-aktierna hänförs till de aktier som erhålls i vederlag för B-aktierna, och de mottagna aktierna dessutom inte anses vara av samma slag och sort vid genomsnittsberäkningen, kan den skattskyldiga senare välja att i första hand sälja de aktier som erhållits i vederlag för A-aktierna. Detta är fördelaktigt för henne eftersom dessa aktier då har ett högre omkostnadsbelopp.

Av 48a:10 IL framgår endast att mottagna andelar skall anses förvärvade för en ersättning som motsvarar det omkostnadsbelopp som gällde för den avyttrade andelen. Det sägs således ingenting om hur omkostnadsbeloppet närmare skall fördelas i en situation som den ovan beskrivna. I lagtexten finns dock inget stöd för att inte samtliga mottagna aktier som är av samma aktieslag också skall anses vara av samma slag och sort vid genomsnittsberäkningen.[20] Därmed följer redan av 48:7 IL att det är det genomsnittliga omkostnadsbeloppet som skall användas vid en senare avyttring av vissa av de mottagna aktierna. Att så skall ske framgår också indirekt av RÅ 2000 ref. 23. Målet gällde i och för sig tillämpningen av den andra metoden för att skjuta fram beskattningen som tillämpas i svensk rätt, den s.k. uppskovsmetoden.[21] Närmare bestämt var det fråga om hur uppskovsbeloppet skall fördelas mellan de mottagna andelarna.[22] I domskälen uttalade Regeringsrätten dock klart att samtliga mottagna andelar i en situation som den ovannämnda skall ha samma anskaffningsvärde, beräknat enligt genomsnittsmetoden.[23]

[20] I 48a:16 IL anges att de mottagna andelarna i vissa fall inte skall anses vara av samma slag och sort som andra andelar i det köpande företaget som innehas av säljaren (se närmare om denna bestämmelse strax nedan). Det finns dock inget lagstöd för att vid genomsnittsberäkningen särskilja mellan olika kategorier av mottagna andelar beroende på att de bortbytta aktierna var av olika slag och sort.

[21] Se vidare om denna metod i avsnitt 6.6 nedan.

[22] Se vidare avsnitt 6.6.4 nedan.

[23] Om även de mottagna aktierna är av olika aktieslag kan de dock förstås inte sammanblandas vid genomsnittsberäkningen. Om bytet exempelvis sker så att A-aktier byts mot A-aktier och B-aktier mot B-aktier kommer de mottagna aktierna att hållas isär vid genomsnittsberäkningen varför det ovannämnda problemet inte uppkommer. Ett sådant fall har bedömts av Skatterättsnämnden i förhandsbesked den 10 november 1999 (se RSV:s

Tillämpningen av genomsnittsmetoden vid avyttring av de mottagna aktierna i exemplet ovan skulle kunna sägas innebära ett visst kontinuitetsbrott, eftersom denna metod inte var tillämplig vid avyttringen av de bortbytta aktierna p.g.a. att dessa inte ansågs vara av samma slag och sort. Som beskrivits ovan kan en delavyttring av de mottagna aktierna därmed leda till hårdare skattekonsekvenser än vad som följt av en avyttring av de bortbytta aktierna. Det skall dock betonas att det endast rör sig om en tidigareläggning av skatteuttaget. När samtliga aktier som erhållits som vederlag för A- och B-aktierna sålts blir det totala skatteutfallet lika stort som om aktiebytet inte hade ägt rum utan det hade varit de ursprungliga aktierna som sålts. På så sätt skiljer sig detta kontinuitetsbrott från dem som beskrevs i föregående avsnitt, där ju kontinuitetsbrotten fick till resultat att en avyttring av de mottagna andelarna även totalt sett beskattades hårdare än en avyttring av de bortbytta andelarna.

De skäl som anförts i föregående avsnitt för att de kontinuitetsbrott som uppkommer vid byte av okvalificerade mot kvalificerade andelar etc. måste anses förenliga med direktivet kan därmed, och i än högre grad, sägas tala för att inte heller det här aktuella kontinuitetsbrottet kommer i konflikt med direktivet. De regler som nu har behandlats är vidare av utpräglat teknisk karaktär. Hur direktivets kontinuitetsmetod närmare skall anpassas till denna typ av tekniska beräkningsregler måste enligt min mening i stor utsträckning anses ha överlämnats till medlemsstaterna att lösa vid implementeringen. Att detta också är Regeringsrättens inställning framgår av det ovannämnda målet RÅ 2000 ref. 23. I målet uttalade Regeringsrätten att "tekniska frågor om uppskovsreglernas närmare tillämpning på nationell nivå, vilka för övrigt har samband med utformningen av de allmänna reglerna för beskattning av aktievinster, kan inte besvaras genom en tolkning av direktivet" samt att direktivet "i det aktuella hänseendet [är] allmänt hållet och ger ingen egentlig ledning".

En annan aspekt på tillämpningen av genomsnittsmetoden vid överlåtelsen av de mottagna andelarna är hur dessa andelar förhåller sig till andra andelar i det köpande företaget som säljaren innehade redan före andelsbytet eller som hon förvärvar efter andelsbytet. Man kan också tänka sig att säljaren samtidigt med andelsbytet erhåller en post aktier i det köpande företaget som inte omfattas av andelsbytesreglerna, t.ex. för att denna post köps kontant eller mot annat bytesvederlag än andelar i det avyttrade företaget. Av Regeringsrättens praxis framgår att en sådan trans-

---

rättsfallsprotokoll 39/99 och Ersson i SN 2000 s. 86 f.) men då avseende uppskovsmetoden. Kontentan av förhandsbeskedet var att de två bytena skulle behandlas var för sig vid fördelningen av uppskovsbeloppet, d.v.s. nämnden hade samma synsätt som det nyss angivna.

aktion skall behandlas skilt ifrån andelsbytet även om transaktionerna sker i ett sammanhang.[24] De två aktieposterna kommer därmed att få olika omkostnadsbelopp (de andelar som erhålls vid andelsbytesdelen av transaktionen övertar de bortbytta andelarnas omkostnadsbelopp medan anskaffningsvärdet för övriga andelar är marknadsvärdet av vederlaget). Frågan är dock om de mottagna andelarna även vid genomsnittsberäkningen kommer att hållas åtskilda från andra aktieposter i det köpande företaget som den skattskyldiga innehar.

För mottagna andelar som inte är marknadsnoterade gäller enligt 48a:16 IL att dessa vid tillämpning av genomsnittsmetoden inte skall anses vara av samma slag och sort som andra andelar som innehas av säljaren. Detsamma gäller för marknadsnoterade andelar som anses kvalificerade enligt "smittoregeln" i 57:6, 2 st. IL.[25] För övriga marknadsnoterade andelar finns dock inget undantag från huvudregeln i 48:7 IL om att de skall genomsnittsberäknas tillsammans med andra andelar av samma slag och sort som säljaren innehar.

Antag att säljaren redan före andelsbytet innehar andelar i det köpande företaget med ett omkostnadsbelopp på 100 kr per styck (gamla andelar), att hon genom andelsbytet mottar andelar som erhåller ett omkostnadsbelopp på 300 kr per styck (mottagna andelar) och att hon efter andelsbytet förvärvar ytterligare andelar med ett omkostnadsbelopp på 200 kr per styck (nya andelar). Om andelarna är marknadsnoterade och ej kvalificerade, och genomsnittsmetoden således skall tillämpas vid en senare avyttring av de mottagna andelarna, kommer denna avyttring även att aktualisera en beskattning av kapitalvinst som "egentligen" är hänförlig till de andra andelarna. I och för sig finns en turordningsregel i 48a:15 IL som säger att säljaren i den ovan beskrivna situationen skall anses ha avyttrat andelarna i ordningen först gamla andelar, därefter mottagna andelar och sist nya andelar. Denna regel får dock ingen praktisk betydelse när genomsnittsmetoden skall tillämpas på avyttringen eftersom denna metod ju innebär att det är det genomsnittliga omkostnadsbeloppet som skall användas oavsett vilka andelar som skall anses avyttrade.[26]

[24] Se kapitel 3.3.4 ovan. Som framgår där har Regeringsrätten i RÅ 2002 ref. 27 delat upp en transaktion i en andelsbytesdel och en kontantdel. Se även RÅ 2000 not. 159 angående ett samtidigt byte av aktier och teckningsoptioner i ett bolag mot nyemitterade aktier i det köpande bolaget. Regeringsrätten fann att dessa byten skulle behandlas var för sig. Båda de nämnda målen gällde i och för sig uppskovsreglerna men det finns ingen anledning att anta att bedömningen skulle bli en annan i relation till kontinuitetsreglerna.

[25] Se närmare om denna regel i avsnitt 6.2.3.2 ovan.

[26] Däremot har turordningsregeln betydelse när uppskovslösningen tillämpas, se närmare avsnitt 6.6.6 nedan.

Genomsnittsmetoden får här alltså liknande konsekvenser som de som diskuterats ovan, d.v.s. en försäljning av de mottagna andelarna kan i vissa fall i realiteten komma att bli hårdare beskattad än en försäljning av de ursprungliga andelarna. Av samma skäl som anfördes ovan angående genomsnittsmetodens effekter vid byte av akter av olika aktieslag bör detta dock inte anses strida mot fusionsdirektivet.

Som nämnts stipuleras i 48a:16 IL att de mottagna andelarna vid tillämpning av genomsnittsmetoden i vissa fall inte skall anses vara av samma slag och sort som andra andelar i det köpande företaget som innehas av säljaren. När det gäller kvalificerade andelar har detta motiverats med att fördelningsreglerna skall kunna upprätthållas i rimlig utsträckning.[27] När det gäller onoterade andelar som inte är kvalificerade finns dock knappast större skäl än för noterade andelar att separera mottagna andelar från andra andelar i det köpande företaget.[28] Det faktum att så ändå sker innebär dock att det problem med genomsnittsmetoden som berördes ovan inte aktualiseras för onoterade andelar. Fortfarande gäller emellertid att säljaren p.g.a. turordningsregeln i 48a:15 IL inte kan välja att t.ex. avyttra nya andelar före de mottagna andelarna.[29] Även detta menar jag dock måste vara en sådan teknisk fråga angående kontinuitetsmetodens närmare tillämpning på nationell nivå som den enskilda medlemsstaten måste anses ha fått mandat att lösa på egen hand. Om säljaren samtidigt med andelsbytet erhållit en post aktier i det köpande företaget som inte omfattas av andelsbytesreglerna bör däremot en valrätt föreligga när det gäller vilken av dessa poster som skall anses avyttrade först. När mottagna och andra andelar har förvärvats samtidigt går det ju inte att avgöra om de andra andelarna skall anses vara "gamla" eller "nya".[30]

[27] Prop. 2002/03:15 s. 43 f.

[28] Regeln infördes ursprungligen i anslutning till uppskovsreglerna, där den kan motiveras utifrån hur dessa regler tekniskt fungerar (se närmare avsnitt 6.6.6 nedan). Den utsträcktes senare genom prop. 2002/03:15 till att omfatta även onoterade andelar som erhållits genom ett andelsbyte enligt 48a kap. IL utan att detta motiverades närmare.

[29] I förstone kan det i och för sig verka som om denna regel inte är tillämplig på sådana andelar som omfattas av 48a:16 IL. Turordningsregeln skall ju endast tillämpas på andelar som är av samma slag och sort vilket är just det som de andelar som omfattas av 48a:16 IL inte skall anses vara. I 48a:16 IL sägs dock att detta gäller "vid tillämpning av genomsnittsmetoden i 48 kap. 7 §". Regeln hindrar alltså inte att de mottagna andelarna vid tillämpningen av andra regler i IL, t.ex. regeln i 48a:15 IL, kan anses vara av samma slag och sort som andra andelar hos köparen. Att detta också är den avsedda innebörden av reglerna framgår av prop. 2002/03:15 s. 43 f. (jfr även prop. 1998/99:15 s. 279).

[30] Se Skatterättsnämnden i det ovannämnda målet RÅ 2000 not. 159 (denna fråga prövades inte av Regeringsrätten).

6.2.3.4 *Den svenska schablonmetoden vid avyttring av marknadsnoterade andelar*

En fråga med vissa beröringspunkter till de frågor som behandlats i de närmast föregående avsnitten är i vilken utsträckning schablonmetoden får tillämpas vid avyttring av de mottagna andelarna. Enligt 48:15 IL gäller för marknadsnoterade andelar att omkostnadsbeloppet vid en avyttring får bestämmas till 20 procent av ersättningen vid avyttringen. Antag nu att onoterade andelar med ett mycket lågt omkostnadsbelopp byts mot andelar i ett marknadsnoterat bolag. Vid en avyttring av de ursprungliga andelarna hade schablonregeln inte varit tillämplig eftersom dessa andelar inte var marknadsnoterade. Innebär kontinuitetsreglerna i 48a kap. IL att schablonregeln inte heller får tillämpas vid avyttring av de mottagna andelarna? Om schablonregeln får tillämpas leder ju detta till att en avyttring av de mottagna andelarna i praktiken kommer att beskattas lindrigare än en avyttring av de ursprungliga andelarna. Om de ursprungliga andelarna dessutom var kvalificerade kan detta medföra betydande skattevinster för andelsägaren.

Till skillnad från när det gäller tillämpningen av genomsnittsmetoden på de mottagna andelarna saknas särskilda regler om hur schablonmetoden skall tillämpas vid avyttring av andelar som erhållits vid ett andelsbyte. Även om syftet med reglerna eventuellt kan sägas tala emot att denna metod får användas när de ursprungliga andelarna var onoterade finns ingenting i lagtexten som stödjer en sådan tolkning. Tvärtom anges i 48:15 IL klart att denna metod får användas vid avyttring av marknadsnoterade andelar och i lagtexten görs regelns tillämplighet inte på något sätt beroende av hur andelarna har förvärvats. Slutsatsen måste därför bli att schablonregeln får tillämpas i den nu diskuterade situationen.[31] Detta kan möjligen uppfattas som ett kontinuitetsbrott, men eftersom möjligheten att tillämpa schablonregeln är till fördel för de skattskyldiga uppkommer inga problem vad gäller förenligheten med fusionsdirektivet.[32]

[31] Samma slutsats dras av Grönlund i SvSkT 2003 s. 66.

[32] Av Regeringsrättens dom den 28 juni 2004 i mål nr 3508-03 följer att schablonmetoden däremot inte kan tillämpas vid beräkning av underlag för lättnads- och gränsbelopp vid utdelning på de mottagna andelarna. Enligt 43:4 och 57:8 IL utgörs underlaget för lättnads- och gränsbelopp bl.a. av det omkostnadsbelopp som skulle ha använts om andelen hade avyttrats vid tidpunkten för utdelningen. I den nämnda domen fann Regeringsrätten att det i schablonregeln i 48:15 IL inte angivits något sätt att bestämma omkostnadsbeloppet vid en sådan tänkt avyttring som avses i 43:4 och 57:8 IL varför schablonmetoden inte kunde tillämpas i dessa fall (jfr även RÅ 2000 not. 209 som behandlas i nästa not).

I det (förmodligen ovanliga) fallet att marknadsnoterade andelar byts mot onoterade torde schablonregeln kunna tillämpas i så måtto att det omkostnadsbelopp som förs över på de mottagna andelarna kan bestämmas i enlighet med denna regel.[33] Däremot kan schablonregeln i denna situation inte användas vid avyttringen av de mottagna andelarna, d.v.s. det är inte möjligt att med stöd av schablonregeln "räkna in" en del av den värdeökning som sker efter andelsbytet i omkostnadsbeloppet för andelarna. Även om detta innebär att en försäljning av de mottagna andelarna kan komma att beskattas hårdare än om det varit de ursprungliga andelarna som sålts bör, av samma skäl som anförts i ovanstående avsnitt, denna effekt av reglerna anses förenlig med direktivet.

6.2.4 Tidskontinuitet

Den sista aspekten på den skattemässiga kontinuiteten som skall diskuteras här är det som kan kallas tidskontinuitet, d.v.s. kontinuitet vad gäller anskaffningstidpunkten. Om tidskontinuitet föreligger anses de mottagna andelarna anskaffade vid samma tidpunkt som de bortbytta, d.v.s. andelsbytet betraktas inte som ett nytt fång. Liksom när det gäller karaktärskontinuitet kan konstateras att direktivet inte uppställer något uttryckligt krav på att även anskaffningstidpunkten skall föras över, utan ett sådant krav får i så fall indirekt läsas in i bestämmelsen i artikel 8.2 att överlåtelsen av de mottagna andelarna får beskattas "på samma sätt" som en överlåtelse av de bortbytta andelarna. Frågan får betydelse om det i nationell rätt görs skillnad i beskattningen beroende på hur länge en andel har innehafts (jfr t.ex. de tidigare svenska reglerna om äldre och yngre aktier, enligt vilka avyttring av aktier som innehafts i mer än två år beskattades lindrigare). Inom ramen för ett sådant system skulle kunna hävdas att det strider mot artikel 8.2 om en ny innehavstid börjar löpa vid andelsbytet, eftersom detta innebär att de skattskyldiga kan komma i ett sämre läge p.g.a. bytet.

Enligt de svenska reglerna betraktas andelsbytet som ett nytt fång och anskaffningstidpunkten får således inte föras över på de mottagna andelarna. Att bytet ses som ett nytt fång framgår bl.a. av 48a:10 IL där det

[33] I RÅ 2000 not. 209 fann Regeringsrätten att schablonmetoden inte kan tillämpas när en viss del av en akties omkostnadsbelopp skall föras över på en säljrätt som erhålls p.g.a. aktieinnehavet. Anledningen var att schablonregeln endast kan tillämpas vid avyttringar och ett utfärdande av säljrätter medför inte att aktierna skall anses avyttrade (jfr även närmast föregående not). Ett andelsbyte är dock en avyttring varför omkostnadsbeloppet bör kunna bestämmas enligt 48:15 IL även om bytet inte beskattas utan omkostnadsbeloppet i stället förs över på de mottagna andelarna.

sägs att de mottagna andelarna "skall anses förvärvade" för en ersättning som motsvarar omkostnadsbeloppet för de bortbytta andelarna. Eftersom innehavstiden numera är utan betydelse vid beskattningen av fysiska personers andelsavyttringar bör detta dock sakna relevans för skatteutfallet, varför någon konflikt med direktivet knappast kan uppkomma p.g.a. att anskaffningstidpunkten inte får föras över.[34] När säljaren är en juridisk person kan innehavstiden däremot få stor betydelse enligt reglerna om avyttring av näringsbetingade andelar. Jag återkommer därför till denna problematik i avsnitt 6.6.5.4 nedan, i samband med att de svenska uppskovsreglerna diskuteras.

6.2.5 Beskattningsutlösande händelser

6.2.5.1 Inledning

Tanken i direktivet är således att skattefrihet skall medges vid själva andelsbytet men att denna skattefrihet inte skall vara definitiv. I följande underavsnitt skall diskuteras vilka framtida händelser som får leda till att beskattning utlöses av den upplupna värdestegringen på de bortbytta andelarna. Till skillnad från när det gäller bestämmelserna om beskattningen på bolagsnivå[35] finns uttryckliga regler om detta i artikel 8 i direktivet. Som redan framgått ovan stipuleras nämligen i artikel 8.2 att medlemsstaterna får beskatta en "senare överlåtelse" av de mottagna andelarna. Denna bestämmelse, samt de svenska reglerna om när en beskattning av de mottagna andelarna skall utlösas, skall behandlas i de följande avsnitten. Jag kommer därvid särskilt att diskutera om direktivet kan anses tillåta att andra händelser är beskattningsutlösande när det gäller de mottagna jämfört med när det gäller de bortbytta andelarna, samt om det överhuvudtaget är tillåtet att utlösa beskattning vid andra händelser än vid en "överlåtelse" av de mottagna andelarna. Jag kommer sedan att återvända till dessa frågor i avsnitt 6.7 nedan när tillåtligheten av s.k. exitskatter diskuteras.

[34] En aspekt på de svenska reglerna som möjligen skulle kunna ses som ett tidskontinuitetsbrott av reell betydelse för skatteutfallet är den i avsnitt 6.2.3.2 diskuterade problematiken kring att kvalificering av mottagna andelar p.g.a. "smittoregeln" gäller för all framtid medan de bortbytta andelarna hade kunnat "avkvalificeras" efter fem år. Om de bortbytta andelarna vid tidpunkten för andelsbytet håller på att avkvalificeras, t.ex. p.g.a. att andelsägaren inte längre är verksam, kommer ju denna avkvalificering att brytas av andelsbytet (och dessutom kommer inte ens någon ny avkvalificeringsperiod att börja löpa eftersom smittoregeln är tidsobegränsad). Denna fråga har dock enligt min mening en närmare koppling till karaktärskontinuiteten varför jag som sagt har valt att behandla den i avsnitt 6.2.3.2.

[35] Se kapitel 5.4.1 ovan.

6.2.5.2 Avyttring etc. av de mottagna andelarna

Kontinuitetsmetoden går som nämnts ut på att det skattemässiga värdet på de bortbytta andelarna förs över på de mottagna andelarna och att beskattning av eventuell värdestegring därmed utlöses först när de mottagna andelarna genom en skattepliktig transaktion överlåts vidare. Att beskattning får ske vid avyttring av de mottagna andelarna framgår uttryckligen i artikel 8.2 i direktivet. I svensk rätt jämställs vidare med avyttring att det företag som gett ut andelarna träder i likvidation, försätts i konkurs etc.[36] Även inlösen och återköp av aktier behandlas som om aktierna avyttrats.[37] Också dessa händelser utlöser således beskattning av de mottagna andelarna. Trots att direktivet inte uttryckligen sanktionerar att beskattning får ske i dessa situationer måste detta enligt min mening vara förenligt med direktivet. I och med likvidationen etc. upphör andelarna att existera varför detta är den sista tänkbara tidpunkten att förlägga beskattningen till. Det ligger därför helt i linje med syftet bakom artikel 8.2 att även dessa händelser får vara beskattningsutlösande.

I en speciell situation har Regeringsrätten sett en avyttring av de mottagna andelarna som en (partiell) återgång av andelsbytet och inte som en ny transaktion skild från det tidigare andelsbytet. Omständigheterna i RÅ 2002 ref. 78 var i korthet följande. Andelsägaren i det bortbytta bolaget hade vid andelsbytet förbundit sig att behålla en viss del av de mottagna andelarna under viss tid efter andelsbytet samt att under denna tid också kvarstanna som anställd i bolaget. Om andelsägaren slutade sin anställning före utgången av den överenskomna tidsperioden hade det köpande bolaget rätt till skadestånd motsvarande marknadsvärdet på de andelar som andelsägaren förbundit sig att behålla. Skadeståndet var således inte nominellt bestämt utan direkt kopplat till marknadsvärdet vid varje tidpunkt av dessa andelar. Andelarna lämnades vidare i pant som säkerhet för skadeståndsanspråket. Om anställningen avbröts "i förtid", och skadeståndsskyldigheten således aktualiserades, skulle de pantförskrivna andelarna säljas varefter köpeskillingen skulle betalas till köparbolaget. Andelsägaren hade enligt avtalet inte rätt att på något annat sätt betala skadeståndet till köparbolaget.

Regeringsrätten fann att sambandet mellan hur betalningen av skadeståndet skulle effektueras och det bakomliggande andelsbytet var så starkt att en avyttring av de mottagna andelarna för att reglerna denna skadeståndsskyldighet måste betraktas som en partiell återgång av andelsbytet. Avyttringen medförde därmed att kapitalvinstberäkningen för andels-

[36] Se närmare 44:7–8 IL.

[37] Se RÅ 1997 ref. 43 och RÅ 2000 not. 209 samt Andersson m.fl. 2004 s. 1152.

bytet fick göras om. Det faktum att andelsägaren under tiden mellan andelsbytet och avslutandet av anställningen stått som ägare till aktierna och haft rätt till utdelning och rösträtt ansågs inte hindra denna bedömning.

6.2.5.3 Benefika överlåtelser etc. av de mottagna andelarna

Nästa fråga blir då om direktivet tillåter att även benefika överlåtelser av de mottagna andelarna utlöser beskattning. Enligt min mening kan det inte råda något tvivel om att med "överlåtelse" (eng: "transfer") i artikel 8.2 måste avses såväl onerösa som benefika överlåtelser. Det avgörande är att andelsägaren frånhänder sig äganderätten till de mottagna andelarna. I den mån benefika andelsöverlåtelser, generellt sett eller i vissa situationer, utlöser beskattning enligt nationell rätt bör det således vara fullt förenligt med direktivet att dessa regler gäller även för de mottagna andelarna. Detsamma bör gälla om andelarna lämnas som kapitaltillskott till ett av andelsägaren ägt bolag och detta utlöser beskattning enligt nationell rätt. Det bör således exempelvis inte vara några problem att uttagsbeskatta de mottagna andelarna om dessa överlåts vidare på sådana villkor att reglerna i 22 kap. IL aktualiseras.[38]

När det gäller kapitalbeskattad egendom är dock huvudregeln i svensk rätt att benefika överlåtelser inte leder till någon beskattning av överlåtaren utan att förvärvaren i stället inträder i den tidigare ägarens skattemässiga situation, se 44:21 IL. Tillskott av kapitalbeskattad egendom till eget eller närståendes aktiebolag behandlas vidare enligt de särskilda reglerna i 53 kap. IL som en avyttring till egendomens omkostnadsbelopp, varför inte heller denna transaktion utlöser någon effektiv beskattning av andelsägaren.[39] Dessa regler gäller även för de mottagna andelarna. Det spelar därvid ingen roll om mottagaren de facto kommer att kunna beskattas i Sverige vid en senare överlåtelse av de mottagna andelarna. Även benefika överlåtelser till personer som inte är skattskyldiga i Sverige omfattas således av den nämnda huvudregeln och kan därmed ske utan att beskattning

[38] En annan sak är att uttagsbeskattningsreglerna som sådana i vissa fall riskerar att komma i konflikt med EG-rätten, men då primärt med EG-fördraget, nämligen när uttagsbeskattning utlöses p.g.a. att tillgångarna överlåts till ett subjekt som inte är skattskyldigt i Sverige. Denna fråga har berörts i avsnitt 5.3.6 ovan. Se även avsnitt 6.7 nedan om uttagsbeskattning vid utflyttning etc.

[39] Om tillskottet görs till ett utländskt bolag skall beskattning i och för sig enligt 53:6–7 IL ske som om tillgången avyttrats till marknadsvärdet. Dessa bestämmelser har dock förklarats fördragsstridiga av EG-domstolen och kan därför inte tillämpas vid tillskott till bolag inom EU, se mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. 10829.

utlöses. Detta innebär i realiteten att den skattefrihet som medgavs vid andelsbytet blir definitiv.[40]

I en speciell situation leder emellertid en benefik överlåtelse av andelar som erhållits genom ett andelsbyte till att beskattning utlöses. Enligt 48a:14 IL skall nämligen en mottagen andel som är kvalificerad enligt "smittoregeln" i 57:6, 2 st. IL,[41] och som övergår till en juridisk person eller ett handelsbolag genom gåva eller testamente, anses avyttrad för en ersättning som motsvarar marknadsvärdet. I och med detta skall mottagaren också få samma värde som anskaffningsvärde.[42] Vid benefika överlåtelser av sådana andelar till fysiska personer utlöses däremot ingen beskattning utan i stället stipuleras i 57:6, 2 st. IL att andelen skall vara kvalificerad även hos förvärvaren.

Motivet bakom regeln i 48a:14 IL är något dunkelt uttryckt i propositionen. Där sägs att "[e]ftersom den föreslagna maximeringsregeln endast avser fysiska personer är det enligt regeringens bedömning naturligt att tjänstebeloppet i dessa fall tas upp till beskattning hos den fysiska personen även om det är fråga om en benefik äganderättsövergång".[43] Med maximeringsregeln avses regeln i 57:13 IL om att den del av vinsten som skall beskattas i tjänst vid avyttring av mottagna andelar som inte i sig är kvalificerade, men som blir det med stöd av 57:6, 2 st. IL, är maximerad till det belopp som skulle ha beskattats i tjänst om beskattning hade skett redan vid andelsbytet.[44] Problemet kan dock knappast vara att själva

[40] Som kommer att framgå i avsnitt 6.7.2 nedan utlöses däremot beskattning av den tidigare andelsbytesvinsten om andelsägaren själv flyttar utomlands och därmed försvinner från den svenska beskattningssfären. Mot den bakgrunden kan det tyckas inkonsekvent att en benefik överlåtelse till ej skattskyldiga personer kan ske utan skattekonsekvenser. Kontinuitetsregeln i 44:21 IL gör dock inget undantag för dessa fall. Att reglerna har denna innebörd bekräftas också indirekt av RÅ 2003 ref. 50. Målet gällde tolkningen av en motsvarande kontinuitetsregel för uppskovsbelopp i 49:25 IL, enligt vilken en benefik överlåtelse av en andel med vidhängande uppskovsbelopp leder till att förvärvaren inträder i överlåtarens skattemässiga situation även vad gäller uppskovsbeloppet (se närmare om denna bestämmelse i avsnitt 6.6.5.7 nedan – observera dock att målet gällde en tidigare lydelse av bestämmelsen). I målet slog Regeringsrätten fast att denna bestämmelse skall tillämpas även om förvärvaren, p.g.a. bosättning utomlands, inte är skattskyldig i Sverige. Detsamma bör gälla om förvärvaren är ett svenskt skattebefriat subjekt (stiftelse etc.), se Andersson, K. i SvSkT 2003 s. 236.

[41] Se angående denna bestämmelse i avsnitt 6.2.3.2 ovan.

[42] Det sistnämnda framgår inte uttryckligen i lagtexten men i propositionen anges klart att avsikten är att så skall vara fallet, se prop. 2002/03:15 s. 46. Enligt min mening är det olyckligt att frågan om förvärvarens anskaffningsvärde inte lagreglerats eftersom rättsläget måste anses oklart (jfr prop. 1998/99:15 s. 167 f. angående förvärvarens anskaffningskostnad när överlåtaren uttagsbeskattats och Persson Österman 1997 s. 390 f. samt se även not 175 i kapitel 3.2.3.2 ovan).

[43] Prop. 2002/03:15 s. 46.

[44] Se närmare avsnitt 6.2.3.2 ovan.

maximeringsregeln endast gäller för fysiska personer utan består snarare i att juridiska personer överhuvudtaget inte omfattas av fördelningsreglerna i 57 kap. IL. När den juridiska personen senare avyttrar de benefikt erhållna andelarna finns därför ingen möjlighet att hänföra en viss del av vinsten till inkomstslaget tjänst.

För egen del har jag svårt att se syftena bakom att en benefik överlåtelse av mottagna andelar som är kvalificerade enligt "smittoregeln" i vissa fall skall utlösa beskattning, medan en benefik överlåtelse av mottagna andelar som är kvalificerade "på egen grund" alltid kan ske utan skattekonsekvenser. I det sistnämnda fallet finns således inga garantier för att den upplupna värdestegringen någon gång kommer att träffas av en beskattning enligt fördelningsreglerna i 57 kap. IL. En annan, och möjligen ännu större, inkonsekvens i regelsystemet är vidare att regeln i 48a:14 IL inte kan tillämpas om de mottagna andelarna lämnas som kapitaltillskott till andelsägarens eget bolag. Även om ett sådant tillskott sker helt vederlagsfritt är det ingen gåva eftersom benefik avsikt saknas. Tillskottet skall därmed behandlas enligt de vanliga reglerna i 53 kap. IL, d.v.s. som en avyttring till omkostnadsbeloppet.[45] I propositionen lämnas ingen motivering till varför bestämmelsen inte gjorts tillämplig även i detta fall. Vidare kan konstateras att den ovannämnda regeln om att de mottagna andelarna kan överföras till en i Sverige ej skattskyldig fysisk person utan att beskattning utlöses gäller även om de mottagna andelarna är kvalificerade enligt 57:6, 2 st. IL. I 48a:14 IL anges ju uttryckligen att endast gåvor och testamentsförordnanden till juridiska personer omfattas, varför bestämmelsen inte kan tillämpas i detta fall. I och för sig skall andelarna då anses kvalificerade även hos förvärvaren, men denna föreskrift är ju i realiteten betydelselös om förvärvaren inte kan beskattas i Sverige. Regelsystemet är således allt annat än heltäckande.

Hur förhåller sig då regeln i 48a:14 IL till fusionsdirektivet? Som nämnts kan det inte i sig anses strida mot direktivet att låta även en benefik överlåtelse av de mottagna andelarna vara beskattningsutlösande. Vad man möjligen kan fråga sig är om den omständigheten att en benefik

[45] Mer problematiskt att bedöma är fallet att tillskottet lämnas till ett bolag som helt eller delvis ägs av närstående till andelsägaren. Ett sådant tillskott kan (åtminstone delvis) ses som en gåva och således omfattas av regeln i 48a:14 IL. Samtidigt täcks en sådan transaktion också av reglerna i 53 kap. IL, varför en regelkonkurrens uppkommer. Vare sig lagtext eller förarbeten ger någon antydan om hur denna konflikt skall lösas. Möjligen kan dock principen om lex posterior sägas tala för att 48a:14 IL bör ges företräde. Däremot kan knappast principen om lex specialis användas i detta fall, eftersom ingen av reglerna har ett tillämpningsområde som helt täcker den andra regelns tillämpningsområde utan det här snarare är fråga om s.k. interferens (se närmare om de s.k. derogationsprinciperna i Aldén 1998 s. 194 ff.).

överlåtelse av de ursprungliga andelarna hade kunnat ske utan skattekonsekvenser innebär att detsamma måste gälla även för de mottagna andelarna. Det faktum att juridiska personer inte omfattas av fördelningsreglerna hindrar nämligen inte att huvudregeln i 44:21 IL om skattemässig kontinuitet är tillämplig vid benefika överlåtelser av kvalificerade andelar även till sådana mottagare. Frågan är därför om regeln i 48a:14 IL kommer i konflikt med bestämmelsen i artikel 8.2 i direktivet om att medlemsstaterna får beskatta den vinst som uppstår vid överlåtelse av de mottagna andelarna "på samma sätt" som de beskattar vinster vid överlåtelse av de ursprungliga andelarna.

I avsnitt 6.2.3.1 ovan har jag funnit att den nämnda direktivbestämmelsen inte bör tolkas som ett absolut krav på karaktärskontinuitet. I detta fall är det dock inte fråga om vilken karaktär de mottagna andelarna skall åsättas utan vilken händelse som skall utlösa beskattning av dessa andelar. Frågan är alltså om det kan anses tillåtet att utlösa beskattning vid överlåtelse av de mottagna andelarna när motsvarande överlåtelse av de ursprungliga andelarna inte hade lett till någon beskattning. Frågan är svårbedömd, men enligt min mening talar ändå övervägande skäl för att så bör vara fallet. Att beskattning får ske vid överlåtelse av de mottagna andelarna, oavsett om denna är onerös eller benefik, följer direkt av artikel 8.2. Att skillnad görs mellan benefika överlåtelser av de ursprungliga och de mottagna andelarna kan motiveras med att andelsbytet trots allt innebär ett slags realisering av den upplupna värdestegringen på de bortbytta andelarna. Det kan därför anses befogat att låta en benefik överlåtelse av de mottagna andelarna utlösa beskattning även i situationer när detta inte hade skett om det varit de ursprungliga andelarna som överlåtits. Styrkan i det sistnämnda argumentet försvagas dock onekligen av att de svenska reglerna som nämnts inte är särskilt konsekventa, i och med att en benefik överlåtelse till juridisk person av mottagna andelar som är kvalificerade på annan grund än 57:6, 2 st. IL kan ske utan att beskattning utlöses. Min samlade slutsats är emellertid ändå att artikel 8.2 inte bör anses hindra att beskattning sker vid överlåtelse av de mottagna andelarna även i situationer när en överlåtelse av de ursprungliga andelarna inte hade utlöst någon beskattning.[46]

[46] Som kommer att utvecklas närmare i nästa avsnitt blir dock bedömningen annorlunda om det handlar om att tidigarelägga beskattningen till en tidpunkt innan det att överlåtelse sker av de mottagna andelarna. I en sådan situation är det enligt min mening av stor betydelse om skattereglerna gör skillnad mellan å ena sidan andelar som mottagits vid ett andelsbyte och å andra sidan andra andelar.

6.2.5.4 *Tillåter direktivet att beskattning utlöses trots att andelsägaren har kvar de mottagna andelarna?*

Direktivet bygger alltså på tanken att beskattning skall utlösas vid överlåtelse av de mottagna andelarna. Frågan är om detta innebär att medlemsstaterna är absolut förhindrade att beskatta den vinst som uppkom vid andelsbytet innan dess att överlåtelse har skett av de mottagna andelarna. Kommissionen har, dock utan att utveckla detta närmare, uttryckt uppfattningen att en sådan tidigareläggning av beskattningen inte förefaller vara förenlig med direktivet.[47] Frågan är intressant för svensk rätts del eftersom det i de svenska reglerna finns flera exempel på fall då beskattning utlöses trots att andelsägaren har kvar de mottagna andelarna.[48] I det följande skall frågan om detta kan anses förenligt med direktivet diskuteras på ett principiellt plan. Jag kommer sedan att återknyta till denna diskussion vid behandlingen av de svenska regler där en sådan beskattning föreskrivs.[49]

I artikel 8.1 i direktivet sägs endast att tilldelningen av andelar i det förvärvande bolaget inte "i sig" får leda till att delägaren beskattas. I artikel 8.2 anges vidare att artikel 8.1 inte hindrar medlemsstaterna från att beskatta den vinst som uppstår vid en senare överlåtelse av de mottagna andelarna. Av dessa bestämmelser kan alltså utläsas att andelsbytet som sådant inte får utlösa någon beskattning av den upplupna värdestegringen på de bortbytta andelarna men att denna värdestegring får beskattas när de mottagna andelarna överlåts. Det finns dock ingen uttrycklig bestämmelse om att den upplupna värdestegringen inte får beskattas vid någon tidpunkt mellan andelsbytet och överlåtelsen av de mottagna andelarna. En strikt ordalydelsetolkning av direktivet skulle därför tala för att medlemsstaterna inte är förhindrade att lägga beskattningstidpunkten före överlåtelsen av de mottagna andelarna.

I direktivets preambel finns i och för sig en skrivning om att "[s]ystemet med att skjuta upp beskattningen av kapitalvinster på överförda tillgångar *till dess att de faktiskt har avyttrats* [kurs. här] medger [...]". Denna skrivning synes i förstone ge stöd för att artikel 8 skall tolkas så att andelsägaren endast får beskattas vid överlåtelsen av de mottagna andelarna.[50] Av sammanhanget framgår dock enligt min mening klart att den citerade passusen i preambeln tar sikte på beskattningen på bolagsnivå,[51] varför

[47] SEC(2001) 1681 s. 238 och 331.

[48] Se närmare nedan i avsnitt 6.6.5.5 om andelsbyten med skalbolagsandelar och 6.7 om s.k. exitskatter.

[49] Se de avsnitt som nämns i föregående not.

[50] De Broe 2002 s. 77 synes göra denna tolkning.

[51] Jfr avsnitt 5.4.1 ovan.

den inte har någon omedelbar relevans vid tolkningen av artikel 8. Däremot måste förstås det allmänna syftet med denna artikel, och med direktivet i stort, beaktas vid tolkningen. Det skulle givetvis få helt orimliga konsekvenser att tolka bestämmelserna så att de endast förhindrar en beskattning vid tidpunkten för själva andelsbytet, men att det vore tillåtet att t.ex. lägga beskattningstidpunkten en vecka efter andelsbytet. En sådan tolkning måste uppenbarligen anses strida mot direktivets syfte att undanröja skattehinder för gränsöverskridande andelsbyten, eftersom den skulle göra skattefriheten illusorisk. Utgångspunkten vid tolkningen bör i stället vara att artikel 8.1 och 8.2 skall läsas i ett sammanhang, vilket bör leda till att den skattefrihet som föreskrivs i artikel 8.1 i princip skall gälla fram till den tidpunkt som anges i artikel 8.2, d.v.s. fram till dess att de mottagna andelarna överlåts. Någon generell rättighet för medlemsstaterna att lägga beskattningstidpunkten före överlåtelsen av de mottagna andelarna kan således knappast anses föreligga.

Enligt min mening kan dock inte uteslutas att så ändå kan få ske i vissa situationer, när detta kan anses förenligt med direktivets syften. Ett grundläggande krav för att en tidigareläggning av beskattningen skall vara tillåten bör i så fall vara att denna beskattning inte kan anses utgöra en inskränkning av den skattefrihet som enligt artikel 8.1 skall gälla för själva andelsbytet. Bl.a. bör därför krävas att den beskattningsutlösande händelsen är frikopplad från själva andelsbytet, d.v.s. att samma händelse hade utlöst beskattning även om andelsbytet inte hade ägt rum. Andelsägaren kommer då inte att drabbas av ett skatteuttag i andra situationer än vad som hade varit fallet om andelsbytet inte hade företagits. Om beskattningen däremot på ett eller annat sätt är kopplad till att delägaren tidigare företagit ett andelsbyte kan detta anses inkräkta på den skattefrihet för själva andelsbytet som föreskrivs i artikel 8.1. I så fall är det enligt min mening betydligt mer tvivelaktigt om det kan anses förenligt med direktivet att utlösa beskattning innan dess att de mottagna andelarna överlåts.

En annan omständighet som också bör beaktas vid bedömningen av om en tidigareläggning av beskattningen är tillåten är syftet med den ifrågavarande nationella regeln. Det kan därvid vara motiverat att göra skillnad mellan regler som så att säga ingår i det allmänna systemet för beskattning och regler som är av mer specifik skatteflyktskaraktär. Om syftet med regeln är att förhindra skatteflykt kan det nämligen finnas anledning att också beakta direktivets skatteflyktsbestämmelse i artikel 11.[52] Enligt denna artikel har ju medlemsländerna möjlighet att i efterhand återkalla den skatteförmån som medgivits om transaktionen har

[52] Se närmare om denna bestämmelse i kapitel 4 ovan.

skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften. En tidigareläggning av beskattningen skulle i vissa situationer kunna ses som ett sådant återkallande av den skattefrihet som medgavs vid andelsbytet som är tillåtet enligt denna artikel. För att så skall vara fallet krävs dock att den nationella regeln är utformad i enlighet med artikel 11, vilket bl.a. innebär att den måste möjliggöra en prövning av skatteflyktssyftet i det enskilda fallet.[53] Att tillåta en nationell skatteflyktsbestämmelse enligt vilken beskattningen tidigareläggs även i situationer som inte täcks av artikel 11 skulle däremot kunna anses komma i konflikt med syftena bakom denna artikel och därmed också med direktivet som sådant.

Som redan nämnts kommer diskussionen i detta avsnitt att utvecklas och konkretiseras närmare i anslutning till att de svenska regler som föreskriver en tidigareläggning av beskattningen behandlas.[54]

6.3 Särskilt om andelsägarnas beskattning vid fusioner och fissioner

En fusion/fission innebär att andelarna i det överlåtande, upplösta, bolaget upphör att existera. Som nämnts i avsnitt 6.1 ses detta i regel som en beskattningsutlösande händelse, varför fusionen/fissionen kan leda till en beskattning även på ägarnivå. I svensk rätt anges således i 44:8 IL att andelarna skall anses avyttrade i och med fusionen/fissionen varför en kapitalvinstbeskattning principiellt sett aktualiseras. I det fallet att de utslocknade andelarna innehades av det övertagande bolaget före fusionen/fissionen gäller dock den särskilda skattefrihetsregeln i artikel 7 i direktivet, vilken har implementerats i 37:29 IL. Dessa regler har redan behandlats i kapitel 5.6 ovan. Skattekonsekvenserna för övriga andelsägare regleras däremot i artikel 8 i direktivet. I den mån andelsägarna erhåller vederlag i form av andelar i det eller de övertagande bolaget/bolagen följer således av artikel 8.1 att ägarna inte skall beskattas p.g.a. transaktionen.

Ur andelsägarnas synvinkel kan fusionen/fissionen i princip jämställas med ett andelsbyte där andelarna i det överlåtande bolaget byts mot andelar i det övertagande bolaget. I formell mening är det dock inte fråga om ett byte eftersom andelarna i det överlåtande bolaget som nämnts upphör att existera och därför inte kan lämnas som bytesvederlag. För att tydliggöra att de svenska andelsbytesreglerna ändå är tillämpliga på transaktionen stadgas att det övertagande företaget vid en fusion eller fis-

[53] Se närmare kapitel 4.3.1 ovan.
[54] Se avsnitt 6.6.5.5 och 6.7 nedan.

sion skall anses köpa andelar i det överlåtande företaget som inte redan ägs av det övertagande företaget, se 48a:4 och 49:4 IL.[55] Enligt uttryckliga bestämmelser gäller dock inte kravet på röstmajoritet vid fusioner och fissioner, se 48a:8, 2 st. och 49:12, 2 st. IL.

Vid fissioner byter andelsägaren sina andelar i det överlåtande bolaget mot andelar i två eller flera övertagande bolag. I direktivet finns inga närmare anvisningar om hur det skattemässiga värdet på andelarna i det överlåtande bolaget skall fördelas mellan andelarna i de olika övertagande bolagen. Även svensk rätt saknar uttryckliga regler om detta.[56] En lösning skulle kunna vara att se till marknadsvärdet av det som överförs till respektive bolag och fördela det skattemässiga värdet på andelarna i proportion till detta. En annan lösning är att låta marknadsvärdet på andelarna i de övertagande bolagen styra proportioneringen. I princip borde i och för sig dessa lösningar leda till samma resultat, men den sistnämnda lösningen förefaller enklare att tillämpa (åtminstone i de fall då fissionen berör marknadsnoterade bolag). Denna lösning ligger också i linje med den som idag tillämpas vid delningar enligt Lex Asea i 48:8 IL.[57]

[55] Jfr att Regeringsrätten i RÅ 1997 ref. 54 ansåg att den tidigare s.k. strukturregeln i 27 § 4 mom. SIL inte kunde tillämpas vid fusioner eftersom andelarna inte ansågs avyttrade *till* det övertagande företaget. Skatterättsnämnden har dock i två förhandsbesked den 17 mars 2000 (Ersson i SN 2000 s. 534 f.) respektive den 4 oktober 2002 (Jansson i SvSkT 2002 s. 695) tillämpat de nya andelsbytesreglerna på andelsägare i bolag som deltog i en s.k. reverse triangular merger enligt lagstiftningen i Delaware i USA. Denna fusionsform innebär inte att det bolag som "infusioneras" upphör att existera utan det blir i stället ett helägt dotterbolag till det övertagande bolaget, varför transaktionen inte täcks av fusionsdefinitionen i 37:3 IL. Samtidigt är transaktionen inte ett vanligt andelsbyte utan styrs av den särskilda lagstiftningen i Delaware. Det hela går i princip till så att aktierna i det överlåtande bolaget i ett samlat och lagreglerat förfarande konverteras till en rätt att erhålla aktier i det övertagande bolaget. Något uppköpserbjudande riktas således inte till de enskilda aktieägarna utan dessa fattar ett kollektivt beslut om "fusionen" på bolagsstämma. Nämnden ansåg dock att förfarandet skulle ses som att aktierna i det överlåtande bolaget avyttrats "till" det övertagande bolaget i utbyte mot aktier i detta bolag, varför skattefrihet kunde medges med stöd av andelsbytesreglerna. Samma bedömning gjordes också i ett förhandsbesked den 14 december 2001 (André i SN 2002 s. 76 f.) angående ett liknande förfarande enligt kanadensisk rätt.

[56] Däremot har i bestämmelserna om beskattningen på bolagsnivå införts särskilda regler om hur vissa överföringar skall proportioneras mellan de olika övertagande företagen, se 37:28 IL samt kapitel 5.5 ovan (not 110 och 124).

[57] Skatterättsnämnden har i ett förhandsbesked den 9 oktober 2002 (RSV:s rättsfallsprotokoll 24/02) tillämpat den sistnämnda lösningen vid uppdelningar av ett danskt och ett norskt bolag vilka styrdes av särskilda regler i dessa länder. Eftersom de ursprungliga bolagen skulle leva vidare efter uppdelningarna fann nämnden att transaktionerna inte täcktes av den svenska fissionsdefinitionen i 37:5 IL. Uppdelningarna kunde enligt ansökan komma att ske enligt alternativa tekniska förfaranden, varav vissa involverade nedsättning och inlösen av aktier i de överlåtande bolagen. Med stöd av ett tidigare fall från

En annan fråga som möjligen kan anses något oklar är om reglerna i 48a:4 och 49:4 IL innebär att beskattningskonsekvenserna för andelsägarna vid en fusion/fission i alla avseenden är desamma som vid ett regelrätt andelsbyte. I båda dessa bestämmelser anges nämligen att det som sägs där gäller "vid tillämpningen av detta kapitel". Detta kan eventuellt tolkas så att regler angående andelsbyten som finns i andra kapitel i IL inte gäller vid fusioner/fissioner. Ett exempel på en sådan regel är den ovannämnda "smittoregeln" i 57:6, 2 st. IL (se avsnitt 6.2.3.2). I denna regel anges att den blir tillämplig om en kvalificerad andel "avyttras genom ett andelsbyte". Det skulle därmed kunna argumenteras för att regeln inte kan tillämpas vid fusioner/fissioner. Systematiska hänsyn talar dock enligt min mening för att denna och andra regler som återfinns i andra kapitel än 48a kap. och 49 kap. IL, och som skall tillämpas vid "andelsbyten", även blir tillämpliga vid "byten" i samband med fusioner/fissioner. Genom bestämmelserna i 48a:4 och 49:4 IL kommer sådana "byten" nämligen att omfattas av legaldefinitionen av "andelsbyte" i 48a:2 och 49:2 IL, vilket bör få återverkningar även på bestämmelser på andra håll i IL där det talas om andelsbyten.

När det gäller andelsbyten som ingår som ett led i en fusion eller fission kan slutligen noteras att skattefriheten på ägarnivå enligt artikel 8.1 inte har gjorts beroende av att transaktionen är skattebefriad på bolagsnivå.[58] Även om fusionen/fissionen utlöser beskattning hos det överlåtande bolaget, t.ex. p.g.a. att de överförda tillgångarna och skulderna inte knyts till ett fast driftställe i överlåtarstaten, skall skattefrihet således medges på ägarnivå. Så sker också enligt den svenska lagstiftningen.

6.4 Beskattning av kontantvederlag

Eventuellt kontantvederlag som utgår vid andelsbytet omfattas inte av reglerna om skattefrihet utan får enligt artikel 8.4 i direktivet beaktas vid taxeringen av andelsägaren. Syftet med denna bestämmelse torde vara att om kontantvederlag utgår får delägarna tillgång till likvida medel att betala skatten med, varför det inte finns samma anledning att skjuta fram beskattningen till en senare tidpunkt. Exakt på vilket sätt medlemsstater-

---

Regeringsrätten (RÅ 1999 not. 286) fann nämnden att förfarandena inte skulle anses innebära att aktierna avyttrats (d.v.s. inte heller i inlösen-alternativen), varför andelsbytesreglerna överhuvudtaget inte aktualiserades. Omkostnadsbeloppet på aktierna i de gamla bolagen skulle enligt nämnden fördelas mellan dessa aktier och aktierna i de nya bolagen utifrån aktiernas marknadsvärden omedelbart efter uppdelningen.

[58] Survey 1995 s. 29.

na vid taxeringen får "beakta" kontantvederlaget framgår inte av artikel 8.4. En tolkning av bestämmelsen skulle kunna vara att den totala kapitalvinsten skall proportioneras i två delar utifrån hur stor del av vederlaget som erhålls kontant. Om exempelvis åtta procent av det totala vederlaget erhålls i kontanter skall detta leda till att åtta procent av den totala kapitalvinsten beskattas omedelbart vid andelsbytet.[59] En för medlemsstaterna mer generös tolkning skulle kunna vara att artikel 8.4 även tillåter att kontantvederlaget i sin helhet beskattas direkt vid andelsbytet (under förutsättning givetvis att den totala kapitalvinsten inte understiger det vederlag som erhålls kontant). Detta leder till att en större del av den totala kapitalvinsten kommer att beskattas redan vid tidpunkten för andelsbytet, eftersom även en del av den vinst som "egentligen" är hänförlig till de andelar som bytts mot nya andelar kommer att beskattas. Med tanke på direktivbestämmelsens ordalydelse och syfte torde dock enligt min mening även en sådan regel vara förenlig med direktivet. Detta är också det alternativ som Sverige har valt vid implementeringen av direktivet, se 48a:9 och 49:14, 1 st. IL.

Enligt 48a:9, 2 st. IL gäller vidare att om den avyttrade andelen är en kvalificerad andel skall eventuellt kontantvederlag i första hand hänföras till inkomstslaget kapital. Endast i de fall då kontantvederlaget inte ryms inom kapitalbeloppet aktualiseras en beskattning i tjänst. Alternativet hade varit att proportionera kontantvederlaget mellan inkomstslagen tjänst och kapital utifrån hur stor del av kapitalvinsten som var att hänföra till respektive inkomstslag. Eftersom den valda lösningen är förmånligare för den skattskyldiga finns inte någon anledning att ifrågasätta implementeringen i den delen.

Slutligen kan noteras att kontantvederlag som utgår till aktieägare vid fusion jämställs med utdelning vid tillämpning av kupongskattelagen.[60] Kontantvederlag som utgår till begränsat skattskyldiga aktieägare kan därmed komma att kupongbeskattas. Detta gäller även i de fall då aktieägaren inte omfattas av den s.k. tioårsregeln i 3:19 IL och "andelsbytesdelen" av fusionen således inte föranleder några skattekonsekvenser för henne. Eftersom direktivet uttryckligen tillåter att kontantvederlag får beskattas kan jag dock inte se att detta kommer i konflikt med direktivet.

[59] Denna tolkning förordas i Farmer och Lyal 1994 s. 290 och i EC Initiatives 1992 s. 20.

[60] Se 2 § 2 st. i kupongskattelagen.

6.5 Värdering av andelarna hos det förvärvande bolaget

Det kan konstateras att direktivet saknar regler för vilket värde det förvärvande bolaget skall åsätta andelarna. Frågan är om man av detta kan dra slutsatsen att medlemsstaterna är fria att reglera värderingsfrågan efter eget gottfinnande. En sådan tolkning av direktivet skulle möjliggöra för medlemsstaterna att föreskriva att andelarna skall värderas till säljarens skattemässiga restvärde, vilket i sin tur skulle kunna leda till en dubbelbeskattning av samma värdeökning. Den värdeökning på andelarna i det förvärvade bolaget som skett före andelsbytet kan ju då komma att beskattas både när säljaren vidareförsäljer de mottagna andelarna och när det förvärvande bolaget vidareförsäljer det förvärvade bolaget. Problemet är alltså i princip detsamma som det som diskuterades i kapitel 5.8 ovan angående värdering av de mottagna andelarna vid en verksamhetsavyttring. Kommissionen föreslog därför också när det gäller andelsbyten att det i direktivet skulle föreskrivas att det förvärvande bolaget skulle få värdera andelarna i det förvärvade bolaget till marknadsvärdet.[61] Även detta förslag avvisades emellertid av medlemsländerna och någon bestämmelse angående detta finns inte med i det antagna ändringsdirektivet.

Även när det gäller andelsbytesreglerna har det dock hävdats att en värdering till skattemässigt värde måste anses strida mot andan bakom fusionsdirektivet alternativt mot skatteflyktsbestämmelsen i artikel 11.[62] Av samma skäl som anförts i kapitel 5.8 ställer jag mig dock tveksam till denna slutsats. Fusionsdirektivet är inte heltäckande och i den mån regler saknas i direktivet bör medlemsstaterna enligt min mening vara fria att utforma sina skatteregler på det sätt de önskar. Vidare ligger en värdering till skattemässigt restvärde väl i linje med den kontinuitetsprincip som genomgående används i direktivet. I svensk rätt finns dock ingen bestämmelse om att det köpande företaget skall överta säljarens skattemässiga värde varför köparen i enlighet med vad som normalt gäller får använda vederlaget, d.v.s. marknadsvärdet på vederlagsandelarna samt eventuellt kontantvederlag, som anskaffningsvärde på de köpta andelarna.[63]

[61] Se förslaget till ny artikel 8.10 i KOM(2003) 613 slutlig.

[62] Se Survey 1995 s. 62, Wheeler i European Taxation 1995 s. 144 och 146, Hoenjet i EC Tax Review 1997 s. 214 och Schelpe i EC Tax Review 1997 s. 21. Argumentationen är densamma som den som återgetts i kapitel 5.8 ovan. Se även kommissionen i SEC(2001) 1681 s. 239 och KOM(2003) 613 slutlig, p. 27–29 i inledningen samt Survey 2003 s. 54.

[63] Se prop. 1998/99:15 s. 197. Se även Persson Österman 1997 s. 370 ff. för en kritisk diskussion av vilka "allmänna principer" som bör anses relevanta för bestämning av köparens anskaffningsvärde vid andelsbyten.

6.6 Den svenska uppskovslösningen

6.6.1 Inledning

Som nämnts tillämpas i Sverige parallellt med reglerna om framskjuten beskattning i 48a kap. IL även regler om uppskovsgrundande andelsbyten i 49 kap. IL. Uppskovsmetoden används vid andelsbyten där juridiska personer är säljare samt vid fysiska personers andelsbyten av lagerandelar.

Uppskovsmetoden introducerades när fusionsdirektivets andelsbytesregler första gången implementerades i svensk rätt. Innan dess medgavs skattefrihet vid vissa andelsbyten enligt den s.k. strukturregeln i 27 § 4 mom. SIL, vilken var utformad enligt den kontinuitetsprincip som även används i direktivet och i 48a kap. IL. Strukturregeln fick dock inte tillämpas vid andelsbyten av kvalificerade andelar i fåmansföretag om någon del av kapitalvinsten var hänförlig till inkomstslaget tjänst enligt de s.k. fördelningsreglerna. Anledningen till detta var att kontinuitetsmetoden i strukturregeln inte ansågs ge utrymme för en tillämpning av fördelningsreglerna när de mottagna andelarna avyttrades i de fall då inte även dessa andelar var kvalificerade.[64]

När fusionsdirektivet implementerades i svensk rätt konstaterades att direktivet inte tillåter en sådan inskränkning i tillämpningsområdet för skattefrihet vid andelsbyten.[65] För de gränsöverskridande andelsbyten som omfattas av direktivet infördes därför i IGOL i stället en uppskovsmetod för att medge skattefrihet. Enligt denna metod fastställs en kapitalvinst vid andelsbytet, men uppskov medges med beskattningen av vinsten till dess att de mottagna andelarna avyttras. Uppskovsbeloppet beskattas då för sig, fristående från beskattningen av avyttringen av de mottagna andelarna, varför fördelningsreglerna kan tillämpas på uppskovsbeloppet även om de inte skall tillämpas på de mottagna andelarna. På så sätt är det alltså lättare att inom ramen för uppskovsmetoden kombinera en senarelagd beskattning av andelsbytet med en tillämpning av fördelningsreglerna.

Ursprungligen användes uppskovsmetoden således endast vid gränsöverskridande andelsbyten, men när omstruktureringslagstiftningen reformerades år 1999 ansågs det vara förenat med praktiska och principiella nackdelar att ha två parallella system för att skjuta fram beskattningen av andelsbyten.[66] Uppskovsmetoden infördes därför som generell metod för alla andelsbyten. Uppskovsreglerna kom dock att kritiseras bl.a. för att vara

[64] Prop. 1989/90:110, del 1, s. 453 f.
[65] Prop. 1994/95:52 s. 36.
[66] Prop. 1998/99:15 s. 178.

krångliga och svåra att tillämpa.[67] För att underlätta för det stora flertalet skattskyldiga återinfördes därför år 2002 en kontinuitetsmetod för beskattning av andelsbyten genom reglerna i 48a kap. IL.[68] Vi fick därmed återigen två parallella system för beskattning av andelsbyten. Till en början gällde reglerna i 48a kap. IL endast för fysiska personers andelsbyten av marknadsnoterade andelar, under förutsättning att varken de bortbytta eller de mottagna andelarna var kvalificerade. Numera har reglerna som framgått utvidgats till att gälla för alla andelsbyten som företas av fysiska personer med undantag för byten av lagerandelar.[69]

Uppskovsreglerna finns som nämnts i 49 kap. IL och tillämpas dels vid andelsbyten där juridiska personer (inklusive svenska handelsbolag) är säljare, dels vid fysiska personers andelsbyten av lagerandelar. Uppskovsreglerna gäller därmed för alla andelsbyten som beskattas i inkomstslaget näringsverksamhet. Eftersom kapitalvinster vid avyttring av näringsbetingade andelar numera är skattefria för aktiebolag etc. aktualiseras andelsbytesreglerna för deras del endast i de fall då de bortbytta andelarna inte uppfyller villkoren för skattefrihet. Tidigare fanns även uppskovsregler i 25 kap. IL vilka gällde vid koncerninterna andelsavyttringar, inklusive avyttringar i form av andelsbyten. Dessa regler slopades dock i samband med införandet av skattefriheten för kapitalvinster på näringsbetingade andelar.[70]

Eftersom uppskovsmetoden på flera väsentliga punkter skiljer sig från den kontinuitetsprincip som direktivet bygger på skall jag i det följande förhållandevis utförligt diskutera de svenska uppskovsreglerna och särskilt dessa reglers förenlighet med direktivet.[71]

[67] Kritiken framfördes redan i samband med att reglerna infördes, se t.ex. Rutberg i SvSkT 1998 s. 989. Se även prop. 2001/02:46 s. 60.

[68] Prop. 2001/02:46.

[69] Prop. 2002/03:15. Detta skedde dessutom med retroaktiv verkan på så sätt att fysiska personer som företagit andelsbyten med kvalificerade andelar som vid tidpunken för andelsbytet omfattades av uppskovsreglerna men som numera skulle falla in under reglerna om framskjuten beskattning kan välja att få andelsbytet behandlat enligt det sistnämnda regelsystemet. Se (de mycket komplexa) övergångsbestämmelserna i SFS 2002: 1143 samt kommentaren till dessa i Andersson m.fl. 2004 s. 1287 ff. Se även Grönlund i SvSkT 2003 s. 62 ff. angående hur övergångsbestämmelserna skall tillämpas vid delavyttringar av de mottagna andelarna.

[70] Se prop. 2002/03:96 s. 141 f. Samtidigt eftergavs de uppskov som tidigare beviljats enligt dessa regler, se p. 4 i övergångsbestämmelserna i SFS 2003:224.

[71] Frågan om uppskovsteknikens förenlighet med direktivet har varit föremål för debatt, se Ståhl i SN 1998 s. 816 ff. och SN 1999 s. 646 ff., Friman i SN 1999 s. 441 ff. samt Larsson, J. i SN 2002 s. 200 ff.

6.6.2 Uppskovstekniken

I 49 kap. IL används således en uppskovsteknik för att undvika att beskattning utlöses vid andelsbytet. Uppskovstekniken innebär att en kapitalvinst fastställs för andelsägaren vid andelsbytet, men att uppskov med beskattningen av vinsten medges. Detta sker genom att kapitalvinsten fördelas mellan de mottagna andelarna på så sätt att ett uppskovsbelopp knyts till varje mottagen andel.[72] Om den avyttrade andelen var en lagerandel utgörs uppskovsbeloppet av den del av ersättningen som överstiger andelens skattemässiga värde.[73] Uppskovsbeloppet återförs sedan till beskattning vid ett senare tillfälle, enligt särskilda regler i 49 kap. IL.[74] Anskaffningsvärdet för de mottagna andelarna bestäms till marknadsvärdet.[75]

Den svenska uppskovsmetoden skiljer sig alltså från den teknik som används i direktivet på så sätt att en kapitalvinst räknas fram vid tidpunkten för andelsbytet men att beskattningstidpunkten skjuts upp till ett senare tillfälle. Man skulle kunna säga att andelsbytet fortfarande är den beskattningsutlösande händelsen, men att skatten inte behöver betalas in förrän senare. Även om uppskovsbeloppet knyts till de mottagna andelarna är det vidare de bortbytta och inte de mottagna andelarna som utgör skatteobjekt när uppskovet återförs. Enligt direktivets kontinuitetsmetod förs i stället det skattemässiga värdet på de bortbytta andelarna över till de mottagna andelarna. Den skattepliktiga kapitalvinsten räknas inte fram förrän vid en senare avyttring av de mottagna andelarna, men då innebär kontinuitetstekniken att vinsten automatiskt kommer att innefatta även den värdeökning som skett på de bortbytta andelarna för tiden fram till andelsbytet. Den latenta skatteskulden är därmed överflyttad till de mottagna andelarna.

6.6.3 Allmänt om uppskovsmetodens förenlighet med direktivet

Eftersom uppskovsmetoden på flera punkter skiljer sig från direktivets kontinuitetsmetod kan man fråga sig om uppskovslösningen verkligen är förenlig med direktivet.[76] Allmänt gäller att ett direktiv endast anger de

[72] 49:14 IL.

[73] 49:17 IL. Ersättning motsvarande det skattemässiga värdet tas upp som intäkt men kommer att balanseras av ett lika stort avdrag.

[74] Se 49:19–31 IL samt avsnitt 6.6.5 nedan.

[75] Att så är fallet följer av de allmänna regler som gäller vid byte, d.v.s. den tillbytta egendomen anses anskaffad för ett vederlag motsvarande marknadsvärdet på den bortbytta egendomen.

[76] Se för det följande även Ståhl i SN 1998 s. 816 ff. och SN 1999 s. 646 ff. samt Friman i SN 1999 s. 441 ff.

resultat som skall uppnås och att medlemsländerna själva får bestämma på vilket sätt målen skall realiseras.[77] Det är således i princip den enskilda medlemsstatens ensak att välja tillvägagångssätt och medel för att genomföra direktivets krav. Syftet med fusionsdirektivet är att undvika att andelsbytet beskattas. Detta förutsätts i direktivet ske genom tillämpning av en kontinuitetsmetod. Frågan är dock om direktivet också ställer ett direkt *krav* på att just denna metod skall användas. Med andra ord, omfattas även tekniken för att åstadkomma den framskjutna beskattningen av det som är direktivets målsättning eller skall den tekniska lösningen endast ses som ett medel för att uppnå direktivets mål?[78]

En första fråga man kan ställa sig är om uppskovstekniken kan anses komma i konflikt redan med den grundläggande bestämmelsen i artikel 8.1 om att andelsbytet inte får leda till beskattning. I litteraturen har argumenterats för att det faktum att en kapitalvinst räknas fram och fastställs vid andelsbytet de facto innebär en beskattning av själva andelsbytet, även om uppskov med beskattningen medges.[79] Med detta synsätt strider de svenska uppskovsreglerna således mot själva skattefrihetsbestämmelsen i artikel 8.1. För egen del har jag dock svårt att se att den omständigheten att en kapitalvinst fastställs vid andelsbytet gör att reglerna kommer i konflikt med artikel 8.1 så länge andelsbytet faktiskt inte utlöser någon beskattning.[80] Jag ser uppskovslösningen mer som en teknisk lösning för att åstadkomma att beskattningen senareläggs, varför reglerna enligt min mening primärt bör prövas mot artikel 8.2 i direktivet.

I artikel 8.2 stadgas att medlemsstaterna "skall" göra tillämpningen av skattefrihetsbestämmelsen i artikel 8.1 beroende av att andelsägarna inte åsätter de mottagna andelarna ett högre skattemässigt värde än det som de bortbytta andelarna hade. Ordvalet indikerar alltså snarast att direktivet faktiskt kräver att skattemässig kontinuitet tillämpas. Här bör dock beaktas att kontinuitetsregeln, såsom har diskuterats i avsnitt 6.2.2 ovan, är ett sätt för medlemsstaterna att säkerställa att beskattningen inte går definitivt förlorad. Regeln är alltså primärt avsedd att skydda den aktuella medlemsstatens ekonomiska intressen, inte att ge de skattskyldiga vissa rättigheter. De skattskyldigas rättigheter regleras i stället i artikel 8.1, där det stadgas att ett andelsbyte inte skall medföra att andelsägaren beskattas. Så länge detta krav tillgodoses, skulle man därför kunna argumentera för att det inte bör spela någon roll om medlemsstaten använder en annan skattemässig teknik för att skydda sig mot en definitiv skatteförlust.

[77] Se kapitel 2.2 ovan.

[78] Se för det följande även kapitel 2.3.3.1 ovan.

[79] Se Friman i SN 1999 s. 442 som menar att direktivets skydd mot beskattning av andelsbyten inte endast gäller "omedelbar" beskattning utan även uppskjuten beskattning.

[80] Se för ett utförligare resonemang om denna fråga Ståhl i SN 1999 s. 646 f.

Det sistnämnda synsättet stöds också av att det i fusionsdirektivets preambel inte specifikt anges att skattemässig kontinuitet skall användas. Något som däremot eventuellt talar emot den angivna slutsatsen är att det i preambeln sägs att det inte är möjligt att uppnå direktivets syften genom att på gemenskapsnivå utvidga de nationella systemen, utan att ett gemensamt system måste införas.[81] Möjligen skulle detta kunna tas till intäkt för att direktivet skall styra inte endast slutresultatet, d.v.s. undvikande av (omedelbar) beskattning, utan också tekniken för att åstadkomma detta slutresultat.

Knäckfrågan blir alltså slutligen om man skall se fusionsdirektivet som ett "fullharmoniseringsdirektiv"[82] liknande mervärdesskattedirektiven, vilket har till syfte att genomföra samma tekniska lösning i alla länder. I så fall strider den svenska lösningen mot direktivet. Om man i stället anser att direktivet endast föreskriver ett visst slutresultat är möjligheterna större att acceptera avvikande tekniska lösningar, bara de leder till samma slutliga skatteutfall. Som jag utvecklat närmare i kapitel 2.3.3.1 ovan anser jag att det mesta talar för att direktivet skall tolkas så att det är slutresultatet som är det viktiga, medan den teknik som används har underordnad betydelse. Min samlade slutsats är därför att uppskovsmetoden i sig inte kan anses strida mot fusionsdirektivet. Denna slutsats gäller dock endast under förutsättning att denna metod faktiskt inte leder till ett sämre slutresultat, d.v.s. till en hårdare beskattning, än vad som föreskrivs i direktivet. Om den i Sverige valda uppskovsmetoden i någon situation skulle ge ett sämre utfall för de skattskyldiga än vad som följer av direktivet är detta inte längre förenligt med direktivet. Sverige kan enligt min mening då knappast försvara sig med att det sämre utfallet är en följd av uppskovsteknikens inneboende förutsättningar eller liknande.

I det följande skall jag behandla några inslag i uppskovsreglerna där det kan diskuteras om reglerna leder till en hårdare beskattning än den som följer av en tillämpning av kontinuitetsmetoden. Jag försöker då i varje enskilt fall bedöma om det skatteutfall som följer av uppskovsreglerna hade kunnat erhållas också vid en tillämpning av direktivets kontinuitetsregler. Om så inte är fallet måste de svenska reglerna enligt min mening anses strida mot direktivet.

[81] Se tredje stycket i preambeln.
[82] Se om denna term i kapitel 2.3.3.1 ovan.

6.6.4 Fördelning av uppskovsbeloppet mellan de mottagna andelarna

I avsnitt 6.2.3.3 ovan diskuterades hur den svenska genomsnittsmetoden skall tillämpas vid överlåtelse av andelar som erhållits som vederlag vid ett andelsbyte, eller närmare bestämt hur omkostnadsbeloppet för de bortbytta andelarna skall fördelas mellan de mottagna andelarna. En näraliggande fråga är hur det uppskovsbelopp som fastställs vid ett uppskovsgrundande andelsbyte skall fördelas mellan de mottagna andelarna. Problematiken är i princip densamma som den som beskrevs i det nämnda avsnittet. Om aktier av olika slag och sort byts mot aktier av ett enhetligt aktieslag, och kapitalvinsten för de bortbytta aktierna är olika stor för de olika aktieslagen, är frågan om uppskovsbeloppet ändå skall fördelas jämnt mellan de mottagna andelarna eller om olika uppskovsbelopp skall fastställas för olika mottagna andelar.

I lagtexten ges ingen direkt vägledning för hur fördelningen skall ske. Regeringsrätten har dock bedömt frågan i RÅ 2000 ref. 23 och kom därvid fram till att det förstnämnda alternativet skall användas, d.v.s. att uppskovsbeloppet skall fördelas jämnt mellan alla mottagna andelar.[83] I målet fördes en argumentation kring frågan om en sådan fördelning av uppskovsbeloppet verkligen är förenlig med fusionsdirektivet. I korthet hävdades att det måste strida mot direktivet att en aktieägare skulle behöva tidigarelägga en beskattning och skatta fram ett uppskovsbelopp som är hänförligt till kapitalvinstbeskattningen av andra aktier. Aktieägaren skulle då beskattas hårdare än om beskattning hade skett redan vid tidpunkten för aktiebytet. Som redan nämnts i avsnitt 6.2.3.3 fann dock Regeringsrätten att direktivet är så allmänt hållet att det inte ger någon egentlig ledning i den aktuella frågan. Målet avgjordes därför på grundval av en analys av det inhemska regelsystemet.

Domstolen menade därvid att det i lagtexten och förarbetena inte finns stöd för att det vid ett samtidigt byte av flera aktier skulle kunna uppkomma flera kategorier av mottagna andelar av samma slag och sort. Enligt domstolen är vidare en fördelning av uppskovsbeloppet med lika belopp på samtliga mottagna andelar den lösning som är mest förenlig med genomsnittsmetoden, eftersom ett syfte med denna metod är att man inte skall behöva individualisera de andelar som säljs i ett homogent andelsinnehav. Domstolen framhöll också att en annan lösning skulle kunna leda till oöverstigliga tillämpningsproblem.

[83] Målet kommenteras utförligt av Gäverth i SN 2000 s. 557 ff. I artikeln uppmärksammar och diskuterar Gäverth även ett flertal andra problem vad gäller fördelningen av uppskovsbeloppet.

Jag har i avsnitt 6.2.3.3 kommit fram till att tillämpningen av genomsnittsmetoden vid beskattningen av de mottagna andelarna inom ramen för systemet med framskjuten beskattning i 48a kap. IL knappast kan anses strida mot direktivet. Samma skäl som anförts till stöd för denna ståndpunkt talar för att även den fördelning av uppskovsbeloppet som enligt Regeringsrätten skall gälla vid samtidigt byte av flera aktieslag är förenlig med direktivet.

Slutligen skall framhållas att en förutsättning för att en jämn fördelning av uppskovsbeloppet på alla mottagna andelar skall ske är att transaktionen i sin helhet omfattas av andelsbytesreglerna. Om säljaren samtidigt med andelsbytet erhåller en post aktier i det köpande företaget som inte omfattas av andelsbytesreglerna, t.ex. för att denna post köps kontant eller mot annat bytesvederlag än andelar i det avyttrade företaget, skall uppskovsbeloppet endast hänföras till de andelar som erhållits vid själva andelsbytet.[84] På motsvarande sätt bör gälla att om såväl de bortbytta som de tillbytta andelarna är av olika aktieslag, t.ex. om A-aktier byts mot A-aktier och B-aktier mot B-aktier, bör olika uppskovsbelopp fastställas för de mottagna aktierna av respektive aktieslag.[85]

6.6.5 Återföring av uppskovet

6.6.5.1 Inledning

I de följande underavsnitten skall undersökas i vilka situationer som uppskovsbeloppet skall återföras till beskattning. Denna fråga är givetvis central vid bedömningen av hur uppskovsmetoden står sig i förhållande till direktivet. Allmänt kan sägas att bestämmelserna om återföring av uppskovsbeloppet är utformade på så sätt att beskattningen av uppskovsbeloppet i princip följer kapitalvinstbeskattningen av den mottagna andelen. Detta leder till att uppskovslösningen i regel får samma effekter som en renodlad kontinuitetslösning hade fått i motsvarande situationer. Som kommer att framgå gäller det sagda dock inte helt undantagslöst.

[84] Se RÅ 2000 not. 159 angående ett samtidigt byte av aktier och teckningsoptioner i ett bolag mot nyemitterade aktier i det köpande bolaget. I målet slog Regeringsrätten fast att ingen del av uppskovsbeloppet skulle hänföras till de aktier som erhållits i utbyte mot teckningsoptionerna.

[85] Denna situation har bedömts av Skatterättsnämnden i förhandsbesked den 10 november 1999 (se RSV:s rättsfallsprotokoll 39/99 och Ersson i SN 2000 s. 86 f.). I förhandsbeskedet kom nämnden fram till att de två bytena skulle behandlas var för sig vid fördelningen av uppskovsbeloppet.

6.6.5.2 Huvudregel

Huvudregeln i 49:19 IL är att uppskovsbeloppet skall tas upp till beskattning senast när de mottagna andelarna avyttras eller äganderätten på annat sätt (t.ex. genom utdelning eller kapitaltillskott) övergår till någon annan eller andelarna upphör att existera. Denna bestämmelse ligger väl i linje med artikel 8.2 i direktivet. Både i direktivet och i den svenska lagen är det andelsägaren som beskattas och beskattningstidpunkten är kopplad till överlåtelse etc. av de mottagna andelarna. I direktivet sägs i och för sig inte uttryckligen att beskattning får ske när den mottagna andelen upphör att existera, endast att så får ske när den överlåts. På motsvarande sätt som diskuterats i avsnitt 6.2.5.2 ovan när det gällde reglerna om framskjuten beskattning bör dock även detta vara förenligt med direktivet. Eftersom det i bestämmelsen anges att uppskovsbeloppet "senast" skall tas upp vid de nämnda tidpunkterna finns inget som hindrar att en andelsägare som så önskar återför hela eller delar av uppskovsbeloppet vid en tidigare tidpunkt, t.ex. för att kvitta detta mot förlust på andra andelar.

Enligt min mening bör det vidare sakna betydelse att skatteobjektet rent tekniskt utgörs av de mottagna andelarna enligt direktivet men de bortbytta andelarna enligt de svenska uppskovsreglerna så länge som detta inte påverkar själva skatteutfallet.[86] Om en mottagen andel har stigit i värde efter andelsbytet innebär uppskovsreglerna endast att den skattepliktiga inkomst som utlöses av en avyttring av denna andel består av två olika delar: dels uppskovsbeloppet, dels vinsten på den mottagna andelen. Summan av dessa belopp motsvarar den vinst som vid en kontinuitetslösning hade uppkommit på den mottagna andelen varför skatteutfallet bör bli detsamma enligt båda modellerna. Om den mottagna andelen däremot avyttras med förlust kan det faktum att uppskovsbeloppet hänför sig till den bortbytta och inte den mottagna andelen dock i vissa fall få reell betydelse. Denna fråga behandlas närmare i nästa avsnitt.

6.6.5.3 De mottagna andelarna avyttras med förlust

Om de mottagna andelarna avyttras med vinst bör det således sakna betydelse att uppskovsbeloppet hänför sig till de bortbytta och inte till de mottagna andelarna. Detta faktum kan dock ställa till problem om de mottagna andelarna sjunker i värde efter andelsbytet. Direktivets kontinuitetslösning innebär att en sådan värdenedgång automatiskt kvittas mot den värdestegring på de bortbytta andelarna som inträffade före

[86] Jfr däremot Friman i SN 1999 s. 443 f. som menar att detta faktum gör att de svenska reglerna generellt är oförenliga med direktivet eftersom det kan finnas situationer där skatteutfallet påverkas.

andelsbytet eftersom det skattemässiga värdet på de bortbytta andelarna förs över på de mottagna andelarna. Inom ramen för uppskovslösningen blir det däremot fråga om två separata poster vid skatteberäkningen, dels uppskovsbeloppet från det tidigare andelsbytet, dels förlusten vid avyttringen av de mottagna andelarna. Om dessa poster fullt ut kan kvittas mot varandra bör detta i och för sig inte vara något problem eftersom slutresultatet då blir detsamma som vid en kontinuitetslösning. Så är fallet när det gäller juridiska personers avyttringar av andelar som utgör kapitaltillgångar. För juridiska personer gäller ju att alla skattepliktiga andelsavyttringar hänförs till inkomstslaget näringsverksamhet och enligt 48:26 IL råder full kvittningsrätt mellan kapitalvinster och kapitalförluster på olika delägarrätter. Om uppskovsbeloppet respektive förlusten på de mottagna andelarna däremot hänförs till olika inkomstslag, eller det av annan anledning finns begränsningar i möjligheten att kvitta förlusten på de mottagna andelarna mot det återförda uppskovsbeloppet, kommer uppskovslösningen i förlustfallen dock att leda till ett sämre resultat än en kontinuitetslösning. Så kan bli fallet vid andelsbyten som involverar lagerandelar.

Antag att en fysisk person som driver byggnadsrörelse äger aktier i ett fastighetsförvaltande fåmansbolag i vilket hon också är företagsledare. Dessa aktier anses då enligt 27:6, 1 p. IL utgöra lagertillgång i byggnadsrörelsen. Antag vidare att fastighetsbolaget genom ett andelsbyte köps upp av ett börsbolag. De mottagna andelarna kommer då sannolikt att betraktas som vanliga kapitaltillgångar och inte som lagertillgångar. Detta leder till problem om de mottagna andelarna sjunker i värde efter andelsbytet. Eftersom kapitalförlusten vid en överlåtelse av de mottagna andelarna är hänförlig till inkomstslaget kapital,[87] medan det återförda uppskovsbeloppet skall beskattas i inkomstslaget näringsverksamhet, kan uppskovsbeloppet inte fullt ut kvittas mot förlusten.[88] Den skattskyldiga kommer därmed att drabbas av en effektiv beskattning även om kapitalförlusten är lika stor, eller t.o.m. större, än den vinst som uppkom vid det ursprungliga andelsbytet.[89]

[87] Enligt 13:7 IL är det endast sådana andelar som utgör lagertillgångar som räknas som tillgång i näringsverksamhet för enskilda näringsidkare.

[88] Reglerna om skattereduktion för underskott i kapital (41:12 samt 65:9 och 12 IL) kan indirekt ge en viss möjlighet till kvittning mellan inkomstslagen, men eftersom skattereduktionen regelmässigt är lägre än den inkomstskatt som belöper på det återförda uppskovsbeloppet neutraliseras inte beskattningen av uppskovsbeloppet fullt ut.

[89] En liknande effekt uppkom tidigare vid byte av kvalificerade andelar i fåmansföretag mot andelar som inte var kvalificerade, se t.ex. Larsson, J. i SN 2002 s. 199 ff. Som en följd av debatten kring den s.k. IT-fällan kom dock andelsbyten med kvalificerade andelar att föras ut ur 49 kap. IL och dessa behandlas nu som nämnts enligt kontinuitetsreglerna i 48a kap. IL (se prop. 2002/03:15 samt Ståhl i SN 2003 s. 60 ff.).

Även för juridiska personer kan ett byte av lagerandelar leda till liknande problem vid en förlustavyttring av de mottagna andelarna. Om de bortbytta andelarna är klassade som lagertillgångar, medan de mottagna andelarna får karaktär av kapitaltillgångar, kan en kapitalförlust på de mottagna andelarna p.g.a. regeln i 48:26 IL (den s.k. aktiefållan) inte kvittas mot uppskovsbeloppet avseende lagerandelarna.

I dessa fall får det alltså reell betydelse för skatteutfallet att skatteobjektet vid beskattningen av uppskovsbeloppet utgörs av de bortbytta och inte av de mottagna andelarna. Med direktivets kontinuitetslösning skulle som nämnts en eventuell värdenedgång på de mottagna andelarna automatiskt ha kvittats mot den värdeuppgång som hade skett på de bortbytta andelarna före andelsbytet. Frågan är därför om den nu beskrivna effekten av uppskovsreglerna kan anses strida mot direktivet.

Mot bakgrund av min slutsats i avsnitt 6.6.3 ovan, d.v.s. att uppskovsreglerna strider mot direktivet om de leder till ett högre skatteutfall än direktivets kontinuitetslösning, kan svaret på frågan förefalla självklart: eftersom så blir fallet här måste de svenska reglerna anses direktivstridiga. Det skulle emellertid kunna hävdas att det högre skatteutfallet inte beror på uppskovstekniken i sig utan på att vi i Sverige generellt gör skillnad i beskattningen mellan näringsinkomster och kapitalinkomster, samt att denna skillnad hade varit både möjlig och tillåten att upprätthålla också inom ett system med skattemässig kontinuitet. Detta skulle i så fall vara ett argument emot att de svenska reglerna är direktivstridiga.

Resonemanget skulle då gå ut på att eftersom de ursprungliga andelarna var lagertillgångar i den skattskyldigas näringsverksamhet måste värdeuppgången på dessa andelar betraktas som ett slags avkastning av näringsverksamheten. Värdenedgången på de mottagna andelarna är däremot i sin helhet en förlust på en kapitalplacering. För fysiska personer beskattas närings- och kapitalinkomster enligt olika skattesatser och det finns ingen generell möjlighet att kvitta förvärvsinkomster mot kapitalförluster. För juridiska personer beskattas i och för sig alla inkomster i inkomstslaget näringsverksamhet, men även här görs generellt skillnad mellan å ena sidan vinster och förluster som är hänförliga till den egentliga näringsverksamheten och å andra sidan vinster och förluster på andelar som utgör kapitalplaceringar. Det skulle därmed kunna argumenteras för att det är helt följdriktigt att kvittningsmöjligheterna är olika 1) mellan vinster och förluster på rena kapitalplaceringar och 2) mellan vinster som egentligen är ackumulerad näringsinkomst och förluster på kapitalplaceringar. Denna skillnad skall kunna upprätthållas också i en andelsbytessituation.

Hur skulle man då inom ramen för ett system med skattemässig kontinuitet kunna åstadkomma en sådan begränsning av möjligheten att

kvitta en värdeuppgång på de bortbytta andelarna mot en värdenedgång på de mottagna andelarna? Skulle det överhuvudtaget gå att konstruera en kontinuitetsregel så att den ursprungliga kapitalvinsten alltid träffades av en effektiv beskattning oavsett hur värdet på de mottagna andelarna kommit att utvecklas? Att göra på samma sätt som man gjort när det gäller andelsbyten med kvalificerade andelar, d.v.s. att överföra de bortbytta andelarnas skattemässiga karaktär på de mottagna andelarna,[90] leder inte till detta resultat utan säkerställer tvärtom att hela värdeuppgången fullt ut kan kvittas mot en förlust på de mottagna andelarna också i de fall då dessa "egentligen" är rena kapitalplaceringsandelar. Snarare än att införa en karaktärskontinuitet handlar det ju här om att man vid beskattningen vill beakta att de bortbytta och de mottagna andelarna har olika skattemässig karaktär.

En åtminstone teoretiskt tänkbar möjlighet att göra detta skulle t.ex. kunna vara att föreskriva att vid överlåtelsen av de mottagna andelarna skall den framräknade kapitalvinsten ökas med ett belopp motsvarande viss del av den kapitalvinst som uppkom vid andelsbytet. Skulle en sådan regel vara förenlig med direktivet? Skulle det alltså vara tillåtet att på detta sätt anpassa ett system med skattemässig kontinuitet till den skillnad som i Sverige görs mellan närings- och kapitalinkomster?

Det kan konstateras att en tänkt regel med detta innehåll skulle uppfylla det grundläggande kravet i artikel 8.1 i direktivet att själva andelsbytet inte beskattas. De mottagna andelarna skulle i princip i enlighet med artikel 8.2 kunna åsättas samma skattemässiga värde som de bortbytta andelarna hade och beskattningen skulle utlösas vid överlåtelse av de mottagna andelarna. Som diskuterats i avsnitt 6.2.3.1 ovan bör artikel 8.2 vidare inte anses ställa något krav på absolut karaktärskontinuitet mellan de bortbytta och de mottagna andelarna, vilket även det talar för att regeln skulle vara förenlig med direktivet.

En viktig skillnad mellan de regler som behandlades i avsnitt 6.2.3 och den tänkta regel som diskuteras här är dock att den tänkta regeln också kan uppfattas innebära ett brott mot värdekontinuiteten. Att föreskriva att en viss del av den värdeökning som skett före andelsbytet skall beskattas vid överlåtelse av de mottagna andelarna även i det fall då denna värdeökning i sin helhet "ätits upp" av en motsvarande värdenedgång på de mottagna andelarna innebär ju i praktiken ett åtminstone indirekt åsidosättande av den strikta värdekontinuiteten. Som framgår i avsnitt 6.2.2 menar jag att direktivet måste anses kräva att värdekontinuitet upprätthålls. Detta är enligt min mening ett relativt starkt argument emot att den tänkta regeln skulle anses förenlig med direktivet.

[90] Se närmare avsnitt 6.2.3.2 ovan.

Min sammanfattande slutsats är att frågan är svårbedömd, men att övervägande skäl ändå talar för att en så pass stor avvikelse från en strikt värdekontinuitet som en tänkt regel av det beskrivna innehållet skulle innebära inte kan anses förenlig med direktivet. Därav följer att inte heller den svenska uppskovslösningen i nu diskuterat avseende enligt min mening kan anses förenlig med direktivet.

Om denna slutsats är riktig kan man vidare fråga sig om det är möjligt att överbrygga denna direktivstridighet genom en konform tolkning av de svenska reglerna. Skulle det således vara möjligt att tolka reglerna så att uppskovsbeloppen i exemplen ovan trots allt fick kvittas mot förlusten på vederlagsandelarna? För fysiska personer skulle detta i så fall innebära att förlusten på de mottagna kapitalandelarna, trots regleringen i 13:7 IL, fick dras av i näring. För juridiska personer skulle det i stället krävas att man i dessa fall "tolkade bort" den s.k. aktiefällan i 48:26 IL. För egen del har jag mycket svårt att se att dessa tolkningar skulle gå att förena med den svenska lagtextens ordalydelse. Det kan dock noteras att Regeringsrättens minoritet i RÅ 2002 ref. 78 i ett liknande fall förordade en tolkning av de svenska reglerna i linje med de nu diskuterade.

Målet gällde ett andelsbyte där de bortbytta andelarna var kvalificerade varför uppskovsbeloppet delvis skulle beskattas i tjänst.[91] De mottagna andelarna var däremot inte kvalificerade varför kapitalvinster och kapitalförluster på dessa andelar enligt vanliga regler var att hänföra till kapital. Regeringsrättens minoritet menade emellertid att det samband som förelåg mellan det återförda uppskovsbeloppet och förlusten på de mottagna andelarna gjorde att förlusten skulle få dras av i inkomstslaget tjänst. Minoriteten hänvisade därvid särskilt till att den av dem förordade tolkningen motsvarade vad som följer av fusionsdirektivet. Regeringsrättens majoritet behövde aldrig ta ställning till den nu behandlade frågeställningen eftersom den ansåg att avyttringen av de mottagna andelarna skulle ses som en partiell återgång av andelsbytet (se närmare avsnitt 6.2.5.2 ovan).

Frågan är om det går att föra ett liknande resonemang i de här aktuella fallen, d.v.s. att uppskovsbeloppet p.g.a. dess nära samband med förlusten på vederlagsandelarna trots allt skulle få kvittas mot denna förlust. Först skall här noteras att minoriteten i det nämnda målet betonade att förlusten uppkommit p.g.a. inskränkningar i andelsägarens möjligheter att förfoga över de mottagna andelarna (han hade vid andelsbytet förbundit sig att kvarstanna som anställd och behålla de mottagna andelarna en viss tid efter andelsbytet), varför det är oklart om slutsatsen hade blivit

[91] Som nämnts omfattas sådana andelsbyten numera av reglerna om framskjuten beskattning i 48a kap. IL.

densamma om inte dessa inskränkningar förelegat. Därutöver menar jag också att tolkningsutrymmet för att dra av en kapitalförlust i tjänst eventuellt kan anses vara något större än tolkningsutrymmet för att hänföra en förlust på kapitalandelar till näring respektive att tillåta en kvittning av en sådan förlust mot vinster utanför aktiefällan. När det gäller avdrag i tjänst kan det kanske finnas visst utrymme för att argumentera för att kapitalförluster i speciella fall kan ses som utgifter för att förvärva tjänsteinkomster enligt 12:1 IL.[92] När det gäller de här aktuella fallen menar jag dock att en tolkning i enlighet med direktivet skulle komma i direkt konflikt med den uttryckliga reglering som finns i 13:7 och 48:26 IL. Jag kan därför inte komma till någon annan slutsats än att en EG-konform tolkning är utesluten i dessa fall, varför direktivstridigheten endast kan lösas genom att direktivet ges direkt effekt.

6.6.5.4 Uppskovsreglerna i relation till reglerna om näringsbetingade andelar

I den mån de andelar som avyttras vid ett andelsbyte omfattas av reglerna om skattefrihet vid avyttring av näringsbetingade andelar blir det som redan nämnts överhuvudtaget inte aktuellt att tillämpa andelsbytesreglerna. Om det är de mottagna, men inte de bortbytta, andelarna som är näringsbetingade omfattas bytet däremot principiellt av uppskovsreglerna men det uppskovsbelopp som knyts till de mottagna andelarna kommer då enligt en särskild bestämmelse i 49:19a IL inte att återföras till beskattning när de mottagna andelarna avyttras vidare.[93] Detsamma gäller om de mottagna andelarna inte uppfyller villkoren för näringsbetingning vid själva andelsbytet men senare ändrar karaktär till att bli näringsbetingade hos andelsägaren. Så kan t.ex. bli fallet om de mottagna andelarna är marknadsnoterade och andelsägarens innehav understiger 10 procent av rösterna vid tidpunkten för andelsbytet, men innehavet senare

[92] Det skall dock sägas att jag själv har något svårt att få minoritetens resonemang att gå ihop med bestämmelsen i 41:1 IL att kapitalförluster som inte skall räknas till näringsverksamhet skall hänföras till kapital. Minoriteten drog i denna del en parallell till RÅ 1994 not. 41, där avdrag medgavs i inkomstslaget tjänst vid förfall av en optionsliknande rättighet. Enligt min mening är denna parallell dock inte helt träffande, eftersom avdrag i det fallet enligt Regeringsrätten överhuvudtaget inte kunde göras i inkomstslaget kapital. Minoritetens slutsats i RÅ 2002 ref. 78 var ju däremot att en förlust som i och för sig var avdragsgill i kapital skulle "flyttas" till inkomstslaget tjänst för att möjliggöra en kvittning mot uppskovsbeloppet.

[93] Undantag görs för det fall att de bortbytta andelarna var lagertillgångar, d.v.s. då kommer en vidareförsäljning av de mottagna andelarna att utlösa beskattning av uppskovsbeloppet även när de mottagna andelarna är näringsbetingade. Se 49:19a, 2 st. IL.

ökar till 10 procent eller mer.[94] Om de mottagna andelarna är noterade fordras vidare att det s.k. tidsvillkoret i 25a:6 IL är uppfyllt, d.v.s. att de innehafts i minst ett år efter det att de blev näringsbetingade hos andelsägaren.

Att uppskovsbelopp som finns knutet till den mottagna andelen i dessa fall efterges anses i propositionen vara en naturlig följd av att den mottagna andelen omfattas av reglerna om skattefrihet på näringsbetingade andelar.[95] Eftergiften omfattar uppskov som uppkommit såväl före som efter det att skattefriheten infördes.[96] Reglerna innebär att kapitalplaceringsandelar kan föras över till ett dotterbolag genom ett uppskovsgrundande andelsbyte varefter andelarna i dotterbolaget kan avyttras med följd att uppskovsbeloppet faller bort. Eftersom samma effekt kan åstadkommas genom en underprisöverlåtelse ansågs detta dock vara en acceptabel konsekvens av reglerna.[97] Det kan också noteras att eftergift av uppskovsbeloppet medges även om den mottagna andelen skall skalbolagsbeskattas.[98]

Eftersom de nu beskrivna effekterna av reglerna om näringsbetingade andelar på andelsbytesreglerna är till fördel för de skattskyldiga uppkommer inga problem vad gäller förenligheten med fusionsdirektivet. Eventuellt kan dock en annan aspekt på samspelet mellan uppskovsreglerna och reglerna om näringsbetingade andelar ifrågasättas. Som nämnts gäller att näringsbetingade andelar som är noterade måste ha innehafts i minst ett år för att en avyttring av andelarna skall vara skattebefriad. Eftersom det saknas regler om att innehavstiden för de bortbytta andelarna får föras över på de mottagna andelarna medför andelsbytet att en ny innehavstid börjar löpa för de andelar som erhålls vid bytet.[99] Tidsvillkoret innebär att om de bortbytta andelarna innehafts i tio månader vid tidpunkten för andelsbytet skulle de ha kunnat avyttras skattefritt efter ytterligare två månader. I och med att andelsbytet äger rum, och en ny innehavstid börjar löpa, är dock en vidareförsäljning av de mottagna andelarna två månader efter bytet skattepliktig. Andelsägaren kan således sägas hamna i ett sämre läge p.g.a. andelsbytet jämfört med om ägaren behållit och sålt de ursprungliga andelarna, varför det skulle kunna hävdas att det strider

[94] Se närmare om villkoren för näringsbetingning i 24:14 IL.

[95] Se prop. 2002/03:96 s. 143.

[96] Även uppskovsbelopp som medgetts enligt den tidigare regleringen i IGOL omfattas av eftergiften, se 4:86, 2 st. lag (1999:1230) om ikraftträdande av inkomstskattelagen samt prop. 2002/03:96 s. 144.

[97] Prop. 2002/03:96 s. 143.

[98] Om det däremot är den bortbytta andelen som omfattas av skalbolagsreglerna gäller särskilda regler för återföring av uppskovet, se närmare avsnitt 6.6.5.5 nedan.

[99] Se prop. 2002/03:96 s. 144.

mot direktivet att innehavstiden inte får föras över till de mottagna andelarna.

Det som det här är fråga om är närmast ett brott mot den s.k. tidskontinuiteten, se avsnitt 6.2.4 ovan. Problematiken har dock även stora likheter med den som diskuterats i avsnitt 6.2.3 angående karaktärskontinuitet och i avsnitt 6.2.5.3 angående beskattning vid benefika överlåtelser av de mottagna andelarna. I avsnitt 6.2.3.1 drog jag slutsatsen att direktivet inte torde kräva att de bortbytta andelarnas karaktär förs över på de mottagna andelarna. I avsnitt 6.2.5.3 fann jag vidare att övervägande skäl talar för att direktivet inte hindrar att beskattning sker vid en benefik överlåtelse av de mottagna andelarna även i situationer när en motsvarande överlåtelse av de ursprungliga andelarna inte hade utlöst någon beskattning. Samma skäl som de som anförts i dessa avsnitt talar enligt min mening för att inte heller de nu behandlade reglerna bör anses direktivstridiga.

En annan aspekt på innehavstidsvillkoret i relation till andelsbytesreglerna är att utdelningar som erhållits på de bortbytta andelarna kan komma att beskattas i efterhand om andelsbytet leder till att innehavstiden för dessa andelar blir kortare än ett år. Kravet på en ettårig innehavstid gäller nämligen enligt 24:20 IL även vid utdelningar. Frågan är om denna utdelningsbeskattning kan anses förenlig med direktivet. Om detta betraktas som en ren tidskontinuitetsfråga bör svaret, av de skäl som angivits ovan, även här bli att de svenska reglerna inte kan anses strida mot direktivet. Här tillkommer dock ytterligare en dimension på problemet i och med att reglerna faktiskt innebär att andelsbytet utlöser en beskattning hos säljaren. Det skulle därför kunna hävdas att utdelningsbeskattningen inte (eller i alla fall inte endast) bör ses som en kontinuitetsfråga utan att den tvärtom kommer i konflikt med själva skattefrihetsregeln i artikel 8.1 i direktivet.

Motsvarande problem har redan diskuterats i kapitel 5.4.3 ovan men då med avseende på reglerna om verksamhetsavyttringar. Jag fann där att även om den beskrivna skatteeffekten möjligen kunde anses strida mot direktivets anda gick det inte att bortse ifrån att det i själva direktivtexten i artikel 4.1 endast anges att transaktionen inte får leda till en beskattning av "skillnaden mellan det verkliga värdet av de tillgångar och skulder som har överförts och deras skattemässiga värde". Artikel 4.1 tar således uttryckligen endast sikte på beskattningen av det övervärde som överförs genom transaktionen och inte på eventuella andra skatteeffekter som transaktionen kan leda till. Jag menade därför att det inte kunde anses strida mot artikel 4.1 att det säljande företaget p.g.a. verksamhetsavyttringen i efterhand blev beskattad för erhållna utdelningar på de överförda andelarna.

Det kan dock konstateras att skattefrihetsregeln i artikel 8.1 är annorlunda formulerad. I artikel 8.1 anges nämligen att bytet av andelar "inte i sig [får] leda till beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst" hos delägaren.[100] Formuleringen i artikel 8.1 är således betydligt vidare och utesluter i sig inte att även andra inkomster än själva den kapitalvinst som uppkommer vid bytet omfattas av den påbjudna skattefriheten. Samtidigt framgår enligt min mening av artikel 8 i övrigt, och då särskilt av bestämmelserna om återtagande av den medgivna skattefriheten i artikel 8.2, att den skatteeffekt man velat undanröja i artikel 8.1 är just beskattningen av själva bytesvinsten. Vidare kan ifrågasättas om den nämnda utdelningsbeskattningen är en så pass direkt följd av själva andelsbytet att den kan anses föranledd av andelsbytet "i sig", vilket är vad som krävs i artikel 8.1. Även om det enligt min mening finns större möjlighet att argumentera för att den nämnda skatteeffekten strider mot andelsbytesreglerna jämfört med mot verksamhetsavyttringsreglerna menar jag därför ändå att övervägande skäl talar emot att så är fallet.

6.6.5.5 De bortbytta andelarna var andelar i skalbolag

I samband med införandet av skattefrihet vid avyttring av näringsbetingade andelar i företagssektorn infördes också särskilda regler om beskattning vid avyttring av skalbolag i 25a kap. IL. Med skalbolag avses bolag vars tillgångar till större delen består av kontanter, värdepapper och andra liknande tillgångar.[101] Redan tidigare hade införts regler i 49a kap. IL angående fysiska personers avyttringar av andelar i skalbolag.[102] Eftersom avskaffandet av beskattningen av kapitalvinster på näringsbetingade andelar befarades öppna möjlighet för handel med skalbolag även inom bolagssektorn ansågs det nödvändigt att införa regler även för dessa fall.[103]

Skalbolagsreglerna är endast tillämpliga på onoterade andelar.[104] Sådana andelar är per definition alltid klassade som näringsbetingade och huvudregeln är därmed att en avyttring av dessa är skattefri för säljaren.[105] Om skalbolagsreglerna är tillämpliga kommer dock avyttringen att beskattas, dessutom utan att avdrag medges för anskaffningskostnaden för andelarna. Hela ersättningen vid avyttringen tas således upp till beskatt-

[100] Jfr "taxation of the income, profits or capital gains" i den engelska respektive "imposition sur le revenue, les bénéfices ou les plus-values" i den franska språkversionen.
[101] Se närmare 25a:9 och 14–17 IL.
[102] Dessa regler behandlas i kapitel 4.5.3 ovan.
[103] Prop. 2002/03:96 s. 115.
[104] 25a:10 IL.
[105] 24:13–14 och 25a:5 IL.

ning.[106] Den hårda beskattningskonsekvensen visar tydligt reglernas karaktär av stoppregler och syftet med skalbolagsreglerna är just att hindra vissa former av skatteundandraganden och skattebrott.[107]

Eftersom andelsbyten är en form av avyttring aktualiseras skalbolagsreglerna även vid andelsbyten där de bortbytta andelarna utgör andelar i skalbolag. Som framgått i kapitel 4.5.3 ovan gäller vid fysiska personers andelsbyten att reglerna om framskjuten beskattning inte får tillämpas om skalbolagsreglerna är tillämpliga på bytet. I det nämnda kapitlet drog jag slutsatsen att detta inte kan anses vara förenligt med direktivet. För juridiska personers andelsbyten av skalbolagsandelar gäller däremot att uppskovsreglerna är tillämpliga även vid sådana byten. Om villkoren i 49 kap. IL är uppfyllda medges således uppskov med beskattningen av intäkten vid andelsbytet. I 49:19b IL finns dock en särskild regel om när uppskov som härrör från ett sådant andelsbyte skall återföras till beskattning. Enligt denna regel skall uppskovsbeloppet tas upp som intäkt när den bortbytta andelen inte längre innehas av det köpande företaget eller av ett företag som ingår i samma koncern som det köpande företaget. Återföring på denna grund skall dock inte ske om mer än tre år har förflutit sedan andelsbytet eller om det finns särskilda skäl. I propositionen motiveras regeln med att det annars skulle vara möjligt att avyttra ett skalbolag till ett utländskt företag genom ett andelsbyte och få uppskov med beskattningen. Det utländska företaget skulle därefter kunna sälja skalbolaget utan att de svenska skalbolagsreglerna kan tillämpas.[108] Enligt huvudregeln kommer inte heller uppskovsbeloppet att återföras hos det säljande företaget så länge detta behåller andelarna i det köpande företaget. Den särskilda bestämmelsen om återföring av uppskovet i 49:19b IL syftar till att motverka detta förfarande.

Innebörden av denna bestämmelse är således att uppskovet kan komma att återföras till beskattning trots att det säljande företaget har kvar de mottagna andelarna.[109] Jag har i avsnitt 6.2.5.4 ovan generellt diskuterat om direktivet kan anses tillåta en sådan tidigareläggning av beskattningen.

[106] Se 25a:9 IL.

[107] Se närmare om motiven bakom skalbolagsreglerna i prop. 2002/03:96 s. 113 ff.

[108] Prop. 2002/03:96 s. 145.

[109] Bestämmelsen liknar den som tidigare fanns i reglerna om andelsöverlåtelser inom koncerner, se den numera upphävda 5 § lag (1998:1602) om uppskov med beskattningen vid andelsöverlåtelser inom koncerner som överfördes till 25: 17 IL (som numera också är upphävd, se avsnitt 6.6.1 ovan). Enligt denna bestämmelse skulle uppskovsbelopp som erhållits vid ett koncerninternt andelsbyte återföras till beskattning bl.a. om de bortbytta andelarna överlåts vidare till en köpare utanför koncernen. Till skillnad från 49:19b IL gällde bestämmelsen utan tidsgräns och utan möjlighet till undantag p.g.a. särskilda skäl. Jag har i tidigare sammanhang argumenterat för att denna bestämmelse inte var förenlig

Jag fann där att direktivet rimligen måste tolkas så att skattefriheten i princip skall gälla fram till dess att de mottagna andelarna överlåts, men att det inte kan uteslutas att det i vissa fall kan vara tillåtet att utlösa beskattning vid en tidigare tidpunkt. För att en sådan tidigareläggning av beskattningen skall vara tillåten måste den dock vara förenlig med direktivets syften, vilket bl.a. innebär att den inte får anses utgöra en inskränkning av den skattefrihet som enligt artikel 8.1 skall gälla för själva andelsbytet. I detta fall är det enligt min mening uppenbart att de svenska reglerna utgör en sådan inskränkning. Innebörden av 49:19b IL är ju i själva verket att det säljande företaget i efterhand går miste om skattefriheten om inte det köpande företaget (eller ett företag i samma koncern som köparföretaget) behåller de överlåtna andelarna i minst tre år. Skattefriheten för säljaren kan därmed sägas vara villkorad av köparens framtida agerande. Även i propositionen presenteras för övrigt den angivna bestämmelsen som ett "villkor för uppskov" och det framgår klart att syftet är att göra skattefriheten vid andelsbytet beroende av att det köpande företaget behåller de överlåtna andelarna en viss minsta tid.[110]

Redan i 49:12 IL finns ett villkor om att köparen, om det inte föreligger särskilda skäl, måste behålla röstmajoriteten i det avyttrade företaget fram till årsskiftet för att skattefrihet skall gälla vid andelsbytet. Den här aktuella regeln framstår snarast som en skärpning av detta villkor i de fall då de överlåtna andelarna avser andelar i skalbolag. Jag har redan i kapitel 4.5.2 ovan, i samband med att regeln i 49:12 IL diskuterades, konstaterat att det i direktivet saknas uttryckligt stöd för att tillämpningen av de förmånliga skattereglerna kan göras beroende av varaktigheten i den nya strukturen. Som framgår i detta kapitel har EG-domstolen vidare i målet *Leur-Bloem* särskilt framhållit att det inte kan uteslutas att även andelsbyten där den nya struktur som erhålls inte visar sig varaktig kan ha företagits av godtagbara kommersiella skäl.[111] Jag kom därför fram till att för att bestämmelsen i 49:12 IL skall vara förenlig med direktivet krävs att den tolkas i enlighet med artikel 11 i direktivet. Jag menade också att det bör

---

med fusionsdirektivet, se Ståhl i SN 1998 s. 822 ff. samt Ståhl och Österman 2000 s. 247 ff. Skatterättsnämnden kom dock till motsatt slutsats i ett förhandsbesked den 11 maj 2000 (RSV:s rättsfallsprotokoll 21/00 och Ersson i SN 2000 s. 532 f.) och fann bestämmelsen direktivenlig. Förhandsbeskedet överklagades men togs inte upp till prövning av Regeringsrätten eftersom sökandebolaget under mellantiden inte genomfört de transaktioner som avsågs med förhandsbeskedet utan i stället företagit andra transaktioner för att uppnå motsvarande resultat, se Regeringsrättens beslut den 18 september 2002 i mål nr 3535-2000.

[110] Prop. 2002/03:96 s. 145.

[111] Mål C-28/95 *Leur-Bloem* REG 1997 s. I-4161, p. 18 i EG-domstolens dom.

vara fullt möjligt att göra en sådan tolkning, d.v.s. att tolka rekvisitet om "särskilda skäl" på så sätt att sådana skäl alltid anses föreligga när det inte finns några skatteflykts- eller skatteundandragandemotiv bakom transaktionen.[112]

I enlighet med dessa resonemang måste även här dras slutsatsen att regeln i 49:19b IL endast kan anses förenlig med direktivet om den kan tolkas i enlighet med artikel 11. Som nämnts finns också i 49:19b IL en bestämmelse om att villkoret om att köparen måste behålla andelarna i tre år inte behöver upprätthållas om det finns "särskilda skäl". Frågan är om en konform tolkning av detta rekvisit är möjlig även i detta fall.

När jag diskuterade skalbolagsreglerna för fysiska personer i kapitel 4.5.3 ovan drog jag slutsatsen att det rekvisit om "särskilda skäl" som finns i dessa regler inte bör ges en konform tolkning, utan att konflikten mellan direktivet och svensk rätt i det fallet bör lösas genom att direktivet ges direkt effekt. Där var det dock fråga om att tolka en bestämmelse som reglerade tillämpningsområdet för skalbolagslagstiftningen som sådan. Den bestämmelse som är aktuell här rör inte denna fråga utan reglerar endast de närmare villkoren för att uppskov med beskattningen vid andelsbyten av skalbolagsandelar skall medges. Tolkningen av bestämmelsen påverkar således inte skalbolagsbeskattningen i sig utan endast själva uppskovsfrågan. De skäl som anfördes mot en konform tolkning av "särskilda skäl" när det gällde skalbolagsreglerna för fysiska personer saknar därför relevans i detta fall.

En annan sak är att regeln, även om den tar sikte på förutsättningarna för uppskov och inte på tillämpningsområdet för skalbolagsreglerna, ändå har som syfte att hindra ett kringgående av det sistnämnda regelsystemet. Detta bör dock inte vara något problem, eftersom artikel 11 bör kunna anses sanktionera även skatteflyktsregler som syftar till att hindra kringgåenden av andra delar av de nationella skattereglerna än de som omfattas av direktivbestämmelserna.[113] Även inom ramen för en konform tolkning bör det således vara fullt möjligt att beakta regelns bakomliggande syfte. Vidare kan konstateras att en konform tolkning i detta fall har starkt stöd i lagens förarbeten.[114] Det är t.o.m. så att bestämmelsen om att villkoret om innehavstid inte skall tillämpas om det finns särskilda skäl infördes i direkt syfte att göra denna regel förenlig med fusionsdirektivet. I propositionen anges också tydligt att syftet med bestämmelsen är att göra det möjligt att pröva om skatteflykts- eller skatteundandragandesyfte finns i det enskilda fallet. Närmare bestämt anförs att undantags-

[112] Se närmare om motiveringen till detta ställningstagande i kapitel 4.5.2 ovan.
[113] Se närmare kapitel 4.2 ovan.
[114] Prop. 2002/03:96 s. 145.

regeln om särskilda skäl gör det möjligt att underlåta att tillämpa det särskilda villkoret om omständigheterna tyder på att förfarandet sammantaget inte innebär ett kringgående av skalbolagsreglerna. Dessa uttalanden stödjer klart att rekvisitet "särskilda skäl" här, liksom i 49:12 IL, kan tolkas i enlighet med artikel 11 och att 49:19b IL därmed kan anses förenlig med direktivet.

6.6.5.6 Efterföljande uttagsbeskattning, underprisöverlåtelse, andelsbyte m.m.

Av 49:20 IL framgår att om den mottagna andelen uttagsbeskattas skall uppskovsbeloppet tas upp som intäkt. Samma effekt hade uppkommit vid en uttagsbeskattning av de bortbytta andelarna om dessa hade behållits. Även en kontinuitetslösning hade lett till detta resultat i och med att uttagsbeskattningen då automatiskt hade innefattat en beskattning även av den vinst som uppkom vid det tidigare andelsbytet. Av 49:21 IL följer vidare att om den mottagna andelen överlåts vidare genom en underprisöverlåtelse skall uppskovsbeloppet inte tas upp till beskattning. I stället skall köparen inträda i säljarens skattemässiga situation när det gäller uppskovsbeloppet. Även detta överensstämmer med vad som hade gällt både för de ursprungliga andelarna och med en kontinuitetslösning.

Även reglerna i 49:23–24 IL skall tillse att uppskovsbeloppet inte behöver tas upp till beskattning om de mottagna andelarna avyttras på ett sådant sätt att denna avyttring i sig inte utlöser någon beskattning. Så är fallet om avyttringen sker genom ett nytt andelsbyte som även det uppfyller förutsättningarna för uppskov. Enligt 49:24 IL överförs då i stället uppskovsbeloppet på de nya mottagna andelarna. Detsamma gäller därmed även vid en efterföljande fusion/fission, eftersom en sådan transaktion ju behandlas som ett andelsbyte när det gäller beskattning på ägarnivå. På motsvarande sätt gäller att om de mottagna andelarna avyttras med förlust till ett företag i samma intressegemenskap, och avdragsrätten för förlusten därmed skjuts upp enligt den s.k. förlustregeln i 25:7–11 IL, skall uppskovsbeloppet enligt 49:23 IL återföras först vid den senare tidpunkt då kapitalförlusten får dras av. Företaget ges därmed möjlighet att kvitta det återförda uppskovsbeloppet mot förlusten.

Samtliga de här behandlade reglerna är således utformade så att effekterna av de olika efterföljande transaktionerna blir desamma som de som hade uppkommit vid en kontinuitetslösning, varför det saknas anledning att ifrågasätta direktivenligheten av dessa aspekter av uppskovsregleringen.

6.6.5.7 Gåva etc. av de mottagna andelarna

Huvudregeln i 49:19 IL innebär att uppskovsbeloppet som utgångspunkt skall återföras till beskattning även vid benefika äganderättsövergångar. I 49:25 IL stipuleras dock att om en mottagen andel övergår till en fysisk person genom arv, testamente, gåva eller bodelning och andelen blir lagertillgång hos förvärvaren skall förvärvaren inträda i den tidigare ägarens skattemässiga situation när det gäller uppskovsbeloppet. I dessa fall av benefika äganderättsövergångar skall uppskovsbeloppet således inte tas upp till beskattning utan i stället följa med till den nya ägaren. Det ursprungliga syftet med regeln synes ha varit att uppnå överensstämmelse med vad som gäller vid benefika överlåtelser av kapitalbeskattad egendom, d.v.s. kontinuitet (se numera 44:21 IL).[115] Vid införandet av regeln begränsades den dock, trots detta syfte, inte till fysiska personers överlåtelser av kapitalbeskattade andelar utan formulerades som en generell kontinuitetsregel vid alla benefika överlåtelser.[116] Regeln gällde alltså oavsett om överlåtaren respektive förvärvaren var fysisk eller juridisk person och oavsett om andelarna var att hänföra till kapital eller till näring.

När fysiska personers andelsbyten av andra andelar än lagerandelar utmönstrades ur 49 kap. IL lades kraven på att andelen dels skall överföras till en fysisk person, dels bli lagertillgång hos förvärvaren till i lagtexten. Syftet med att tillföra dessa nya krav var enligt propositionen att regeln i framtiden endast skulle ta sikte på benefika överföringar av fysiska personers lagerandelar.[117] Mot bakgrund bl.a. av reglerna om underprisöverlåtelser ansågs det däremot inte motiverat med några särskilda regler angående gåvor från juridiska personer. Bestämmelsen är alltså skriven utifrån förutsättningen att en fysisk person ger bort etc. en mottagen andel som är en lagerandel. Med den förutsättningen är det naturligt att kräva att andelen skall fortsätta att vara lagertillgång även i den nya ägarens hand för att uppskovsbeloppet skall få överföras. Endast då kan uppskovet återföras till beskattning i inkomstslaget näringsverksamhet med de skattesatser som gäller där.

Regeln innebär även att behandlingen av uppskovsbelopp som är knutet till en lagerandel i huvudsak kommer att följa beskattningen av själva andelen. Fysiska personers innehav av lagerandelar torde i princip vara begränsade till sådana andelar i fastighetsförvaltande företag som utgör lagertillgångar enligt 27:6 IL. Om sådana andelar övergår till en ny ägare genom arv, testamente eller bodelning med anledning av makes död behåller andelarna enligt 27:18 IL sin karaktär av lagertillgångar om förvär-

[115] Prop. 1998/99:15 s. 195. Se även avsnitt 6.2.5.3 ovan.
[116] Se 22 § i den numera upphävda andelsbyteslagen (SFS 1998:1601).
[117] Prop. 2002/03:15 s. 45 f. och 66.

varen avser att fortsätta den dödas verksamhet. Eftersom verksamheten därmed drivs vidare aktualiseras ingen uttagsbeskattning av andelarna enligt 22 kap. IL[118] och det är då följdriktigt att inte heller uppskovsbeloppet återförs till beskattning utan kan övertas av förvärvaren. Om förvärvaren inte avser att driva verksamheten vidare (och inte heller tidigare driver motsvarande verksamhet) kommer andelarna däremot enligt 27:18 IL att förlora sin karaktär av lagertillgångar varför uppskovsbeloppet skall återföras till beskattning enligt huvudregeln i 49:19 IL. I en sådan situation torde dock även uttagsbeskattning av andelarna aktualiseras enligt 22:5, 1 p. IL[119] varför det kan anses motiverat att också återföra uppskovsbeloppet. I de nu beskrivna situationerna följer således behandlingen av uppskovsbeloppet den skattemässiga behandlingen av den mottagna andelen i sig, vilket gör att uppskovsreglerna får samma effekter som de som hade uppkommit vid en kontinuitetslösning. Så långt finns alltså ingen anledning att ifrågasätta reglernas direktivenlighet.

Det kan dock konstateras att regeln i 49:25 IL inte i alla situationer är helt avstämd mot de regler som gäller vid beskattningen av själva överföringen av den mottagna andelen. Detta gäller särskilt i gåvofallen. Gåva av lagerandel utlöser uttagsbeskattning enligt 22:3 IL om inte reglerna i 23 kap. IL om underprisöverlåtelser är tillämpliga. Det är mycket möjligt att en gåva av lagerandelar till en annan fysisk person i vissa fall inte uppfyller villkoren i 23 kap. IL trots att andelen fortsätter att vara lagertillgång även hos förvärvaren. Exempelvis kan kravet på verksamhetsgren i 23:17 IL eller på frånvaro av underskott i 23:19 IL brista. Gåvan kommer då att utlösa uttagsbeskattning, samtidigt som uppskovsbeloppet enligt 49:25 IL skall överföras till gåvotagaren. Detta innebär att den värdeökning som skett på andelarna fram till tidpunkten för andelsbytet skall beskattas hos gåvotagaren (via överföringen av uppskovsbeloppet), medan värdeökning som skett efter andelsbytet skattas av hos givaren. Detta förefaller knappast vara motiverat och det strider mot synsättet att beskattningen av uppskovsbeloppet i princip skall följa beskattningen av den mottagna andelen. Samtidigt måste ordalydelsen i 49:25 IL klart sägas omfatta även den nämnda situationen. Eftersom denna effekt av uppskovsreglerna är till fördel för de skattskyldiga uppkommer dock inte heller här någon konflikt med direktivet.

Liknande frågeställningar aktualiseras också om andelarna överförs till en ny ägare som inte är skattskyldig i Sverige. En gåva av lagerandelar till en ej skattskyldig mottagare kommer alltid att utlösa uttagsbeskattning

[118] Se om uttagsbeskattning vid arv Silfverberg i SN 1999 s. 510 ff.
[119] Silfverberg i SN 1999 s. 511 f.

enligt 22:3 IL eftersom skattskyldighetsvillkoret i 23:16 IL brister. Vid arv verkar det vara mer oklart vad som gäller, men eventuellt kan en tillämpning av 22:5, 2 p. IL leda till att uttagsbeskattning sker om arvtagaren inte är skattskyldig här. Frågan är dock om 49:25 IL ändå kan tillämpas på uppskovsbeloppet. Om så är fallet kommer uppskovsbeloppet i realiteten att helt undgå svensk beskattning. Denna omständighet i sig utesluter dock inte att regeln kan tillämpas. I RÅ 2003 ref. 50 slog Regeringsrätten nämligen fast att det saknas grund för att begränsa tillämpningsområdet för bestämmelsen till fall då förvärvaren är skattskyldig i Sverige. Domen gällde den tidigare, mer generellt utformade, lydelsen av 49:25 IL, men eftersom det även i den nya lydelsen saknas ett uttryckligt skattskyldighetsvillkor bör fallet fortfarande ha relevans. *Möjligen* skulle dock kunna argumenteras för att införandet av kravet på att andelarna skall bli lagertillgångar hos förvärvaren innebär att det i realiteten så att säga bakvägen numera faktiskt har införts ett skattskyldighetsvillkor i 49:25 IL. Eventuellt skulle nämligen kunna hävdas att endast personer som är skattskyldiga i Sverige kan inneha tillgångar som (åtminstone i skattemässig mening) kan klassificeras som lagertillgångar. Om denna argumentation avvisas uppkommer dock också i dessa situationer samma diskrepans mellan behandlingen av uppskovsbeloppet och beskattningen av den underliggande andelen som beskrivits ovan, men då detta är till fördel för de skattskyldiga saknas även här anledning att ifrågasätta reglernas direktivenlighet.

Det kan emellertid noteras att även den motsatta situationen mot den som diskuterats ovan kan uppkomma, d.v.s. att uppskovsbeloppet måste återföras trots att en gåva etc. av de mottagna andelarna inte i sig utlöser någon beskattning. Kravet i 49:25 IL på att andelarna måste utgöra lagerandelar hos förvärvaren motiveras som nämnts med att bestämmelsen numera endast tar sikte på benefika överföringar av fysiska personers lagerandelar. Eftersom det när det gäller fysiska personers andelsbyten endast är just byten av lagerandelar som överhuvudtaget omfattas av uppskovsreglerna kan detta förefalla vara en tämligen självklar begränsning av regeln. I vissa fall kan dock inträffa att den mottagna andelen är en kapitaltillgång även om den bortbytta andelen var en lagertillgång. Så blir t.ex. fallet om ett fastighetsförvaltande bolag, vari ägarens andelar är lagerandelar enligt 27:6 IL, genom ett andelsbyte köps upp av ett börsbolag. Som nämnts i avsnitt 6.6.5.3 ovan kommer de mottagna andelarna då enligt 27:6 IL sannolikt att betraktas som vanliga kapitaltillgångar och inte som lagertillgångar. En gåva etc. av dessa andelar omfattas därmed av kontinuitetsregeln i 44:21 IL och kommer inte att utlösa någon beskattning hos givaren. Gåvan leder dock ändå till att uppskovsbeloppet återförs. Att så sker kan i och för sig anses motiverat med hänsyn till att uppskovsbe-

loppet avser vinst som i sig var att hänföra till inkomstslaget näringsverksamhet. Eftersom beskattningen av den tidigare andelsbytesvinsten inom ramen för en renodlad kontinuitetslösning skulle ha följt beskattningen av den mottagna andelen kan kanske ändå ifrågasättas om de svenska reglerna i denna del är förenliga med direktivet. Mot bakgrund av de resonemang som fördes i avsnitt 6.2.5.3 ovan, angående beskattning vid vissa benefika överlåtelser av de mottagna andelarna i situationer då en motsvarande gåva av de bortbytta andelarna inte hade utlöst någon beskattning, menar jag dock att även de här behandlade reglerna bör anses direktivenliga.

Det sista problem som skall tas upp här är att regeln i 49:25 IL som nämnts endast tar sikte på benefika överföringar från fysiska personer, då det mot bakgrund bl.a. av reglerna om underprisöverlåtelser inte ansågs motiverat med några särskilda regler angående gåvor från juridiska personer.[120] Såsom 49:25 IL är formulerad är den dock inte begränsad till fall där överlåtaren är fysisk person. Frågan är därför om regeln inte, trots uttalandena i propositionen, måste anses tillämplig även vid gåvor från juridiska personer. Detta kan få betydelse om en sådan gåva inte täcks av rekvisiten i 23 kap. IL angående underprisöverlåtelser, exempelvis p.g.a. att kravet på verksamhetsgren i 23:17 IL inte är uppfyllt. Regeln i 49:21 IL är då inte tillämplig varför uppskovet enligt huvudregeln i 49:19 IL skall återföras till beskattning. Samtidigt sägs i 49:25 IL att gåvan skall leda till att förvärvaren, om andelarna blir lagertillgångar för henne, skall ta över uppskovsbeloppet.

Utifrån uttalandena i propositionen står det klar att lagstiftarens avsikt var att 49:25 IL inte skall tillämpas i den beskrivna situationen utan att uppskovsbeloppet då skall tas upp som intäkt. Motsatt lösning leder vidare till samma inkonsekvens som den som beskrivits ovan, d.v.s. att den värdeökning som skett på andelarna fram till tidpunkten för andelsbytet beskattas hos gåvotagaren medan värdeökning som skett efter andelsbytet skattas av hos givaren. Mot detta står dock ordalydelsen i 49:25 IL som inte gör något undantag för överlåtelser från juridiska personer. Enligt min mening är det trots allt svårt att se att bestämmelsen skulle kunna ges en så inskränkt tolkning som den som avses i propositionen. I de allra flesta fall lär dock hursomhelst en tillämpning av 49:25 IL även på gåvor från juridiska personer ändå falla på kravet på att andelarna skall utgöra lagertillgång hos förvärvaren. Den praktiska betydelsen av den ovannämnda oklarheten är därför knappast särskilt stor. Något problem vad gäller förenligheten med direktivet uppkommer vidare inte heller eftersom regeln i 49:25 IL, om den kan tillämpas, är till fördel för de skattskyldiga.

[120] Prop. 2002/03:15 s. 45 f.

6.6.5.8 Uppdelning, sammanläggning etc. av de mottagna andelarna

De mottagna andelarna kan komma att förändras exempelvis på så sätt att de delas upp i flera nya andelar (split) eller läggs samman till färre andelar (sammanläggning). I 49:30–31 IL anges hur uppskovsbeloppet skall hanteras i sådana situationer. I enlighet med vad som skulle ha gällt vid en kontinuitetslösning leder inte dessa händelser till att uppskovsbeloppet skall beskattas. I stället fördelas uppskovsbeloppet ut även på de nya andelarna (vid en fondemission, split etc.) respektive överförs till de nybildade andelarna (vid en sammanläggning).

En snarlik situation föreligger om det bolag som andelsbytet avsåg senare delar ut ett dotterbolag till sina andelsägare genom en s.k. Lex Asea-utdelning.[121] Då gäller enligt 48:8 IL att en viss del av omkostnadsbeloppet för de mottagna andelarna skall föras över på de utdelade dotterbolagsandelarna. Frågan är om även en motsvarande del av uppskovsbeloppet skall överföras. Om så sker uppnås samma resultat som vid en kontinuitetslösning (då ju fördelningen av omkostnadsbeloppet automatiskt innefattar även det "uppskov" som härrör från det tidigare andelsbytet). Samtidigt är det enligt min mening svårt att hävda att en Lex Asea-utdelning är ett "liknande förfarande" som en fondemission eller split, vilket är vad som krävs för att regeln om fördelning av uppskovsbelopp i 49:30 IL skall vara tillämplig. Därmed kommer hela uppskovsbeloppet att ligga kvar på de mottagna andelarna även efter Lex Asea-utdelningen.

Eftersom detta som nämnts avviker från vad som hade gällt vid en kontinuitetslösning uppkommer frågan om de svenska reglerna i detta avseende är förenliga med direktivet. Som framgått finns endast anledning att ifrågasätta de svenska reglerna om dessa leder till ett sämre resultat för de skattskyldiga än direktivets kontinuitetsmetod. Så kan bli fallet här om andelsägaren efter Lex Asea-utdelningen säljer de vid andelsbytet mottagna andelarna men behåller de utdelade dotterbolagsandelarna. Vid denna försäljning kommer hela uppskovsbeloppet att återföras till beskattning, vilket inte hade varit fallet om kontinuitetsmetoden hade tillämpats. Samtidigt kan direktivet enligt min mening knappast anses ställa krav på att nationell rätt faktiskt skall innehålla en regel som den i 48:8 IL. Jag kan således inte se att det skulle strida mot direktivet att, även inom ramen för en kontinuitetslösning, stipulera att hela omkostnadsbeloppet skall ligga kvar på de mottagna andelarna även om en del av det värde som dessa andelar representerar avskiljs från dessa. Snarare är detta en sådan teknisk fråga angående kontinuitetsmetodens anpassning till de nationella kapitalvinstreglerna som medlemsstaterna i princip bör anses

[121] Se 42:16 IL.

ha fått mandat att lösa på egen hand.[122] Därmed bör även de svenska uppskovsreglerna i nu diskuterat avseende vara förenliga med direktivet. För detta talar också att konsekvensen av reglerna endast är en tidigareläggning av beskattningen och inte en definitiv skatteskärpning.[123]

6.6.5.9 Särskilt om delägare i handelsbolag

Som nämnts i kapitel 6.1 ovan omfattas även delägare i svenska handelsbolag av de svenska uppskovsreglerna, se 49:1 IL. Om ett handelsbolag deltar i ett andelsbyte skall bolagets delägare således få uppskov med beskattningen av den vinst som uppkommer vid bytet, se 49:6 IL. Uppskovsbeloppet återförs på vanligt sätt till beskattning när handelsbolaget säljer de mottagna andelarna. Enligt 49:19, 2 st. IL skall uppskovsbeloppet dock också tas upp till beskattning om delägaren säljer sin andel i handelsbolaget, även om bolaget då har kvar de mottagna andelarna. Detsamma gäller om handelsbolaget ägs via ett eller flera andra handelsbolag och ägarkedjan bryts genom att något av bolagen säljer sin andel i det underliggande handelsbolaget.

Som framgått i kapitel 3.6.5.4 ovan finns för närvarande inga regler i direktivet om att rätten till skattefrihet gäller även för delägare i handelsbolag. I och med detta saknas anledning att ifrågasätta om det är förenligt med direktivet att i de nu nämnda situationerna återta den medgivna skattefriheten innan dess att de mottagna andelarna säljs vidare. Som nämnts i kapitel 3.6.5.4 skall dock en ny regel som utsträcker skattefriheten även till delägare i transparenta bolag införas i direktivet, varför denna fråga framöver kommer att bli desto mer intressant. I den nya direktivtexten finns inget uttryckligt stöd för att beskattning får utlösas även när delägaren säljer sin andel i det transparenta bolaget, utan där anges endast att beskattning får ske när det transparenta bolaget säljer de mottagna andelarna vidare.[124] Samtidigt lär det vara svårt både regeltekniskt och rent praktiskt att beskatta tidigare handelsbolagsdelägare för vinster som uppkommer vid vidareavyttringar som sker efter det att de utträtt som delägare. Om beskattningstidpunkten skall ligga vid handelsbolagets vidareavyttring av de mottagna andelarna lär det därför vara de som vid denna tidpunkt är delägare som drabbas av skatteuttaget. Detta talar närmast för att det måste anses förenligt också med den nya lydelsen av

[122] Jfr diskussionen i avsnitt 6.2.3.3 ovan angående kontinuitetsmetoden i relation till den svenska genomsnittsmetoden vid andelsavyttringar.
[123] Jfr avsnitt 6.2.3.3 ovan.
[124] Se den nya artikel 8.6 som enligt ändringsdirektivet skall införas i fusionsdirektivet.

direktivet att, såsom för närvarande sker i svensk rätt, även utlösa beskattning när handelsbolagsdelägaren säljer sin andel i handelsbolaget. Något som däremot eventuellt skulle kunna tala emot att detta är förenligt med den nya lydelsen av direktivet är att det inom ramen för en kontinuitetslösning torde vara betydligt svårare att åstadkomma en beskattning vid denna tidpunkt. Jag menar ändå att övervägande skäl talar för att de svenska reglerna bör kunna accepteras även när de nya direktivreglerna om transparenta bolag börjar gälla.

6.6.6 Säljaren har även andra andelar i det köpande företaget än de uppskovsgrundande andelarna

I avsnitt 6.2.3.3 ovan behandlas frågan hur de svenska kontinuitetsreglerna tillämpas när säljaren även innehar andra andelar i det köpande företaget än de mottagna andelarna. Denna problematik aktualiseras också när det gäller uppskovsreglerna. Enligt 49:28 IL skall då samma turordningsregel gälla som inom ramen för systemet med framskjuten beskattning, d.v.s. framtida avyttringar skall anses ske i ordningen först gamla andelar, sedan mottagna andelar och sist nya andelar.[125] Till skillnad från motsvarande regel i 48a:15 IL har regeln i 49:28 IL betydelse även när de mottagna andelarna anses vara av samma slag och sort vid tillämpning av genomsnittsmetoden i 48:7 IL. Det faktum att kapitalvinsten vid avyttringen av de mottagna andelarna, eller av andra andelar av samma slag och sort som dessa, beräknas med hjälp av genomsnittsmetoden påverkar nämligen inte beskattningen av det återförda uppskovsbeloppet. Detta återförs till beskattning vid överlåtelse av de mottagna andelarna och genom turordningsregeln fastställs när dessa skall anses överlåtna. Som framgått i avsnitt 6.2.3.3 ovan anser jag inte att det kan anses strida mot direktivet att säljaren p.g.a. turordningsregeln inte kan välja att avyttra nya andelar före de mottagna andelarna, trots att detta hade varit fördelaktigare för säljaren.

I 49:29 IL finns vidare motsvarigheten till 48a:16 IL om att mottagna andelar som är onoterade vid genomsnittsberäkningen inte skall anses

[125] Om säljaren samtidigt med andelsbytet erhållit en post aktier i det köpande företaget som inte omfattas av andelsbytesreglerna bör dock som diskuterats i avsnitt 6.2.3.3 ovan en valrätt föreligga när det gäller vilken av dessa poster som skall anses avyttrade först. När mottagna och andra andelar har förvärvats samtidigt går det ju inte att avgöra om de andra andelarna skall anses vara "gamla" eller "nya". Se Skatterättsnämnden i RÅ 2000 not. 159 (frågan prövades inte av Regeringsrätten).

vara av samma slag och sort som andra andelar i det köpande företaget.[126] Bestämmelsen syftar till att förhindra att säljaren vid avyttring av gamla andelar skall få tillgodoräkna sig en viss del av omkostnadsbeloppet på de mottagna andelarna trots att det uppskovsbelopp som hänför sig till dessa andelar då inte skall återföras till beskattning.[127] Eftersom andelsägaren vid tillämpning av uppskovsreglerna får använda marknadsvärdet som anskaffningsvärde på de mottagna andelarna skulle genomsnittsmetoden i vissa fall kunna medföra en betydande ökning av omkostnadsbeloppet på de gamla andelarna. Regeln i 49:29 IL innebär dock också att genomsnittsmetoden inte får användas för att vid avyttringen av de mottagna andelarna beakta omkostnadsbeloppet på eventuella nya andelar som andelsägaren förvärvat efter andelsbytet. Detta är till nackdel för andelsägaren om omkostnadsbeloppet för de nya andelarna är högre än för de mottagna. Eftersom detsamma hade gällt även om andelsägaren hade behållit och sålt de ursprungliga andelarna kan regeln dock knappast anses komma i konflikt med direktivet.

6.6.7 Avslutande reflexioner om uppskovslösningen

Som framgått har tillämpningsområdet för uppskovslösningen successivt beskurits och denna skall numera endast tillämpas på juridiska personers andelsbyten samt fysiska personers andelsbyten av lagerandelar. Jag har svårt att se några bärande motiv för att man inte borde ta steget fullt ut och helt slopa uppskovslösningen till förmån för en generell kontinuitetsmetod. Detta är den metod som föreskrivs i fusionsdirektivet och den som används internationellt. Det skäl som ursprungligen motiverade införandet av uppskovsmetoden, nämligen att en kontinuitetslösning inte gick att förena med fördelningsreglerna vid andelsbyten av kvalificerade andelar, är inte längre relevant eftersom dessa andelsbyten numera faktiskt beskattas enligt kontinuitetsreglerna. Även om uppskovslösningen enligt min mening i sig inte kan anses strida mot direktivet finns som framgått inslag i uppskovsreglerna som riskerar att vara direktivstridiga. Allt detta talar för att uppskovslösningen borde överges helt och kontinuitet införas för alla andelsbyten.

[126] Ursprungligen gällde denna regel för alla mottagna andelar, d.v.s. även sådana som var marknadsnoterade, se 15 § andelsbyteslagen (SFS 1998:1601) i dess lydelse fram till den 30 december 1999. Eftersom det visade sig vara svårt för banker etc. att i sina system hantera att en och samma typ av värdepapper skattemässigt skulle betraktas som två olika sorter ändrades dock reglerna snart till att endast gälla för onoterade andelar, se 1999/2000:SkU2 s. 9 f.

[127] Prop. 1998/99:15 s. 279.

6.7 Tillåtlighet av s.k. exitskatter

6.7.1 Inledning

Direktivet bygger alltså på tanken att det skattemässiga värdet på de bortbytta andelarna skall föras över på de mottagna andelarna och att den latenta kapitalvinsten således kommer att beskattas vid en senare överlåtelse av de mottagna andelarna. Ett problem uppstår dock om andelarna vid denna tidpunkt har förts ut ur landets skattejurisdiktion, t.ex. p.g.a. att andelsägaren har flyttat utomlands.[128]

Antag att en fysisk person byter andelar i ett inhemskt bolag mot andelar i ett bolag från ett annat medlemsland. Om andelsägaren därefter emigrerar kan det blir problem för hennes tidigare hemland att beskatta en framtida avyttring av de mottagna andelarna. Varken säljaren eller de avyttrade andelarna har ju då någon som helst koppling till detta land. En liknande situation föreligger om en inhemsk juridisk person efter ett andelsbyte får avtalshemvist utomlands. Även då kan det bli svårt för den tidigare hemviststaten att beskatta en senare överlåtelse av de mottagna andelarna. Detsamma gäller om andelsägaren är en utländsk juridisk person och de bortbytta andelarna var knutna till ett fast driftställe i landet, men de mottagna andelarna sedan förs över från det fasta driftstället till en annan del av bolaget.

I direktivet finns inga uttryckliga regler angående hur de ovannämnda situationerna skall hanteras. Däremot finns regler i svensk rätt som syftar till att skydda det svenska skatteunderlaget i de beskrivna situationerna. Dessa regler går i princip ut på att beskattning utlöses när de mottagna andelarna lämnar den svenska beskattningssfären, trots att andelsägaren fortfarande har kvar andelarna i sin ägo. Nedan redogör jag först för de svenska reglerna och diskuterar sedan om reglerna kan anses förenliga med dels direktivet, dels EG-fördraget.[129]

[128] Denna problematik har klara beröringspunkter med frågan om det är tillåtet att ställa ett hemvistkrav på delägarna för att skattefrihet överhuvudtaget skall medges vid andelsbytet. Se angående denna fråga kapitel 3.6.4 ovan.

[129] De regler som behandlas här avser således sådana situationer då andelsägaren har kvar de mottagna andelarna men dessa, p.g.a. att andelsägaren flyttar utomlands etc., lämnar den svenska skattejurisdiktionen. En närbesläktad situation är att de mottagna andelarna genom gåva eller överlåtelse till underpris förs över till ett annat skattesubjekt som inte är skattskyldigt i Sverige. Dessa fall har berörts i avsnitt 6.2.5.3 och 6.6.5.7 ovan.

6.7.2 Svenska regler

För juridiska personer gäller enligt 1:3, 2 st. IL att alla inkomster beskattas i inkomstslaget näringsverksamhet. I detta inkomstslag gäller generellt att tillgångar som lämnar den svenska beskattningssfären skall uttagsbeskattas enligt 22 kap. IL. En svensk juridisk person som får avtalshemvist utomlands skall därmed enligt 22:5 IL uttagsbeskattas för tillgångar som i och med detta inte längre kan beskattas i Sverige. Detsamma gäller för en utländsk juridisk person som bedriver verksamhet från ett svenskt fast driftställe och som upphör att bedriva sådan verksamhet eller som för över tillgångar från det svenska fasta driftstället till en annan del av företaget. Dessa regler tillämpas även på tillgångar i form av andelar som erhållits vid ett andelsbyte och kan alltså leda till en uttagsbeskattning av de mottagna andelarna. En sådan uttagsbeskattning medför enligt 49:20 IL i sin tur att de uppskovsbelopp som är knutna till dessa andelar återförs till beskattning, d.v.s. uttagsbeskattningen utlöser även en beskattning av den kapitalvinst som uppkom vid andelsbytet.

När det gäller andelsägare som är fysiska personer kan däremot konstateras att det i inkomstslagen tjänst och kapital saknas en generell motsvarighet till uttagsbeskattningsreglerna i 22 kap. IL. Fysiska personer som är näringsidkare omfattas i och för sig även de av uttagsbeskattningsreglerna i 22 kap. IL för de tillgångar som tillhör näringsverksamheten, d.v.s. för lagerandelar.[130] Mottagna andelar som utgör lagertillgång i andelsägarens näringsverksamhet kan således enligt 22:5 IL uttagsbeskattas om andelsägaren flyttar utomlands och andelarna p.g.a. utflyttningen inte längre kan beskattas i Sverige. Om de mottagna andelarna är belastade med uppskovsbelopp kommer dessa då enligt 49:20 IL att återföras till beskattning. Om andelarna i stället har erhållits genom ett andelsbyte som omfattas av reglerna om framskjuten beskattning i 48a kap. IL, vilket är fallet om de bortbytta andelarna inte hade karaktär av lagerandelar, kommer uttagsbeskattningen automatiskt att innebära en avskattning även av den vinst som uppkom vid andelsbytet.

För andra tillgångar hos fysiska personer än näringstillgångar gäller däremot som huvudregel att dessa utan skattekonsekvenser kan föras ut ur den svenska beskattningssfären. En fysisk person som flyttar utomlands behöver således inte skatta av upplupen värdestegring på sina tillgångar även om utflyttningen leder till att en framtida överlåtelse av tillgångarna inte kan beskattas i Sverige. I just andelsbytessituationer har dock särskilda regler införts för att skydda det svenska skatteunderlaget. För andelsägare som med stöd av 48a kap. IL medgivits framskjuten be-

[130] Jfr 13:7 IL.

skattning vid ett andelsbyte föreskrivs i 48a:11 IL att den kapitalvinst som uppkom vid andelsbytet skall tas upp till beskattning om säljaren upphör att vara s.k. kvalificerat bosatt i Sverige, d.v.s. upphör att vara skattskyldig här p.g.a. bosättning eller stadigvarande vistelse.[131] En utflyttning leder således till att beskattning utlöses av den tidigare andelsbytesvinsten. Genom en hänvisning i 44:2 IL framgår att detsamma gäller om bytet resulterade i en kapitalförlust. Denna förlust får då dras av vid utflyttningen.

I 48a:11 IL anges närmare bestämt att "kapitalvinsten som uppkom vid andelsbytet [skall] tas upp som intäkt" när andelsägaren flyttar från Sverige. Tillämpningen av denna bestämmelse kompliceras onekligen av att det vid andelsbytet faktiskt inte fastställdes någon kapitalvinst/kapitalförlust, eftersom reglerna fungerar så att omkostnadsbeloppet på de bortbytta andelarna då helt enkelt flyttades över på de mottagna andelarna.[132] Vid en utflyttning från Sverige, som ju kan ske flera år efter bytet, måste därmed i efterhand fastställas vilket marknadsvärde de mottagna andelarna hade vid andelsbytet. Detta lär kunna ställa till praktiska problem, särskilt vid byten av andelar i onoterade bolag. Av 48a:11 IL framgår vidare inte klart vilka andelar det är som är föremål för denna beskattningsåtgärd, d.v.s. om det är de bortbytta eller de mottagna andelarna som är skatteobjekt. Detta har betydelse framför allt när det gäller den fortsatta behandlingen av de mottagna andelarna. I vissa fall kan det ju nämligen hända att en framtida avyttring av dessa skall beskattas i Sverige även om andelsägaren inte längre är kvalificerat bosatt här, t.ex. om hon har väsentlig anknytning hit. Frågan är dock om 48a:11 IL innebär att en sådan beskattning inte kan effektueras p.g.a. att de mottagna andelarna redan beskattats vid utflyttningen.

Anledningen till osäkerheten angående hur 48a:11 IL skall tolkas i det nämnda avseendet är, förutom att lagtexten i sig inte ger klart besked, att det förekommer motstridiga uttalanden i förarbetena. Å ena sidan sägs att bestämmelsen innebär att "[d]en mottagna andelen anses avyttrad för det marknadsvärde som gällde vid andelsbytet".[133] Detta uttalande tyder på att det är den mottagna andelen som är föremål för beskattningsåtgärden och att denna andel alltså skall "anses avyttrad" vid utflyttningen. För egen del har jag svårt att se att en och samma andel skall kunna anses avyttrad

[131] Se vidare om kravet på kvalificerad bosättning i kapitel 3.6.4 ovan.

[132] Wiman 2002 s. 183.

[133] Prop. 2001/02:46 s. 78. Ett liknande uttalande finns också i SKV:s handledning, där det sägs att "[d]en mottagna andelen ska då anses avyttrad för det marknadsvärde som gällde vid andelsbytet", se SKV:s handledning 2004 del 1, s. 612. Detta uttalande är dock förmodligen endast ett återgivande av propositionsuttalandet.

två gånger av samma säljare. Med denna tolkning kan det därför enligt min mening bli svårt att vid en senare faktisk avyttring av den mottagna andelen beskatta den värdeökning som skett efter andelsbytet.

Å andra sidan sägs också i förarbetena att 48a:11 IL skall fungera på samma sätt som motsvarande bestämmelse i 49 kap. IL angående uppskovsgrundande andelsbyten (se om denna strax nedan) trots att ingen kapitalvinst fastställs vid andelsbytet utan först i efterhand.[134] Detta talar närmast för att beskattningen avser de bortbytta andelarna. Eftersom även ordalydelsen i 48a:11 IL indikerar att det är den "gamla" andelsbytesvinsten som skall beskattas, och inte en "ny" vinst som uppkommer p.g.a. att de mottagna andelarna skall anses avyttrade, ligger det enligt min mening närmast till hands att tolka bestämmelsen så att det är de bortbytta andelarna som är föremål för beskattningsåtgärden. Bestämmelsen i 48a:11 IL kan således sägas ta tillbaka den skattefrihet som medgavs vid bytestillfället. Som en konsekvens av detta bör även föreskriften i 48a:10 IL om att de mottagna andelarna skall anses anskaffade för det omkostnadsbelopp som gällde för de avyttrade andelarna anses neutraliserad. De mottagna andelarna bör i stället anses anskaffade till marknadsvärdet vid tidpunkten för andelsbytet. En senare avyttring av de mottagna andelarna kan då leda till en beskattning av eventuell värdestegring som skett efter andelsbytet. Av det sagda följer också att om de mottagna andelarna har gått ned i värde efter andelsbytet realiseras inte denna förlust vid utflyttningen och kan således inte kvittas mot den framtagna andelsbytesvinsten.

Bestämmelsen i 48a:11 IL motsvaras när det gäller uppskovsgrundande andelsbyten av 49:26 IL. För fysiska personer som erhållit uppskov med beskattningen av ett andelsbyte enligt 49 kap. IL gäller således att detta uppskov återförs till beskattning om andelsägaren flyttar ut ur Sverige. Här är det klart att beskattningsåtgärden hänför sig till de bortbytta och inte till de mottagna andelarna. Bestämmelsen i 49:26 IL, vilken alltså endast har betydelse vid fysiska personers andelsbyten av lagerandelar, kan leda till att uppskovet återförs även i situationer när utflyttningen inte leder till en uttagsbeskattning av den mottagna andelen. En sådan situation föreligger t.ex. om näringsidkaren efter utflyttningen fortsätter att driva sin näringsverksamhet från ett fast driftställe i Sverige och de mottagna andelarna är knutna till detta fasta driftställe.

[134] Prop. 2001/02:46 s. 78.

6.7.3 De svenska reglernas förenlighet med fusionsdirektivet

Kan det då anses förenligt med direktivet att på det ovan beskrivna sättet föreskriva att den kapitalvinst som uppkom vid andelsbytet skall beskattas när andelsägaren emigrerar eller de mottagna andelarna av annan anledning lämnar den svenska skattejurisdiktionen, trots att andelsägaren fortfarande har kvar de mottagna andelarna? Som redan nämnts saknas regler angående detta i direktivet. I doktrinen har dock hävdats att olika former av exitskatter bör anses förenliga med direktivet eftersom direktivets syfte, såsom det bl.a. framgår av preambeln, inte är att medlemsstaterna skall behöva medge en definitiv skattefrihet.[135] Något som också talar för denna slutsats är vidare att det, såsom redan har konstaterats i avsnitt 6.2.5.4 ovan, inte finns något uttryckligt förbud i direktivet mot att beskatta den vinst som uppkom vid andelsbytet innan dess att de mottagna andelarna överlåts.[136] Det enda som sägs i artikel 8 är att andelsbytet i sig inte får beskattas men att detta inte hindrar medlemsstaten från att beskatta en senare överlåtelse av de mottagna andelarna.

Som framgått i avsnitt 6.2.5.4 menar jag ändå att artikel 8 bör tolkas så att skattefriheten i princip skall gälla fram till överlåtelsen av de mottagna andelarna och att någon generell rättighet för medlemsstaterna att lägga beskattningstidpunkten före denna tidpunkt knappast kan anses föreligga. Samtidigt kan inte uteslutas att så kan få ske i vissa fall när detta kan anses förenligt med direktivets syften. Som diskuteras närmare i det nämnda avsnittet bör, för att en sådan beskattning inte skall utgöra en inskränkning av den skattefrihet som enligt artikel 8.1 skall gälla för själva andelsbytet, i så fall krävas att den beskattningsutlösande händelsen är frikopplad från andelsbytet. Samma händelse bör alltså leda till en beskattning av den upplupna värdestegringen på andelarna även om händelsen inte föregås av ett andelsbyte.

Med denna tolkning av direktivet bör de svenska uttagsbeskattningsreglerna och den därmed sammanhängande regeln om återföring av uppskov i 49:20 IL ha relativt goda chanser att stå sig vid en prövning mot direktivet. Uttagsbeskattningsreglerna har ju generell karaktär och skulle ha aktualiserats även om bytet av avtalshemvist etc. inte hade föregåtts av ett andelsbyte. Uttagsbeskattning hade då skett av de ursprungliga andelarna och andelsägaren kommer därmed inte i ett sämre läge p.g.a. det tidigare andelsbytet. Som kommer att diskuteras närmare i nästa

[135] Survey 1995 s. 65 och 72 och Wheeler i European Taxation 1995 s. 145 f. Se även Wiman 2000 s. 785 som menar att skyddet av den nationella skattebasen eventuellt kan anföras som ett indirekt stöd för att denna typ av skatter är förenliga med direktivet.
[136] Se även Wheeler i European Taxation 1995 s. 145.

avsnitt kan dock tänkas att dessa regler kommer i konflikt med EG-fördragets regler om fri rörlighet. Om så skulle vara fallet kan detta få betydelse även vid tolkningen av själva direktivet, eftersom man vid ett val mellan olika tolkningsalternativ i princip alltid skall välja det alternativ som bäst tillgodoser fördraget.[137]

När det gäller reglerna i 48a:11 och 49:26 IL är det enligt min mening mera tvivelaktigt om dessa är förenliga med direktivet. Som nämnts stipulerar dessa regler att en andelsägare som är fysisk person och som upphör att vara kvalificerat bosatt i Sverige skall beskattas för den kapitalvinst som uppkom vid andelsbytet. Att det finns större anledning att ifrågasätta dessa regler beror just på att beskattningen här är kopplad till att andelsägaren tidigare deltagit i ett andelsbyte. Om andelsägaren behållit de ursprungliga andelarna skulle en utflyttning inte ha lett till beskattning av den upplupna värdestegringen på dessa andelar. Att en beskattning av denna värdestegring sker beror alltså på att utflyttningen föregåtts av ett andelsbyte. Denna beskattning kan därför anses inkräkta på den skattefrihet för själva andelsbytet som föreskrivs i artikel 8.1. Till detta kan också läggas att jag i kapitel 3.6.4 ovan ifrågasatt om inte det grundläggande kravet på kvalificerad bosättning i 48a:5 och 49:8 IL i sig strider mot direktivet. Skulle man komma fram till att så är fallet är detta förstås ett argument för att även reglerna i 48a:11 och 49:26 IL är direktivstridiga.

Liksom diskuterades i kapitel 3.6.4 kan vidare även här ifrågasättas om det inte finns mindre ingripande lösningar för att skydda det svenska skattekravet. Vid den ursprungliga implementeringen av direktivet i IGOL infördes ingen motsvarande exitregel, utan i stället stipulerades i den s.k. tioårsregeln att om de mottagna andelarna avyttrades inom tio år efter utflyttningen skulle detta leda till en beskattning av den tidigare andelsbytesvinsten.[138] Beskattningen utlöstes således, helt i enlighet med direktivet, vid avyttringen av de mottagna andelarna och inte redan när andelsägaren flyttade från Sverige. I det utredningsbetänkande som föregick införandet av IGOL angavs för övrigt uttryckligen att en exitregel skulle vara "problematisk" i förhållande till direktivet.[139] Eftersom det således åtminstone tidigare ansetts att det svenska skattekravet kan skyddas utan en exitregel kan man fråga sig om inte de nuvarande reglerna skulle anses alltför ingripande, och därmed oproportionella, av EG-domstolen.

[137] Se kapitel 2.3.2 ovan.

[138] Se 6 § 1 mom. 3 st. SIL i dess lydelse fram till införandet av de nya omstruktureringsreglerna (upphävd genom SFS 1998:1606).

[139] Se SOU 1994:100 s. 70. Däremot innehöll den gamla s.k. strukturregeln i 27 § 4 mom. IL en utflyttningsregel motsvarande de som nu finns i 48a:11 och 49:26 IL.

6.7.4 De svenska reglernas förenlighet med EG-fördraget

Det kan vidare diskuteras hur de svenska reglerna om beskattning av upplupen värdestegring på andelarna vid utflyttning etc. förhåller sig till EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet. De svenska reglerna kan onekligen avhålla personer från att flytta ut ur Sverige för att t.ex. ta anställning eller utöva näringsverksamhet i andra medlemsländer. Reglerna kan därför anses inskränka den fria rörligheten för arbetskraft i artikel 39 i EG-fördraget respektive etableringsfriheten i artikel 43.[140] Även när det gäller juridiska personer kan hävdas att reglerna kränker dessas etableringsfrihet eftersom reglerna slår till när verksamhet och tillgångar flyttas från Sverige till ett annat medlemsland. EG-domstolen har i ett flertal mål slagit fast att bestämmelserna om fri rörlighet inte endast förhindrar diskriminerande behandling i källstaten utan att de även innefattar ett förbud mot att hemviststaten hindrar sina egna medborgare och bolag från att ta anställning eller etablera sig i andra medlemsländer.[141] Den svenska regleringen kan alltså ifrågasättas oavsett om Sverige utövar sin beskattningsrätt i egenskap av källstat eller hemviststat.

Ett problem vid bedömningen av om de svenska reglerna strider mot fördraget är att det i EG-domstolens annars mycket rikliga praxis angående fördragsstridiga skatteregler bara finns ett enda fall som rör en skatt av exitkaraktär, d.v.s. en skatt som utlöses just p.g.a. att skattesubjektet och/eller skatteobjektet lämnar landet.[142] Övriga mål har genomgående handlat om att skattskyldiga i något avseende blivit sämre behandlade p.g.a. att de är utländska eller p.g.a. att de har inkomster och/eller verksamhet i utlandet. Detta kan bero på att inkomsten beräknas på ett annat sätt, på att vissa avdrag eller skatteförmåner vägras, på att en annan skattesats tillämpas etc. När det gäller exitskatter är det däremot inte skatteuttagets storlek som i första hand är problemet utan snarare själva beskattningstidpunkten. Skatten kan ju beräknas enligt samma regler som gäller för inhemska skattesubjekt med endast inhemska inkomster, men frågan är om det ändå strider mot fördraget att låta utflyttningen respektive överföringen av tillgångar till utlandet vara beskattningsutlösande.

[140] Av EG-domstolens praxis framgår att det inte endast är skatt på förvärvsinkomster som kan komma i konflikt med dessa bestämmelser utan att även andra skatter kan prövas mot bestämmelserna, se t.ex. mål C-18/95 *Terhoeve* REG 1999 s. I-345 och mål C-9/02 *Lasteyrie*, EG-domstolens dom den 11 mars 2004.

[141] Se t.ex. mål C-18/95 *Terhoeve* REG 1999 s. I-345 angående den fria rörligheten för arbetskraft och mål C-264/96 *ICI* REG 1998 s. I-4695 angående etableringsfriheten.

[142] Mål C-9/02 *Lasteyrie*, EG-domstolens dom den 11 mars 2004. Målet behandlas vidare strax nedan. Se för en allmän beskrivning av olika typer av exitskatter Betten 1998 s. 11 ff.

Det exitskattemål som EG-domstolen avgjort, *Lasteyrie*-målet, gällde en fransk skatt som togs ut på orealiserad värdeökning på vissa bolagsandelar när andelsägaren flyttade utomlands.[143] EG-domstolen fann att skatten innebar en negativ särbehandling av personer som ville flytta ut från Frankrike, eftersom de p.g.a. flytten måste betala en skatt på en inkomst som ännu inte realiserats och som de därmed inte förfogade över. Skatten ansågs därför utgöra ett hinder för etableringsfriheten. Det faktum att de skattskyldiga kunde få anstånd med att betala skatten till dess att andelarna faktiskt avyttrades förändrade inte domstolens bedömning, eftersom denna möjlighet var förenad med villkor om bl.a. ställande av säkerhet. Detta krav ansågs i sig ha en begränsande verkan på den fria rörligheten.

Enligt min mening kan det knappast råda något tvivel om att även de här aktuella svenska reglerna utgör ett hinder för den fria rörligheten. En skillnad mellan de svenska reglerna och de som prövades i *Lasteyrie*-målet är i och för sig att de svenska reglerna åtminstone till viss del kan sägas träffa redan realiserade inkomster (se närmare om detta nedan). Denna skillnad bör dock enligt min mening sakna betydelse för den grundläggande frågan om reglerna överhuvudtaget kan anses inskränka den fria rörligheten. Även till den del skatteuttaget avser en redan realiserad inkomst är ju beskattningstidpunkten kopplad just till att den skattskyldiga emigrerar och/eller flyttar ut sina tillgångar, varför även de svenska reglerna måste anses innebära en negativ särbehandling av personer/tillgångar som lämnar landet i jämförelse med dem som stannar kvar här. Under förutsättning att reglerna inte kan rättfärdigas måste de därför, på motsvarande sätt som de regler som prövades i *Lasteyrie*-målet, anses fördragsstridiga.[144]

Däremot är det möjligt att de skillnader som föreligger mellan de svenska reglerna och de regler som var aktuella i *Lasteyrie*-målet kan få betydelse vid prövningen av just rättfärdigandefrågan. I *Lasteyrie* kom denna prövning framför allt att fokusera på om den franska skatten var motiverad av skatteflyktsskäl.[145] I målet hade Frankrike nämligen förklarat att de franska bestämmelserna syftade till att förhindra att skattskyldiga undkom den franska skatten på kapitalvinster genom att tillfälligt flytta ut ur Frankrike före avyttringen för att strax därefter flytta tillbaka igen. Domstolen pekade här på att de franska reglerna, trots detta syfte, inte utformats med sikte på att fånga in just fall av tillfälliga utflyttningar. Reglerna gällde i stället generellt vid alla utflyttningar, oavsett orsaken

[143] Mål C-9/02 *Lasteyrie*, EG-domstolens dom den 11 mars 2004. Domen kommenteras av Mutén i SN 2004 s. 294 ff.

[144] Se de Broe 2002 s. 71 ff. och Malmer 2002 s. 87 vilka båda synes dra slutsatsen att exitskatter generellt har sådan natur att de hindrar den fria rörligheten.

[145] Se p. 50–58 i domen.

till dessa. Reglerna ansågs därför inte proportionella i förhållande till syftet att hindra skatteflykt varför denna invändning tillbakavisades.

I denna del kan *Lasteyrie*-målet sägas bekräfta den praxis som utvecklats i tidigare mål angående möjligheten att rättfärdiga skatteregler med hänvisning till skatteflyktshänsyn. För att en regel skall godtas på denna grund verkar krävas att regeln på ett tydligt sätt är riktad mot just kringgåendetransaktioner.[146] En beskattning som aktualiseras bara på den grunden att en viss transaktion eller en viss skattskyldig har koppling till utlandet kan däremot aldrig motiveras av skatteflyktshänsyn, utan detta kräver enligt domstolen att skatteregeln är riktad mot "konstlade upplägg" som sker i syfte att kringgå den nationella skattelagstiftningen.[147] Det är därmed klart att inte heller de här aktuella svenska reglerna kan försvaras med hänvisning till skatteflyktshänsyn, eftersom de generellt aktualiseras när personer och/eller tillgångar lämnar den svenska beskattningssfären.

Motivet bakom de svenska reglerna förefaller dock inte heller vara att förhindra skatteflykt utan är snarare att allmänt säkerställa att den skattefrihet som medgavs vid andelsbytet inte blir definitiv.[148] Här finns anledning att återkomma till den ovannämnda skillnaden mellan de svenska reglerna och de franska regler som prövades i *Lasteyrie*-målet, d.v.s. att de svenska reglerna åtminstone till viss del kan sägas gälla redan realiserade inkomster. I doktrinen har van Thiel argumenterat för att man bör göra skillnad mellan sådana exitskatter som mer har karaktär av uppbörd av skatt på en inkomst för vilken skattskyldigheten redan har inträtt och sådana skatter där skattskyldigheten inträder just p.g.a. att den skattskyldiga eller dennas tillgångar lämnar landet.[149] Dessa uttalanden gjordes i och för sig före *Lasteyrie*-domen men motsägs enligt min mening inte av denna dom och bör därför fortfarande anses relevanta. Enligt van Thiels resonemang skulle det inte strida mot fördraget att vid utflyttningen beskatta redan intjänade och realiserade inkomster för vilka beskattningen skjutits upp genom avsättning till olika typer av fonder etc.[150] Att däremot låta utflyttningen etc. utlösa beskattning även av orealiserade vinster

[146] Se t.ex. mål C-324/00 *Lankhorst-Hohorst* REG 2002 s. I-11779 och mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. 10829. Frågan om vad som utgör skatteflykt i fördragets mening berörs även i kapitel 4.2 ovan.

[147] Se *Lasteyrie*-domen, p. 50 samt jfr även de domar som nämns i föregående not.

[148] Se prop. 1998/99:15 s. 195 f.

[149] Se van Thiel 2002 s. 243 ff.

[150] Svenska exempel på detta skulle t.ex. kunna vara avsättningar till periodiseringsfonder och insättningar på upphovsmannakonton, vilka enligt 30:8–9 och 32:11 IL skall återföras till beskattning när den skattskyldiga flyttar utomlands etc. Exitkaraktären hos dessa bestämmelser kommenteras kort av Wiman i EC Tax Review 1997 s. 105 f. och dens. 2001 s. 312.

och värdeökningar, när någon motsvarande beskattning av orealiserad vinst inte sker hos dem som väljer att stanna kvar i landet, skulle enligt detta synsätt inte vara förenligt med fördraget. Beskattning sker då utan att den skattskyldiga förfogar över likvida medel att betala skatten med och utan att det är säkert att en vinst faktiskt kommer att kunna realiseras i framtiden (värdet på egendomen kan ju gå ned efter utflyttningen).[151]

Den sistnämnda delen av van Thiels resonemang, d.v.s. att en beskattning av orealiserad vinst vid utflyttning inte är förenlig med fördraget, har alltså genom *Lasteyrie*-domen bekräftats av EG-domstolen. Eftersom de svenska uttagsbeskattningsreglerna måste anses falla in under denna kategori är det således inte omöjligt att dessa i sig är fördragsstridiga. Huruvida uttagsbeskattningsreglerna som sådana strider mot fördraget skall dock inte diskuteras vidare här.[152] När det gäller den mer specifika frågan om beskattning av en tidigare andelsbytesvinst vid utflyttning etc. skulle däremot eventuellt kunna argumenteras för att denna beskattning mer syftar till att säkerställa att skatt som hänför sig till redan realiserad inkomst verkligen inbetalas.[153] Ett byte är ju i sig att se som en realisation av den upplupna värdestegringen på de bortbytta andelarna och byten är som utgångspunkt beskattningsutlösande enligt svensk rätt. Det skulle alltså här snarare vara fråga om skatteregler av det förstnämnda slaget, vilka därmed skulle ha större möjlighet att klara sig vid en prövning mot fördraget. Den rättfärdigandegrund som då ligger närmast till hands att åberopa är skattesystemets inre sammanhang.[154]

[151] Se vidare van Thiel 2002 s. 251 ff. och 260 ff. Det kan noteras att de franska exitskatteregler som prövades i *Lasteyrie* möjliggjorde en justering av skatteuttaget för det fall att andelarna hade gått ned i värde vid den faktiska avyttringen. Denna omständighet räddade dock inte reglerna från att underkännas av domstolen.

[152] Man kan dock knappast oreflekterat föra över EG-domstolens resonemang angående de franska regler som prövades i *Lasteyrie*-målet på de svenska uttagsbeskattningsreglerna, även om det i båda fallen rör sig om beskattning av orealiserad vinst. Utan att här ha utrymme för att utveckla denna i och för sig viktiga fråga vidare vill jag ändå peka på den betydelsefulla omständigheten att *Lasteyrie*-målet gällde beskattning av kapitalinkomst medan uttagsbeskattningsreglerna rör beskattning av näringsinkomst. Se vidare kapitel 3.6.4 och 5.3.6.2 ovan angående skillnaden mellan hur dessa olika inkomsttyper behandlas i internationella sammanhang, samt den betydelse detta kan ha när nationella skatteregler prövas mot fördraget.

[153] Se för ett liknande resonemang Wiman i EC Tax Review 1997 s. 105. Detta synsätt överensstämmer även med den indelning av olika typer av skattekrediter som företagits av Persson Österman. Han framhåller på ett generellt plan att det kan finnas anledning att behandla olika typer av skattekrediter på olika sätt och menar då bl.a. att man bör göra skillnad mellan orealiserad värdeökning och värdeökning som realiserats genom ett byte. Se vidare Persson Österman 1997 s. 91 ff.

[154] Se mål C-204/90 *Bachmann* [1992] ECR I-249. I vissa domar används i den svenska språkversionen termen "kongruens" för att beteckna denna rättfärdigandegrund (något

I *Lasteyrie*-målet avvisades i och för sig denna rättfärdigandegrund av EG-domstolen. I målet hade hävdats att det förelåg ett samband mellan å ena sidan att Frankrike avstod från att beskatta en värdeökning innan denna realiserats och å andra sidan att skatt i stället togs ut när den skattskyldiga lämnade landet. När EG-domstolen avvisade detta resonemang verkar den ha lagt stor vikt vid att det uppgivna syftet med de franska reglerna faktiskt inte var att generellt säkerställa att en värdeökning som uppkommit i Frankrike också skulle beskattas där, utan endast att förhindra tillfälliga utflyttningar företagna av skatteskäl.[155] Att syftet inte var att allmänt säkerställa en fransk beskattning framgick enligt domstolen även av att Frankrike medgav avräkning för eventuell skatt som uttagits i aktieägarens nya hemvistland, vilket kunde medföra att det franska skattekravet i praktiken helt föll bort.[156] Även de närliggande invändningarna om att de franska reglerna var ett utflöde av fördelningen av beskattningsrätten mellan "utresestaten" och "inresestaten", respektive att de var en följd av den skatterättsliga territorialitetsprincipen, verkar ha förkastats av i princip samma skäl.[157] Det faktum att de franska reglerna presenterades som skatteflyktsregler verkar därmed ha haft stor betydelse för utgången i målet.[158]

Som nämnts är de svenska reglerna däremot överhuvudtaget inte motiverade av skatteflyktsskäl utan av önskemålet att generellt säkerställa att ett tidigare medgivet skatteuppskov inte blir definitivt. Eftersom skatten tas vid själva utflyttningen och avser en då redan (genom bytet) realiserad värdeökning blir det vidare inte aktuellt att efterge det svenska skattekravet genom att medge avräkning för utländsk skatt.[159] *Lasteyrie*-målet ger enligt min mening föga vägledning i frågan om denna typ av regler kan

---

som har kritiserats av Mutén i SN 2004 s. 296) men i senare domar används termen "inre sammanhang" varför jag har valt att ansluta mig till den terminologin här. Se för en allmän diskussion av räckvidden av denna rättfärdigandegrund t.ex. Ståhl och Österman 2000 s. 128 ff. samt Ståhl i SvSkT 2001 s. 744 ff.

[155] Se p. 64–65 i EG-domstolens dom. Observera att ordet "inte" olyckligtvis har fallit bort i p. 65 i den svenska språkversionen av domen (vilket framgår vid en jämförelse med den engelska och den franska språkversionen).

[156] Se p. 66 i domen.

[157] Invändningarna presenteras i p. 32–33 och förkastas i p. 68 i domen. Det kan noteras att invändningen om territorialitetsprincipen som grund för rättfärdigande överhuvudtaget inte bemöttes explicit av domstolen, utan synes ha avvisats indirekt som en del av förkastandet av invändningarna om inre sammanhang och fördelningen av beskattningsrätten.

[158] Jfr även att EG-domstolen i p. 67 i domen trycker på att invändningen om att reglerna var nödvändiga för att upprätthålla skattesystemets inre sammanhang inte ens åberopats av den franska regeringen (utan av andra intervenerande länder).

[159] Jfr EG-domstolens nyssnämnda resonemang i *Lasteyrie*-målet, p. 66 i domen.

anses förenliga med fördraget. Däremot kan EG-domstolens resonemang i målet *X och Y* vara av visst intresse för denna fråga.[160] Målet gällde de svenska reglerna om beskattning vid underprisöverlåtelse till utländskt bolag (tidigare 3 § 1 h mom. SIL, numera 53 kap. IL). Enligt dessa regler får en underprisöverlåtelse av kapitalbeskattad egendom till ett bolag som överlåtaren äger andel i olika skattekonsekvenser beroende på om det är ett svenskt eller ett utländskt bolag som är köpare. Om överlåtelsen sker till ett svenskt bolag medför den ingen beskattning av upplupen kapitalvinst på den överlåtna egendomen. Om överlåtelsen sker till ett utländskt bolag skall egendomen däremot anses avyttrad till marknadsvärdet, vilket innebär att beskattning av upplupen kapitalvinst utlöses i och med överlåtelsen. I målet försvarade Sverige reglerna med att de var nödvändiga för att upprätthålla skattesystemets inre sammanhang. Om aktieägaren senare emigrerar och därefter avyttrar aktierna i det köpande bolaget kan Sverige nämligen enligt den s.k. tioårsregeln i 3:19 IL endast beskatta denna överlåtelse om bolaget är svenskt. EG-domstolen underkände dock detta argument bl.a. med hänvisning till att även om de aktuella bestämmelserna hade detta syfte brast de i proportionalitet. Som exempel på en mindre ingripande åtgärd för att uppnå samma syfte angavs att medlemsstaten som villkor för att medge skattefrihet vid underprisöverlåtelsen kunde kräva "ställande av säkerhet eller andra garantier som är nödvändiga för att säkerställa att skatten betalas *när överlåtaren slutligt flyttar utomlands* [kurs. här]".[161]

Detta uttalande indikerar onekligen att EG-domstolen åtminstone i vissa fall är beredd att godta att ett tidigare medgivet skatteuppskov återförs till beskattning vid utflyttning. Vid en prövning av de svenska reglerna mot fördraget skulle därmed, till skillnad från vad som var fallet vid en prövning mot direktivet, det faktum att de slår till just för att utflyttningen etc. föregåtts av ett andelsbyte närmast tala för att de skulle stå sig vid prövningen. Samtidigt måste man vara mycket försiktig med att övertolka detta uttalande från domstolen. Uttalandet kan knappast tas till intäkt för att EG-domstolen generellt kommer att acceptera den här typen av exitskatter utan varje sådan skatteregel måste prövas utifrån sina egna premisser. Därvid måste bl.a. bedömas om kraven på proportionalitet och ändamålsenlighet är uppfyllda.

När det särskilt gäller de sistnämnda kraven kan konstateras att argumentet att reglerna är nödvändiga för att tillförsäkra att det tidigare medgivna skatteuppskovet kan återtas naturligtvis blir betydligt mindre hållbart i de fall där en utflyttning inte påverkar skattskyldigheten i Sverige

[160] Mål C-436/00 *X och Y* REG 2002 s. 10829.
[161] Se p. 59 i domen.

vid en framtida överlåtelse av de mottagna andelarna.[162] Som framgått i avsnitt 6.7.2 ovan kan en utflyttning i vissa fall leda till att uppskovet återförs till beskattning trots att de mottagna andelarna även fortsättningsvis är knutna till ett fast driftställe i Sverige. I en sådan situation har Sverige full möjlighet att beskatta en överlåtelse av de mottagna andelarna, varför det knappast kan anses vara förenligt med kravet på proportionalitet att ändå låta utflyttningen vara beskattningsutlösande. Men även i de fall då Sverige enligt nuvarande regler inte kan beskatta en framtida överlåtelse av de mottagna andelarna kan ifrågasättas om det inte finns mindre ingripande åtgärder för att säkerställa ett återtagande av skatteuppskovet än att ta ut skatten vid själva utflyttningen. En sådan åtgärd skulle t.ex. kunna vara att kravet på inbetalning av skatten sköts upp till dess att de mottagna andelarna faktiskt avyttrades (jfr även diskussionen i slutet av föregående avsnitt). Det skulle då också vara möjligt att justera skatteuttaget om de mottagna andelarna sjunkit i värde vid tidpunkten för överlåtelsen.

Det kan noteras att det i förarbetena till den svenska regleringen faktiskt medges att det för att säkerställa den svenska beskattningsrätten inte är nödvändigt att skatten tas ut vid själva utflyttningen, utan att det skulle vara tänkbart att vänta med att kräva in skatten till dess att de mottagna andelarna avyttrades.[163] Detta alternativ avvisades dock p.g.a. att det ansågs vara svårt att i praktiken få kännedom om att de mottagna andelarna avyttrats. Med tanke på EG-domstolens genomgående mycket kallsinniga inställning till den typen av invändningar är det svårt att se att domstolen skulle ha någon större sympati för regeringens farhågor i denna del.[164] Resonemanget i propositionen försvagas dessutom av det faktum att sådana svårigheter inte hindrat att Sverige upprätthåller den ovannämnda tioårsregeln i 3:19 IL och beskattar personer som flyttat ut från Sverige för kapitalvinster på deras svenska aktier.

Inom ramen för en ordning där skatten tas ut först när de mottagna andelarna avyttras skulle man vidare eventuellt kunna tänka sig att Sverige, för att säkra den framtida inbetalningen av skatten, skulle kräva att den skattskyldiga vid utflyttningen fick ställa någon form av säkerhet för den framtida skatteinbetalningen. Ett krav på ställande av säkerhet ligger i linje med det ovan citerade uttalandet från EG-domstolen i *X och Y*-domen. Samtidigt måste konstateras att det besvär och de kostnader som ett ställande av säkerhet innebär för de skattskyldiga i sig kan vara ett nog

[162] Se för en liknande slutsats de Broe 2002 s. 76.

[163] Prop. 1998/99:15 s. 196.

[164] Se t.ex. mål C-136/00 *Danner* REG 2002 s. I-8147, p. 44–52 i domen och mål C-422/01 *Skandia* REG 2003 s. I-6817, p. 38–45 i domen där liknande invändningar avvisades av domstolen.

så stort hinder för den fria rörligheten, vilket EG-domstolen också framhöll i den ovannämnda *Lasteyrie*-domen.[165] Det är därför inte alls säkert att EG-domstolen skulle acceptera ens detta som en proportionell åtgärd för att skydda det svenska skattekravet. Tvärtom kan det mycket väl tänkas att domstolen i stället skulle hänvisa till de möjligheter som finns för svenska myndigheter att få hjälp av myndigheter i andra medlemsländer med att driva in skatten.[166]

Min sammanfattande slutsats är att de svenska reglerna om att den kapitalvinst som uppkom vid andelsbytet skall beskattas när delägaren emigrerar eller de mottagna andelarna av annan anledning lämnar den svenska skattejurisdiktionen måste anses utgöra en inskränkning av den fria rörlighet som föreskrivs i EG-fördraget. Jag menar dock att det bör finnas relativt goda möjligheter att försvara reglerna med att de är motiverade av önskemålet att säkerställa att skatteuppskovet inte blir definitivt. Däremot är jag betydligt mer tveksam till om reglerna också kan anses uppfylla kravet på proportionalitet. Detta gäller i all synnerhet i de fall där de mottagna andelarna även efter utflyttningen är knutna till ett svenskt fast driftställe och Sverige därmed har full möjlighet att beskatta en överlåtelse av dessa andelar.

6.8 Möjlighet att välja att inte omfattas av reglerna

I artikel 8.3 i direktivet sägs att då en delägare enligt lagstiftningen i den medlemsstat där han är bosatt får begära en skattemässig behandling som skiljer sig från den som anges i punkt 2, skall punkt 1 inte tillämpas på de värdepapper för vilka denna möjlighet utnyttjas. Medlemsstaterna kan alltså göra bestämmelserna om skattefrihet vid andelsbyten frivilliga för de skattskyldiga.[167] I de medlemsstater som utnyttjar den möjligheten kan andelsägarna således välja att skatta av kapitalvinsten (eller dra av kapitalförlusten) vid andelsbytet och erhålla marknadsvärdet som anskaffningsvärde på de mottagna andelarna. Detta kan vara förmånligt om deläga-

[165] Se p. 47 i *Lasteyrie*-domen.

[166] Jfr här att EG-domstolen regelmässigt avvisat medlemsstaternas invändningar om kontrollhänsyn som motiv för att upprätthålla skatteregler som hindrar den fria rörligheten genom att hänvisa till direktiv 77/799/EEG om myndighetssamarbete.

[167] Det kan noteras att någon motsvarande möjlighet att göra skattefriheten frivillig inte finns i den nya artikel 10d angående beskattningen på ägarnivå vid flyttning av säte för europabolag och europeiska kooperativa föreningar. Eftersom fusionsdirektivet är ett minimidirektiv (jfr kapitel 2.3.3.5 ovan) har medlemsstaterna dock i och för sig alltid möjlighet att avvika från direktivet till de skattskyldigas fördel, vilket t.ex. kan ske genom att en valfrihet införs även i andra situationer än de som anges i direktivet.

ren vill realisera en förlust eller om hon har andra förluster att kvitta en uppkommen kapitalvinst mot.

I Sverige har en sådan valfrihet införts när det gäller uppskovsreglerna i 49 kap. IL men inte när det gäller reglerna om framskjuten beskattning i 48a kap. IL. Reglerna i 48a kap. IL tillämpas nämligen automatiskt för andelsbyten som uppfyller lagens förutsättningar och det finns då ingen möjlighet för den skattskyldiga att välja att skatta av en vinst eller dra av en förlust som uppkommer vid andelsbytet. Detta motiveras i propositionen med att en valfrihet skulle innebära att de praktiska fördelarna med detta system delvis skulle gå förlorade.[168] I kapitel 5.10 ovan fann jag att det inte kan anses strida mot direktivet att vid beskattningen på bolagsnivå vägra det överlåtande företaget möjlighet att realisera latenta vinster och förluster på den överförda egendomen. Samma skäl som anförts där talar enligt min mening för att det inte heller kan anses strida mot direktivet att vid beskattningen på ägarnivå vägra de skattskyldiga valfrihet i detta hänseende.

Uppskovsreglerna är dock som nämnts frivilliga och tillämpas enligt 49:6 IL endast om andelsägaren begär det. Den andelsägare som så önskar kan alltså (helt eller delvis) skatta av en kapitalvinst redan vid andelsbytet. Som nämnts i avsnitt 6.6.5.2 har andelsägaren också möjlighet att återföra uppskovsbelopp i förtid, d.v.s. innan dess att de mottagna andelarna avyttras, t.ex. för att kvitta detta mot en förlust på andra andelar. Det kan vidare noteras att uppskovsreglerna enligt 49:13 IL överhuvudtaget inte är tillämpliga vid byten som resulterar i en kapitalförlust. Den skattskyldiga kan alltså inte välja att genom ett "uppskov" flytta en förlust till ett senare år.

[168] Prop. 2001/02:46 s. 63.

7 Några sammanfattande slutsatser

Fusionsdirektivet är utan tvivel det mest betydelsefulla av de direktiv som hittills antagits rörande direkt beskattning. Flera viktiga omstruktureringssituationer omfattas av direktivregleringen och genom direktivet har skapats skattemässiga förutsättningar för att genomföra transaktioner som tidigare inte var möjliga att företa utan att beskattning utlöstes. Det faktum att flera medlemsländer, däribland Sverige, har valt att vid implementeringen låta de regler som hämtats från direktivet gälla även vid inhemska företagsombildningar har förstås ytterligare ökat direktivregleringens genomslag och betydelse i medlemsländerna. Ett tydligt exempel på detta är att båda de två domar som EG-domstolen hittills meddelat angående tolkningen av direktivet rör just inhemska transaktioner, d.v.s. transaktioner som i sig inte omfattas av direktivet.

Genom fusionsdirektivet föreskrivs en gemensam beskattningsordning i alla medlemsstater för de omstruktureringstransaktioner som täcks av direktivregleringen. Det är dock inte fråga om skapa ett genomharmoniserat system av det slag som finns t.ex. när det gäller momsen, utan fusionsdirektivet har tvärtom klar karaktär av "minimiharmoniseringsdirektiv".[1] Detta innebär att direktivet anger huvuddragen i det gemensamma systemet men att många frågor har överlämnats till medlemsstaterna att lösa själva vid implementeringen. Att fastställa exakt hur stort handlingsutrymme som medlemsstaterna därvid har fått är dock inte alltid så enkelt. Fusionsdirektivets regler är mycket kortfattade och allmänt hållna vilket gör att det i många fall är svårt att ur själva direktivtexten läsa ut om en viss fråga ligger inom ramen för den gemensamma regleringen (och vad direktivet i så fall har att säga om den aktuella frågan) eller om medlemsstaterna har fått mandat att själva bestämma hur frågan skall regleras. För att avgöra detta måste ledning tvärtom ofta hämtas även i andra tolkningsargument, varvid direktivets ändamål och syften som framgått intar en särställning som tolkningshjälpmedel.

[1] Se kapitel 2.3.3.1.

Den slutsats som har dragits i analysen ovan är att målsättningen med direktivet i princip kan anses begränsad till att de transaktioner som omfattas av direktivet skall kunna företas utan omedelbar beskattning, men att de mer tekniska lösningarna för att åstadkomma att beskattningen senareläggs däremot inte omfattas av direktivets målsättningar. Medan medlemsstaterna således kan anses vara absolut förpliktade att tillförsäkra skattefrihet vid själva transaktionen är deras handlingsutrymme betydligt större när det gäller den vidare behandlingen av den egendom som omfattas av transaktionen, inklusive hur den medgivna skattefriheten senare skall återtas.

Detta leder till att nationella regler som innebär att själva tillämpningsområdet för skattefriheten inskränks löper stor risk att komma i konflikt med direktivet. Att vid implementeringen göra skattefriheten beroende av att vissa villkor, vilka saknar förankring i direktivet, är uppfyllda kan exempelvis knappast anses förenligt med direktivet.[2] För att sådana villkor skall vara tillåtna bör krävas att de kan stödjas på skatteflyktsregeln i artikel 11 i direktivet, vilket bl.a. fordrar att de nationella reglerna möjliggör en prövning i det enskilda fallet av om skatteflyktssyfte föreligger.[3] Även regler som utan stöd i direktivet helt eller delvis avskär vissa kategorier skattskyldiga från tillgång till de förmånliga skattereglerna löper uppenbar risk att underkännas som direktivstridiga om de skulle komma under EG-domstolens prövning.[4]

Däremot är risken mindre att nationella regler som rör den fortsatta behandlingen av den överförda egendomen hos mottagaren (vid beskattningen på bolagsnivå) respektive av de mottagna andelarna hos delägaren (vid beskattningen på ägarnivå) kommer i konflikt med direktivet. I direktivet förutsätts i och för sig att den medgivna skattefriheten skall återtas genom ett system med skattemässig kontinuitet. Hur detta system närmare skall utformas, inklusive hur långtgående kontinuiteten skall vara, måste dock i stor utsträckning anses ha överlämnats till medlemsstaterna

[2] Se för exempel på sådana villkor vid den svenska implementeringen kapitel 3.2.2.9 (krav vid verksamhetsavyttring på att den överförda egendomen utgör del av rörelse), kapitel 3.3.2 (villkor om att röstmajoritet vid andelsbyte skall uppnås vid årsskiftet), kapitel 4.5.1 (rörelsevillkor vid andelsbyte med fåmansföretagsandelar), kapitel 4.5.3 (andelsbyte med skalbolagsandelar utesluts från reglernas tillämpningsområde) och kapitel 5.3.4 (villkor om att *all* egendom som omfattas av överföringen knyts till ett fast driftställe i Sverige).

[3] Se för exempel på sådana regler kapitel 4.5.2 (krav vid andelsbyte på att det köpande företaget behåller andelarna till årsskiftet om det inte finns särskilda skäl) och kapitel 6.6.5.5 (motsvarande krav, fast utsträckt till tre år, vid andelsbyte med skalbolagsandelar).

[4] Sådana regler behandlas i kapitel 3.6.2.2 (rörande investmentföretag och privatbostadsföretag) och kapitel 3.6.4 (rörande personer som inte är kvalificerat bosatta i Sverige).

att lösas vid implementeringen.[5] Regler angående detta bör därför i princip endast kunna ifrågasättas om de utformats på ett sådant sätt att de i realiteten utgör en inskränkning av den grundläggande skattefrihet för själva transaktionen som enligt direktivet måste medges.[6]

Den analys av direktivet och av den svenska lagstiftningen som har genomförts i boken har av naturliga skäl ofta kommit att inriktas på frågan om den svenska lagstiftningen är förenlig med direktivet. Jag har därvid identifierat flera fall där det kan ifrågasättas om den svenska implementeringen är korrekt. Det kan därför vara på sin plats att avslutningsvis framhålla att mitt helhetsintryck när det gäller den svenska implementeringen ändå är att denna i det stora hela är väl genomförd. Som framgått är det inte någon lätt uppgift för lagstiftaren att fastställa vilket handlingsutrymme direktivet ger medlemsstaterna att på olika sätt anpassa direktivets kontinuitetsregler till den egna skattemiljön. Enligt min mening är det knappast heller vare sig realistiskt eller rimligt att begära att lagstiftaren alltid skall "hålla säkerhetsavstånd" till det otillåtna och avstå från att införa regler som på allmänna grunder anses välmotiverade bara för att det finns en viss liten risk för att dessa strider mot direktivet. Det sagda hindrar å andra sidan inte att det finns enskilda inslag i den svenska regleringen där konflikten med direktivet är så pass klar att det knappast kan försvaras att den svenska regeln införts och/eller att den behålls.

[5] Se t.ex. kapitel 5.4.2.3 (begränsning av beskattningsårets längd till 18 månader vid fusioner och fissioner), kapitel 5.4.2.4 och 5.4.3 (kontinuitetsbrott som får betydelse för framtida avskrivningar), kapitel 6.2.3.2 (karaktärsändring av de mottagna andelarna vid andelsbyte), kapitel 6.2.3.3, 6.2.5.3 och 6.6.4 (tekniska anpassningar av kontinuiteten till kapitalvinstreglerna) och kapitel 6.6.3 (uppskovsmetoden).

[6] Se t.ex. diskussionerna i kapitel 5.4.1 och 6.2.5.3–4 (angående beskattningsutlösande händelser), kapitel 6.2.2 och 6.2.3 (angående kontinuitetsbrott just p.g.a. att ett andelsbyte sker) samt kapitel 6.7.3 (om exitskatter).

Källförteckning

Offentligt tryck m.m.

Europeiska Unionen

Fördrag

Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen av den 25 mars 1957. (Cit. EG-fördraget)

Fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Undertecknat den 29 oktober 2004. Fördraget finns på EU:s hemsida www.europa.eu.int.

Förordningar

Rådets förordning (EG) nr 2157/2001 av den 8 oktober 2001 om stadga för europabolag. EGT L 294 2001 s. 1.

Rådets förordning (EG) nr 1435/2003 av den 22 juli 2003 om stadga för europeiska kooperativa föreningar (SCE-föreningar). EGT L 207 2003 s. 1.

Direktiv

Council Directive 69/335/EEC of 17 July 1969 concerning indirect taxes on the raising of capital. OJ L 249 1969 s. 25.

Council Directive 73/80/EEC of 9 April 1973 fixing common rates of capital duty. OJ L 103 1973 s. 15.

Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter. EGT L 61 1977 s. 26.

Rådets sjätte direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund. EGT L 145 1977 s. 1.

Rådets direktiv 77/799/EEG av den 19 december 1977 om ömsesidigt bistånd av medlemsstaternas behöriga myndigheter på direktbeskattningens område. EGT L 336 1977 s. 15.
Rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om fusioner av aktiebolag. EGT L 295 1978 s. 36.
Rådets sjätte direktiv 82/891/EEG av den 17 december 1982 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om delning av aktiebolag. EGT L 378 1982 s. 47.
Council Directive 85/303/EEC of 10 June 1985 amending Directive 69/335/EEC concerning indirect taxes on the raising of capital. OJ L 156 1985 s. 23.
Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater. EGT L 225 1990 s. 1. (Cit. Fusionsdirektivet)
Rådets direktiv 90/435/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater. EGT L 225 1990 s. 6.
Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter. EGT L 82 2001 s. 16.
Rådets direktiv 2003/48/EG av den 3 juni 2003 om beskattning av inkomster från sparande i form av räntebetalningar. EGT L 157 2003 s. 38.
Rådets direktiv 2003/49/EG av den 3 juni 2003 om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater. EGT L 157 2003 s. 49.
Rådets direktiv 2003/123/EG av den 22 december 2003 om ändring av direktiv 90/435/EEG om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater. EGT L 7 2004 s. 41.
Council Directive amending Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchange of shares concerning companies of different Member States. Antaget vid rådets möte den 7 december 2004. Texten erhållen från svenska Finansdepartementet.

Konventioner

90/436/EEG: Konvention av den 23 juli 1990 om undanröjande av dubbelbeskattning vid justering av inkomst mellan företag i intressegemenskap. EGT L 225 1990 s. 10.

Resolutioner från rådet

Resolution av rådet och företrädarna för medlemsstaternas regeringar, församlade i rådet av den 1 december 1997 om en uppförandekod för företagsbeskattning. EGT C 2 1998 s. 2.

Dokument från kommissionen

COM(69) 5 final. Proposal for a Council Directive on the common system of taxation applicable to mergers, divisions and contributions of assets involving companies of different Member States. Inofficiell översättning intagen i ECTL.

COM(84) 727 final. Proposal for a tenth Directive of the Council based on article 54 (3)(g) of the Treaty concerning cross-border mergers of public limited companies. OJ C 23 1985 s. 11.

COM(85) 360 final. Communication from the Commission to the Council. Fiscal measures aimed at encouraging cooperation between undertakings of different Member States.

COM(90) 595 final. Proposal for a Council Directive concerning arrangements for the taking into account by enterprises of losses of their permanent establishments and subsidiaries situated in other Member States. OJ C 53 1991 s. 30.

SEC(90) 601 final. Commission Communication to Parliament and the Council on guidelines on company taxation.

SEC(92) 1118 final. Commission Communication to the Council and to Parliament subsequent to the conclusions of the Ruding Committee indicating guidelines on company taxation linked to the further development of the internal market.

COM(93) 293 final. Proposal for a Council Directive amending Directive 90/434/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable to mergers, divisions, transfers of assets and exchange of shares concerning companies of different Member States and Directive 90/435/EEC of 23 July 1990 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsisidiaries of different Member States. OJ C 225 1993 s. 3.

COM(93) 632 final. Making the most of the Internal Market: Strategic Programme. Communication from the Commission to the Council.

KOM(2000) 114 slutlig. Meddelande från kommissionen. Kommissionens kompletterade bidrag till regeringskonferensen om institutionella reformer. Beslut med kvalificerad majoritet inom de delar av skatte- och försäkringsområdet som berör den inre marknaden.
KOM(2001) 260 slutlig. Meddelande från kommissionen till Rådet, Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén. Skattepolitiken i Europeiska unionen – Prioriteringar för de kommande åren. EGT C 284 2001 s. 6.
KOM(2001) 582 slutlig. Meddelande från kommissionen till Rådet, Europaparlamentet och Ekonomiska och sociala kommittén. Mot en inre marknad utan skattehinder – En strategi för fastställande av en konsoliderad bolagsskattebas för företagens verksamhet i EU.
SEC(2001) 1681. Commission staff working paper. Company taxation in the Internal Market.
KOM(2003) 462 slutlig. Förslag till Rådets direktiv om ändring av direktiv 90/435/EEG om ett gemensamt beskattningssystem för moderbolag och dotterbolag hemmahörande i olika medlemsstater.
KOM(2003) 613 slutlig. Förslag till Rådets direktiv om ändring av Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater.
KOM(2003) 703 slutlig. Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om gränsöverskridande fusioner av aktiebolag och andra bolag med begränsat ansvar.
KOM(2003) 726 slutlig. Meddelande från kommissionen till rådet, Europaparlamentet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén – En inre marknad utan företagsskattemässiga hinder: uppnådda resultat, pågående initiativ och uppgifter som återstår att lösa.
KOM(2003) 841 slutlig. Förslag till Rådets direktiv om ändring av direktiv 2003/49/EG om ett gemensamt system för beskattning av räntor och royalties som betalas mellan närstående bolag i olika medlemsstater.
Commission Non-Paper to informal Ecofin Council, 10 and 11 September 2004. A common consolidated EU corporate tax base. Daterad den 7 juli 2004. Finns publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int.
Commission Non-Paper to informal Ecofin Council, 10 and 11 September 2004. Home State Taxation for small and medium-sized enterprises. Daterad den 7 juli 2004. Finns publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int.

Dokument från parlamentet

Résolution portant avis du Parlement européen sur la proposition de la Commission des Communautés européennes au Conseil relative à une directive concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actif intervenant entre sociétés d'États membres différents. JO C 51 1970 s. 12.

Betänkande om förslaget till rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater. Slutlig version A5-0121/2004 avgivet den 26 februari 2004.

Dokument från den ekonomiska och sociala kommittén

Consultation du Comité Économique et Social sur une proposition de directive du Conseil concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions et apports d'actif intervenant entre sociétés d'États membres différents. JO C 100 1969 s. 4.

Yttrande från Europeiska ekonomiska och sociala kommittén om "Förslag till rådets direktiv om ändring av direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater". EGT C 110 2004 s. 30.

Övrigt

Rättegångsreglerna för Europeiska gemenskapernas domstol av den 19 juni 1991. EGT L 176 1991 s. 7.

Akt om villkoren för Konungariket Norges, Republiken Österrikes, Republiken Finlands och Konungariket Sveriges anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördragen. Bilaga I: Förteckning enligt artikel 29 i anslutningsakten. EGT C 241 1994 s. 196.

Akt om villkoren för Republiken Tjeckiens, Republiken Estlands, Republiken Cyperns, Republiken Lettlands, Republiken Littauens, Republiken Ungerns, Republiken Maltas, Republiken Polens, Republiken Sloveniens och Republiken Slovakiens anslutning till de fördrag som ligger till grund för Europeiska unionen och om anpassning av fördraget. Bilaga II: Förteckning enligt artikel 20 i anslutningsakten. EGT L 236 2003 s. 53.

Utkast till fördrag om upprättande av en konstitution för Europa. Antagen med konsensus av Europeiska konventet den 13 juni och 10 juli

2003. Överlämnat till Europeiska rådets ordförande i Rom 18 juli 2003. EGT C 169 2003 s. 1.
Press release, Council of the European Union, 14687/04 (Presse 323), 2624th Council Meeting, Competitiveness (internal market, industry and research), Brussels, 25 and 26 November 2004. Finns publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int.
Press release, Council of the European Union, 15150/04 (Presse 339), 2628th Council Meeting, Economic and financial affairs, Brussels, 7 December 2004. Finns publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int.

Sverige

Utskottsbetänkanden

1994/95:SkU10 Beskattning vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG, m.m.
1998/99:SkU5 Omstruktureringar och beskattning.
1999/2000:SkU2 Inkomstskattelagen.

Propositioner

Prop. 1989/90:110 Reformerad inkomst- och förmögenhetsbeskattning. Del 1.
Prop. 1991/92:54 om reavinstbeskattning av bostadsrätter.
Prop. 1994/95:52 Beskattningen vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG, m.m.
Prop. 1994/95:91 Beskattning av europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG) och andra inkomstskattefrågor.
Prop. 1998/99:15 Omstruktureringar och beskattning.
Prop. 1999/2000:2 Inkomstskattelagen.
Prop. 1999/2000:34 Förvärv av egna aktier.
Prop. 2001/02:46 Ändringar i de särskilda skattereglerna för vissa andelsägare i fåmansföretag, m.m.
Prop. 2001/02:165 Skatteregler mot handel med skalbolag.
Prop. 2002/03:15 Utvidgning av reglerna om framskjuten beskattning vid vissa andelsbyten.
Prop. 2002/03:96 Skattefri kapitalvinst och utdelning på näringsbetingade andelar.
Prop. 2003/04:17 Lättnader i 3:12-reglerna och i arvs- och gåvoskattereglerna vid generationsskiften i företag, m.m.
Prop. 2003/04:33 Ändringar i reglerna om framskjuten beskattning vid andelsbyten, m.m.

Prop. 2003/04:134 Beskattning av europabolag.
Prop. 2004/05:25 Slopad arvsskatt och gåvoskatt.

Lagrådsremisser

Lagrådsremiss den 6 maj 2004 Ny aktiebolagslag.

Betänkanden

SOU 1994:100 Beskattning vid gränsöverskridande omstruktureringar inom EG, m.m. Delbetänkande av 1992 års företagskatteutredning.
SOU 1997:194 Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler. Betänkande av Utredningen om det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-rätten.
SOU 1998:1 Omstruktureringar och beskattning. Slutbetänkande av 1992 års företagsskatteutredning.
SOU 2002:52 Beskattning av småföretagare. Del 2: Generationsskiften. Betänkande av 3:12-utredningen.

Kommittédirektiv

Dir. 2002:28 Vissa företagsskattefrågor.
Dir. 2004:28 Tilläggsdirektiv till 2002 års Företagsskatteutredning (Fi 2002:03).

Övrigt

Statsrådsberedningens PM 1996:4 (reviderad 1998-06-30) Redaktionella och språkliga frågor i EU-arbetet.
BFNAR 1999:1 Bokföringsnämndens vägledning med allmänna råd om fusion av helägt aktiebolag.
BFNAR 2003:2 Bokföringsnämndens vägledning med allmänna råd angående redovisning av fusion.
Skatteverkets yttrande 2004-02-16, dnr 130 140122-04/112 (ang. kommissionens förslag till ändringar i fusionsdirektivet).

Litteratur

Aldén, S., Om regelkonkurrens inom inkomstskatterätten, Nerenius & Santérus förlag 1998.

Alhager, E., Mervärdesskatt vid omstruktureringar, Iustus Förlag 2001.

Alhager, E., Verksamhetsgren i inkomstskatten, Skattenytt 2002 s. 671–677.

Alhager, E., Rättskraft i skatteprocessen, Norstedts Juridik 2003.

Alhager, E., Going concern-kravet vid överlåtelse av verksamhet i momssammanhang, Skattenytt 2004 s. 480–490.

Alhager, E. och Alhager, M., Omstruktureringar och moms, Norstedts Juridik 2002.

Alhager, M., Dispens från inkomstskatt, Iustus Förlag 1999.

Alhager, M., Fusion av helägt aktiebolag – särskilt rörande skattemässig hantering av koncernmässig goodwill och negativa fusionsdifferenser, Skattenytt 2002 s. 152–168.

Andersson, E., Implementation of the merger directive in Finland – did we know what we were in for? I: Lindencrona, G., Lodin, S.-O. och Wiman, B., (red.): International studies in taxation: law and economics. Liber Amicorum Leif Mutén, Kluwer och Mercurius 1999, s. 1–10.

Andersson, E., EG:s fusionsdirektiv i finsk skattelagstiftning och praxis, Skattenytt 2003 s. 690–699.

Andersson, K., Andelsbyten – benefika överlåtelser och uppskovsbelopp, Svensk Skattetidning 2003 s. 235–236.

Andersson, T., Rättsskyddsprincipen. EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv, Iustus Förlag 1997.

Andersson, M., Saldén Enérus, A. och Tivéus, U., Inkomstskattelagen – en kommentar, 4 uppl., Norstedts Juridik 2004. (Cit. Andersson m.fl. 2004)

André, P., Förhandsbesked direkt skatt juli–december 2001, Skattenytt 2002 s. 63–80.

André, P., Förhandsbesked direkt skatt juli–december 2003, Skattenytt 2004 s. 71–98.

Arnell, G. och Burmeister, J., Koncernbildning – redovisningsregler gällande anskaffningsvärde under verkligt värde, Skattenytt 1999 s. 539–552.

Asp, P., EG:s sanktionsrätt. Ett straffrättsligt perspektiv, Iustus Förlag 1998.

Asp, P., EU & straffrätten. Studier rörande den europeiska integrationens betydelse för den svenska straffrätten, Iustus Förlag 2002.

von Bahr, S., Något om EG-domstolens praxis på skatteområdet. I:

Arvidsson, R., Melz, P. och Silfverberg, C. (red.), Festskrift till Gustaf Lindencrona, Norstedts Juridik 2003, s. 67–82.
Baran, M., Något om den skatterättsliga kontinuiteten vid fusioner, Skattenytt 2002 s. 577–591.
Bergström, S. och Bruzelius, A., Home-State restrictions on the freedom of establishment in a Swedish income tax law perspective, Intertax 2001 s. 233–241.
Bernitz, U., Sverige och Europarätten, Norstedts Juridik 2002.
Bernitz, U. och Kjellgren, A., Europarättens grunder, 2 uppl., Norstedts Juridik 2002.
Betlem, G., Case C-28/95, Leur-Bloem v. Inspecteur der Belastingdienst/ondernemingen Amsterdam 2, [1997] ECR I-4161; Case C-130/95, Giloy v. Hauptzollamt Frankfurt am Main-Ost, [1997] ECR I-4291, Common Market Law Review 1999 s. 165–178.
Betlem, G., The doctrine of consistent interpretation. Managing legal uncertainty. I: Prinssen, J. och Schrauwen, A. (red.), Direct effect. Rethinking a classic of EC legal doctrine. Europa Law Publishing 2002, s. 79–104.
Betten, R., Income tax aspects of emigration and immigration of individuals, IBFD Publications 1998.
Bezzina, J., The treatment of losses under the EC merger directive 1990, European Taxation 2002 s. 57–71.
Bramwell, R., Hardwick, M., James, A. och Kingstone, M., Taxation of companies and company reconstructions, 7 uppl., Sweet & Maxwell 1999.
de Broe, L., General report. I: The tax treatment of transfer of residence by individuals. Cahiers de droit fiscal international, vol. 87b, Kluwer 2002, s. 19–78.
Brokelind, C., Une interprétation de la directive sociétés mères et filiales du 23 juillet 1990, Lund 2000.
Brokelind, C., Föreslagna förändringar i moder/dotterbolagsdirektivet – några framsteg? Svensk Skattetidning 2003 s. 435–444.
Brown, L.N. och Kennedy, T., The Court of Justice of the European Communities, 5 uppl., Sweet & Maxwell 2000.
de Búrca, G., Giving effect to European Community directives, Modern Law Review 1992 s. 215–240.
Clayson, M., United Kingdom: Government implements the merger directive (or some of it anyway), European Taxation 1992 s. 370–375.
Community Council debates tax harmonization proposals, European Taxation 1970 s. II/163-II/164.
Conci, P., The tax treatment of the creation of an SE, European Taxation 2004 s. 15–21.

Craig, P., Directives: direct effect, indirect effect and the construction of national legislation, European Law Review 1997 s. 519–538.
Craig, P. och de Búrca, G., EU Law. Text, cases and materials, 3 uppl., Oxford University Press 2003.
Dajani, O., Leegaard, T., Nordby, T. och Ongre, K., EØS-avtalen og norsk skatterett, Universitetsforlaget 2003.
Deloitte EU Tax Group, Study on analysis of potential competition and discrimination issues relating to a pilot project for an EU tax consolidation scheme for the European Company statute (Societas Europaea), TAXUD/2003/DE/305, 18 augusti 2004. Finns publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int.
Docksey, C. och Fitzpatrick, B., The duty of national courts to interpret provisions of national law in accordance with community law, Industrial Law Journal 1991 s. 113–120.
Droege, M. och Lysén, G., Introduktion till EU och EG-rätten, Iustus Förlag 1997.
Due, O., EF-domstolens retspraxis som integrationsfremmende faktor, Juridisk Tidskrift 1991-92 s. 407–416.
EC initiatives in direct taxation and the national responses, Coopers & Lybrand, Kluwer 1992. (Cit. EC Initiatives 1992)
ECTL. Se Thömmes, O. och Fuks, E. (red.), EC Corporate Tax Law.
Ersson, S., Förhandsbesked direkt skatt augusti–december 1999, Skattenytt 2000 s. 73–99
Ersson, S., Förhandsbesked direkt skatt januari–juni 2000, Skattenytt 2000 s. 529–556.
Farmer, P., The Court's case law on taxation: a castle built on shifting sands? EC Tax Review 2003 s. 75–81.
Farmer, P. och Lyal, R., EC tax law, Clarendon press 1994.
Flora, P., Tax and accounting issues related to the exchange of shares under EU directive 90/434/EEC: The Italian case, Derivatives & financial instruments 2004 s. 109–113.
Friman, J., Omstruktureringar och EG-rätten. Ytterligare synpunkter på den nya regleringen, Skattenytt 1999 s. 441–445.
Gammie, M., EU taxation and the Societas Europaea – harmless creature or Trojan horse? European Taxation 2004 s. 35–45.
Grefberg Nyberg, U., Pettersén, F. och Remstam, M.-B., Ger EG-domen Köbler, C-224/01, ökade möjligheter för enskilda att begära skadestånd av staten? Skattenytt 2004 s. 535–544.
Grönlund, J., Framskjuten beskattning för fåmansföretagare, Svensk Skattetidning 2003 s. 57–69.
Gäverth, L., Andelsbyte och fördelning av uppskovsbelopp, Skattenytt 2000 s. 557–577.

Hagsgård, A., EG-rätten i nationell rättstillämpning, Juristförlaget 1996.
Hall, M. och Lundgren, C., Europabolag, Svensk Skattetidning 2003 s. 771–782.
Hamark, J., Skyddet för 3:12-området inom omstruktureringslagstiftningen, Skattenytt 2002 s. 410–423.
Hartley, T.C., The foundations of European Community Law, 5 uppl., Oxford University Press 2003.
Hoenjet, F., The Leur-Bloem judgment: the jurisdiction of the European Court of Justice and the interpretation of the anti-abuse clause in the merger directive, EC Tax Review 1997 s. 206–215.
Holmgren, M. och Benjaminsson, K., Sweden. I: The tax treatment of transfer of residence by individuals. Cahiers de droit fiscal international, vol. 87b, Kluwer 2002, s. 509–531.
de Hosson, F., A Europe crowded with branches? Intertax 1991 s. 352–353.
Hultqvist, A., Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen, Juristförlaget 1995.
Hultqvist, A., Moms och finansiella tjänster, Norstedts Juridik 1998.
Immonen, R., Problem rörande inkompatibilitet mellan aktiebolagslagen och skattelagstiftningen vid omstrukturering av ägarförhållanden. I: Festskrift till Edward Andersson utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2003, s. 67–76.
Jansson, S., Skatterättsnämndens förhandsbesked m.m., Svensk Skattetidning 2002 s. 695.
Kapteyn, P.J.G. och VerLoren van Themaat, P., Introduction to the law of the European Communities, 3 uppl., Kluwer 1998.
Kellgren, J., Mål och metoder vid tolkning av skattelag, Iustus Förlag 1997.
Kellgren, J., Skatteförvaltningen och EG-rätten, Skattenytt 1998 s. 498–509.
Kindlund, P., Förhandsbesked direkt skatt juli–december 2000, Skattenytt 2001 s. 67–86.
Kindlund, P., Förhandsbesked direkt skatt januari–juni 2001, Skattenytt 2001 s. 533–553.
Knobbe-Keuk, B., Transfer of residence and of branches between freedom of establishment, the merger directive and German transformation tax law, Intertax 1992 s. 4–12.
Knobbe-Keuk, B., The EC corporate tax directives – anti-abuse provisions, direct effect, German implementation law, Intertax 1992 s. 485–494.
Knutsson, M. och Johansson, G., Något om den nya skatterättsliga regleringen av fusioner, fissioner och verksamhetsöverlåtelser samt

Bokföringsnämndens förslag till redovisning av fusioner, Svensk Skattetidning 1999 s. 5–21.
Lambertz, G., Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingsmöjligheter, Juridisk Tidskrift 2004-05 s. 3–24.
Larkin, B., The merger directive: will it work? European Taxation 1990 s. 362–367.
Larkin, B., Pemanent confusion? The role of the permanent establishment in the merger directive, European Taxation 1992 s. 304–310.
Larsson, J., Fåmansföretagares andelsbyten – en diskussion kring några skatterättsliga frågor vid andelsbyten, Skattenytt 2002 s. 199–212.
Larsson, M., Utvärdering av skattereglerna mot handel med skalbolag, Skattenytt 2003 s. 631–641.
LLMS, se Lodin, S.-O. m.fl., Inkomstskatt.
Lodin, S.-O. och Gammie, M., Home State Taxation, IBFD Publications 2001.
Lodin, S.-O., Lindencrona, G., Melz, P. och Silfverberg, S., Inkomstskatt, 9 uppl., Studentlitteratur 2003. (Cit. LLMS 2003)
Loyens Lefebvre Rädler, se The merger directive.
Magnell, V. och Sandström, K., Omvända fusioner – när moderbolag "går upp" i dotterbolag, Svensk Skattetidning 2003 s. 463–482.
Malmberg, J. (red.), Effective enforcement of EC labour law, Kluwer och Iustus Förlag 2003.
Malmer, K., Emigration taxes and EC law. I: The tax treatment of transfer of residence by individuals. Cahiers de droit fiscal international, vol. 87b, Kluwer 2002, s.79–94.
Maltby, N., Marleasing: what is all the fuss about? Law Quarterly Review 1993 s. 301–311.
Manganelli, A., The degree of harmonization attained through the implementation of the parent-subsidiary directive in the EC Member States. I: Harmonization of corporate taxes in the EC, IFA Congress Seminar Series vol. 18a, Kluwer 1994, s. 27–56.
Mattsson, N., Skattepolitik, 5 uppl., Iustus Förlag 1996.
Mattsson, N., Some reflections on the European Company from a tax point of view. I: Wahlgren, P. (red.), Tax law, Scandinavian Studies in Law, volume 44, Stockholm Institute for Scandinavian Law 2003, s. 229–246.
Mattsson, N., Svensk internationell beskattningsrätt, 14 uppl., Norstedts Juridik 2004.
Mead, P., The obligation to apply European law: is Duke dead? European Law Review 1991 s. 490–501.
Model tax convention on income and on capital. OECD 1992 (lösblad, uppdateras fortlöpande). En aktuell version av modellavtalet kan hämtas på OECD:s hemsida www.oecd.org. (Cit. OECD:s modellavtal)

Mutén, L., Skatterättsliga förutsättningar för civilrättsliga avtal. En probleminventering. Ursprungligen publicerad i Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Phillips Hult, Uppsala 1960. Omtryckt i Mutén, L., Tre skatterättsliga uppsatser, Juridiska föreningen i Uppsala 1966. (Cit. Mutén 1960)
Mutén, L., EG-domstolen och exitskatten, Skattenytt 2004 s. 294–300.
Nergelius, J., Amsterdamfördraget och EU:s institutionella maktbalans, Norstedts Juridik 1998.
Nielsen, R., EU ret, 3 uppl., Thomson GadJura 2002.
Nihlén, J.-H. och Nilsson, S.-A., Redovisning av fusioner – obeskattade reserver och skatteregler, Balans 1999 nr 8/9 s. 19–25.
Nilsson, P., Begreppet verksamhetsgren – ett verkligt tolkningsproblem, Skattenytt 2003 s. 843–857.
Nilsson, U. och Uggla, C.-M., Begreppen "verksamhetsgren" respektive "del av verksamhet" vid underprisöverlåtelser, Svensk Skattetidning 2003 s. 302–317.
Nilsson, U. och Uggla, C.-M., EG-rättens inverkan på nationell skatterätt – särskilt tolkningen av fusionsdirektivet, Svensk Skattetidning 2004 s. 407–415.
Nordfeldt, E., Det skatterättsliga begreppet verksamhetsgren, Examensarbete i skatterätt, Juridiska institutionen, Uppsala universitet 2003.
Næsborg Jensen, S., EU-selskabsskatteret, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 1997.
OECD:s modellavtal. Se Model tax convention on income and on capital.
Oliver, P., Free movement of goods in the European Community: under articles 28 to 30 of the EC Treaty, 4 uppl., Sweet & Maxwell 2003.
Olsson, S., Punktskatter – rättslig reglering i svenskt och europeiskt perspektiv, Iustus Förlag 2001.
Otken Eriksson, I., Medlemsstaternas skadeståndsansvar för nationella domstolars överträdelser av gemenskapsrätten: björnen sover..., Europarättslig Tidskrift 2004 s. 199–217.
Peczenik, A., Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Norstedts Juridik 1995.
Persson Österman, R., Kontinuitetsprincipens tillämpning vid transaktioner mellan ett moderföretag och dess verksamhet i annat land, Skattenytt 1996 s. 275–285.
Persson Österman, R., Kontinuitetsprincipen i den svenska inkomstbeskattningen, Juristförlaget 1997.
Persson Österman, R., Några synpunkter på tolkning av svensk mervärdesskattelag efter inträdet i den Europeiska Unionen, Skattenytt 1998 s. 488–497.

Persson Österman, R., Strider fusionsdirektivets krav på fast driftställe mot EG-fördragets krav på frihet? Skattenytt 2004 s. 259–268.
Prechal, S., Directives in European Community Law, Clarendon Press 1995.
Prechal, S., Does direct effect still matter? Common Market Law Review 2000 s. 1047–1069.
Påhlsson, R., Riksskatteverkets rekommendationer. Allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet, Iustus Förlag 1995.
Påhlsson, R., Inkomst av näringsverksamhet (Rättsfallskommentarshäfte, 2000 års rättsfall), Skattenytt 2001 s. 312–321.
Påhlsson, R., Inledning till skatterätten, 3 uppl., Iustus Förlag 2003.
Pötgens, F. och Jakobsen, M., Tax-neutral division of companies, European Taxation 1999 s. 82–88.
Rabe, G., Cfc och EG-rätten, Skattenytt 2003 s. 247–253.
Rabe, G. och Bojs, J., Det svenska skattesystemet, 17 uppl., Norstedts Juridik 2004.
Ramskov, B., Aktieombytning og uegentlig fusion, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2004.
Rasmussen, H., On law and policy in the European Court of Justice: a comparative studie in judicial policymaking, Nijhoff 1986.
Rosengren, J., Skattekringgående vid företagsarrangemang, licentiatavhandling vid Institutionen för offentlig rätt, Helsingfors universitet 2004 (opublicerad).
Rutberg, A., Fission – nationella och internationella skattefrågor, Skattenytt 1995 s. 449–460.
Rutberg, A., Reflektioner kring aktiebyten i publika affärer efter åsrskiftet 1998/99, Svensk Skattetidning 1998 s. 986–989.
Rutberg, A., Framskjuten beskattning – några reflektioner, Svensk Skattetidning 2002 s. 163–167.
Rutberg, A. och Skog, R., Aktiebolags förvärv av egna aktier – bolags- och skatterättsliga regler, Svensk Skattetidning 2000 s. 5–28.
Rydin, U. och Nilsson, P., Omstrukturering av enskild näringsverksamhet, Skattenytt 1999 s. 473–486.
Rädler, A., Do national anti-abuse clauses distort the internal market? European Taxation 1994 s. 311–313.
Rädler, A., Lausterer, M. och Blumenberg, J., Tax abuse and EC law, EC Tax Review 1997 s. 86–101.
Sandström, G., Går det att få fason på EG:s lagstiftning? Svensk Juristtidning 2003 s. 469–479.
Sandström, K.G.A., Skattelagarnas bestämmelser angående inkomstbeskattning i fall, då fusion ägt rum, Svensk Skattetidning 1965 s. 69–100 och 157–187.

Schelpe, D., Two new proposals for a directive amending the "merger" and "parent-subsidiary" directives, EC Tax Review 1993 s. 200–207.
Schelpe, D., The Denkavit-Vitic-Voormeer case, EC Tax Review 1997 s. 17–22.
Schonewille, P., Some questions on the parent-subsidiary and the merger directive, Intertax 1992 s. 13–20.
Schønberg, S. och Frick, K., Finishing, refining, polishing: on the use of travaux préparatoires as an aid to the interpretation of Community legislation, European Law Review 2003 s. 149–171.
Serup, M., Fusionsskatteloven med kommentarer, 2 uppl., Thomson GadJura 2003.
Sevón, L., Rättskällor och lagtolkning i EG-domstolen. I: Festskrift till Edward Andersson utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 2003, s. 335–341.
Sigurdardóttir, B. och Dikmans, S., Luxembourg: Mergers and divisions after the tax reform 2001, European Taxation 2002 s. 184–192.
Silfverberg, C., Benefika överföringar av företagsförmögenhet, Skattenytt 1999 s. 508–518.
Skatteverkets handledning för beskattning av inkomst och förmögenhet m.m. vid 2004 års taxering. (Cit. SKV:s handledning 2004)
Steiner, J., Coming to terms with EEC directives, Law Quarterly Review 1990 s. 144–159.
Strömholm, S., Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 5 uppl., Norstedts Juridik 1996.
Stuyck, J., och Wytinck, P., Case C-106/89, Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA, Judgment of 13 November 1990 (Sixth chamber), not yet reported, Common Market Law Review 1991 s. 205–223.
Ståhl, K., Aktiebeskattning och fria kapitalrörelser. En studie av beskattningen av den löpande avkastningen av aktieinvesteringar på bolags- och ägarnivå mot bakgrund av EG:s fria kapitalmarknad, Iustus Förlag 1996.
Ståhl, K., Omstruktureringar och EG-rätten – några synpunkter på den nya regleringen, Skattenytt 1998 s. 816–824.
Ståhl, K., Omstruktureringar och EG-rätten – än en gång, Skattenytt 1999 s. 646–650.
Ståhl, K., Möjligheter att rättfärdiga inskränkningar i den fria rörligheten – några aktuella frågor, Svensk Skattetidning 2001 s. 739–746.
Ståhl, K., Andelsbyten och Pomperipossa, Skattenytt 2003 s. 60–74.
Ståhl, K. och Österman, R., EG-skatterätt, Iustus Förlag 2000.
Survey of the implementation of the EC corporate tax directives, IBFD Publications 1995. (Cit. Survey 1995)

Survey on the Societas Europaea, IBFD 2003. Finns publicerad på EU:s hemsida www.europa.eu.int. (Cit. Survey 2003)
Terra, B. och Wattel, P., European tax law, 3 uppl., Kluwer 2001.
The merger directive: practical tax issues, Loyens Lefebvre Rädler – European tax network, IBFD Publications 1993. (Cit. Loyens Lefebvre Rädler 1993)
van Thiel, S., EU case law on income tax. Part I, IBFD Publications 2001.
van Thiel, S., Free movement of persons and income tax law: The European Court in search of principles, IBFD Publications 2002.
Thömmes, O., Merger directive. I: ECTL kap. 5. (Cit. Thömmes i ECTL)
Thömmes, O., EC law aspects of the transfer of seat of an SE, European Taxation 2004 s. 22–27.
Thömmes, O., ECJ likely to outdistance new EU proposal for cross-border mergers, Intertax 2004 s. 264.
Thömmes, O. och Fuks, E. (red.), EC Corporate Tax Law. Commentary on the EC direct tax measures and Member States implementation, IBFD Publications 1991– (lösblad, uppdateras fortlöpande). (Cit. ECTL)
Thömmes, O. och Tomsett, E., Issues of the implementation of the merger directive in the EC Member States, EC Tax Review 1992 s. 228–240.
Tikka, K., Om principer vid tolkning av skattelag, Skattenytt 2004 s. 656–663.
Tjernberg, M., Fåmansaktiebolag – en skatterättslig studie av alternativen särreglering och allmän reglering för beskattning av fåmansaktiebolag och dess ägare m.fl., Iustus Förlag 1999.
Tridimas, T., The general principles of EC law, Oxford University Press 1999, publicerad på www.netlibrary.com.
Vanistendael, F., The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States, EC Tax Review 2003 s. 136–143.
Vinther, N. och Werlauff, E., Community law and the independent business as interpreted by the ECJ in Andersen & Jensen ApS, European Taxation 2002 s. 441–445.
Virin, N., Vad är viktigt att tvista om? Skattenytt 2003 s. 254–259.
Virin, N., Vad är en verksamhetsgren? Skattenytt 2004 s. 236–239.
Wahl, N., Konkurrensskada. Skadeståndsansvar vid överträdelse av EG:s konkurrensregler och den svenska konkurrenslagen, JureCLN 2000.
Wattel, P., Köbler, CILFIT and Welthgrove: we can't go on meeting like this, Common Market Law Review 2004 s. 177–190.
Weatherill, S. och Beaumont, P., EU Law, 3 uppl., Penguin Books 1999.
Weber, D., A closer look at the general anti-abuse clause in the parent-

subsidiary directive and the merger directive, EC Tax Review 1996 s. 63–69.
Werlauff, E., Submission to the European Court on parallel national (tax) laws, EC Tax Review 1998 s. 44–48.
Werlauff, E., SE-selskabet – det europæiske aktieselskab, Jurist- og Økonomforbundets Forlag 2002.
Werlauff, E., EU company law. Common business law of 28 states, 2 uppl., DJØF Publishing 2003.
Westberg, B., Nordisk mervärdesskatterätt – behandlingen av utländska företag, varor eller tjänster inom ramen för nationella lagar, Juristförlaget 1994.
Wheeler, J., What the merger directive does not say, European Taxation 1995 s. 142–146.
Wiklund, O., EG-domstolens tolkningsutrymme. Om förhållandet mellan normstruktur, kompetensfördelning och tolkningsutrymme i EG-rätten, Juristförlaget 1997.
Wiman, B., Sweden. I: ECTL. (Cit. Wiman i ECTL)
Wiman, B., Något om EG:s fusionsdirektiv, Skattenytt 1992 s. 518–525.
Wiman, B., Förverkligandet av EG:s fusionsdirektiv och moder-dotterbolagsdirektiv i svensk skattelag, Skattenytt 1995 s. 30–46.
Wiman, B., The implementation of EC tax measures in Swedish law, EC Tax Review 1995 s. 151–160.
Wiman, B., Swedish tax law and discrimination – some observations, EC Tax Review 1997 s. 101–107.
Wiman, B., Några internationella aspekter på de nya omstruktureringsreglerna, Skattenytt 1999 s. 519–528.
Wiman, B., International tax aspects on Swedish reorganisations. I: Kirchhof, P., Lehner, M., Raupach, A. och Rodi, M. (red.), Staaten und Steuern. Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, C.F. Müller Verlag 2000, s. 775–788.
Wiman, B., Tax aspects of migration. I: Andersson, K., Melz, P. och Silfverberg, C. (red.), Liber Amicorum Sven-Olof Lodin, Kluwer och Norstedts Juridik 2001, s. 306–317.
Wiman, B., Beskattning av företagsgrupper, Norstedts Juridik 2002.
Öberg, U., Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten, Juridisk Tidskrift 2000-01 s. 492–507.

Rättsfall

EG-domstolen

6/64 *Flaminio Costa v. E.N.E.L.* [1964] ECR 585 44
46/76 *W. J. G. Bauhuis v. The Netherlands State* [1977] ECR 5 247
8/81 *Ursula Becker v. Finanzamt Münster-Innenestadt* [1982] ECR 53 ..... 61, 62
270/81 *Felicitas Rickmers-Linie KG & Co.v. Finanzamt für Verkehrsteuern, à Hambourg* [1982] ECR 2771 88
199/82 *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. SpA San Giorgio* [1983] ECR 3595 ..... 92, 93
14/83 *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen* [1984] ECR 1891 ..... 60, 65, 67, 69, 88
222/84 *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary* [1986] ECR 1651 88
314/85 *Foto-Frost v. Hauptzollamt Lübeck-Ost* [1987] ECR 4199 ... 106
80/86 *Criminal proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV* [1987] ECR 3969 ..... 65, 67, 71, 77, 78, 88
138-139/86 *Direct Cosmetics Ltd and Laughtons Photographs Ltd v. Commissioners of Customs and Excise* [1988] ECR 3937 ..... 216, 218
81/87 *The Queen v. H.M. Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust plc.* [1988] ECR 5483 181
C-177/88 *Elisabeth Johanna Pacifica Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus* [1990] ECR I-3941 89
C-297/88 och C-197/89 *Massam Dzodzi v. Belgian State* [1990] ECR I-3763 110
C-322/88 *Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles* [1989] ECR 4407 67
C-106/89 *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA* [1990] ECR I-4135 ..... 65, 66, 67 f., 69, 70, 77, 88
C-231/89 *Krystyna Gmurzynska-Bscher v. Oberfinanzdirektion Köln* [1990] ECR I-4003 110
C-6/90 och C-9/90 *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic* [1991] ECR I-5357 ..... 61, 95, 97, 100
C-164/90 *Muwi Bouwgroep BV v. Staatssecretaris van Financiën* [1991] ECR I-6049 ..... 127, 177
C-204/90 *Hanns-Martin Bachmann v. Belgian State* [1992] ECR I-249 ..... 203, 252, 370

C-50/91 *Commerz-Credit-Bank AG - Europartner v. Finanzamt Saarbrücken* [1992] ECR I-5225 ..... 128, 139, 146
C-330/91 *The Queen v. Inland Revenue Commissioners, ex parte Commerzbank AG* [1993] ECR I-4017 250
C-91/92 *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl* [1994] ECR I-3325 88
C-334/92 *Teodoro Wagner Miret v. Fondo de Garantía Salarial* [1993] ECR I-6911 ..... 70, 88
C-1/93 *Halliburton Services BV v. Staatssecretaris van Financiën* [1994] ECR I-1137 249
C-46/93 och C-48/93 *Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland och The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.* REG 1996 s. I-1029 ..... 95 ff.
C-279/93 *Finanzamt Köln-Altstadt mot Roland Schumacker* REG 1995 s. I-225 ..... 201, 203
C-392/93 *The Queen mot H.M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc* REG 1996 s. I-1631 98
C-80/94 *G.H.E.J. Wielockx mot Inspecteur der Directe Belastingen* REG 1995 s. I-2493 202
C-178-179/94 och C-188-190/94 *Erich Dillenkofer, Christian Erdmann, Hans-Jürgen Schulte, Anke Heuer, Werner, Ursula och Trosten Knor mot Bundesrepublik Deutschland* REG 1996 s. I-4845 97
C-283/94, C-291/94 och C-292/94 *Denkavit International BV, VITIC Amsterdam BV och Voormeer BV mot Bundesamt für Finanzen* REG 1996 s. I-5063 ..... 24, 49, 61, 62, 99, 101, 225, 231, 239
C-18/95 *F.C. Terhoeve mot Inspecteur van de Belastingdienst Particulieren/Ondernemingen buitenland* REG 1999 s. I-345 ..... 203, 367
C-28/95 *A. Leur-Bloem mot Inspecteur der Belastingdienst/ Ondernemingen Amsterdam 2* REG 1997 s. I-4161 ..... 109, 114, 168, 217, 225, 350
C-74/95 och C-129/95 *Brottmål mot X* REG 1996 s. I-6609 77
C-168/95 *Brottmål mot Luciano Arcaro* REG 1996 s. I-4705 78
C-188/95 *Fantask A/S m.fl. mot Industriministeriet (Erhvervministeriet)* REG 1997 s. I-6783 ..... 92, 93
C-192-218/95 *Socété Comateb m.fl. mot Directeur général des douanes et droits indirects* REG 1997 s. I-165 94
C-250/95 *Futura Participations SA och Singer mot Administration des contributions* REG 1997 s. I-2471 ..... 252, 253
C-231/96 *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis) mot Ministero delle Finanze* REG 1998 s. I-4951 93

C-264/96 *Imperial Chemical Industries plc (ICI) mot Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* REG 1998 s. I-4695 ..... 89, 217, 251, 367
C-336/96 *Herr och Fru Robert Gilly mot Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin* REG 1998 s. I-2793 ..... 201, 254
C-8/97 *Europeiska kommissionen mot Republiken Grekland* REG 1998 s. I-823 41
C-134/97 *Victoria Film A/S* REG 1998 s. I-7023 58
C-236/97 *Skatteministeriet mot Aktieselskabet Forsikrinsselskabet Codan* REG 1998 s. I-8679 47
C-307/97 *Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland mot Finanzamt Aachen-Innenstadt* REG 1999 s. I-6161 250
C-391/97 *Frans Gschwind mot Finanzamt Aachen-Aussenstadt* REG 1999 s. I-5451 254
C-437/97 *Evangelischer Krankenhausverein Wien mot Abgaben-berufungskommission Wien et Wein & Co. HandelsgesmbH mot Oberösterreichische Landesregierung* REG 2000 s. I-1157 94
C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën mot B.G.M. Verkooijen* REG 2000 s. I-4071 ..... 214, 252
C-166/98 *Société critouridienne de distribution (Socridis) mot Receveur principal des douanes* REG 1999 s. I-3791 ..... 106, 107, 196, 246f.
C-251/98 *C. Baars mot Inspecteur der Belastingen Particulieren/ Ondernemingen Gorinchem* REG 2000 s. I-2787 214
C-397/98 och C-410/98 *Metallgesellschaft Ltd m.fl. (C-397/98), Hoechst AG och Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) mot Commissioners of Inland Revenue och HM Attorney General* REG 2001 s. I-1727 96
C-456/98 *Centrosteel Srl mot Adipol GmbH* REG 2000 s. I-6007 66
C-150/99 *Svenska staten mot Stockholm Lindöpark AB och Stockholm Lindöpark AB mot Svenska staten* REG 2001 s. I-493 ..... 96, 98
C-43/00 *Andersen og Jensen ApS mot Skatteministeriet* REG 2002 s. I-379 ..... 110, 127, 136ff., 153ff., 162, 178
C-136/00 *Rolf Dieter Danner* REG 2002 s. I-8147 ..... 202, 373
C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH mot Finanzamt Steinfurt* REG 2002 s. I-11779 ..... 217, 250, 252, 369
C-436/00 *X och Y mot Riksskatteverket* REG 2002 s. I-10829 ..... 173, 201, 202, 217, 249, 252, 322, 369, 372f.
C-168/01 *Bosal Holding BV mot Staatssecretaris van Financiën* REG 2003 s. I-9409 ..... 48, 251, 252, 253
C-224/01 *Gerhard Köbler mot Republik Österreich* REG 2003 s. I-10239 ..... 96, 97, 98, 388

C-422/01 *Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ.) och Ola Ramstedt mot Riksskatteverket* REG 2003 s. I-6817 ..... 90, 202, 373
C-497/01 *Zita Modes Sàrl mot Administration de l'enregistrement et des domaines*, EG-domstolens dom den 27 november 2003 ... 128, 138, 148
C-9/02 *Hughes de Lasteyrie du Saillant mot Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie*, EG-domstolens dom den 11 mars 2004 ..... 203, 217, 229, 367ff.
C-319/02 *Petri Manninen*, EG-domstolens dom den 7 september 2004 253

Sverige

Regeringsrätten

Referat

RÅ 1943 ref. 9 173
RÅ 1958 ref. 34 94
RÅ 1976 ref. 6 151
RÅ 1997 ref. 43 321
RÅ 1997 ref. 54 329
RÅ 1999 ref. 58 89
RÅ 2000 ref. 18 190, 259
RÅ 2000 ref. 23 51, 113, 135, 314f., 338
RÅ 2000 ref. 36 260
RÅ 2001 ref. 46 209
RÅ 2002 ref. 19 170
RÅ 2002 ref. 27 124, 175, 316
RÅ 2002 ref. 78 321, 344f.
RÅ 2002 ref. 82 258
RÅ 2002 ref. 101 294
RÅ 2002 ref. 108 94
RÅ 2003 ref. 47 263, 280
RÅ 2003 ref. 50 323, 355
RÅ 2004 ref. 1 159, 302
RÅ 2004 ref. 28 90

Notiser
RÅ 1974 A 894 258
RÅ 1983 Ba 14 173
RÅ 1992 not. 242 151
RÅ 1994 not. 41 345
RÅ 1999 not. 117 175
RÅ 1999 not. 286 330
RÅ 2000 not. 159 168, 316, 317, 339, 359
RÅ 2000 not. 209 318f., 321
RÅ 2001 not. 24 135, 159
RÅ 2003 not. 132 159

Övriga mål
Regeringsrättens beslut den 18 september 2002 i mål nr 3535-2000. ... 350
Regeringsrättens dom den 28 juni 2004 i mål nr 3508-03. ... 318
Regeringsrättens domar den 21 september 2004 i mål nr 2305-04 och 2306-04. ... 266
Regeringsrättens dom den 8 november 2004 i mål nr 3691-04. ... 141, 151
Regeringsrättens dom den 8 november 2004 i mål nr 3693-04. ... 141, 151

Högsta Domstolen
NJA 2003 s. 82 71, 113

Arbetsdomstolen
AD 1997 nr 69 89

Skatterättsnämnden[1]
Förhandsbesked den 10 november 1999. RSV:s rättsfallsprotokoll 39/99 samt Ersson i Skattenytt 2000 s. 86 f. ... 314f., 339
Förhandsbesked den 24 november 1999. RSV:s rättsfallsprotokoll 40/99 samt Ersson i Skattenytt 2000 s. 74 f. ... 119
Förhandsbesked den 17 mars 2000. Ersson i Skattenytt 2000 s. 534 f. ... 120, 329

[1] Förhandsbesked från Skatterättsnämnden finns inte publicerade. I förteckningen hänvisas till referat i RSV:s/SKV:s rättsfallsprotokoll på www.skatteverket.se samt i skattetidskrifter där sådana referat finns.

Förhandsbesked den 11 maj 2000. RSV:s rättsfallsprotokoll 21/00 samt Ersson i Skattenytt 2000 s. 532 f. ... 350
Förhandsbesked den 11 maj 2000. RSV:s rättsfallsprotokoll 19/00 samt Ersson i Skattenytt 2000 s. 533 f. ... 163, 165
Förhandsbesked den 5 september 2000. Kindlund i Skattenytt 2001 s. 68 f. ... 119
Förhandsbesked den 6 april 2001. RSV:s rättsfallsprotokoll 11/01 samt Kindlund i Skattenytt 2001 s. 540 f. ... 285
Förhandsbesked den 14 december 2001. André i Skattenytt 2002 s. 76 f. ... 120, 329
Förhandsbesked den 4 oktober 2002. Jansson i Svensk Skattetidning 2002 s. 695. ... 120, 329
Förhandsbesked den 9 oktober 2002. RSV:s rättsfallsprotokoll 24/02. ... 120, 329
Förhandsbesked den 23 oktober 2003. RSV:s rättsfallsprotokoll 32/03 samt André i Skattenytt 2004 s. 87 f. ... 226
Förhandsbesked den 17 november 2003. André i Skattenytt 2004 s. 81 ff. ... 165
Förhandsbesked den 30 december 2003. SKV:s rättsfallsprotokoll 2/04. ... 119
Förhandsbesked den 27 april 2004. ... 260
Förhandsbesked den 21 juni 2004. ... 263

Bilaga: Fusionsdirektivet

[Inklusive ändringar som företagits i artikel 3 c) och i bilagan till direktivet genom anslutningsfördragen med dels Sverige, Finland och Österrike år 1994, dels de tio nya medlemsländerna år 2003]

Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS RÅD HAR ANTAGIT DETTA DIREKTIV

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska ekonomiska gemenskapen, särskilt artikel 100 i detta,
med beaktande av kommissionens förslag[1],
med beaktande av Europaparlamentets yttrande[2],
med beaktande av Ekonomiska och sociala kommitténs yttrande[3], och
med beaktande av följande:

Fusioner, fissioner, överföring av tillgångar och utbyte av aktier och andelar som berör bolag i olika medlemsstater kan vara nödvändiga för att inom gemenskapen skapa betingelser liknande dem som råder på en inre marknad och sålunda säkerställa att den gemensamma marknaden upprättas och fungerar väl. Sådan verksamhet bör inte hindras av restriktioner, olägenheter eller snedvridning, t.ex. sådan som härrör från skattebestämmelserna i medlemsstaterna. För detta ändamål är det nödvändigt att för sådana förfaranden införa skatteregler som är neutrala från konkurrenssynpunkt, för att tillåta företagen att anpassa sig till den gemensamma marknadens behov, öka sin produktivitet och förbättra sin internationella konkurrensförmåga.

[1] EGT nr C 39, 22.3.1969, s. 1.
[2] EGT nr C 51, 29.4.1970, s. 12.
[3] EGT nr C 100, 1.8.1969, s. 4.

Skattebestämmelserna missgynnar sådana förfaranden i jämförelse med dem som avser bolag i samma medlemsstat. Det är nödvändigt att undanröja dessa nackdelar.

Det är inte möjligt att uppnå detta syfte genom att på gemenskapsnivå utvidga de system som för närvarande är i kraft i medlemsstaterna, eftersom skillnader mellan systemen tenderar att skapa snedvridning. Bara ett gemensamt skattesystem kan ge en tillfredsställande lösning i detta hänseende.

Det gemensamma skattesystemet bör undvika beskattning av fusioner, fissioner, överföring av tillgångar eller utbyte av aktier eller andelar samtidigt som det bör värna om den stats ekonomiska intressen där överlåtande eller övertaget bolag är hemmahörande.

Fusioner, fissioner och överföring av tillgångar leder normalt till att det överlåtande bolaget antingen bildar ett fast driftställe i det bolag som övertar tillgångarna eller att tillgångarna knyts till ett fast driftställe i det bolaget.

Systemet med att skjuta upp beskattningen av kapitalvinster på överförda tillgångar till dess att de faktiskt har avyttrats medger, tillämpat på den del av dessa tillgångar som överförs till ett sådant fast driftställe, befrielse från beskattning av däremot svarande kapitalvinst samtidigt som det säkerställer att tillgångarna till slut blir beskattade i den stat där det överlåtande bolaget är hemmahörande vid den tidpunkt då de avyttras.

Det är också nödvändigt att definiera det regelverk som skall tillämpas på vissa avsättningar, reserver eller förluster i det överlåtande bolaget och att lösa de skatteproblem som uppstår då ett av de båda bolagen har en ägarandel i det andra.

Tilldelning till delägarna i det överlåtande bolaget av andelar i det övertagande eller förvärvande bolaget bör inte i sig leda till någon beskattning hos dessa delägare.

Det är nödvändigt att ge medlemsstaterna möjlighet att underlåta att tillämpa detta direktiv då fusion, fission, överföring av tillgångar eller utbyte av aktier och andelar syftar till skatteflykt eller skatteundandragande eller leder till att något bolag, vare sig detta självt deltar i transaktionen eller ej, inte längre uppfyller de villkor som krävs för att de anställda skall vara företrädda i bolagsorganen.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE:

AVDELNING I Allmänna bestämmelser

Artikel 1

Varje medlemsstat skall tillämpa detta direktiv på fusioner, fissioner, överföring av tillgångar och utbyte av aktier och andelar som berör bolag från två eller flera medlemsstater.

Artikel 2

I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

a) fusion: ett förfarande varigenom
   - ett eller flera bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till ett annat befintligt bolag i utbyte mot att det till deras delägare utfärdas värdepapper som representerar kapitalet i det andra bolaget samt i vissa fall att det till ägarna görs en kontant betalning som inte överstiger 10 % av det nominella värdet eller, om det inte finns något nominellt värde, av det bokföringsmässiga parivärdet av dessa värdepapper,
   - två eller flera bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till ett bolag som de bildar i utbyte mot att det till deras delägare utfärdas värdepapper som representerar kapitalet i detta nya bolag samt i vissa fall att det görs en kontant betalning som inte överstiger 10 % av det nominella värdet eller, om det inte finns något nominellt värde, av det bokföringsmässiga parivärdet av dessa värdepapper, eller
   - ett bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till det bolag som innehar samtliga värdepapper som representerar dess kapital,

b) uppdelning: ett förfarande varigenom ett bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till två eller flera befintliga eller nya bolag i utbyte mot att det till dess delägare i proportion till deras innehav utfärdas värdepapper som representerar kapitalet i de bolag som övertar tillgångar och skulder samt i vissa fall att det görs en kontant betalning som inte överstiger 10 % av det nominella värdet eller, om det inte finns något nominellt värde, av det bokföringsmässiga parivärdet av dessa värdepapper,

c) överföring av tillgångar: en transaktion varigenom ett bolag utan att upplösas överför alla eller en eller flera av sina verksamhetsgrenar till ett annat bolag i utbyte mot värdepapper som representerar kapitalet i det bolag som tar emot de överförda tillgångarna,

d) utbyte av aktier eller andelar: ett förfarande varigenom ett bolag förvärvar en sådan andel i ett annat bolags kapital att det erhåller röstmajoritet i det bolaget och att det i gengäld till delägarna i det senare bolaget i utbyte mot deras värdepapper utfärdas värdepapper som motsvarar kapitalet i det förra bolaget, och i vissa fall att det görs en kontant betalning som inte överstiger 10 % av det nominella värdet eller, i avsaknad av nominellt värde, av det bokföringsmässiga parivärdet av de värdepapper som utfärdats i utbyte,

e) överlåtande bolag: ett bolag som överför sina tillgångar och skulder eller överför alla eller en eller flera verksamhetsgrenar,

f) övertagande bolag: ett bolag som tar emot tillgångar och skulder eller alla eller en eller flera verksamhetsgrenar från ett överlåtande bolag,

g) förvärvat bolag: ett bolag i vilket ett annat bolag förvärvar en andel genom utbyte av värdepapper,

h) förvärvande bolag: ett bolag som förvärvar en andel i ett annat bolag genom utbyte av värdepapper,

i) verksamhetsgren: alla tillgångar och skulder i en del av ett bolag som från organisatorisk synpunkt utgör en oberoende verksamhet, dvs. en enhet som kan fungera på egen hand.

Artikel 3

I detta direktiv avses med "bolag från en medlemsstat" ett bolag som

a) drivs i någon av de associationsformer som är förtecknade i bilagan,

b) enligt skattelagstiftningen i en medlemsstat för skatteändamål anses hemmahörande i den staten och inte enligt dubbelbeskattningsavtal som ingåtts med tredje land för skatteändamål anses ha hemvist utanför gemenskapen, och

c) är skyldigt att erlägga någon av följande skatter, utan valfrihet eller rätt till undantag, eller någon skatt som ersätter någon av dem:
   – impôt des sociétés/vennootschapsbelasting i Belgien,
   – selskabsskat i Danmark,
   – Körperschaftsteuer i Tyskland,
   – φόρος ετσοδήματος νομικών προσώπων κερδοσκοπικού χαρακτήρα, i Grekland,
   – impuesto sobre sociedades i Spanien,
   – impôt sur les sociétés i Frankrike,
   – corporation tax i Irland,
   – imposta sul reddito delle persone giuridiche i Italien,
   – impôt sur le revenu des collectivités i Luxemburg,

– vennootschapsbelasting i Nederländerna,
– imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas i Portugal,
– corporation tax i Förenade kungariket,
– Körperschaftsteuer i Österrike,
– Yhteisöjen tulovero/inkomstskatten för samfund i Finland,
– Statlig inkomstskatt i Sverige,
– Daň z příjmů právnických osob i Tjeckien,
– Tulumaks i Estland,
– Φόρος Εισοδήματος i Cypern,
– uzņēmumu ienākuma nodoklis i Lettland,
– Pelno mokestis i Litauen,
– Társasági adó i Ungern,
– Taxxa fuq l-income i Malta,
– Podatek dochodowy od osób prawnych i Polen,
– Davek od dobička pravnih oseb i Slovenien,
– Daň z príjmov právnických osôb i Slovakien.

AVDELNING II Regler tillämpliga på fusioner, fissioner eller utbyte av aktier eller andelar

Artikel 4

1. En fusion eller fission skall inte leda till beskattning av kapitalvinst beräknad som skillnaden mellan det verkliga värdet av de tillgångar och skulder som har överförts och deras skattemässiga värde.

   Följande uttryck används i de betydelser som anges nedan:
   – skattemässigt värde: det värde som skulle ha legat till grund för beräkning av vinst eller förlust vid beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst i det överlåtande bolaget om dess tillgångar eller skulder hade sålts vid tidpunkten för fusionen eller fissionen men oberoende av denna,
   – överförda tillgångar och skulder: tillgångar och skulder i ett överlåtande bolag som till följd av fusionen eller fissionen knyts till ett permanent driftställe i det övertagande bolaget i det överlåtande bolagets medlemsstat och som bidrar till uppkomsten av de vinster eller förluster som beaktas vid taxering.

2. Medlemsstaterna skall göra tillämpningen av punkt 1 avhängig av att det övertagande bolaget beräknar nya värdeminskningsavdrag och vinst eller förlust avseende de tillgångar och skulder som överförts enligt de regler som skulle ha tillämpats för det eller de överlåtande bolagen om fusionen eller fissionen inte hade ägt rum.

3. Om det övertagande bolaget enligt lagstiftningen i det överlåtande bolagets medlemsstat har rätt att beräkna nya värdeminskningsavdrag och vinst eller förlust avseende de överförda tillgångarna och skulderna på en grund som skiljer sig från den som är angiven i punkt 2, skall punkt 1 inte tillämpas på de tillgångar och skulder beträffande vilka denna möjlighet utnyttjas.

Artikel 5

Medlemsstaterna skall vidta de åtgärder som är nödvändiga för att avsättningar eller reserver som är helt eller delvis befriade från skatt och inte härrör från ett fast driftställe utomlands får tas över, med samma skattebefrielse, av de fasta driftställena hos det övertagande bolaget som är belägna i den medlemsstat där det överlåtande bolaget är hemmahörande, varvid det övertagande bolaget övertar rättigheter och skyldigheter av det överlåtande bolaget.

Artikel 6

I den mån den medlemsstat där det överlåtande bolaget är hemmahörande skulle tillåta det övertagande bolaget att vid förfaranden enligt artikel 1 mellan inhemska bolag ta över outnyttjade förlustavdrag i det överlåtande bolaget, skall detta utvidgas till att gälla sådana avdrag som tas över av det övertagande bolagets fasta driftställen inom dess territorium.

Artikel 7

1. En vinst hos det övertagande bolaget, som beror på att en andel som bolaget har i det överlåtande bolaget utslocknar, skall inte beskattas.
2. Medlemsstaterna får göra undantag från punkt 1 om det övertagande bolagets andel i det överlåtande bolaget inte överstiger 25 %.

Artikel 8

1. Vid fusion, fission eller utbyte av aktier eller andelar får tilldelningen av aktier eller andelar i det övertagande eller förvärvande bolaget till en delägare i det överlåtande eller förvärvade bolaget i utbyte mot aktier eller andelar i det senare bolaget inte i sig leda till beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst hos denne delägare.
2. Medlemsstaterna skall göra tillämpningen av punkt 1 beroende av att delägaren inte åsätter de mottagna aktierna eller andelarna ett skattemässigt värde som är högre än det som de utbytta värdepapperen hade omedelbart före fusionen, fissionen eller utbytet.

Tillämpningen av punkt 1 skall inte hindra medlemsstaterna från att beskatta den vinst som uppstår vid senare överlåtelse av de sålunda mottagna värdepapperen på samma sätt som de beskattar vinster vid överlåtelse av de värdepapper som innehades före det i punkt 1 avsedda förvärvet.

I denna punkt avses med uttrycket "skattemässigt värde" det belopp med utgångspunkt från vilket en eventuell vinst eller förlust beräknas vid beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst för en delägare i bolaget.

3. Då en delägare enligt lagstiftningen i den medlemsstat där han är bosatt får begära skattemässig behandling som skiljer sig från den som anges i punkt 2, skall punkt 1 inte tillämpas på de värdepapper för vilka denna möjlighet utnyttjas.

4. Punkt 1–3 skall inte hindra en medlemsstat från att vid taxeringen av delägare beakta eventuell kontant utbetalning som sker vid en fusion, fission eller aktieutbyte.

AVDELNING III Regler tillämpliga på överföring av tillgångar

Artikel 9

Bestämmelserna i artikel 4–6 gäller för överföring av tillgångar.

AVDELNING IV Specialfallet överföring av en stadigvarande verksamhetsgren

Artikel 10

1. Då de överförda tillgångarna vid en fusion, fission eller överföring av tillgångar omfattar ett fast driftställe tillhörande det överlåtande bolaget, beläget i en annan medlemsstat än den där det överlåtande bolaget är hemmahörande, skall denna senare stat avstå från varje rätt att beskatta det fasta driftstället. Det överlåtande bolagets stat får dock återföra till beskattning i det bolaget sådana förluster hos det fasta driftstället för vilka avdrag kan ha gjorts vid beräkningen av beskattningsbar vinst i bolaget i den staten och som inte har återförts. Den stat i vilken det överlåtna driftstället är beläget och det övertagande bolagets stat skall tillämpa bestämmelserna i detta direktiv på en sådan överföring som om den förstnämnda staten vore det överlåtande bolagets stat.

2. Utan hinder av punkt 1 skall det överlåtande bolagets medlemsstat, om den tillämpar ett system för beskattning av vinster oavsett varifrån de härrör, ha rätt att beskatta alla rörelsevinster eller kapitalvinster i den överlåtna verksamhetsgrenen, på villkor att den gottskriver det skattskyldiga bolaget den skatt som, om det inte vore för bestämmelserna i detta direktiv, skulle ha utgått på grund av dessa rörelsevinster eller kapitalvinster i den medlemsstat där verksamhetsgrenen är belägen, på samma sätt och med samma belopp som om denna skatt faktiskt hade utgått och betalats.

AVDELNING V Slutbestämmelser

Artikel 11

1. En medlemsstat får vägra att tillämpa eller återkalla förmånen av alla eller någon del av bestämmelserna i avdelning II, III och IV om det framgår att fusionen, fissionen, överföringen av tillgångar respektive andelsutbytet

   a) har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsyfte eller ett av sina huvudsakliga syften, varvid det förhållandet att någon av de transaktioner som avses i artikel 1 inte genomförs av godtagbara kommersiella skäl såsom omstrukturering eller rationalisering av verksamheterna i de bolag som berörs av transaktionerna kan skapa en presumption för att operationen har skatteflykt eller undandragande av skatt som sitt huvudsakliga syfte eller ett av sina huvudsakliga syften, eller

   b) leder till att ett bolag, vare sig det självt deltar i transaktionen eller ej, inte längre uppfyller de nödvändiga villkoren för att de anställda skall vara företrädda i bolagets organ enligt de regler som gällde före transaktionen.

2. Punkt 1 b skall tillämpas så länge och i den mån som inga gemenskapsbestämmelser med likvärdiga regler om anställdas representation i bolagsorgan är tillämpliga på de bolag som omfattas av detta direktiv.

Artikel 12

1. Medlemsstaterna skall sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 1 januari 1992 och skall genast underrätta kommissionen om detta.

2. Utan hinder av punkt 1 får Portugal uppskjuta tillämpningen av de bestämmelser som rör överföring av tillgångar och utbyte av aktier intill den 1 januari 1993.

3. Medlemsstaterna skall till kommissionen överlämna texterna till centrala bestämmelser i nationell lagstiftning som de antar inom det område som omfattas av detta direktiv.

Artikel 13
Detta direktiv riktar sig till medlemsstaterna.

BILAGA

Förteckning över bolag som avses i artikel 3 a

a) Bolag som enligt belgisk rättsordning kallas "société anonyme"/ "naamloze vennootschap", "société en commandite par actions"/" commanditaire vennootschap op aandelen" eller "société privée à responsabilité limitée"/"besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid" och sådana offentligrättsliga organ som fungerar enligt civilrättsliga regler.
b) Bolag som enligt dansk rättsordning kallas "aktieselskab" eller "anpartsselskab".
c) Bolag som enligt tysk rättsordning kallas "Aktiengesellschaft", "Kommanditgesellschaft auf Aktien", "Gesellschaft mit beschränkter Haftung" eller"Bergrechtliche gewerkschaft".
d) Bolag som enligt grekisk rättsordning kallas "ανώνυμη εταιρία".
e) Bolag som enligt spansk rättsordning kallas "sociedad anónima", "sociedad comanditaria por acciones" eller "sociedad de responsabilidad limitada" och de offentligrättsliga organ som fungerar enligt civilrättsliga regler.
f) Bolag som enligt fransk rättsordning kallas "société anonyme", "société en commandite par actions" eller"société à responsabilité limitée" och industriella och affärsdrivande offentliga organ och företag.
g) Bolag som enligt irländsk rättsordning kallas "public companies limited by shares or by guarantee", "private companies limited by shares or by guarantee", organ registerade enligt the Industrial and Provident Societies Acts eller byggnadsföretag registerade enligt the Building Societies Acts.
h) Bolag som enligt italiensk rättsordning kallas "società per azioni", "società in accomandita per azioni" eller "società a responsabilità limitata", och offentliga och privata organ som driver industriell och kommersiell verksamhet.
i) Bolag som enligt luxemburgsk rättsordning kallas "société anonyme", "société en commandite par actions" eller "société à responsabilité limitée".

j) Bolag som enligt nederländsk rättsordning kallas "naamloze vennootschap" eller"besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid".
k) Handelsföretag eller bolag som är bildade enligt civillagstiftning och som har handelsföretagsform liksom också andra juridiska personer som driver handel eller industriell verksamhet, bildade i enlighet med portugisisk rätt.
l) Bolag som bildats enligt lagstiftningen i Förenade kungariket.
m) Bolag i österrikisk rätt som kallas "Aktiengesellschaft", "Gesellschaft mit beschränkter Haftung".
n) Bolag i finsk rätt som kallas "osakeyhtiö/aktiebolag", "osuuskunta/ andelslag", "säästöpankki/sparbank", "vakuutusyhtiö/ försäkringsbolag".
o) Bolag i svensk rätt som kallas "aktiebolag", "bankaktiebolag", "försäkringsaktiebolag".
p) Bolag i tjeckisk rätt som kallas 'akciová společnost', 'společnost s ručením omezeným'.
q) Bolag i estnisk rätt som kallas 'täisühing', 'usaldusühing', 'osaühing', 'aktsiaselts', 'tulundusühistu'.
r) I cypriotisk rätt: 'εταιρείες' enligt definitionen i inkomstskattelagstiftningen.
s) Bolag i lettisk rätt som kallas 'akciju sabiedrība', 'sabiedrība ar ierobežotu atbildību'.
t) Bolag som är bildade enligt litauisk rättsordning.
u) Bolag i ungersk rätt som kallas 'közkereseti társaság', 'betéti társaság', 'közös vállalat', 'korlátolt felelősségű. társaság', 'részvénytársaság', 'egyesülés', 'közhasznú társaság', 'szövetkezet'.
v) Bolag i maltesisk rätt som kallas 'Kumpaniji ta' Responsabilita' Limitata', 'Soċjetajiet en commandite li l-kapital tagħhom maqsum f'azzjonijiet'.
w) Bolag i polsk rätt som kallas 'spółka akcyjna', 'spółka z ograniczoną odpowiedzialnością'.
x) Bolag i slovensk rätt som kallas 'delniška družba', 'komanditna družba', 'družba z omejeno odgovornostjo'.
y) Bolag i slovakisk rätt som kallas 'Akciová spolčnost", 'Spoločnosť s ručením obmedzeným', 'Verejná obchodná spoločnost", 'Komanditná spoločnost".

Sakregister

A- och B-aktier 313 ff., 339
Absorption 119
Aktiebolagslagen 36 ff.
Aktiefållan 274, 277, 341 ff.
Aktieägaravtal 171
Allmänna rättsprinciper 48, 71 ff., 77 ff., 107
Alternativa omkostnadsbelopp 308, 312
Andelsbyte
  beskattning vid 302 ff.
  beskrivning av transaktionen 167 ff.
  vederlag 172 ff., 330 f., 332
Anskaffningstidpunkt, se Tidskontinuitet
Arbetstagarrepresentation 215
Armslängdsprincipen 254
Associationsformer som omfattas av skattefrihetsreglerna 187 ff.
Avkastningsskatt på pensionskostnader 261
Avskattning 312
Avsättningar, överföring av 270 ff.
Avtalshemvist 184, 197 f., 362

Bankaktiebolag 187 f.
Beloppsspärr 274
Benefik överlåtelse av mottagna andelar 322 ff., 353 ff.
Beskattningsinträde 296 ff.
Beskattningsutlösande händelser 256 f., 320 ff.
Beskattningsårets längd, villkor om 261 f.
Blandat fång 173
Bokföringsmässigt parivärde 123, 174
Bolagisering av fast driftställe 126, 166 f., 288 ff.
Bolagsdirektiv 36 ff.
Bolagsformer som omfattas av skattefrihetsreglerna 187 ff.
Bolagsrätt 36 ff.
Bosättningskrav för delägare 198 ff., 362 ff.
Byggnadsrörelse 258, 263, 266, 311 f., 341, 353 ff.

CFC-regler 206, 213

Delningsprincipen 173
Delägarbeskattat subjekt 211 ff., se även Handelsbolag
Direkt effekt 56 ff.
Direktivkonform tolkning, se EG-konform tolkning
Diskriminering 107 f., se även Fri rörlighet
Dubbel hemvist 197 f.
Dubbel kontinuitet 292 ff., 332
Dubbelbeskattningsavtal
  allmänt 21
  fast driftställe 237 f., 239, 282, 284
  fastighetsinkomst 240
  hemvist 183 f., 197 f.
  kapitalvinst 199 ff.

EES-avtalet 40, 89
Effektivitetsprincipen 64, 82 f., 93, 101

EG-fördraget 29, 48, 103 ff., se även Fri rörlighet
EG-konform tolkning 64 ff., 109 ff.
Egna aktier
som vederlag vid omstrukturering 121 f., 162, 172
vid beräkning av röstmajoritet 171 f.
EG-rättens företräde 44, 56
Ekonomisk förening 188 f.
Enhetsprincipen 257
Enhällighet vid beslutsfattande 32
Ersättningsfond 271 f.
Estoppel-principen 77, 83
Etableringsfrihet, se Fri rörlighet
Europabolag 37 f., 192 ff., 234 f., se även Flyttning av säte
Europeiska kooperativa föreningar 181 f., 193, se även Flyttning av säte
Ex officio tillämpning av EG-rätten 58, 67
Exitskatter 361 ff.

Fartyg, överlåtelse av 140
Fast driftställe
som villkor för skattefrihet 236 ff.
överföring av 281 ff., 294
Fastighet, överlåtelse av 139 ff., 240
Fastighetsskatt 261
Fiktiv avräkning 207 f., 209, 283 ff., 288
Fission
beskattning på bolagsnivå 232 ff., 257 ff.
beskattning på ägarnivå 302 ff., 328 ff.
beskrivning av transaktionen 116 ff.
fissionsvederlag 121 ff., 330 f., 332
Flyttning av säte
allmänt 181 f.
avsättningar och obeskattade reserver 272
beskattning på bolagsnivå 232 f., 234 f., 239, 243, 269 f.
beskattning på ägarnivå 303 f., 374
förluster 277 f., 300 f.
ingångsvärde 295 ff.
utländskt fast driftställe 287 f.
Fondemission 357
Framtida utgifter, avsättning för 272
Fri rörlighet, hinder för
allmänt 104 ff.
bosättningskrav 203 f.
krav på fast driftställe 245 ff.
skatteflykt som rättfärdigandegrund 217, 252
skattesystemets inre sammanhang 252 f.
subjekt som utestängs från direktivet 194 ff., 213 f.
territorialitetsprincipen 253 f.
utflyttning etc. 181 f., 367 ff.
Fullharmoniseringsdirektiv 51 f., 337
Fusion
beskattning på bolagsnivå 232 ff., 257 ff.
beskattning på ägarnivå 302 ff., 328 ff.
beskrivning av transaktionen 116 ff.
fusionsvederlag 121 ff., 330 f., 332
Fusionsförlust 279 f.
Fusionsgoodwill 280
Fusionsspärr 274 ff.
Fusionsvinst 278 f.
Fåmansbolag, se Kvalificerade andelar
Förarbeten
EG-rättsliga 48, 55
svenska 75
Förhandsbesked 23
Förluster 272 ff., 281 f., 285 ff., 299 f., 375 f.
Förlustregeln 280, 352
Försäkringsaktiebolag 187 f.
Förutsebarhet 73 ff.

Förvaltningsföretag 223 f.

Gemenskapsbegrepp 48
Genomsnittsmetoden 313 ff.
Going concern 144, 148 f.
Goodwill 264, 280
Gränsbelopp, beräkning av 318, se även Utdelningsutrymme
Gåva av mottagna andelar 322 ff., 353 ff.

Handelsbolag 159 f., 211 ff., 358 f.
Handlingsutrymme vid implementering 50 ff., 57, 60 f.
Hemvistkrav
för bolag 197 f.
för delägare 198 ff., 362 ff.
Horisontell direkt effekt 58

Identitetsprincipen 257
IGOL 41
Indirekt effekt, se EG-konform tolkning
Indirekt ogiltighetsprövning 106
Indirekt skatt på kapitalanskaffning, se Kapitalanskaffningsdirektivet
Ingress 29
Ingångsvärde 295 ff.
Inhemska företagsombildningar 108 ff.
Inlösen 321, 329 f.
Investmentföretag 189 ff., 259 f.

Kapitalanskaffningsdirektivet 127 f., 146 f., 177
Kapitalförvaltning, överlåtelse av 158 ff., 176 ff.
Karaktärsbyte 258
Karaktärskontinuitet 258, 267 f., 308 ff.
Kombination 119
Konform tolkning, se EG-konform tolkning
Kongruens, se Skattesystemets inre sammanhang
Konkurs, jämställs med avyttring 321
Konstitution för Europa 31
Kontantvederlag 122 ff., 162 f., 174 ff., 330 f.
Kontinuitetsprincipen 233 ff., 254 ff., 305 ff.
Konvertibelt skuldebrev 121 f., 162, 172
Kupongskatt 331
Kvalificerad bosättning 199 ff., 363
Kvalificerad majoritet vid beslutsfattande 32
Kvalificerade andelar
IT-fällan 341
karaktärssmitta 310 ff., 323 ff., 330
kontantvederlag vid andelsbyte 331
strukturregeln 333
verksamhetsvillkor vid andelsbyte 223 ff.
överföring av utdelningsutrymme 306 ff., 310, 312 f.

Lager, överlåtelse av 138 f.
Lagerandelar
andelsbyte till underpris 173 f.
knutna till svenskt fast driftställe 204, 364
kontinuitetsbrott vid andelsbyte 311 f.
uppskovsreglerna 334, 341 ff., 345, 353 ff.
utflyttning 362 ff.
Lagerfastighet 266
Legalitetsprincipen 72 ff.
Lex Asea 304, 329, 357 f.
Likabehandlingsprincipen i EG-rätten 93, 101
Likhetsprincipen i svensk rätt 111 f., 134
Likvidation, jämställs med avyttring 321
Lojalitetsplikten 44, 64, 70

Luftfartsverksamhet 238 f.
Lån
som vederlag vid omstrukturering 121 f., 162 f., 172
överlåtelse av 154 ff., 162
Lättnadsbelopp, beräkning av 318, se även Lättnadsutrymme
Lättnadsutrymme, överföring av 306 ff., 310, 312 f.

Majoritetsbeslut i ministerrådet 32
Mervärdesskattedirektivet, sjätte 128, 138 f., 148, 216, 218
Minimidirektiv 55 f.
Minimiharmoniseringsdirektiv 51 f., 56, 376
Minoritetsägare, utköp av 123 f.
Moder/dotterbolagsdirektivet 30, 49 f., 62, 99, 278 f.
Momsdirektivet, se Mervärdesskattedirektivet

Nationella företagsombildningar 108 ff.
Nedsättning 329 f.
Negativ fusionsdifferens 279 f.
Näringsbetingade andelar 223, 268 f., 292 ff., 334, 345 ff.

Obeskattade reserver, överföring av 270 ff.
OECD:s modellavtal 201, 237, 238 f., 240, 254
Ogiltigförklaring av EG-rättsakter 105 f.
Omprövningsfrist 93
Omvänd fusion 118 f., 120
Onoterade andelar, byte av 306 ff., 312 f., 317, 359 f.
Option 121 f., 168, 316, 339

Paketeringsförfarande 293
Partiell fission 180, 232 f., 304
Passiv verksamhet, överlåtelse av 158 ff.
Periodiseringsfond 270 ff., 369
Positiv fusionsdifferens 278 f.
Preambel 29, 53 ff.
Primärrätt 103
Privatbostadsföretag 189 ff.

Rekommendationer 66 f.
Restitution av skatt 92 ff.
Restvärdeprincipen 257
Reverse triangular merger 329
Räkenskapsenlig avskrivning 262 ff.
Ränte- och royaltydirektivet 31
Rättssäkerhetsprincipen 48, 71 ff., 77 ff.
Rörelsedefinitionen i svensk rätt 158 ff.
Rörelsegren 129
Rörelsevillkor vid andelsbyte 223 ff.
Röstmajoritet vid andelsbyte 169 ff., 225 ff., 329

Sammanläggning 357
Schablonmetoden 318 f.
Sekundärrätt 103
Sidovederlag vid andelsbyte 175 f.
Skadestånd 95 ff.
Skalbolag 227 ff., 346, 348 ff.
Skatteavtal, se Dubbelbeskattningsavtal
Skatteflykt som rättfärdigandegrund 216 f., 252, 368 f.
Skatteflyktslagen 221 f.
Skatteflyktsregel i direktivet 62 f., 215 ff.
Skatteflyktssyfte 217 ff.
Skattekonkurrens 31
Skatterättsnämnden 23, 58
Skattesystemets inre sammanhang 252 f., 370 ff.
Skattskyldighetsvillkor 239
Skepps- och luftfartsverksamhet 238 f.
Skiljedomskonventionen 30
Skogsfastighet, överlåtelse av 141
Skuld, överlåtelse av 154 ff., 162 f.

Sparandedirektivet 31
Sparat lättnads- och utdelningsutrymme 306 ff., 310, 312 f.
Sparbank 188
Split 357
Split-off, se Partiell fission
Språkversioner 21 ff., 47 f.
Straffrätt, konform tolkning av 78 ff.
Strukturregeln 42, 329, 333, 366
Ställande av säkerhet 203, 228 f., 373 f.
Stämpelskatt 33, 35
Säljrätt 319
Särskild löneskatt på pensionskostnader 260 f.

Territorialitetsprincipen 253 f., 371
Territoriell räckvidd av fusionsdirektivet 40
Tidskontinuitet 258, 267 f., 319 f., 346 ff.
Tioårsregeln 199, 303 f., 331, 366, 372 f.
Tolkning av EG-direktiv 46 ff.
Transparenta bolag 205 ff., 358 f.

Underprisöverlåtelse
av fastighet 141 f.
av mottagna andelar 352
av värdepapper 159
delavyttring av verksamhet 156, 158
paketeringsförfarande 293, 346
uppdelning av transaktion 164 ff., 174
verksamhetsgren 130, 133 ff., 141 f.
Underskott 272 ff., se även Förluster
Universalsuccession 36, 39, 180, 270 f., 297
Uppförandekoden 31
Upphovsmannakonto 369
Uppskovsmetoden
allmänt 333 ff., 375
fördelning av uppskovsbelopp 338 f.
återföring av uppskovsbelopp 339 ff.
Uppskrivning av tillgångar 262 ff.
Utdelningsprogram vid andelsbyte 175 f.
Utdelningsutrymme, överföring av 306 ff., 310, 312 f.
Utflyttning 361 ff.
Utländsk juridisk person 206, 208 f., 213
Utländsk rätt 23 ff.
Utländskt bolag 189

Vederlag
vid andelsbyte 172 ff., 330 f., 332
vid fusion/fission 121 ff., 330 f., 332
vid verksamhetsavyttring 162 ff., 292 ff.
Verksamhetsavyttring
beskattning vid 232 ff., 266 ff.
beskrivning av transaktionen 125 ff.
vederlag 162 ff., 292 ff.
Verksamhetsgren 127 ff.
Verksamhetsvillkoret 223 ff.
Vertikal direkt effekt 58
Vetorätt 32
Värdekontinuitet 258, 267 f., 305 ff.
Värdepappersförvaltning, överlåtelse av 158 ff., 176 ff.

Återbetalning av skatt 92 ff.
Återgång av andelsbyte 321 f.
Återköp av aktier 321

Ömsesidigt erkännande 208
Ömsesidigt försäkringsbolag 188
Överföring av tillgångar, se Verksamhetsavyttring
Övervältring av skatt 93 f.

Universitetsbiblioteket
Umeå

Fusionsdirektivet reglerar beskattningen vid fusioner, fissioner, verksamhetsavyttringar och andelsbyten. Syftet med boken är att analysera direktivet och den svenska implementeringslagstiftningen. Särskilt belyses hur dessa två regelsystem samspelar vid fastställandet av vad som utgör gällande rätt i Sverige. I boken identifieras också fall där de svenska reglerna kommer i konflikt med direktivregleringen och det diskuteras hur dessa konflikter skall lösas. Boken behandlar både det nu gällande direktivet och de ändringar i direktivet som antogs av rådet i december 2004.

Kristina Ståhl är docent i finansrätt vid Juridiska institutionen, Uppsala universitet. Hon är också ledamot av Skatterättsnämnden och expert i 2002 års företagsskatteutredning som bl.a. har i uppgift att lämna förslag till svensk implementering av de nyligen vidtagna ändringarna i fusionsdirektivet.

IUSTUS FÖRLAG

ISBN 91-7678-588-2

9 789176 785881