



LEIF GÄVERTH

STÖDBREV

BORGENSLIKNANDE HANDLINGAR
UTSTÄLLDA FÖRETRÄDESVIS FÖR
SVAGT KAPITALISERADE BOLAG

43

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA
FAKULTETEN
I UPPSALA

 **IUSTUS FÖRLAG**
Juridiska Föreningen i Uppsala

SKRIFTER FRÅN
JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

43

Redaktörer: Anders Agell och Nils Jareborg

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 vidare distribuera 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 göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

STÖDBREV

BORGENSLIKNANDE HANDLINGAR
UTSTÄLLDA FÖRETRÄDESVIS FÖR SVAGT
KAPITALISERADE BOLAG

LEIF GÄVERTH

Abstract

Gäverth, L., Om lån och stöd till underkapitaliserade bolag. 228 s. Uppsala 1994.

Företag kan finansieras på olika sätt med delvis skilda skatterättsliga följder. En metod att finansiera bl.a. dotterbolag är att moderbolag utfärdar en särskild handling, i avhandlingen benämnd stödbrev, till dotterbolags kreditgivare. Stödbrev – som är ett mycket betydelsefullt och ur internationellt synvinkel vanligt hjälpmedel vid kreditgivning – är juridiskt sett i regel svagare än en formell borgensförbindelse, men fyller samma funktion som en sådan.

I arbetet redovisas vad stödbrev är och under vilka förutsättningar de kan medföra ersättningsskyldighet för utställaren. I ett särskilt avsnitt behandlas frågan om utställaren skall omnämna utställda stödbrev i årsredovisningen.

När stödbrev ställs ut av svenskt moderbolag till förmån för i Sverige icke skattskyldigt dotterbolag aktualiseras bl.a. frågan om moderbolaget med stöd av armlängdsregeln i 43 § 1 mom kommunalskattelagen eller uttagsbeskattningsbestämmelser i anvisningarna till 22 § nämnda lag är skyldigt att debitera dotterbolaget för tjänsten av att tillhandahålla stödbrev. I arbetet behandlas denna fråga och tillika hur prissättningen i så fall bör ske.

I de fall ett moderbolag blir ersättningsskyldigt för ett utställt stödbrev uppkommer frågan under vilka förutsättningar moderbolaget vid inkomsttaxeringen kan erhålla avdrag för denna kostnad. Behandlingen av denna fråga ges relativt stort utrymme i avhandlingen.

Stödbrev ställs främst ut för s.k. underkapitaliserade bolag. Åtskilliga stater – dock ej Sverige – har infört speciell lagstiftning rörande behandlingen av lån givna till sådana bolag från närstående. I arbetet redovisas sådan lagstiftning i ett antal stater.

Arbetet avslutas med några synpunkter de lege ferenda.

Leif Gäverth, Juridicum, P O Box 512, S-751 20 Uppsala

Nyckelord: *armlängdsregeln, borgen, culpa in contrahendo, dotterbolag, finansieringsformer, kapitaliseringsgrad, koncern, letter of comfort, lån, moderbolag, ränta, soliditetsmått, stödbrev, underkapitalisering.*

© författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1994

ISSN 0282-2040

ISBN: 91-7678-269-7

Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1994

Förord

När jag har berättat om mitt forskningsarbete för mina forna kollegor vid Juridiska institutionen i Uppsala eller vid Kammarrätten i Stockholm har jag ofta mötts av frågan hur jag kom på mitt ämne; underkapitalisering och stödbrev.

Mitt intresse för frågor om underkapitalisering väcktes när jag som fiskal vid Kammarrätten i Stockholm under hösten 1987 föredrog det s.k. Mobil Oil-målet. Under våren 1989 medverkade jag i en arbetsgrupp inom RSV som utredde olika frågor om internprissättning. I denna grupp ingick bl.a. numera skattekonsulten Kent Karlsson. Han berättade livfullt om olika former av stödbrev, vilket dittills varit en helt okänd företeelse för mig.

När jag tjänstgjorde som högskolelektor i skatterätt i Uppsala upplyste professor Nils Mattsson mig våren 1991 om möjligheten att inom ramen för juris licentiatexamen lägga fram sammanläggningsuppsatser. Min tanke var att skriva ett antal sådana, varav en skulle handla om underkapitalisering och en om stödbrev. Vart efter arbetet – som hela tiden bedrivits som "fritidssysselsättning" vid sidan av mina ordinarie arbetsuppgifter vid Uppsala universitet och Kammarrätten i Stockholm – fortskred växte dessa uppsatser samman till en enhet som nu läggs fram som en avhandling för juris licentiatexamen.

Min handledare har varit professor Nils Mattsson. Jag har erhållit många värdefulla synpunkter av honom på arbetet i materiellt hänseende och framför allt vad avser framställning och disposition. Det är först nu efteråt som jag inser hur ogenomarbetade vissa utkast varit som min handledare tjänstvilligt och engagerat har läst igenom. Jag vill gärna rikta ett varmt tack till honom.

Avdelningsdirektörerna vid RSV Jan-Olov Larsson och Stefan Vogel har bistått med många värdefulla synpunkter och material. Den förre främst vad avser kapitel 3–6 och den senare avseende avsnitt 3.2.4. Ett stort tack skall även riktas till jur dr Claes Norberg, utan vars kritiska och genomtänkta synpunkter på frågor främst av redovisningskaraktär jag bitvis skulle ha famlat i ett mörker. Numera jur dr Håkan Andersson har

genom värdefulla kommentarer och ställda frågor försökt få mig att förstå något av det skadeståndsrättsliga regelkomplexet. Vidare har docenten Bertil Wiman givit mig kritiska och konstruktiva synpunkter på vissa skatterättsliga frågor. För viss utskriftshjälp har Linnéa Mikkelsen varit behjälplig. Ett varm tack riktar jag till Er alla.

Ett tack skall även riktas till Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådet och fakulteten som bidragit med medel för täckande av vissa kostnader samt till Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning för erhållande av tryckbidrag.

Ett varmt tack skall även riktas till mina nära och kära som fått stå ut med att arbetet med avhandlingen tagit i anspråk många sena kvällar, helger och semesterledighet.

Västerås i januari 1994.

Leif Gäverth

Sedan avhandlingen lades fram med titeln "Om lån och stöd till underkapitaliserade bolag" och godkändes den 18 mars 1994 har jag beaktat bl.a. viss ny rättspraxis. Jag har vidare gjort vissa smärre korrigeringar och tillägg föranledda av konstruktiv kritik och synpunkter från opponenter, docenten Leif Edvardsson, regeringsrådet Anders Swartling och professorn Per Thorell – vilka båda ingick i betygsnämnden – professorn Leif Mutén, avdelningsdirektören vid RSV Stefan Bergqvist samt jur. dr. Lars Pelin. Till Er alla riktar jag ett varmt tack.

Västerås i maj 1994.

Leif Gäverth

Innehåll

Förkortningar	11
1 Inledning	13
1.1 Ämnesval och avgränsning	13
1.2 Disposition	17
2 Finansieringsformer och stödbrev	19
2.1 Inledning	19
2.2 Tillskott	19
2.3 Lån och mellanformer	21
2.3.1 Vinstandelslån	21
2.3.2 Aktieägartillskott	22
2.4 Stödbrev	24
2.4.1 Inledning	24
2.4.2 Internationellt fenomen	26
2.4.3 Form och innehåll	26
2.4.4 Ersättningsskyldighet	31
2.4.4.1 Inledning	31
2.4.4.2 Avtalsbrott	32
2.4.4.3 <i>Culpa in contrahendo</i>	34
2.4.4.4 <i>Sammanfattning avtalsbrott och culpa in contrahendo</i>	39
2.4.4.5 <i>Ansvarsgenombrott</i>	40
2.4.5 Utländsk rättspraxis	42
2.4.6 Svenska domstolsavgöranden	46
2.4.7 Redovisning av stödbrev	56
2.4.7.1 Inledning	56
2.4.7.2 <i>Allmänt om god redovisningssed</i>	58
2.4.7.3 <i>Bör stödbrev redovisas?</i>	61
2.4.7.4 <i>Avslutande synpunkter</i>	67
2.5 Sammanfattning finansieringsformer m.m.	68

3 Underkapitalisering	70
3.1 Inledning	70
3.2 Vad är underkapitalisering?	71
3.2.1 OECD	74
3.2.2 Australien	76
3.2.3 Kanada	80
3.2.4 Tyskland	82
3.2.5 USA	93
3.2.6 Schweiz	98
3.2.7 Storbritannien	98
3.2.8 Norge	99
3.2.9 Sammanfattning utländska regler om underkapitalisering	100
4 Lån till svenska underkapitaliserade dotterbolag	103
4.1 Inledning	103
4.2 Allmänt om armlängdsregelns tillämplighet på koncerninterna lån	104
4.2.1 Norsk Hydro (Mobil Oil)	107
4.2.2 Kommentarer och slutsatser	111
4.3 Vinstandelslån	115
5 Lån från icke närstående med hjälp av stödbrev	118
5.1 Inledning	118
5.2 Internationell utblick	119
5.2.1 Inledning	119
5.2.2 OECD	119
5.2.3 Tyskland	121
5.2.4 Norge	122
5.2.5 USA	123
5.2.6 Sammanfattning internationell utblick	124
5.3 Synpunkter på svensk rätt	125
5.4 Moderbolags "debiteringsskyldighet"	126
5.5 Dotterbolags avdragsrätt	135
5.6 Prissättningsfrågan	137
5.6.1 Inledning	137
5.6.2 Marknadsprismetoden	138
5.6.3 Kostnadsplusmetoden	139
5.7 Sammanfattning	141

6 Rätten till avdrag för kostnader i samband med infriande av ”förpliktelser” i stödbrev	143
6.1 Inledning	143
6.2 Generellt om avdragsrätt	144
6.2.1 Inledning	144
6.2.2 Förlust på/nedskrivning av fordran	151
6.2.2.1 Inledning	151
6.2.2.2 Allmänt om kundfordringar	153
6.2.2.3 Praxis avseende lånefordringar	154
6.2.2.4 Ackord	157
6.2.2.5 Sammanfattning	161
6.2.3 Borgen	162
6.2.3.1 Allmänt om avdragsrätt för infriad borgen	162
6.2.3.2 Praxis	164
6.2.3.3 Regressfordran vid infriad borgen	168
6.2.3.4 Sammanfattning	169
6.2.4 Aktieägartillskott i form av nedskriven eller efterställd fordran	170
6.2.5 Skadestånd	173
6.2.5.1 Inledning	173
6.2.5.2 Några allmänna reflektioner angående vissa skadeståndsgrunder	174
6.2.5.3 Vissa skatterättsliga synpunkter på skadestånd med anledning av stödbrev	175
6.2.5.4 Diskussion angående vissa frågor om regressrätt i samband med utgivet skadestånd	178
6.2.6 Stödbrev	179
6.2.6.1 Inledning	179
6.2.6.2 Allmänt om civilrättsliga regler i förhållande till skatterätten	180
6.2.6.3 Vissa rättssäkerhetsaspekter	184
6.2.6.4 Jämförelse med borgen, fordringar och aktieägartillskott	187
6.2.6.4.1 Inledning	187
6.2.6.4.2 Borgen	187
6.2.6.4.3 Jämförelse med fordran på dotterbolag	190
6.2.6.4.4 Jämförelse med aktieägartillskott	192
6.2.6.4.5 Sammanfattning jämförelse med närliggande rättsområden	195
6.2.6.5 Jämförelse med avdrag för andra skadestånd i näringsverksamhet	196
6.3 Sammanfattning avdragsrätt	200

7 Några avslutande synpunkter	203
7.1 Sammanfattning avseende vissa frågor	203
7.2 Några synpunkter de lege ferenda	204
7.2.1 Allmänt	204
7.2.2 Armlängdsregeln	205
7.2.3 Särskild underkapitaliseringsregel	207
7.2.4 Avdragsrätt vid infriande av ”förpliktelser” i stödbrev	208
7.3 Övrigt	209
Källor och litteratur	210
Rättsfall	222
Sakregister	226

• • • •

Förkortningar

A.a.	Anfört arbete
ABL	Aktiebolagslagen (1975:1385)
A.st.	Anfört ställe
BFL	Bokföringslagen (1976:125)
BFN	Bokföringsnämnden
BStBl	Bundessteuerblatt
Dep.ch.	Departementschef
FAR	Föreningen Auktoriserade Revisorer
Fb	Förhandsbesked
Fi	Finansdepartementet
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
IdW	Düsseldorf Institut der Wirtschaftsprüfer
IRS	Internal Revenue Service
JT	Juridisk tidskrift
Kap	Kapitel
KL	Kommunalskattelagen (1928:370)
KStG	Körpersteuergesetz
Ltd	Company limited by shares
Mom	Moment
Mkr	Miljoner kronor
NJA	Nytt Juridisk Arkiv (del I)
OECD	Organ for Economic Co-operation and Development
Ot.prp.	(Norsk) Odelstingsproposisjon
Prop	Proposition
Ref	Referat
Rettig	Samling af Kongl. resolutioner och bref ... rörande tillämpningen af Bevillningsförordningen, del I–XI, 1889–1909, utgiven av H. Rettig
RF	Regeringsformen 1974
RSV	Riksskatteverket

RÅ	Regeringsrättens årsbok
Sec	Section
SIL	Lagen (1947:576) om statlig inkomstskatt
SFS	Svensk författningssamling
SKL	Skadeståndslagen (1972:207)
SkU	Skatteutskottet
SN	Skattenytt
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
SvSkT	Svensk skattetidning
USD	USA dollar

1 Inledning

1.1 Ämnesval och avgränsning

För driften av ett företag krävs kapital. Vad gäller aktiebolag kan behovet av kapital tillgodoses på i princip två sätt.

Först och främst kan kapital tillföras bolaget genom olika slag av tillskott från företrädesvis ägarna eller genom att bolaget med tiden genererar vinstmedel som kvarstannar i bolaget. Det kapital som tillförs på sådant sätt betecknas bolagets egna kapital. Den andra huvudgruppen av finansieringsformer är olika slag av lån. Bolaget tillförs därigenom främmande kapital. Lån kan lämnas direkt av ägarna eller av andra företag tillhörande samma koncern som låntagaren. Lån kan också ges av långivare helt fristående från låntagaren.

Vidare förekommer det finansieringsformer som utgör ett mellanting av kapitaltillskott och lån.

Studier visar att en betydande del av finansieringen av dotterbolag sker genom olika slag av lån och då främst från utomstående kreditgivare. I de fall ett låntagande dotterbolag är verksamt i ett annat land än där moderbolaget har sitt säte, tas lån för dotterbolagets räkning oftast upp på dotterbolagets – och inte på moderbolagets – hemmamarknad. Orsaken till detta är i regel att lån upptagna på dotterbolagets hemmamarknad medför lägre transaktionskostnader än vad som gäller för lån som tas upp på moderbolagets hemmamarknad. En ytterligare mycket viktig orsak till att sådana lån tas upp på låntagarens hemmamarknad är koncernens strävan att eliminera valutarisker. Det är inte ovanligt att aktieägare (t.ex. ett moderbolag) av olika skäl förser sina (dotter)bolag med ett minimum av riskkapital (eget kapital).

Bolag som har ett litet eget kapital i förhållande till dess skulder betecknas under vissa förutsättningar som *underkapitaliserat* ("thin capitalisation"). Underkapitalisering är från vissa skatterättsliga utgångspunkter en internationellt mycket omdebatterad företeelse.

Ett bolag kan i princip ha vilken kapitaliseringsgrad (soliditet) som helst utifrån civilrättsliga regler, så länge som vissa lagstadgade minimikrav är uppfyllda. Soliditeten kan mätas på olika sätt. Ett vanligt sätt är

att granska relationen eget kapital i förhållande till skulderna. När det gäller den skatterättsliga behandlingen av avkastningen från bolag med ett ringa eget kapital i förhållande till dess skulder, finns det olika regler i skilda länder. Sverige saknar dock lagstiftning på området. Däremot har en del andra länder, som t.ex. USA, Kanada, Australien och Tyskland detaljerad lagstiftning/anvisningar på området. Det finns vidare ett antal länder där man också har infört regler gällande i händelse av underkapitalisering, men med lagstiftning/anvisningar som inte är fullt så detaljerade. Det huvudsakliga syftet med lagstiftning/anvisningar rörande underkapitalisering är att reglera hur stor avdragsgill ränta ett bolag kan betala till sina ägare. Är t.ex. ett dotterbolags skulder för stora i förhållande till dess egna kapital kan viss del av annars avdragsgill ränta erlagd till ägarna skatterättsligt klassificeras om till icke avdragsgill utdelning.

Bolag som är underkapitaliserade kan ha svårt att på egen hand få koncernexterna lån eller varukrediter. Om inte koncernens allmänna kreditvärdighet kan tjäna som "betalningsgaranti" för erhållen kredit, måste i regel någon form av garanti lämnas. Ett exempel på en sådan kan vara att moderbolag tecknar borgen för dotterbolags gäld.

Ett alternativ till formell borgen är att moderbolaget låter utfärda en särskild handling till långivaren, som skall ge denne en viss "garanti" för att låntagaren (eller moderbolaget) kommer att uppfylla kreditvillkoren. Denna handling är inte en formell borgen, men har vissa likheter med en sådan. I detta arbete kommer jag att behandla sådana handlingar. Jag har valt att benämna dessa *stödbrev*.

Avsikten med föreliggande avhandling är att granska främst några skatterättsliga konsekvenser av finansiering av bolag där sådan ägt rum med hjälp av stödbrev. Jag har valt ut vissa frågor som jag funnit vara av mer principiellt intresse. Jag har för förståelsen av de skatterättsliga reglerna och mina slutsatser även behandlat vissa områden som ligger utanför skatterätten. Jag har när det gäller bl.a. finansieringsfrågor även anlagt ett civilrättsligt perspektiv. Framställningen är rättsdogmatisk. Sedvanligt juridiskt material i form av lagtext, rättspraxis, förarbeten och doktrin har använts. Jag avser att huvudsakligen beröra situationen *svenskt moderbolag som ställer ut ett stödbrev för ett (underkapitaliserat) utländskt dotterbolags räkning*.

De frågor som jag främst behandlar är:

1. Vad är ett stödbrev och vilken funktion fyller det?

Min avsikt är att försöka beskriva hur olika stödbrev kan se ut och vilken funktion de fyller. Jag behandlar även omständigheter som kan medföra att ett moderbolag blir ersättningsskyldigt för ett utställt stödbrev. Däremot kommer jag inte att behandla särskilda avtalsrättsliga frågor som

stödbreven aktualiserar. Min civilrättsliga redogörelse är huvudsakligen deskriptiv och syftar till att ge läsaren en grund inför de kommande skatterättsliga avsnitten.

2. Vad är underkapitalisering och hur har man skatterättsligt angripit problemet i vissa andra länder?

Mitt syfte med att behandla vissa frågor rörande underkapitalisering är först och främst att påvisa hur man i några få utvalda stater – USA, Kanada, Australien och Tyskland – gått till väga för att skatterättsligt ”definiera” underkapitalisering. Jag har därvid granskat skatterättslig lagstiftning/anvisningar och – i förekommande fall – praxis något grundligare beträffande nu nämnda stater. Anledningen till att jag valt dessa stater är att de infört detaljerade bestämmelser om hur man skatterättsligt skall förfara med frågor rörande underkapitalisering. Redogörelsen skall också visa att problemet är internationellt och att olika lösningar valts i olika stater. För att påvisa detta har jag granskat ytterligare ett antal stater för att se vilka eventuella regler eller vilken praxis som där kan finnas på området. Jag har beträffande dessa stater inte granskat regelverken eller praxis särskilt grundligt eller uttömmande. Jag har i stället försökt se om jag kunnat finna några gemensamma drag i de olika regelverken m.m. Min beskrivning av utländsk rätt har endast till syfte att försöka ge en ”definition” på vad som internationellt sett skatterättsligt brukar betecknas ”thin capitalisation” och hur man på olika håll försökt angripa problem med anledning härav. Orsaken till att jag behandlar dessa frågor är att stödbrev är särskilt vanliga när fråga är om finansiering av underkapitaliserade bolag.

3. Underkapitalisering och svensk rätt.

Jag behandlar även underkapitaliseringsfrågor utifrån gällande svensk rätt. Redogörelsen är främst skatterättslig. Jag redogör bl.a. för under vilka förutsättningar armlängdsregeln (43 § 1 mom KL) kan aktualiseras i sådana situationer. I anslutning härtill redogör jag också för det under år 1990 avgjorda s.k. Mobil Oil – målet. Detta mål avsåg förhållandet mellan svenskt dotterbolag och utländskt moderbolag. Detta är alltså det omvända förhållandet till vad jag avser att behandla i avhandlingen, som är svenskt moderbolag och utländskt dotterbolag. Eftersom målet emellertid bl.a. rör underkapitalisering har det fått ett icke obetydligt utrymme i avhandlingen. Förhållandena i Mobil Oil – målet aktualiserar även vissa frågor angående avdragsrätt för ränta på koncerninterna lån som till sin natur har stora likheter eller är att jämföras med vinstandelslån. Jag har valt att redovisa mina synpunkter i dessa frågor, trots att frågor rörande vinstandelslån faller något utanför syftet med avhandlingen.

4. Bör ett bolag som utställer ett stödbrev till förmån för annan omnämna detta i årsredovisningen?

Frågor av redovisningskaraktär berörs inte i avhandlingen, med undantag för hur utställaren av ett stödbrev bör behandla detta i årsredovisningen. Denna fråga har tidigare debatterats, men någon allmänt accepterad uppfattning finns inte. Jag redogör i ett avsnitt för min uppfattning i frågan.

5. Skall utställande moderbolag utifrån skatterättsliga regler debitera dotterbolaget för värdet av att utfärda ett stödbrev?

Frågan huruvida ett moderbolag som ställer ut ett stödbrev för ett dotterbolags räkning skall ta betalt för denna åtgärd är en av avhandlingens viktigare skatterättsliga frågor. Svaret på denna fråga är ingalunda självklart och är beroende av många faktorer. Det finns väl underbyggda argument såväl för att en sådan debiteringsskyldighet föreligger som för att densamma saknas. I avhandlingen redogör jag för olika argument för och emot att sådan skyldighet föreligger. Jag presenterar också vilken slutsats jag själv kommit fram till.

6. Bör ett dotterbolag som erlägger betalning till sitt moderbolag för erhållande av ett stödbrev ha avdragsrätt för denna kostnad?

Jag behandlar denna fråga översiktligt, men anser den relevant eftersom den hänger samman med frågan under punkt 5 ovan. Frågan om dotterbolagets avdragsrätt är inte speciellt komplicerad, men bör behandlas i detta sammanhang för att kunna ge en så fullständig redogörelse som möjligt för frågor rörande ersättning för stödbrev.

7. Vilket "pris" bör man sätta på "tjänsten" stödbrev?

När man diskuterar förekomsten av dotterbolags avdragsrätt eller moderbolags debiteringsskyldighet är det på sin plats att även fråga sig vilket "pris" man skall sätta på "tjänsten" att utställa ett stödbrev. Jag försöker i ett avsnitt att ange ett par olika metoder för att finna ett sådant pris. Jag anger där även vilken metod jag själv funnit lämpligast.

8. Under vilka förutsättningar kan ett moderbolag som tvingats infria "förpliktelser" i ett stödbrev erhålla avdrag för denna kostnad?

En annan huvudfråga i avhandlingen är huruvida ett moderbolag som infriat "förpliktelser" i ett stödbrev bör erhålla avdrag för denna kostnad och i så fall vid vilken tidpunkt.

Jag har i avhandlingen avsiktligt valt att inte behandla frågor som uppkommer vid tillämpningen av dubbelbeskattningsavtal inklusive s.k. treaty shopping. Med treaty shopping avses de fall då skattskyldig utnytt-

jar bestämmelser i dubbelbeskattningsavtal och slussar pengar från en stat till en annan genom t.ex. ett holdingbolag i en tredje stat för att därigenom uppnå vissa skattemässiga förmåner. Jag har likaså valt att inte behandla specifika frågor angående s.k. hybrid finansiering. Härmed avses olika slag av finansiella instrument som utgör ett mellanting av lån och eget kapital. Underkapitalisering och hybrid finansiering går dock hand i hand. Jag har emellertid försökt att renodla framställningen så att sådana frågor rörande hybrid finansiering som inte är nödvändiga för förståelsen av mitt arbete lämnats utanför redogörelsen.

Avslutningsvis bör omnämnas att företeelsen underkapitalisering har sin motsats, s.k. överkapitalisering. Eftersom överkapitalisering innefattar ett antal frågor som överhuvudtaget inte aktualiseras vid underkapitalisering, samtidigt som t.ex. frågor om stödbrev förmodligen inte alls är aktuella vid överkapitalisering, har jag valt att inte behandla frågor om överkapitalisering.

1.2 Disposition

För att kunna diskutera avhandlingens huvudsakliga frågor måste först vissa grundläggande förutsättningar behandlas.

I kapitel 2 gör jag en översiktlig genomgång av de olika finansieringsformer som står till buds. Här behandlar jag t.ex. aktieägartillskott vid bolags bildande, senare tillskjutna aktieägartillskott samt lån, inklusive vinstandelslån. Redovisningen är uteslutande civilrättslig. I detta kapitel behandlar jag också stödbrev ur civilrättslig synvinkel samt anger hur de enligt min mening bör redovisas.

Stödbrev fyller i regel störst funktion i de fall låntagande bolag är underkapitaliserat. Det är därför nödvändigt att försöka klargöra vad som avses med underkapitalisering. I kapitel 3 behandlar jag underkapitalisering sett utifrån ett internationellt skatterättsligt perspektiv. Här redogör jag alltså för hur man förfarit i vissa andra stater.

I kapitel 4 behandlar jag svensk skatterätt i de delar den är av intresse för frågor om underkapitalisering. Här redogör jag främst för armlängdsregelns tillämplighet på koncerninterna lån. Därefter behandlar jag Mobil Oil-målet samt framför vissa synpunkter på bestämmelserna om avdrag för ränta på vinstandelslån.

I kapitel 5 redogör jag för vissa skatterättsliga problem som kan uppstå när koncernextern kredit lämnas med hjälp av stödbrev. Här behandlar jag viss utländsk rätt (avsnitt 5.2). Vidare redogör jag för mina synpunkter på gällande svensk rätt avseende frågan om moderbolag utifrån skatterättsliga regler skall debitera dotterbolag för utställda stödbrev (avsnitt 5.4) samt tillika frågan om dotterbolags avdragsrätt för till moderbolag erlagd

ersättning för utställt stödbrev (avsnitt 5.5). Därefter behandlar jag hur prissättningen i så fall bör ske (avsnitt 5.6).

I kapitel 6 redogör jag inledningsvis för vad som i allmänhet gäller för avdrag för olika slag av förluster. Därefter granskar jag närmare vad som i avdragshänseende gäller för förluster till följd av nedskrivning på fordran på närstående företag och förluster till följd av borgensförbindelser ingångna för närstående företags räkning. Vidare berör jag aktieägartillskott i form av nedskrivna eller efterställda fordran samt avdrag för skadestånd utgivna i näringsverksamheten. Kapitlet avslutas med att jag försöker pröva om man skatterettsligt kan jämställa kostnader till följd av åtaganden i utställda stödbrev med någon annan form av kostnad i näringsverksamhet. Denna jämförelse syftar till att besvara frågan om och under vilka förutsättningar ett stödbrevsutställande bolag har avdragsrätt för kostnader vid "infriandet" av "förpliktelser" i stödbrev eller för kostnader i form av skadestånd med anledning av att bolaget har utställt stödbrev.

I det avslutande kapitlet sammanfattar jag några av de slutsatser jag dragit i de tidigare kapitlen samt redovisar vissa synpunkter de lege ferenda.

I de fall jag granskat utländsk lagstiftning/anvisningar och rättspraxis har jag företrädesvis använt mig av kommentarer och redogörelser för dessa i utländska facktidsskrifter. Jag har således inte gjort någon självständig analys av utländsk gällande rätt. Min avsikt i dessa avseenden har endast varit att vara deskriptiv.

Jag har försökt att i allt väsentligt beakta gällande lagstiftning m.m. och praxis fram till och med april 1994.

2 Finansieringsformer och stödbrev

2.1 Inledning

I detta kapitel redogör jag kortfattat för de olika former som erbjuds vid finansiering av aktiebolag. Beskrivningen avser den civilrättsliga regleringen. I avsnitt 2.4 kommer jag under rubriken ”stödbrev” att behandla en under senare tid vanlig metod att finansiera dotterbolag som i flera avseenden avviker från de mer traditionella sätten att förse dotterbolag med kapital. Denna finansiering, som sker med hjälp av vad jag benämner stödbrev (letter of comfort, letter of awareness, letter of support, halvgångna borgensförbindelser etc.) har under senare tid fått stor uppmärksamhet, bl.a. i fallet Nobel/Gamlestad. Ur civilrättslig synvinkel tilldrar sig dessa stödbrev naturligtvis mycket stort intresse, men även från en rent skatterättslig ståndpunkt är stödbrev kontroversiella. Jag kommer i detta kapitel också att rent allmänt behandla vissa skadeståndsrättsliga aspekter på stödbrev samt även nämna något om förutsättningarna för ansvarsgenombrott.

I kapitel 5 och 6 återkommer jag med skatterättsliga synpunkter på stödbrev. Där behandlar jag den skatterättsliga bedömningen av såväl utställande som infriande av stödbrev.

2.2 Tillskott

Vid bildandet av ett aktiebolag skall ett aktiekapital fastställas. Detta är det lägsta belopp som skall tillskjutas vid bolagsbildningen. Högre belopp kan dock tillskjutas. Aktiekapitalets storlek skall framgå av bolagsordningen (2 kap 4 § ABL). Storleken kan också anges i form av minimi- och maximikapital. Tillskott kan ske såväl genom kontanter som andra tillgångar, s.k. apportegendom (2 kap 9 § ABL). För svenska aktiebolag gäller för närvarande att aktiekapitalet måste uppgå till lägst 50 000 kr (1 kap 1 § 2 st ABL). Denna beloppsgräns är låg internationellt sett.¹

¹ Beträffande Frankrike gäller för société anonyme, vilket närmast liknar våra aktiebolag, att aktiekapitalet skall uppgå till minst 250 000 franc. Skall bolaget dessutom börsintroduceras krävs ett minimikapital på 1,5 miljoner franc. (Dock behöver endast 25 procent vara inbetalat vid bildandet, resterande del kan inbetalas under de kommande fem åren.)

Aktiebolaget kan efter bildandet öka det egna kapitalet genom att emittera nya aktier. Förfarandet regleras i 4 kap 1–15 §§ ABL. Förslag har lagts fram av aktiebolagskommittén om att höja minimikapitalet och att dessutom ha två olika slag av aktiebolag, privata och publika.² Förslagen har till syfte att det svenska regelsystemet någorlunda skall harmonisera med vad som gäller i stora delar av Västeuropa.

I stället för genom nyemission kan bolaget öka det egna kapitalet genom konvertering av skuldebrev, s.k. konvertibler.³ Detta finansieringsförfarande, som regleras i 5 kap ABL, innebär i huvudsak följande. Bolaget utfärdar ett skuldebrev – ställt till innehavaren eller till viss person eller order – med utfästelse innebärande att fordringsägaren skall ha en rätt att – helt eller delvis – byta ut sin fordran enligt skuldebrevet mot aktier i ifrågavarande bolag. Inget hinder föreligger mot att betalning för erhållande av skuldebrevet sker med apportegendom. Sådana skuldebrev brukar på innehavarens begäran kunna konverteras när som helst, dock med vissa inskränkningar.⁴ Ej konverterat skuldebrev löper med fast eller rörlig ränta. Ytterligare en form av nyteckning finns uttryckligen reglerad i 5 kap ABL. Ett aktiebolag kan utfärda skuldebrev, som innehåller en betalningsutfästelse (option) innebärande att fordringsägaren skall ha rätt att teckna aktier i bolaget mot betalning i pengar, men ej mot apportegendom.

Skillnaden mellan ett konvertibelt skuldebrev och ett skuldebrev förordat med optionsrätt är att innehavaren av det förstnämnda vid konverteringen så att säga ”byter ut” sin fordran gentemot bolaget mot aktier, medan den sistnämnda varianten innebär att innehavaren betalar kontant för den aktie han tecknar samtidigt som han behåller sin fordran gentemot bolaget.⁵

Utöver nu nämnda möjligheter att öka det egna kapitalet genom tillskott skall endast nämnas fondemission. Detta förfarande regleras i 4 kap 1–3 §§ samt 16–17 §§ ABL och innebär kortfattat att medel från bolagets

Enligt engelsk rätt finns det två slag av aktiebolag. Den mindre formen, *private company limited by shares (Ltd)* är den mest vanliga. Den andra formen heter *public company limited by shares (PLC)*. För den förra krävs inget minimikapital, medan den senare kräver 50 000 pund i aktiekapital, varav 25 procent skall vara inbetalat före registreringen. För tyska aktiebolag krävs att aktiekapitalet uppgår till minst 100 000 DM. För bolagsformen *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* gäller att andelskapitalet skall uppgå till minst 50 000 DM. För båda bolagsformerna gäller att minst 25 000 DM skall ha betalats in för att bolaget skall få registreras.

² Förslag angående ändring av de svenska reglerna i dessa avseenden har presenterats i SOU 1992:83.

³ Se mer härom i Mattsson s. 80 ff och Borgström s. 13 ff.

⁴ Rodhe, ABL s. 59.

⁵ Se närmare om skillnader mellan och konsekvenser av dessa värdepapper i Borgströms redogörelse samt Mattsson s. 135 ff.

fria egna kapital överförs till aktiekapital och att bolaget i samband härmed ger ut nya aktier i proportion till var och en av aktieägarnas innehav. En justering sker alltså inom det egna kapitalet, varvid det fria egna kapitalet minskas och det bundna ökas i motsvarande mån.⁶ Fondemission kan också ha sin grund i en uppskrivning av bolagets anläggningstillgångar. Förfarandet är m.a.o. en ren bokföringsåtgärd och tillför ej bolaget några tillgångar. I vissa andra länder jämsställs fondemission åtminstone skatterettsligt med utdelning.⁷ I svensk skatterättslig praxis har dock denna inställning inte accepterats.⁸

2.3 Lån och mellanformer

Ett bolag kan också anskaffa kapital genom lån. Upplånade medel betecknas som främmande kapital. Lån kan ges av utomstående med t.ex. en borgen från ett närstående företag, såsom låntagarens moderbolag, eller från annan än aktiebolagets delägare. Någon reglering av hur sådan upplåning skall ske finns inte i ABL.

Däremot finns regler i 5 kap och 7 kap 2 § ABL angående vissa slag av lån som uppvisar ett slags mellanställning mellan lån och tillskott. Dessa lån karaktäriseras i regel av att kreditgivaren – förutom de rättigheter en sådan i allmänhet innehar – även tillförsäkras vissa rättigheter som normalt sett bara tillkommer en aktieägare.

En del lån kan ha konstruktionen att långivaren vid likvidation eller konkurs får t.ex. återbetalning och/eller ränta först efter det att alla andra fordringsägare fått sitt men innan aktieägarna erhåller utdelning. Sådant lån kallas efterställt. Skuldebrevet betecknas då förlagsbevis.⁹

I 5 kap ABL regleras, som ovan nämnts, konvertibla skuldebrev och skuldebrev med optionsrätt. I 7 kap 2 § regleras möjligheten för bolaget att ta upp lån mot obligationer eller andra skuldebrev med rätt till ränta, vars storlek är helt eller delvis beroende av utdelningen till aktieägare eller av bolagets vinst. Ett sådant lån heter vinstandelslån.

2.3.1 Vinstandelslån

Fordringsägarens mellanställning kan ibland ta sig uttryck i att fordran skall belöpa med en viss ränta, vars storlek på ett eller annat sätt skall vara

⁶ Se närmare Rodhe, ABL s. 62 ff.

⁷ Mattsson s. 39.

⁸ Detta framgår redan av praxis för tiden före inrättandet av Regeringsrätten, se Kungl. Maj:ts utslag refererat i Rettig X:102. Denna praxis har vidmakthållits av Regeringsrätten, se t.ex. RÅ 1940 fi 788. Se vidare Mutén s. 52 och 78 samt där gjorda hänvisningar.

⁹ Rodhe, ABL s. 70 och Nial, Associationsrätt s. 211.

avhängig av bolagets nettovinst eller den utdelning som beslutats till aktieägarna. Oberoende av om rântans storlek knyts till nettovinsten eller utdelningen betecknas sådana skuldebrev som vinstandelsbevis (7 kap 2 § 2 st ABL).

Vidare kan mellanställningen avse rätten till återbetalning av lånets kapitalbelopp. Skall vinstandelslån betalas tillbaka med sitt nominella belopp – eller med ett indexberäknat kapitalbelopp – betecknar man andelsbeviset som lånedebenture. Skall återbetalningen i stället anknyta till bolagets ekonomiska ställning, t.ex. vid återbetalningstillfället, betecknas beviset delägardebenture.¹⁰ Dessa typer av vinstandelslån introducerades i Sverige i mitten av 1920-talet, men kom i vanrykte i och med Kreugerkraschen. Efter Kreugerkraschen och det därpå följande rättsliga efterspelet¹¹ och fram till införandet av 1975 års aktiebolagslag rådde osäkerhet huruvida vinstandelslån – och då i synnerhet delägardebentures – var tillåtna ur bolagsrättslig synvinkel.¹² Osäkerhet rådde vidare om betalning till innehavaren av andelsbeviset var att betrakta som avdragsgill ränta eller icke-avdragsgill utdelning. Förutsättningar för rätt till avdrag för ränta på vinstandelslån regleras numera i 2 § 9 mom SIL. I och med 1975 års aktiebolagslag är det klart att lånedebentures är tillåtna, medan delägardebentures är förbjudna. Detta framgår indirekt av 7 kap 2 § 1 st ABL.

Vissa skatterättsliga frågor med anledning av förutsättningarna för avdrag för ränta på vinstandelslån behandlar jag nedan i avsnitt 4.3.

2.3.2 Aktieägartillskott

Utöver nu nämnda finanseringsformer finns det några andra varianter, varav jag tänkte beröra en som har viss betydelse för det fortsatta arbetet; nämligen aktieägartillskott. Dessa kan vara ovillkorade eller villkorade. De förstnämnda är relativt lätta att juridiskt bedöma, medan de senare däremot flitigt har debatterats. Uppfattningarna om hur de sistnämnda tillskotten skall behandlas, såväl civil- som skatterättsligt, har gått i sär. Jag avser inte att redogöra för de civilrättsliga problem som aktualiseras. I stället får jag hänvisa till den flora av artiklar som finns i ämnet avseende såväl skatte- som civilrättsliga frågor.¹³ Dock skall jag ge en mycket kort

¹⁰ Rodhe, ABL s. 69 f. Se även prop 1976/77:93 s. 21 och SOU 1972:63, bilaga s. 110.

¹¹ NJA 1935 s. 270.

¹² Borgström s. 80 ff.

¹³ Se bl.a. Almqvist, Balans 1/85 s. 6 ff, Edvardsson s. 137 ff, Gometz, Balans 5/85 s. 34 ff, Grosskopf, SN 1984 s. 459 ff, dens, SN 1985 s. 305 ff, dens, SN 1988 s. 34 ff, Lundqvist, Balans 2/84 s. 7 ff, Nordlund, SN 1984 s. 38 f, Rodhe, Balans 2/81 s. 19 ff, Rodhe och Grosskopf, Balans 10/86 s. 6 ff, Söderström, SN 1983 s. 430 ff och dens, SN 1984 s. 155 ff, Thorell, Villkorade tillskott s. 123 ff, Wennerstrand, Balans 2/84 s. 4 ff samt Lindskog, JT 1992–93 s. 827 ff.

översiktlig beskrivning av vad tillskotten civilrättsligt sett innebär. Jag återkommer med vissa jämförelser mellan stödbrev och aktieägartillskott i bl.a. avsnitt 6.2.6.4.4.

Bortsett från det tillskott av kapital (eller apportegendom) som sker vid bildandet av bolaget, kan aktieägarna vid en senare tidpunkt tillskjuta ytterligare medel, utan att därvid erhålla någon aktie. Sådant tillskott kan även ske av annan än bolagets ägare.¹⁴ Syftet kan vara att stärka bolagets finansiella situation för att t.ex. undvika likvidation/konkurs eller för att expandera och kunna göra större investeringar. Skälet till tillskottet kan även vara att bolaget behöver skriva ned för högt redovisade tillgångar. Ett tillskott kan ske villkorslöst, innebärande att återbetalning av det tillskjutna beloppet inte skall ske och att beloppet "försvinner" in i det mottagande bolagets egna kapital. Någon skuld uppstår inte gentemot tillskjutande aktieägare. Förhoppningsvis kan dock aktierna genom en sådan åtgärd stiga i värde och/eller bolaget undgå att likvideras.

Ett tillskott kan även lämnas med olika förbehåll om återbetalning. Sådana förbehåll bör framgå av årsredovisningen.¹⁵ Även ett villkorat tillskott "försvinner" in i bolagets egna kapital. Varken villkorat eller ovillkorat tillskott ökar det bundna kapitalet, till skillnad från kapitalökning genom t.ex. nyemission. Tillskott kan ges med villkor att tillskottet skall återbetalas så snart fritt eget kapital finns tillgängligt för detta ändamål och/eller att tillskottet vid likvidation eller konkurs skall återbetalas efter det att alla fordringsägare fått full likvid, men innan återbetalning av aktiekapitalet till aktieägarna äger rum.¹⁶ Denna konstruktion ger omedelbart upphov till frågan om det villkorade tillskottet skatterättsligt kan jämföras med lån eller hur det annars skall behandlas. Ur civilrättslig synvinkel är återbetalning av tillskott – villkorade som ovillkorade – att betrakta som utdelning. Hur dessa tillskott närmare bör behandlas civilrättsligt ligger dock i stort sett utanför området för detta arbete även om dessa frågor högst flyktigt berörs något i avsnitt 6.2.4. Vidare aktualiseras ett flertal skatterättsliga frågor med anledning av tillskotten, t.ex: skall tillskottet intäktsföras, skall annan betalning till tillskottsgivaren än återbetalning betraktas som ränta eller utdelning samt skall en eventuell återbetalning av tillskjutet belopp beskattas hos mottagaren? (Jämför avsnitt 4.1 och där gjorda hänvisningar.)

Ett bolag som har ett för litet eget kapital med hänsyn till verksamheten eller bolagets olika åtaganden kan vara i trängande behov av nytt eget kapital från ägarna. Emellertid kan ägarna av olika skäl vägra tillskjuta nytt kapital. I en sådan situation måste finansiering ske genom lån. Om

¹⁴ Se t.ex. Lindskog, JT 1992–93 s. 828.

¹⁵ Rodhe och Grosskopf, Balans 10/86 s. 9.

¹⁶ Rodhe, Balans 2/81 s. 19.

bolaget har låg soliditet och ägarna inte vill skjuta till nytt kapital kan det vara svårt att få tillgång till externa lån. Den låga soliditeten och avsaknad av säkerheter medför att extern lånefinansiering kräver någon form av "garanti" från ägarna till det låntagande bolaget. Sådana "garantier" behandlas i nästkommande avsnitt. Det finns således en stark koppling mellan sådana "garantier" och avsaknaden av tillräckligt eget kapital, t.ex. i form av aktieägartillskott.

2.4 Stödbrev

2.4.1 Inledning

I detta kapitel behandlar jag sådan finansiering av dotterbolag som sker med hjälp av s.k. stödbrev utfärdade företrädesvis av moderbolag. Syftet med avsnittet är att försöka ge en civilrättslig beskrivning av dessa "avtalsrelationer" för att i kapitel 5 och 6 betrakta stödbreven ur skatterättslig synvinkel.

Ibland förekommer det att aktieägaren – i regel ett moderbolag – inte vill eller kan låna ut eller skjuta till medel till bolaget (dotterbolaget). I stället får dotterbolagets ytterligare behov av finansiering tillgodoses genom lån från utomstående, i regel från ett finansieringsinstitut. När så sker kan moderbolaget gå i borgen (enkel sådan eller proprieborgen) för dotterbolagets skuld eller alternativt ställa annan säkerhet.

Emellanåt kan det dock förekomma att ett moderbolag inte vill ikläda sig ett formellt borgensansvar eller ställa säkerhet för dotterbolagets skuld. Skälen härför kan variera. Den internationellt sett kanske vanligaste och också viktigaste förklaringen är att moderbolaget inte vill belasta sin balansräkning med ett formellt borgensåtagande.¹⁷ Vidare kan moderbolaget ibland uppfatta det som under sin värdighet att behöva gå i borgen för dotterbolaget.¹⁸ Dessutom kan moderbolaget på grund av ingångna avtal med sina långivare, försäkringsbolag etc. förpliktat sig att inte ställa säkerhet till annan (s.k. negativklausuler).¹⁹ I vissa fall – i synnerhet i Tyskland och tidigare även i Sverige – har beskattnings- och valutaregler medfört viss restriktivitet vid utfärdande av borgensförbindelser o.dyl.²⁰ Skälet till att moderbolaget inte vill teckna borgen kan även

¹⁷ Se t.ex. Böhloff s. 289, Miller s. 328, Schneider s. 304 och Smart s. 295.

¹⁸ Böhloff s. 289 och Smart s. 296. Bylund är dock tveksam till om detta kan vara en orsak till varför en formell borgen inte lämnas, se s. 318.

¹⁹ Böhloff s. 289 och Rodhe, Moderbolags ansvar s. 497.

²⁰ Böhloff s. 289 och Schneider s. 303. Jfr. den numera upphävda valutaregleringen som bl.a. innebar begränsningar i möjligheten att uppta lån i utlandet och ge lån till utlandet och föra ut olika slag av värdepapper. Se även avsnitt 2.4.2.

ibland helt enkelt vara att bolaget inte vill binda sig.²¹ Någon gång kan det också tänkas vara långgivaren som inte vill ha en formell borgensförbindelse – med dess beloppsmässiga begränsningar etc. – utan hellre önskar sig en något vidare – men måhända icke juridiskt bindande – förpliktelse.²² Det har också gjorts gällande att orsaken i vissa fall även kan vara den att långgivaren inte vill ha någon publicitet om transaktionerna. Långgivaren vill undvika en borgensförbindelse som skall redovisas i utställarens räkenskaper och därigenom komma till allmän kännedom.²³

I stället för borgen eller realsäkerhet, kan moderbolaget låta utfärda en skriftlig förklaring, tillkännagivande, erkännande, bekräftelse etc. med innebörd att man – moraliskt och/eller juridiskt – förbinder sig i ett visst avseende och i en viss utsträckning till följd av låneavtalet mellan dotterbolaget och kreditgivaren.²⁴ Sådana handlingar – vilka ibland även kan kombineras med annan försäkran, t.ex. med en ännu starkare muntlig förbindelse²⁵ – kallas stundtals på engelska för *letter of responsibility*, – *awareness*, – *support*, – *comfort*, – *understanding* eller *back up letter*. Den tyska respektive franska benämningen är *Patronatserklärung* respektive *lettre de patronage*.²⁶ Syftet med dessa handlingar är – likt en borgen – att underlätta för t.ex. ett dotterbolag att erhålla kredit. Ibland har försök gjorts att med hjälp av dessa benämningar klassificera dem efter deras ”styrka” (grad av bundenhet), där *letter of awareness* i regel fått beteckna den ”svagaste” varianten.²⁷ Jag vill dock betona att man bör vara mycket försiktig med en sådan indelning, då den många gånger inte motsvarar vad avtalsparterna – eller åtminstone den ene av dem – avser med avtalet.²⁸ Någon allmänt vedertagen svensk benämning på dessa handlingar finns ännu inte. Beteckningen stödbrev har används emellanåt och jag har här valt att använda mig av den termen.²⁹ Vad man kallar dessa handlingar är ur juridisk synvinkel i det närmaste egalt. Det intressanta är i stället vad som står i dem, avsikten bakom ”överenskommelsen” samt andra tolkningsdata.

²¹ Böhloff s. 289. Jfr. dock häremot Smart som inte tror att syftet särskilt ofta är att undandra sig ett juridiskt ansvar. Han menar att om handlingen saknar juridiska förpliktelser är den ointressant i vart fall för brittiska banker, se s. 296.

²² Miller s. 329. Smart är dock av motsatt uppfattning, se s. 296 och 300.

²³ Røsæg s. 103.

²⁴ Mottagaren av denna skriftliga förklaring kan lika gärna vara långgivare som varuleverantör. Jag kommer därför för enkelhetens skull att i fortsättningen i regel beteckna mottagaren kreditgivare. Ibland används dock beteckningen långgivare.

²⁵ Böhloff s. 292.

²⁶ Se t.ex. Bogdan s. 9 och Schneider s. 303.

²⁷ Se t.ex. Jonasson s. 8.

²⁸ Att sådan förväxling är vanlig och kan leda till mycket allvarliga följder betonas genomgående av författarna till ”Letters of Responsibility”.

²⁹ Se t.ex. Lindqvist s. 25, Blix s. 35 och RSV 1990:1 s. 293.

Det finns ytterligare ett "letter"; nämligen letter of intent. Med sådant avses i regel ett slags avsiktsförklaring med innebörd att man framöver avser att sluta ett avtal; ett slags avtal om kommande avtalsslut. Dessa kommer inte att behandlas i detta arbete.³⁰

Ett annat spörsmål som jag inte avser att behandla – men som i praktiken kan vara en mycket viktig fråga – är huruvida den som skrivit under stödbrevet haft fullmakt eller varit behörig därtill. I framställningen utgår jag ifrån att så är fallet, vilket ingalunda alltid överensstämmer med hur det går till i praktiken.

2.4.2 Internationellt fenomen

De s.k. stödbreven är internationellt ofta förekommande. I större skala synes de först ha kommit till användning i Västtyskland under andra halvan av 1960-talet.³¹ Dessa "Patronatserklärungen" hade sin grund i den tyska skattelagstiftningen, som i detta avseende innebar att ett lån från moderbolag till dotterbolag – under vissa förutsättningar – belades med två procent stämpelskatt. Förhållandet var detsamma om lånet lämnades av tredje man och moderbolaget därvid lämnade en borgen till långivaren. För att undgå skatten valde moderbolag i stället att lämna stödbrev till dotterbolagens finansiärer. 1972 togs bestämmelsen om stämpelskatt bort, men stödbreven har alltså fortsatt att öka i antal. Även om själva stödbreven i sig är en relativt ny företeelse, har affärsmän i evinnerliga tider gjort uttalanden – skriftliga som muntliga – med en innebörd som ibland tolkats som ett slags garanti av ungefär samma slag som dessa stödbrev.³² Stödbrevens rättsliga status har prövats av domstolar i bl.a. England, Frankrike, Australien, Danmark, Norge och Sverige.³³

2.4.3 Form och innehåll

I litteraturen har flera olika försök gjorts att systematisera de olika formuleringar som stödbrev i regel innehåller och vad dessa formuleringar kan ha för juridisk innebörd. Den tyska motsvarigheten till Föreningen Auktoriserade Revisorer (Institut der Wirtschaftsprüfer) anger fem grundformer av stödbrev (varav en enbart synes bero på tysk intern lagstift-

³⁰ För den som önskar att fördjupa sig i problematiken kring "letters of intent" hänvisas företrädesvis till Adlercreutz, SvJT 1987 s. 493 ff, Gomard s. 248 ff samt Holmgren och Lundqvist, "Letter of intent – värt mer än papperet?".

³¹ Beträffande den tyska historiken, se Schneider s. 303 f.

³² Beträffande amerikansk rätt, se två åskådliggörande rättsfall från början av seklet redovisade av Miller s. 329 f.

³³ Se bl.a. redogörelse av Bogdan s. 12 ff, Røsæg s. 44 ff och Wissum s. 23 ff.

ning), medan andra tyska författare därutöver anger ytterligare fem formuleringar som antingen går att härleda till någon eller några av de fem grundformerna eller hamnar däremellan, kanske utgörande en ny form.³⁴ Rodhe t.ex. går så långt att han anger elva grundformer.³⁵ Dessa senare synes enligt min mening snarare utgöra variationer på ett färre antal former eller möjligen en något mer förfinad glidande skala. Andra författare däremot nöjer sig med tre grundformer.³⁶ Numerären på dessa former har även angetts till andra tal.³⁷

Med hänsyn till avsikten med denna avhandling, dvs. att i första hand granska vissa skatterättsliga konsekvenser av stödbrev och underkapitalisering, nöjer jag mig med att begränsa varianterna på stödbrev till tre huvudtyper.

Dessa huvudtyper är följande.

"Svaga" stödbrev

Den "svagaste" formen är där utställaren i stort sett endast lämnar objektiva och verifierbara fakta. Sådana kan vara att "xx är vårt helägda dotterbolag", "vi har tidigare svarat för våra dotterbolags skulder", "ledningen för dotterbolaget åtnjuter vårt fulla förtroende", "vi är medvetna om att vårt dotterbolag har en skuld till er" etc. Här beskrivs fakta och/eller hur bolaget tidigare har agerat.

Är sakuppgifterna felaktiga eller vilseledande och föreligger det såväl culpa från moderbolagets sida som kausalitet mellan den felaktiga uppgiften och den skada som långivaren lider, kan långivaren ha rätt till skadestånd av utställaren.³⁸ Detta förutsätter dock att utställaren vet vad stödbrevet är avsett att användas till, vilket nog i regel får anses vara fallet i de situationer stödbrevet överlämnas av utställaren direkt till kreditgivaren. Däremot kan man tänka sig att denna förutsättning inte alltid är uppfylld i de fall då ett moderbolag överlämnar ett stödbrev till ett dotterbolag att användas "vid behov".

Fortsättningsvis kommer jag inte mer än undantagsvis att behandla denna typ av stödbrev.

"Starka" stödbrev

Den "starka" formen av stödbrev är att jämställa med borgen och innehåller uttryck som måste tolkas så att utfärdaren av stödbrevet accepterat att till borgenären avge en förbindelse som skall kunna uppfattas som ett

³⁴ IdW s. 210 ff samt Böhlhoff s. 290 f.

³⁵ Rodhe, Moderbolags ansvar s. 496 f.

³⁶ Schneider s. 304, Bogdan s. 12 och Lindqvist s. 27.

³⁷ Se Bogdan s. 12 och där gjorda hänvisningar samt Røsæg s. 63 ff.

³⁸ Se vidare Bogdan s. 16 och Lindqvist s. 27. För en närmare studie av förutsättningarna för skadestånd enligt svensk rätt i kontraktsliknande förhållanden, se Kleineman s. 439 ff.

slags borgen. Handlingen innehåller således något slags utfästelse för framtiden. Det är dock hela tiden fråga om en glidande skala där gränsen mellan ett "starkt" stödbrev och en formell borgensutfästelse är flytande.

Vid en enkel borgen blir borgensmannen betalningsskyldig först sedan utmätning hos gäldenären misslyckats, medan det vid proprieborgen ("såsom för egen skuld") räcker att konstatera att kredittagaren (dvs. dotterbolaget i detta fall) inte fullgjort sina åligganden senast på förfalldagen för att kunna kräva borgensmannen (moderbolaget) på betalning, se 10 kap 9 § HB. Det mest adekvata borgensalternativet till stödbrev torde vara proprieborgen, eftersom man i kommersiella förhållanden nästan uteslutande använder sig av sådan borgen. Enkel borgen är i sådant sammanhang mycket sällsynt.³⁹ Ett stödbrev kan även innehålla sådana formuleringar att det innefattar klara borgensåtaganden.⁴⁰ Sådana "starka" stödbrev kan säkerligen också av domstol betraktas som borgensförpliktelser i vissa fall. Denna typ av "starka" stödbrev kan hänföras till en särskild kategori och behandlas inte mer i detta kapitel. Däremot återkommer jag något till dessa stödbrev i kapitel 6 där jag behandlar de skatterättsliga konsekvenserna av infriande av borgensförbindelser m.m.

"Mellankategorin" av stödbrev

Ett ur juridisk synvinkel mer komplicerat fall av stödbrev är då utfärdaren antingen utlovar att i framtiden handla på visst sätt gentemot dotterbolaget eller kreditgivaren, eller – i mer eller mindre allmänna ordalag – uttalar sig om sin nutida/framtida policy.

Jag skall nedan ange ett antal exempel på formuleringar i stödbrev hänförliga till den sist nämnda kategorin, dvs. sådana stödbrev som varken kan betecknas som "svaga" eller "starka".

Före exempelgenomgången och den därefter följande behandlingen av bl.a. vissa skadeståndsrättsliga synpunkter, bör poängteras att det i svensk avtalsrätt inte uppställs några särskilda krav eller villkor för att det skall anses föreligga ett avtalsförhållande mellan två parter, i detta fall mellan utställande, skadevållande moderbolag och skadelidande kreditgivare. Det är hela tiden fråga om en process där parterna genom anbud, accept, passivitet och olika slag av konkludent handlande etc. blir allt mer bundna. Denna problematik avser jag dock inte att behandla. För förståelsen av den fortsatta framställningen räcker det med att ha detta i åtanke.

Exempel på formuleringar i stödbrev av "mellankategorin" är följande.⁴¹

³⁹ Bergström och Lennander s. 55.

⁴⁰ Jfr Lindqvist s. 28.

⁴¹ Formuleringarna är hamtade från Rodhe, Moderbolags ansvar s. 496 f och Böhlhoff s. 291. Jag har också jämfört dessa exempel med formuleringarna i stödbrev som jag fått

- a) Under den tid lånet varar avser vi/förbinder vi oss att behålla minst x procent av aktierna i x-dotterbolag. (Alternativt att bolaget lovar att underrätta om dess aktieinnehav i dotterbolaget ändras.)
- b) Vi bekräftar att det är vår nuvarande och framtida avsikt att se till att vårt dotterbolag har tillräckligt med kapital för att kunna fullfölja sina nuvarande (eventuellt också kommande) åtaganden.
- c) Vi förbinder oss att inte ekonomiskt belasta vårt dotterbolag så mycket att det inte kan fullfölja sina åtaganden.
- d) Vi har med hänsyn till vårt anseende alltid behandlat våra dotterbolags skulder som våra egna.
- e) Vi förbinder oss att köpa dotterbolagets produkter i sådan omfattning och till sådana priser att bolaget får tillräckliga medel att bestrida sina kostnader, inklusive ränta och amorteringar på lån.

Detta är endast några exempel på formuleringar. Antalet kan självfallet utökas betydligt. Jag anser att dessa exempel räcker för att man skall få en bild av hur stödbrev av "mellankategorin" kan vara formulerade. För den avslutande skatterättsliga bedömningen bör detta vara en fullt tillräcklig exemplifiering. Det kan här vara på sin plats att upplysa om att stödbrev emellanåt innehåller subordinations-/efterställningsklausuler. Moderbolaget kan lämna ett "löfte" om att vid en eventuell likvidation av dotterbolaget inte återkräva medel av bolaget förrän stödbrevsinnehavaren fått full teckning för sin fordran.

Låt oss något begrunda värdet av de formuleringar jag ovan redovisat. Exempel a) är, beroende på ordvalet, en avsikt med i första hand en moralisk förpliktelse ("avser") eller alternativt en juridiskt bindande utfästelse ("förbinder") rörande aktieinnehav, samt eventuellt innehållande en underrättelseskyldighet. Däremot finns inget "löfte" om att se till att lånet återbetalas.

Exempel b) avser egentligen bara bolagets avsikt. Det är antagligen svårt att hävda att utställande bolag härigenom bundit sig för att subsidiärt betala dotterbolagets skulder. Men låt oss anta att ett giltigt avtal föreligger. Ett avtal med innehåll att moderbolaget i något avseende skulle "se till" (svara för) att dotterbolaget gör rätt för sig gentemot kreditgivaren. När moderbolaget sedan inte uppfyller detta "åtagande" föreligger det då verkligen ett avtalsbrott oberoende av hur lång tid som förflutit och vad som inträffat sedan "avtalet" slöts? "Avsikter" ändras med rådande förhållanden och hade parterna önskat att ha en under hela kredittiden bestående

tillgång till. Jag kan därvid konstatera att dessa slag av formuleringar synes vara vanliga i stödbrev.

”avsikt”, vore en borgen eller någon annan säkerhet det juridiskt mest lämpliga. En avsiktsförklaring av nu nämnd innebörd (exempel b) synes inte kunna göras gällande enligt vare sig tysk eller amerikansk rätt.⁴² Däremot har Bylund hävdade att denna formulering antagligen är bindande enligt svensk rätt om inte moderbolaget skulle stå vid sin (framtida) avsikt.⁴³ Detta påstående har jag dock lite svårt att förstå. Hur länge skall i så fall en sådan förpliktelse vara ”gällande”? Kan åtagandet i så fall gälla hela kredittiden eller kan mellanliggande händelser göra att åtagandet (”avsikten”) inte längre rättsligt kan göras gällande? Jag återkommer något till dessa frågor i nästkommande avsnitt.

Även om stödbrevet i exempel b) inte medför en juridiskt bindande förpliktelse – vilket jag har svårt att tänka mig vara fallet – kan kreditgivaren ha rätt till skadestånd av utställaren om avsikten inte fanns när handlingen utfärdades, eller närmare bestämt sändes till adressaten. Även detta återkommer jag till i avsnitt 2.4.4.

Ser vi vidare på c) kan det ses som en förbindelse att inte göra uttag ur dotterbolaget, men däremot inte som en förpliktelse att skjuta till pengar.⁴⁴ Formuleringen i exemplet leder vidare till bl.a. följande två frågor. Den första är vad är det som kan konstitueras ett kontraktsbrott med efterföljande kausalitet vid skada. Den andra frågan är om det överhuvudtaget kan föreligga kausalitet om dotterbolaget först ett par år efter moderbolagets ”kontraktsbrott” (uttaget) inte längre kan fullfölja sina åtaganden.⁴⁵ Vi kan konstatera att det kan förflyta lång tid mellan tidpunkten för när moderbolaget eventuellt skall anses bundet av förpliktelser i stödbrevet och ”kontraktsbrottet”. Vidare kan det förflyta en längre tid mellan detta tillfälle och skadetidpunkten. Antag dessutom att moderbolaget endast tar ut en mindre del av kapitalet. Innebär detta att moderbolagets handlande medfört hela eller del av skadans storlek för kreditgivaren? En annan fråga som kan föranleda meningsskiljaktigheter är definitionen på vad som är ”uttag”.

Formuleringen i exempel d) är egentligen ett uttalande om förfluten tid. I doktrinen har gjorts gällande att ett sådant uttalande inte skulle vara bindande enligt engelsk, tysk eller amerikansk rätt.⁴⁶ Däremot har både Bylund och Rodhe gjort gällande att lydelsen enligt svensk rätt möjligen skulle kunna tolkas som ett bindande åtagande avseende framtida handlande.⁴⁷ Denna formulering skulle möjligen kunna hänföras till kategorin

⁴² Schneider s. 307 f och Miller s. 331.

⁴³ Bylund s. 314.

⁴⁴ Bylund s. 315, Rodhe, Moderbolags ansvar s. 496 samt Schneider s. 299.

⁴⁵ Se vidare Miller s. 331.

⁴⁶ Smart s. 299, Schneider s. 307 respektive Miller s. 331.

⁴⁷ Bylund pekar på att utställaren borde vara införstådd med att mottagaren möjligen

”svaga” stödbrev eftersom den endast beskriver förfluten tid.

Sista exemplet e) innehåller enligt sin ordalydelse en juridiskt bindande förpliktelse.⁴⁸ Men vilken betydelse får den för kreditgivaren? Kan en sådan förpliktelse göras gällande under obegränsad tid, dvs. under hela kredittiden? Utfästelsen innefattar dock inte något åtagande avseende dotterbolagets förpliktelser. Vidare ugör inte utfästelsen någon garanti för att dotterbolaget använder sina medel till betalning av lånet.

När man väl har kommit fram till att ett stödbrev innehåller en förpliktelse och även lyckats att specificera denna (vilket kan vara nog så problematiskt med hänsyn till den ”ojuridiska” form dessa handlingar har) kvarstår en uppsjö av hinder att ta sig igenom innan kreditgivaren kan vara säker på att han verkligen har ett rättsligt anspråk på stödbrevets utställare.

Här bortser jag från sådana intrikata problem som vilket lands lag som skall tillämpas. Stödbrev saknar ofta sådana klausuler, vilket kan bero på deras icke juridiska form och/eller parternas obenägenhet att vid upprättandet av ett stödbrev betrakta det som ett juridiskt bindande dokument.⁴⁹

2.4.4 Ersättningsskyldighet

2.4.4.1 Inledning

Om kredittagande dotterbolag inte fullföljer sina åtaganden gentemot kreditgivaren, kan den senare rikta krav mot stödbrevsutställande moderbolag och begära att moderbolaget betalar kreditgivarens fordran på dotterbolaget. I vissa fall kan man räkna med att moderbolaget går med på kravet, medan utställaren i andra fall kommer vägra att betala.

I förevarande avsnitt kommer jag att översiktligt behandla de tre alternativa grunder som en kreditgivare kan åberopa mot ett stödbrevsutställande moderbolag som vägrar infria kreditgivarens förfallna fordran på dotterbolaget.

Dessa tre grunder är skadeståndsskyldighet på grund av

- a) avtalsbrott,
- b) culpa in contrahendo, och
- c) dom om ansvarsgenombrott

tolkar innebörden av uttalandet som i vart fall en moralisk förpliktelse, se s. 315. Rodhe menar att detta uttalande kan vara en juridisk bindande förespegling om framtida handlingar, se Moderbolags ansvar s. 497.

⁴⁸ Rodhe, Moderbolags ansvar s. 496.

⁴⁹ Se Bylund s. 313, Bogdan s. 20 ff och Lindqvist s. 26.

Vilken av grunderna som kan aktualiseras beror på omständigheterna i det enskilda fallet. I ett visst fall kanske bara en av grunderna kan komma ifråga att åberopa, medan i ett annat fall flera grunder kan åberopas alternativt.

2.4.4.2 Avtalsbrott

Låt oss anta att ett stödbrev av "mellankategorin" – med hänsyn till dess innehåll och vad som förekommit mellan kontrahenterna – befinner sig inne i vissa juridiska förpliktelser för utställaren. Uppfylls inte dessa föreligger ett avtalsbrott.⁵⁰ Denna skillnad gentemot ett formellt borgensåtagande respektive ett "starkt" stödbrev som bedöms innehålla borgenslöfte i någon form är viktig att notera. Vid avtalsbrott – i motsats till en borgensförbindelse – föreligger inte någon skyldighet för moderbolaget att betala dotterbolagets skulder m.m. Däremot föreligger eventuellt skadeståndsskyldighet. Bevisbördan ligger då hos den skadelidande. Den skadelidande ställs härigenom inför två problem. För det första skall kreditgivaren visa att det föreligger kausalitet mellan å ena sidan moderbolagets agerande/underlåtenhet att agera i jämförelse med vad stödbrevet förpliktar moderbolaget att göra respektive hindrar det från att göra och å andra sidan uppstådd skada hos kreditgivaren. Orsaken kanske inte alls låg hos moderbolaget eller kanske inte alls hade kunnat undvikas genom uppfyllande av "avtalet". För det andra skall skadans storlek bestämmas. Är det fråga om ett brott mot ett avtal mellan moderbolaget och kreditgivaren och kausalitet etc. föreligger skall den senare ersättas enligt det positiva kontraktsintresset. Härmed avses att den skadelidande skall sättas i samma ekonomiska situation som om avtalet hade fullföljts.⁵¹ Oftast kanske skadans storlek är densamma som utebliven ränta och amortering.

⁵⁰ Se bl.a. Böhloff s. 292 och Lindqvist s. 27 f. I dansk rättspraxis har betalningsskyldighet p.g.a. stödbrev ansetts utgå i form av skadestånd vid icke-uppfyllande av kontrakt (i form av ett åtagande att till dotterbolaget tillskjuta ytterligare kapital), se Bogdan s. 13.

⁵¹ Jfr. Schneider s. 305. Här kan man väl i och för sig diskutera om det är någon reell skillnad mellan det negativa och det positiva kontraktsintresset. Det negativa kontraktsintresset innebär att den skadelidande skall sättas i samma ställning som om något avtal aldrig hade sluitits. Det innebär att lånebeloppet skall återgäldas, men möjligen också den avtalade och förfallna räntan. Den senare utgår antingen med stöd av räntelagen eller som en del i det negativa kontraktsintresset. Ty hade inte medlen lånats ut till bolaget hade banken kunnat förränta dem på annat vis. Enligt det positiva kontraktsintresset skall den skadelidande sättas i samma ställning som om kontraktet hade uppfyllts, dvs. ränta skall utgå. Skillnaden i vårt fall bör vara att vid uppfyllande av det negativa kontraktsintresset ränta inte kan utkrävas för tid efter att lånet i förtid återbetalats av moderbolaget till följd av dotterbolagets betalningssvårigheter, medan det positiva kontraktsintresset även skulle kunna ge visst utrymme för ersättning för förlorad beräknad ränteintäkt. Möjligen måste här beaktas vad en alternativ placering av medlen hade givit banken i avkastning.

En jämförelse med borgen visar på eventuell skillnad i detta sammanhang så till vida att det vid borgen antagligen inte föreligger rätt för borgenären att kräva ränta på huvudförbindelsen av borgensmannen såvida inte sådan skyldighet framgår av hans borgensförbindelse. Riktigheten av påståendet är dock beroende av omständigheterna i det enskilda fallet.⁵²

Ibland kanske den ersättningsberättigande skadan i stället kan vara mindre än vad som normalt sett skulle vara fallet på grund av kreditgivarens passivitet vid kritiska situationer etc. Som exempel kan man kanske tänka sig att kreditgivaren låter kredittagaren lyfta resterande del av en redan beviljad men ännu ej fullt utnyttjad kredit, trots att kreditgivaren är medveten om att kredittagaren står inför en konkurs. Ett annat exempel skulle kunna vara att kreditgivaren helt låter bli att reagera när denne får vetskap om att kredittagarens moderbolag har för avsikt att avyttra sitt aktieinnehav i det låntagande dotterbolaget.

När kreditgivaren visat på föreliggande förpliktelse, kausalitet och skadans storlek, återstår att bemöta moderbolagets olika invändningar gentemot påstådd betalningsskyldighet.

En första invändning från moderbolaget kan vara att det ställt medel till dotterbolagets förfogande, om det nu var så långt förpliktelsen i stödbrevet sträckte sig, men att dotterbolaget valt att prioritera andra borgenärer än den till vilken stödbrevet är utställt. Huruvida kreditgivaren här har ett rättmätigt krav gentemot moderbolaget avser jag inte att behandla då det är avhängigt av omständigheterna i det enskilda fallet. Moderbolaget har i många fall möjlighet att se till att dotterbolaget prioriterar de borgenärer moderbolaget finner lämpligast. Det bör dock noteras att moderbolaget inte har lämnat en formell borgen.⁵³

En andra invändning kan vara att lånevillkoren mellan dotterbolaget och kreditgivaren under den – eventuellt långa – kredittid som gått ändrats och att det avgivna stödbrevet avsåg det ursprungliga låneavtalet. Vidare kanske den långa tid som gått sedan stödbrevet utfärdades åberopas av utställaren som grund för att betalningsskyldighet inte föreligger, i synnerhet när formuleringen i handlingen mer är att hänföra till kategorin "avsiktsförklaringar/policybekräftelser". Även detta är faktorer som måste beaktas vid bedömandet av om stödbrevets ursprungliga förpliktelser alltså kan åberopas.⁵⁴

En tredje grupp av invändningar är s.k. force majeure som hind-

⁵² Walin s. 149 f.

⁵³ Enligt tysk rätt synes moderbolaget i denna situation få stå risken för att dotterbolaget – trots för ändamålet tillskjutna medel – inte fullgör sina förpliktelser gentemot långivaren, se Schneider s. 305 och IdW s. 212.

⁵⁴ Jfr. Miller s. 332.

rat/befriat moderbolaget från att fullfölja avtalet.⁵⁵ (Här avses alltså force majeure för moderbolaget och inte för dotterbolaget).

2.4.4.3 *Culpa in contrahendo*

I skadeståndslagen regleras vissa möjligheter att erhålla ersättning för skada någon tillfogats till följd av annan persons handlande (eller i vissa fall underlåtenhet att handla). Skadeståndslagens bestämmelser tar enligt 1 kap 1 § sikte på utomobligatoriska (utomkontraktuella) förhållanden. I lagrummet uttalas att lagen är tillämplig "där annat ej är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden". Skadeståndslagen är en ramlag, varvid bestämmelserna har en allmän och generell karaktär. Lagens bestämmelser får därför inte läggas till grund för e contrarioslut (motsatsslut).⁵⁶

Föreligger det inte en juridisk förpliktelse i ett stödbrev kan det inte heller per definition bli fråga om avtalsbrott; något avtal finns inte mellan parterna. Den som förlitat sig på ett icke juridiskt bindande stödbrev och därigenom lidit ekonomisk skada är i princip hänvisad till skadeståndslagens regler och den omfattande praxis som finns på området.

Den som förlitar sig på ett stödbrev som saknar juridiska förpliktelser för utställaren och med stöd av detta lämnar en kredit som senare inte kan återkrävas, lider vad man inom skadeståndsrätten benämner "ren förmögenhetsskada" (eller direkt allmän förmögenhetsskada). Med ren förmögenhetsskada avses enligt 1 kap 2 § SKL "sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada". Vid ren förmögenhetsskada är huvudregeln den att skadan inte är skadeståndsgrundande annat än när den tillfogats genom brott, se 2 kap 4 § och 3 kap 1 § SKL.⁵⁷

Det är en grundläggande avtalsrättslig princip att var och en bär risken för eventuella kostnader för olika avtalsförhandlingar han deltar i och som inte leder till avtalsslut. Men samtidigt har man också under senare decennier accepterat tesen att den som förfar illojalt eller försumligt vid sådana avtalsförhandlingar kan hållas skadeståndsansvarig för de onödiga kostnader som motparten åsamkas.

Från skadeståndssynpunkt kan det därför vara av intresse för käranden att försöka föra den ifrågavarande skadan till den "kontraktsrättsliga sfären" där möjligheterna till skadestånd är betydligt större än vad som gäller vid ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden, se

⁵⁵ Bylund s. 315 f.

⁵⁶ Bengtsson, Nordensson och Strömbäck, Skadestånd s. 79.

⁵⁷ Vad som avses med "ren förmögenhetsskada" i SKL, se Kleinman s. 133 ff och vad som avses med "brott" i nämnda lagrum, se a.a. s. 144 ff.

mer om detta nedan. Således önskar kreditgivaren, om han inte kan vinna framgång med att hävda att stödbrevet är juridiskt bindande, hänföra stödbrevet till kontraktssfären och påstå att utställaren vilselett honom eller underlåtit att bringa honom ur denna uppenbara villfarelse och att detta medfört ekonomisk skada för honom.⁵⁸

Man har i praxis accepterat att skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada kan uppkomma i vissa speciella situationer trots att något giltigt avtal inte förelegat mellan parterna och trots att det inte heller förekommit något brottsligt förfarande. Bl.a. har man funnit att skadeståndsskyldighet kan uppkomma i det fallet att förhandlingar mellan parter inte lett till att ett bindande avtal slutits dem emellan, men att ena partens uppträdande i samband med förhandlingarna medfört att den andra parten åsamkats en ekonomisk skada.⁵⁹ Jämför här den situationen att ett moderbolag utställt ett icke bindande stödbrev som en bank förlitat sig på och som senare medfört en förlust för banken. I stödbrevsfallet kan en eventuell skadeståndsskyldighet för moderbolaget med Karlgrens resonemang "avse den minuspost" i förhållande till den förmån som ogiltighetspåföljden ur moderbolagets synvinkel innebär.⁶⁰ Trots att man synes ha accepterat principen om att skadeståndsansvar kan uppkomma i utomobligatoriska förhållanden där brott inte ägt rum, har domstolarna överlag varit restriktiva mot att medge skadestånd i sådana fall.⁶¹

I de fall skadestånd aktualiseras i ett utomobligatoriskt förhållande kan rätten till skadestånd i princip hänföras till två alternativa grunder. Den ena grunden – som också kommer till uttryck i 2 kap 4 § SKL, fast där i något inskränkt bemärkelse – är den sedan lång tid hävdvunna s.k. deliktsteorin. Denna kan sägas innebära att skadestånd utgår endast då den skadevållande begått en brottslig handling eller annorledes förfarit otillbörligt. Den andra grunden för skadeståndsskyldighet i ett utomobligatoriskt förhållande är "kontraktsteorin" eller "kvasikontraktsteorin". Den har utvecklats främst under senare år genom praxis och doktrin. Denna skadeståndsgrund innebär att frågan om skadeståndsansvar i utomobligatoriska sammanhang skall bedömas med utgångspunkt från avtalsrättsliga grundsatser. Karlgren har uttryckt detta på följande vis.

⁵⁸ Jämför här NJA 1990 s. 745 där fråga var om skadeståndsskyldighet förelåg till följd av ett bolags uppträdande under förhandlingar som ej ledde till bindande avtal. Avgörandet är utförligt kommenterat av Kleineman, JT 1991–92 s. 125 ff.

⁵⁹ I specialmotiveringen till 1 kap 1 § SKL sade dep.ch. bl.a. att de skadeståndsrättsliga reglerna också kan ha verkan i de situationer där något avtal inte föreligger men där situationen ändå dock uppvisar kontraktsliknande drag, se prop 1975:5 s. 448.

⁶⁰ Karlgren s. 10 f.

⁶¹ Se orsakerna härför i bl.a. Kleineman, JT 1992 s. 125 ff, där också praxis behandlas. Se även Bengtsson, SvJT 1990 s. 63 f.

”Rättsgrunden för ansvaret är nämligen den kontraktsrättsliga eller den kvasi-kontraktsrättsliga relation, vari parterna – oaktat det är fråga blott om ett beteende in contrahendo (beteende vid avtalsförhandlingar, min anm.) – anses stå till varandra. Det finnes ett kontrakt- eller kvasikontraktsrättsligt ’band’ som, redan på förhandlingsstadiet, håller dem samman. Envar har i sin egenskap av kontraherande part visst ansvar mot sin motpart; ur avtalsmellanhavandet som sådant kan under givna betingelser härledas anspråk på rättskydd mot att man genom motpartens föranledande tillskyndas skada.”⁶²

Karlgren pekar också på att dessa två skadeståndsgrunder – deliktsteorin och kontraktsteorin – ibland sammansmälter i det enskilda fallet.

”Klyftan dem emellan kan emellertid med hänsyn till de praktiska resultaten i de väsentligaste avseendena överbryggas genom att man visserligen principiellt utgår från deliktsteorins betraktelsesätt – det är det ur utomobligatoriska synpunkter obehöriga beteendet, som utgör rättsgrund för skadeståndsskyldigheten – men med betonande av att det likvisst här rör sig om ett område som gränsar till den kontraktsrättsliga skadeståndsrätten ...”⁶³

Enligt 1 kap 1 § SKL skall skadeståndslagens regler tillämpas om ej annat ”... följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden.” Detta har föranlett Kleineman att hävda att eftersom vilseledande typiskt sett ger upphov till rena förmögenhetsskador och då det inte finns någon allmän regel om ansvar för vårdslöst orsakade rena förmögenhetsskador i kontraktsrätten, utgör hänvisningen i 1 kap 1 § SKL närmast en hänvisning till de principer som på den ena eller andra grunden anses falla inom kontraktsrätten. Vidare hävdar Kleineman att någon deliktsteori, varifrån civilrättsligt vilseledandeansvar skulle kunna härledas, inte kan uppställas i svensk rätt.⁶⁴ Vidare anför Kleineman bl.a.

”Det kontraktuella skadeståndsansvaret sammanhänger nära med reglerna om ansvar för dröjsmål och fel ... I vissa fall framträder skyldigheten att inte skada medkontrahenten som en slags kontraktuell biförpliktelse. Normalt kan man utgå från att den, som antingen genom kontraktsbrott eller på annat sätt föranleder avtals ogiltighet, har att svara för skada som orsakas av vårdslöshet. Som ett komplement till nu beskrivna ansvarsprinciper framträder ansvar på grundval av culpa in contrahendo. Med stöd av den ansvarsprincipen kan den som vid ingående av avtal ... i vissa fall bli ansvarig för oaktsamt vilseledande. De kontraktuella skadeståndsprinciperna innebär, att i den mån ansvaret kan hänföras till kontraktssfären, så kan ett omfattande ansvar för rena förmögenhetsskador göras gällande. Eftersom svensk rätt ... inte uppställer några särskilda krav eller villkor för att det skall anses föreligga ett kontraktsförhållande mellan en skadevällare och den skadelidande,

⁶² Karlgren s. 14.

⁶³ A.a. s. 16.

⁶⁴ Kleineman s. 424. Detta hindrar dock inte enligt Kleineman att man för vissa enskilda fall skulle kunna påstå att ansvar för vilseledande uppträder på deliktuell grund.

och då det inte finns någon allmän formel för att fastställa om en viss skada är av kontraktuell natur, föreligger här en klar möjlighet för domstolarna, utan att behöva åsidosätta spärregeln i 2 kap 4 § skadeståndslagen, likväl ålägga ansvar för ren förmögenhetsskada utan att det föreligger brott.”⁶⁵

Jag avser inte att behandla frågan om ersättning skall utgå enligt det ”negativa kontraktsintresset”, dvs. om den skadelidande skall ersättas endast för sin förlust, eller om ersättning skall utgå enligt det ”positiva kontraktsintresset”, dvs. ersättningen skall även täcka den skadelidandes uteblivna vinst. I regel synes – såvitt jag vid en mycket begränsad studie kunnat finna – ersättningen vid ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden begränsats till det ”negativa kontraktsintresset”. I sammanhanget nöjer jag mig med att nämna att Adlercreutz förespråkar en ”riskfördelning” i liknande situationer.⁶⁶

Att gränsen mellan kontraktuellt och utomobligatoriskt skadeståndsansvar är tämligen flytande framgår, enligt Kleineman, om inte annat av att lokutionen culpa in contrahendo synes användas såväl för oaktsamhet vid avtalsförhandlingar som leder till avtal, som för oaktsamhet vid förhandlingar som inte leder fram till avtal.⁶⁷ En avgörande förutsättning för ansvar är dock att den tillit som följt av vilseledandet bedöms vara befogad.⁶⁸

Att ansvar för culpa in contrahendo kan föreligga bl.a. till följd av vilseledande innan eller i samband med att ett avtal ingås framgår ovan. Men hur förhåller det sig med fallet att något avtal inte har slutits? Som jag tidigare påpekat intar svensk rätt en ganska flexibel inställning till vad som avses med en kontraktsrelation.⁶⁹ Detta innebär att domstolarna tillåter en relativt vid tolkning av när ett avtal föreligger, vilket i sig rimligen också bör medföra att tolkningen av vad som innefattas i begreppet ”avtalsförhandlingar” blir i motsvarande mån också relativt vid. Detta förhållande synes också vara en av orsakerna till att man i praxis i viss utsträckning accepterat skadestånd på grund av culpa in contrahendo vid rena förmögenhetsskador där något klart avtalsbrott inte förelegat. Om jag förstått saken rätt, innebär vårt alltmer komplicerade affärsliv med olika slag av föravtal och avancerade anbuds- och acceptförfaranden att det inte är lika lätt längre att dra gränsen för när ett avtal föreligger.⁷⁰

⁶⁵ A.a. s. 424 f.

⁶⁶ Se Adlercreutz; SvJT 1987 s. 511 ff.

⁶⁷ Kleineman s. 428.

⁶⁸ A.a. s. 432.

⁶⁹ Se t.ex. Adlercreutz, Avtalsrätt I s. 238 ff.

⁷⁰ Det råder viss oklarhet om vad som avses med avsiktsförklaring respektive föravtal. Adlercreutz anför för egen del att föravtal i princip är ett bindande avtal, fastän det med hansyn till brister i fråga om innehållets precisering kan bli ogiltigt på den grunden. Avsiktsförklaringen är däremot i princip inte bindande med avseende på det slutliga avtalet, fastän den givetvis kan innehålla bestämmelser om ersättning för kostnader och

Utan att fördjupa mig närmare i frågan om vilka förutsättningar som måste vara uppfyllda för att svensk domstol skall utdöma skadestånd på grund av culpa in contrahendo, skall jag ändå mycket lösligt applicera denna rättsfigur på mina exempel på stödbrev av "mellankategorin". Jag vill betona att mitt resonemang endast har till syfte att vara en allmän diskussion och visa på möjligheten att väcka talan med anledning av ej infriade stödbrevsförpliktelser med culpa in contrahendo som grund för talan. Jag kommer inte att försöka penetrera problemet stödbrev ur skadeståndsrättslig synvinkel. Min avsikt är i första hand att peka på att utställda – ej juridiskt bindande – stödbrev kan medföra skadeståndsskyldighet för utställaren på grund av culpa in contrahendo. Detta har betydelse för mina skatterättsliga slutsatser i kapitel 6.

Låt oss anta att mina exempel på formuleringar i stödbrev ovan (a–e avsnitt 2.4.3) inte innehåller några juridiska förpliktelser om man enbart ser till ordalydelsen. Antag vidare att något brottsligt förfarande inte heller ägt rum, men att vi kan hänföra dem till den "kontraktsrättsliga sfären". De förhandlingar som förevarit mellan moderbolaget och kreditgivaren – där stödbrevet varit ett av flera viktiga inslag – får anses ha knutit dessa parter till varandra i något man skulle kunna beteckna som en avtalsrelation. Alltså på detta vis skulle man kunna hänföra stödbrevet – och de uttalanden m.m. som gjorts vid förhandlingarna – till den "kontraktsrättsliga sfären".

Antag slutligen att mottagaren av stödbrevet haft befogad anledning att hysa tillit till vad som påstås i det.

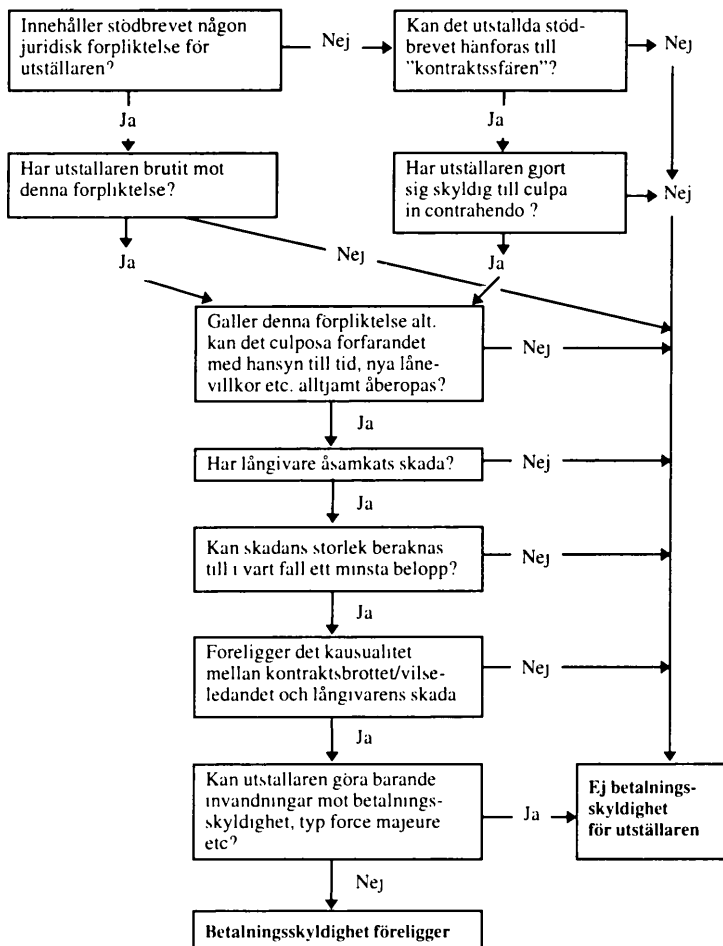
Om vi utifrån dessa utgångspunkter granskar exempel a) bör vi ställa oss frågan vilken (adekvat) kausalitet som kan föreligga mellan att sälja aktierna och eventuellt uppkommen skada för kreditgivaren. Aktiekapitalet är detsamma. Endast en ny ägare har trätt in på scenen. Såvida den nye ägaren inte är en "ökänd bolagsplundrare" kan det nog vara svårt att med framgång hävda att det föreligger adekvat kausalitet mellan avyttringen av aktierna och kreditgivarens skada till följd av kredittagarens betalningsinställelse. Vidare är att anmärka att utställaren av stödbrevet inte har utfäst något annat än att behålla visst röstetal eller antal aktier. Därmed är inte något sagt om att moderbolaget skall se till att dotterbolaget gör rätt för sig. Exempel b) har jag redan behandlat en del ovan och vad gäller exempel c) kan man väl tänka sig att ett uttag ur dotterbolaget som i sin tur föranleder detta bolag att inställa betalningarna till kreditgivaren skulle kunna vara skadeståndsgrundande. Ett villkor för lånet var kanske att moderbolaget inte "tömde" sitt dotterbolag på tillgångar. Om nu moderbolaget ändå gör detta och dessutom i relativt snar anslutning

även kan medföra vissa rättsverkningar. Den kan under vissa kompletterande förutsättningar t.o.m. få verkan av avtal, se Adlercreutz, SvJT 1987 s. 497.

till att stödbrevet och krediten lämnats, bör väl en skadeståndstalan på grund av culpa in contrahendo inte vara helt utesluten. Även frågan om ansvarsgenombrott skulle kunna aktualiseras, se mer om detta nedan. Innebörden av exempel e) är egentligen att moderbolaget skall göra något gentemot tredje man, dvs. dotterbolaget. Men även här kan ett visst handlande av moderbolaget gentemot dotterbolaget ha varit en nödvändig förutsättning för att banken skulle lämna lånet. Således torde även här i vissa fall frågan om ansvar för culpa in contrahendo kunna komma i fråga.

2.4.4.4 Sammanfattning avtalsbrott och culpa in contrahendo

Om jag sammanfattar de ovan redovisade frågorna med hjälp av ett flödesschema ger det följande mycket förenklade bild.



Vad jag i den löpande texten och det förenklade schemat ovan försökt visa är vilka problem som kan föreligga för den kreditgivare som med juridiska medel önskar kräva utställaren av ett stödbrev på betalning. Omvänt gäller – och det är av intresse för syftet med denna avhandling – att utställaren många gånger kanske saknar juridisk betalningsskyldighet, varvid avdragsrätten vid inkomsttaxeringen för sådant utbetalt belopp kan komma att ifrågasättas. (Se mer om detta i kapitel 6).

Det aktualiseras fler problem med anledning av stödbreven. För den fortsatta framställningen skall jag endast omnämna några av dem utan att göra försök till någon närmare analys. Antag att kreditgivaren också är finansär till moderbolaget. Härigenom kan det tänkas att kreditgivaren "framtingar" en betalning med ett mycket "svagt" stödbrev som grund (jämför tureorna kring Nobel/Gamlestaden). En skillnad mellan borgen och stödbrev kan vara att det senare i något avseende knyter kreditgivaren närmare kredittagaren, så att kreditgivaren har viss kontroll över kredittagaren. Enligt min mening torde detta kunna vara ett rimligt antagande, eftersom säkerheten för kreditgivaren i dessa situationer är svagare än vid en ren borgen. För att man skall kunna ställa moderbolaget till svars kanske man rent av kan kräva att kreditgivaren – som saknar en formell borgen – fortlöpande förvissar sig om kredittagarens kreditvärdighet etc. För fullständighetens skull bör även nämnas att moderbolag antagligen ibland på grund av goodwill etc. infriar "förpliktelser" i stödbrev trots att de egentligen inte är förpliktade härtill.⁷¹

Om det inte med framgång går att göra gällande att stödbrevet innehåller förpliktelser för moderbolaget visavi kreditgivaren och om det likaledes saknas förutsättningar för denne att kräva skadestånd av moderbolaget på grund av culpa in contrahendo, och någon "frivillig" betalning inte är aktuell, återstår i stort sett endast möjligheten att via domstol få moderbolaget ersättningsskyldigt genom s.k. ansvarsgenombrott.

2.4.4.5 Ansvarsgenombrott

Ett aktiebolag eller en ekonomisk förening är ett från sina ägare och medlemmar fristående rättssubjekt. Även ett handelsbolag är en juridisk person, men är ifråga om ansvar och förpliktelser inte skilt från delägarna. Ett visst skydd för ett aktiebolags borgenärer finns i 13 kap 2 § ABL, där det stadgas att styrelsens ledamöter ansvarar för bolagets förpliktelser om de försummar att vidta åtgärder som är föreskrivna i fall då det finns anledning befara att bolaget förlorat viss del av aktiekapitalet. ABL innehåller vidare bestämmelser om skadeståndsansvar för bl.a. styrelseledamöter och aktieägare gent-

⁷¹ Røsæg anser för sin del att oftast uppfylls inte förpliktelser i stödbrev med mindre att det är fråga om en rättsligt bindande förpliktelse, se s. 12. Den uppfattning jag har fått genom samtal med bl.a. revisorer är att utställaren inte sällan betalar på rent moralisk grund.

emot bolaget och dess borgenärer.

I praxis har man i vissa fall gått utöver de nu nämnda skadestandsreglerna och sett igenom det "skal" som ett aktiebolag enligt ABL utgör. Därvid har man funnit att den eller de – fysiska eller juridiska – personer som står bakom bolaget skall ansvara för bolagets förpliktelser, på kontraktsrättslig grund eller på utomobligatorisk grund.⁷² Detta förfarande kallas i regel för ansvarsgenombrott.⁷³ Ansvarsgenombrott synes främst ha blivit föremål för domstolsprövning vid förhållandet moderbolag – dotterbolag.⁷⁴ En orsak till att domstolarna vid några tillfällen sett igenom dotterbolaget och funnit moderbolaget ansvarigt för dotterbolagets förpliktelser har varit att moderbolaget drivit dotterbolaget på ett illojalt eller otillbörligt sätt gentemot dotterbolagets borgenärer och/eller att dotterbolaget utrustats med otillräckligt kapital för den verksamhet som bolaget varit avsett att driva, m.a.o. att bolaget varit underkapitaliserat.⁷⁵ (Angående skatterättsliga regler om underkapitalisering, se kapitel 3).

Betalningsansvarskommittén har föreslagit att 1 kap 1 § ABL skall få ett tillägg med bl.a. följande innehåll.

"Kan ett aktiebolag inte uppfylla sina förpliktelser mot borgenärerna och beror detta på att en delägare begagnat sitt inflytande över bolaget på ett gentemot borgenärerna otillbörligt sätt, svarar delägaren solidariskt med bolaget för vad som brister. Ansvar inträder dock inte i annat fall än då bolagets ekonomiska underlag varit uppenbart otillräckligt i förhållande till verksamhetens art och omfattning samt till förutsebara risker..."

Kommittén anser således i sitt lagförslag att underkapitalisering skall vara en nödvändig om ej tillräcklig förutsättning för ansvarsgenombrott.⁷⁶ Någon närmare definition av vad som avses med underkapitalisering ges dock ej av kommittén.⁷⁷ Vidare anser kommittén att man vid bedömningen om ansvarsgenombrott kan aktualiseras skall se på orsakerna till det bristande kapitalunderlaget.⁷⁸

⁷² Beträffande ekonomiska föreningar, se NJA 1928 s. 427, 1935 s. 81, 1942 s. 473 och 1944 s. 35. De HD – avgöranden som rör aktiebolag är NJA 1947 s. 647, 1975 s. 45 och 1982 s. 244. I det sistnämnda fallet berörde dock inte HD frågan om ansvarsgenombrott närmare. Flera av dessa avgöranden har kommenterats utförligt i doktrinen. Se bl.a. Hellner, Teori och praxis s. 131 ff och 162 ff, Nial, Associationsrätt s. 220 ff, Rodhe, Moderbolags ansvar s. 486 ff och Moberg s. 44 ff.

⁷³ Se närmare om ansvarsgenombrott i bl.a. SOU 1987:59, Hellner, Teori och praxis s. 122 ff, Nial, Associationsrätt s. 220 ff, Rodhe, Moderbolags ansvar s. 481 ff, Moberg s. 42 ff, dens, Striptease s. 309 ff samt Schultén m.fl. vid det 30:e nordiska juristmötet 1984.

⁷⁴ Vad avser HD:s prövning har domstolen explicit tagit ställning till ansvarsgenombrott i ett enda fall rörande moderbolag och dotterbolag. Det var i det s.k. dammbyggnadsålet, NJA 1947 s. 647. I NJA 1975 s. 45 var det fråga om ett huvudbolags ansvar för ett kommissionärsbolags (systerbolag) skulder.

⁷⁵ Beträffande NJA 1947 s. 647 är det något omtvistat huruvida det var avgörande att dotterbolaget var underkapitaliserat, se Hellner, Teori och praxis s. 165 f.

⁷⁶ SOU 1987:59 s. 131.

⁷⁷ Denna bristande analys har kritiserats av Moberg s. 57.

⁷⁸ SOU 1987:59 s. 131.

Förslaget, som efter sedvanligt remissförfarande överlämnades av regeringen till Lagrådet, utsattes för kraftig kritik från Lagrådet, som bl.a. ansåg att rekvisiten "otillbörligt" och "uppenbart" i detta sammanhang var för allmänt hållna och hade utpräglad karaktär av värdeomdömen.⁷⁹ Till följd härav valde föredragande statsråd att inte föreslå regler om ansvarsgenombrott. Aktiebolagskommittén fick enligt tilläggsdirektiv bl.a. till uppgift att lämna förslag till regler om ansvarsgenombrott. Enligt senare direktiv skall kommittén inte längre lämna sådant förslag.⁸⁰ Kommittén lämnade i oktober 1992 delbetänkandet "Aktiebolagslagen och EG" där frågan om ansvarsgenombrott således inte berörs.⁸¹

Sammanfattningsvis kan man nog med stor säkerhet fastslå att det i praktiken mycket sällan blir fråga om att tillämpa ansvarsgenombrott, oberoende av de bakomliggande omständigheterna. På grund härav anser jag att jag inte har anledning att beröra detta ämnen ytterligare i avhandlingen. Dock bör nämnas, att utländska domstolar kan tänkas, ifråga om svenska moderbolags utländska dotterbolag, anse ansvarsgenombrott föreligga även om så inte skulle vara fallet enligt svensk rätt, varvid eventuella tillgångar som det svenska bolaget har i dotterbolagets stat kan komma att tas i anspråk av det utländska dotterbolagets fordringsägare.⁸²

2.4.5 Utländsk rättspraxis

Inför den fortsatta framställningen anser jag att det är nödvändigt att undersöka hur stödbrev har behandlats av domstolar. Det är till sist där stödbrevets eventuella juridiska förpliktelser prövas. I Sverige har vi ännu inte haft så många processer i de allmänna domstolarna. "Prövningen" av stödbrevens juridiska innebörd har främst ägt rum i slutna direktionsrum, på bolagsstämmor och i massmedia (se bl.a. Nobel/Gamlestaden gentemot Nordbanken m.fl.). Eftersom stödbrev är ett internationellt fenomen sedan drygt ett par decennier, kan det vara av värde att även beröra några utländska domstolsavgöranden. Man bör dock hålla i minnet att såväl lagtolkningsmetoder som processuella regler skiftar mellan olika rättssystem. Emellertid är formuleringarna i stödbreven "internationellt harmoniserade" varför i vart fall parternas och domstolarnas argumentering i utländska domstolsavgöranden bör ha viss relevans även för tolkning av stödbrev enligt svensk rätt. Vidare bör noteras att utländsk – och då särskilt engelsk – rätt har stort inflytande i det praktiska affärslivet. Detta gäller i ännu högre grad i dessa situationer, då sådana handlingar ofta lämnas som stöd för ett utländskt dotterbolag att användas vid lånefinansiering i en annan stat än utställarens. Jag skall nedan behandla ett par

⁷⁹ Prop 1990/91:198 bilaga 5 (Lagrådets yttrande).

⁸⁰ Dir. 1991:98

⁸¹ SOU 1992:83.

⁸² Nial, Associationsrätt s. 227.

engelska rättsfall, men jag kommer även att kort omnämna några avgöranden från Tyskland och Frankrike som den intresserade läsaren själv kan fördjupa sig i.

Tolkning av stödbrev har varit föremål för prövning i två mycket intressanta och internationellt uppmärksammade mål av engelsk under- och överrätt (High Court respektive Court of Appeal). Jag avser att endast ge en kort sammanfattning här. Jag kommer främst att belysa vissa av domstolarnas skäl och resonemang.

En liten varning bör dock vara på sin plats. Det är nämligen så att engelska domstolar – oftast –, till skillnad från svenska, i princip tolkar skriftliga åtaganden uteslutande med beaktande av deras ordalydelse, deras sammanhang och de objektiva omständigheterna vid deras tillkomst, medan bevisning om de aktuella avtalsparternas subjektiva avsikter inte är tillåten.⁸³

I det första avgörandet, *Chemco Leasing Ltd (CL) v. Rediffusion PLC (R)*⁸⁴, var CMC Italy försäljare av datautrustning. Bolaget ägdes av CMC France, som i sin tur ägdes av R. I juni 1979 slöt CL ett avtal med CMC Italy innebärande att CL skulle finansiera leasingverksamhet till CMC Italys kunder. Fram till april 1981 slöts fem sådana leasingavtal. Efter att två av dem slutits skrev R ett stödbrev till CL i december 1979 med bl.a. följande innehåll.

"We confirm to you that the share capital of CMC Italy is owned 99,91 % by CMC France which is in turn 100 % owned by the under-signed R. Therefore R will be in a position to exercise sufficient control over the administration and management of CMC Italy to ensure that its obligations to CL are maintained.

We assure you that we are not contemplating the disposal of our interests in CMC Italy and undertake to give CL prior notification should we dispose of our interest during the life of the leases. If we dispose of the interest we undertake to take over the remaining liabilities to CL of CMC Italy should the new shareholders be unacceptable to CL."

Ett liknande brev avsändes i augusti 1980. I november 1981 lät R avveckla sitt inflytande i CMC Italy. CL meddelades detta per telex i december 1981 samt genom ett telefonsamtal i januari 1982. I juli 1982 gick CMC Italy i konkurs. CL fick vetskap om detta i slutet av augusti och i början av september 1982 skrev CL till R och begärde betalning för skuldbelopp och ränta. Som grund åberopade CL att bolaget inte accepterade de nya aktieägarna till CMC Italy samt att R inte hade förvarnat dem om aktieöverlåtelsen, vilket R förbundit sig att göra enligt stödbrevet.

⁸³ Se t.ex. Bogdan s. 16 och Gorton, SvJT 1989 s. 725.

⁸⁴ Court of Appeals avgörande finns refererat i F.T.L.R. 1987, 201. Domen har kommenterats och analyserats av Brown s. 281 ff och Fisher s. 215 ff.

Då R vägrade att betala stämde CL bolaget.

R medgav att stödbrevet var juridiskt bindande. Däremot menade R att brevets sista stycke innebar att om R gjorde sig av med sitt inflytande i CMC Italy skulle R ta över CMC Italys åtaganden gentemot CL om den senare inte accepterade CMC Italys nya ägare. R menade vidare att denna formulering var ganska vag och överlät till domstolen att avgöra om R till följd härav och med hänsyn till parternas agerande verkligen kunde åläggas att överta betalningsansvaret. I målet prövades överhuvudtaget inte om stödbrevet var bindande, eftersom detta ej hade ifrågasatts av R. Domaren i första instans synes dock ha haft vissa dubier angående stödbrevets giltighet överhuvudtaget. Talan ogillades i båda instanserna, vilket huvudsakligen berodde på CL:s passivitet att invända mot de nya aktieägarna. CL dröjde nämligen nio månader med att protestera mot bytet av ägare. Vidare ägde protesten rum först efter att CMC Italy försatts i konkurs. Detta avgörande exemplifierar hur ett stödbrev kan se ut och hur de olika turerna kring utställandet och krav på infriande kan gå till. Det visar vidare på att ett visst ansvar även åvilar kreditgivaren om denne skall kunna göra gällande rättsliga anspråk med anledning av stödbrevet.

Det andra fallet jag avser att beröra, Kleinwort Benson Ltd (KB) v. Malaysia Mining Corporation (MCC)), är mycket omskrivet.⁸⁵ KB hade lämnat ett lån till MMC:s helägda dotterbolag, Metals, och erhållit ett stödbrev av moderbolaget. Lånet var ursprungligen på fem miljoner pund för att sedermera ökas till det dubbla.

I stödbrevet ingick bl.a. följande centrala formuleringar:

1. We hereby confirm that we know and approve of these facilities (dvs. dotterbolagets lån) and are aware of the fact that they have been granted to Metals because we control directly or indirectly Metals.

2. We confirm that we will not reduce our current financial interest in Metals until the above facilities have been repaid or until you have confirmed that you are prepared to continue the facilities with new shareholders.

3. It is our policy to ensure that the business of Metals is at all times in a position to meet its liabilities to you under the above arrangements.

Till följd av tennmarknadens kollaps 1985 blev Metals insolvent och trädde i likvidation. KB krävde betalning av MMC. Svaranden vägrade betala och anförde att stödbrevet inte var juridiskt bindande och inte heller var avsett att vara det från någon av parternas sida. Vidare anförde svaranden att förutsättningarna sedermera hade förändrats så till den grad (tennmarknadens kollaps etc.) att MMC:s ursprungliga policy inte längre

⁸⁵ High Courts avgörande, se (1988) All England Law Reports s. 714 ff (Queens Bench Division) och Court of Appeals avgörande, se 1 Weekly Law Reports (1989) s. 379 ff. Målet har kommenterats av bl.a. Brown s. 281 ff, Fisher s. 215 ff, Bogdan s. 14 ff, Gorton, SvJT 1989 s. 726 ff och Røsæg s. 332 ff.

gällde. Det bör även noteras, att KB ursprungligen begärt en garanti av MMC, som dock vägrade att lämna sådan. I stället fick banken, förutom nämnda stödbrev, en något högre provision än vad som var normalt.

Underinstansen fann MMC betalningsskyldigt. Som skäl anfördes bl.a.

"There seems to me to be a very substantial difference between, on the one hand, a guarantee, and on the other, a paragraph like the one under consideration in the present case. A guarantee is usually drawn in language the meaning of which is not susceptible to much debate; it usually contains detailed and stringent provisions to facilitate prompt enforcement in case of default of the principal debtor; and it usually gives rise to a straightforward monetary claim for a precisely ascertainable figure.---

By contrast, a paragraph such as the present one often provokes a debate as to its construction (as the present case shows): questions may arise whether the alleged default by the principal debtor is irredeemable, or at least whether (even in the case of an insolvent principal debtor) there may not be a prospect of some dividend; --- moreover the claim will not be for a liquidated sum, but for damages, whose precise quantification may be controversial, and which is always subject to the plaintiffs' duties to mitigate. Having regard to all these considerations, it is not in the least surprising that MMC, while rejecting a formal guarantee, were prepared to accept a paragraph like the present one.

... I am quite unable to accept --- that once a formal guarantee had been rejected by MMC (as it undoubtedly was) there was no further scope for the possibility of any contractually binding obligation of the sort enshrined in the crucial paragraph. The one simply does not follow from the other, particularly having regard to the normal characteristics of negotiations of the present kind...

As discussions proceed, parties rarely succeed in obtaining their full objectives; but they naturally continue to strive to obtain terms as near as possible thereto."

Underinstansen fann vidare att ordalydelsen i stödbrevets tredje paragraf (se ovan) var kristallklar samt att överenskommelser mellan affärsmän – till skillnad från sådana mellan privatpersoner – kan presumeras vara bindande. För att MMC i detta fall skulle kunna bryta den presumptionen krävdes en stark bevisning, som MMC inte kunde åstadkomma.

Court of Appeal däremot ansåg helt enkelt att stödbrevets tredje paragraf endast beskrev MMC:s policy vid tiden för brevet avsändande utan att bolaget därigenom avgivit något bindande löfte för framtiden. Rätten visade bl.a. på skillnaden mellan i andra paragrafen uttalade "we will not" och tredje paragrafens "it is our policy". Den senare formuleringen fann rätten endast vara en beskrivning av vid avlämnandet gällande inställning hos MMC. Rätten fann det utrett att stödbrevet i denna del endast innehöll en moralisk förpliktelse. Till skillnad från underinstansen ansåg alltså Court of Appeal att stödbrevet inte innehöll en juridiskt bindande förplik-

telse för utställaren. Domstolen pekade även på förhållandet att KB i stället för att erhålla en borgen fått extra provision.

Dessa två engelska rättsfall hade kanske kunnat bedömas annorlunda i t.ex. en svensk domstol. Utgången i dessa mål är dock inte det mest intressanta, utan det är frågeställningarna och de olika argumenten för respektive emot att ge stödbreven juridisk legitimitet som är det viktiga. I synnerhet överrättens argumentering i det sist nämnda avgörandet innehåller en hel del intressant för den som vill sätta sig in i problematiken rörande stödbrevens rättsliga status.

I tyska domstolar har i vart fall två "Patronatserklärungen" prövats. I bägge fallen hade dotterbolaget gått i konkurs och långivaren stämde moderbolaget som utfärdat stödbrevet. Ett av stödbreven innehöll bl.a. följande formulering. "Wir verpflichten uns Ihnen gegenüber, in der Zeit, in der die Kreditnehmerin den bei Ihnen in Anspruch genommenen Kredit einschliesslich Zinsen und Nebenkosten nicht vollständig zurückgezahlt hat, sie in der Weise mit finanziellen Mitteln auszustatten, dass sie stets in der Lage ist, ihren Verpflichtungen fristgemäss nachzukommen ..." I bägge fallen vann långivaren talan.⁸⁶ I dessa två fall var det – vilket framgår av formuleringen ovan – fråga om "starka" stödbrev, dvs. sådana som ligger den formella borgen mycket nära.

I Frankrike har stödbrev också prövats vid ett par tillfällen. Cour de Cassation, högsta domstolen, fann t.ex. den 21 december 1987 att ett stödbrev utgjorde en rättsligt bindande förpliktelse under förutsättning att detta varit parternas avsikt, oberoende av brevets beteckning. Brevet innehöll bl.a. följande formulering "en qualité d'actionnaire majoritaire ... nous affirmons notre intention de suivre et soutenir notre filiale dans ses besoins financiers et, dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de nous substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pourrait prendre à votre égard, notre souci étant de veiller de façon durable à sa totale solvabilité".⁸⁷ Syftet med brevet kan ha varit att man inte skulle behöva söka tillstånd för utförsel av valuta.⁸⁸

2.4.6 Svenska domstolsavgöranden

För närvarande finns två avgöranden av HD rörande stödbrev. Vidare finns det åtminstone två till stödbrev som varit föremål för prövning av

⁸⁶ Målen avgjorda av Landgericht Frankfurt am Main den 21 oktober 1981 respektive av Stuttgart Oberlandesgericht den 21 februari 1985. Avgörandena är redovisade i Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzrecht 1982, appendix 013 respektive Wertpapier-Mitteilungen 1985, nr 14 s. 455. Avgörandena är behandlade av Wissum s. 24 och Bogdan s. 18 not 21–23. Røsæg behandlar tysk praxis där även andra avgöranden än dessa två omnämns, se s. 346 ff.

⁸⁷ Bogdan s. 13 med där angivna hänvisningar. Se mer om fransk rättspraxis i Røsæg s. 341 ff.

⁸⁸ Se Røsæg s. 344.

lägre instanser. Ett av dessa avgöranden är överklagat till HD, som har meddelat prövningstillstånd. Det andra fallet har avgjorts genom laga-kraftvunnet beslut av hovrätt. Då det endast finns två HD-avgörande angående stödbrev och stödbreven dessutom till sin natur är ganska olika sinsemellan skall jag inte fördjupa mig alltför mycket i domarna. Däremot kan det vara intressant att titta lite på de faktiska omständigheterna och den rättsliga argumentering som förekommit i de olika processerna.

I en av Bollnäs TR den 11 augusti 1988 meddelad dom var omständigheterna i huvudsak följande.⁸⁹

I februari 1985 förvärvade Ljusne Kätting AB – som i sin tur till en tredjedel ägdes av det av Söderhamns kommun helägda bolaget Söderhamns Utvecklings AB (SUAB) – samtliga aktier i Ramnäs AB av Bulten-Kanthal AB. Samtidigt åtog sig Ljusne Kätting borgensansvar gentemot Bulten-Kanthal för en kortfristig skuld på ca 95 Mkr, som Ramnäs hade till Bulten-Kanthal. Betalningen för aktierna bestod av ett skuldebrev på 22 Mkr som skulle lösas genom att Bulten-Kanthal förvärvade aktier i Ljusne Kätting genom en till Bulten-Kanthal riktad nyemission. Denna kom ej till stånd på grund av att Ljusne Kätting försattes i konkurs den 14 oktober 1985.

Ljusne Kätting köpte stora mängder stål av det franska företaget Asfor (som sedermera genom fusion uppgått i bolaget Ascométal). Asfor hade tecknat kreditförsäkringar hos ett franskt institut för export till bl.a. Sverige. För var och en av Asfors kunder hade försäkringsinstitutet satt en gräns för hur mycket som fick levereras på kredit inom försäkringen. Denna kvot var i september 1985 uppnådd beträffande Ljusne Kätting, medan ett visst utrymme kvarstod beträffande Ramnäs. För ytterligare ställevaranser till Ljusne Kätting begärde Asfor förtidsbetalning eller rembours. Ljusne Kätting kunde inte prestera detta. Under första halvan av september 1985 slöts dock ett bindande avtal om ny leverans, vilken formellt delades upp mellan Ljusne Kätting och Ramnäs för att säljaren även skulle kunna utnyttja hela det på Ramnäs belöpande försäkringsutrymmet. I samband med att stålet skulle levereras i slutet av september 1985 begärde Asfor någon form av stödbrev på grund av att det i svensk press gjorts gällande att Ljusne Kätting var insolvent. SUAB utfärdade den 27 september 1985 följande brev (översättningen tagen från domsbilaga 2):

”Denna skrivelse bekräftar att SUAB, ett företag som ägs av Söderhamns kommun, äger 33 % av aktierna i Ljusne Kätting AB.

I juli månad 1985 beviljade vi Ljusne Kätting AB ett lån av 20 Mkr för att förbättra företagets likviditet.

Bulten-Kanthal AB äger också 33 % av aktierna i Ljusne Kätting AB. De

⁸⁹ Bollnäs tingsratts dom den 11 augusti 1988 i mål nr T 63/86, dom nr DT 145.

beviljade likaså Ljusne Kätting AB ett lån av 20 Mkr vid samma tidpunkt och av samma skäl.

Vi, SUAB, förklarar att vi avser att stödja Ljusne Kätting även i framtiden, om det skulle bli nödvändigt.”

Med anledning av det erhållna stödbrevet avgav Asfor den 2 oktober 1985 orderbekräftelse beträffande det aktuella stålpartiet och lät härefter den 4 oktober 1985 avsända partiet till Ljusne Kätting. Stålpartiet anlände till Ljusne Kätting den 13 oktober 1985 och dagen efter försattes bolaget i konkurs på egen begäran. Något ”riktigt” lån hade aldrig lämnats av Bulten-Kanthal, däremot hade 20 Mkr av den kortfristiga skulden om 95 Mkr omvandlats till att bli långfristig sådan. SUAB vägrade att betala för stålleveransen (ca 5 Mkr) varför Ascométal (f.d. Asfor) stämde SUAB.

Kärandens förstahandsgrund var att SUAB:s brev utgjort en nödvändig förutsättning för leveransen samt att SUAB genom att underlåta att förse Ljusne Kätting med erforderliga medel för rörelsen ådragit sig skyldighet att betala Ascométal för stålleveransen.

Kärandens andrahandsgrund var att SUAB gjort sig skadeståndsskyldigt på grund av dolus alternativt culpa in contrahendo. Brevet var, enligt Ascométal, en s.k. enuntiation⁹⁰, som varit avsedd att väcka tilltro till Ljusne Kättings betalningsförmåga, men vars innehåll varit grovt missvisande, dels med avseende på påståendet att Bulten-Kanthal lämnat Ljusne Kätting ett lån på 20 Mkr, dels i fråga om SUAB:s avsikt att stödja Ljusne Kätting.

Svaranden anförde bl.a. att brevet inte innebar någon bindande betalningsutfästelse samt att uppgiften om Bulten-Kanthal i sak var riktig. Vidare gav brevets sista stycke endast uttryck för en prognos om vad som kunde ske i framtiden och denna var riktig i sak när brevet skrevs. Dessutom hade bindande avtal om leverans redan slutits innan brevet upprättades.

Tingsrätten biföll talan på kärandens förstahandsgrund. Rätten fann att de omständigheter under vilka brevet tillkommit och den utformning det fått – brevet innehöll inga reservationer från SUAB:s sida anmärkte tingsrätten – innebar att Asfor haft fog för att uppfatta brevet som en försäkran gällande Asfor, innebärande att SUAB tills vidare eller i vart fall för en tid av några månader framåt skulle stödja Ljusne Kätting ekonomiskt om det

⁹⁰ Termen enuntiation uppfattas ibland som ett uttalande som till formen skiljer sig från en garanti, men som ändå har samma rättsverkningskraft. Ibland uppfattas termen som ett slags uttalande som inte har kontraktsverkningskraft, men som möjligen kan medföra viss skyldighet att utge ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset. Se närmare Karlgren, SvJT 1970 s. 126 ff och Lehrberg s. 330 ff. I praxis se NJA 1985 s. 178, som kommenterats av bl.a. Lehrberg och Kleinman.

blev nödvändigt. Vid denna utgång prövade inte tingsrätten andrahandsgrunden.

Målet överklagades, men hovrätten avslog SUAB:s talan på den av Ascométal i hovrätten anförda andrahandsgrunden (skadeståndsskyldighet på utomobligatorisk grund på grund av culpa in contrahendo).⁹¹

Hovrätten fann bl.a. när det gällde förstahandsgrunden att ”varken brevet innehåll eller omständigheterna i övrigt utgör grund för att ge brevet den innebörden att SUAB därigenom på sådant sätt utfäst sig att förse Ljusne Kätting med erforderliga medel för rörelsen att SUAB kan anses vara direkt betalningsskyldigt för Ljusne Kättings skuld till Asfor.”

Hovrätten avvisade alltså förstahandsgrunden, dvs. den som låg till grund för tingsrättens domslut. Något bindande avtal förelåg således inte. I stället menade hovrätten att det i vart fall måste bedömas som oaktsamt av SUAB att under rådande förhållanden (bl.a. Ljusne Kättings bekymmersamma ekonomiska situation) reservationslöst förklara sig berett att i framtiden ytterligare stödja Ljusne Kätting ”om det skulle visa sig nödvändigt”, utan att ha tillräckligt underlag för att kunna bedöma om man hade någon reell möjlighet att fullfölja sin avsikt. Vidare anförde domstolen, att det måste stått klart för SUAB att brevet var ägnat att förmå Asfor att leverera ytterligare stål på kredit.

Högsta domstolen fastställde hovrättens domslut.⁹² I sin motivering hänvisade Högsta domstolen vad avser avsiktsförklaringar i allmänhet till vad domstolen uttryckt genom NJA 1992 s. 375 (se nedan).

Vidare anförde rätten att det genom bl.a. styrelseprotokoll från SUAB och Ljusne Kätting fick anses visat att SUAB vid den tidpunkt då brevet tillkom hade för avsikt att lämna visst ytterligare stöd till Ljusne Kätting. SUAB ändrade sedan inställning sedan det konstaterats att Ljusne Kättings likviditetssvårigheter övergått till en insolvenssituation. Domstolen anförde bl.a. att Ascométal särskilt framhållit att SUAB inte lämnade Asfor någon uppgift om ändrad inställning.

HD anförde vidare.

”Den avsiktsförklaring som har kommit till uttryck i brevet kan inte tilläggas den betydelsen att SUAB åtagit sig någon omedelbar betalningsskyldighet för Ljusne Kättings ifrågavarande skuld till Asfor. Inte heller kan SUAB genom brevet anses ha garanterat att Ljusne Kätting skulle fullgöra sina förpliktelser mot det franska bolaget.”

För frågan om SUAB i övrigt ådragit sig någon förpliktelse gentemot Asfor med anledning av det utfärdade stödbrevet sade rätten följande.

⁹¹ Dom av Hovrätten för Nedre Norrland den 5 april 1991 i mål nr T 145/88, dom nr DT 15.

⁹² Dom den 7 april 1994 i mål nr T 244/91, dom nr DT 91.

”Brevet har gett Asfor fog för att räkna med att SUAB inte under den tid som omfattades av betalningsvillkoren för oktoberleveransen – åtminstone ej utan föregående underrättelse till Asfor i sådan tid att bolaget kunnat innehålla leveransen – skulle frånga sin i brevet uttalade avsikt att vid behov stödja Ljusne Kätting i annat fall än om förhållandena ändrades på ett sätt som inte rimligen kunnat tas i beräkning när brevet utfärdades. SUAB lämnade emellertid inte något stöd åt Ljusne Kätting efter brevets tillkomst trots att behov därav förelåg, och SUAB har inte visat att något ändrat förhållande inträtt som bolaget inte hade bort räkna med när det utfärdade brevet. Utredningen ger ej heller underlag för antagande att ett ekonomiskt stöd från SUAB:s sida av det slag som Asfor med hänsyn till brevets avfattning haft anledning att förvänta skulle ha saknat betydelse för Ljusne Kättings möjlighet att betala för oktoberleveransen. Vid dessa förhållanden måste SUAB anses ha ådragit sig skyldighet att ersätta den skada som vållats Asfor genom att Asfor efter Ljusne Kättings konkurs ej erhöll betalning för stålpartiet.”

Syftet med stödbrevet synes enligt min mening företrädesvis ha varit att förmå Asfor att leverera stål samtidigt som SUAB varit på det klara med att det rådde osäkerhet om Asfor kunde få betalt för leveransen. Att skadeståndsskyldighet uppkom för SUAB i detta fall får anses acceptabelt med hänsyn till SUAB:s agerande och dess insikt om den ekonomiska situation som Ljusne Kätting befann sig i. Underlåtenheten att meddela Asfor om SUAB:s ändrade inställning var i sammanhanget en försvårande omständighet för SUAB:s del. Vidare anser jag att SUAB:s uppgift om att Bulten-Kanthal skulle ha lämnat ett lån om 20 Mkr är missvisande.

Två av de övriga målen gäller ett s.k. leklandsprojekt som Varbergs kommun varit involverat i. Kommunen ville bl.a. främja turismnäringen och lät därigenom tillsammans med en del lokala intressenter engagera sig i ett leklandsprojekt. Projektet drevs av Himle Turist AB (Himlebolaget). Detta bolag var att betrakta som underkapitaliserat med hänsyn till den verksamhet som bolaget hade att driva. Himlebolaget kom senare att bli moderbolag åt Leklandet Varberg AB (Leklandsbolaget). Varbergs kommun hade genom stiftelsen Sol & Bad aktiemajoriteten i Himlebolaget. Verkställande direktör i Himlebolaget och Leklandsbolaget var samme person som tillika var kommunens kanslichef. Kopplingarna till kommunen var många och invecklade.

Till leklandsprojektet behövdes tivoliutrustning. Denna leasades av Finansor AB som också lämnade kredit. Efter flera turer utfärdades ett stödbrev ställt till Finansor AB och benämnt ”letter of intent” på kommunens brevpapper och underskrivet av kommunstyrelsens ordförande och dess kanslichef. Brevet innehöll en redogörelse för faktiska ägarförhållanden, planerade åtgärder m.m. samt bekräftelse av att utfärdaren var införstådd med givna krediter etc. Vidare innehöll brevet följande passus:

”Vi bekräftar härmed kommunens avsikt att genom stiftelsen Sol & Bad eller annat kommunalt organ vara och förbli majoritetsägare av Himle Turist AB under kreditens löptid. Sistnämnda bolag är även moderbolag för Leklandet Varberg AB.”

Som finansiär till delar av projektet anlätades Svenska Handelsbanken. Banken bidrog med en kredit om ca 12 Mkr. Banken deltog även i en omstrukturering av organisationen och ägarbilden. Även banken fick ett liknande stödbrev. I stort sett avvek detta från det stödbrev Finansor AB erhöll endast genom att brevet även innehöll följande avslutande formulering

”Vi uttalar vidare att det är vår långsiktiga policy att Himle Turist AB skall drivas på sådant sätt att det kan fullfölja sina åtaganden mot Er.”

Stödbreven utfärdades i mars respektive april 1985 och Leklandsbolaget och Himlebolaget försattes i konkurs den 27 september respektive den 4 oktober 1985. Med anledning härav krävde Finansor AB respektive Svenska Handelsbanken Varbergs kommun på ersättning för uppkomna kreditförluster m.m.

Som grund för respektive talan åberopades i första hand att det utfärdade stödbrevet inneburit att kommunen iklätt sig en avtalsrättslig förpliktelse gentemot finansiärerna. När kommunen sedermera inte uppfyllde förpliktelseerna förorsakades Finansor AB och Svenska Handelsbanken förmögenhetsskada. Vidare åberopades ansvarsgenombrott. Kärandena hävdade att Himlebolaget varit underkapitaliserat och att ägaren, Varbergs kommun, borde åläggas betalningsansvar för bolagets skuld. Finansor AB åberopade alternativt även att skadeståndsansvar skulle följa på utomobligatorisk grund, om rätten skulle finna att något civilrättsligt giltigt avtal inte slutits. Kommunen hade enligt Finansor AB förfarit vilseledande i ett prekontraktuellt förhållande (*culpa in contrahendo*).⁹³ Svaranden bestred respektive talan.

I det mål där Finansor AB var kärande fann Varbergs tingsrätt att sakuppgifterna i stödbrevet var riktiga.⁹⁴ Tingsrätten fann att kommunen endast hade förpliktat sig att inte under kreditens löptid avyttra aktierna i Himlebolaget utan Finansor AB:s medgivande. Tingsrätten konstaterade att stiftelsen inte avyttrat aktier i Himlebolaget samt att någon sådan avsikt vid tillkomsten av stödbrevet inte heller funnits från vare sig stiftelsens eller kommunens sida. Tingsrätten fann därför att stödbrevet vid en strikt tolkning av dess ordalydelse inte kunde medföra ersättningsskyldighet gentemot Finansor AB. Rätten prövade därefter om skadeståndsskyldig-

⁹³ Beträffande prekontraktuellt skadeståndsansvar, se ovan 2.4.4. och där gjorda hänvisningar samt bl.a. Kleineman s. 428 ff.

⁹⁴ Varbergs tingsrätts dom den 10 juni 1988 i mål nr T 1075/85, dom nr DT 295.

het kunde föreligga på vissa andra angivna grunder, bl.a. vilseledande vid förkontraktuellt förhållande, men fann att så ej var fallet. Även yrkandet om skadestånd på grund av eventuella förutsättningar för ansvarsgenombrott ogillades. Målet överklagades till hovrätten för Västra Sverige, men avskrevs sedan talan återkallats.⁹⁵

I tvisten mellan Svenska Handelsbanken och Varbergs kommun gjorde tingsrätten samma bedömning trots den här något längre gående "policy-förklaringen" i skrivelsen till banken.⁹⁶

Hovrätten för Västra Sverige fastställde tingsrättens domslut i målet mellan kommunen och Svenska Handelsbanken.⁹⁷ Beträffande motiveringen ansåg majoriteten att varken kommunstyrelsens ordförande eller dess kanslichef varit behöriga att för kommunens räkning göra sådana bindande utfästelser som banken hävdade att stödbrevet innehöll. Majoriteten ansåg vidare att banken borde ha insett detta, varför den – oberoende av hur stödbrevets innehåll borde tolkas – inte kunde göra anspråk mot kommunen med stöd av brevet. Minoriteten ville fastställa tingsrättens dom med den där åberopade motiveringen.

I HD fullföljde banken sin talan. HD fastställde emellertid hovrättens domslut.⁹⁸ I domskälen uttalade HD bl.a. följande.

"Kännetecknande för en sådan förklaring (stödbrev, min anm.) – oftast avgiven av ett moderbolag till en dotterbolags kreditgivare – är att den inte innefattar något uttryckligt borgensåtagande men ger uttryck för i vart fall en medvetenhet från moderbolagets sida om den ifrågavarande krediten till dotterbolaget och dessutom, beroende på de formuleringar som kommit till användning, kan innehålla en mer eller mindre markerad avsikt att vid behov stödja dotterbolaget under kredittiden."

När det gäller att bedöma de olika rättsverkningar stödbrev kan ha i olika situationer uttalade HD följande.

"De svårigheter som här kan möta sammanhänger med att sådana förklaringar ofta utmärks av en viss vaghet eller tvetydighet som inte sällan kan förutsättas vara åsyftad ... (det synes) visserligen inte kunna råda någon tvekan om att skadeståndsskyldighet enligt allmänna principer kan uppkomma för det fall utställaren skulle ha vållat skada genom att lämna felaktiga upplysningar om faktiska förhållanden eller genom att lämna sådana upplysningar om sina avsikter eller sin inställning för framtiden som var oriktiga redan när förklaringen avgavs. Var uppgifterna riktiga när de lämnades, kan utställaren beroende på omständigheterna tänkas ådra sig en upplysnings-skyldighet för det fall förhållandena skulle ändras."

⁹⁵ Beslut av Hovrätten för Västra Sverige den 2 oktober 1992 i mål nr T 370/88.

⁹⁶ Varberg tingsrätts dom den 6 maj 1988 i mål nr T 21/86, dom nr DT 232.

⁹⁷ Dom av Hovrätten för Västra Sverige den 26 januari 1990 i mål nr T 285/88.

⁹⁸ NJA 1992 s. 375. (Mål T 95/90 dom den 25 juni 1992 DT 318).

HD konstaterade vidare att den fråga som främst kan förutsättas ge upphov till tvister är i vad mån en för framtiden bindande utfästelse skall anses ha lämnats eller ej. HD framhöll i detta sammanhang att "sådana frågor får för svensk del lösas enligt vanliga principer för avtalstolkning, varvid inte bara olika nyanser i förklaringens lydelse utan också omständigheter vid dess tillkomst och vad som kan utrönas om parternas avsikter kan få betydelse."

Likt hovrätten framhöll HD att om kommunen genom den utfärdade handlingen (stödbrevet) skulle åtagit sig en skyldighet gentemot banken i enlighet med bankens talan, skulle detta ha inneburit att kommunen gjort ett åtagande av sådan karaktär att det enligt gällande kommunalrättsliga regler – likt en kommunal borgen – skulle ha fordrats stöd i ett beslut av kommunfullmäktige för att kommunen skulle bli bunden av åtagandet. Något sådant beslut fanns inte och banken hade inte ens påstått att den haft anledning att räkna med att något sådant beslut skulle föreligga. HD fann med anledning härav att bankens talan inte kunde bifallas på någon av de grunder som banken åberopat med hänvisning till själva handlingen eller omständigheterna vid dess tillkomst. Beträffande bankens åberopande av ansvarsgenombrott fann HD, likt tingsrätten, att yrkandet inte heller kunde bifallas på denna grund. Som motivering härför anförde HD att banken, när krediterna lämnades, varit medveten om de förhållanden som från dess sida åberopats som stöd för yrkandet om betalningsskyldighet för kommunen enligt principerna om ansvarsgenombrott.

Eftersom HD, likt hovrätten, grundar sitt domslut huvudsakligen på det förhållandet att kommunens beslut att åta sig eventuella förpliktelser av borgensnatur i form av utställande av stödbrev inte är rättsligt bindande, med mindre än att beslut härom fattats av kommunfullmäktige i enlighet med kommunallagen, får avgörandet anses ha mindre betydelse vid tolkningen av innebörden av sådana stödbrev. HD prövade inte stödbrevet i sak.

Däremot ger HD klart uttryck för vissa allmänna frågor rörande stödbrev, som t.ex. ovan refererade uttalanden om betalningsskyldighet på grund av skadeståndsansvar enligt allmänna principer samt vilka omständigheter som kan ha betydelse för tolkningen av om ett stödbrev innehåller bindande förpliktelsen av något slag. Avgörandet får ses som en av de första viktiga pusselbitarna vid klargörandet av rättsläget ifråga om stödbrev.

I det avgörande som är överklagat till, men ännu ej prövat av HD, fann Svea Hovrätt – till skillnad från tingsrätten – att betalningsskyldighet för utfärdat stödbrev förelåg.⁹⁹ I målet hade Salén & Wicander (SW), som

⁹⁹ Dom av Stockholms tingsrätt den 31 augusti 1989 i mål nr T 8-506-85, dom nr DT 139 och dom av Svea Hovrätt den 19 april 1991 i mål nr T 1019/89, dom nr DT 14. HD:s mål nr är T 270/91. Prövningstillstånd meddelat den 23 augusti 1993.

moderbolag till Salén & Wicander Ltd (SWUK), utfärdat två ganska snarlika stödbrev till förmån för två lån som SWUK hade tagit hos Nordbanken (NB) i Storbritannien. Av domen framgår att SWUK var kraftigt underkapitaliserat. Av breven, som utfärdades 1981 och 1982 och som benämndes "letter of intent" respektive "letter of awareness" framgår bl.a. att företrädare för SW var väl medvetna om lånen och insåg att NB förlitade sig på ifrågavarande stödbrev. SW lovade också att direkt eller indirekt behålla ett 100 procentigt ägande av låntagaren. Det ena stödbrevet avslutades med följande formulering.

"It is our intention to see that the borrower complies with all of the terms and conditions and to honour all of their respective obligations under the loan agreement."

Det andra stödbrevet avslutades på följande vis.

"It is our intention to see that the borrower complies with all of the terms and conditions and to honour all of their respective obligations under the Facility Letter and under all related instruments."

Consilium Trading & Information AB (CTI) köpte 1985 aktierna i SW av Salén Invests konkursbo. Kort därefter sade NB upp lånen till omedelbar betalning. SWUK försattes därefter i konkurs. Vid utdelningen fick inte NB full betalning för sin fordran. NB krävde betalning för resterande belopp av CTI, som fredade sig med att avtalen (stödbreven) inte var rättsligt bindande. Parterna överenskom sedermera att svensk rätt skulle tillämpas vid prövningen av tvisten.

CTI hävdade att även om avtalen var juridiskt bindande skulle förbindelserna inte kunna göras gällande med mindre än att CTI också hade förmåga att infria stödbrevens eventuella förpliktelser.

CTI menade att bolaget inte lagligen kunde stödja SWUK, eftersom detta i så fall skulle kunna hota CTI:s egen ställning och samtidigt innebära ett gynnande av vissa av CTI:s borgenärer på andra av bolagets borgenärs bekostnad.

Hovrätten fann att breven visserligen var utställda av endast den ena kontrahenten och därför skulle kunna betraktas som ensidiga utfästelser, för vilkas innebörd utställaren svarar på så sätt att otydligheter går ut över denne. Breven tillkom dock i parternas gemensamma syfte att få till stånd ett rättsförhållande dem emellan. Stödbreven utfärdades efter förhandlingar om både innehåll och ordalydelse under vilka båda sidor var på det klara med vad motparten sökte uppnå. Hovrätten utgick från de tolkningsmetoder som svensk rätt tillhandahåller med vikten lagd vid avtalstexten, parternas uppträdande vid förhandlingarna och, i någon mån, vilka personer som undertecknat handlingarna.

Hovrätten framhöll att gränsen mellan ett intetsägande uttalande över

mer eller mindre förbindande "gentlemen's agreement" och egentliga garantier bör dras där som moderbolaget tar ansvar för förbindelserna i den mån de kan infrias utan att det inkräktar på de egna borgenärernas rätt. Hovrätten tog som utgångspunkt för sitt resonemang att de "comfort-letters" vilka inte är utformade som garanti eller borgen ej heller blir redovisade inom linjen i moderbolagets räkenskaper.

Rätten konstaterade att det mellan parterna förelåg en strävan att vara otydliga. Vidare konstaterade rätten att SW:s dåvarande ledning enligt vittnesmål avsett att ikläda sig ett moraliskt och juridiskt ansvar för lånen. Däremot ville inte SW att breven skulle innefatta en formell "garanti" och därigenom behöva redovisas inom linjen. Enligt vittnesmål ansåg SW vid tiden för stödbrevens utfärdande att bolaget hade en moralisk skyldighet att betala om SWUK inte fullgjorde sina förpliktelser gentemot NB. I annat fall skulle SW vara "ute ur lånemarknaden".

Hovrätten fann att NB hade fog för sin uppfattning att SW ytterst skulle svara för lånen. Detta ansåg rätten stod klart för SW, bl.a. med hänsyn till att SWUK endast var ett holdingbolag med mycket ringa eget kapital. (Aktiekapitalet var 1 000 GBP och lånen 1.1 miljoner GBP.) Rätten fann således att "breven inte bara efter orden utan också till innebörden rymde bindande åtaganden för SW att svara för SWUK:s betalning av lånen."

Beträffande frågan om förbindelserna inte skulle kunna göras gällande med mindre att CTI (tidigare SW) hade betalningsförmåga, fann hovrätten att redan den omständigheten att infriande av förbindelserna skulle gå ut över de egna borgenärerna utgjorde sakligt skäl för CTI att vägra infria en förbindelse som inte skulle behöva redovisas inom linjen i dess bokföring. Följaktligen menade hovrätten att utfästelserna borde tillskrivas underförstådd reservation för vad som med hänsyn till de egna borgenärernas rätt krävdes. Som jag uppfattar det menade hovrätten att det borde ha stått klart för NB att eventuella förpliktelser i stödbreven skulle få vika för sådana skulder och ställda säkerheter som redovisats inom linjen hos CTI. Någon bevisning om att CTI inte kunde infria förpliktelserna (utan att äventyra de egna borgenärernas rätt) hade inte företetts. Påståendet hade också bestritts av NB, varför CTI befanns betalningsskyldigt.

Av målet kan man konstatera att rätten inte intog en sådan restriktiv hållning till förekomsten av eventuella juridiska förpliktelser i denna typ av stödbrev som man synes göra enligt engelsk rätt. Vidare är att konstatera att rätten fann att breven inte behövde redovisas inom linjen och att de därför – vid förekomst av eventuell betalningsskyldighet – endast kunde göras gällande efter ordinära (dvs. inom linjen bokförda) borgenärers rätt.

Rättens påstående att stödbreven inte behövde redovisas inom linjen, dvs. som någon form av ansvarsförbindelse, har jag i och för sig inget att invända emot. Frågan om stödbrev bör medtas i årsredovisningen i någon

annan form än inom linjen återkommer jag däremot till i avsnitt 2.4.7.

Jag anser att rättens påpekande att den eventuella fordringen till följd av "avtalet" endast kunde göras gällande efter ordinära borgenärers rätt är värt att ta fasta på. Huruvida man skall dra generella slutsatser av uttalandet eller om det mer är att se som ett konstaterande av att NB varit väl medvetet om att det inte var fråga om en regelrätt borgen och därför också får finna sig i att stå tillbaka för ordinära borgenärers rätt låter jag vara osagt. Det senare förefaller dock troligast. Emellertid skulle jag mycket väl kunna tänka mig att det kan förekomma situationer när ett moderbolag infriar ett stödbrev utan att vara därtill förpliktad för att rädda ett dotterbolag samtidigt som man därigenom i förlängningen kan komma att riskera moderbolagets ordinära borgenärers rätt. I vissa fall där kreditgivaren äger en betydande aktiepost – men inte samtliga aktier – i moderbolaget kan fråga också bli om att minoritetsaktieägares intressen (i moderbolaget) åsidosätts vid ett infriande. Det kan även bli fråga om förtäckt eller olovlig vinstutdelning i ett sådant fall. Det kanske till och med kan bli fråga om att styrelsen i flagranta fall gör sig skyldig till trolöshet mot huvudman. Denna fråga har väckts i samband med eventuellt kapitaltillskott från Trygg-Hansa till Gotabanken.¹⁰⁰ Såvitt jag har blivit upplyst är det inte ovanligt att stödbrev infrias i samband med att dotterbolag likvideras.

Det är också intressant att rätten pekade på att det mellan parterna funnits en avsikt att vara otydliga i formuleringarna. Just detta synes ofta vara orsaken till de många gånger "ojuridiska" former dessa handlingar fått. Utställaren vill inte lämna en borgen och mottagaren nöjer sig inte med en helt intetsägende och intet förpliktande handling. Någonstans däremellan måste parterna mötas, med tolkningsproblem som möjlig konsekvens.

2.4.7 Redovisning av stödbrev

2.4.7.1 Inledning

Jag skall avsluta min genomgång av stödbrev utifrån svensk rätt med några synpunkter på hur stödbrev enligt min mening bokföringsmässigt bör redovisas hos utställande bolag. Min behandling av ämnet är inte uttömmande. Min avsikt är i stället att lägga fram vissa synpunkter på några av de problem som redovisningsfrågan aktualiserar.

Vad jag i förevarande avsnitt behandlar är vissa frågor rörande redo-

¹⁰⁰ Se debattartikel av statsåklagare Bengt Strömberg i Dagens Nyheter den 14 september 1992 s. 14. Frågor av liknande slag behandlas även av Stockholms fondbörs utredning rörande Nobel Industrier m.m. s. 296 ff.

visning av stödbrev av "mellankategorin", dvs. sådana stödbrev som varken kan hänföras till gruppen "starka" eller "svaga" (se närmare avsnitt 2.4.3).

Frågan om man i den bokföringsmässiga redovisningen alls behöver omnämna att ett stödbrev utfärdats – och i så fall på vilket sätt sådan redovisning bör ske – är omdiskuterad. Något allmängiltigt svar som de flesta berörda kan skriva under på kan självfallet inte lämnas. Frågan kommer dock att bli mer omdiskuterad och möjligen också något infekterad framöver. För att kunna finna ett – eller eventuellt flera alternativa – svar på denna fråga, får man söka vägledning i redovisningslagstiftningen, redovisningsstandarder på närliggande områden samt beakta den praxis som finns inom näringslivet.

Rättsläget synes vara tämligen likartat i andra länder, åtminstone så vitt jag kunnat finna vid en mycket ytlig granskning. Jag har vid denna översiktliga betraktelse av utländsk redovisningsrätt inte kunnat finna några explicita regler eller standarder som uttryckligen ger stöd för att stödbrev ovillkorligen skall redovisas. Avsaknaden av sådana regler utomlands har diskuterats i utländsk doktrin och där i vissa sammanhang kritiserats. Däremot synes det vara legio att borgensåtaganden skall omnämnas.

I Tyskland har motsvarigheten till Föreningen Auktoriserade Revisorer utfärdat vissa ganska detaljerade riktlinjer för i vilken utsträckning olika slag av stödbrev bör fogas som tilläggsinformation till balansräkningen. Enligt dessa riktlinjer skall sådana stödbrev som kan hänföras till kategorin "hårda" Patronatserklärungen (dvs. den starkaste formen, den som ligger det formella borgensåtagandet närmast) redovisas i form av en not till balansräkningen. Revisor och den som slutligen ansvarar för att redovisningen är korrekt måste då, såvitt jag förstår, ta ställning till vilken rättslig innebörd stödbrevet kan tänkas ha. Riktlinjerna innehåller bl.a. följande uttalande.

"Lässt sich auch dann nicht erklären, ob eine Patronatserklärung eine Gewährleistungszusage enthält oder nicht, so obliegt es dem Bilanzierenden, Klarheit zu schaffen. Gelingt dies nicht, so muss im Zweifel eine Gewährleistungsverbindlichkeit angenommen werden."¹⁰¹

Vad avser norsk rätt gäller enligt Røsæg att "garantier" med stöd av aksje-loven och regnskapsloven skall föras till en egen post i balansräkningen. Varken lagtext eller förarbeten ger dock klart besked om vad som avses med sådan "garanti" som skall redovisas. Klart är dock att man härmed avser borgensliknande "garantier" och inte köprättsliga garantiåtaganden. Redovisningspraxis innebär att garantiförpliktelser där betalningsansvar ännu inte gjorts gällande inte behöver redovisas inom linjen ("över streket"). Dessa redovisas i stället utom linjen ("under streket"). Røsæg menar att skäl finns att redovisa alla förpliktelser som ekonomiskt kan belasta bolaget på samma sätt som man redovisar "garantier". Därför bör stödbrev redovisas. Om det inte skulle vara lämpligt att redovisa dem under samma post som "garantier" kan man enligt Røsæg redovisa dem som en särskild post. Redovisnings-

¹⁰¹ IdW s. 529. Se liknande resonemang på a.a. s. 210.

skyldigheten bör endast gälla för sådana stödbrev som belastar bolagets ekonomi på samma sätt som "garantier". Sammanfattningsvis säger Røsæg att det föreligger ett "godt grunnlag for å hevde at det regnskapsmessig har lite å bety om morselskapets støtteerklæring benevner seg garanti, morselskaps-erklæring, comfort letter eller annet. Det avgjørende for bokføringsplikten for erklæringer som ikke benevner seg garantier, er om morselskapets forpliktelser kan tenkes å belaste dette omtrent som en garanti ville gjort. Oppstår det tvilsspørsmål i praktiseringen av dette prinsippet, er disse lite egnet til å bli løst under revisjonen eller i bokholderiet. Det kan derfor ikke være regnskapets oppgave å klargjøre slik tvil. I tvilstilfeller bør erklæringen derfor bokføres, eventuelt med en note som redegjør for tvilen."¹⁰²

I dansk rätt gäller att ställda säkerheter och förpliktelser till förmån för koncernbolag skall upplysas om i form av noter i såväl koncernredovisningen som i de enskilda koncernbolagens årsredovisningar. Endast rättsligt bindande förpliktelser, som kan göras gällande mot tredje man, behöver redovisas. Gomard anför att en "hensigtserklæring ('letter of awareness' eller lign), som ikke är bindende, eller en 'negative pledge', som ikke kan kræves respekteret af tredjemand eller dog ikke af en tredjemand i god tro, skal ikke oplyses".¹⁰³

I EG:s fjärde bolagsdirektiv avseende årsredovisning utfärdat 1978, anges i artikel 14 att alla ansvarsförbindelser, som inte måste redovisas som skulder, skall antecknas under balansräkningen eller i noter. När det gäller ansvarsförbindelser för anknytna företag skall detta anges särskilt enligt direktivet. Detta överensstämmer med gällande svensk rätt.¹⁰⁴ Enligt artikel 43, som behandlar noternas innehåll, skall dessa innehålla uppgift om det totala beloppet för sådana ekonomiska förpliktelser som inte är upptagna i balansräkningen, om uppgiften har betydelsen för bedömningen av den ekonomiska ställningen. Förpliktelser mot anknytna företag skall anges särskilt. Bestämmelsen har en vid formulering och täcker i princip alla s.k. off-balance poster.¹⁰⁵ Denna bestämmelse anses överensstämma med gällande svensk rätt.¹⁰⁶

2.4.7.2 Allmänt om god redovisningssed

Den bokföringsmässiga redovisningen skall följa vad vi i Sverige brukar benämna "god redovisningssed". Detta kommer till uttryck i 2 § bokföringslagen, vari stadgas att "bokföringsskyldighet skall fullgöras på sätt som överensstämmer med god redovisningssed". Vid införandet av ifrågavarande lagrum anförde föredragande statsrådet att god redovisningssed torde kunna beskrivas genom hänvisning till en faktiskt förekommande praxis hos en kvalitativt representativ krets av bokförings-

¹⁰² Røsæg s. 110 f och 115.

¹⁰³ Gomard, Koncerner s. 164 och där gjorda hänvisningar.

¹⁰⁴ Se SOU 1994:17 s. 241 ff, 350 och Thorell, EG s. 62.

¹⁰⁵ Thorell, EG s. 116.

¹⁰⁶ A. st. samt SOU 1994:17 s. 378.

skyldiga. Vad som är god redovisningssed kan ibland behöva bestämmas branschvis, fortsatte föredragande statsrådet. Stor betydelse för innebörden av begreppet har enligt föredragande statsrådet givetvis de uttalanden i redovisningsfrågor som görs av den praktiskt och teoretiskt verk-samma expertisen på redovisningsområdet.¹⁰⁷ I specialmotiveringen an-förde han vidare att det finns ett betydande utrymme för praxis att närmare precisera vad de i lagen angivna kraven kan innebära för olika redo-visningssituationer. Detta medför för den bokföringsskyldige att han har att iaktta dels olika lagbestämmelser på redovisningsområdet, dels regler som följer av god redovisningssed. Föredragande statsrådet framhöll att praxis kan ge besked om vad ett allmänt avfattat krav i lagen kan anses innebära i en praktisk situation. Undantagsvis kan det också vara en upp-gift för praxis att ge direktiv, utformade efter lagens syfte, i något spörs-mål som inte besvaras i lagen. Däremot kan det inte komma i fråga, fram-höll han, att en uttrycklig lagbestämmelse sätts åt sidan av en mot bestämmelsen stridande praxis.¹⁰⁸

I doktrinen har god redovisningssed förklarats utgöra ett exempel på en ”rättslig standard”, dvs. en norm som utvecklats utanför lagregler.¹⁰⁹ På grund av att bokföringslagen – och därigenom begreppet god redovis-ningsssed – i mångt och mycket är en kodifiering av redovisningspraxis hos företag, är det svårt att dra en klar gräns mellan praxis och lagen. Praxis har på just redovisningsområdet större betydelse än på andra rätts-områden vid regeltillämpning.¹¹⁰ Tolkningen av vad begreppet god redovisningssed innehåller är beroende av samspelet mellan tillämpad redovisningspraxis, allmänt accepterade redovisningsprinciper samt civil- och skatterättsliga regler. Detta samspel är ofta komplicerat.¹¹¹

Som ovan framgått är god redovisningssed en uppsättning handlings-regler, dock att dessa i stort sett är osanktionerade.¹¹² Att man har ganska fritt spelrum vid valet av lösning på olika redovisningsfrågor medför att det i fall där någon klar och entydig form för redovisning inte hunnit utvecklats – och därigenom kan anses utgöra god redovisningssed – i regel står det enskilda företaget ganska fritt att välja den lösning som befinnes lämpligast. Emellertid kan denna valfrihet inte få vara obegrän-sad. Det ligger i sakens natur att om redovisningen skall kunna fylla sin funktion på ett adekvat sätt, måste vissa grundläggande krav vara upp-fyllda. Ett sådant är att redovisningen skall kunna vara jämförbar, inte

¹⁰⁷ Prop 1975:104 s. 148.

¹⁰⁸ A.a. s. 205.

¹⁰⁹ Norberg s. 131

¹¹⁰ Thorell, 1984 s. 33.

¹¹¹ A.st.

¹¹² Norberg s. 130.

bara mellan åren i ett och samma företag utan helst också mellan olika företag.¹¹³ För att råda bot på bristande jämförbarhet utfärdar Föreningen Auktoriserade Revisorer (FAR), Bokföringsnämnden (BFN) och numera även Redovisningsrådet rekommendationer, anvisningar och uttalanden.¹¹⁴

Trots dessa redovisningsorgans insatser får man acceptera att det hela tiden uppkommer nya företeelser som medför redovisningsproblem, vilka inte snabbt undanröjs med rekommendationer eller dylikt. Ett exempel på en sådan relativ modern företeelse är sale och lease back av fastigheter. Här har det uppenbarligen funnits (och finns väl fortfarande) skilda åsikter om hur olika redovisningsfrågor med anledning av dessa transaktioner skall behandlas.¹¹⁵

Problemen kan nog ibland vara av övergångskaraktär, eftersom nya lite ovanligare företeelser i ett inledningsskede kan uppfattas på olika sätt. Men man bör nog också vara medveten om att vissa redovisningsfrågor inte automatiskt "växer in" i systemet. Det är således inte fråga om några "barnsjukdomar" utan problemet ligger betydligt djupare än så. Det som utgör det stora problemet är i stället avsaknaden av enhetliga bedömningsgrunder av de ofta komplicerade fall då den ekonomiska innebörden skiljer sig från den obligationsrättsliga mellan två avtalsparter. Det ligger vidare i sakens natur att det också är svårt att åstadkomma en enhetlig – och dessutom riktig – redovisning av vissa företeelser. Sale och lease back av fastighet är ett sådant exempel och stödbrev är ett annat. Detta gäller i synnerhet när den legala statusen och därigenom också den ekonomiska substansen är mycket osäker, vilket är förhållandet med stödbreven.

Vi har alltså när det gäller redovisning av bl.a. stödbrev två grundläggande frågor att besvara. Den ena är om stödbrev bör redovisas med hänsyn till tolkningen av grundläggande regler för och syften med redovisningen. Den andra frågan gäller hur man uppnår jämförbarhet mellan olika företag. M.a.o. om svaret på den första frågan är att stödbreven bör redovisas; hur får man i så fall olika företag att redovisa dem på ett sådant sätt att informationen blir jämförbar. Denna senare fråga avser i första hand hur mycket av ett stödbrevs innehåll som skall redovisas, dvs. i vilken utsträckning krävs information om hur långt "åtagandet" i stödbrevet sträcker sig i vad avser risker, belopp, parter etc. Jag kommer att i detta avsnitt främst hålla mig till den förstnämnda frågan, dvs. om stödbrev överhuvudtaget bör redovisas.

¹¹³ Se mer om detta i Thorell, 1984 s. 97 ff.

¹¹⁴ Se mer om den juridiska statusen på dessa organs uttalanden m.m. i Norberg s. 129 ff.

¹¹⁵ Se t.ex. FAR:s rekommendation nr 7 Redovisning av avtal om förhyrning och uthyrning av anläggningstillgångar (Leasing m.m.) och SOU 1991:81 Fastighetsleasing. Sale and lease back s. 157 ff.

2.4.7.3 Bör stödbrev redovisas?

Innan jag lägger fram mina synpunkter på vad jag lite tillspetsat tror är god redovisningssed de lege lata och – om mina slutsatser är felaktiga – hur jag i vart fall anser det borde vara de lege ferenda, skall jag först gå igenom de lagrum m.m. som kan vara aktuella för den fortsatta framställningen.

Enligt 19 § D 2 p BFL skall borgensförbindelser och övriga ansvarsförbindelser redovisas "inom linjen", dvs. i (resultat- och) balansräkningen. Syftet härför är naturligtvis att om dessa åtaganden måste infrias, kommer infriandet att påverka företagets ekonomiska ställning. Vad beträffar aktiebolag regleras en likartad fråga i 11 kap 7 § i.f. ABL. Där framgår att ingår i fordrings- eller skuldpost enligt balansräkningen fordringar hos eller skulder till dotterföretag eller moderföretag, skall beloppen anges särskilt, vilket får ske inom linjen. Detsamma gäller enligt lagrummet i fråga om pant eller därmed jämförliga säkerheter eller ansvarsförbindelser till förmån för dotterföretag eller moderbolag.

Nu är det emellertid så, att stödbrev inte är formella borgensförbindelser och möjligen inte alls kan hänföras till kategorin ansvarsförbindelser, varför de därigenom torde uteslutas från kravet att redovisas inom linjen i enlighet med 19 § D 2 p BFL och 11 kap 7 § i.f. ABL. Denna slutsats är ingalunda självklar, även om de flesta dock torde anse att stödbrev inte skall redovisas som ansvarsförbindelse. Trots detta sker dock sådan redovisning i vissa fall med hänvisning till just god redovisningssed. Finns det då något lagstöd för redovisning i någon annan form?

20 § 1 st 4 p BFL stadgar att i resultat- och balansräkning skall ytterligare, anpassat efter rörelsens förhållanden, lämnas uppgifter och upplysningar om "annat förhållande av väsentlig betydelse för att bedöma rörelsens resultat och ställning". Sådana uppgifter får enligt lagrummet intas i noter, om tydliga hänvisningar görs vid de poster i bokslutshandlingarna till vilka de hänför sig. Dessa uppgifter blir s.k. tilläggsinformation till resultat- och balansräkningen. Tilläggen i form av noter blir oavskiljbara, dvs. noterna och hänvisningarna till dem får inte utelämnas i avskrifter eller vid tryckning av årsredovisningen.¹¹⁶ När det gäller aktiebolag ersätts 20 § 1 st 4 p BFL med det ungefär likalydande kravet på uppgift i förvaltningsberättelsen enligt 11 kap 9 § 1 st ABL. Sistnämnda lagrum stadgar att i förvaltningsberättelsen skall upplysning lämnas dels om sådana för bedömningen av bolagets verksamhetsresultat och ställning viktiga förhållanden, för vilka redovisning inte skall lämnas i resultat- eller balansräkning, dels om händelser av väsentlig betydelse för bolaget, som inträffat under räkenskapsåret eller efter dettas slut. FAR har i

¹¹⁶ Kedner och Roos del II s. 144.

rekommendation anför att 11 kap 9 § ABL för aktiebolagens del får anses ersätta kravet enligt 20 § 1 st 4 p BFL.¹¹⁷

Förutom nu nämnda lagrum finns det några uttalanden från FAR och BFN som kan ha viss betydelse för den fortsatta diskussionen. Jag vill här främst peka på BFN U 90:11, som avser uppgifter om viktiga förhållanden m.m. i förvaltningsberättelsen. BFN framhåller i sitt uttalande bl.a. att förvaltningsberättelsen är en redovisningshandling som skall komplettera resultat- och balansräkningen. Kravet på upplysningar om viktiga förhållanden och händelser av väsentlig betydelse omfattar enligt nämnden alla omständigheter som på ett väsentligt sätt kan påverka bedömningen av företagets redovisade resultat och ställning. Som exempel på information om verksamheten som bolaget i förvaltningsberättelsen bör lämna nämns ingångna viktiga avtal. Under rubriken kompletterande redovisningsinformation framgår att nämnden är av uppfattningen att information skall lämnas om det föreligger osäkerhet angående värdering av tillgång eller skuld som är av väsentlig betydelse för företagets redovisade resultat och ställning.

Vid införandet av 1975 års aktiebolagslag gjorde föredragande statsrådet vissa uttalanden som kan vara av intresse att studera i detta sammanhang. Han anförde bl.a. att utgångspunkten för reglerna om årsredovisning måste vara att största möjliga öppenhet skall eftersträvas.¹¹⁸ Denna utgångspunkt konkretiserades bl.a. genom att man lät ta bort de tidigare gällande s.k. förfångsreglerna. Dessa innebar att bolagsledningen kunde undandra sig att lämna kompletterande upplysningar i förvaltningsberättelsen, om upplysningen skulle kunna medföra skada för bolaget. Aktiebolagsutredningen hade föreslagit att denna klausul skulle finnas kvar, om än i något restriktivare form. Föredragande statsrådet ansåg emellertid att den skulle utgå. Grunden härför var att reglerna om skyldighet att ge upplysningar i förvaltningsberättelsen utgör ett viktigt inslag i det regelsystem som syftar till att skapa god insyn i bolagen. Föredragande statsrådet anförde att en sådan förfångsklausul skulle innebära ett onödigt undantag från det krav på öppenhet i redovisningen som generellt bör eftersträvas och kunna ställas. Han var vidare av den uppfattningen att en sådan klausul skulle kunna leda till att en mängd viktig information kom att undanhållas.¹¹⁹ Lagrådet yttrade sig över bl.a. borttagandet av förfångsklausulen och menade att i kravet på att det i förvaltningsberättelsen skall lämnas upplysningar om händelser av väsentlig betydelse för bolaget torde komma närmast i åtanke affärshändelser av

¹¹⁷ FAR:s rekommendation nr 1 Om årsredovisning i aktiebolag (upplaga okt 1991) s. 276.

¹¹⁸ Prop 1975:103 s. 255.

¹¹⁹ A.a. s. 261 f.

olika slag, exempelvis åtskilliga ingångna avtal av väsentlig betydelse för bolaget. Lagrådet anförde vidare att situationer kan tänkas uppstå då offentliggörandet av exempelvis ett avtal, som ett bolag gjort och som förvisso är en affärshändelse av det slag som i 1 kap 9 § ABL tar sikte på, skulle ha en förödande verkan på bolagets rörelse. En öppen redovisning i sådant fall skulle varken vara i myndigheternas, de anställdas, andra borgenärers eller aktieägarnas intresse. Lagrådet syftade särskilt på fall då offentliggörande av vissa avtal med stor säkerhet skulle medföra att bolaget direkt skulle förlora en betydande del av en marknad eller utsättas för övermäktig konkurrens från utlandet med påtaglig risk för sådan förlust. Lagrådet gjorde här en koppling till brottsbalkens regler om handlande i nöd.¹²⁰

Med ovanstående redovisning som grund kan vi konstatera att det knappast föreligger skyldighet att lämna uppgift om stödbrev inom linjen. Frågan är i stället om utställda stödbrev bör behandlas som s.k. tilläggsinformation. Den fråga vi då bör ta ställning till är om skyldighet alls finns att lämna sådan information om utställda stödbrev. Finner vi att så är fallet måste vi fråga oss på vilket sätt sådan information lämpligast bör lämnas.

Man kan hävda – vilket också görs i den allmänna debatten – att det enligt lag finns en uttrycklig redovisningsskyldighet endast beträffande borgen och liknande ansvarsförbindelser, men att motsvarande skyldighet helt saknas vad gäller stödbrev, varför dessa i regel inte alls skulle behöva redovisas. Ett stödbrev skulle enligt detta resonemang endast behöva omnämnas i årsredovisningen om det var troligt att det ifrågavarande stödbrevet var juridiskt bindande och dessutom kunde antas behöva infrias i framtiden.

För att belysa vilka konsekvenser det kan medföra om man väljer att endast omnämna stödbrev när man kan anta att de behöver infrias, kan man lämpligen börja med att ställa sig frågan vem som skall pröva om stödbrev skall redovisas eller ej.

Stödbrev är ofta mycket svårtolkade juridiska dokument. Det är inte enbart ordalydelsen – såväl enskilda ord som kontexten – som skall tolkas, utan hela avtalsrelationen och allt som förevarit under förhandlingarna kan bli viktiga tolkningsdata. (Se ovan avsnitt 2.4.5 och 2.4.6.) Med andra ord är det en grannlaga uppgift för jurister; kanske helst jurister som också har vetskap om vad som, förutom själva avtalstexten, förevarit under förhandlingarna. Skall med bakgrund härav den som upprättar årsredovisningen – och kanske inte alls har denna kompetens och erforderlig information – bedöma om stödbreven är juridiskt bindande dokument? Även om man tydligt inte dragit sig för att rekommendera denna modell i Tyskland, anser jag att den medför en alltför stor portion valfrihet

¹²⁰ A.a. s. 766 ff.

och därtill hörande vanskliga bedömningar. Man bör vidare ha i minnet att stödbrev är avsiktligt utformade så att det skall vara oklart om de är bindande i något avseende. Det kan inte vara rimligt att man vid själva upprättandet av årsredovisningen skall behöva göra en sådan kvalificerad prövning av den juridiska statusen på stödbrevet.

Som ovan anförts ges i svensk redovisningspraxis relativt stort utrymme för egna bedömningar. Det är självfallet en svår uppgift att hantera konflikten mellan vad som enligt gällande rätt inte uttryckligen behöver redovisas å ena sidan och det rättsliga och/eller etiska skyddet för borgenärerna å den andra sidan. Det finns en viss "gråzon" däremellan. Emellertid kvarstår faktum att är rättsläget det att stödbrev endast behöver omnämnas i årsredovisningen om det kan antas att de behöver infrias i framtiden, får detta till följd att stödbrev de facto inte kommer att redovisas förrän tidigast vid den tidpunkt då en process har inletts, om ens då.

Som inledningsvis påpekats skall årsredovisningen ge borgenärer m.fl. en riktig och fullständig bild av bolagets finansiella situation. Förfångsklausulen, som innebar en begränsning av informationsskyldigheten, togs bort bl.a. med hänsyn härtill. Redan med hänsyn till detta övergripande syfte anser jag att man kan ifrågasätta om det verkligen är i överensstämmelse med god redovisningssed att i praktiken helt underlåta att redovisa ett stödbrev. Låt oss anta att ett bolag har gått i borgen för 10 000 kr och samtidigt lämnat ett stödbrev på 10 miljoner kr. Skall borgensförbindelsen redovisas samtidigt som man helt kan underlåta att omnämna stödbrevet, blir enligt min mening tillförlitligheten av årsredovisningen starkt begränsad. En presumtiv borgenär måste i så fall skaffa sig information om bolaget på andra vägar, vägar som kanske är stängda för de flesta – men inte alla – borgenärer. Här kan man naturligtvis invända att det finns många andra viktiga upplysningar som man enligt redovisningssed ("god" sådan eller ohejdad vana) underlåter att omnämna i årsredovisningen. Detta kan självfallet användas som ett argument för att inte heller omnämna stödbrev, men kan lika gärna användas som ett argument för att det skall göras en ordentlig översyn av problematiken kring vilken – ytterligare – tilläggsinformation som bör lämnas i förvaltningsberättelsen.

Jag har ovan rent allmänt redogjort för min tveksamhet inför att acceptera att gällande lagstiftning och god redovisningssed ger möjlighet att underlåta att redovisa stödbrev. Jag skall bygga på min argumentering något genom att hänvisa till några andra närliggande områden, där man ansett att vissa händelser är sådana att de bör tas med som tilläggsinformation. Information skall t.ex. lämnas om ett bolag anlitar factoring för sina kundfordringar eller om maskinparken är införskaffad genom leasing.¹²¹ Även garantiåtaganden av tillfällig art, som är av begränsad

¹²¹ Prop 1975:104 s. 240.

omfattning eller svårberäknade till sin storlek, kan omfattas av bestämmelsen i 20 § 1 st 4 p BFL.¹²² Omständigheter som är av betydelse för att bedöma resultatet och ställningen skall företagen alltså lämna upplysningar om, även om omständigheterna ännu inte är fullt klarlagda.¹²³ Att redovisning av stödbrev bör ske anser jag därför även styrks av jämförelsen med redovisningspraxis på närliggande områden.

Det hade naturligtvis varit av stort värde att undersöka hur våra stora börsnoterade företag redovisar stödbrev. Jag har dock valt att inte göra en sådan undersökning med hänsyn till att jag är mycket tveksam till om jag genom en sådan förfrågan skulle kunna erhålla tillförlitligt underlag. Emellertid har jag från såväl representanter för näringslivet som för skatteförvaltningen erhållit beskedet att sådan redovisning är mycket ovanlig, även om den stundels förekommer. I sammanhanget vill jag även peka på ett yttrande som Stockholms handelskammare ingav till Högsta domstolen i det s.k. Byggma-målet, som bl.a. handlade om förutsättningar för ansvarsgenombrott.¹²⁴ Där uttalade handelskammaren att näringslivets uppfattning vid denna tid (början av 1980-talet) var att moderbolags balansräkningar i förekommande fall aldrig belastades av förklaringar i form av stödbrev. Huruvida detta fortfarande är en riktig beskrivning av hur man inom näringslivet i allmänhet uppfattar god redovisningssed på detta område kan jag inte svara på. Man kan emellertid konstatera att det numera i näringslivet finns olika uppfattningar om huruvida god redovisningssed innebär att stödbrev skall redovisas eller ej. Ett argument som anförts mot att stödbrev bör redovisas är att en upplysning om existensen av ett stödbrev i en framtida process kan komma att uppfattas som om utställaren har ansett stödbrevet juridiskt bindande.¹²⁵ Jag har dock lite svårt att se detta argument som särskilt starkt. Den löpande bokföringen sköts antingen av bolagets egen personal eller av anlita bokföringsbyrå. Årsredovisningen, som skall granskas av revisorer, avlämnas av bolagets styrelse och skall underskrivas av representant för bolaget. Frågan om man i årsredovisningen lämnat uppgift om förekomsten av stödbrev kan enligt min mening inte ha någon relevans i en framtida process rörande stödbrevets juridiska status. Orsaken till att ett stödbrev eventuellt medtagits i årsredovisningen är att styrelsen tolkat bestämmelser i särskild lagstiftning till skydd för bl.a. borgenärernas intresse på visst sätt (dvs. tolkat innebörden av begreppet god redovisningssed). Redovisningens mål och syfte är inte att vara bevismedel i kommande civilprocesser. Valet att redovisa stödbrevet grundar sig knappast på att bolaget gentemot

¹²² A.st.

¹²³ A.st. samt Thorell, 1984 s. 68.

¹²⁴ NJA 1982 s. 262.

¹²⁵ Se t.ex. Røsæg s. 107 ff och Lindqvist s. 28 f. Jfr här Gomard, Koncerner s. 172.

mottagaren av stödbrevet haft för avsikt att visa att bolaget uppfattar stödbrevet juridiskt bindande.¹²⁶

Ett annat argument mot redovisning är att en borgenär alltid måste ta i beaktande att ett moderbolag kan tvingas att uppfylla sitt ägaransvar i ett dotterbolag, varför förekomsten av stödbrev varken skulle göra till eller från. Är detta argument bärkraftigt, har det naturligtvis inte så stor betydelse om man redovisar stödbrev eller ej. Fast i så fall skulle det inte heller ha någon större praktisk betydelse om man valde att redovisa åtagna borgensförbindelser gentemot dotterbolag eller om man underlät sådan redovisning. Möjligen skulle förekomsten av en formell borgen tyda på en större vilja att bistå dotterbolagen än om endast ett stödbrev utfärdats. Men som tidigare visats (se ovan 2.4.1) finns det många olika skäl till att man väljer att stödja ett dotterbolag medelst stödbrev i stället för med en formell borgen. Viljan (eller avsaknad av vilja) att stödja dotterbolaget är bara en av många faktorer som spelar in när man väljer mellan borgen och stödbrev.

Slutligen skall jag bara omnämna möjligheten att "freda sig" mot redovisningsskyldighet genom att hänvisa till vad Lagrådet anförde om "nöd". Denna möjlighet finner jag ganska osannolik eftersom Lagrådet uttalade sig om situationer där det kan ligga i myndigheternas, de anställdas, andra borgenärs eller aktieägarnas intresse att bolaget underlåter sådan redovisning som annars bör ske enligt 11 kap 9 § ABL. Vad stödbrev anbelangar kan det knappast göras gällande att det ligger i borgenärernas intresse att sådan information undanhålls, varför detta argument enligt min mening inte är bärande.

Beträffande eventuell redovisningsskyldighet av stödbrev anser jag sammanfattningsvis att det finns en del icke obetydliga skäl som talar för att de bör redovisas i någon form. Då menar jag inte att stödbrev de lege ferenda bör redovisas, utan att de redan de lege lata bör redovisas. Såväl 20 § 1 st 4 p BFL och 11 kap 9 § 1 st ABL som ovan redovisade motivuttalanden till sistnämnda lagrum samt BFN:s uttalande (BFN 90 U:11) ger enligt min mening ett icke oväsentligt stöd för att stödbrev bör redovisas. Detta förstärks ytterligare av Lagrådets ovan redovisade yttrande och av den redovisningspraxis som finns på närliggande områden. Jag har vidare svårt att finna några tillräckligt starka argument för att helt underlåta att lämna upplysningar om existensen av utfärdade stödbrev. När man tar ställning till hur man redovisningstekniskt skall hantera stödbrev finns det skäl att också göra en närmare översyn av hur man bör behandla olika slag av kapitalteckningsgarantier, utfästelser om framtida aktieägartillskott etc. Alla dessa "fenomen" utgör exempel på osäkra former av mellanting mellan tillskott och lån.

Som jag anförde inledningsvis i avsnitt 2.4.7.1 avsåg min undersökning

¹²⁶ Se vidare Røsæg s. 108 f.

vissa frågor rörande redovisning av stödbrev hänförliga till "mellankategorin". Några ord bör dock i detta sammanhang även sägas om behandlingen av "svaga" respektive "starka" stödbrev.

De "svaga" stödbreven, dvs. sådana som endast innehåller verifierbara påståenden eller liknande utan inslag av "löftesuttalanden" (se närmare avsnitt 2.4.3), torde rimligtvis inte kunna omfattas av den redovisnings-skyldighet jag förordat i förevarande avsnitt. De "svaga" stödbreven utmärks bl.a. av att de saknar juridiska förpliktelser. En helt annan sak är att de kan medföra skadeståndsskyldighet i vissa fall när påståenden i dem befunnits vara felaktiga.

De "starka" stödbreven, dvs. sådana som innehåller uttalanden som i viss utsträckning skulle kunna tolkas som borgensåtaganden (se 2.4.3), bör i enlighet med vad jag anfört ovan helst redovisas i någon form. Man får förslagsvis i varje enskilt fall göra en preliminär bedömning om de skall redovisas som borgen eller annan ansvarsförbindelse eller om redovisningen bör följa den modell jag ovan skisserat för stödbrev av "mellankategorin". Det väsentliga är dock inte hur de starka stödbreven redovisas – som borgen (inom linjen) eller som jag anser att stödbrev av "mellankategorin" bör redovisas, dvs. utom linjen. Huvudsaken är i stället att de redovisas. Väljer man vid redovisningen att hantera ett "starkt" stödbrev på samma sätt som ett stödbrev tillhörigt "mellankategorin", är mina avslutande synpunkter i avsnitt 2.4.7.4 även giltiga för de "starka" stödbreven. Alltså bör de "starka" stödbreven vid upprättandet av årsredovisningen antingen behandlas som stödbrev av "mellankategorin" eller som en regelrätt ansvarsförbindelse, allt efter deras innehåll.

2.4.7.4 Avslutande synpunkter

Om man accepterar mitt påstående att stödbrev som inte hör till kategorin "svaga" helst bör redovisas, uppkommer frågan i vilken form sådan redovisning bör ske. Här blir det alltså delvis fråga om att från redovisningssynpunkt försöka finna kriterier för jämförbarhet mellan olika företag. Som jag anförde inledningsvis avser jag inte att fördjupa mig i denna fråga. Någon smärre anmärkning kan dock vara på sin plats.

Räcker det med att stödbrev redovisas i förvaltningsberättelsen eller bör det vara i en not till balansräkningen? Vid införandet av 1975 års aktiebolagslag ansåg föredragande statsrådet att en kommentar i förvaltningsberättelsen inte blir så direkt kopplad till redovisningen som kan vara önskvärt. En sådan upplysning kunde enligt föredragande statsrådet lätt förbigås. Han påtalade bl.a. att det var lämpligt att själva resultat- och balansräkningen blir så upplysande som möjligt.¹²⁷ Denna uppfattning får

¹²⁷ Prop 1975:103 s. 454.

nog anses som något föråldrad idag. Som inledningsvis refererats hävdar FAR att kravet i 20 § 1 st 4 p BFL om att lämna tilläggsinformation i form av en not för aktiebolagens del får anses ersatt av kravet att lämna sådan upplysning i förvaltningsberättelsen.

Jag är villig att erkänna att min tolkning av vad som är god redovisningssed beträffande stödbrev måhända är färgad av vad jag tycker borde vara god redovisningssed. Men företeelsen stödbrev är relativt ny och ännu har det inte utkristalliserats någon bestämd och allmänt erkänd uppfattning om vad god redovisningssed på detta område innebär. Det vore därför enligt min mening av intresse om BFN, FAR eller Redovisningsrådet tar upp frågan och gör ett uttalande eller en rekommendation i ämnet. Detta har också föreslagits av den av Stockholms fondbörs tillsatta utredningen angående Nobel/Gamlestaden.¹²⁸ Är det så att gällande rätt inte ger utrymme för min uppfattning, anser jag i vart fall att man de lege ferenda bör införa regler av något slag, innebärande att stödbrev på ett godtagbart sätt redovisas i någon form. Detta anser jag skulle vara en lämplig väg att gå, även om det i praktiken innebär att man närmar sig en "gråzon" där man redovisar eventalförpliktelser, som kanske inte är och heller aldrig kommer att bli juridiskt bindande och än mindre någon gång kommer att behöva infrias.

2.5 Sammanfattning finansieringsformer m.m.

Aktiebolag kan finansieras på olika vis. Medel kan tillföras bolaget genom lån, (aktieägar)tillskott eller olika kombinationer av dessa finansieringssätt.

Vissa mellanformer av lån och tillskott kan ur såväl civil- som skatterättslig synvinkel medföra problem. Här kan man särskilt peka på vinstandelslån och villkorade aktieägartillskott.

Som ovan visats finns det vissa medel för kapitaltillförsel där en hel del svåra problem aktualiseras; nämligen de s.k. stödbreven. Denna internationellt så viktiga företeelse, som har sitt ursprung i Tyskland för snart 30 år sedan, har under senare år blivit allt oftare förekommande och då också föremål för domstolsprocesser. I Sverige har dock dessa processer ännu så länge varit relativt få till antalet. Eventuella tolkningsproblem har i regel lösts av parterna själva. Men med en allt sämre konjunktur sammantaget med att det under högkonjunktursens 80-tal utställdes en hel del mer eller mindre förpliktande stödbrev för att möjliggöra att svagt kapitaliserade bolag skulle få låna stora belopp, finns det all anledning att anta att antalet rättsliga processer kommer att öka kraftigt i en inte alltför avlägsen framtid. Det kan då vara bra att i god tid försöka bilda sig en upp-

¹²⁸ Nobelutredningen s. 278 f.

fattning av hur man skall hantera dessa dokument ur såväl civil- som skatterättslig synvinkel. Jag har i avsnitt 2.4 visat på hur svårtolkade dessa dokument kan vara. Det är inte bara ordalydelsen i ett stödbrev som är avgörande vid fastställande av om handlingen innehåller någon juridisk förpliktelse. Även andra tolkningsdata, såsom parternas avsikter med den upprättade handlingen samt deras uppträdande under de förhandlingar som förevarit fram till dess handlingen fått sin slutliga lydelse, har betydelse. Dessa tolkningsdata har betydelse för tolkningen av stödbrevet och för frågan om detta innehåller en juridisk förpliktelse. Vidare har dessa tolkningsdata betydelse för frågan om utställaren kan ha gjort sig skyldig till culpa in contrahendo och därigenom eventuellt ådragit sig skadeståndsskyldighet.

Som jag ovan försökt visa kan det många gånger vara svårt att vinna en skadeståndsprocess med åberopande av ett icke infriat stödbrev. Detta gäller oberoende av om kärande åberopar kontraktsbrott, culpa in contrahendo/vilseledande eller ansvarsgenombrott som grund.

Det är inte bara vid tolkningen av stödbrevens eventuellt bindande förpliktelser som problem uppstår. Vid upprättandet av en årsredovisning är det osäkert om ett stödbrev skall redovisas inom linjen som en ansvarsförbindelse, utom linjen i form av en not rörande "annat förhållande av väsentlig betydelse för att bedöma rörelsens resultat och ställning", alternativt i förvaltningsberättelsen, eller om stödbrevet inte alls behöver omnämnas. Enligt min mening är det sistnämnda alternativet minst tillfredsställande och möjligen i strid med vad som följer av "god redovisningssed". Som jag redovisat i avsnitt 2.4.7 lutar jag mest åt att en redovisning bör ske, i form av en not eller i förvaltningsberättelsen. Det redovisningstekniska problemet är en följd av osäkerheten om stödbrevet i fråga innehåller en juridisk förpliktelse och i så fall under vilken tidsperiod och till vilket belopp.

I det kommande kapitlet behandlar jag "underkapitaliserade" bolag. Stödbrev ställs ofta ut till förmån för sådana bolag. Även om huvudsyftet med denna avhandling är att anlägga vissa skatterättsliga aspekter på stödbrev, är det nödvändigt att dels som ovan visa på vad stödbrev är för något och vad de innebär civilrättsligt, och dels som nedan försöka utröna vad "underkapitalisering" är. Först därefter kan olika situationer med stödbrev till underkapitaliserade dotterbolag granskas ur skatterättslig synvinkel.

3 Underkapitalisering

3.1 Inledning

Stödbrev medför problem inte enbart utifrån avtalsrättslig, skadeståndsrättslig och redovisningsteknisk synvinkel. Även sett från en rent skatterättslig ståndpunkt kan stödbrev leda till intressanta frågor, som kan vara svåra att ge klara svar på. Stödbrev kan användas för att underlätta för ett ordinärt kapitaliserat dotterbolag att få lån på bättre villkor än eljest. Men stödbrev – och självfallet även andra former av finansiering – blir ur skatterättslig synvinkel särskilt intressant när det låntagande bolaget är vad som brukar kallas underkapitaliserat ("thin capitalisation").

Skatterättsliga problem kan uppstå oberoende av om det låntagande bolaget är underkapitaliserat eller ej. De skatterättsliga frågor som kan aktualiseras – och till vilka jag avser att återkomma längre fram – är t.ex. om lånet i något fall kan betraktas som förtäckt tillskott, varvid utbetald ränta i beskattningshänseende skall behandlas som aktieutdelning. Vidare kan eventuellt armlängdsregeln i 43 § 1 mom KL eller uttagsbeskattningsreglerna i 22 § KL bli tillämpliga när ett stödbrev utställs av ett moderbolag i Sverige till förmån för ett utländskt dotterbolag och ingen eller för låg ersättning för denna tjänst lämnas. Avslutningsvis kan även ett yrkande om avdrag vid inkomsttaxeringen till följd av infriande av "förpliktelser" i stödbrev leda till olika skatterättsliga ställningstaganden. Innan jag gör ett försök att behandla dessa frågor, måste själva företeelsen underkapitalisering granskas något.

Det är först på senare tid detta ur internationell synvinkel mycket aktuella ämne behandlats i svensk skatterättslig doktrin.¹ Det finns många olika sätt att definiera underkapitalisering. Internationella samarbetsorganisationer som Förenta Nationerna och OECD har i rapporter beskrivit och kommenterat dessa frågor. Likaså har olika länders skattemyndigheter och internationellt verksamma revisionsbyråer i skrifter gett uttryck för sina respektive uppfattningar om vad som avses med "thin

¹ Se t. ex. RSV 1990:1 bilaga 6, Arvidsson s. 347 ff, Estberg, SvSkT 1990 s. 335 ff och Tivéus m.fl., Internationella Skattehandboken s. 170 f.

capitalisation”.² Av bl.a. kommentaren till OECD:s modellavtal av år 1992 framgår det att underkapitalisering är ett internationellt förekommande problem. Art. 25 i modellavtalet behandlar förfarandet vid ömse-sidig överenskommelse mellan avtalsslutande stater för undanröjande av internationell dubbelbeskattning. I p 8 av kommentaren till artikeln anges att underkapitaliseringsfall är bland de mest förekommande fall där förfarandet används.

Fenomenet underkapitalisering i sig kan definieras på ett flertal olika sätt och som en konsekvens härav finns det olika metoder att angripa underkapitaliseringssituationer. Jag har dock inte för avsikt att försöka ge en uttömmande definition av begreppet underkapitalisering. Jag har inte heller för avsikt att göra en ekonomisk analys av företeelsen. Vad jag avser att göra i detta kapitel är att ge en kort och allmän orientering om problemet, där jag valt ut ett fåtal länder som exempel på dels hur man kan definiera begreppet underkapitalisering och dels hur man gått till väga i olika stater för komma till rätta med ur fiskal synvinkel besvärande konsekvenser av transaktioner med underkapitaliserade bolag. Jag har här valt att närmare studera regler om underkapitalisering och därtill hörande spörsmål i USA, Kanada, Australien och Tyskland. För att visa på att problemet är internationellt och för att visa att man gått till väga på lite olika sätt i ett antal stater har jag valt att ytterst kortfattat även beskriva förhållandena i ytterligare några stater. Även om man använt sig av olika lösningar i olika länder, visar min genomgång att man kan finna vissa gemensamma nämnare i de olika lösningarna.

Ett syfte med denna genomgång är även att få underlag till ett resonemang de lege ferenda i kapitel 7.

3.2 Vad är underkapitalisering?

Begreppet underkapitalisering är inte definierat i svensk företagsekonomisk eller juridisk terminologi.³ I korthet handlar frågan om ett bolag har tillräckligt med eget kapital för att kunna bedriva viss verksamhet av viss särskild omfattning. I sin förlängning handlar det om relationen mellan skulder och eget kapital ("debt/equity ratio"). I de särskilda skatterättsliga regler jag beskriver nedan avses med eget kapital i regel allt eget kapital och inte endast det bundna kapitalet. Med andra ord är det fråga om ett

² Se t.ex. OECD:s Rapport nr 2 1987 Thin Capitalisation, United Nations Contribution to International Co-Operation in Tax Matters s. 24 ff, KPMG; The Use of Hybrid Financial Instruments in Cross-Border Transactions 1990, Arthur Young International Europe; Tax Brief nr 3 nov 1987 och DRT; Thin Capitalization and Related Provisions in Major Trading Nations, 1990.

³ RSV 1990:1 s. 289.

mått på ett företags soliditet. I Sverige har vi inga civil- eller skatterättsliga regler som behandlar detta.⁴ I detta avsnitt kommer endast skatterättsliga regler och frågor att behandlas.

Till skillnad från vad som gäller i Sverige finns det i en hel del andra stater "måttstockar" – mer eller mindre bindande och mer eller mindre generella – att användas vid bedömningen av om ett bolag skatterättsligt sett är underkapitaliserat eller ej. För fullständighetens skull bör även nämnas att det finns skatterättsliga problem vid det motsatta förhållandet, dvs. då dotterbolag tillförs så mycket eget kapital att de blir överkapitaliserade ("thick capitalisation").⁵ Till följd härav borde man egentligen inte ställa frågan när ett bolag är underkapitaliserat, utan i stället fråga sig inom vilka ramar det föreligger "rätt kapitaliseringsgrad". Då det endast är vissa problem vid underkapitalisering som jag avser att behandla, har jag valt att inte fokusera mig på vad som bör vara "rätt kapitaliseringsgrad".

De olika regelverk om underkapitalisering som jag presenterar nedan används för att avgöra om en betalning från t.ex. ett underkapitaliserat dotterbolag till dess moderbolag skall utgöra avdragsgill ränta eller avskattad utdelning. För moderbolaget har svaret betydelse bl.a. för frågan om mottagen betalning är skattefri utdelning – med beaktande av eventuell källskatt – eller skattepliktig ränta. I vissa länder utgår även källskatt på räntebetalningar. Det finns även länder där vanlig inkomstskatt på räntor och utdelningar utgår även när den skattskyldige är inskränkt skattskyldig.

Reglerna/riktlinjerna är först och främst avsedda att träffa betalningar mellan skattesubjekt verksamma i olika länder. För ett moderbolags del kan det finnas flera skäl till att hellre finansiera ett dotterbolag med lån än med kapitaltillskott. Många multinationella företag utnyttjar relationen lån/eget kapital för att få beskattningen förlagd till länder med låg skattesats. Sålunda tillämpar koncerner hög belåningsnivå i länder med hög skattesats, varigenom räntedebiteringarna kan överföras till länder med lägre skattesatser. Samtidigt utnyttjas en hög kapitalnivå i länder med låg räntesats och där ränteavdragen inte har särskilt högt värde.⁶ Ett viktigt skäl får alltså skatteeffekten anses vara, men även andra orsaker, som t.ex. en önskan att begränsa risktagandet för moderbolaget, kan vara nog så betydelsefulla.

I stället för att bolaget lämnar ett lån, kan moderbolaget låta utfärda ett stödbrev till en långivande bank.

⁴ Den enda bestämmelse som finns i svensk rätt och som i någon mån berör denna situation är när ett aktiebolags aktiekapital understiger hälften av det registrerade kapitalet. I en sådan situation måste nytt kapital tillföras eller bolaget likvideras enligt 13 kap 2 § ABL.

⁵ Som exempel på "thick capitalisation" kan nämnas de s.k. Irlandsbolagen.

⁶ Grosskopf, SvSKT 1988 s. 173.

Alternativt kan ett lån läggas upp på följande vis. En bank i land A ger ett lån till ett från banken fristående företag i land A. Låntagarens moderbolag i land B ställer någon form av tillgångar som säkerhet eller lånar i sin tur självt ut pengar till banken. De utlånade medlen kan moderbolaget självt ha lånat upp och fått avdrag för räntekostnaden. Ett sådant förfarande innebär – om inga särskilda bestämmelser finns – i regel att koncernen undgår källskatt på dotterbolagets räntebetalningar. Eftersom dotterbolagets räntebetalning sker till bank i samma land som dotterbolaget är verksamt i utgår ingen källskatt på denna räntebetalning. Hade räntebetalningen gått direkt till moderbolaget hade den i vissa länder blivit belagd med sådan källskatt. För den ställda säkerheten eller moderbolagets lån till banken betalar i stället banken en ränta till moderbolaget. Då denna ränta inte betalas till en mottagare varmed banken befinner sig i intressegemenskap, är denna ränta enligt vissa länders lagstiftning och dubbelbeskattningsavtal undantagen från källskatt eller så är källskatten nedsatt. Det avgörande är dock att källskatten blir mindre än om räntebetalning gått direkt från dotterbolaget till moderbolaget. Med denna avtalskonstruktion, som brukar kallas "back-to-back"-lån, har man alltså lyckats att via en bank i dotterbolagets land lämna en kredit från moderbolaget till dotterbolaget och samtidigt lyckats undgå att den räntebetalning som gottskrivs moderbolaget belastas med lika hög källskatt som annars skulle ha varit fallet. Kanada och Australien är exempel på länder där man utformat särskilda regler/anvisningar innebärande att även räntebetalningar mellan låntagaren och långivaren vid denna typ av lån skall behandlas som räntebetalningar till moderbolaget.⁷

Flertalet av de länder jag ytligt har granskat, och som ingår i denna studie, tillämpar principen att utdelning är skattepliktig hos mottagaren (undantag inom koncerner i vissa fall) och icke avdragsgill hos utbetalaren.⁸ I regel utgår också källskatt på utdelning erlagd till någon som är icke skattskyldig i källstaten. Beträffande räntebetalningar är dessa i regel avdragsgilla hos utbetalaren och skattepliktiga hos mottagaren. I vissa fall utgår även källskatt på räntebetalningar. I sammanhanget bör även nämnas de olika system som i olika former och i varierande grad används i vissa stater för att lindra ekonomisk dubbelbeskattnings av ett bolags vinst när denna delas ut till ägarna. I vissa fall tillämpas olika skattesatser för bolagsvinster (ibland benämnt "split rate"), se t.ex. Tyskland. En lägre skattesats tillämpas på den del av vinsten som delas ut och en högre gäller för icke utdelad vinst. Vissa stater, t.ex. Storbritannien, Frankrike och Tyskland tillämpar ett avräkningssystem ("avoir fiscal", "imputationssystem"), där bolagets skatt på den utdelade vinsten under vissa förutsättningar får avräknas helt

⁷ Beträffande Australien se Lawrence 1990 s. 122 ff och för Kanada se KPMG s. 50.

⁸ De stater som jag i dessa avseenden närmare har granskat är USA, Kanada, Australien, Tyskland och Norge. Vidare har jag även översiktligt tittat på motsvarande regler i Storbritannien, Frankrike och Schweiz.

eller delvis mot aktieägarens skatt.⁹ Den mångfald av lösningar som finns har medfört svårlösta problem vid t.ex. upprättande av dubbelbeskattningsavtal.¹⁰ Det är dessa olika kombinationsmöjligheter, sammantaget med vissa skillnader mellan och i olika staters dubbelbeskattningsavtal (t.ex. om var man skall anse att ett bolag har skatterättslig "hemvist") och de mellan olika stater varierande skattesatserna, som gör att bolag i vissa situationer försöker utnyttja dessa olikheter i syfte att minska skattekostnaden. Ett sätt att sänka den totala skattekostnaden kan vara "hybrid finansiering"¹¹ och ett annat sätt är "treaty shopping".¹² Dessa företeelser berörs dock inte närmare i denna studie.

3.2.1 OECD

Innan jag redovisar min studie beträffande olika enskilda staters behandling av frågor rörande underkapitalisering skall OECD:s inställning till problemet beröras.¹³

OECD har dels 1979 avlämnat en rapport "Internprissättning och multinationella företag" (på engelska "Transfer Pricing and Multinational Enterprises"), dels 1987 avlämnat rapporten "Thin Capitalisation" ("Issues in International Taxation, No. 2", ej översatt till svenska). 1987 års rapport har föranlett OECD att göra vissa kommentarer till det år 1992 framlagda modellavtalet.

Trots OECD:s ansträngningar har åtskilliga stora industrinationer valt att lösa underkapitaliseringsproblemen på egen hand, med följd att lagstiftning/myndighetsanvisningar skiljer sig åt mellan länderna. Dessa skillnader kan naturligtvis utnyttjas i skatteundandragande syfte, men kan lika gärna resultera i förhöjd beskattning för internationellt verksamma bolag.

OECD har i 1979 års rapport betonat vikten av att först fastställa huruvida en kapitalöverföring, benämnt som lån, är ett lån eller ett tillskott.

⁹ Se närmare om dessa olika avräkningssystem i Imputation Systems – Objectives and Consequences, IFA:s 36:e kongress i Montreal 1982.

¹⁰ Mattsson 1991 s. 136.

¹¹ Hybrid finansiering kan mycket kortfattat beskrivas som en finansieringsmetod som utgör en blandning mellan lån och kapitaltillskott där långivaren erhåller rätt i låntagarens resultat. Jämför t.ex. konvertibla skuldebrev, vinstandelslån, etc.

¹² Med treaty shopping avses att man med hjälp av olikheter mellan olika dubbelbeskattningsavtal slussar betalningar från olika länder via t.ex. holdingbolag för att därigenom reducera källskatter på utdelningar, räntor och andra betalningar. Se närmare om denna företeelse i Sundgren, SN 1992 s. 370 ff.

¹³ Se OECD 1987 s. 94 ff (p. 180–191) samt de Hosson och Michielse, Intertax 1989/11 s. 476 ff.

Befinnes "lånet" vara ett "tillskott" är erlagd ränta inte avdragsgill.¹⁴ I rapporten konstateras vidare att bedömningen i regel är viktigast för dotterbolagets stat, vilket i första hand beror på skillnaden i avdragsrätt mellan ränta och utdelning.¹⁵ I rapporten anges också några faktorer som i flera länder anses betydelsefulla vid klassificeringen av kapitalet som lån eller eget kapital.¹⁶ Som exempel på sådana faktorer kan nämnas huruvida det föreligger ett ovillkorligt skriftligt åtagande om återbetalning av ett bestämt belopp på en viss förfallodag. En annan faktor att ta ställning till är om lånet är efterställt andra fordringsägares rätt. Förhållandet mellan skulder och eget kapital bör också beaktas. Huruvida skulden kan konverteras till aktier i bolaget är ytterligare en relevant fråga. Vidare bör man undersöka om lånen är fördelade mellan aktieägarna i förhållande till deras aktieinnehav. Vilken rätt innehavarna av skuldebrev har i händelse av utebliven räntebetalning är också en relevant faktor för bedömningen. I rapporten anges att rätten att stämma bolaget på huvudstolen skulle kunna tyda på ett lån, medan rätten att överta ledningen av bolaget eller erhålla rösträtt vid utebliven betalning skulle kunna tyda på att det rör sig om tillskottskapital. Vidare anges i rapporten att parternas avsikt att skapa ett gäldenärs-/borgenärsförhållande också är en viktig faktor som domstolarna har att beakta. I rapporten rekommenderas medlemsstaterna att inta en flexibel attityd, varvid hänsyn bör tas till omständigheterna i varje enskilt fall. En strikt regel för förhållandet mellan skulder och eget kapital – som flera stater numera infört – anses enligt rapporten som olämplig.¹⁷ Även i 1987 års rapport påtalas vikten av att skattemyndigheterna gör en bedömning i det enskilda fallet och beaktar nu nämnda omständigheter.¹⁸ Det betonas vidare – vid tillämpningen av armlängdsregeln (artikel 9 i OECD:s modellavtal) – att man skall fråga sig om en fristående finansiär skulle varit villig att ge ett så stort lån som det ifrågasatta med hänsyn till att låntagande bolag varit underkapitaliserat. Kanske skulle denna finansiär förutom ränta även kräva del av vinsten. Det kan också vara så att ingen fristående finansiär vid dessa förutsättningar överhuvudtaget skulle ha lämnat ett lån till bolaget.¹⁹ I 1987 års rapport lämnas ingen vägledning för bedömningen av om ett bolag skall anses vara underkapitaliserat eller ej. Detta har uttryckligen inte heller varit syftet med rapporten.²⁰

¹⁴ OECD 1979 p. 183.

¹⁵ A.a. p. 184.

¹⁶ A.a. p. 186.

¹⁷ A.a. p. 191.

¹⁸ OECD 1987 se bl.a. p. 75.

¹⁹ A.a. p. 76.

²⁰ A.a. p. 19.

I det modellavtal som antogs av OECD 1992 har en del av de synpunkter som lades fram i 1987 års rapport beaktats.²¹ Vid utarbetandet av kommentaren till armlängdsregeln (artikel 9) har p 48, 50 och 84 i 1987 års rapport medtagits i något omarbetat skick. Bl.a. heter det i p 2 a) av kommentaren till artikel 9 att inget hindrar att de enskilda staterna använder interna regler för att komma till rätta med underkapitalisering så länge man härigenom uppnår att låntagarens vinst kommer att beräknas till ett belopp som motsvarar det fallet att lånet givits mellan två av varandra oberoende parter. Vidare sägs i p 2 b) att det inte är endast räntesatsen som kan angripas utan staterna är fria att ha regler som innebär att ett prima facie lån skatterettsligt behandlas som ett kapitaltillskott. I p 2 c) betonas att tillämpningen av underkapitaliseringsregler normalt inte bör få leda till att man höjer den beskattningsbara vinsten i det bolag som tillförts kapitalet utöver vad som hade varit fallet i en armlängdssituation.

Vidare anges i den nya p 25 av kommentaren till artikel 10 (ränta) jämfört med motsvarande nya p 19 av kommentaren till artikel 11 (utdelning) att inget hindrar att man använder sig av nationella underkapitaliseringsregler som medför att ränta behandlas som utdelning i de fall kreditgivaren i realiteten deltar i gäldenärsbolagets affärsrisk. I p 25 anges vissa faktorer som bör beaktas vid prövningen om så är fallet.

Beträffande metoder för undanröjande av dubbelbeskattning (artikel 23 A och 23 B i modellavtalet) påtalas i kommentaren (p 67 och 68) att dubbelbeskattning i fall då korrigering skett på grund av att ränta omklassificerats till utdelning bör undanröjas genom ömsesidiga överenskommelser mellan staterna. Dessa berörs inte närmare här. Avslutningsvis skall bara understrykas att icke-diskrimineringsregeln (artikel 24) enligt kommentaren (p 56 och 58) inte hindrar tillämpning av underkapitaliseringsregler som utformats i enlighet med modellavtalets intentioner (se art. 9:1 och 11:6). När det gäller avdragsrätten för ränta (eller omklassificering av sådan betalning till utdelning) tar armlängdsregeln över icke-diskrimineringsregeln.

3.2.2 Australien

Ett av de länder där frågor om underkapitalisering blivit omsorgsfullt reglerade är Australien.²² Bolagsskatten är 33 procent och i Australien skattskyldiga aktieägare beskattas för uppburen utdelning. Vissa undantag från skattskyldighet för utdelning finns, som t.ex. utdelning från dotter-

²¹ Det nya modellavtalet beskrivs översiktligt av Francke i SN 1993 s. 536 ff.

²² Materialet rörande Australien, inklusive exemplen, är hämtat från KPMG s. 1 ff, DRT s. 11 ff, Krever, 1990 s. 21 ff, Lawrence, 1990 s. 118 ff, KPMG Tax Letter 87/3 samt Andrew, 1994 s. 94 f.

bolag till moderbolag om vissa förutsättningar är uppfyllda.

I australiensisk skattelagstiftning skiljer man mellan "franked dividend" och "unfranked dividend". Med den första kategorin avses utdelning som blivit beskattad fullt ut hos det utdelande bolaget, dvs. med en skattesats av 33 procent. "Unfranked dividend" är utdelning som inte blivit fullt ut beskattad i det utdelande bolaget. Orsaken härför kan vara att bolaget i sin tur erhållit inkomsten i form av utdelning från ett dotterbolag och därigenom undgått beskattning.

Det i Australien tillämpade imputationssystemet innebär att aktieägare som är skattskyldig för utdelning i Australien – om utdelningen är att hänföra till "franked dividend" – får avräkna utdelande bolags skatt på utdelat belopp mot aktieägarens egen skatt. I det utdelade beloppet inkluderas även det utdelande bolagets skatt på det utdelade beloppet. Om aktieägaren inte är skattskyldig för utdelning i Australien utgår ingen källskatt på beloppet, allt under förutsättning att det är fråga om "franked dividend". Härigenom missgynnas inte utländska investerare jämfört med inhemska.

Om utdelningen är att hänföra till "unfranked dividend" föreligger inte rätt för i Australien skattskyldig att göra ovan nämnd avräkning. För i Australien icke-skattskyldig mottagare av utdelning i form av "unfranked dividend" gäller att källskatt i princip utgår med 30 procent. I de fall dubbelbeskattningsavtal föreligger är källskattesatsen i allmänhet 15 procent. På ränta utgår med några få undantag alltid källskatt med 10 procent.

Räntebetalningar till utlandet beskattas således lindrigare än utdelning, dels på grund av att räntan är avdragsgill till skillnad från utdelning, dels till följd av lägre källskatt på ränta än på utdelning. Ränta beskattas lindrigare än utdelning även om man jämför med "franked dividend" utbetalad till bolag med hemvist i stat med vilket Australien slutit dubbelbeskattningsavtal. Det sagda har medfört att många utländska bolag som gjort investeringar genom australiska dotterbolag valt att försöka ta hem vinsten i form av ränta i stället för utdelning. Med anledning härav har Australien infört lagstiftning för att komma till rätta med vissa missförhållanden på detta område.

När det gäller räntor som har en för hög respektive för låg räntesats avtalad mellan närbesläktade bolag, varav endast ett är skattskyldigt i Australien, kan sådana räntebetalningar angripas med den australiensiska armlängdsregeln.²³ I övrigt är räntekostnader i princip alltid avdragsgilla. Undantag gäller dock för räntor erlagda av underkapitaliserade bolag.

Reglerna rörande räntebetalningar från underkapitaliserade bolag, vilka finns i den australiensiska inkomstskattelagen, ger inte utrymme för något hänsynstagande till "det enskilda fallet". Syftet med reglerna är

²³ Den australiska armlängdsregeln återfinns i Division 13 Income Tax Assessment Act.

"... to protect Commonwealth revenues and to prevent losses arising from thinly capitalised foreign investment in Australian companies or businesses. Thin capitalisation arises where an investment by a foreign person or entity is excessively geared up with 'in house' loans from the investor or his overseas associates."²⁴

Reglerna, som preciserats i av skatteförvaltningen utfärdade anvisningar, innebär i huvudsak följande.²⁵

Ett bolag anses underkapitaliserat när bolagets skulder (på vilka ränta skall erläggas) till dess "utländska ägare" står mot det australiensiska dotterbolagets tillgångar som förhållandet 3 mot 1. (När det gäller finansiella institutioner är kvotålet 6:1). I de fall sådan skuld genererar en ränta som blir beskattad i Australien (här avses ej beskattning i form av källskatt) undantas denna skuld från regelns tillämpningsområde. Det finns detaljerade och komplicerade anvisningar avseende vad som skall hänföras till skuld respektive tillgång, vad som är ränta etc. Jag recovisar inte dessa eftersom detaljkunskap om dem inte behövs för att förstå principen med bestämmelserna om underkapitalisering. Det bör även betonas att reglerna inte syftar till att omklassificera lån till eget kapital. De skall i stället användas för att vid taxeringen omklassificera ränta till utdelning. Formeln för beräkningen är följande.

$$X = A \times \frac{B - C}{B}$$

X = icke avdragsgill räntekostnad

A = all under året erlagd "ränta" till utländska ägare m.m.

B = skuld till utländska ägare vid den tidpunkt då sådan skuld varit som störst under året.

C = "eget kapital" hänförligt till utländska ägare beräknat utifrån relations-talet 3:1

(B innebär att överskrids förhållandet 3:1 endast en enda dag under året blir regeln tillämplig på all räntebetalning till utländsk ägare som äg rum under året. Med utländska ägare förstås någon som direkt, indirekt eller tillsammans med andra kontrollerar 15 procent av rösterna i bolaget. Vidare hänförs hit den som är berättigad att själv eller tillsammans med associerade uppbära åtminstone 15 procent av utdelningen eller liknande.)

Se närmare följande exempel.

²⁴ Se Lawrence, 1990 s. 119.

²⁵ Division 16 F av Income Tax Assessment Act. Bestämmelsen trädde i kraft den 1 juli 1987. Denna är indelad i tre undergrupper, Subdivisions, som återfinns i section 159 GZA–GZX. I dessa finns generella respektive speciella tolkningsprinciper avseende regeln samt reglering av mer teknisk natur för tillämpningen av bestämmelsen. Skatteförvaltningen har vidare utgivit tolkningsanvisningar, IT 2479.

Antag att ett australiensiskt bolag har skulder endast till sitt utländska moderbolag på 4 000 beräknat utifrån det högsta skuldbeloppet under året. Antag vidare att det utländska ägarkapitalet är 1 000. Räntan på lånet uppgår till 15 procent.

Under dessa förutsättningar blir den avdragsgilla räntan beräknad enligt nedan:

A:s utländska skuld	4 000
Kvot (3:1) skuld/eget kapital	<u>3 000</u>
Skuld överstigande "tillåten" kvot	= 1 000
Erlagd ränta till utländsk ägare	
$4\,000 \times 15 \text{ procent} =$	600
Icke avdragsgill ränta $= 600 \times \frac{1\,000}{4\,000}$	= 150

Om vi nu övergår till det förhållandet att det australiensiska bolaget ägs både av "utländska" och "australiensiska ägare" och att lån givits även av andra än av de "utländska ägarna", kan reglernas funktion illustreras med följande exempel.

Anta att de totala tillgångarna är 490 och lånen 240, dvs. nettotillgångarna i dotterbolaget är 250. Bolaget ägs till 20 procent av "utländska" intressen, dvs. det "utländska egna kapitalet" är $(0.20 \times 250 =)$ 50. Vid detta förhållande blir $C = 3 \times 50 = 150$. På samtliga lån givna av "utländska ägare" överstigande 150 skall räntan eller del av räntan "omvandlas" till utdelning. Antar vi i exemplet dels att av lånat kapital (240) hänför sig 200 till de "utländska ägarna", dels att räntebetalningen på denna del av lånet uppgår till 24 blir ekvationen följande.

$$X = 24 \times \frac{200 - 150}{200} = 6$$

dvs. 1/4 av räntebeloppet till "utländsk ägare" om 24 är icke avdragsgillt. (Det finns även en alternativ metod för att beräkna storleken av den avdragsgilla räntan, men den lämnar jag därhän.)

Vid sidan om reglerna om underkapitalisering finns även debt creation provisions. Dessa, som jag inte avser att behandla, kan användas för att i vissa situationer vägra avdrag för räntebetalningar mellan närstående bolag.

Det finns som ovan nämnts också speciella regler för "back-to-back"-lån. Omständigheter som rör förhållandet skuld/eget kapital etc. skall vidare öppet redovisas av den skattskyldige i deklarationen.

I sammanhanget kan nämnas att t.ex. *Frankrike*²⁶, *Spanien*²⁷, *Japan*²⁸

²⁶ Se närmare KPMG s. 65 ff och DRT s. 57 ff. I februari 1990 vägrade högsta administrativa domstolen (Conseil d'Etat) ett av SAS i Frankrike ägt dotterbolag avdrag för räntebetalning p.g.a. regler om underkapitalisering, se närmare Blanluet i European Taxation jan/febr 1991 s. 56 f. Frankrike har inte någon särskild underkapitaliseringsbestämmelse, men artikel 212 i Code général des impôts (skattelagsamlingen) har använts i underkapitaliseringssituationer.

och i synnerhet Kanada har bestämmelser eller anvisningar som i flera avseenden liknar de australiensiska.

3.2.3 Kanada

I Kanada är bolagsskatten 28 procent. Tar man hänsyn till vissa delstatliga skatter blir skattetrycket för bolagen mellan 35 procent och 45 procent.

Den kanadensiska skatteförvaltningen har utfärdat anvisningar på internprissättningsområdet att användas vid tillämpningen av den kanadensiska armlängdsregeln.²⁹ Anvisningarna utgör endast skatteförvaltningens tolkning av gällande rätt, men de har mycket stor genomslagskraft i och med att det är den skattskyldige som har bevisbördan för att skatteförvaltningens beskattningsåtgärder är felaktiga.³⁰ Detta kan vara särskilt svårt att leda i bevisning just på internprissättningsområdet. Anvisningarna, som är av relativt färskt datum, bygger i mångt och mycket på OECD:s rapporter och på de motsvarande amerikanska anvisningarna.³¹

Kanada har vidare en lagregel angående underkapitalisering.³² Lagrummet och därtill hörande anvisningar anger vilken som är den högsta avdragsgilla ränta som kan erläggas vid fall av underkapitalisering. Bestämmelsen innebär att om bolagets skuld till vissa särskilt angivna rättssubjekt överskrider bolagets egna kapital med 3:1 någon gång under beskattningsåret begränsas avdragsrätten för räntebetalningar till sådana rättssubjekt.

De rättssubjekt som avses är i huvudsak utländska aktieägare, som antingen själva eller tillsammans med någon annan varmed de är i intressegemenskap (hit hänförs även kanadensisk person) äger 25 procent av aktierna i ett kanadensiskt bolag. Vid tillämpning av reglerna görs ingen skillnad på olika aktieslag.

Överskrids denna gräns (3:1) under endast en av årets dagar tillämpas

²⁷ Se Veldt, Intertax 1992/5 s. 293 ff.

²⁸ Se Shiga, Intertax 1992/8–9 s. 494 ff, Katsushima, Intertax 1992/11 s. 629 ff och Bati, Bulletin april 1993 s. 208 ff. Den japanska underkapitaliseringsregeln, Special Taxation Measures Law artikel 66-5(7), omfattar inte bara i Japan skattskyldiga bolag utan även i Japan verksamma filialer till utländska bolag. Regeln medför att avdrag förvägras för viss del av erlagd ersättning för kredit. Däremot omklassificeras inte beloppet till att vara utdelning.

²⁹ Armlängdsregeln återfinns i section 69(2) Income Tax Act. Skatteförvaltningens anvisningar är publicerade i Information Circulars No. 87-2.

³⁰ Boidman, International Tax Report juni 1987 s. 7.

³¹ Boidman, Bulletin 1984 s. 399. Boidman behandlar i denna artikel föregångarna till de år 1987 antagna anvisningarna.

³² Section 18(4) Income Tax Act. Se närmare om regelns tillämplighet i DRT s. 31 ff och KPMG s. 49 ff. Vilka som räknas som närstående regleras i section 251(2).

regeln ändock på all räntebetalning under året. (Se dock undantag nedan). Den ifrågasatta räntebetalningen betraktas då som icke avdragsgill utdelning. I källskattehänseende behandlas dock betalningen som ränta, vilket medför källskatt på 25 procent om inte dubbelbeskattningsavtal medför lägre källskatt. I så fall är källskatten i allmänhet nedsatt till 15 procent, vilket är detsamma som gäller för utdelning.³³ I några enstaka fall är källskatten endast 10 procent.³⁴ För att undvika att underkapitaliseringsregeln tillämpas kan sådana utländska aktieägare som omfattas av bestämmelserna före utgången av året tillskjuta nytt kapital genom nyteckning av aktier så att kvotålet inte längre överskrids.

Regeln kan ställas upp i följande formel:

$$A \times \frac{B - 3 \times (C + D + E)}{B} = \text{icke avdragsgill ränta}$$

A = erlagd (förfallen) ränta på lån till sådant rättssubjekt som omfattas av bestämmelsen.

B = det högsta skuldbelopp under någon av årets dagar till sådant rättssubjekt som avses med regeln.

C = redovisad och ej utdelad vinst vid beskattningsårets ingång ("retained earnings"). Underskott redovisas med 0.

D = vid ingången av året tillskjutet belopp av sådan ägare som avses med bestämmelsen ("contributed surplus").

E = det högsta värdet på aktiekapitalet ("paid up capital") vid årets ingång eller utgång. ("Paid up capital" definieras i inkomstskattelagen).

För att regeln skall bli tillämplig måste alltså B vara större än

$$3 \times (C + D + E).^{35}$$

Anta följande exempel. Årets ränta till sådan närstående som omfattas av bestämmelsen uppgår till 200 och lånebeloppet till 1 500. Vidare finns det vid ingången av året ännu ej utdelade vinstmedel om 5. Dessutom har ägarna före ingången av året tillskjutit 45. Aktiekapitalet uppgick till 350 vid årets in- och utgång.

$$200 \times \frac{1500 - 3 \times (5 + 45 + 350)}{1500} = 40$$

Av erlagd ränta om 200 är således 40 att betrakta som icke avdragsgill utdelning.

³³ KPMG s. 47.

³⁴ Man har vidare beslutat att sänka denna ytterligare med 5 procent över en femårsperiod med början den 1 januari 1993.

³⁵ Det bör noteras att den kanadensiska aktiebolagslagstiftningen skiljer sig från den svenska varför det är omöjligt att göra en exakt översättning av en sådan här formel. Det väsentligaste är dock att göra klart för sig att bolagets skuld till de närstående inte får överstiga det egna kapitalet (som i formeln kan indelas i tre grupper) med mer än tre gånger.

Följden av dessa bestämmelser är alltså att viss del av räntan omklassificeras till utdelning. Beträffande källskatten görs som sagt inte sådan omklassificering. För den utländske ägaren blir källskatten i regel densamma oberoende av om betalningen hänförs till ränta eller utdelning. Skillnad kan dock i vissa fall föreligga. Däremot har omklassificeringen betydelse för avdragsrätten och sålunda vilken skattepliktig nettointkomst det kanadensiska dotterbolaget kommer att få. Antag att nettointäkt före avdrag för räntekostnad uppgår till 100 och skattsatsen är 50 procent. Medges avdrag för ränta erlagd till moderbolag med yrkade 40 återstår 60 att beskatta med 50 procent. Därefter kan 30 lämnas i utdelning. Totalt kan $40 + 30 = 70$ överföras till moderbolaget från dotterbolaget. Vägras avdrag för räntan om 40 skall 100 beskattas. Kvar att föra över till moderbolaget i form av utdelning blir då endast 50. Därigenom får alltså omklassificeringen indirekt också betydelse för hur stor utdelning som kan lämnas till det utländska moderbolaget.

Om ränta betalad till ett kanadensiskt moderbolag, från ett i Kanada icke skattskyldigt dotterbolag, blivit omklassificerad i utbetalande stat på grund av regler om underkapitalisering, tar de kanadensiska myndigheterna inte någon hänsyn till detta. Betalningen anses i sin helhet utgöra skattepliktig ränteinkomst för det kanadensiska bolaget så länge betalningen hänför sig till vad som i utbetalande stat civilrättsligt betraktas som ett lån. Hänsyn tas alltså inte till skatterättsliga omklassificeringsregler i utbetalande stat.³⁶

3.2.4 Tyskland

Tyskland³⁷ avskaffade 1977 principen om dubbelbeskattning av bolagsinkomster på så vis att aktieägarna gavs möjlighet att avräkna bolagsskatten på utdelat belopp mot den inkomst- eller bolagsskatt de själva har att erlagga (det s.k. imputationssystemet). Systemet innebär full imputation (avräkning). Samtidigt höjdes bolagsskatten på utdelat belopp från 15 procent till 36 procent. En högre skattesats – 50 procent – kom att gälla för icke utdelat (fonderat) belopp. För tyska filialer till utländska bolag fastställdes bolagsskatten till 46 procent.

³⁶ KPMG s. 50.

³⁷ Mer översiktliga uppgifter om bolagsbeskattningen och transfer pricing-regler samt anvisningar om underkapitalisering rörande Tyskland har jag i första hand hämtat från Kramer, *Taxes International* nr 68 1985 s. 1 ff, Gunkel, *Intertax* 1988/1 s. 3 ff, Arthur Young, *Tax Brief* nr 3 nov 1987, KPMG s. 77 ff, DRT s. 61 ff, Dehnen och Rhines, *Bulletin* 1992 s. 393 ff, *Tax Notes International* 4 januari 1993 s. 14 f, Lüttge, *Intertax* 1993/2 s. 91 ff, Borstell, *Intertax* 1992/10 s. 581 ff, Söderholm s. 38 ff, Minor, *Tax Notes International* 23 november 1992 s. 1071 ff och 19 juli 1993 s. 147 ff, Jacob, *Bulletin* juli/augusti 1993 s. 383 ff samt Kroppen, *World Tax News* vol 4 nr 6, november 1993 s. 1 ff.

I Tyskland delar man in den del av det egna kapitalet som utgör disponibla vinstmedel ("verwendbares Eigenkapital") i tre "skatteklasser". Eigenkapital (EK)-50 omfattas av de vinstmedel som beskattas med 50 procent, dvs. fonderade vinstmedel. EK-36 avser utdelad vinst som alltså belöper med en skattesats om 36 procent medan den tredje gruppen, EK-0, kan utdelas utan beskattningseksekvenser för bolaget. Till den sistnämnda kategorin av eget kapital hänförs dels vinster från tiden före 1977 då imputationssystemet infördes, dels inkomster som av andra skäl inte beskattas i Tyskland, t.ex. på grund av att de är undantagna från beskattning till följd av bestämmelser i dubbelbeskattningsavtal. När utdelning av vinstmedel äger rum anses den först ske från klassen EK-50, därefter EK-36 och sist från EK-0.

EK-0 är i sin tur indelat i fyra undergrupper. Undergrupp EK-01 avser t.ex. inkomster från fasta driftställen utomlands som till följd av särskilda bestämmelser inte beskattas i Tyskland. Nästan alla dubbelbeskattningsavtal som Tyskland slutit innehåller bestämmelser som medför att utdelning till ett tyskt bolag från ett utländskt dotterbolag är undantagen från tysk bolagsskatt under förutsättning att det tyska bolaget äger minst 25 procent av aktierna i det utdelande bolaget.

Endast fysiska eller juridiska personer som är skattskyldiga i Tyskland kan tillgodoräkna sig bolagsskatten på utdelningen. Med hänsyn härtill och då källskatt på utdelning nominellt uppgår till 25 procent, samtidigt som räntebetalningar inte är föremål för källskatt, har lagändringen 1977 inneburit att utländska bolag hellre finansierar sina tyska dotterbolag med lån än med tillskott. Reglerna medför att skatten på utdelat belopp i praktiken blivit c:a 52 procent. ($100 - 36 = 64$ kvar att dela ut $\times$ 25 procent källskatt = 16. Kvar har återstått $100 - 36 - 16 = 48$).

Det bör dock observeras att skatteberäkningen är oerhört komplicerad. I mitt exempel har jag inte heller beaktat lokal näringsskatt (16–20 procent) som är avdragsgill vid den statliga taxeringen. Källskatten kan vidare vara lägre (oftast 5–15 procent) på grund av dubbelbeskattningsavtal. På grund härav återstår i många fall omkring 55 procent av vinsten när den delats ut till det utländska moderbolaget.

Den skattereform som antogs den 9 juli 1993 medför vissa förändringar som i de flesta avseenden träder i kraft den 1 januari 1994.³⁸ Här märks bl.a. att skatten på utdelade respektive outdelade vinstmedel sänks till 30 respektive 45 procent och att bolagsskatten för i Tyskland verksamma filialer med fasta driftställen nedsätts till 42 procent. Källskatten på utdelning till bolag med hemvist i stat som är medlem i EG är numera nedsatt till fem procent.

³⁸ Se vidare Gäverth, SvSKT 1993 s. 694 ff och där gjorda hänvisningar.

Vid sidan av harmoniseringssträvanden är det huvudsakliga skälet till de sänkta skattesatserna att uppmuntra utländska investerare att välja kapitaltillskott i stället för lån vid finansiering av tyska dotterbolag. Det har hittills varit vanligt att utländska investerare tagit hem vinsterna i form av utdelning som beskattats i bolaget med 36 procent med därpå följande källskatt. Källskatten är dock ofta nedsatt på grund av bestämmelser i dubbelbeskattningsavtal. Ägaren har sedan lånat ut motsvarande belopp till dotterbolaget för att därefter erhålla ränteinkomst från dotterbolaget. Räntan är avdragsgill hos dotterbolaget och undantagen källskatt. Detta förfarande har från skattesynpunkt varit lönsammare än att låta medlen kvarstanna i det svagt kapitaliserade dotterbolaget och där beskattas med 50 procent. Det kan dock skäligen ifrågasättas om de nu vidtagna skattesänkningarna får till effekt att motverka förfarandet med uttag och därpå följande lånefinansiering. Även om bolags- och källskattesatserna satts ned kvarstår dock den relativa skillnaden i skattesats mellan outdelade och utdelade vinstmedel.

För att möta den ökade graden av underkapitalisering hos de i Tyskland verksamma bolagen, utfärdade finansministeriet den 16 mars 1987 anvisningar angående underkapitalisering (eller överdriven lånefinansiering) där vissa lån enligt anvisningarna skulle behandlas som förtäckt aktieägartillskott.³⁹ Förvaltningen ansåg tidigare att dessa anvisningar utgjorde uttolkning av gällande rätt. Anvisningarna upphävdes dock den 17 september 1992 av finansministeriet till följd av ett par utslag av Bundesfinanzhof (högsta skattedomstolen).⁴⁰ Trots att anvisningarna numera är upphävida anser jag att dessa och den tidigare tillämpningen av dem förtjänar att behandlas, eftersom frågorna ingalunda är specifika för Tyskland. Visserligen var anvisningarna kopplade till vissa särskilda regler i den tyska bolagsrätten som saknar direkt motsvarighet i svensk bolagsrätt, men det förtar ändå inte intresset av att i förevarande sammanhang studera de upphävida anvisningarna. Detta gäller särskilt om vi i Sverige framöver eventuellt kommer att undersöka behov och konsekvenser av att införa liknande regler. Nyligen har man i Tyskland infört specifik skatterättslig lagstiftning rörande underkapitalisering. Dessa bestämmelser berör jag avslutningsvis i detta avsnitt.

Finansministeriets anvisningar, som var kopplade till den tyska motsvarigheten till vår "skatteflyktsklausul"⁴¹, innebar bl.a. att "förtäckt (nominellt) aktiekapital" (verdecktes Nennkapital) skulle anses föreligga under vissa särskilt angivna förutsättningar. Rättsföljden av en tillämpning av anvisningarna avsågs vara att ett lån skatterättsligt skulle betraktas

³⁹ Bundessteuerblatt 1987 Teil I s. 373 f.

⁴⁰ Der Betrieb 1992 s. 2167.

⁴¹ 42 § Abgabenordnung.

som ett aktieägartillskott. Detta skulle innebära att räntebetalning på lånet skatterettsligt skulle komma att behandlas som icke avdragsgill och – i förekommande fall – med källskatt belagd utdelning.

Anvisningarna var avsedda att tillämpas på två typfall. Det ena fallet var då (låne-) finansieringen av tvingande legala eller ekonomiska/finansiella skäl rätteligen borde ha skett genom tillskott av aktiekapital.⁴² Som exempel på denna situation angavs i anvisningarna att den utländske aktieägaren lämnar lån till sitt bolag medan han samtidigt försöker ersätta bristen på aktiekapital hos bolaget genom att ställa borgen för utomstående långivares lån till bolaget. Huruvida man skulle kunna tolka borgen ("Bürgschaften") såsom innefattande även stödbrev vet jag inte.⁴³

Det andra typfallet som anvisningarna var avsedda att tillämpas på var när lånet givits under sådana förhållanden att lånefinansieringen kunde ses som ett "kringgående/missbruk" av (skatte) lag ("Gestaltungsmissbrauch"). Som exempel på detta angavs i anvisningarna två situationer. Den ena var att aktieägare lämnar lån till sitt bolag och samtidigt minskar bolagets (reella) egna kapital genom återbetalning till aktieägare av tillskjutet belopp utan att ekonomiskt försvarbara skäl föreligger. Den andra situationen som åsyftades var när aktieägare utställer ett lån till sitt bolag, trots att det tyska bolagets egna kapital är oproportionellt litet i förhållande till bolagets samlade tillgångar. Här avsåg man vad som för ifrågavarande bransch är ett normalt riktvärde på relationen eget kapital och tillgångar. Som en tumregel angavs i anvisningarna att om det egna kapitalet inte uppgått till minst 10 procent av de samlade tillgångarna ("Aktivvermögen") enligt bolagets årsredovisning för föregående år, skall lån givna av aktieägare anses som "förtäckt aktiekapital", varvid räntebetalningar på lånet blir att betrakta som utdelning. Vid beräkningen av detta mått inkluderas i bolagets tillgångar även extern finansiering. Beräkningen baseras således inte enbart på förhållandet mellan skulder till aktieägarna och aktiekapitalet.

⁴² Anvisningarna är kommenterade av bl.a. Dehnen och Rhines, Bulletin 1992 s. 393 ff, Dunkel, Intertax 1988/1 s. 3 ff och Lüttge, Intertax 1993/2 s. 91 ff. Anvisningarna var i denna del utformade på följande vis. "Von den Gesellschaftern der Kapitalgesellschaft zur Verfügung gestelltes Fremdkapital ist als verdecktes Nennkapital zu beurteilen, wenn aus rechtlichen oder wirtschaftlichen Gründen die Zuführung in Form von Gesellschaftskapital zwingend gewesen wäre oder wenn die Vertragsgestaltung als Gestaltungsmissbrauch im Sinne von § 42 Abgabenordnung angesehen werden muss."

⁴³ Anvisningarna hade i denna del följande lydelse. "Die Zuführung in Form von Gesellschaftskapital kann dann zwingend sein, wenn die Gesellschafter zwar Darlehen gewähren, zugleich aber durch Bürgschaften das mangelnde Eigenkapital zu ersetzen versuchen und damit mittelbar den Darlehen wirtschaftlich den obligatorischen Charakter nehmen."

Följande exempel får illustrera anvisningarna i denna del. Det tyska bolaget har 2000 i samlade tillgångar enligt balansräkningen för föregående år och det egna kapitalet uppgår till 50. Bolaget har lånefinansierats med 150 från utomstående och med 1 800 från aktieägare som inte omfattas av det tyska imputationssystemet. Räntan antas vara 10 procent. Räntan till aktieägaren uppgår således till 180. Eftersom det egna kapitalet skall anses uppgå till 10 procent av de samlade tillgångarna får det egna kapitalet vid beräkningen av storleken på den avdragsgilla räntan antas vara 200. Detta medför att avdragsgill ränta endast kan utgå på ett sammanlagt lånebelopp om 1 800, varav 150 är lån till icke närstående. Avdragsgill ränta på lån till aktieägaren är därför begränsad till (10 procent av 1 650 =) 165. Resterande 15 utgör ej avdragsgill utdelning. Räntan till den utomstående finansiären påverkas däremot inte.

Den lagliga grunden för anvisningarna ifrågasattes kraftigt genom två viktiga avgöranden från Bundesfinanzhof. Den 14 augusti 1991 meddelade Bundesfinanzhof beslut i ett mål mycket snarlikt vårt svenska Mobil Oil-mål (se nedan 4.2.1).⁴⁴

I målet var fråga om ett amerikanskt moderbolag som hade låtit omvandla en varufordran på ett tyskt dotterbolag till en låneskuld. Det tyska bolagets egna kapital motsvarade inte 10 procent av bolagets tillgångar, varför skattemyndigheterna bl.a. menade att anvisningarna från 1987 skulle tillämpas, innebärande att förfarandet enligt skatteförvaltningen stred mot "skatteflyktsklausulen". Skatteförvaltningen behandlade på ovan nämnd grund räntebetalningen som förtäckt utdelning och påförde källskatt. Bolaget besvärade sig häröver och yrkade att inte påföras källskatt samt yrkade en form av inhibition av debiteringsbeslutet/anstånd med erläggande av källskatt, i avvaktan på att domstol slutligen skulle pröva frågan om källskatt skulle utgå på beloppet. Sådant "inhibitionsbeslut" kan meddelas när det föreligger vad man skulle kunna benämna "allvarliga tvivel" avseende lagligheten av en ifrågasatt beskattningsåtgärd. Bundesfinanzhof upphävde beslutet i avvaktan på slutligt beslut angående skyldigheten för dotterbolaget att erlagga källskatt på beloppet.

Domstolen fann i sitt beslut att räntan i sig var armlängdsmässig och därför inte kunde angripas med armlängdsregeln.⁴⁵ Domstolen fann vidare att avtalet var att betrakta som ett civilrättsligt giltigt låneavtal. Rätten prövade vidare om lånet/räntebetalningen stred mot vissa bestämmelser rörande lån till och räntebetalning från bolag som i det närmaste är att betrakta som likvidationspliktiga.

⁴⁴ Se Der Betrieb 1991 s. 2317. Avgörandet är kommenterat av bl.a. Borstell, Intertax 1992/1 s. 61 ff och Kramer, Tax Notes International januari 6 1992 s. 14 ff.

⁴⁵ Armlängdsregeln återfinns i 1 § Aussensteuergesetz ("lagen om utlandstransaktioner").

I den tyska bolagsrätten beträffande bolag med begränsat ägaransvar, GmbH, finns bl.a. bestämmelser innebärande att ett lån från en bolagsman till ett bolag i ekonomiska svårigheter inte får göras gällande i bolagets konkurs. Av lagrummen framgår att har ett lån givits för att avvärja en konkurs eller givits i en situation då ett lån från tredje man inte skulle kunna erhållas på marknadsmässiga villkor och bolaget utan lånet skulle tvingas att träda i likvidation, får lånet inte göras gällande i bolagets konkurs. "Lånet" behandlas då som ett tillskott varvid någon ränta på beloppet inte kan anses utgå.⁴⁶ För det fall att bolaget (GmbH) ännu ej gått i konkurs/likviderats, men bolagets ekonomiska situation är sådan att det lagstadgade aktiekapitalet riskerar att gå förlorat, finns det också särskilda bestämmelser rörande aktieägares lån till bolaget.⁴⁷ Dessa innebär att om en aktieägare i denna situation lämnar bolaget ett lån – i stället för att tillskjuta nytt kapital – (kapitalersättande lån) kan återbetalning av sådant lån vara förbjuden och skall i så fall lämnas åter till bolaget. (Jämför utbetalningsförbudet i 12 kap ABL).⁴⁸

Med anledning av dessa bestämmelser i den tyska bolagsrätten ville skatteförvaltningen ha prövat om den omvandlade varufordran skatterättsligt kunde behandlas som eget kapital hos bolaget i stället för låneskuld. Förvaltningen menade att eftersom lånet inte kunde göras gällande enligt de bolagsrättsliga reglerna förelåg inte heller någon skyldighet för bolaget att betala ränta på beloppet. Betalningarna skulle därför utgöra utdelning. Domstolen fann att bolaget de facto inte gått i konkurs eller trätt i likvidation, varför den först nämnda bestämmelsen inte var tillämplig. Rätten fann alltså att regeln inte kunde användas analogt på underkapitaliseringsfall där konkurs/likvidation ännu ej inträffat. Beträffande den andra bestämmelsen, dvs. den som innebär att återbetalning till aktieägare av "kapitalersättande lån" i vissa fall är förbjudet, fann rätten att utbetalningsförbudet i sig inte innebar att lånet skulle omklassificeras till aktieägartillskott. Rätten fann här med stöd av civilrättsliga regler och doktrin att det saknade betydelse om räntebetalningen i sig kom att inkräkta på det bundna aktiekapitalet genom att betalningen medfört en förlust. Betalningen var således ränta och ej utdelning. Lånet och räntebetalningarna skulle enligt rätten prövas var för sig och behandlas skilda från varandra i dessa situationer.

Avslutningsvis önskade skatteförvaltningen även få svar på frågan om "skatteflyktsklausulen" och förvaltningens anvisningar om underkapitalisering var tillämpliga i målet. Domstolen fann att de ovan nämnda bolagsrättsliga reglerna inte innebär ett krav på att aktieägarna i sådana situationer som regleras av bestämmelserna skall tillskjuta nytt kapital i stället för att lämna lån. Syftet med bestämmelserna är alltså enligt domstolen inte att hindra aktieägare att lämna lån till sina bolag i dessa situationer. Be-

⁴⁶ Bestämmelserna återfinns i 32 a och b §§ GmbH-Gesetz. Se även Rodhe, Moderbolags ansvar s. 484 och där gjorda hänvisningar.

⁴⁷ 30–31 §§ nämnda lag. Se Borstell, Intertax 1992/1 s. 62.

⁴⁸ Dessa lagrum är behandlade av bl.a. Mutter i Kapitalersetzendes Darlehen und Gebrauchsuberlassung bei der GmbH – Steuersituation, Betriebsaufspaltung und Konzernhaftung (akademisk avhandling) 1991.

stämmelserna reglerar i stället vad som händer med återbetalning av sådana lån. Med anledning härav fann rätten att "skatteflyktsklausulen" inte var tillämplig i förevarande fall. Däremot svarade inte rätten på vilka omständigheter som skulle kunna medföra tillämpning av "skatteflyktsklausulen" beträffande de ovan nämnda reglerna.

I ett senare avgörande av den 5 februari 1992 har Bundesfinanzhof uttalat sig mer kategoriskt beträffande tillämpligheten av de ifrågavarande anvisningarna av den 16 mars 1987.⁴⁹ I målet var fråga om ett mindre GmbH som ägdes av ett par holländska privatpersoner. Ägarna hade lämnat lån till bolaget, vilket var kraftigt skuldsatt. Bolagets egna kapital uppgick till 9 300 DM och värdet på bolagets samlade tillgångar uppgick enligt balansräkningen till 544 000 DM. Storleken på det till bolaget från delägarna utlånade kapitalet uppgick till 130 000 DM. Skatteförvaltningen tillämpade de ifrågavarande anvisningarna vid bolagets taxering och i stora delar stod sig taxeringsåtgärderna i Finanzgericht (motsvarande kammarrätt). Skatteförvaltningens åtgärd innebar att avrundat 45 000 DM av lånet omklassificerades till eget kapital, med följd att räntebetalning hänförligt till denna del av "lånet" kom att behandlas som icke avdragsgill och med källskatt belöpande utdelning. Genom åtgärden uppnåddes en kapitaltäckning i enlighet med det i anvisningarna uppställda kravet på 10 procent ($9\,300 + 45\,000 = 10$ procent av 544 000 DM). Bundesfinanzhof gjorde annan bedömning än såväl skatteförvaltningen som underinstansen. I likhet med avgörandet av den 14 augusti 1991 var det här fråga om tillämpning av ovan nämnda bolagsrättsliga regler. Domstolen kom beträffande tillämpningen av dessa lagrum här till samma slutsatser som i det tidigare avgörandet.

I domen av den 5 februari 1992 prövades skattefrågan slutligt och i sak till skillnad från vad som gällde i det ovan redovisade avgörandet. Den meddelade domen innebär i de delar som är av intresse för avhandlingen följande. Ett lån som syftar till att ersätta ett tillskott av eget kapital, är enligt den bokföringsmässigt beräknade utgående balansen (Handelsbilanz) att betrakta som en skuld. Att vid den skatterättsliga redovisningen (Steuerbilanz) avvika från vad som gäller enligt den bokföringsmässiga redovisningen, finns det enligt domstolen inget stöd för. Den bokföringsmässiga redovisningen skall alltså – i fall som dessa – ta över den skatterättsliga. Beträffande tillämpningen av "skatteflyktsklausulen" framhåller Bundesfinanzhof att praxis inte ger stöd för förekomsten av en rättslig grund för sådan omklassificering av lån till eget kapital (och därigenom ränta till utdelning) som förvaltningen gjort. Praxis ger i stället stöd för uppfattningen att det krävs en målinriktad handling (uppsåt) att kringgå

⁴⁹ Bundessteuerblatt 1992 Teil II s. 532 ff. Målet är kommenterat av bl.a. Lüttge, Intertax 1993/2 s. 93 ff och Dehnen och Rhines, Bulletin augusti 1992 s. 396.

skattelag för att "skatteflyktsklausulen" skall kunna tillämpas. För tillämpningen av lagrummet har skatteförvaltningen bevisbördan. Rätten fann inte att förvaltningen styrkt uppsåt. Bundesfinanzhof fann sammanfattningsvis att anvisningarna av den 16 mars 1987 i det avseende som frågan i målet gällde saknade rättslig grund. Detta innebär bl.a. att relationstalet mellan aktiekapital och bolagets tillgångar inte kunde ges någon särskild betydelse.

En konsekvens av domen är att aktieägare som i motsvarande situation tillskjuter nytt kapital missgynnas jämfört med den aktieägare som i stället väljer att lånefinansiera sitt bolag. Detta förhållande kommer antagligen att stävas med den nya underkapitaliseringslagstiftningen.⁵⁰

De nya reglerna bygger på äldre lagstiftningsförslag som lagts fram flera gånger tidigare, men som fått återtas på grund av massiv kritik.

Dock skiljer sig de nya reglerna på några väsentliga punkter från tidigare framlagda lagförslag.

Dessa antagna "nygamla" regler synes innebära bl.a. följande.⁵¹

Som jag inledningsvis anförde har skatteförvaltningen under många år försökt få underkapitaliseringsregler införda genom lagstiftning. Först i och med 1993 års skattereform lyckades man med detta. Emellertid fick de ursprungliga lagförslagen arbetas om en hel del för att gå kritikerna till mötes och kunna antas av förbundsdagen.

Reglerna tar sikte på vissa betalningar till "närstående" fysiska eller juridiska personer. Den krets som omfattas av reglerna är först och främst aktieägare som äger ett betydande inflytande i bolaget. Härmed avses någon som äger 25 procent eller mer av aktierna i bolaget. Men även annan person som på annat vis har ett "bestämmande inflytande" över bolaget omfattas av reglerna. Dessa tar alltså även sikte på andra mer indirekta ägarförhållanden och liknande relationer. Vidare är bestämmelserna tillämpliga på olika situationer där man skjuter in en mellanliggande långivare, s.k. back-to-back-lån, eller där lån lämnats av utomstående med stöd av garanti från någon låntagaren närstående. Närståendebegreppet är utformat i enlighet med den tyska armlängdsregeln. Vidare krävs för regelns tillämplighet att den "närstående" inte omfattas av det tyska impu-tationssystemet. Regeln omfattar med andra ord utländska moderbolag, men även inhemska skattebefriade "närstående" organisationer och insti-

⁵⁰ Bestämmelsen återfinns i en nyinförd § 8 a KStG.

⁵¹ Angående innebörden av den nya lagstiftningen se bl.a. Minor, Tax Notes International 23 november 1992 s. 1074 f och Bogenschütz och Pugh, Tax Notes International 14 december 1992 s. 1364 ff, vilka behandlar förslaget så som det såg ut innan det slutbehandlades våren 1993. För en studie av den slutligen antagna författningen, se Minor, Tax Notes International 19 juli 1993 s. 151 f, Jacob, Bulletin juli/augusti 1993 s. 386, Bogenschütz och Pugh, Tax Notes International 2 augusti 1993 s. 305 ff, Rendels, DStR 30/93 s. 1089 ff samt Kroppen, World Tax News, vol 4 nr 6 november 1993.

tutioner omfattas av reglerna. Om man med "garanti" i detta fall även avser olika slag av stödbrev har jag inte med säkerhet kunnat utröna. Antagligen blir det en sak för de tyska skattedomstolarna att ta ställning till framöver.

Bestämmelsen är tillämplig på erlagd ersättning för olika slag av "lån" givna av sådana närstående subjekt som anges ovan. För regelns tillämplighet skiljer man mellan två slag av "lån". Den ena formen som avses är där vederlaget för lånet inte bestämts i form av en räntesats, eller annorledes baserats på kreditens storlek och löptid, utan i stället baserats på storleken av det låntagande bolagets vinst eller omsättning. Sådana lån brukar ibland betecknas "hybrid finansiering". Den andra formen av lån som avses med bestämmelserna är de ordinära lånen. För tillämpningen av underkapitaliseringsregeln förutsätts beträffande båda slagen av krediter dessutom att låntagaren är "underkapitaliserad".

Med "hybrid finansiering" avses i allmänhet finansiella instrument som kan karaktäriseras av att de utgör en kombination av lån och tillskott. De lån eller tillskott man i detta avseende avsett med den tyska bestämmelsen är framför allt s.k. silent partnership (Stille Gesellschaften).⁵² Såvitt jag förstår torde även vinstandelslån (partiarisches Darlehen) omfattas. Med Stille Gesellschaften, som är en accepterad företeelse i tysk bolagsrätt, avses att någon bidrar med ett slags lån/tillskott och som ersättning härför betingar sig rätt till del av låntagarens vinst.⁵³ Stille Gesellschaften medför dock ingen formell rätt att deltaga i låntagarens verksamhet. Det kan många gånger vara svårt att skilja ett Stille Gesellschaft från ett partiarisches Darlehen.⁵⁴ Den närmaste svenska formen av "hybrid finansiering" är våra vinstandelslån samt möjligen vissa slag av konvertibla skuldebrev.

Den ena möjligheten att låta omklassificera en betalning med stöd av bestämmelsen föreligger när ett lån från en sådan närstående som omfattas av reglerna utgör någon form av hybrid finansiering och lånet uppgår till mer än 50 procent av långgivarens "ägarintresse" i det låntagande bolaget. Härmed avses att skulden till den närstående långgivaren står mot långgivarens "andel" i det låntagande bolagets kapital med förhållandet 0,5:1.

Den andra möjligheten till omklassificering som bestämmelsen erbjuder gäller alltså vid "ordinära" lån. En omklassificering av ränta till utdelning kan i dessa fall bli aktuell när lånet från den närstående överstiger dennes "andel" i det låntagande bolagets kapital med relationen 3:1.

⁵² I förslaget till det svensk – tyska dubbelbeskattningsavtalet benämns dessa "tysta bolag".

⁵³ Se 30 § Handelsgesetz.

⁵⁴ Se mer om dessa "låneformer" och skatterättsliga konsekvenser av dem i Wrede och Hinds, European Taxation, april 1991 s. 119 ff.

Dock förutsätter omklassificering i detta fall att inte en oberoende långivare skulle varit villig att lämna ett liknande lån på likartade villkor. För detta har den skattskyldige besvisbördan. Genom denna utformning av bestämmelsen påminner den i allt väsentligt om armlängdsprincipen. Lagstiftaren har alltså inte avsett att påverka normal affärsverksamhet utan endast förebygga missbruk. För att sådant tredjepartslån skall kunna åberopas mot tillämpning av bestämmelsen krävs att den utomstående långivaren varit villig att låna ut åtminstone 75 procent av den ifrågasatta investeringen. En sådan armlängdsfinansiering kan nog vara svår att påvisa.⁵⁵ För holdingbolag är motsvarande kvottal 9:1, under förutsättning att det är fråga om ett reellt lån.

Med " eget kapital " avses i bestämmelsen fastställt (bundet) kapital minskat med eventuellt icke inbetald del av detta och ökat med bl.a. reservfonder. Vidare skall balanserade vinstmedel beaktas samt föregående års vinst eller i förekommande fall föregående års förlust samt balanserade förluster.

De ovan nämnda kvottalen synes vara avsedda att tillämpas som ett slags "frizon" (safe haven/harbor) där ingen korrigering sker avseende den del av räntan som kan sägas vara hänförlig till den del av "skulden" som svarar mot respektive kvottal. Det är således endast "överskjutande" betalning som skatterettsligt kan komma att behandlas som utdelning. Vidare bör noteras att "frizonerna" beräknas individuellt för varje enskild aktieägare. Detta kan leda till ett helt annat resultat än om man lade ihop samtliga "närstående lån" vid beräkningen av kvottalet. På detta sätt skiljer sig den tyska underkapitaliseringsregeln från t.ex. den australiensiska eller den kanadensiska.⁵⁶

Om regeln blir tillämplig på en räntebetalning medför detta att hela eller del av denna betalning behandlas som ett slags "förtäckt utdelning" (verdeckte Gewinnausschüttung).

Om det är fråga om såväl hybrid finansiering som ordinära lån skall avdragsyrkande för erlagd ersättning prövas utifrån båda kvottalen i viss ordning. Därvid kommer utrymmet för avdragsgill betalning avseende respektive slag av finansiering att påverka varandra. Har hela utrymmet av "frizonen" för betalning med anledning av finansiella instrument i form av hybrid finansiering (nedan benämnt "frizon 1") tagits i anspråk återstår inte längre någon "frizon" för ränta på ordinära lån (som jag benämner "frizon 2"). Hela den sistnämnda räntebetalningen kommer då skatterettsligt sett att utgöra utdelning. Det sist sagda förutsätter naturligtvis att det "ordinära lånet" med dess villkor inte är armlängdsmässigt. Är lånevillkoren armlängdsmässiga har det ingen betydelse att "frizon 1" redan är

⁵⁵ Se Kroppen, World Tax News, vol 4 nr 6 1993 s. 2.

⁵⁶ Se vidare föregående not.

ianspråktagen. Räntan på de ordinära armlängdsmässiga lånen är i så fall avdragsgill i vanlig ordning.

Om däremot endast viss del av "frizon 1" utnyttjats skall detta belopp reducera utrymmet för "frizon 2". Man kan alltså inte lägga ihop "frizon 1" med "frizon 2" och parallellt utnyttja båda fullt ut. Har "frizonen" för betalningar till följd av hybrida finansiella instrument tagits i anspråk återstå alltså i motsvarande mån mindre utrymme att utnyttja av "frizonen" för betalningar till följd av ordinära lån.

Antag t.ex. att det egna kapitalet är 100 och hybrid finansiering från sådan närstående som avses med bestämmelsen uppgår till 40. Avdrag för räntekostnader till följd av finansiella instrument som utgör sådan form av hybrid finansiering som här avses träffas inte av regeln i detta fall, eftersom högsta tillåtna grad av "underkapitalisering" ($0,5 \times 100 =$) 50 inte överskridits. Av "frizon 1" har således utnyttjats endast 40. Antag vidare att den närstående (eller annan närstående) dessutom lämnat ordinära – icke armlängdsmässiga – lån om 250. Detta belopp understiger i förevarande fall "frizon 2" ($3:1$) som är ($3 \times 100 =$) 300. Eftersom 40 av "tillåtna" 50 av "frizon 1" är ianspråktaget kvarstår inte längre hela beloppet 300 av "frizon 2" att utnyttja. Som jag nämnt ovan är "dubbling" inte tillåten. För att kunna räkna ut hur mycket som kvarstår att utnyttja av "frizon 2" måste ianspråktagen del av "frizon 1" multipliceras med 6. (Alternativt kan man först multiplicera kvottalet för "frizon 1", 0,5, med två för att nå upp till 100 procent och därefter multiplicera med tre för att nå upp till kvottalet för "frizon 2", $3:1$). Efter att ha gjort detta är talen jämförbara med varandra och vi kan reducera kvarvarande utrymme av "frizon 2" med vad som tagits i anspråk av "frizon 1". I detta exempel återstår $6 \times (50 - 40 =)$ 60 att nyttja av "frizon 2".

Av räntan på ordinära närståendelån om 250 är alltså endast ränta hänförlig till ett lånebelopp om ($6 \times 10 =$) 60 avdragsgill. Erlagd ersättning hänförlig till resterande lånebelopp om ($250 - 60 =$) 190 skall med stöd av dessa bestämmelser betraktas som icke avdragsgill och med källskatt belagd utdelning.

Dessa regler kommer antagligen att motverka förekomsten av underkapitaliserade dotterbolag i Tyskland. Huruvida ägarna kommer att skjuta till kapital i stället för att ge lån i dessa situationer är dock oklart. Dessa bolag kanske i vissa fall i stället helt avstår från att verka i Tyskland. Med de nya reglerna blir skattekONSEKVENSerna i stort sett desamma oavsett om man finansierar med lån eller tillskott. Däremot kvarstår skillnaden att utlånade medel ur bolagsrättslig synvinkel är lättare att återföra till moderbolaget än formellt tillskjutet kapital.

Rättsföljden av lagregelns tillämpning är att den omklassificerade ersättningen inte blir avdragsgill för det tyska bolaget, varvid det utgår bolagsskatt (30 procent efter den 1 januari 1994) på beloppet. Likaså skall beloppet i källskattehänseende behandlas som utdelning (dvs. källskatt utgår med 25 procent om inte dubbelbeskattningsavtal medför att skatte-

satsen är nedsatt till lägre belopp). Däremot är beloppet undantaget lokal näringskatt (Gewerbsteuer). Skatteförvaltningen har utlovat anvisningar för tillämpningen av underkapitaliseringsbestämmelsen.

3.2.5 USA

I USA⁵⁷ tillämpas principen om dubbelbeskattning av bolagsinkomster. Bl.a. utgår 30 procent källskatt på ränta (i vissa fall) och utdelning utgående från USA till i USA icke skattskyldig. Källskatten kan vara nedsatt på grund av bestämmelser i dubbelbeskattningsavtal. USA saknar lagstiftning som mer precist anger vad som skall vara ränta respektive utdelning.

Det amerikanska taxeringsförfarandet innebär att den skattskyldige avlämnar självdeklaration och själv räknar ut sin skatt. Skatteförvaltningen granskar sedan deklarationen och antingen godkänner den eller gör avvikelser från den i något avseende. Härefter är taxeringen i princip avslutad och presumeras vara riktig. Vill den skattskyldige sedan i domstol få en ändring till stånd måste han visa att taxeringen är felaktig.⁵⁸

Det finns i princip tre olika möjligheter för skatteförvaltningen att skatterättsligt angripa vissa räntebetalningar från amerikanska skattesubjekt och därigenom fastställa taxering avvikande från avlämnad självdeklaration.

Den första möjligheten är armlängdsregeln.⁵⁹ Denna bestämmelse kan tillämpas på såväl för låg räntebetalning till ett amerikanskt skattesubjekt som på en för hög räntebetalning från ett sådant, allt under förutsättning att betalningen sker mellan "närstående" skattesubjekt. Dessa kan vara såväl inhemska som utländska.⁶⁰

När det gäller att definiera vad som är ("tillåten") marknadsränta har

⁵⁷ För utförligare beskrivning av de amerikanska bestämmelserna beträffande underkapitalisering och för fler räkneexempel rörande dessa regler, se KPMG s. 207 ff, DRT s. 157 ff, Czajkowski, Intertax 1990/1 s. 35 ff, Hardy och Wigg-Maxwell, Bulletin maj 1990 s. 215 ff, Granwell, DeCarlo Jr och Mayo, Intertax 1991/8-9 s. 405 ff, Oosterhuis och Martinson, Intertax 1990/2 s. 53 ff samt Weil, Gotshal och Manges, Memorandum juli 1991. Se även Wiman, Prissättning s. 207 ff.

⁵⁸ Se närmare om det amerikanska taxeringsförfarandet i Wiman, Prissättning s. 165 ff.

⁵⁹ Den återfinns i sec 482 Income Tax Act. Till denna bestämmelse har finansministeriet utfärdat omfattande anvisningar. Nya anvisningar som bygger på IRS' White Paper föreslogs i januari 1992. Dessa kritiserades dock starkt. Angående de föreslagna nya anvisningarna, se Williams och Munro-Faure Intertax 1991/2 s. 120 ff och Fuller och Aud Jr, Tax Notes International 23 mars 1992 s. 599 ff. I avvaktan på att man tar slutlig ställning till om de nya anvisningar skall införas har man utfärdat tillfälliga anvisningar att gälla fr.o.m. den 21 april 1993. Se mer härom i Bulletin jan 1993 s. 21 ff och Ruchelman, Bulletin april 1993 s. 187 ff.

⁶⁰ Beträffande vilka skattesubjekt som kan komma i fråga, se Wiman, Prissättning s. 123f

det amerikanska finansministeriet utfärdat anvisningar.⁶¹ Denna typ av anvisningar är normgivande och har i stort sett samma rättsliga ställning som lag. Domstolarna är bundna av normgivande anvisningar i samma utsträckning som de är bundna av lagtext. De normgivande anvisningarna får inte gå utöver den bemyndigande lagtexten och inte heller strida mot lagstiftarens vilja i den mån denna vilja är urskiljbar.⁶² Anvisningarna till armlängdsregeln innehåller bl.a. utförliga regler för mekanisk beräkning av armlängdsräntan.⁶³ Anvisningarna är bara tillämpliga på ett bona fide lån/skuldförhållande. Så länge den avtalade räntan håller sig inom ramen för den genom anvisningarna fastslagna "marknadsräntan" kan man inte angripa räntebetalningen med stöd av armlängdsregeln. Är räntebetalningen från ett amerikansk skattesubjekt för hög, medges avdrag endast med ett belopp motsvarande "armlängdsränta".

Om däremot räntebetalning sker till ett amerikanskt skattesubjekt och räntan är lägre än den sålunda beräknade armlängdsräntan får det följande konsekvenser.

Antag att dotterbolaget är svenskt och att detta till det amerikanska moderbolaget erlagt en ränta om 100 samtidigt som den mekaniskt beräknade armlängdsräntan uppgår till 150. Vid sådant förhållande betraktas den "för låga" räntebetalningen (dvs. 50) som ett aktieägartillskott från moderbolaget till det svenska dotterbolaget. Härmed avses att först anses moderbolaget ha erhållit 150 i ränta och därefter har moderbolaget tillskjutit 50 i aktieägartillskott.

För det motsatta förhållandet, dvs. då moderbolaget är svenskt och det har lånat från det amerikanska dotterbolaget och erlagt en ränta om 100 när den "marknadsmässiga" räntan bestämts till 150, gäller att "underräntan" (dvs. 50) skall betraktas som utdelning till det svenska moderbolaget. Alltså höjs här det amerikanska dotterbolagets ränteinkomst fiktivt till 150, och 50 anses sedan utdelat till det svenska moderbolaget.⁶⁴

Den andra möjligheten att angripa en räntebetalning är att omklassificera ett lån – helt eller delvis – till att skattemässigt behandlas som eget kapital.⁶⁵ Finansministeriet har givits befogenhet att utfärda anvisningar för tillämpningen av regeln men för närvarande finns inte några sådana. (Det har dock tidigare funnits sådana som sedan dragits tillbaka.)

I avsaknad av anvisningar använder skatteförvaltningen sig av vissa "stödregler" vid prövningen av om ett lån skall behandlas som ett tillskott och – som en följd härav – om en räntebetalning skatterettsligt skall behandlas som utdelning. Faktorer som är avgörande vid denna prövning är

⁶¹ Treasury Regulations 1.482-2(a).

⁶² Wiman, Amerikanska rättskällor s. 25 f.

⁶³ Se närmare Wiman, Prissättning s. 212 ff.

⁶⁴ Se KPMG s. 210 f.

⁶⁵ Section 385 Income Tax Act.

bl.a. huruvida det finns en ovillkorlig utfästelse att vid presentation av skuldebrevet eller på utsatt dag betala en bestämd ränta. Vidare skall beaktas om utfästelsen att betala ränta är prioriterad eller efterställd andra skulder som gäldenären har. Förhållandet lån/eget kapital är en annan viktig faktor att beakta. Om konvertering av lånet till aktier är möjlig kan detta få betydelse. Förhållandet mellan långgivarens innehav av aktier i bolaget och det ifrågavarande lånet till bolaget kan också beaktas. Med det sistnämnda avses det fallet att någon som har aktier i bolaget även har en lånefordran i samma proportion, vilket – sammantaget med övriga omständigheter – kan tyda på att lånet egentligen bör hänföras till eget kapital hos "låntagaren". Domstolarna har härutöver även beaktat faktorer som parternas avsikt, rubriceringen av avtalet och dess form, beräkningen av räntan (är den beroende av avkastningen eller ej), närvaro/frånvaro av förfallotid, rätten att kräva betalning, möjligheten att erhålla lån från andra långgivare etc.

Finner alltså skatteförvaltningen – bl.a. på grund av förhållandet lån/eget kapital – att ett lånebelopp skall omklassificeras till att vara tillskjutet kapital, innebär detta således att räntebetalning hänförlig till detta lån (eller till den omklassificerade delen av lånet) inte skall behandlas som ränta utan i stället som icke avdragsgill utdelning. Allt under förutsättning att inte den skattskyldige i domstol lyckas visa att taxeringen är felaktig.

Om förutsättningar att omklassificera ett lån till eget kapital saknas och det dessutom inte går att angripa räntebetalningen med stöd av armlängdsregeln (beroende på att räntan i sig är marknadsmässig) återstår en tredje möjlighet för skatteförvaltningen att ingripa mot räntebetalningen. Denna möjlighet finns i reglerna om "disqualified interest".⁶⁶ Dessa innebär att skatteförvaltningen kan vägra avdrag för en armlängdsmässig räntebetalning även om inte förutsättningar för omklassificering enligt ovan är uppfyllda.

Det amerikanska finansministeriet har föreslagit anvisningar för hur man skall definiera "disqualified interest".⁶⁷ Anvisningarna avser att förhindra vad som brukar betecknas som "earnings stripping" och som kan beskrivas som skattemässigt för hög räntebetalning till närstående på bekostnad av storleken på det utdelningsbara beloppet. Syftet med bestämmelserna är att omklassificera ränta till utdelning under vissa förutsättningar. Anvisningarna, som är mekaniska till sin form, innebär följande.

Om utländsk aktieägare, som på grund av dubbelbeskattningsavtal är befriad från källskatt på räntebetalningar från USA, erhåller ränta från amerikanskt bolag där räntorna uppgår till belopp motsvarande 50 procent

⁶⁶ Section 163 (j) Income tax Act.

⁶⁷ INTL-870-890. Dessa återfinns i Federal Register av den 18 juni 1991.

eller mer av bolagets nettoinkomst av rörelsen inklusive ränteinkomster, men före avdrag för räntekostnader och avskrivningar ("adjusted taxable income"), är ränta erlagd till sådana aktieägare till den del räntan överstiger 50 procent av den sålunda framräknade inkomsten inte avdragsgill. (Reglerna är även tillämpliga på transaktioner mellan två företag som är skattskyldiga i olika amerikanska delstater). Nedan behandlas reglerna utifrån situationen att låntagaren, men icke långivaren, är skattskyldig i USA.

Motsvarar total räntekostnad t.ex. 65 procent av adjusted taxable income och belöper räntor motsvarande 55 procent av adjusted taxable income på tredjepartslån och 10 procent på lån från närstående bolag, är endast 55 procent avdragsgill räntekostnad. Detta innebär att avdrag endast medges för den delen av lånebeloppet som belöper på lån till icke närstående. Hela detta belopp är avdragsgillt. Är å andra sidan hela beloppet (65 procent) hänförligt till närståendelån, är avdragsutrymmet endast 50 procent av adjusted taxable income, dvs. överskjutande 15 procent är således ej avdragsgill. Motsvarar däremot räntekostnad hänförlig till närståendelån 25 procent av adjusted taxable income, medan motsvarande del avseende tredjepartslån uppgår till 40 procent, är det avdragsgilla beloppet likväl 50 procent. I det senare fallet medges avdrag för all ränta till icke närstående och till närstående med motsvarande 10 procent av adjusted taxable income.

För att anvisningarna mot "earnings stripping" skall kunna tillämpas förutsätts bl.a. att det amerikanska bolaget har ett relationstal på förhållandet lån (skuld)/eget kapital som överstiger relationstalet 1,5:1 beräknat vid taxeringsårets utgång. Den räntekostnad som på grund av dessa regler inte får dras av får bolaget spara och dra av vid senare års taxering, då en ny prövning av avdragets storlek skall göras.

Antag att ett amerikanskt dotterbolag – där relationen skulder/eget kapital är större än 1,5:1 – har adjusted taxable income på 100, varav 20 är ränteinkomster. Under året har bolaget haft ränteutgifter på 90, varav 60 erlagts till sådan närstående som är icke skattskyldig i USA och som omfattas av anvisningarna om "earnings stripping". I ett sådant fall blir den avdragsgilla räntan till närstående 40. Räntenettot är negativt ($+ 20 - 90 =$) 70. 50 procent av den sålunda framräknade "nettoinkomsten" (100) är som sagt gränsen för avdrag för ränta till närstående, dvs. av årets räntenettokostnad, 70, är 50 avdragsgill. Detta medför att ($70 - 50 =$) 20 är ej avdragsgill räntekostnad vid detta års taxering. Dessa 20 får vid ny prövning nästkommande år eventuellt dras av då. Räntan till icke närstående, 30, är naturligtvis fullt avdragsgill. Detta innebär alltså att av årets totala räntekostnader om 90 är vid detta års taxering samtliga 30 till icke närstående och 40 till närstående avdragsgilla, men inte de därutöver till närstående erlagda räntorna om 20. Under ovan angivna förutsättningar blir den beskattningsbara inkomsten ($80 + 20 = 100 - 30 - 40 =$) 30, i stället för 10.

Anvisningarnas utformning innebär att ett företag som har för stor andel "otillåten" räntekostnad till närstående som är icke skattskyldig i USA – eller i ifrågavarande delstat – inte vinner på att öka lånen hos utomstående långivare, om den kritiska gränsen om 50 procent av adjusted taxable income överskridits. Räntebetalning till utomstående kan inte angripas med anvisningarna mot "earnings stripping" utan dessa räntor går först. Däremot vägras räntebetalningen till närstående allt utifrån hur stor den totala räntekostnaden för bolaget är i förhållande till dess adjusted taxable income. Enda sättet att undvika att avdrag vägras för räntebetalning är att antingen höja adjusted taxable income eller låta en del av lånen från de närstående företagen övertas av utomstående långivare.

Anvisningarna medför en viss möjlighet att skjuta ett "räntebetalnings-tillgodohavande" framför sig ("carry forward"). Denna möjlighet är dock begränsad till de närmast följande tre beskattningsåren.

Ett exempel får illustrera detta. Beskattningsåret 1992 har ett amerikanskt (dotter)bolag adjusted taxable income motsvarande 150 och räntekostnaden till utländskt moderbolag uppgår till 60. Hela räntebeloppet är avdragsgillt enligt de ifrågavarande anvisningarna då det understiger 50 procent av adjusted taxable income. Dessutom kvarstår ($75 - 60 =$) 15 som outnyttjat avdragsbelopp, dvs. motsvarande vad som bolaget hade kunnat betala utan att överskrida maximigränsen. År 1993 är adjusted taxable income 100 och räntekostnaderna lika som 1992. Avdragsgill ränta är då 50 procent av $100 = 50$ + outnyttjat avdragsutrymme från år 1992, dvs. 15. Utrymmet är således 65, varför hela räntekostnaden till den närstående på 60 är avdragsgill. Därefter återstår 5 att utnyttja i avdrag från beskattningsåret 1992. 1994 är – vid samma förutsättningar som 1993 – ($50 + 5 =$) 55 av räntekostnaden om 60 avdragsgill. Av årets räntekostnad blir 5 omklassificerat till icke avdragsgill utdelning.

Det finns vidare särskilda regler som hindrar att relationstal m.m. kan kringgå i samband med att taxeringsåret går till ända.

Sammanfattningsvis finns det tre olika sätt att angripa räntebetalningar enligt den amerikanska skattelagstiftningen. För det första kan armlängds-regeln tillämpas på lån där räntan avviker från vad som enligt de mekaniska reglerna är att betrakta som "marknadsränta". Vidare kan en omklassificering av lån till eget kapital göras. Avslutningsvis finns det regler som gör att räntebetalningar kan behandlas som utdelning.

En redogörelse för hur dessa regler sinsemellan skall hanteras, dvs. vilken tågorordning som gäller dem emellan etc. faller utanför syftet med denna undersökning.

3.2.6 Schweiz

I Schweiz⁶⁸ tillämpas ekonomisk dubbelbeskattning av bolag samtidigt som man har relativt hög källskatt på utdelning (35 procent), varför man kan befara att problemet underkapitalisering där är högaktuellt. Samma höga källskatt åvilar räntebetalningar från schweiziska banker. Källskatterna kan naturligtvis vara nedsatta till följd av dubbelbeskattningsavtal. Emellertid saknar Schweiz federal lagstiftning om underkapitalisering. (Vissa kantoner har dock skatteförfattningar rörande problemet.) I stället ger de federala skattemyndigheterna regelbundet ut anvisningar för vad som skall anses som marknadsmässig ränta. Dessa anvisningar tillämpas på räntebetalningar från ett schweiziskt skattesubjekt till närstående icke skattskyldig i Schweiz. För hög ränta betraktas som icke avdragsgill utdelning. Beträffande själva underkapitaliseringsfallen har skattemyndigheterna angett vad de anser vara acceptabla relationstal på skuld/eget kapital inom olika branscher. Relationstalen varierar från 1:1 till 7:1. Det finns även avgöranden från högsta federala domstolen där lån omklassificerats till förtäckt aktieägartillskott med följd att räntebetalningar betraktats som utdelning. Grunden för att vidta omklassificering har varit att lånefinansieringen med hänsyn till omständigheterna ansetts som onormal. Man har då jämfört med hur fristående finansiärer (särskilt banker) skulle ha handlat i en liknande situation. Det bör uppmärksammas att en förutsättning för att tillämpa dessa kvottal är att det är fråga om någon form av "skatteflykt". Det är således inte fråga om renodlad mekanisk tillämpning av olika kvottal.

3.2.7 Storbritannien

Storbritannien⁶⁹ har inte någon särskild skatterättslig lagstiftning rörande underkapitalisering. Det finns inte heller några rättsliga avgöranden på området som är mig bekanta. Däremot finns det i skattelagstiftningen en mängd bestämmelser som indirekt kan bli tillämpliga på fall av underkapitalisering.⁷⁰ Emellertid är det enligt skatteförvaltningens uppfattning angeläget att försöka få fram specifik lagstiftning rörande underkapitalisering.

Ränta är normalt sett en avdragsgill kostnad och den är belagd med källskatt. Utdelning däremot är icke avdragsgill och är inte belagd med källskatt. Till saken hör också att Storbritannien tillämpar ett slags imputationssystem, vilket innebär att en särskild skatt – advanced corporation tax (ACT) – uttas på det utdelade beloppet, motsvarande en tredjedel av det utdelade beloppets storlek. Skatten erläggs av det utdelande bolaget. ACT blir sedan föremål för återbetalning till mottagaren av utdelningsinkomsten eller föremål för avräkning gentemot vissa andra skatter mottagaren av utdelningen har att erlägga,

⁶⁸ Uppgifterna rörande Schweiz är hämtade från Lüthi, Intertax 1991/10 s. 447 f, KPMG s. 187 ff, DRT s. 135 ff och Arthur Young, Tax Brief 3 nov 1987.

⁶⁹ Uppgifterna rörande Storbritannien är hämtade från Tomsett, Bulletin mars 1990 s. 107 ff, KPMG s. 195 ff, DRT s. 149 ff och Söderholm s. 54 f och 122.

⁷⁰ De i detta sammanhang viktigaste bestämmelserna återfinns i section 209(2) (e) (iv) och (v) Income and Corporation Taxes Act.

under förutsättning att denne är skattskyldig i Storbritannien.

Principen att räntor är avdragsgilla har vissa särskilt reglerade undantag. Ett sådant – som kan bli aktuellt i underkapitaliseringsfallen – är att ränta erlagd till ett utländskt skattesubjekt som äger minst 75 procent av aktierna i det brittiska bolaget är att betrakta som icke avdragsgill utdelning, varvid ACT påförs. (Även vissa andra ägarförhållanden kan medföra sådana konsekvenser). Detta gäller i sådant fall all räntebetalning till den utländske ägaren. Emellertid undanröjs påford ACT i regel med stöd av bestämmelser i dubbelbeskattningsavtal, i vart fall så länge det räntebetalande bolaget inte kan betraktas som underkapitaliserat och räntan i sig är armlängdsmässig. Är den inte det kan skattemyndigheterna ingripa med armlängdsregeln mot den icke armlängdsmässiga delen av räntan. Det är lite osäkert vad de brittiska myndigheterna anser vara underkapitalisering. Det har hävdats att skattemyndigheterna i praktiken kräver förhållandet 1:1 mellan skuld och eget kapital. För vissa slag av företag, t.ex. finansieringsinstitut, synes skattemyndigheterna tolerera högre kvoter. Det går dock att erhålla "förhandsbesked" av skattemyndigheterna på om ett företags relationstal kan accepteras. Det är nämligen så att det numera krävs beslut av skattemyndigheterna för att få befrielse från ACT på utdelning i enlighet med gällande dubbelbeskattningsavtal. Härvid kan skattemyndigheten pröva relationstalet skuld/eget kapital och vägra befrielse från ACT för det fall utbetalande bolag är vad skattemyndigheterna anser vara underkapitaliserat. Härigenom kan relationstalet indirekt bli föremål för "förhandsbesked". Lagligheten av skattemyndigheternas åtgärder i detta avseende har dock ifrågasatts.

3.2.8 Norge

I Norge⁷¹ är beskattningsreglerna avseende bolags räntor och utdelningar – i de avseenden som här är aktuella – snarlika vad som gäller i Sverige. Dock tillämpar Norge sedan skattereformen 1991 enkelbeskattning av bolagsinkomster genom att man medger full avräkning av bolagsskatten på aktieägarsidan, medan Sverige fr.o.m. taxeringsåret 1995 tillämpar enkelbeskattning genom att utdelningsinkomst från noterade svenska bolag är skattefri.⁷² Norge har också en armlängdsregel⁷³, som i motsats till den svenska tillämpas på fall av underkapitalisering.⁷⁴ På den norska kontinentalsockeln

⁷¹ Uppgifterna rörande Norge är företrädesvis hämtade från Hærem, 1991, Price Waterhouse Doing business in Norway 1988, DRT s. 103 ff och Sollund, Transfer pricing in Norway.

⁷² För en översiktlig beskrivning av den norska skattereformen och en jämförelse härvidlag med Sverige och Finland, se Lodin SN 1994 s. 161 ff.

⁷³ Den återfinns i 54 § 1 p Skatteloven.

⁷⁴ Regeln har tillämpats på fall av underkapitalisering i bl.a. Fornebo-domen från 1940 (RT 1940 s. 598), se Sollund i NSFS 19 s. 80. Att lagrummet kan tillämpas på fall av underkapitalisering framgår numera även av förarbetena till 1981 års lagändring, Ot.prp. nr 26 (1980–81) där det bl.a. står "Det må videre ha skjedd en inntekts- eller formuesreduksjon hos skattyter på grunn av interessefelleskapet. Dette er tilfellet når en transaktion – eller en samhandel totalt over tid – er økonomisk dårligere for skattyter enn den

har det vid åtskilliga tillfällen förekommit att bolag med utländska ägare bedrivit oljeprospektering m.m. med ringa eget kapital. Klagenemnda för oljeskatt har under 1980-talet prövat åtskilliga sådana fall. I vissa fall har Klagenemnda tillämpat armlängdsregeln när själva storleken på ränta erlagd till den utländske ägaren överstigit marknadsmässig ränta. I andra fall har Klagenemnda i stället gjort en "genomsyn" med stöd av armlängdsregeln, innebärande att lånet kapital kommit att betraktas som tillskjutet kapital. Klagenemnda har i dessa fall schablonmässigt laborerat med olika grad av egenfinansiering för olika slag av verksamhet.

När det gäller kostnader för att leta efter oljefyndigheter har man krävt att dessa kostnader till 100 procent skall finansieras med eget kapital. Om bolaget ännu inte kommit i den positionen att bruttointäkterna överstiger de löpande driftkostnaderna, skall ytterligare medel avseende bolagets fortsatta oljeletningskostnader skatterettsligt anses vara aktieägartillskott även om dessa formellt sett har formen av lån. Fr.o.m. det inkomstår då bolaget visar ett överskott accepterar skattemyndigheterna att fortsatta oljeletningskostnader finansieras med lån. Beträffande utbyggnadskostnader har Klagenemnda funnit att man i regel bör kräva att dessa kostnader får finansieras till högst 80 procent med främmande kapital. När bolaget slutligen är inne i en ren produktionsfas kan man ibland acceptera högre lånefinansieringsgrad. Om bolaget fått lån av utomstående, utan att närstående bolag på något sätt lämnat garantier för dessa lån, accepteras detta naturligtvis av Klagenemnda och någon omklassificering äger inte rum beträffande dessa lån. (Jag återkommer något till den norska rättstillämpningen i avsnitt 5.2.4).

3.2.9 Sammanfattning utländska regler om underkapitalisering

När ledningen för ett multinationellt företag önskar att driva verksamhet genom t.ex. ett dotterbolag i en annan stat, måste man inom det multinationella företaget bestämma sig för hur dotterbolaget skall finansieras. Valet står mellan att tillskjuta dotterbolaget eget kapital eller lånefinansiera det. Lånefinansiering kan ske såväl internt inom koncernen som genom extern upplåning. Däremellan finns en mängd olika kombinationsmöjligheter. I regel innebär finansiering genom aktiekapital att avkastningen på investeringen tas hem genom utdelning som inte är avdragsgill vid taxeringen av dotterbolaget. Utdelningen är oftast även belagd med källskatt. Har finansieringen i stället ägt rum genom koncern-interna lån får avkastningen på investeringen formen av ränta, vilken i regel är avdragsgill hos utbetalande dotterbolag. Genom bestämmelser i olika dubbelbeskattningsavtal är ränteinkomster ofta undantagna från källskatt. Sammantaget leder olikheterna i den skattemässiga behand-

ville ha vaert i et uavhengigt forhold. Måten dette er skjedd på er i prinsippet uten betydning. Det kan gjøres ved uriktig prisfastsetting på varer, tjenester eller andre ytelser, unaturlig høy lånefinansiering m.v." Däremot kan inte ett bestämt lägsta godtagbart soliditetskrav fastställas med armlängdsregeln.

lingen av utdelningar jämfört med räntor – till fördel för räntor – till att multinationella företag ofta hellre lånefinansierar sina dotterbolag i stället för att finansiera dem med tillskjutet kapital.

Det förhållandet att multinationella företag hellre lånefinansierar sina dotterbolag i stället för att tillskjuta aktiekapital medför att skatteunderlaget i dotterbolagets hemviststat blir lägre än vad som annars hade varit fallet. Till följd härav har allt fler stater infört speciella regler för att motverka allt för hög lånefinansieringsgrad på dotterbolagen. Dessa regler, som här kallas underkapitaliseringsregler, är olika utformade i olika stater. Det finns skillnader mellan de olika reglerna såväl av rent teknisk natur som i legal status. Vissa stater har infört mycket detaljerade bestämmelser, medan andra använder sig av armlängdsregler eller allmänt hållna skatteflyktsklausuler. Vidare har skattemyndigheter i vissa länder i avsaknad av lämpliga bestämmelser mot underkapitalisering infört ej bindande anvisningar för att komma till rätta med problemet. Oberoende av den legala statusen eller den tekniska detaljrikedomen har dessa lagar och anvisningar vissa gemensamma drag.

I regel innehåller bestämmelserna/anvisningarna ett fastställt tal på högsta "tillåtna" kvot på relationen skuld/eget kapital. Kvottalet kan vara 1,5:1 som i de amerikanska earnings stripping-reglerna eller t.ex. 3:1, vilket synes vara det vanligaste tillämpade kvottalet. I "skuld" ingår i regel antingen bolagets samtliga skulder eller endast sådana skulder till närstående som ränta skall utgå på. Om samtliga skulder räknas med föranleder detta i regel att man i ett senare led vid tillämpningen av bestämmelsen undantar den ränta som belöper på skulder till icke närstående. I begreppet eget kapital kan olika slag av tillgångar medräknas. Härmed omfattas inte endast det bundna kapitalet eller bolagets nettotillgångar. I stället är det vanligt att man medräknar bolagets samtliga (brutto)tillgångar som bolaget förfogar över enligt balansräkningen.

När man fastslagit storleken av skulderna och tillgångarna och applicerat högsta tillåtna kvottal (debt/equity ratio) och funnit att kvottalet överskridits är underkapitaliseringsreglerna tillämpliga. Dessa innebär i regel att all räntebetalning under året som utgått till närstående till den del kvottalet överskridits skatterättsligt omklassificeras till icke avdragsgill utdelning. Därtill kommer eventuell källskatt. Reglerna innebär i regel att endast räntan – men inte kapitalbeloppet – omklassificeras.

I den mån särskilda regler om underkapitalisering saknas förekommer det som inledningsvis anförts att armlängdsregeln eller skatteflyktsregler tillämpas för att uppnå samma resultat som tillämpningen av en underkapitaliseringsregel leder till. OECD har uttalat att en nationell armlängdsregel med ett innehåll motsvarande armlängdsregeln i modellavtalet (artikel 9:1) inte hindrar att en nationell armlängdsregel används

för att i fall av underkapitalisering omklassificera ränta till utdelning. Inte heller hindrar någon annan bestämmelse i modellavtalet att ett land har särskilda regler om underkapitalisering. Antalet stater som under senare tid infört sådana regler har blivit allt fler.

4 Lån till svenska underkapitaliserade dotterbolag

4.1 Inledning

I förevarande kapitel behandlar jag företrädesvis möjligheterna att skatterättsligt ingripa mot räntebetalningar, som utgår från svenska underkapitaliserade bolag till närstående bolag som är icke skattskyldiga i Sverige. Det är relationen svenskt dotterbolag och utländskt moderbolag som jag i första hand behandlar i detta kapitel. I de kommande kapitlen är det företrädesvis den motsatta relationen som kommer att behandlas. Trots att huvudsyftet med avhandlingen är att granska relationen svenskt moderbolag – utländskt dotterbolag är det ofrånkomligt att i viss utsträckning även belysa den motsatta situationen. Detta gäller i synnerhet som frågor om lån från utländska moderbolag till svenska underkapitaliserade dotterbolag varit föremål för ett uppmärksammat och intressant avgörande av Regeringsrätten, det s.k. Mobil Oil-målet (se närmare 4.2.1).¹ Vissa slutsatser som kan dras av detta avgörande kan få betydelse även för behandlingen av lån lämnade av svenska moderbolag respektive räntor betalade av utländska underkapitaliserade dotterbolag.

I Sverige har vi varken skatte- eller civilrättslig reglering rörande behandlingen av transaktioner med närstående underkapitaliserade bolag. Det finns dock några tänkbara möjligheter att skatterättsligt ingripa mot såväl olika former av lån till sådana bolag som räntebetalningar hänförliga till sådana lån.

Är båda företagen skattskyldiga i Sverige finns det ett par möjligheter som i första hand skulle kunna aktualiseras. En sådan vore att man i vissa fall prövar om inte "lånet" till dotterbolaget i själva verket utgör någon form av (förtäckt) aktieägartillskott, varvid räntan skall behandlas som icke avdragsgill utdelning. Frågor avseende den skattemässiga behandlingen av aktieägartillskott och ränta på sådana tillskott faller dock utanför

¹ RÅ 1990 ref 34.

vad jag avser att behandla.² Däremot återkommer jag på några ställen till frågan om man inte i vissa fall skulle kunna behandla ett lån till eller en nedskriven fordran på ett dotterbolag som förtäckt aktieägartillskott (se t.ex. avsnitt 6.2.4 och 6.2.6.4.4).

För det fallet att dotterbolaget, men inte moderbolaget, är skattskyldigt i Sverige kan armlängdsregeln i 43 § 1 mom KL komma att tillämpas på lånet eller räntebetalningen. Detta kommer jag att behandla i avsnitt 4.2.

4.2 Allmänt om armlängdsregelns tillämplighet på koncerninterna lån

Armlängdsregeln – 43 § 1 mom KL – utgör grund för att skattemässigt korrigera felaktig prissättning på varor och tjänster mellan närstående näringsidkare, varav en är icke skattskyldig i Sverige.

Armlängdsregeln har sedan 1983 följande lydelse.

² Några sammanfattande rader avseende rättsläget kan dock vara på sin plats. I RÅ 1983 1:42 (fb) fann Regeringsrätten att återbetalning av villkorat tillskott till annan än den ursprunglige tillskottsgivaren skatterättsligt var att betrakta som utdelning och skulle således inkomstbeskattas hos mottagaren. Detta mål har diskuterats av bl.a. Grosskopf, SN 1984 s. 459 ff, dens, SN 1985 s. 309 f, Nordlund, SN 1984 s. 38 f, Söderström, SN 1983 s. 430 ff dens, SN 1984 s. 155 ff, Wennerstrand, Balans 2/84 s. 4 ff, Lundqvist, Balans 2/84 s. 7 ff samt Thorell, Villkorade tillskott s. 136 och 149 f. Thorell ifrågasätter bl.a. om inte realisationsvinstbeskattning av mottagaren hade varit riktigare än utdelningsbeskattning, eftersom det mottagande bolaget erhöll "rätten" till återbetalning när det köpte samtliga aktier i tillskottsgivarens dotterbolag. Se också Lodin m.fl. s. 306 f och Grosskopf och Rabe s. 209. I RÅ 1985 1:10 (fb) fann Regeringsrätten att återbetalning av villkorat tillskott till den ursprunglige tillskottsgivaren skatterättsligt var att anse som amortering av skuld, trots att det civilrättsligt var fråga om utdelning. Målet har diskuterats av bl.a. Grosskopf, SN 1985 s. 305 ff dens, SN 1988 s. 34 f och Balans 6/85 s. 48 f samt av Thorell, Villkorade tillskott s. 137. Se även närliggande avgörande; RÅ 1985 not Aa 144. I RÅ 1987 ref 145 (fb) fastslog Regeringsrätten – dock ej i plenum till vilket en av ledamöterna önskade hänskjuta målet – att ränta på villkorat aktieägartillskott är avdragsgill först fr.o.m. den tidpunkt när tillskottet skuldförs i bolaget. Orsaken härför torde vara att dessförinnan är inte tillskottet att betrakta som en skuld, se vidare Grosskopf, SN 1988 s. 34 f samt Thorell, Villkorade tillskott s. 137 ff, 143 och 150. Genom RÅ 1988 ref 65 (fb) har Regeringsrätten funnit att om någon först förvärvar aktierna i ett bolag och därefter separat förvärvar tillskottsgivarens rätt till återbetalning av ett villkorat tillskott, skall återbetalningen i skattehänseende behandlas som om det var fråga om återbetalning av lån och inte som utdelning. Även i detta fall var ett regeringsråd skiljaktigt och önskade härför målet till plenum. Genom detta avgörande har räckvidden av RÅ 1983 1:42 kraftigt beskrutits. Se även Edvardsson, SN 1989 s. 686 f. Angående äldre praxis, se RÅ 1944 Fi 487–490, 882–885, 1949 ref 17 och 1985 Aa 144. Se också dom av Kammarrätten i Stockholm den 25 mars 1983 i mål nr 268-1982. Beträffande vissa statliga villkorade lån/bidrag finns särskild reglering, se 13 kap 2 § 3 st ABL. Se även prop 1982/83:94 om ändrade regler för beskattning av näringsbidrag. Jfr även Thorell, Villkorade tillskott s. 126 f, 129 ff och 139 ff. Se vidare avsnitt 6.2.4.

Har näringsidkares inkomst blivit lägre till följd av att villkor avtalats som avviker från vad som skulle ha avtalats mellan sinsemellan oberoende näringsidkare, skall inkomsten beräknas till det belopp som den skulle ha uppgått till om sådana villkor inte förekommit, under förutsättning att

a) den som på grund av avtalsvillkoren tillförts inkomst inte skall beskattas för denna här i riket,

b) det finns sannolika skäl att anta att ekonomisk intressegemenskap föreligger mellan näringsidkaren och den med vilken avtalet träffats och

c) det inte av omständigheterna framgår att villkoren tillkommit av andra skäl än ekonomisk intressegemenskap.

Det är odiskutabelt att armlängdsregeln kan tillämpas när ett svenskt bolag erhållit ränta understigande marknadsvärdet på lån lämnat till utländskt närstående bolag eller när ett svenskt bolag erlagt för hög ränta på lån taget hos i Sverige icke skattskyldigt närstående bolag.³ Detta berörs därför inte vidare.

Vad jag däremot nedan företrädesvis kommer att behandla är frågan om ett lån med marknadsmässiga villkor m.m. mellan två närstående bolag, varav ett är skattskyldigt i Sverige, överhuvudtaget kan angripas med stöd av 43 § 1 mom KL.

De situationer och frågor jag kommer att behandla är följande.

1. Kan ett lån från ett utländskt moderbolag till ett svenskt dotterbolag med stöd av armlängdsregeln betraktas som förtäckt aktieägartillskott, med följd att det svenska bolagets räntebetalningar på lånet skatterettsligt bör omklassificeras till icke avdragsgill utdelning?
2. Kan ett lån från ett svenskt moderbolag till ett utländskt dotterbolag betraktas som förtäckt aktieägartillskott med stöd av armlängdsregeln? Om så är fallet, bör då räntebetalning emottagen av det svenska moderbolaget som en följd härav behandlas som skattefri utdelning vid det svenska bolagets taxering?

Fråga nummer två avser jag inte att behandla mer än översiktligt. Jag nöjer mig inledningsvis i stort sett med att konstatera att svensk intern skatterättslig praxis i allmänhet knappast ger något större utrymme för att omklassificera ett formellt riktigt lån till att behandlas som ett tillskott, även om så skett vid några tillfällen. Detta har i första hand ägt rum när det varit fråga om lån till fåmansföretag. Vad gäller tillämpningen av armlängdsregeln synes enligt min mening förhållandet i princip vara det samma. Armlängdsregeln ger med andra ord antagligen inget stöd för att sådan omklassificering kan eller bör äga rum. Jag återkommer i avsnitt 4.2.2 till varför jag anser detta.

Den första frågan (dvs. nr 1 ovan) har varit föremål för prövning av

³ Se SOU 1964: 29 s. 119 ff samt RÅ 1970 Fi 923, 1979 I:40, 1980 I:59 och 1984 I:16.

Regeringsrätten i det s.k. Mobil Oil-målet och behandlas utförligt i avsnitt 4.2.1. En likartad situation kommer även att behandlas i avsnitt 4.3, där jag behandlar vissa frågor med anledning av avdragsrätt för ränta på vinstandelslån erlagd till utländska moderbolag.

Av de två ovan nämnda "fallbeskrivningarna" avser jag alltså endast att utförligt behandla den första. Slutsatserna vid behandlingen av denna kan dock mutatis mutandis översättas på det andra fallet.⁴

För eventuell tillämpning av armlängdsregeln i dessa fall bör man ställa sig följande frågor.

Skulle ett från moder- och dotterbolagen helt fristående finansieringsinstitut

- a) lämnat likvärdigt lån på liknande villkor,
- b) lämnat lån men på andra för låntagande bolag sämre villkor, eller
- c) inte lämnat något lån överhuvudtaget?

Om a) är för handen kan naturligtvis inte 43 § 1 mom KL bli aktuell att tillämpa. Om däremot påståendet b) visar sig vara riktigt så har ju mellan moderbolaget och dotterbolaget avtalats villkor som inte skulle ha avtalats mellan sinsemellan oberoende näringsidkare, varför moderbolaget – om det är skattskyldigt i Sverige – som huvudregel skall påföras en ränteskatteinkomst med belopp motsvarande vad dotterbolaget för ett likvärdigt lån hade fått erlagga i ränta till en oberoende långivare.

Är å andra sidan det låntagande dotterbolaget (men ej moderbolaget) skattskyldigt i Sverige skall dotterbolaget vägras avdrag för icke armlängdsmässigt ränta om bolaget betalat mer än marknadsränta för lånet. Detta innebär att "överräntan" inte får dras av. Däremot föreligger avdragsrätt med belopp motsvarande marknadsränta. Överräntan blir att behandla som utdelning och – om förutsättningarna enligt kupongskattelagen är uppfyllda – belagd med 30 procent kupongskatt. (Jag bortser härifrån eventuella kompensationsinvändningar respektive s.k. helhetsbedömning.⁵)

⁴ Det finns ytterligare två likartade situationer där man teoretiskt skulle kunna tänka sig att armlängdsregeln kan bli tillämplig. Jag avser inte att behandla dessa två situationer. I stället avser jag att endast omnämna dem. Den ena situationen är när ett svenskt moderbolag erhåller ett lån från sitt utländska dotterbolag och det av olika skäl finns anledning att kanske betrakta lånet som förtäckt utdelning. Det ligger inte direkt i de svenska skattemyndigheternas intresse att göra sådan omklassificering, men sådan kanske görs av skattemyndigheterna i dotterbolagets land. Antag att de svenska skattemyndigheterna delar denna uppfattning. Hur skall man då skatterättsligt förfara med räntebetalningen på lånet? Är den möjligen att betrakta som ett tillskott? Den andra situationen som är närbesläktad med den nyss nämnda är frågan om ett lån givet av ett svenskt dotterbolag till ett utländskt moderbolag med stöd av armlängdsregeln skatterättsligt kan behandlas som förtäckt utdelning. Jfr även Estberg, SvSkT 1993 s. 99 ff.

⁵ Se närmare om frågor rörande kompensationsinvändningar i bl.a. Mattsson, SvSkT 1982 s. 467 f, Wiman, Prissättning s. 82 ff, Arvidsson, Vinstöverföringar s. 327 ff, RSV 1990:1 s. 35 och 230 f samt Gäverth, SvSkT 1990 s. 30 och 41 ff.

Antag i stället att påstående c) är riktigt. I så fall inställer sig ett par följdfrågor:

Vad skulle den oberoende finansiären i stället ha gjort om denne ändå hade bidragit med kapital i någon form? Något annat alternativ än riskkapital i någon form föreligger inte. Den oberoende finansiären hade fått bidra med någon form av (aktieägar)tillskott (eller alternativt någon form av vinstandelslån eller s.k. "silent partnership"), varvid den fristående presumtive långgivaren i stället blivit en avtalspartner varmed intressegemenskap föreligger.⁶ Detta förhållande kan få lite olika konsekvenser.

Liknande jämförelser med oberoende långgivare "omvandlad" till närstående finansiär har gjorts bl.a. av den skattskyldige i besvären till Mellankommunala skatterätten i RÅ 1980 1:59 (LM Ericsson) och av RSV i RÅ 1990 ref 34 (Mobil Oil/Norsk Hydro).

Vid genomgång av förarbetena till såväl den nuvarande lydelsen av 43 § 1 mom KL som äldre lydelse (1928:370 och 1965:573), finner jag inget direkt uttalat stöd för att man med detta lagrum kan angripa lånet i sig och behandla det som ett tillskott, varvid betalning skulle anses utgöra icke avdragsgill utdelning.

I de arbeten som låg till grund för införandet av armlängdsregeln uttalade man sig inte om annat än vinstöverföring genom oriktig prissättning (på varor).⁷ Vid 1965 års lagändring behandlades även onormalt hög eller låg ränta samt exceptionella ersättningar för utförda tjänster.⁸ Inte heller berördes frågor om underkapitalisering i 1983 års lagändring⁹ eller i förarbetena till lagen mot skatteflykt.¹⁰

För att besvara frågan om armlängdsregelns tillämplighet på de två ovan beskrivna situationerna skall jag nedan redovisa Mobil Oil-målet och därefter presentera mina slutsatser och kommentarer.

4.2.1 Norsk Hydro (Mobil Oil)

Trots att ett uttryckligt stöd saknas i förarbetena skulle armlängdsregeln

⁶ Se Sandels klagörande beskrivning av frågeställningen i SN 1970 s. 344 f. Sandels anför bl.a. att man skulle kunna ingripa mot en för låg räntebetalning från ett i Sverige icke skattskyldigt underkapitaliserat dotterbolag inte i första hand genom att ifrågasätta räntesatsens storlek (eller rättare sagt litenhet), utan genom att ifrågasätta om inte en avtalskontrahent på armlängds avstånd i stället för lån i en motsvarande situation hade tillskjutit aktiekapital. Vid sådant förhållande blir den erlagda räntan att betrakta som utdelning.

⁷ Se Eiserman och von Wolckers förslag s. 405, Landéns promemoria 1917, prop 1918:283 s. 26, prop 1920:191 s. 516, SOU 1926:18 s. 68 samt prop 1927:102 s. 244.

⁸ Se SOU 1962:59 s. 201 och 211 f, SOU 1964:29 s. 9 f, 53, 55 f, 117, 119 f, 129 f och 135 samt prop 1965:126.

⁹ Prop 1982/83:73.

¹⁰ Prop 1980/81:17. Lagen mot skatteflykt, sedermera ändrad genom prop 1982/83:84 och numera upphävd genom SFS 1992:1600.

ändå kanske kunna tillämpas på ovan under punkt c) angivna exempel, dvs. då ett från moder- och dotterbolagen fristående finansieringsinstitut i motsvarande situation inte skulle lämnat ett lån över huvud taget. I RÅ 1990 ref 34 hade Regeringsrätten frågan uppe till prövning.¹¹ Det bör här inledningsvis uppmärksammas att målet avsåg förhållandet lån från utländskt närstående företag lämnat till svenskt företag och gällde därför bl.a. om ränta skatterettsligt skulle behandlas som utdelning. (Se "fall ett" ovan avsnitt 4.2).

Förutsättningarna i målet var i korthet följande. Svenska Mobil Oil AB (numera Norsk Hydro AB) hade haft en långfristig varuskuuld till ett amerikanskt bolag som var systerbolag till det svenska bolagets amerikanska moderbolag, Mobil Oil Co. Skulden kom att redovisas som en långfristig skuld till moderbolaget i det svenska företags räkenskaper. Sedan i vart fall 1970 hade det svenska bolaget inte verkställt några utdelningar till moderbolaget. Den 31 januari 1975 omvandlades hälften av varuskulden, eller ca 16 miljoner USD (mellan 76–120 Mkr beroende på rådande valutakurser under åren 1976–1982), till ett lån med moderbolaget som borgenär. Lånet hade en löptid på tolv månader med möjlighet till förlängning om parterna så överenskom. Räntan, som skulle erläggas kvartalsvis, skulle utgå med en procent över viss angiven kortfristig ränta. Det svenska bolagets försäljning 1975 var 420 Mkr, exklusive mervärdeskatt, och dess aktiekapital var 13 Mkr. Bolaget var kraftigt underkapitaliserat och hade så varit under en följd av år. I låneavtalet fanns inga särskilda villkor om amortering, dröjsmålsränta etc. Inte heller ställdes någon säkerhet för lånet. Redan den 6 februari 1975 avstod moderbolaget från ränta tills vidare. Ränta utgick endast för tiden den 1 oktober 1979 till den 30 september 1982. Räntebeloppen kostnadsfördes när de faktiskt betalades. Under denna tid var det svenska bolagets lönsamhet betydligt bättre än vad som var fallet före respektive efter nämnda period. Någon amortering ägde inte rum under lånetiden. Bolaget såldes 1985 till Norsk Hydro. Domstolarna hade att pröva den räntebetalning som ägde rum inkomståret 1981, dvs. 14,8 Mkr. (I målet var även fråga om kraftiga kursförluster). Taxeringsintendenten ansåg att 43 § 1 mom KL (1965 års lydelse) var tillämplig innebärande att räntebetalningen skatterettsligt skulle behandlas som icke avdragsgill utdelning.

Såväl Mellankommunala skatterätten som Kammarrätten i Stockholm fann att avtalet till sin karaktär var ett lån och icke ett villkorat aktieägartillskott. Domstolarna lade här den civilrättsliga bedömningen till grund för den skatterättsliga behandlingen av avtalet. Domstolarna fann att 43 § 1 mom KL inte var tillämplig, om än med olika motiveringar. Skatterätten fann det inte styrkt att en oberoende näringsidkare inte skulle kunna ha

¹¹ Målet är kommenterat av bl.a. Arvidsson s. 348 ff och Estberg, SvSKT 1990 s. 341 f.

slutit ett liknande avtal under likartade förhållande (konvertering av varuskuuld till lån och ränteavstående m.m. under tillfälliga betalningssvårigheter). Kammarrätten fann däremot att allmänna ombudet gjort sannolikt att bolaget inte hade kunnat erhålla ett likvärdigt lån från en oberoende långivare. Emellertid fann kammarrätten, med åberopande av förarbetena till 43 § 1 mom KL, att lagrummet var avsett att tillämpas på fall av oriktig prissättning av olika slag, men inte för att omklassificera ett lån till aktieägartillskott. Till utvecklande av sin mening anförde rättens ordförande bl.a. att det var tvivelaktigt om bolagets inkomst verkligen blivit lägre. Det förhållandet att bolaget exempelvis betalar 100 kr i ränta i stället för utdelning med samma belopp, innebär att det skattepliktiga nettot minskar med 100 kr. Därav följer, enligt ordförandens resonemang, inte självklart att det skett en sådan inkomstminskning som avses i 43 § 1 mom KL.

Kammarrätten framhöll enhälligt att om bolaget hade slutit ett avtal med en oberoende kreditgivare, hade detta inneburit att bolaget åsamkats högre kreditkostnader än vad som följde av avtalet med moderbolaget. Rätten fann alltså att det egentligen förelåg ett förhållande motsatt det som 43 § 1 mom KL var avsett att träffa. Mot detta resonemang kan man i och för sig invända att hade moderbolaget tillfört ett kapitaltillskott i stället, så hade det svenska bolagets nettoinkomst blivit högre eftersom räntekostnaderna i så fall minskat i motsvarande mån.¹² Detta betraktelsesätt förutsätter alltså att man angriper avtalsrelationen i ett steg tidigare än vad rätten gjorde.

Det framgår direkt av lagtexten att man först bör fråga sig om en inkomstminskning överhuvudtaget ägt rum. Svaret på frågan om en inkomstminskning ägt rum är enligt min mening avhängigt av om vi jämför med lån på öppna marknaden eller med kapitaltillskott från moderbolaget. I det förra fallet har – som kammarrätten konstaterat – ingen inkomstminskning ägt rum eftersom bolaget härigenom fått ett förmånligare lån än vad det skulle ha fått på den öppna marknaden. I det senare fallet – dvs. om vi jämför lånet med ett kapitaltillskott från moderbolaget – har den skattepliktiga nettoinkomsten blivit lägre eftersom räntebetalning, men inte utdelning, är avdragsgill kostnad.

Rättens ordförande anförde i kammarrätten för sin del, att även om det nu ägt rum en sådan inkomstminskning som avses i 43 § 1 mom KL, kunde det ifrågasättas om "inkomst" överförts till någon som inte är skattskyldig för den här i riket. Resonemanget innebär att vad som sker är inte ett överförande av "inkomst", utan att en icke avdragsgill men fullt godtagbar betalning (utdelning) omvandlas till en avdragsgill betalning (ränta), allt under förutsättning att räntan i sig icke överstiger armlängds ränta. Detta resonemang synes även här bygga på att det inte är självklart

¹² Jfr. Arvidsson s. 351.

att det är det skattepliktiga nettot som avses i 43 § 1 mom KL. Även om det inte i vare sig lagtext eller förarbeten anges huruvida med uttrycket avses bruttoinkomst eller skattepliktig nettoinkomst, anser jag att de olika resonemang om "vinstöverföring" som förts i förarbetena samt syftena bakom bestämmelsen bör innebära att lagregeln rimligen skall tolkas som att det är den skattepliktiga nettovinsten som avses. Regelns syfte är till syvende og sidst att hindra att det svenska beskattningsunderlaget minskas till följd av avtalsvillkoren. Vid sådant förhållande anser jag att "omvandling" av avdragsgill ränta till icke avdragsgill utdelning konstituerar sådan inkomstminskning som avses i 43 § 1 mom KL.¹³

Regeringsrätten, som lämnade RSV:s överklagande utan bifall, konstaterade inledningsvis, efter att ha redogjort för sakförhållandena, att ifrågasvarande belopp utgjort en låneskuld till moderbolaget och att betalningarna varit räntor. Rätten betonade att det var fråga om en varuskuld som omvandlats till ett långfristigt lån. Som stöd för att betalningarna var räntor pekade rätten bl.a. på det förhållandet att lånet bokförts som skuld i det svenska bolagets räkenskaper samt att räntebeloppen kostnadsförts då de faktiskt betalats.

Efter att ha konstaterat att en faktisk skuld förelegat anförde Regeringsrätten vidare att armlängdsregeln i förevarande fall inte kunde tillämpas på själva storleken av räntebetalningarna, vilket heller inte påståtts av RSV.

Därefter prövade Regeringsrätten om lånet med stöd av armlängdsregeln kunde behandlas som någon form av aktieägartillskott. Rätten fann därvid inledningsvis att svensk rätt saknar särskilda regler avseende förhållandet mellan ett bolags egna kapital och dess skulder. Vidare anförde domstolen att armlängdsregeln kräver för sin tillämplighet att jämförelse skall kunna göras med de villkor som normalt skulle ha avtalats med ett av det svenska företaget oberoende företag. Rätten fann att finansiering mellan oberoende näringsidkare inte sker genom riskkapital utan genom lån på marknadsmässiga villkor. Till följd härav fann domstolen att om bolaget i stället finansierats av ett utomstående företag hade sådan finansiering tagit formen av lån, varför det nu ifrågasvarande lånet inte med stöd av 43 § 1 mom KL skatterättsligt kunde behandlas som någon form av aktieägartillskott. Att bolaget hade ett ovanligt litet eget kapital i förhållande till dess skulder saknade självständig betydelse, enligt rätten.

¹³ Regeringsrätten diskuterar rekvisitetet "inkomsteffekt" i Shelldomen (RÅ 1991 ref 107 s. 353) och konstaterar bl.a. att det råder en viss osäkerhet om den närmare avgränsningen av rekvisitetet.

4.2.2 Kommentarer och slutsatser

Rättsläget beträffande den svenska armlängdsregelns tillämplighet på såsom lån betecknade finansiella transaktioner inom en koncern, kan kortfattat beskrivas enligt följande.

För hög eller för låg ränta på lån kan korrigeras, även om Regeringsrätten i RÅ 1979 1:40 och 1980 1:59 accepterat att man i vissa fall (helhetsbedömning m.m.) kan göra avsteg från principen om att all räntebetalning skall ske på marknadsmässiga villkor.¹⁴ Vid prövningen om en finansiell transaktion skall behandlas som tillskott eller lån, synes Regeringsrätten så vitt framgår av Mobil Oil-målet vara av uppfattningen att en civilrättslig bedömning av den finansiella transaktionen skall ligga till grund för den skatterättsliga behandlingen.¹⁵ En enligt min mening viktig faktor för Regeringsrättens bedömning var att det var fråga om en reell varuskuuld som på grund av omständigheterna hade konverterats till ett långfristigt lån. Den var också bokförd som skuld. Att i detta fall klassificera om skulden till ett aktieägartillskott är kanske mer betänkligt än om det varit fråga om ett "ordinärt" lån från moderbolaget. Vidare uttalar rätten att det förhållandet att ett bolag är underkapitaliserat inte i detta sammanhang kan ges någon självständig betydelse.

Arvidsson har kommenterat Mobil Oil-domen och funnit att åtminstone tre skäl talar för att armlängdsregeln inte är tillämplig. Dessa är för det första regelns tekniska konstruktion. Någon "inkomstminskning" har inte ägt rum för det svenska bolaget. (Hade långgivaren varit fristående hade räntekostnaden varit ännu högre.) Arvidsson anlägger här samma resonemang som kammarrätten. Vidare torde enligt Arvidsson inte heller någon "prisavvikelse" ha förekommit. Härmed menar han att avtalet mellan moderbolaget och det svenska dotterbolaget inte avvek från "marknadspriset". Arvidsson måste här syfta på själva räntesatsen. För det andra avser inte regeln enligt honom att fränkänna transaktioner deras rätta innebörd. Regeln syftar i stället till att korrigera prissättningen. Denna uppfattning vinner stöd av Regeringsrättens dom. Avslutningsvis instämmer Arvidsson i kammarrättens uppfattning att tillämpningsområdet underkapitalisering saknar stöd i armlängdsregelns förarbeten.¹⁶

Jag skulle här vilja en aning ifrågasätta prejudikatvärdet av domen i vissa delar. När Regeringsrätten konstaterar att en utomstående finansiär inte skulle lämna ett kapitaltillskott – för då vore det ingen utomstående finansiär utan i stället en i intressegemenskap med mottagaren – anlägger Regeringsrätten ett slags cirkelresonemang. En av de frågor RSV ville ha

¹⁴ Se vidare Arvidsson s. 323 ff.

¹⁵ Lindencrona, SN 1990 s. 397 f. Jfr. också avsnitt 6.2.6.2.

¹⁶ Arvidsson s. 352.

svar på var om en fristående finansiär i en liknande situation endast skulle gått in som delägare och inte som finansiär. Enligt RSV:s syn skulle den på armlängds avstånd befintlige borgenären – i stället för att handla som Mobil Oils moderbolag gjorde – antagligen på något vis sökt få ett ägarinflytande hos gäldenären. Om så visade sig vara fallet, borde moderbolagets lån ur armlängdssynvinkel betraktas som ett kapitaltillskott. Rätten lämnar förvisso ett klart och entydigt nej till svar på frågan, men motiveringen är något väl knapphändig och en aning dunkel och ger därför inte läsaren – i vart fall inte mig – full klarhet i om Regeringsrätten uppfattat problemet på samma sätt som RSV. Genom att konstatera att en utomstående inte längre kan vara utomstående om denne lämnar ett tillskott i stället för ett lån, tycks det mig som om Regeringsrätten lyckas komma ifrån själva problemet.

Skall Regeringsrättens dom tolkas så att man aldrig (eller åtminstone nästan aldrig) kan göra en jämförelse av ett avtal mellan t.ex. ett moderbolag och ett dotterbolag med hur ett eventuellt avtal med en utomstående skulle ha utformats, om detta senare avtal i sig medför att den utomstående kommer att anses vara i intressegemenskap med den skattskyldige, innebär detta en klar begränsning av tillämpningsområdet för 43 § 1 mom KL. Vid sådant förhållande kan naturligtvis inte heller ett lån ur armlängdssynvinkel behandlas som ett tillskott.¹⁷

Av Shell- domen (RÅ 1991 ref 107) framgår att man inte bör göra bedömningen utifrån hypotetiska jämförelsesituationer när det finns direkt jämförbara transaktioner mellan oberoende parter. I Shell- domen påtalar Regeringsrätten också att då utredning saknas om jämförbara transaktioner, återstår knappast någon annan utväg än att grunda bedömningen på hypotetiska överväganden om vad av varandra oberoende parter skulle ha kommit överens om i ett liknande affärsförhållande.¹⁸ I Mobil Oil-målet saknades utredning om liknande transaktioner mellan oberoende parter. Antagligen berodde detta på att av varandra oberoende parter inte gärna låter omvandla varuskulder till långfristiga krediter för att därefter underlåta att under lång tid betinga sig ränta och endast kräva ränta när gäldenärens ställning och resultat så tillåter. En hypotetisk jämförelse av det slag RSV önskade hade då enligt min mening varit på sin plats.

En annan fråga som både kammarrätten och Arvidsson påtalat är att målet – om inte RSV:s yrkade omklassificering av betalningen från ränta till utdelning accepteras – egentligen avser det omvända förhållandet till vad armlängdsregeln är avsedd att stävja. Antag att en utomstående finansiär skulle vilja lämna bolaget ett lån – vilket inte alls är otänkbart om

¹⁷ Med denna tolkning faller således det mycket tänkvärda resonemang Sandels framför i SN 1970 s. 343 ff. Arvidsson har kommenterat Sandels artikel bl.a. på s. 338.

¹⁸ RÅ 1991 ref 107 (s 353 f).

lånet givits på helt andra villkor – men med därpå ökade räntekostnader för bolaget. Jämför detta med det för Mobil Oil mycket förmånliga lånet från moderföretaget. Hade Mobil Oil tvingats att låna på den öppna marknaden hade dess avdragsgilla räntekostnader blivit betydligt högre.

Jag delar alltså Arvidsson uppfattning att under dessa förutsättningar någon inkomstminskning inte ägt rum. Men att samtidigt hävda att rekvisitet prisavvikelse inte är uppfyllt kan man diskutera. "Prisavvikelse" är ett självständigt rekvisit även om det för att kunna leda till en korrigerings måste förekomma i ett kausalsamband med rekvisitet "inkomsteffekt". I Mobil Oil-målet förelåg ingen "prisavvikelse" om vi endast betraktar storleken på räntan. Men om vi i stället betraktar avtalet i sin helhet – med ränteavstående etc. – är det enligt min mening inte lika självklart att en "prisavvikelse" inte föreligger. Snarare är det fråga om en "prisavvikelse" till det svenska bolagets fördel. Beträffande rekvisitet "prisavvikelse" kan det vara på sin plats att erinra om hur Regeringsrätten uppfattat rekvisitet i Shell-domen. Rätten framhöll att det låg mer i linje med lagstiftningens grunder att inrikta bedömningen på de mer långsiktiga effekterna av de grunder och metoder för prissättningen som tillämpats under den period som rätten prövar än att begränsa prövningen till prissättningen på enstaka (varu-)transaktioner. Att någon inkomstminskning inte ägt rum i Mobil Oil-fallet beror på att ett lån från en utomstående hade blivit dyrare. Det är antagligen så att vad Arvidsson avser är att det inte föreligger en prisavvikelse som medfört en inkomstminskning. I detta är jag naturligtvis böjd att instämma.¹⁹

En fråga som Mobil Oil-domen möjligen lämnar öppen för framtiden är hur man skall behandla svenska moderbolag som låter finansiera sina underkapitaliserade utländska dotterbolag med kapital i såväl olika former som kombinationer. Det händer emellanåt att svenska moderbolag avstår från att debitera sina utländska dotterbolag ränta (ibland avskrivs t.o.m. fordran helt) med hänvisning till att dotterbolagen just på grund av underkapitalisering inte klarar av att belastas med räntekostnader. Att avstå från ränta enbart på grund av underkapitalisering torde knappast vara ett hållbart argument i och med Regeringsrättens kategoriska (?) uttalande att underkapitalisering saknar självständig betydelse.²⁰ Regeringsrätten har tidigare gett uttryck för uppfattningen att ränteavstående/reducerad ränta på lån till i Sverige icke skattskyldigt dotterbolag kan angripas med arm-längdsregeln om orsaken till den låga räntan är låntagarens bristande lönsamhet, se RÅ 1970 Fi 923.

I förhandsbeskedet RÅ 1970 Fi 923 var de faktiska omständigheterna

¹⁹ Arvidsson utvecklar rekvisiten "prisavvikelse" och "inkomsteffekt" i sin kommentar av Shell-domen, SvSkT 1991 s. 528 ff.

²⁰ Jfr RSV 1990:1 s. 298.

följande. Ett svenskt moderbolag hade en långfristig fordran på sitt helägda brittiska dotterbolag. Dotterbolaget var underkapitaliserat. Skulle det svenska moderbolaget belasta dotterbolaget med marknadsmässig ränta på fordran hade dotterbolaget tvingats redovisa förlust. För att undvika detta avsåg moderbolaget i stället att ta ut en lägre ränta. Riksskattenämnden ansåg att den tilltänkta räntereduktionen skulle komma att utgöra inkomstöverföring enligt armlängdsregeln. Regeringsrätten lämnade bolagets besvär utan bifall.

I sin kommentar till avgörandet visar Sandels på ett alternativt betraktelsesätt.²¹ I stället för att anse underräntan som en inkomstöverföring hävdar Sandels att problemet kunde ha angripits genom att påvisa att en utomstående långgivare (på armlängds avstånd) aldrig skulle ha lämnat ett lån likt det förevarande med hänsyn till låntagande bolags ringa egna kapital. Därför kan man inte, enligt Sandels, jämföra den för låga räntan med vad annan långgivare skulle ha krävt. Någon sådan att jämföra med fanns inte enligt Sandels. Riksskattenämnden gjorde enligt Sandels en hypotetisk jämförelse. Sandels menar att man borde satt in korrigeringen på ett tidigare stadie, nämligen på finansieringen. Lånet borde då – helt eller delvis – betraktas som eget kapital. På så vis hade ett ingripande inte träffat räntans storlek, utan räntan skulle i stället ha ansetts utgöra förtäckt utdelning. Det var på detta vis RSV ville angripa räntebetalningarna i Mobil Oil-målet.

Jämför vi 1970-års mål med Mobil Oil-fallet, torde slutsatsen nog bli – såvitt avser underkapitaliseringen – att ett svenskt moderbolag inte rimligen kan låta bli att ta ut ränta av ett utländskt dotterbolag med åberopande av att låntagaren är underkapitaliserad eller eljest har betalningssvårigheter. Uppstår betalningssvårigheter för dotterbolaget skall moderbolagets fordran ändock intäktsföras. Om det visar sig att det inte går att erhålla betalning med hela fordringens belopp, får avdrag på grund av en eventuell nedskrivning av fordran prövas i vanlig ordning enligt vad som gäller för nedskrivning av fordran på närstående bolag (se närmare avsnitt 6.2.2).

Skall det svenska moderbolaget kunna undgå den korrigering som bör följa på grund av ränteavståndet måste bolaget visa att det erhållit någon form av kompensation i gengäld, varvid någon inkomstminskning inte ägt rum. Enligt Regeringsrättens dom i Shell-målet synes det vara möjligt att i vissa fall åberopa sådan kompensation även om den uppkommer först under ett senare beskattningsår.²²

En annan närbesläktad fråga är hur man skall förhålla sig till ett svenskt moderbolags ränteinkomst, när dess utländska dotterbolag förvägrats avdrags-

²¹ Sandels SN 1970 s. 344.

²² RÅ 1991 ref 107 (s 354).

rätt på grund av att det i sitt verksamhetsland ansetts vara så underkapitaliserat att betalningen där av skattemyndigheterna betraktas som utdelning. Frågan gäller alltså om bedömningen i så fall skulle ha blivit i enlighet med Sandels resonemang med anledning av 1970 års mål. Exempel på sådana situationer finns. SAS:s dotterbolag i Frankrike har av högsta administrativa domstolen förvägrats avdragsrätt för räntebetalning på grund av underkapitalisering.²³ (Hade det omvända förhållandet gällt i Mobil Oil-målet – dvs. svenskt moderbolag och amerikanskt dotterbolag – hade antagligen de amerikanska myndigheterna ansett betalningen till det svenska moderbolaget vara utdelning i stället för ränta.) Liknande problem har svenska moderbolag haft visavi de kanadensiska skattemyndigheterna vad gäller dotterbolag i Kanada. Jag kan inte se några tungt vägande skäl för att enbart på grund av dotterbolagets kapitaliseringsgrad betrakta sådan betalning till Sverige som utdelning i stället för ränta.²⁴ I stället torde förhandlingar mellan behöriga myndigheter äga rum i vanlig ordning för att undvika eventuell dubbelbeskattning.

4.3 Vinstandelslån

Jag har ovan (2.3.1) mycket kortfattat redogjort för finansiering av bolags verksamhet genom vinstandelslån. Då denna finansieringsform aktualiserar vissa skatterättsliga frågor, som har anknytning till bl.a. Mobil Oil-målet, finns det anledning att här skatterättsligt något behandla vinstandelslånen.²⁵

På sådana lån kan som tidigare nämnts (se 2.3.1) ränta utgå som dels är fast, dels är rörlig, dvs. avhängig av det låntagande bolagets utdelning eller dess vinst. Den fasta räntan medför från skatterättslig synpunkt inget problem så länge den är marknadsmässig. Den är avdragsgill i vanlig ordning. Den rörliga räntan däremot är enligt 2 § 9 mom SIL avdragsgill endast under förutsättning att lånet är emitterat på den öppna marknaden eller rätten att teckna vinstandelsbevis är förbehållen någon från företaget fristående personkrets. Är lånet däremot emitterat med företrädesrätt för aktieägare eller någon med vilken företaget är i intressegemenskap, medges inte det låntagande svenska bolaget avdrag för någon del av den rörliga räntan. (Viss dispensmöjlighet finns dock). Huruvida intressegemenskap föreligger mellan långivaren och låntagaren skall enligt bestämmelsen bedömas enligt reglerna i 43 § 1 mom KL. Från avdragsförbudet för den rörliga räntan har uttryckligen undantagits svenska börsnoterade företag.

Fråga uppstår då om dessa bestämmelser endast avser sådana vinstandels-

²³ Blaunlet, *European Taxation*, mars 1990 s. 56 ff.

²⁴ Jfr. t.ex. det nordiska dubbelbeskattningsavtalet art. 11:4, vari anges att om högre ränta erlagts mellan "närstående" än vad som skulle varit fallet mellan av varandra oberoende parter, skall "överskjutande" belopp beskattas enligt lagstiftningen i envar av de avtalsslutande staterna. Detta innebär att "överräntan" kan behandlas som utdelning i källstaten utan att detta i och för sig hindrar hemviststaten att betrakta beloppet som ränteinkomst. Se vidare Andersson m.fl. s. 143 f.

²⁵ Se mer om de skatterättsliga reglerna i bilaga till SOU 1972:63 samt prop 1976/77:93 och SkU 1976/77:36.

lån som definieras i ABL eller om reglerna har en mer generell räckvidd, så att de t.ex. skulle kunna omfatta ett sådant lån som var aktuellt i Mobil Oil-målet.²⁶

Enligt dep.ch. skall dessa regler "gälla i samtliga de fall då svenskt aktiebolag eller svensk ekonomisk förening tar upp lån som löper med ränta vars storlek är beroende av företagets resultat eller dess utdelning till aktie- eller andelsägare".²⁷ M.a.o. torde såvitt jag kan bedöma ett svenskt (icke börsnoterat) företag kunna vägras avdrag för sådan räntebetalning till utländskt moderbolag som är beroende av det svenska bolagets resultat. Avdragsbegränsningen är således inte begränsad till de mer "ordinära" formerna av vinstandelslån. 2 § 9 mom SIL är således vidare i sin omfattning än vinstandelslånsbegreppet i ABL. Att hänvisa till underkapitalisering, bristande lönsamhet etc. som orsak till varför räntedebiteringar endast ägt rum under vissa perioder då det svenska dotterbolaget visat tillfredsställande resultat, kan knappast betraktas som bärande invändningar mot att med stöd av bestämmelserna i 2 § 9 mom SIL vägra bolaget avdrag för erlagd "rörlig" ränta. I detta hänseende synes man enligt min mening kunna åberopa både RÅ 1970 Fi 923 och i synnerhet RÅ 1990 ref 34.

Är mitt ovanstående resonemang riktigt leder det till att man även bör ta ställning till om det bör vara någon skillnad om en fast (och marknadsmässig – hur nu en sådan kan bestämmas i fall av underkapitalisering) ränta avtalas, men betalning äger rum först när och om bolagets resultat och ställning så tillåter (jfr Mobil Oil). Accepterar man oreserverat att det föreligger avdragsrätt för denna "fasta" ränta i ett sådant fall kan det möjliggöra att de restriktiva avdragsbestämmelserna kan kringgås. I stället för att tillskjuta kapital som binds i bolaget lämnar aktieägaren ett lån med fast ränta. Räntan med påslag för ränta på ränta tas ut först när och i den omfattning det svenska låntagande dotterbolagets ställning så tillåter. Att man väljer denna lösning kan som sagt bero på att moderbolaget inte vill binda mer aktiekapital i dotterbolaget. Orsaken kan även vara att dotterbolaget under en period är så olönsamt att det helt enkelt inte går att kräva betalning för den upplupna räntan. Bokförs den upplupna fasta räntan som en skuld vartefter den uppstår, bör man väl i princip kunna medge avdrag för räntan (och samtidigt beskatta långivande moderbolag för motsvarande ränteinkomst om detta nu är skattskyldigt i Sverige). Detta gäller i vart fall om det är sannolikt att ränteförpliktelsen kommer att behöva infrias. Det förhållandet att räntan inte betalats saknar härvidlag i princip betydelse. Att löpande skuldföra ej utbetald fast ränta, som endast skall tas ut om och när bolagets resultat och ställning så tillåter, kan emellertid i vissa situationer vara diskutabelt med hänsyn till vad som är god redovisningssed. Räntan är under sådana förhållanden de facto inte en skuld förrän om och när låntagande bolags resultat och ställning medger betalning av den "ackumulerade fasta räntan". I och för sig skulle man kanske kunna göra gällande att försiktighetsprincipen innebär

²⁶ Jfr. RSV 1990:1 s. 299 ff. Noteras bör att i Mobil Oil-fallet slöts låneavtalet/konverteringen till låneskuld före ikraftträdandet av bestämmelserna om avdrag för ränta på vinstandelslån.

²⁷ Prop 1976/77:93 s. 32.

att ränteskulden skall beaktas, då det i och för sig är fråga om en på sätt och vis villkorad skuld. Eventuellt bör den dock inte få kostnadsföras förrän det kan anses vara sannolikt att den behöver infrias. Beträffande långgivaren kan man med visst fog även hävda att det strider mot realisationsprincipen att intäktsredovisa den upplupna men ej utbetalda räntan. Vidare innebär försiktighetsprincipen att tillgångar skall redovisas "försiktigt", vilket kanske inte blir fallet om denna räntefordran tas med bland långgivarens tillgångar i redovisningen.

Är det däremot så att enbart rörlig ränta avtalats skall, såvitt jag kan bedöma, avdrag vägras för hela räntan, oberoende av om den rörliga räntan storleksmässigt ryms inom ramen för "vanlig" marknadsmässig fast ränta.²⁸

Även om rätten till avdrag för den fasta "ackumulerade" räntan inte bör vara särskilt ifrågasatt – bortsett från frågan om vid vilken tidpunkt det kan anses sannolikt att ränteförpliktelsen kommer att behöva infrias – kan det däremot ur fiskal synvinkel finnas anledning att ta ställning till karaktären på det icke utbetalade beloppet. Är det möjligt att betrakta beloppet som ett aktieägartillskott i och med att det kvarstår i det låntagande bolaget eller skall man i alla lägen anse att det är en ännu ej betalad ränteskuld? Jag menar att det kan finnas skäl att i vissa situationer ifrågasätta om den upplupna men ännu ej utbetalade räntan rätteligen skall betraktas som ett aktieägartillskott. Detta resonemang förutsätter dock att avdrag medgivits för den ännu ej utbetalade räntan. Jämförelse kan här göras med FAR:s redovisningskommittés uttalande (nr 10) angående vissa problem i samband med villkorligt aktieägartillskott och villkorade skulder. Rådet uttalar bl.a. att ett oåterkalleligt eftergivande av en skuld i vissa fall bör betraktas som ett tillskott. (Villkorat sådant om återbetalning skall ske ur disponibla vinstmedel).

Jag avser inte att närmare beröra dessa frågor. Jag nöjer mig med att konstatera tre saker. För det första torde man enligt min mening med stöd av 2 § 9 mom SIL kunna angripa räntebetalningar av det slag som var fråga i Mobil Oil-målet i den del räntorna inte är att betrakta som fasta. För det andra får man vid prövningen av om avdragsrätt föreligger för en ännu ej erlagd fast ränta, vars betalning i praktiken kommer vara beroende av låntagarens ekonomiska resultat och ställning, ta hänsyn till hur sannolikt det är att den kommer att behöva infrias. Om den ej kostnadsföras borde nog den eventuella förpliktelsen omnämnas i en not. För det tredje kan det finnas skäl att ifrågasätta om inte den icke utbetalade, men väl kostnadsförda och i deklarationen avdragna, "fasta ackumulerade räntan" i dessa typer av lån möjligen skulle kunna ses som villkorade aktieägartillskott. Vid sådant förhållande bör avdrag för ränta på ränta inte medges då denna ränta i så fall bör betraktas som utdelning.

²⁸ A.a. s. 26 f samt RSV 1990:1 s. 300 f.

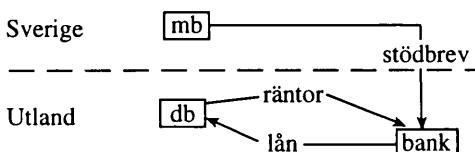
5 Lån från icke närstående med hjälp av stödbrev

5.1 Inledning

I detta avsnitt kommer jag att behandla de skatterättsliga konsekvenserna av att t.ex. ett utländskt (eventuellt underkapitaliserat) bolag erhållit ett lån på den öppna marknaden med hjälp av ett stödbrev utfärdat av ett i Sverige skattskyldigt moder-/systerbolag. Den fråga jag skall försöka besvara är om armlängdsregeln kan bli tillämplig. I och med att det svenska bolaget utställer ett stödbrev till förmån för det utländska dotterbolaget finns det anledning att ställa frågan om det svenska bolaget i och med detta utför en tjänst för dotterbolaget. Om så är fallet, måste man vidare fråga sig om det svenska bolaget skall debitera dotterbolaget för denna tjänst. Dessutom bör noteras att stödbrevet i praktiken fyller funktionen att träda i stället för lån eller kapitaltillskott från moderbolaget. Jag avser att nedan diskutera om armlängdsregeln kan aktualiseras i dessa situationer.

Jag vill redan här understryka att det är de skatterättsliga bedömningarna jag avser att behandla. Diskuterar jag t.ex. frågan om moderbolaget skall ta betalt för stödbrevet av dotterbolaget, avser jag alltså att studera om moderbolaget ur skatterättslig synvinkel är "skyldigt" att debitera dotterbolaget för "stödbrevstjänsten", inte huruvida dotterbolaget civilrättsligt – genom t.ex. accept eller passivitet – anses betalningsskyldigt för denna tjänst.

Låt oss för den fortsatta framställningen anta följande exempel.



Moderbolaget (mb) är skattskyldigt för inkomst i Sverige, vilket varken det utländska dotterbolaget (db) eller banken är. Ekonomisk intressegemenskap finns självfallet mellan mb och db, men ej med banken. Db:et erhåller lån

från banken. Lånet kan db:et på grund av underkapitalisering endast erhålla om mb:et utfärdar ett stödbrev till banken.

Såvitt jag kan se kan frågan om armlängdsregelns tillämplighet på den beskrivna avtalsrelationen besvaras med två helt motsatta svar. Antingen finner vi att moderbolaget och dotterbolaget formellt sett inte ingått något avtal med varandra (avtal har i stället slutits mellan dotterbolaget och banken och eventuellt också mellan moderbolaget och banken). Armlängdsregeln skulle i så fall per definition inte kunna användas. Det här-
emot alternativa betraktelsesättet vore att hävda att moderbolaget utför en "tjänst" för dotterbolaget genom att utfärda stödbrevet och att detta i sig konstituerar ett slags "avtalsförhållande" mellan moderbolaget och dotterbolaget. Vid sådant förhållande skall moderbolaget av dotterbolaget eventuellt erhålla (marknadsmässig) ersättning för denna "tjänst". Jag skall nedan försöka ge lite argument för och emot dessa båda diametralt motsatta ståndpunkter.

Innan jag går närmare in på hur man i svensk rätt bör hantera denna fråga skall jag något behandla den syn på problematiken som kommer till uttryck i OECD:s rapporter. Vidare avser jag även att från företrädesvis denna utgångspunkt mycket översiktligt beröra armlängdsregler m.m. i norsk, tysk och amerikansk rätt.

5.2 Internationell utblick

5.2.1 Inledning

Den ovan skisserade situationen – dvs. moderbolag som utställer stödbrev för dotterbolag skattskyldigt i annan stat än moderbolaget – är internationellt sett vanligt förekommande när dotterbolags verksamhet skall finansieras. Därför kan det vara intressant att något granska hur man försökt lösa uppkomna problem i samband härmed i andra stater och även titta lite närmare på vad OECD rekommenderar i detta avseende.

5.2.2 OECD

Vid en granskning av OECD:s rapporter finner man att inte i någon av dem har dessa frågor explicit behandlats. I studien om "thin capitalisation" kan jag överhuvudtaget inte finna problemet omnämnt, vilket kan verka en smula förvånande. I 1979 års rapport behandlas bl.a. koncern-interna tjänster. Till sådana tjänster av administrativ eller kommersiell natur hänför sig bl.a. tjänster som tillhandahålls av ett företag varmed intressegemenskap föreligger i samband med finansiering, såsom kapital-

ökning, låneavtal, bistånd vid investering etc.¹ De koncerninterna tjänsterna delas in i tre kategorier;

- a) moderbolagets verksamhet i dess egenskap av aktieägare (ägarkostnader),
- b) tjänster som otvetydigt utförs för ett eller flera företag inom koncernen, samt
- c) tjänster som i olika hög grad främjar moderbolaget, koncernen som helhet eller ett eller flera enskilda företag inom koncernen.²

För att tjänstemottagande företag skall få avdrag för lämnad ersättning till tjänsteproducerande koncernföretag krävs bl.a. att det företag som debiterats för tjänsten haft verklig nytta av denna.³ Om nyttan endast är marginell eller indirekt föreligger i allmänhet inte avdragsrätt för kostnaden.⁴

Utgifter som ett moderbolag har för att förvalta och skydda sina investeringar anses det ha ådragit sig i sin egenskap av aktieägare och dessa bör inte debiteras de övriga företagen inom koncernen.⁵ I OECD:s rapport 1984 (Internprissättning och multinationella företag. Tre skattefrågor) utvecklas rekommendationerna angående aktieägarkostnader. Efter att ha fått viss kritik på 1979 års rapport ger OECD här en snävare definition av begreppet aktieägarkostnader. Bl.a. framhålls att dessa bör hållas i sär från sådana kostnader som uppstått i syfte att göra koncernen mer vinstgivande än dess olika enskilda delar sammantaget skulle vara om det inte var en koncern.⁶ Vidare framhålls i rapporten att ett dotterbolag inte bör åläggas att betala för den erhållna förmånen enbart av den anledningen att det tillhör en koncern. Sådan förmån som här avses kan vara den högre kreditvärdighet som är följden av att tillhöra en ansedd koncern. Med detta avses uttryckligen inte "garantiavtal" (guarantee agreements).⁷ Härmed avses alltså att betalningsskyldighet gentemot moderbolaget inte bör föreligga om inte förmånen kan hänföras till någon särskild åtgärd som utförts av moderbolaget.

I de fall det föreligger "svaga" stödbrev – dvs. sådana som endast innehåller verifierbara fakta – kan det med stöd av OECD:s uttalande kanske vara rimligt att betrakta de fördelaktiga lånevillkoren som en dotterbolagets förmån av att tillhöra en solid koncern. Men när stödbreven innehåller "viljeförklaringar" anser jag att presumtionen talar för att de fördel-

¹ OECD 1979 p. 144.

² A.a. p. 145.

³ A.a. p. 151.

⁴ A.a. p. 153.

⁵ A.a. p. 154.

⁶ OECD 1984 ; Fördelning av koncerngemensamma kostnader, avsnitt II B.

⁷ A.a. p. 40.

aktiga lånevillkoren beror på det utfärdade stödbrevet. Varför skulle stödbrevet i annat fall överhuvudtaget ha utfärdats?

Såvitt jag kan bedöma bör ställande av borgen eller utfärdande av stödbrev inte kunna hänföras till aktieägartjänster ("stewardship activity") enligt OECD:s rekommendationer. I stället bör dessa åtgärder ses som tjänster för ett eller flera koncernbolags räkning. Om tjänsterna varit till nytta för det låntagande bolaget och en utomstående i en likartad situation skulle ha betingat sig ersättning härför, bör även moderbolaget i överensstämmelse med OECD:s rekommendationer betinga sig sådan. Ett problem är här att en oberoende knappast skulle lämna ett stödbrev. Ett stödbrev har dessutom bara reell betydelse under förutsättning att utställaren har inflytande över och intresse i låntagande bolag. Vid sådant förhållande kanske borgen eller bankgaranti kan vara lämpliga jämförelseobjekt.

OECD rekommenderar i allmänhet vid prissättning av (varor och) tjänster – när inga jämförbara priser/avtalsvillkor finns att tillgå – att man tillämpar en kostnadsbaserad metod, där hänsyn tas till såväl direkta som indirekta kostnader.⁸ OECD rekommenderar vidare att man i allmänhet vid tillämpningen av en kostnadsbaserad metod även skall lägga till ett skäligt vinstpåslag. OECD är i rapporterna dock något oklar beträffande frågan om när ett vinstpåslag skall utgå.⁹

Efter denna beskrivning av hur man inom samarbetsorganet OECD ser på dessa frågor övergår jag till att översiktligt se hur motsvarande frågor behandlats i tysk rätt. Vidare behandlar jag hur den norska armlängdsregeln – som är ganska lik den svenska – har tillämpats på avtalsrelationen norskt dotterbolag som erhållit lån från fristående finansiär med stöd av garanti lämnad av utländskt moderbolag. Därefter berör jag något frågor om avdragsrätt och debiteringsskyldighet vid lämnande av garanti enligt amerikansk skatterätt. Vidare pekar jag på möjligheten att enligt amerikansk rätt omklassificera ett lån som givits till ett underkapitaliserat bolag till att skatterättsligt behandlas som kapitaltillskott. Avsikten med den följande mycket översiktliga beskrivningen av hur dessa frågor behandlats i ett par stater är att försöka få ett bredare perspektiv på dessa frågor inför behandlingen av svensk rätt i avsnitt 5.3.

5.2.3 Tyskland

Enligt de tyska internprissättningsanvisningarna skall ersättning utgå när någon ställer "garanti" för lån till någon varmed intressegemenskap föreligger, under förutsättning att ersättning även skulle ha utgått om "garantin"

⁸ OECD 1979 p. 165–166.

⁹ A.a. p. 167–168 samt OECD 1984; Fördelning av koncerngemensamma kostnader p. 83–86.

hade ställts till förmån för någon med vilken sådan gemenskap inte funnits.¹⁰ Anvisningarna gäller "Bürgschaften und ähnliche Verpflichtungen". Vidare sägs att de principer som anvisningarna ger uttryck för avseende behandlingen av Bürgschaft(borgen) också gäller för andra förpliktelser som har likartad karaktär som borgen. Som exempel anges "Patronatserklaringen". Huruvida här endast avses de starka stödbreven eller om även "mellangruppen" – dvs. de som behandlas i denna avhandling – innefattas framgår inte av anvisningarna.¹¹ Anvisningarna har i detta avseende stöd bl.a. i ett domstolsavgörande.¹² Anvisningarna innebär också att avdragsrätten vid den löpande inkomsttaxeringen för kostnad vid infriandet av en "garanti" är beroende av om sådan "garanti" skulle ha lämnats till utställaren fristående person.¹³ Härmed krävs i praktiken att "garantin" skall ha tillkommit på rent kommersiella grunder och inte enbart vara en följd av intressegemenskapen mellan utställaren och den till vars förmån garantin utställts. Saknas de kommersiella skälen är kostnaden inte en löpande driftkostnad. Även i denna del bygger anvisningarna på praxis.¹⁴ Frågan om underkapitalisering föreligger eller ej behandlas inte längre i anvisningarna utan prövas enbart utifrån de nya reglerna om omklassificering, vilka redogjorts för i avsnitt 3.2.4.¹⁵

5.2.4 Norge

I Norge har domstolar vid några tillfällen accepterat att armlängdsregeln kan tillämpas när ett norskt (underkapitaliserat) dotterbolag erhåller lån från ett fristående finansieringsinstitut med hjälp av en "garanti" lämnad av det utländska moderbolaget.¹⁶ I sådant fall kan armlängdsregeln tillämpas för att justera dotterbolagets skattepliktiga förmögenhet och dess avdragsgilla räntekostnader. Allt dock under förutsättning att det norska bolaget inte hade kunnat få ett likvärdigt lån av en fristående långivare utan ifrågavarande "garanti". Härför har den skattskyldige (dotterbolaget) bevisbördan.¹⁷ Dom-

¹⁰ De tyska transfer pricing anvisningarna para 4.4.2, se Bundessteuerblatt 1983 Teil I. s. 227 f. Dessa finns översatta till engelska och kommenterade av Friedhelm Jacob i Transfer Pricing In The Federal Republic of Germany, 1987.

¹¹ Anvisningarna para 4.4.3. Personligen tror jag att man i första hand har avsett "starka stödbrev" (harte Patronatserklaringen).

¹² Bundesfinanzhof den 19 maj 1982, Bundessteuerblatt 1982 II. s. 631.

¹³ Anvisningarna para 4.4.1.

¹⁴ Bundesfinanzhof den 19 mars 1975, Bundessteuerblatt 1975 II. s. 614. Hänvisningarna i anvisningarna till avgörandet syftar till att ge vägledning vid identifiering av uppenbara "missbrukssituationer", se Jacob, IBFD s. 38.

¹⁵ Reglerna återfinns i § 8 a Körperschaftsteuergesetz, se även Jacob, IBFD s. 38.

¹⁶ Se bl.a. Amerada Hess Norge A/S avgjort av Oslo byrett den 16 december 1987 (mål nr 1173/87) och överprövat av lagmansretten den 28 mars 1989. Överklagandet till Høyesterett har återkallats. Målet har kommenterats av bl.a. Føystad i Revision og regnskap nr 3/90 s. 119 och Sollund, Transfer pricing in Norway s. 20 f. Liknande avgöranden finns beträffande Amoco Norway Oil Company, Oslo byrett den 20 januari 1989 (mål nr 1277/87-XXVII-51) och BP Development Norway, Oslo byrett den 6 februari 1989.

¹⁷ Sollund, Transfer pricing in Norway s. 20.

stolarna har i dessa fall sett moderbolagets "garanti" till förmån för dotterbolaget som ett slags "avtal" mellan moder- och dotterbolag. Lån med sådan "garanti" kan i vissa fall anses ha sådant samband med släktskapet mellan "garanti"-givande moderbolag och kredittagande dotterbolag, att lagrummet kan tillämpas. Om "garantin" måste vara i form av realsäkerhet, formell borgen eller om det räcker med ett stödbrev för lagrummets tillämplighet går inte att uttala sig om med ledning av föreliggande rättsliga avgöranden. Innan jag redogör något för dessa avgöranden bör det betonas att det beskrivna förhållandet inte varit föremål för prövning av Høyesterett.

Domstolarna fann i målen Amerada Hess Norge A/S och Amoco Norway Oil Co, med stöd av armlängdsregeln, att vissa belopp inte skulle betraktas som vid förmögenhetstaxeringarna avdragsgilla skulder. Likaså fann domstolarna att avdrag för räntor och kursförluster hänförliga till dessa belopp skulle vägras. Bolagen hävdade att de kunnat få lån utan "garanti" från sina respektive moderbolag men då med högre ränta. Domstolarna menade dock att om lånen skulle kunnat erhållas utan "garantier" hade det ställts större krav på egenfinansiering hos de norska dotterbolagen. Detta skulle i så fall ha medfört högre skattepliktiga förmögenheter för dotterbolagen och lägre avdragsgilla (ränte-) kostnader, eftersom själva lånebeloppen då inte behövt vara lika stora. I stället hade moderbolagen antagligen lämnat ett kapitaltillskott.

Korrigeringen innebär alltså att den vid förmögenhetstaxeringen avdragsgilla skulden reduceras samt att den del av räntekostnaderna som belöper på denna del av skulden icke är avdragsgill.

5.2.5 USA

Vid en betraktelse av de omfattande amerikanska anvisningarna till armlängdsregeln finner man att frågan om ersättning för "garanti"-utställande inte explicit har berörts.¹⁸ I stället får man studera företrädesvis de anvisningar som gäller för transaktionsslaget tjänst.¹⁹ I de amerikanska anvisningarna skiljer man på aktieägartjänster och på sådana tjänster som utförs för något eller några av företagen i koncernen. En nyttoprövning skall göras.²⁰ Huvudregeln kan sägas innebära att om ett företag inom koncernen gör någon form av tjänst åt något annat företag inom koncernen och det senare erhåller en fördel eller nytta av tjänsten skall i princip marknadsmässig ersättning utgå för denna tjänst. Såvitt jag kan bedöma finns det inget som direkt motsäger att detta även bör gälla vid utställande av stödbrev.

Kan man inte finna jämförbara tjänster (faktiska eller hypotetiska) mellan oberoende företag, skall en kostnadsbaserad metod tillämpas. Såväl direkta som indirekta kostnader skall beaktas.²¹ Vid tillämpningen av en sådan metod synes inte något krav på vinstpåslag finnas.²²

I amerikansk rättspraxis finns det i vart fall ett avgörande där skatteför-

¹⁸ Sec 482 Income Tax Act.

¹⁹ Se främst Treasury Regulations 1.482-2 (b) Performance of service for another.

²⁰ Se närmare Wiman, Prissättning s. 231 ff.

²¹ Se a.a. s. 247 och där gjorda hänvisningar.

²² A.a. s. 251 f.

valtningen vunnit framgång med en omklassificering av ett lån till ett av ägarna lämnat aktieägartillskott. Lånet var lämnat av en från låntagaren fristående bank med en "garanti" från ägarna till de låntagande bolaget. Fallet rörde ett rent internt amerikanskt förhållande.²³ Rätten fann att det förhållandet att ägarna hade lämnat en "garanti" till långivaren för att denne skulle acceptera att ge ett lån till ägarnas underkapitaliserade bolag medförde – sammantaget med övriga omständigheter i målet – att en omklassificering av lånet skulle äga rum. Det av finansieringsinstitutet till bolaget lämnade lånet kom att skatterettsligt behandlas som ett lån lämnat av finansieringsinstitutet till ägarna. Samtidigt betraktade rätten kapitalet hos bolaget som tillskjutet av ägarna (via finansieringsinstitutet) och inte som en låneskuld.

Översätts fallet på t.ex. förhållandet amerikanskt dotterbolag och svenskt moderbolag, innebär avgörandet i princip att räntan till den fristående finansören skall behandlas som icke avdragsgill kostnad i det amerikanska dotterbolaget och belastas med källskatt som om det vore utdelning till det svenska moderbolaget.²⁴

Det nu redogjorda avsåg det förhållandet att det (förslagsvis svenska) moderbolaget ställt någon form av borgen (eller räcker det med ett stödbrev?). Det är också fullt möjligt att ett lån från en oberoende långivare till ett amerikanskt dotterbolag med ett svenskt moderbolag som i sin tur ger ett "back-to-back"-lån eller liknande arrangemang, skatterettsligt kan komma att behandlas som ett lån givet direkt från det svenska moderbolaget till det amerikanska dotterbolaget.²⁵

5.2.6 Sammanfattning internationell utblick

Sammanfattningsvis kan man konstatera att OECD utfärdat rekommendationer rörande prissättning på koncerninterna tjänster i samband med bl.a. finansiering (dock ej explicit beträffande stödbrev). Några viktiga industrinationer har utfärdat anvisningar och/eller rekommendationer i ämnet. Dessa innebär att ett moderbolag i regel skall betinga sig marknadsmässig ersättning från sitt dotterbolag om moderbolaget för dotterbolagets räkning utfärdar en "garanti" så att dotterbolaget därigenom får bättre möjligheter att låna upp kapital. Detta krav kan möjligen också gälla för stödbrev. Hur långt OECD:s rekommendationer och t.ex. de tyska internprissättningsanvisningarna eller amerikansk rätt sträcker sig när det gäller borgensliknande företeelser som stödbrev ger dock inte denna begränsade studie något svar på. Men jag tycker mig trots detta finna visst stöd i det redovisade materialet för att våga komma med en kvalificerad gissning innebärande att en hel del stödbrev torde kunna omfattas av de ifrågavarande anvisningarna m.m. Det finns även exempel

²³ *Plantation Patterns, Inc. v Commissioner*, 462 F. 2d 712 (5th Cir 1972).

²⁴ Att denna tolkning är rimlig framgår bl.a. av Weil, Gotshall & Menges, Memorandum, juli 1991 s. 7 samt Hardy och Wigg-Maxwell, Bulletin, maj 1990 s. 218 f.

²⁵ Se föregående not.

på att lån som givits med stöd av "garantier" skatterettsligt blivit "omklassificerade" till aktieägartillskott av domstolar i bl.a. Norge och USA.

5.3 Synpunkter på svensk rätt

Inledningsvis kan konstateras att frågor rörande borgen, stödbrev och andra slag av "garantier" till förmån för underkapitaliserade bolag inte berörts mer än högst flyktigt i den svenska doktrinen. I förarbetena till armlängdsregeln nämns överhuvudtaget inte problemet. Vidare finns det inte något avgörande av Regeringsrätten där man prövat rätten till avdrag för erlagd ersättning till utfärdare av stödbrev.²⁶ Det har inte heller prövats om en utställare är skyldig att debitera den till vars förmån brevet ställts ut. Vad jag nedan avser att redovisa är i stort sett det som ändå framförts i ämnet samt företrädesvis mina egna synpunkter.

Från en strikt formell utgångspunkt skulle man kunna hävda att något avtal inte slutits beträffande stödbrevet mellan moder- och dotterbolaget i vårt exempel. Moderbolaget utfärdar stödbrevet – även här avser jag stödbrev av den "mellanstarka" kategorin, dvs. ej sådana som kan hänföras till borgensåtaganden och ej heller hänföras till den svagaste sorten – på anmodan av kreditgivaren utan att efterhöra dotterbolagets syn på saken. Fråga skulle i så fall kunna vara om negotiorum gestio (tjänst utan uppdrag). Stödbrevet är dock utfärdat för dotterbolagets räkning. Utan handlingen hade dotterbolaget – antagligen – inte fått den ifrågavarande krediten eller fått betala högre kreditkostnader m.m. Moderbolaget riskerar samtidigt att tvingas infria förpliktelser i stödbrevet för den händelse att dotterbolaget inte kan fullfölja sina åtaganden med anledning av kreditavtalet. M.a.o. har moderbolaget vidtagit en åtgärd – ett slags "åtagande" – som innebär en risk för framtida kostnader och dotterbolaget har därigenom erhållit en förmån. Enligt min mening vore det något långsökt att hävda att moderbolaget i nu nämnda exempel inte med dotterbolaget slutit avtal om en tjänst innebärande att armlängdsregeln – om övriga förutsättningar är uppfyllda – är tillämplig. Än tydligare framstår detta om dotterbolaget informerats om stödbrevets existens utan att ha gjort några invändningar. Har dotterbolaget självt agerat för stödbrevets utfärdande är det väl uppenbart att avtal om en tjänst föreligger. Många gånger är det dessutom så att ledamöter av moderbolagets styrelse även sitter i dotterbolagets styrelse, varför ett starkt samband torde finnas mellan dotterbolagets önskan att erhålla ett stödbrev och moderbolagets åtgärder för att hjälpa dotterbolaget med kapitalanskaffning. Som jag visat i föregående

²⁶ Beträffande svenska domstolsavgöranden rörande olika former av krediter och tjänster hänvisas till Arvidssons genomgång s. 323 ff respektive 377 ff.

internationellt inriktade avsnitt anser man i flera länder att moderbolags ställande av "garanti" vid finansiering av ett dotterbolags verksamhet kan utgöra en sådan tjänst till förmån för dotterbolaget som innebär att armlängdsregeln kan aktualiseras på förhållandet moderbolag – dotterbolag, trots att något avtal dem emellan formellt sett inte slutits. Att inta en annan ståndpunkt vid tolkningen av den svenska armlängdsregeln anser jag sakligt sett omotiverat. Relationen moderbolag – dotterbolag och det för dotterbolagets räkning utställda stödbrevet får anses konstituera ett "avtalsförhållande" mellan utställaren av stödbrevet och kredittagaren.

Om vi accepterar denna tes – att stödbrevet är en tjänst utförd för dotterbolagets räkning – måste vi gå vidare och fråga hur man bör ställa sig till om dotterbolaget hävdar att stödbrevet inte alls var nödvändigt, dvs. att det inte medförde någon ekonomisk nytta för bolaget? Enligt OECD:s rapporter och t.ex. anvisningarna till den amerikanska armlängdsregeln skall en nyttoprövning göras. Är en sådan aktuell även enligt svensk rätt? Om en sådan prövning skall göras, skall den då äga rum såväl vid bedömning av om ett dotterbolag har avdragsrätt för lämnad ersättning för att erhålla ett stödbrev som vid bedömningen av om ett moderbolag skall påföras en fingerad intäkt när bolaget avstått från att av ett dotterbolag begära ersättning för lämnat stödbrev?

Några klara och entydiga svar på dessa frågor finns inte. För att besvara dem måste man söka argument i andra rättsregler. Beträffande det första fallet, dvs. om en nyttoprövning skall göras när dotterbolaget yrkar avdrag för till moderbolaget erlagd ersättning till följd av moderbolagets "tjänst" (utfärdandet av stödbrevet), kan det vara lämpligt att söka svaret i principen om att en kostnad måste vara föranledd av den verksamhet som den skattskyldige bedriver för att avdrag skall medges. Kostnaden får således inte vara något annat, som t.ex. förtäckt utdelning till moderbolaget.

Beträffande det andra fallet, dvs. om en nyttoprövning (av dotterbolagets förmån av stödbrevet) skall göras när det aktualiseras att påföra moderbolaget en fingerad intäkt från dotterbolaget som ersättning för det utfärdade stödbrevet, kan reglerna om uttagsbeskattning bli tillämpliga.

5.4 Moderbolags "debiteringsskyldighet"

När ett moderbolag ställer ut ett stödbrev för ett dotterbolags räkning aktualiseras frågan om moderbolaget ur skatterättslig synvinkel bör debitera dotterbolaget för denna åtgärd. Detta är en svår men mycket viktig fråga som jag avser att försöka besvara i förevarande avsnitt.

Svaret på frågan är viktigt inte bara ur rent fiskal synvinkel. Även för ett multinationellt företag kan det många gånger från en rent ekonomisk synpunkt vara nödvändigt att varje separat enhet bär kostnader för vad

som för dess räkning utförts av andra enheter inom koncernen. Avsikten med sådan särredovisning kan vara att kostnad för varu- eller tjänsteproduktion skall kunna beräknas på ett tillfredsställande sätt med syfte att finna rätt marknadspris till en så vinstgivande nivå som möjligt samt att även t.ex. räntabiliteten hos koncernens olika enskilda delar skall kunna utrönas. Ur ekonomisk synvinkel kan det dessutom vara nödvändigt för moderbolaget (eller "servicebolaget") att från mottagande bolag erhålla full ersättning för de tjänster (t.ex. stödbrev) som tillhandahålls, för att på så sätt trygga att det presterande bolagets finansiella resurser bibehålls på en nivå som motsvarar dess åtaganden eller eventuella risker.²⁷

Problemet med "debiteringsskyldigheten" har uppmärksamrats av bl.a. OECD, som i sina rapporter lämnat vissa allmänt hållna rekommendationer och synpunkter. I 1979 års rapport behandlas i denna del främst rätten till avdrag när t.ex. ett dotterbolag betalat ersättning för en tjänst utförd av t.ex. moderbolaget. I 1984 års rapport omnämns även det motsatta förhållandet, dvs. skyldigheten att debitera. Det framhålls där att avgörande är vem som drar nytta av verksamheten.²⁸ "Nyttoprövningen" har betydelse för att man skall kunna avgöra vilka kostnader som skall fördelas på respektive koncernföretag och således bli avdragsgilla respektive beskattas i "rätt" stat. Det är med m.a.o. fråga om omfördelning av kapitalkostnader inom en koncern. Det framhålls i bägge rapporterna att skattemyndigheterna inte bör ersätta företagets kommersiella bedömning med sin egen uppfattning.²⁹

När man har att ta ställning till om en kostnad får/kan/skall debiteras, handlar det dock inte om en sådan lämplighetsbedömning. I stället handlar det helt enkelt om att tillämpa armlängdsregeln.³⁰ Denna mycket viktiga skillnad har jag en känsla av att en del skattskyldiga inte alltid riktigt gjort klart för sig. Det är självfallet så att det är företagen som skall bedöma vad som i varje situation är bäst ur företagets eller koncernens synvinkel. Det är emellertid en helt annan sak att varje transaktion som görs mellan närstående företag från taxeringssynpunkt i princip skall vara i överensstämmelse med vad två av varandra oberoende parter skulle ha avtalat. Detta gäller naturligtvis även om det ur koncernens synvinkel hade varit mer lönsamt och ekonomiskt riktigt att handla på ett annat sätt. Företagen får naturligtvis själva besluta om prissättningspolicy etc, men armlängdsregeln innebär att man vid taxeringen gör en armlängdsprövning av avtalen mellan de närstående företagen. Detta är faktiskt något helt annat än

²⁷ Jfr. OECD 1984; Fördelning av koncerngemensamma kostnader p. 44.

²⁸ A.a. p. 4.

²⁹ Se t.ex. OECD 1979 p. 15 och 23, OECD 1984; Fördelning av koncerngemensamma kostnader p. 16.

³⁰ OECD 1984; Fördelning av koncerngemensamma kostnader p. 16.

att ersätta företagens kommersiella bedömningar med skatteförvaltningens uppfattning.

Rätten till avdrag för kostnader avseende koncerngemensamma tjänster förutsätter att tjänsten varit till nytta för den som erhållit tjänsten eller att det vid tidpunkten för tjänstens utförande kunde antas att den skulle medföra sådan nytta. Vidare förutsätts att tjänsten debiterats den som yrkar avdrag härför. Om t.ex. ett dotterbolag yrkar avdrag för sådan kostnad åligger det dotterbolaget, enligt OECD:s rekommendationer, att förelägga godtagbara bevis för att en tjänst har utförts, att en kostnad har uppstått och att en verklig förmån – antingen faktisk eller potentiell – erhållits.³¹

Beträffande frågan om moderbolaget ur armlängdssynvinkel är skyldigt att debitera ett dotterbolag för ett utställt stödbrev, lämnar de allmänt hållna rekommendationerna tyvärr inte någon särskild vägledning. I stället kan man finna vissa argument för olika lösningar, men då tolkningsutrymmet synes vara ganska stort kan i detta avseende inte alltför säkra slutsatser dras av OECD:s rapporter.

I det förslag angående multinationella företags skatteförhållanden som Riksdagens revisorer lämnade 1984 till riksdagen, hävdas i en promemoria framtagna av en arbetsgrupp inom RSV, att det troligtvis inte föreligger någon skyldighet för ett svenskt "servicesäljande" företag att debitera sina kostnader på de olika företagen inom koncernen.³² RSV har dock numera ändrat ståndpunkt och anser att ett svenskt moderbolag enligt armlängdsregeln givetvis är skyldigt att debitera för sådana tjänster, förutsatt att oberoende företag hade tagit betalt för motsvarande tjänster.³³

Arvidsson påpekar att det inte finns några fall där svenskt moderbolag ansetts skyldigt att debitera utländska dotterbolag för koncerngemensamma kostnader. (Motsatsen, dvs. när svenskt dotterbolag medgivits avdrag för sådan kostnad till utländskt moderbolag, finns det däremot flera exempel på.)³⁴ Arvidsson hävdar vidare att "enligt nuvarande bestämmelser torde sannolikheten vara liten att vinna bifall till ett sådant krav. (I och för sig torde en debitering vara förenlig med korrigeringsregeln)".³⁵ Varför sannolikheten för detta skulle vara liten svarar tyvärr inte Arvidsson på. Påståendet förefaller något märkligt när Arvidsson själv konstaterar att en debitering skulle vara förenlig med korrigeringsregeln (armlängdsregeln). En icke-debitering borde då rimligen anses strida mot nämnda regel. Möjligen menar Arvidsson att utställande av

³¹ OECD 1979 p. 170.

³² Riksdagens revisorers Förslag 84/85:9 s. 97.

³³ RSV 1990:1 s. 140.

³⁴ Se t.ex. RÅ 1936 Fi 233, 1947 Fi 1014 och 1967 Fi 1247.

³⁵ Arvidsson s. 394. Se även a.a. s. 406.

stödbrev skall betraktas som en ordinär aktieägartjänst. Som jag visat i avsnitt 5.2.2 bör inte utställande av stödbrev kunna hänföras till sådana tjänster enligt den av OECD antagna definitionen.

Regeringsrätten har ännu inte haft att pröva frågan. Däremot har Mellankommunala skatterätten och Kammarrätten i Stockholm haft att ta ställning till den bl.a. i det s.k. Johnson-målet.³⁶

I målet, som gällde eftertaxering för taxeringsåren 1982 och 1983, var det inte fråga om någon specifik tjänst utan i stället fråga om bl.a. debitering av kostnader för koncerngemensamma tjänster. Det svenska moderbolaget hade debiterat dotterbolagen vissa s.k. overheadkostnader enligt viss schablon. Emellertid hade bolaget under ett par år underlåtit att debitera vissa i Sverige icke-skattskyldiga dotterbolag dessa kostnader, medan andra dotterbolag debiterades. RSV hävdade att underlåtenheten stred mot armlängdsregeln. Bolaget bestred talan och anförde att något avtal aldrig slutits mellan moderbolaget och dotterbolaget. I stället var det fråga om ett ensidigt handlande från moderbolagets sida att utföra dessa tjänster för dotterbolagets räkning utan att efterhöra huruvida dotterbolaget önskade och hade behov av dessa tjänster (*negotiorum gestio*). Bolaget avsåg härigenom påvisa att något "avtal" inte slutits mellan moder- och dotterbolag.

Vidare anförde bolaget att underlåtenheten att debitera kostnaderna varit motiverad ur företagsekonomisk synvinkel och grundats på affärs-mässiga bedömningar.

Kammarrätten lämnade, likt Mellankommunala skatterätten, RSV:s talan utan bifall. Som skäl anförde kammarrätten bl.a. att det i målet inte klart utkristalliserats att det förelegat ett samband mellan tjänsten ifråga (den var ju ej specifik utan koncerngemensam) och moderbolagets kostnad för att tillhandahålla den. Rätten pekade på att det i stället var fråga om ett schablonmässigt system för fördelning på dotterbolagen av moderbolagets kostnader för tjänster som ansetts vara till nytta för dotterbolagen. Kammarrätten fann det oklart om armlängdsregeln överhuvudtaget kunde användas för att i ett sådant fall beskatta moderbolaget för beräknad debitering. Någon närmare redogörelse för varför rätten kom till denna slutsats lämnas dock inte i domen. Det bör dock framhållas att fråga var om eftertaxering. Det beviskrav som därmed åvilar det allmänna kan nog delvis förklara utgången i målet.

Vidare ansåg rätten det vara ännu oklarare hur hög debiteringsnivån i så fall skulle vara om armlängdsregeln kunde anses tillämplig. Härtill kom,

³⁶ RSV förde talan mot Axel Johnson handelsaktiebolag (tidigare A Johnson & Co Handels AB). Målet avgjordes av Mellankommunala skatterätten den 27 april 1988 (mål nr 1357-1358-85) och prövades av Kammarrätten i Stockholm den 4 april 1991 (mål nr 4309-4310-1988). Domen har vunnit laga kraft.

enligt domstolen, att bolaget kunde tänkas ha haft affärsmässigt goda skäl att särbehandla vissa dotterbolag och undanta dem från att debiteras. Kammarrätten fann alltså att det inte fanns grund att eftertaxera bolaget.

Johnson-målet rörde, som sagt, inte en specificerad tjänst (såsom ett stödbrev), utan en koncerngemensam verksamhet innefattande ett flertal tjänster av olika slag som kommit hela eller delar av koncernen till del, men som samtidigt åsamkat moderbolaget vissa kostnader. Trots olikheten med mitt ovan valda exempel, kan det ändå kanske tillföra ämnet något att granska domen utifrån vissa principiella synpunkter.

Vi ser här att moderbolaget åberopade *negotiorum gestio*. Bolaget synes härigenom mena att något "avtal" inte slutits mellan moderbolaget och dotterbolaget.

För det första anser jag att intressegemenskapen mellan moder- och dotterbolag konstituerar ett "avtalsförhållande" där den ena av dessa juridiska personer utför en tjänst för den andres räkning. Jämför här även den norska armlängdsregeln som tillämpas på detta vis (se 5.2.4).

För det andra vill jag hävda att resonemanget om *negotiorum gestio* överhuvudtaget inte är relevant vid transaktioner, tjänster etc. inom en koncern. En sådan "tjänst utan uppdrag" är överhuvudtaget inte armlängdsmässig. Moderbolaget skulle knappast ha bistått ett fristående företag med denna tjänst kostnadsfritt. Civilrättsligt sett gäller att man inte utan vidare kan kräva ersättning för kostnader i samband med handlande i form av *negotiorum gestio*. Detta förhållande saknar enligt min mening betydelse i förevarande sammanhang, i vart fall så länge som inte moderbolaget kan visa att sådana tjänster utan uppdrag förekommer kostnadsfritt mellan oberoende parter. Det är ju detta armlängdsregeln syftar till; att avtalsvillkor (inklusive tjänster m.m.) mellan företag i intressegemenskap skall ske på marknadsmässiga villkor.

Vidare kan mot moderbolagets ståndpunkt invändas att moderbolaget i Johnson-målet åsamkats en kostnad (som dras av som driftkostnad i moderbolagets hemviststat) samtidigt som dotterbolaget förväntas få en fördel – direkt eller indirekt – som ändå inte medför att någon ersättning utgår till moderbolaget (och därför ej heller kan leda till beskattning i moderbolagets hemviststat). Alltså försämras beskattningsunderlaget i moderbolagets land på ett sätt som klart strider mot innebörden av armlängdsregeln. Tjänsten i sig innebär således inkomstöverföring.

Bolaget förde även fram argumentet att det fanns affärsmässiga skäl till att avstå från debitering. Jag vet inte exakt vad bolaget hävdade i sina inläggor till rätten, men kammarrätten synes ha accepterat argumenten. Kammarrättens motivering är i denna del dock något tveksam, alternativt oklar. Rätten säger nämligen att "moderbolaget kan tänkas ha haft affärsmässiga skäl att sålunda särbehandla vissa dotterbolag". För detta förhål-

lande har bolaget bevisbördan, även enligt den äldre lydelse av 43 § 1 mom KL som gällde i målet. Detta gäller oberoende av att viss försiktighet skulle iakttas vid bedömningen av affärer mellan svenska moderbolag och dess utländska dotterbolag.³⁷ Att den skattskyldige enligt nu gällande armlängdsregel har bevisbördan för detta förhållande framgår direkt av lagtexten. Notera dock, som ovan anförts, att i målet var fråga om eftertaxering.

I Johnson-målet uppkom även frågor om s.k. set off (kompensationsinvändningar). Det finns ingen anledning att här beröra dessa mer än högst flyktigt. Finner man att moderbolaget kostnadsfritt tillhandahållit en tjänst åt ett dotterbolag, t.ex. utfärdat ett stödbrev, och anser man vidare att detta bör medföra debitering, finns alltså anledning att ingripa mot moderbolaget. Bolaget kan dock freda sig genom att göra sannolikt att även oberoende parter i likartade situationer utfärdar stödbrev (eller borgen) kostnadsfritt. Detta förefaller dock ganska osannolikt. I princip föreligger då förutsättningar att höja det svenska moderbolagets inkomst med ett belopp motsvarande beräknad marknadsmässig ersättning eller alternativt någon form av kostnadsbaserad ersättning för tjänsten (stödbrevet). Mot detta yrkande kan då bolaget hävda att det av dotterbolaget erhållit någon annan form av kompensation för avståndet från debitering. Bevisbördan härför har dock moderbolaget.

Jag anser mig ovan ha funnit att armlängdsregeln ger ett visst – och antagligen fullt tillräckligt – stöd för att tjänster i form av bl.a. stödbrev bör debiteras till marknadsmässiga villkor. Jfr här även OECD:s rapport från 1984.

Som jag ovan framhållit (5.3) får man vid frågor rörande bl.a. moderbolags "debiteringsskyldighet" för utställda stödbrev, utöver armlängdsregeln, även söka ledning i bl.a. bestämmelser och praxis rörande uttagsbeskattning. Jag avser inte att här fördjupa mig i den intrikata men tyvärr lite förbisedda frågan om hur 43 § 1 mom KL förhåller sig till de allmänna reglerna om uttagsbeskattning. Frågan gäller således om 43 § 1 mom KL har en självständig betydelse vid sidan av 20 och 23 §§ KL eller om det föreligger en fullständig överlappning?³⁸

Uttagsbeskattning är inget nytt fenomen utan går tillbaka till tiden för införandet av kommunalskattelagen. Ursprungligen avsågs med bestämmelserna uttag av varor och förnödenheter ur jordbruk till ägarens eller hushållets konsumtion. Med tiden har dock uttagsbeskattningen successivt utvidgats. Vad som däremot är nytt är att möjligheten att uttagsbeskatta ett uttag av en tjänst blivit lagfäst genom 1990 års skattereform

³⁷ Gäverth, SvSkT 1990 s. 24 ff, 29 ff och 40 f samt där gjorda hänvisningar.

³⁸ Virin tog upp frågan 1984 i Festskrift till Gösta Ekman s. 229 ff och Arvidsson har gjort viss ansats till att penetrera problemet i sin avhandling s. 163 ff. Melz diskuterar också frågan i sin anmälan av Arvidssons avhandling, JT 1990–91 s. 702 f. Fortfarande kvarstår den slutgiltiga (?) undersökningen av detta mycket intressanta problem.

(femte stycket av anvisningspunkt 1 till 22 § KL). Visserligen var sådan uttagsbeskattning möjlig även dessförinnan i vissa situationer, dock att rättsläget inte var helt klart hur långt denna möjlighet sträckte sig.

Vid uttag av varor skall värderingen göras enligt ortens pris (42 § KL). Även om en sådan värderingsregel kan ställa till problem när det gäller varor, är problemet i regel mycket större när fråga är om värdering av tjänster. Tidpunkten för värderingen är enligt praxis uttagstillfället.³⁹

Det är alltså numera lagfäst att uttagsbeskattning skall ske även av tjänster. Vidare gäller att dessa regler skall tillämpas på all näringsverksamhet oavsett i vilken juridisk form den bedrivs.⁴⁰ Med anledning härav bör man ställa sig frågan om inte uttagsbeskattningsreglerna kan tillämpas i stället för armlängdsregeln vid utfärdande av stödbrev.

Det bör dock noteras att lagstiftaren varken i lagtext eller i förarbetena till femte stycket av anvisningspunkt 1 till 22 § KL närmare har preciserat vad som avses med "tjänst".⁴¹ Jag kan dock inte finna några belägg för att utfärdande av stödbrev inte bör ses som en sådan tjänst som omfattas av reglerna om uttagsbeskattning. Tjänsten skall vidare värderas till marknadsvärdet (42 §).

När det gäller internationella förhållanden finns det dock skäl att låta 43 § 1 mom KL ha företräde före reglerna om uttagsbeskattning enligt principen *lex specialis legi generali derogat*. Frågan är dock om 43 § 1 mom KL skall ses som en specialbestämmelse eller om lagrummet är uttryck för en allmängiltig skatterättslig princip. För det senare talar bl.a. armlängdsregelns placering i KL under rubriken "För beräkning av inkomst gemensamma bestämmelser". Under denna rubrik har även återfunnits kopplingen till bokföringslagen (41 §), ortens pris (42 §) och fördelningen av räntekostnader mellan olika förvärvskällor (44 §).⁴² Detta tyder på att lagstiftaren sett armlängdsregeln mer som en allmän grundsats än som en specialregel. Dock är lagstödet för att uttagsbeskatta en tjänst

³⁹ Se t.ex. RÅ 1967 ref 28 där Regeringsrätten förklarade att uttag i författarverksamhet av upphovsrätt genom överlåtelse i form av gåva skall uttagsbeskattas med det värde upphovsrätten hade vid gåvotillfället, dvs. vid tidpunkten för uttaget.

⁴⁰ Se vidare Wiman, Koncernbeskattning s. 30 ff.

⁴¹ I specialmotiveringen prop 1989/90:110 s. 660 omnämns målning, klippning, upprättande av deklaration och lån av maskin som exempel på tjänst. Regeln synes i första hand ta sikte på egenföretagare som för privat bruk utnyttjar tillgångar som ingår i eller tjänster som kommer ur näringsverksamheten i mer än ringa omfattning. Lagtexten tar dock i princip sikte på all slag av näringsverksamhet och alla slag av tjänster, så länge uttaget inte endast är i "ringa omfattning". Till begreppet tjänst anser Wiman att man även bör hänföra krediter, varvid underränta bör kunna justeras med uttagsbeskattningsreglerna, Wiman, Koncernbeskattning s. 36.

⁴² I och med skattereformen har dock vissa redaktionella förändringar gjorts. T.ex. har bestämmelserna i 41 § KL flyttats till 24 § KL. Fr.o.m. den 1 januari 1994 har även 44 § KL upphävts.

av senare datum än armlängdsregeln. Principen att senare lag tar över äldre lag vid kollision dem emellan skulle kunna anföras som ett argument för att uttagsbeskattningsreglerna skulle ha företräde.

Oberoende av vilken regel som har företräde blir rättsföljden i nu aktuella situationer ändå densamma.⁴³

När det gäller "debiteringsskyldigheten" kan det vara av visst intresse att jämföra med praxis rörande avdrag för borgensprovision.

I RÅ 1983 1:82 var frågan om "borgensprovision" som ett fåmansföretag utgett till ensamägare av bolaget skulle betraktas som utdelning. Den skattskyldige hade redovisat intäkten i inkomstslaget kapital och taxeringsintendenten yrkade att beskattning skulle ske i inkomstslaget tjänst. Primärt var alltså fråga om vilket inkomstslag ersättningen skulle hänföras till. Den skattskyldige yrkade i egna besvär att han inte alls skulle beskattas för ersättningen. Han hävdade att eftersom han inte skulle ha rätt till avdrag för en eventuell framtida borgensförlust i händelse av att bolaget försattes i konkurs skulle "riskpremien" i form av den såsom borgensprovision betecknade ersättningen vara skattefri för honom. Regeringsrätten – som endast hade att pröva ägarens taxering – ansåg att provisionen var inkomst av kapital i form av utdelning. Hade även bolagets taxering prövats hade konklusionen rimligen blivit att beloppet var icke avdragsgill utdelning. Kan då inte detta avgörande användas som argument mot att debiteringsskyldighet skulle föreligga? Översatt på förhållandet stödbrev/borgen utställt av moderbolag för dotterbolags räkning skulle ersättningen utgöra utdelning från dotterbolaget. Regeringsrätten framhöll i sin motivering att fråga var om ett fåmansföretag. Vidare sade rätten att bolagsägaren genom borgensåtagandet i sin egenskap av ensam aktieägare får anses ha ställt sina personliga tillgångar i säkerhet för bolagets förpliktelser genom borgensåtagandet. Det är enligt rätten vanligt att ägare av enmansbolag förfar på detta sätt utan att erhålla särskild ersättning härför av bolaget. Anledning saknas, framhöll rätten, att antaga att provisionen i förevarande fall utgjorde ett villkor för att borgensåtagandet skulle komma till stånd eller stå fast. Med hänsyn härtill ansåg rätten att provisionen skulle betraktas som utdelning till aktieägaren.

Till skillnad från avtal slutna mellan av varandra oberoende parter där marknadsmässiga villkor föreligger (borgensprovision etc.) avsåg detta fall ett enmansägt fåmansföretag, där det ligger i sakens natur att ende delägaren går i borgen för sitt bolag. Detta brukar också krävas av banker vid lån till sådana bolag. När det gäller flermansbolag svarar ägarna normalt inte för mer än insatt kapital. Vidare innebär ett godkännande av avdraget att rörelseinkomst hos bolaget undgår dubbelbeskattning. I målet var det fråga om "intressegemenskap" mellan en ensamägare och dennes fåmansföretag. Om ett moderbolag utgett ett stödbrev och fått provision för detta av dotter-

⁴³ Den verkliga–och mycket betydelsefulla–skillnaden mellan dessa två lagrum är hur man skall hantera kompensationsinvändningar (och s.k. helhetssyn) Detta gäller särskilt i en sakprocess. Man skulle nämligen kunna tänka sig att utrymmet för kompensationsinvändningar vid tillämpning av uttagsbeskattningsreglerna är snävare än vid en ren tillämpning av armlängdsregeln.

bolaget och bägge varit skattskyldiga i Sverige hade i vart fall inte rörelseinkomst undgått ekonomisk dubbelbeskattning. För relationen svenskt moderbolag och utländskt dotterbolag kan tilläggas att armlängdsregeln kräver att avtal ingås på marknadsmässiga villkor, vilket innebär att man skall debitera marknadsmässigt pris för utförda tjänster. Det sagda visar enligt min mening med all tydlighet att rättsfallet inte gärna kan appliceras på relationen moderbolag – dotterbolag för att ge stöd åt påståendet att debiteringskyldighet inte skulle föreligga vid ställande av borgen – eller vid utställande av stödbrev.

Däremot finns det ett par äldre rättsfall som skulle kunna tala för debiteringsskyldighet. I RÅ 1954 ref 22 var det fråga om en ekonomisk förening som utlånat pengar räntefritt skulle beskattas för beräknad ränta. Regeringsrätten, som inte fann skäl att beskatta föreningen för beräknad ränta, uttalade följande:

Att innehavare av fordran underlåter att betinga sig ränta därå utgör icke i och för sig skäl att vid beskattningen anse honom hava åtnjutit inkomst till belopp motsvarande skäligen ränta. Sådant skäl föreligger endast om genom räntans efterskänkande måste anses hava skett en sådan överföring av medel från borgenären till gäldenären, som har särskild betydelse i skattehänseende, såsom då överföringen finnes utgöra förtäckt utdelning å aktier eller andelar, för vilken mottagaren är skattskyldig, eller av annan särskild grund.

Ett räntefritt lån kan alltså utgöra någon form av förtäckt utdelning. Så var fallet i t.ex. RÅ 1938 ref 7, där ett AB räntefritt lånat ut pengar till bolagets ägare. Bolaget ansågs skattskyldigt för beräknad ränta. Även när ränteavståendet har ”särskild betydelse i skattehänseende” på annan grund än t.ex. förtäckt utdelning skall avståendet enligt Regeringsrättens mening i RÅ 1954 ref 22 kunna föranleda beskattning för beräknad ränteinkomst. I RÅ 1989 ref 44 var det fråga om en församlingsmedlem som tagit upp banklån med sedvanliga villkor och sedan överlämnat medlen till församlingen utan att betinga sig ränta. Församlingen hade därvid förbundit sig att fullgöra amorteringarna på lånet. Församlingsmedlemmen beskattades för beräknad ränta på överlämnade medel.

När det gäller förhållandet moderbolag som inte tar ut ränta på lån till dotterbolag medför sådan efterskänkt ränta att beskattningsunderlaget hos moderbolaget minskar. I den mån rätt föreligger för moderbolaget att lämna koncernbidrag till dotterbolaget motsvarande den beräknade ränteintäkten tar den beräknade räntan och ett eventuellt koncernbidrag ut varandra och efterskänkandet saknar i princip betydelse i skattehänseende. När det gäller svenska moderbolag och i Sverige icke skattskyldiga dotterbolag saknas rätt till avdrag för koncernbidrag annat än som omkostnadsbelopp. Detta medför att ränteavståendet i dessa fall kommer att få ”särskild betydelse i skattehänseende”. Samma bör gälla vid avstående

från såväl borgensprovision som ersättning för utställda stödbrev när fråga är om svenskt moderbolag och utländskt dotterbolag. Stöd finns därför enligt min mening att uttagsbeskatta det svenska (moder)bolaget med stöd av 22 § KL och påföra det inkomst i form av beräknad ersättning för lämnad stödbrevstjänst.

Sammanfattningsvis ger enligt min uppfattning både 43 § 1 mom KL och femte stycke av anvisningspunkt 1 till 22 § KL stöd för att beskatta stödbrevsutställande bolag för beräknad ersättning för sådan lämnad tjänst.

Problemet beträffande debiteringsskyldigheten är i första hand inte huruvida debiteringsskyldighet föreligger eller valet av lagrum (femte stycket av anvisningspunkt 1 till 22 § eller 43 § 1 mom KL). Problemet är i stället vilket värde som skall sättas på tjänsten. Om en korrigering aktualiseras med stöd av femte stycket av anvisningspunkt 1 till 22 § KL eller 43 § 1 mom KL saknar som sagt härvidlag i stort sett betydelse. Som tidigare nämnts har valet av lagrum främst betydelse för frågan om kompensationsinvändningar. Prissättningen skall i båda fallen grundas på "marknadsvärdet".⁴⁴ Hur en sådan värdering/prissättning bör ske behandlar jag i avsnitt 5.6.

5.5 Dotterbolags avdragsrätt

I föregående avsnitt har jag behandlat frågan om stödbrevsutställande moderbolag ur skatterättslig synvinkel bör debitera den till vars förmån stödbrevet utställts. I förevarande avsnitt avser jag att mycket kortfattat diskutera den motsatta frågan, dvs. dotterbolags avdragsrätt för erlagd ersättning för det utfärdade stödbrevet.

Ämnet ligger något utanför det huvudsakliga syftet med avhandlingen, eftersom jag företrädesvis i mitt arbete avser att behandla situationen svenskt moderbolag och utländskt dotterbolag. Med hänsyn till att jag i avsnitt 5.4 behandlat frågan om ett svenskt moderbolag skall anses vara "debiteringsskyldigt" för ett utställt stödbrev, anser jag det vara befogat att även något diskutera avdragsrätten för ett svenskt dotterbolag som till sitt utländska moderbolag erlagt ersättning för utställda stödbrev.

En fråga som varit uppe till diskussion redan under 1950-talet (och antagligen även tidigare) är huruvida avdragsrätt för en kostnad förutsätter att denna är "nödvändig" eller om det räcker med att den företagits för "intäkternas förvärvande och bibehållande". Översatt till vårt exempel

⁴⁴ Beträffande 43 § 1 mom KL står detta uttryckligen i lagrummet och vad beträffar femte stycket av anvisningspunkt 1 till 22 § KL får detta anses framgå av lagtexten, se prop 1989/90: 110 s. 660.

kan vi tänka oss att dotterbolaget betalar för att erhålla stödbrevet trots att ett likvärdigt lån kunnat erhållas utan stödbrev. Stödbrevet medförde alltså ingen "nytta" för dotterbolaget (och kunde heller inte så förväntas göra vid utfärdandet). Skall man då enligt vår interna rätt i princip godta kostnaden då den skett i och för verksamheten eller vägra avdrag då den inte varit direkt nödvändig. Jag avser inte att fördjupa mig i denna fråga, som egentligen avser frågan om skattemyndigheterna vid prövningen av avdraget får göra ett slags skälighetsbedömning av om kostnaden varit "nödvändig". Egentligen uppfattar jag det inte som något större problem, i vart fall inte för de frågor som aktualiseras i denna avhandling. Är kostnaden hänförlig till och för verksamheten och föreligger inget anmärkningsvärt förhållande, får den väl anses "nödvändig". Man bör dock här göra klart för sig den distinktion som finns mellan att ifrågasätta storleken på en i övrigt godtagbar kostnad och att göra gällande att kostnaden – eller del av den – utgör något annat än t.ex. ersättning för utförd tjänst. "Kostnaden" är kanske egentligen ett kapitaltillskott eller utdelning.⁴⁵

Från skatteförvaltningens sida bör man allmänt vara lite extra försiktig i situationer med intressegemenskap, då incitament här finns att betala "kostnader" vilka inte hade debiterats om avtal slutits mellan oberoende parter. Man bör icke glömma att det är den skattskyldige som skall göra sannolikt att förutsättningarna för avdrag är uppfyllda.⁴⁶ I armlängdsregeln finns dessutom den begränsningen att kostnadens storlek inte får överstiga marknadspriset i de fall då avtal slutits mellan parter i intressegemenskap.

Det bör här omnämnas att Regeringsrätten i ett förhandsbesked, RÅ 1981 Aa 25, haft att ta ställning till om borgensprovision utgiven till fyra av ett aktiebolags tolv delägare varit att hänföra till avdragsgill kostnad för bolaget. (Jämför här RÅ 1983 1:82 som omnämnts i avsnitt 5.4.) De fyra delägarna, vilka tecknat solidarisk borgen för bolagets bankkulder, var tillika anställda i bolaget, vilket inte var fallet beträffande de övriga åtta delägarna. Eftersom banker tog borgensprovision ansåg sökandena att även de hade rätt att kräva bolaget på sådan. Rättsnämnden ansåg att bolaget under vissa angivna förutsättningar hade rätt till avdrag för skälig borgensprovision. Regeringsrätten däremot ansåg att det särskilt med hänsyn till intressegemenskapen mellan bolaget och borgensmännen saknades anledning antaga att utgivande av s.k. borgensprovision till borgensmännen var ett villkor för att deras åtaganden

⁴⁵ Arvidsson berör denna fråga något s. 166 ff med där gjorda hänvisningar. Se även Melz, JT 1990–91 s. 703. Vidare har RSV i sitt förslag till "Handledning för skatteförvaltningen vid utredningar angående internpriser och närliggande beskattningsområden" anfört att en tjänst skall medföra eller förväntas medföra nytta för mottagaren för att debitering respektive avdrag skall ske. Denna nyttoprövning skall ske vid tidpunkten för tjänstens utförande, RSV 1990:1 s. 74.

⁴⁶ Angående bevisregler vid tillämpningen av armlängdsregeln, se vidare Gäverth, SvSkT 1990 s. 19 ff.

skulle stå fast eller att erläggandet av sådan ersättning av annan orsak erfordrades för bolagets verksamhet. Provisionen ansågs alltså inte utgöra en för bolaget avdragsgill rörelsekostnad. Rätten fäste här företrädesvis avseende på den intressegemenskap som fanns mellan företaget och dess delägare. Att översätta fallet till situationen moderbolag – dotterbolag och vägra dotterbolaget avdrag för kostnad för borgensprovision till moderbolaget låter sig av flera skäl inte gärna göras. I det i förhandsbeskedet prövade fallet var det förutom den mycket speciella relation som föreligger mellan de i det mindre företaget anställda delägarna och deras bolag även risk för att förfarandet innebar att principen om att ekonomisk dubbelbeskattning av aktiebolags inkomster skulle åsidosättas, vilket inte är fallet om motsvarande betalning äger rum mellan två dubbelbeskattade subjekt, i vart fall inte om bägge är skattskyldiga i Sverige. Beträffande svenskt dotterbolag som erlägger borgensprovision till utländskt moderbolag skall betalningen prövas utifrån armlängdsregeln. Därvid kan man konstatera att om det förekommer att borgensprovision utgår vid liknande avtal mellan oberoende parter – vilket är fallet – saknas anledning att ingripa med stöd av 43 § 1 mom KL så länge inte storleken på provisionen eller andra avtalsvillkor strider mot armlängdsregeln.

Sammanfattningsvis bör i princip avdragsrätt föreligga för kostnad som dotterbolag ådrar sig för att erhålla stödbrev från närstående bolag vid finansiering. Därmed är inget sagt om storleken på den avdragsgilla kostnaden.

Eftersom problemet med att prissätta ”tjänsten” stödbrev – dvs. att finna ”rätt” pris – är detsamma oberoende av om det gäller eventuell avdragsrätt för dotterbolaget eller eventuell ”debiteringsskyldighet” för moderbolaget, behandlar jag denna fråga i ett sammanhang i nästkommande avsnitt.

5.6 Prissättningsfrågan

5.6.1 Inledning

En fråga som är mycket viktig i praktiken, men som tilldrar sig ett mindre intresse ur rent principiell skatterättslig synvinkel, är själva prissättningen av ”tjänsten stödbrev”.

Priset är avgörande dels för fastställandet av vilket belopp moderbolaget enligt tidigare redogjorda skatterättsliga principer skall ”tvingas” att debitera dotterbolaget (se ovan avsnitt 5.4), dels för frågan om vilket belopp som dotterbolaget bör få avdrag för avseende erlagd ersättning till moderbolaget (se ovan 5.5).

Frågan är alltså mycket viktig ur ekonomisk synvinkel. Emellertid är besvarandet av frågan huvudsakligen en uppgift för en ekonomisk under-

sökning och faller därför utanför denna studie. Jag skall dock försöka dra upp vissa skatterättsliga riktlinjer för bedömningen och ange vissa principer för hur "prissättningen" enligt min uppfattning bör ske.

5.6.2 Marknadsprismetoden

OECD anger i huvudsak att man vid prissättningen av tillhandahållande av (bl.a.) tjänster inom en multinationell koncern i första hand bör söka ledning i marknadspriset för en liknande prestation mellan av varandra oberoende parter på i övrigt lika villkor som den ifrågasatta tjänsten. Kan man inte hitta en sådan jämförbar tjänst, kan det bli nödvändigt att söka ledning i hypotetiska transaktioner som ligger så nära den ifrågasatta transaktionen som möjligt. Av Regeringsrättens avgörande i Shell-målet framgår att detta även gäller enligt svensk rätt.⁴⁷

Det avgörande problemet vid prissättning av tjänster i form av utställande av stödbrev är att det mellan fristående parter inte förekommer denna typ av tjänst. En renodlad marknadsprismetod är således inte möjlig att tillämpa.

Finns det då någon annan "transaktion" eller "företeelse" att jämföra med i stället? För att svara på den frågan måste man ha klart för sig vilken funktion ett stödbrev fyller. Som tidigare visats ersätter ett stödbrev en borgen eller t.ex. en bankgaranti. Det finns därför anledning att titta närmare på prissättningen av sådana säkerheter/tjänster vid bedömningen av vilket pris som bör sättas ett stödbrev.

Det är tänkbart att nyttan av ett stödbrev är mindre för dotterbolaget än vad motsvarande nytta hade varit av en bankgaranti/borgen. Dotterbolaget får kanske betala ett högre pris på lånet om det backas upp med ett stödbrev i stället för med en formell borgen. Så behöver dock inte vara fallet om den som utställer stödbrevet är ett multinationellt företag med god soliditet och gott renommé. Ett stödbrev kan säkerligen i många fall vara lika mycket värt för kreditgivaren som en formell borgen.

När det sedan gäller ett stödbrev kan – som tidigare visats – detta variera från att vara rättsligt värdelöst till att vara fullt jämförbart med en borgen.

Ett stödbrev kan vara mindre värt för dotterbolaget än en bankgaranti eller borgen. Vidare är stödbrevet i regel civilrättsligt sett "svagare" än en garanti eller borgen. Dessa omständigheter kan motivera att man inte bör prissätta stödbrev lika högt som en formell borgen/bankgaranti.

Prissättning på en bankgaranti är avhängig av bl.a. den risk banken tror sig ta vid utställandet av garantin. En garantiställande bank har flera

⁴⁷ RÅ 1991 ref 107 (s 354 och 356).

faktorer att ta ställning till när den skall prissätta en bankgaranti. Sådana faktorer är kreditens storlek och dess längd. Vilket företag som skall ha garantin är vidare en mycket viktig faktor. Ibland lämnas säkerheter, som t.ex. pantsatta spärmedel, fastighetsinteckningar och börsnoterade aktier. Lämnade säkerheter gör att priset på bankgarantin blir lägre. Våra stora exportföretag behöver emellertid inte alltid lämna sådana säkerheter.

Enligt de uppgifter jag underhand fått del av, ligger priset per år räknat för en bankgaranti någonstans mellan 0,5/0,75 procent och 5 procent av garanterat belopp. För våra stora exportföretag ligger oftast priset kring 0,5–1 procent. Detta skulle kunna utgöra utgångspunkten för prissättningen av ett stödbrev. Prissättningen blir i så fall ofrånkomligen en aning skönsmässig.

5.6.3 Kostnadsplusmetoden

Man kan även hävda – och det görs också – att marknadsprismetoden inte är tillämplig eftersom ett stödbrev inte är helt jämförbart med en bankgaranti eller borgen. En jämförelse med sådana avtal skulle kunna tänkas strida mot såväl OECD:s rekommendationer som den svenska armlängdsregeln på grund av att det finns väsentliga juridiska skillnader mellan dessa typer av avtal. I så fall återstår endast kostnadsplusmetoden. Jag vill redan här understryka att jag inte riktigt delar denna uppfattning. Jag anser nämligen att marknadsprismetoden i princip kan tillämpas på sätt som ovan redovisats. Än en gång måste det dock understrykas att det vid prissättningen är många skilda faktorer som i det enskilda fallet måste sammanvägas för att få ett så "riktigt" – om än skönsmässigt beräknat – pris som möjligt.

Skall man emellertid ändå tillämpa kostnadsplusmetoden uppkommer problemet med att definiera vilken kostnad som moderbolaget har haft för det utställda stödbrevet. Denna kostnad skall först utredas för att eventuellt ett skäligt vinstpåslag sedan skall kunna göras.

Stödbrevet redovisas antagligen inte i årsredovisningen, varför moderbolagets kreditvärdighet inte försämras till följd av stödbrevet (med därtill ökade kreditkostnader). På något annat sätt kan inte heller någon kostnad anses ha uppkommit förrän den dag moderbolaget tvingas att infria stödbrevet. Skall man vänta med debitering till detta inträffar? I så fall är det nog också utsiktslöst att kräva betalning från dotterbolaget. Kan detta inte uppfylla sina förpliktelser till kreditgivarna kan det nog inte heller förväntas utge ersättning för "tjänsten" att utfärda stödbrevet. I enlighet med mitt ovan förda resonemang (5.4) skall debitering äga rum redan vid utställandet/överlämnandet, eftersom det är då tjänsten utförs. En annan sak är att betalningen kan ske senare.

Om det vore så att stödbrev redovisades i årsredovisningarna, skulle man som en följd härav också kunna beräkna en kostnad för utställandet. Denna kostnad skulle i så fall ha sin grund i att moderbolaget till följd av det utställda stödbrevet t.ex. fått vidkännas högre kreditkostnader på sina egna lån. Men även risken för infriande är en latent kostnad som måste beaktas.

Ett alternativt sätt att beräkna kostnaden för utställda stödbrev med hjälp av kostnadsplusmetoden, skulle kunna vara att man beräknade någon form av "statistisk riskkostnad". Med detta menar jag att man får beakta samtliga av bolaget utställda stödbrev och se på risken att dessa skall komma att infrias och därefter sätta ett pris på dem.

Man bör då ta hänsyn till vilket eller vilka bolag som stötts med stödbrev. Är dotterbolagen vinstgenererande, har tillräckliga tillgångar och kan antas fullgöra sina förpliktelser gentemot kreditgivarna eller är bolagen att betrakta som "riskbolag"? Den bransch dotterbolagen verkar inom bör också kunna ha betydelse vid bedömningen. Vissa branscher är mer stabila än andra. Dessa faktorer är sådana som finansieringsinstitut tar hänsyn till när de utfärdar och prissätter bankgarantier.

Vidare bör man vid tillämpningen av kostnadsplusmetoden beakta stödbreven i sig. När man gjort klart för sig hur stor risken kan tänkas vara att ett dotterbolag inte kan fullfölja sina åtaganden gentemot kreditgivaren måste man ta ställning till hur stor risken är att moderbolaget med anledning av stödbrevet kan behöva ta på sig ett betalningsansvar härför. Vid denna prövning måste man göra en bedömning av vilken juridisk förpliktelse stödbrevet kan antas innehålla samt hur stor risken är för att moderbolaget i avsaknad av sådan bindande förpliktelse i stödbrevet kan bli ålagd skadeståndsskyldighet på grund av culpa in contrahendo.

På sätt och vis har man härigenom – via en ganska krånglig och osäker omväg – närmat sig prissättningen av bankgarantier. Bankerna måste göra samma "riskkalkyl" som stödbrevsutställande moderbolag. Dock med skillnaden att det är betydligt lättare för en bank att bedöma vilka juridiska förpliktelser en ordinär bankgaranti eller liknande innehåller jämfört med vad som gäller för moderbolaget när detta skall bedöma den eventuella juridiska förpliktelse som ett stödbrev kan tänkas innehålla. Däremot har moderbolaget kanske lättare än banken att bedöma dotterbolagets framtida betalningsmöjligheter.

Väljer man att angripa utställandet av stödbrev med reglerna om uttagsbeskattning lär inte kostnadsplusmetoden kunna tillämpas. I stället får "prissättningen" ske utifrån marknadspriset.⁴⁸

⁴⁸ Jfr prop 1989/90:110 s. 660 samt 42 § KL.

5.7 Sammanfattning

Underkapitalisering av dotterbolag medför ofta att moderbolag tvingas utställa stödbrev för att dotterbolag skall kunna erhålla nödvändiga krediter. M.a.o. får dessa stödbrev ersätta antingen lån direkt från moderbolaget eller formella borgensåtaganden alternativt träda i stället för ett större tillskjutet kapital.

I avsnitt 5.3 har jag redogjort för att stöd finns för att tillämpa 43 § 1 mom KL på utfärdade stödbrev, såsom varande en moderbolagets tjänst för ett eller flera dotterbolags räkning. Att denna slutsats ingalunda strider mot hur armlängdsregler tillämpas i några undersökta stater framgår av avsnitt 5.2.

I avsnitt 5.4 har jag presenterat varför jag anser att ett moderbolag ur skatterättslig synvinkel bör vara skyldigt att debitera tjänsten utställande av stödbrev. Stöd härför finns i de interna – och grundläggande – bestämmelserna om uttagsbeskattning av bl.a. tjänster i femte stycket av anvisningspunkt 1 till 22 § KL samt i armlängdsregeln (43 § 1 mom KL).

I avsnitt 5.5 har jag redogjort för uppfattningen att dotterbolag i princip bör ha avdragsrätt för utgiven ersättning till moderbolag/koncernbolag för erhållande av stödbrev. Detta faller sig naturligt av att stödbrev är att betrakta som en tjänst utförd för dotterbolagets räkning. En nyttoprövning skall dock ske av stödbrevstjänsten för att man skall kunna fastslå om avdragsrätt föreligger i det enskilda fallet. I regel torde nog en sådan nyttoprövning utfalla i att dotterbolaget medges avdrag. Däremot kan storleken av ersättningen självfallet leda till dispyter mellan de skattskyldiga och skattemyndigheterna.

Problemet är enligt min mening inte om en beskattning av moderbolaget skall ske eller om dotterbolaget skall medges avdrag för erlagd ersättning. Problemet är i stället vilket pris som skall åsättas den tjänst det innebär att utställa ett stödbrev för ett dotterbolags räkning. Denna fråga har jag behandlat i avsnitt 5.6.

Denna typ av tjänst förekommer inte mellan oberoende parter och kan därför vara svårt att värdera. En möjlig väg vore att tillämpa en kostnadsbaserad prissättningsmetod. Men som jag påvisat är denna väg både svårframkomlig och mycket osäker. Risk för skönsmässiga bedömningar föreligger. En annan väg vore att jämföra stödbreven med närbesläktade tjänster som prissätts. Härmed avses att man tillämpar marknadsprismetoden med de korrigeringar som de särskilda förhållandena kräver. Sådana tjänster som bör ligga till grund för jämförelsen är borgen och bankgaranti. Dessa lämnas av bl.a. finansieringsinstitut för andra icke närstående företags räkning. På dessa tjänster finns också tämligen väl utvecklade "prissättningsmetoder". Priset för en sådan tjänst kan därför enligt min mening – med vederbörligt hänsynstagande till att stödbrevet oftast

har en juridiskt sett svagare ställning än en borgen/bankgaranti – ligga till grund för prissättningen på tjänsten stödbrev. Ett prisspann torde här förekomma inom vilket priset bör kunna variera med hänsyn till en mängd olika faktorer utan att skattemyndigheterna bör ingripa för att korrigera. Som en konsekvens av mitt resonemang, bör även priset på borgen/bankgaranti vara vägledande vid bedömningen av vilket belopp ett svenskt dotterbolag skall få avdrag för när ersättning till ett svenskt eller utländskt moderbolag har erlagts för ett utställt stödbrev.

6 Rätten till avdrag för kostnader i samband med infriande av ”förpliktelser” i stödbrev

6.1 Inledning

Jag har ovan behandlat bl.a. stödbrev, underkapitalisering, avdragsrätt för utbetald ersättning till den som utfärdat stödbrev samt frågan om skyldighet föreligger att vid utfärdandet av stödbrev debitera den som handlingen utställts till förmån för. Vidare har jag något berört frågan i vilken utsträckning ett stödbrev bör omnämnas i utställarens årsredovisning. I detta kapitel skall jag behandla några av de skatterättsliga frågor som kan uppkomma när ett moderbolag ”infriar” en ”förpliktelse” i ett stödbrev. Med ”infriande” avses här att moderbolaget i det tidigare angivna exemplet (se avsnitt 5.1) ersätter kreditgivaren för den förlust denne gjort till följd av att dotterbolaget inte uppfyllt sin del av avtalet. Om inte annat särskilt anges avses med stödbrev sådana som kan hänföras till ”mellankategorin”.

Vid ett infriande av en förpliktelse i ett stödbrev bör man ställa sig frågan om avdragsrätt för denna kostnad uppkommer redan i och med infriandet oberoende av omständigheterna i det enskilda fallet. Jag anser att så inte alltid är fallet. Jag skall nedan behandla denna fråga. Om inte avdragsrätt uppkommer redan vid infriandet, bör man ställa sig frågan om avdragsrätt uppkommer vid en senare tidpunkt och i så fall under vilka förutsättningar. Detta kommer jag också att behandla. Även på detta område befinner jag mig på jungfrulig mark och avser därför att bl.a. göra jämförelser med rättsläget beträffande några med stödbrevsfallen närbesläktade områden, såsom borgensförbindelser, nedskrivning av fordran på närstående företag och aktieägartillskott.

Eftersom utställande av stödbrev ibland kan leda till att utställaren av domstol förpliktas utge ersättning till mottagaren av stödbrevet för den skada denne lidit genom att förlita sig på stödbrevet, skall jag också något behandla vissa skatterättsliga regler rörande avdragsrätt för i näringsverksamhet utgivet skadestånd.

När jag framledes behandlar moderbolags avdragsrätt för utgivet

skadestånd till följd av stödbrev eller frågan om avdrag för kostnader föranledda av "frivilligt" infriade stödbrevsförpliktelser, är det naturligt att även behandla den eventuella regressfordran som kan uppstå gentemot dotterbolaget samt om denna skall behandlas som en vanlig lånefordran gentemot närstående bolag. Denna fråga återkommer jag till i flera av avsnitten.

6.2 Generellt om avdragsrätt

6.2.1 Inledning

Enligt 20 § 2 st KL får avdrag inte göras för kapitalförlust och i punkt 5 av anvisningarna till nämnda paragraf anges att till kapitalförlust räknas förlust som inte har samband med någon förvärvskälla samt förlust som har sådant samband, men som inte kan anses normal för förvärvskällan i fråga. Vidare anges i punkt 33 av anvisningarna till 23 § KL att i näringsverksamhet medges avdrag för förlust vid icke yrkesmässig avyttring av tillgång eller förpliktelse i fråga om vilken, om realisationsvinst i stället hade uppkommit, vinsten skulle ha utgjort intäkt av näringsverksamhet. Av 2 § 1 mom 7 st SIL framgår att realisationsförlust vid icke yrkesmässig avyttring av tillgångar och förpliktelser räknas som omkostnad i näringsverksamhet. Som kapitalförlust räknas således inte bl.a. följande:

- a) förlust vid icke yrkesmässig avyttring av bl.a. aktier under förutsättning att eventuell vinst vid avyttringen skulle ha beskattats som inkomst av näringsverksamhet,
- b) förlust på borgensförbindelse, om denna betingats av näringsverksamhet bedriven av den skattskyldige eller annan, som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå den skattskyldige nära, samt
- c) vissa typer av skadestånd uppkomna i näringsverksamheten.

Enligt 2 § 1 mom jämfört med 1 § 3 mom SIL skall all vinst vid avyttring av ett aktiebolags tillgångar i form av bl.a. fordringar och aktier – däribland dotterbolagsaktier – redovisas i inkomstslaget näringsverksamhet. Alltså är t.ex. en förlust vid avyttring av dotterbolagsaktier per definition inte en kapitalförlust för ett aktiebolag.¹

För att en avdragsgill förlust i näringsverksamhet vid avyttring av aktier

¹ I anslutning till införandet av bestämmelsen i punkt 33 av anvisningarna till 23 § KL anförde föredragande statsrådet i specialmotiveringen till lagrummet (prop 1990/91:54 s. 300) att "Bestämmelsen ändras så att i stället en direkt hänvisning görs till punkt 33 av anvisningarna till 23 § KL som innebär att en reaförlust är avdragsgill i näringsverksamheten endast om motsvarande vinst skulle beskattas i näringsverksamheten."

och andra finansiella instrument skall anses föreligga har man sedan lång tid som huvudregel uppställt två – eller alternativt tre – rekvisit som skall vara uppfyllda. För det första krävs att förlusten är definitiv och – vilket är särskilt viktigt att granska när det gäller transaktioner mellan koncernbolag – dessutom verklig. Möjligen skulle man kunna göra gällande att det vid sidan om kravet på att förlusten skall vara definitiv också finns ett krav på att den skall vara konstaterad. Som jag nedan avser att visa anser jag att kravet på att förlusten skall vara ”definitiv” är detsamma som att den skall vara ”konstaterad”. Mycket kortfattat kan man beskriva dessa två – eller möjligen tre – rekvisit som följer.

Med *definitiv* avses att det föreligger en förlust och inte endast att man kan befara en (framtida) förlust. Det brukar ibland uttryckas så att man konstaterat att en förlust inträffat. Kravet på att förlusten skall vara definitiv har tidigare haft sin grund i att om (värdeminskning)savdrag medges redan för en befarad förlust skulle detta kunna medföra en definitiv skattelättnad i den mån en försäljning av egendomen enligt äldre regler skulle komma att beskattas utifrån i inkomstslaget tillfällig förvärvsverksamhet förmånligare regler. I lagtexten används rekvisitet ”definitiv” enbart beträffande avdrag för realisationsförluster, se 24 § 2 och 4 mom SIL.

Med hänsyn till att aktiebolag numera endast har en förvärvskälla och skall beskattas i endast ett inkomstslag – näringsverksamhet – kan det ifrågasättas vilken bärighet detta argument har idag. Antag att en bokföringsmässigt framräknad befarad förlust godtas i avdragshänseende. Sedermera visar det sig att förlusten inte blev fullt så stor som befarades vid upprättandet av det tidigare bokslutet. Detta kommer i så fall att i motsvarande mån påverka framtida inkomstberäkning, varvid beloppet kommer att återföras till beskattning i samma inkomstslag och i samma förvärvskälla som där avdraget medgivits. Detta gäller oavsett att själva storleken på vinst/förlust vid avyttring av anläggningstillgång skall beräknas enligt de särskilda regler i SIL som gäller för inkomst av kapital.

Vad krävs då för att förlusten enligt hittills gällande praxis skall vara ”definitiv” och inte endast ”befarad”? Gäller det t.ex. avyttring av aktier har en realisationsförlust ansetts definitiv först när man realiserat innehavet, dvs. när det föreligger ett bindande försäljningsavtal. Detta överensstämmer även med nu gällande regler, se 24 § 2 mom SIL. Enligt 2 § 1 mom 1 och 8 st SIL jämfört med 10 st av anvisningspunkt 1 till 24 § KL gäller denna bestämmelse även för avyttring av aktier och andra finansiella instrument vars vinst eller förlust vid avyttring skall redovisas i inkomstslaget näringsverksamhet i stället för i inkomstslaget kapital.

I ett äldre avgörande, RÅ 1940 Fi 541, yrkade skattskyldig avdrag för realisationsförlust på aktier i ett bolag som under beskattningsåret avträtt sin egendom till konkurs. Avdrag medgavs inte. Praxis synes därefter i

stort sett ha följt denna restriktiva linje när det gäller beräkning av realisationsförlust i inkomstslaget tillfällig förvärvsverksamhet, vilket bl.a. har medfört konstlade "försäljningar" av helt värdelösa aktier. När det gäller aktier som varit att hänföra till anläggningstillgångar hos t.ex. ett moderbolag har avdragsgill förlust i vissa fall ansetts föreligga när det bolag varit aktieinnehavet hänför sig till gått i konkurs eller likviderats utan att någon försäljning av aktierna behövt ha ägt rum. Rättsläget får dock anses ha varit något oklart.

I RÅ 1983 Aa 70 (fb) ansågs, med hänsyn till en producentkooperativ ekonomisk förenings ekonomiska ställning vid konkursutbrottet, att en förlust på insatt kapital för delägare som bedrev skogsbruk vara driftförlust i förvärvskällan jordbruksfastighet redan i samband med att föreningen försattes i konkurs.

I RSV/FB Dt 1982:22 var det fråga om ett svenskt bolag som ägde 70 procent av aktierna i ett iranskt dotterbolag. På grund av den iranska revolutionen förlorade det svenska bolaget kontrollen över det iranska. Det svenska bolaget behöll dock aktierna, men deras nominella värde sattes ned genom nedsättning av aktiekapitalet. Någon definitiv förlust ansågs dock ej visad. Här ansåg man således inte att förlusten motsvarande det nedsatta aktiekapitalet var definitiv, eftersom det svenska bolaget alltjämt behöll aktierna i det iranska bolaget. Aktierna kunde i vart fall teoretiskt sett komma att stiga i värde längre fram.

För att en förlust på dotterbolsaktier skall vara definitiv har vidare ställts krav på att en senare värdeuppgång på aktierna inte kan komma den som avyttrat aktierna till godo, jfr rättsnämndens motivering i RÅ 1987 ref 49.

Genom skattereformen har man givit avyttringsbegreppet en mer precis definition än vad som tidigare varit fallet. Genom reformen och den därefter fortsatta reformeringen av företagsbeskattningen har avyttringsbegreppet även blivit något utvidgat. Till avyttring av aktier och andra liknande finansiella instrument hänförs numera uttryckligen även att aktierna blivit värdelösa genom att det företag som givit ut instrumentet upplöses genom konkurs eller träder i likvidation. Denna bestämmelse i 24 § 2 mom SIL omfattar alla slag av aktier.

Föredragande statsrådet anförde bl.a. följande i denna fråga.

"Förlusten bör dock vara slutgiltig. En sådan avdragsgill reaförlust bör därför anses uppkomma först när ett aktiebolag upplösts genom konkurs eller likvidation. Vid konkurs som avslutats utan överskott är bolaget upplöst i och med att konkursen avslutats. När en likvidator har förordnats knyts tidpunkten för upplösningen till slutredovisningen."²

² Prop 1989/90:110 s. 392. Se också prop 1993/94:234 s. 134.

Sedan den 1 januari 1994 hänförs enligt 24 § 2 mom SIL till avyttring även det fallet att ett finansiellt instrument, som givits ut av ett svenskt aktiebolag eller en svensk ekonomisk förening, förlorat sitt värde genom att det företag som givit ut instrumentet i fråga försatts i konkurs.³

Föredragande statsrådets ovan refererade uttalande i samband med skattereformen visar att man inte skatterättsligt längre kan godta att en definitiv förlust på aktier och liknande finansiella instrument – som inte utgivits av svenska aktiebolag eller ekonomiska föreningar – kan föreligga innan konkursen avslutats. Alltså är det i detta sammanhang eventuellt i stället fråga om en inskränkning av begreppet ”definitiv” i förhållande till tidigare praxis.⁴ Det är intressant att notera att lagstiftaren skiljer på finansiella instrument utgivna av svenska aktiebolag och sådana som utgivits av utländska bolag.

Vad beträffar aktier och andra finansiella instrument som är avsedda att innehas för omsättning (”lageraktier”) gäller att dessa kan skrivas ned enligt lägsta värdets princip med därpå följande avdragsrätt, se första stycket av punkt 2 av anvisningarna till 24 § KL. När jag fortsättningsvis behandlar aktier och liknande finansiella instrument avses endast vad som brukar betecknas kapitalplaceringsaktier respektive organisationsaktier. Aktier avsedda för omsättning (dvs. när fråga är om handel med värdepapper) lämnas helt utanför denna studie.

I mångt och mycket har man i praxis huvudsakligen ställt samma krav på avdrag för förlust på fordringar som på aktier. För fordringar gäller dessutom att en förlust på sådana kan vara definitiv i några ytterligare fall än vad som gäller för aktier. Ett sådant fall är när ackord överenskommits med gäldenären. Då anses en nedskrivning av fordran rättsligen reglerad och förlusten får då anses vara definitiv till den del fordran eftergivits genom ackordet. Detta är åtminstone förhållandet när det inte är fråga om fordringar på närstående företag, se vidare nedan avsnitt 6.2.2.4.

När det gäller redovisningspraxis förekommer det att kundfordringar anses som värdelösa redan vid konkursutbrottet, eller när detta är omedelbart förestående. En fordran kan även anses värdelös när rättsliga åtgärder bedöms verkningslösa.⁵ I skatterättslig praxis har man sedan länge accep-

³ Se närmare prop 1993/94:50 s. 199 f och 348.

⁴ Se här Johansson, SvSKt 1993 s. 282 f. Lodin m.fl. är något mer försiktiga i sina slutsatser, se s. 278. Thorell menar att skattereglerna avseende nedskrivning av värdepapper måste ses över. En strävan enligt honom bör därvid vara att eliminera skillnaden mellan anläggnings- och omsättningsvärdepapper. Det finns enligt Thorell inga skäl att idag vägra avdrag för verkliga, men orealiserade, förluster på anläggningsvärdepapper, SN 1993 s. 562 f.

⁵ Se vidare prop 1980/81:68 del A s. 200, prop 1989/90:110 s. 710 f, Wallestam, SN 1981 s. 280, Norberg s. 269, Gartz och Johansson, Balans 4/88 s. 45 och Karlsson, SN 1992 s. 103 ff.

terat att förlust på fordran kan vara konstaterad redan innan gäldenärens konkurs avslutats, se RÅ 1911 ref 53. Således har man i avdragshänseende varit mindre restriktiv beträffande förlust på fordringar än vad som i vart fall tidigare gällt för förlust på aktier. Detta har sin grund i bl.a. det förhållandet att när en fordran väl är nedskriven, t.ex. till följd av ett ackord, är förlusten också definitiv. Aktierna däremot kan komma att stiga i värde i framtiden även om det per bokslutsdagen kan förefalla osannolikt. Inget talar för att man i och med skattereformen eller därefter vidtagna lagändringar skulle ha inskränkt avdragsrätten för förlust på fordringar.

Med rekvisitet *verklig* menas att en förlust inte är konstruerad eller fiktiv genom att den skattskyldige kompenserats för förlusten på annat sätt. Det räcker således inte med att förlusten har uppkommit bokföringsmässigt i enlighet med gällande redovisningspraxis för att den skall vara verklig. Exempel på att en förlust inte anses som verklig kan vara att den skattskyldige i gengäld fått till sig överförda tillgångar till ett pris understigande marknadsvärdet eller fått utdelning.⁶ I ett förhandsbesked, RÅ 1959 ref 4, var det fråga om ett bolag som ämnade att förvärva aktierna i ett annat bolag för en köpeskilling, som väsentligen ansågs motsvara värdet av en bolaget tillhörig hyresrätt, som efter köpet vederlagsfritt skulle överföras till köparen. Denne planerade att därefter låta likvidera det köpta bolaget. Regeringsrätten förklarade att köparen inte ägde rätt till avdrag för den vid likvidationen uppkommande bokföringsmässiga förlusten på aktierna. Den utgjorde enligt Regeringsrätten inte "en sökandebolagets verkliga förlust". Likartad utgång var det i RÅ 1985 1:86 (fb) där ett dotterbolag, vars vinstmedel tidigare överförts genom koncernbidrag till andra koncernbolag, skulle avyttras. Genom koncerninterna transaktioner är det möjligt att åstadkomma en förlust i ett koncernbolag som kompenseras av en vinst i ett annat av koncernens bolag. Det finns flera exempel på att Regeringsrätten inte godtagit avdrag för sådana förluster.

Vid bedömningen av om en förlust på aktier är att anse som verklig finns det skäl att beakta om den skattskyldige tillgodogjort sig vinstutdelning. Vid behandlingen av begreppet "verkliga förluster" anförde föredragande statsrådet i samband med införandet av 1990 års skattereform följande om rättsläget vid förlust på aktier.

"Avgörandena RÅ 1986 ref 52 och 104 är exempel på att regeringsrätten ansett att man enligt reglerna i inkomstlagen tillfällig förvärvsverksamhet vid beräkning av anskaffningsvärde på aktier inte skall beakta att den skattskyldige har erhållit skattefri utdelning på aktierna resp. övertagit tillgångar till bokförda men inte marknadsmässiga värden. Detta skall däremot beaktas

⁶ Se mer härom i bl.a. prop 1980/81 del A s. 200, Wiman, Koncernbeskattning s. 177 ff och Karlsson, SN 1992 s. 105 ff.

vid resultatberäkningen i inkomstslaget rörelse när organisationsaktier o.d. säljs. Reglerna har bl.a. skapat möjlighet för aktiebolag att efter förvärv av annat aktiebolag med utdelningsbara vinstmedel företa skattefri utdelning av vinstmedel och därefter erhålla en fiktiv men avdragsgill reaförlust vid avyttring av bolaget.”⁷

Förslaget till Lagrådet innehöll en bestämmelse med innebörd att värdeöverföringar skulle beaktas vid vinstberäkningen. Lagrådet var dock kritiskt till utformningen av bestämmelsen och avstyrkte förslaget i denna del.⁸

Föredragande statsrådet valde att inte lägga fram något särskilt förslag i frågan och anförde vidare.

”Har den avyttrade egendomen i något skede tömts på substans utan beskattningsekvenser kan alltså en reavinstberäkning som bygger på en jämförelse mellan försäljningspris och ursprungligt anskaffningspris behöva korrigeras för värdeöverföringen.”⁹

Dessa uttalanden har föranlett diskussion i doktrinen angående vilka utdelade vinstmedel som skall beaktas.¹⁰ Det synes råda enighet om att vinstmedel som fanns i det uppköpta bolaget före köpet skall beaktas, medan uppfattningarna går lite i sär vad gäller behandlingen av därefter upparbetade och utdelade vinstmedel. Fr.o.m. den 1 januari 1994 är utdelning på bl.a. svenska aktier skattefri.¹¹ Detta kommer antagligen att medföra att handeln med bolag med upparbetade vinstmedel avtar. I princip är dock rättslaget detsamma som före den 1 januari 1994 i detta hänseende. Detta innebär att vid köpet ingående upparbetade vinstmedel som utdelas före försäljningen skall reducera storleken på den verkliga – och i näringsverksamheten avdragsgilla – förlusten.

Med rekvisitet *konstaterad* är det lite osäkert vad man avsett i praxis – om detta nu överhuvudtaget skall ses som ett självständigt rekvisit, vilket jag starkt betvivlar. Uttrycket synes främst ha använts vid bedömning av om avdragsrätt förelegat eller ej vid förlust på fordringar eller rent allmänt när det gäller avdrag för nedgång i värde på olika slag av omsättningstillgångar. K.G.A. Sandström har uttryckt det sålunda. ”Tvekan kan tydligen ofta råda, då det gäller att avgöra om en fordran verkligen är definitivt förlorad, dvs. om en faktisk konstaterad förlust är för handen”.¹² Med förlust i allmänhet –

⁷ Prop 1989/90:110 s. 394.

⁸ Prop 1989/90:110 del 2 s. 130 f.

⁹ Prop 1989/90:110 s. 394 f.

¹⁰ Jfr. Wiman, Koncernbeskattning s. 181 ff, Zachrisson, SN 1991 s. 275, Karlsson, SN 1992 s. 113 och Möller, SN 1993 s. 742 ff.

¹¹ Punkt 2 a av anvisningarna till 22 § KL och 3 § 1 mom SIL. Se prop 1993/94:50 s. 175 ff, 336 ff och 354.

¹² Sandström, Om beskattning av inkomst av rörelse s. 518.

i motsats till värdeminskning – förstås enligt samma författare ”ett klart konstaterande av en definitiv nedgång i värde” eller ”såsom en definitivt realiserad värdeminskning.”¹³

Lokutionen ”konstaterad” synes i praxis främst också ha använts i betydelsen att man konstaterat – eller inte konstaterat – att en förlust varit definitiv. En i allra högsta grad tänkbar och rimlig tolkning skulle kunna vara att man i praxis betraktat ”konstaterad” som ett beviskrav – lagt på den skattskyldige – innebärande att en definitiv förlust skall vara konstaterad för att avdrag skall kunna medges. Den skattskyldige har att visa att en definitiv förlust verkligen uppkommit och visa den beloppsmässiga storleken av densamma. I vissa fall (beträffande fordringar men inte organisationsaktier) har man dock medgett avdrag redan vid konstaterandet av att en förlust föreligger, även om förlusten vid denna tidpunkt ännu inte varit definitiv. Detta skulle möjligen kunna tolkas så att ”konstaterad” är ett självständigt rekvisit. Emellertid uppfattar jag problemet som ett uttryck för en brist på gemensam terminologi i redovisningslagstiftningen och skatterätten.

När det gäller nedskrivning av fordringar skiljer man i redovisningslagstiftningen m.m. på ”befarade” förluster och ”konstaterade” förluster. I skatterättslig praxis har man som sagt använt termen ”definitiv” om sådana förluster där förlustrisken är styrkt eller så sannolik att avdrag kan medges. Jag har mycket svårt att se att det skall föreligga någon egentlig skillnad mellan en enligt redovisningslagstiftningen ”konstaterad” förlust och en enligt skatterätten ”definitiv” förlust.¹⁴

Av det ovan anförda anser jag att man kan konstatera att för avdrag för en förlust enligt hittillsvarande praxis normalt krävs att förlusten uppfyller två rekvisit, nämligen att den är *definitiv* och *verklig*. Jag återkommer nedan i de respektive avsnitten och exemplifierar med hjälp av praxis hur Regeringsrätten hanterat dessa två rekvisit.

Avdragsrätt för infriande av ”förpliktelser” i stödbrev (”frivilligt” eller ej) har ännu inte prövats av Regeringsrätten och – såvitt jag kunnat utröna – inte heller av kammarrätt. Däremot har Regeringsrätten under år 1990 i ett förhandsbesked haft att pröva avdragsrätten för ackord på kundfordran i ett lågt kapitaliserat bolag, som erhållit stödbrev från det svenska moderbolaget (RÅ 1990 not 193). Jag avser att återkomma till avgörandet nedan.

I de följande avsnitten 6.2.2–6.2.4 kommer jag att redogöra för de förutsättningar som gäller för att avdrag skall medges för kostnader hänförliga till förluster på fordringar eller borgensförbindelser samt kostnader för olika slag av aktieägartillskott. Vidare behandlar jag i avsnitt 6.2.5 avdragsrätt för kostnader till följd av i näringsverksamhet utgivna skadestånd. Jag kommer därvid att behandla dessa områden i den omfattning

¹³ A. a. s. 471.

¹⁴ Se mer om vad ”konstaterad” förlust innebär enligt redovisningslagstiftningen Norberg s. 260 f och 268 samt Gartz och Johansson, Balans 4/88 s. 42 ff.

som jag anser vara nödvändigt för att utifrån dessa rättsområden kunna dra slutsatser att applicera på den skatterättsliga behandlingen av kostnader med anledning av infriande av förpliktelser i stödbrev. Dessa jämförelser gör jag i avsnitt 6.2.6.

6.2.2 Förlust på/nedskrivning av fordran

6.2.2.1 Inledning

Historiskt sett har man i bl.a. avdragshänseende delat in fordringar i två huvudgrupper. Den ena gruppen är lånefordringar (dvs. olika former av försträckning) och den andra gruppen kan rubriceras som varu/kund- eller driftfordringar.

Den skatterättsliga gränsdragningen mellan låne- respektive kundfordringar görs med ledning av den civilrättsliga/bokföringsmässiga klassificeringen av de olika slagen av fordringar. Härvid är det avgörande vad det är för slag av transaktion som föranlett fordringens uppkomst; lån, varu- leverans, tjänstprestation etc.

Enligt bokföringslagen indelar man tillgångar i anläggningstillgångar respektive omsättningstillgångar. Enligt 13 § nämnda lag förstås med anläggningstillgång sådan tillgång som är avsedd att stadigvarande brukas eller innehas i rörelsen. Med omsättningstillgång förstås annan tillgång. Det är således syftet med innehavet av tillgången som styr till vilken kategori av tillgångar den skall hänföras. Av balansschemat till 19 § bokföringslagen framgår vidare att till omsättningstillgång hänförs bl.a. kundfordran. I specialmotiveringen till 13 § bokföringslagen anförde dep.ch. bl.a. följande.

”I praktiken uppkommer inte sällan rubriceringssvårigheter beträffande fordringar och värdepapper. Avsikten med innehav av sådan tillgång kan ibland vara rätt obestämd. Till anläggningstillgångar bör normalt hänföras inte bara fordringar grundade på långfristig utlåning utan även långfristiga kundfordringar, medan kortfristiga fordringar utgör omsättningstillgångar. När det gäller att skilja mellan långfristiga och kortfristiga fordringar torde det vara lämpligt att utgå från en tidsgräns av ett år, varvid hänsyn bör tas inte bara till den rent formella förfallotiden utan till den beräknade faktiska löptiden. En strikt tillämpning av indelningen i kort- och långfristig fordran innebär att den del av en långfristig fordran, som förfaller till betalning under räkenskapsåret, skall redovisas som omsättningstillgång.”¹⁵

Sammanfattningsvis gäller att lånefordringar och kundfordringar kan vara såväl omsättningstillgångar som anläggningstillgångar. Härvid är syftet

¹⁵ Prop 1975:104 s. 219.

med innehavet det avgörande. När det gäller kundfordringar, dvs. en fordran som i regel grundar sig på levererade varor eller utförda arbeten och tjänster, behandlas dessa bokföringsmässigt oftast som omsättnings-tillgångar. Lånefordringar däremot utgör i regel anläggningstillgångar, såvida inte fordringen förfaller till betalning inom en någorlunda nära framtid (i vart fall inte överstigande ett år). I så fall kan även en lånefordran bokföringsmässigt behandlas som en omsättningstillgång under förutsättning att avsikten med innehavet är svår att fastställa.

Som framgår av departementschefens ovan refererade uttalande kan det i vissa situationer vara svårt att avgöra om en låne- eller kundfordran skall behandlas som anläggningstillgång eller omsättningstillgång. Emellertid saknar detta förhållande avgörande betydelse för den här föreliggande redogörelsen, varför jag inte fördjupar mig i frågor rörande sådan klassificering av fordringar. Vidare kan det ibland även vara så att en varufordran på ett närstående företag i själva verket utgör ett maskerat tillskott.

Den lagändring som kommit till uttryck i punkt 33 av anvisningarna till 23 § KL innebär – som nämnts i föregående avsnitt – bl.a. att förlust vid avyttring av fordran är avdragsgill i näringsverksamheten i samma utsträckning som vinst på sådan fordran skall tas upp som inkomst av näringsverksamhet. Eftersom juridiska personer numera endast kan ha inkomst av näringsverksamhet är vinst vid avyttring av sådan fordran alltid inkomst av näringsverksamhet. (Här och nedan bortses från vad som gäller för dödsbon.) För förlust vid avyttring av fordran bör enligt min mening gälla att sådan aldrig kan bli kapitalförlust för en juridisk person, oberoende av om fordringen är hänförlig till varuleverans eller någon form av lån. Detta gäller dock under förutsättning att det verkligen är fråga om en ordinär fordran och inte ett maskerat tillskott eller omvänt förtäckt utdelning. Slutsatsen av lagändringen är så vitt jag kan förstå att avdragsrätten för förlust på lånefordringar vad gäller juridiska personer blivit utvidgad.¹⁶

För fysisk person kan sådan förlust naturligtvis vara kapitalförlust. För sådan person kvarstår även skillnaden i avdragshänseende mellan förlust på lånefordran och förlust på kundfordran, eftersom vinst och förlust på lånefordringar för fysiska personer skall hänföras till inkomst av kapital såvida inte förlusten är att betrakta som en rent personlig levnadskostnad. En förlust på en varufordran i näringsverksamheten är för en fysisk person en i näringsverksamheten avdragsgill driftförlust.

För att förstå och kunna tolka de nu nämnda principerna rörande rätten till avdrag för förluster på olika slag av fordringar bör man studera lagstiftning och praxis för tiden före skattereformen i de delar rättsläget får anses

¹⁶ Se även Wiman, Koncernbeskattning s. 176.

vara i stort sett oförändrat. Praxis och motivuttalanden i dessa avseenden bör alltså utgöra viktiga tolkningsdata. Det är för bedömningen av juridiska personers avdragsrätt även relevant att studera äldre praxis rörande sådan rätt för fysiska personer.

Äldre regler och praxis innebar huvudsakligen att för förlust på lånefordran vägrades i allmänhet avdrag eftersom sådan fordran i regel ansågs sakna samband med någon förvärvskälla eller i vart fall inte kunde anses normal för förvärvskällan, såvida det inte var fråga om penningrörelse eller liknande. Till lånefordringar torde även räknas regressfordran.

6.2.2.2 Allmänt om kundfordringar

För kundfordringar var rättsläget före skattereformen motsatt det som gällde för lånefordringar, dvs. avdragsrätt förelåg i regel för förlust på kundfordringar. Rätt till avdrag för förlust på sådan (drift-)fordran förelåg i princip så snart förlusten "konstaterats vara definitiv". (Jämför dock nedan angående ackordsuppgörelser m.m. mellan företag i intresse-gemenskap.) Även om förlusten inte varit definitiv har man i regel ändå godtagit avdrag när fordran skrivits ned i enlighet med god redovisnings-sed till belopp varmed den kan antas inflyta. Detta har i vart fall gällt när det inte varit fråga om nedskrivning av fordringar på närstående företag. I sist nämnda fall kan det nämligen finnas anledning att ta ställning till frågan om det nedskrivna beloppet i realiteten utgör förtäckt tillskott/ut-delning.

Nedskrivning av kundfordran skall ske antingen direkt genom nedskrivning av de osäkra fordringarnas bruttobelopp eller indirekt genom avsättning till ett motkonto på balansräkningens passivsida. Sådant konto brukar kallas delcrederekonto. En förutsättning för att indirekt nedskrivning av fordringar skall godtas skatterättsligt är att redovisningen är så ordnad att säkerhet finns för att eventuellt återvinna nedskrivningsbelopp kan återföras till beskattning.¹⁷

Man har alltså skatterättsligt accepterat avdrag motsvarande nedskrivet belopp på ordinär kundfordran där förlusten endast är befarad ("sannolik förlustrisk"), men där den ännu ej blivit "definitiv". En individuell prövning skall dock ske av varje enskild kundfordran innan en nedskrivning kan godtas skatterättsligt. Generell nedskrivning med viss procent godtas dock beträffande vissa branscher (t.ex. postorderverksamhet), se t.ex. RÅ 1965 Fi 1355.

Grunden för att man godtagit avdrag för "befarade" förluster när fråga varit om kundfordringar kan härledas ur bestämmelserna i (nuvarande) 24 § KL. (Dessa bestämmelser återfanns tidigare i 41 § KL.) Där uttalas

¹⁷Handledning för beskattning av inkomst och förmögenhet, del 2 s. 760.

att inkomst av näringsverksamhet skall beräknas enligt bokföringsmässiga grunder i den mån dessa inte strider mot bestämmelser i KL. Eftersom det saknas särskilda skatterättsliga värderingsregler i detta avseende får man tillämpa bokföringsmässiga regler och god redovisningssed. En viktig bokföringsmässig princip vid värderingen av tillgångar är försiktighetsprincipen som bl.a. innebär att man inte skall redovisa tillgångar till ett för högt värde. En konsekvens av försiktighetsprincipen är lägsta värdets princip. Den innebär att det högsta tillåtna värdet på en omsättningstillgång är det lägsta av anskaffningsvärdet och det verkliga värdet. Denna princip, som kommer till uttryck i 14 § BFL, gäller även för fordringar som utgör omsättningstillgångar, se 16 § BFL. Detta innebär att kundfordringar inte får tas upp över det värde till vilket de kan beräknas inflyta. Här är gäldenärens solvens av avgörande betydelse.¹⁸ Är fordran helt värdelös får den enligt bokföringslagen inte alls tas upp som tillgång. Det finns här inget utrymme att underlåta nedskrivning med hänvisning till att osäkerheten kan antas vara endast tillfällig.¹⁹ Skatterättsligt medför bestämmelserna i 24 § KL jämfört med nämnda bestämmelser i bokföringslagen att avdrag i regel bör medges för en nedskrivning av en kundfordran när den är bokföringsmässigt motiverad. Praxis har stor betydelse för tolkningen av de nu aktuella lagrummen, eftersom de är allmänt hållna och i vissa väsentliga delar saknar vägledande motivuttalanden.

Vidare gäller att inflyter en eventuell framtida betalning utöver nedskrivet belopp, så kommer denna betalning att påverka det årets resultat när betalningen äger rum med följd att den då kommer att tas upp till beskattning.

Vad som nu anförts angående avdragsrätt för förlust på kundfordringar gäller även efter genomförandet av skattereformen.

6.2.2.3 Praxis avseende lånefordringar

Jag skall nedan behandla den praxis som utvecklats före skattereformen avseende avdrag för kostnader för förluster på lån givna till närstående företag.

Fram till och med 1991 års taxering hade punkt 5 av anvisningarna till 20 § KL i nu relevanta delar följande lydelse.

Till kapitalförlust räknas förlust som inte har samband med någon förvärvskälla samt förlust som visserligen har sådant samband men inte kan anses normal för förvärvskällan i fråga. Till kapitalförlust räknas dock inte förlust på lånefordringar, aktier, andelar eller liknande tillgångar, om innehavet

¹⁸ Kedner och Roos, del II s. 52.

¹⁹ Se vidare om nedskrivning av kundfordringar i a.a. s. 74 f. Se även Norberg s. 268 ff.

betingas av näringsverksamhet som bedrivs av den skattskyldige eller annan, som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå den skattskyldige nära.

I de fall den skattskyldige bedrivit penning- eller försäkringsrörelse – där fordringarna varit att hänföra till lagertillgång i verksamheten – förelåg däremot (och föreligger alltså) avdragsrätt för driftförlust vid nedgång av värdet på sådan fordran.

Ur praxis kan exempel hämtas på att avdragsrätt föreläggas för förlust på lånefordringar även i andra fall än vid penning- eller försäkringsrörelse. Detta har varit fallet när det föreläggas ett sådant samband mellan långgivarens och låntagarens verksamheter att lånefordringen anses ha tillkommit som ett led i långgivarens verksamhet.²⁰ Det krävs emellertid ett ganska starkt samband mellan långgivarens och låntagarens verksamheter för att avdragsrätt skall föreligga i dessa fall.

I ett fall, RÅ 1964 Fi 1594, vägrades en rörelseidkare (fysisk person) avdrag för förlust på växelfordran på annan person, vilkens rörelse klaganden understött i syfte att finna avsättning för sina varor. På grund av gäldenärens konkurs hade klaganden helt avskrivit sin fordran. Kreditgivning av ifrågasatt slag ansågs inte normalt ingå i den av klaganden bedrivna förvärvsverksamheten. Förlusten var alltså kapitalförlust. Avgörandet illustrerar det krav som ställts på att lånet skall vara givet i och för långgivarens verksamhet för att avdrag såsom för driftförlust skall kunna medges. Med hänsyn till att det för juridiska personer numera inte krävs att lånet skall ha givits i och för verksamheten för att avdrag skall kunna medges i näringsverksamheten har rättsfallet numera endast relevans för fysiska näringsidkare.

För förlust på lånefordringar och liknande rättigheter har det ställts vissa särskilda krav för att avdragsrätt skall föreligga när gäldenären ingått i samma koncern som borgenären. Man har som ovan framhållits i praxis krävt att sådan förlust skall vara verklig, dvs. att den skattskyldige som yrkar avdraget inte direkt eller indirekt (t.ex. genom berikande av annat koncernbolag) kompenserats för förlusten på annat sätt eller att förlusten endast är fiktiv. När det gäller lånefordringar på närstående företag kan, som ovan nämnts, en nedskrivning av sådan fordran i realiteten utgöra kapitaltillskott eller utdelning. Ingendera av dessa är avdragsgilla driftkostnader. De principer jag ovan redogjort för skall jag försöka att belägga nedan genom att redovisa ett par rättsfall.

I RÅ 1970 ref 17 (fb) var fråga om ett svenskt bolag hade rätt att dra av förlust på grund av nedskrivning av finansieringslån till utländskt dotterbolag. Det svenska bolaget ägde 58 procent av aktierna i det utländska

²⁰ Se RÅ 1911 ref 53 och prop 1980/81:68 bil 5 s. 201. I målet var fråga om ASEA:s avdragsrätt för förlust på fordran på grund av försträckning av pengar och varor till ett danskt electricitetsbolag.

tillverknings- och försäljningsbolaget som försåg det svenska bolaget med varor. Det svenska bolaget hade vid bildandet av dotterbolaget lämnat ett finansieringslån till dotterbolaget. Det utländska bolaget gick allt sämre och det svenska bolaget övervägde att skriva ned lånefordran på dotterbolaget. Nedskrivningen skulle motsvara upplupna men ej betalda amorteringar.

Rättsnämnden fann att lånet var att hänföra till sökandebolagets rörelse. Emellertid ansåg rättsnämnden att avdragsrätt saknades. Nämnden ansåg att det var fråga om ett finansieringslån och att avdrag för nedskrivning på sådant lån icke borde medges med mindre det kunde konstateras, att en motsvarande definitiv förlust uppkommit på lånet. Rättsnämnden fann att någon definitiv förlust inte var konstaterad. Regeringsrätten lämnade på de av rättsnämnden angivna skälen bolagets besvär utan bifall.

I förhandsbeskedet RÅ 1988 ref 112 hade ett svenskt moderbolag en fordran på ett utländskt dotterbolag om 20 miljoner pund. Moderbolaget avsåg att avyttra fordringen till en utomstående för 5 miljoner pund. I samband med den planerade avyttringen av fordringen avtalades bl.a. att den skulle löpa utan ränta och förfalla till betalning först år 2003.

Rättsnämnden, som fann fordringen betingad av sökandebolagets rörelse, ansåg det oklart i vilken utsträckning avyttringen av fordran verkligen medförde en förlust. Motiveringen var bl.a. att förvärvaren av fordringen inte kunde göra denna gällande med sitt nominella belopp förrän först år 2003. Rättsnämnden fann således att avdragsrätt saknades.

Regeringsrätten var också av uppfattningen att avdragsrätt saknades, men på en annan grund. Regeringsrätten ansåg att den affärsmässiga förlust som moderbolaget skulle komma att göra med anledning av den planerade avyttringen skulle komma att motsvaras av den vinst dotterbolaget skulle göra på att fordran dels skulle löpa utan ränta och dels inte få göras gällande till nominellt belopp förrän först år 2003. Regeringsrätten synes ha ansett att förlusten inte var verklig då den skulle komma att kompenseras av motsvarande vinst hos dotterbolaget.

Innan jag lämnar lånefordringar inom koncerner kan det vara av visst intresse att även omnämna ett äldre men ändå intressant notismål, nämligen RÅ 1951 Fi 383. I målet var fråga om ett något omvänt förhållande jämfört med vad som ovan behandlats. Här gällde nämligen frågan om ett dotterbolags avdragsrätt för ränta på från moderbolaget efterskönt kredit.

Moderbolaget, som var en bank, hade efterskönt ett lån till ett rörelse-drivande dotterbolag på grund av att dotterbolaget uppvisade dåligt resultat. (Bägge bolagen var skattskyldiga i Sverige.) När resultatet sedermera förbättrades erlade dotterbolaget ränta på den efterskönta krediten. Regeringsrätten, som inte var enig, vägrade dotterbolaget avdrag på grund

av att betalningen ansågs utgöra vinstdisposition.

När det gäller lånefordringar har som ovan visats att det i praxis ställts krav på att förlust på lån givna mellan närstående företag verkligen kunnat konstaterats vara definitiva och verkliga. Eftersom dessa krav gäller även efter skattereformen är RÅ 1970 ref 17 och 1988 ref 112 alltså av prejudikatintresse.

RÅ 1951 Fi 383 ger uttryck för möjligheten att betrakta en räntebetalning till moderbolag på ett efterskönt lån som en vinstdisposition och – rimligen – ett efterskönt lån i en likartad situation som ett kapitaltillskott. Det sistnämnda kan ha viss betydelse för hur man skall betrakta infriade stödbrev där moderbolag efterskönt regressfordran på dotterbolag. Se mer om detta i avsnitt 6.2.6.

6.2.2.4 Ackord

I detta avsnitt kommer jag att behandla avdrag för kostnader till följd av att kundfordran på närstående företag satts ned genom ackord.

T.o.m. 1983 års taxering återfanns en bestämmelse i andra stycket av punkt 10 av anvisningarna till 29 § KL (föregångaren till punkt 5 av anvisningarna till 20 § KL), med bl.a. den innebörden att om intressegemenskap förelåg mellan borgenären och gäldenären kunde den förra vid ackordsuppgörelse emellan med skatterättslig verkan endast få skriva ned sin fordran inom ramen för reglerna om öppna koncernbidrag. Orsaken härför var främst att man inte önskade att de skattskyldiga skulle kunna välja ackord i stället för koncernbidrag för att därigenom erhålla vissa oberättigade skatteförmåner. En sådan förmån var – till skillnad från vad som gäller för koncernbidrag – att beloppet inte behövde intäktsredovisas hos gäldenären. Enligt förarbetena skulle denna avdragsbegränsning gälla även när gäldenären var på obestånd, om obeståndet hade sin grund i intressegemenskapen. Bl.a. uttalades i fall av intressegemenskap att en bokföringsmässig förlust hos gäldenären inte behöver innebära någon verklig insolvens. Det kan i själva verket vara fråga om en borgenärens förlust, som mer än väl uppvägs av vinsten på hans verksamhet.²¹

När reglerna om avdragsförbud för kapitalförlust flyttades till punkt 5 av anvisningarna till 20 § KL anförde dep.ch. att det även utan en uttrycklig regel torde vara klart att en förlust som uppkommit genom att ackord beviljats ett dotterbolag, eller ett annat närstående bolag, inte alltid kan utgöra avdragsgill driftkostnad. Dep.ch. ansåg att om ackordet haft sin grund i intressegemenskapen mellan borgenären och gäldenären kunde man i dessa fall inte anse att en verklig förlust var konstaterad.²²

²¹ SOU 1964:29 s. 104 ff och 144 f samt prop 1965 :126 s. 55 och 78 f.

²² Prop 1980/81:68 del A s. 201.

Av den praxis som utvecklats ur tillämpningen av den ovan nämnda bestämmelsen kan bl.a. följande i detta sammanhang intressanta slutsatser dras.

För det första har Regeringsrätten i förhandsbeskedet RÅ 1972 A 74 förklarat att om obeståndet är beroende av andra orsaker än själva intressegemenskapen kan avdragsrätt föreligga för förlust på fordran på närstående företag.

I målet var fråga om ett svenskt bolag (X) som var dotterdotterbolag till ett utländskt bolag, som också ägde ett annat svenskt bolag (Y). Y drev detaljhandel genom en butikskedja. X hade på grund av varuleveranser till Y en fordran på detta bolag. X hade tillämpat samma prissättning vid försäljning till Y som vid försäljning till utomstående. Eftersom Y:s verksamhet hade gått med förlust och då bolagets reserverade medel var obetydliga, träffades en ackordsuppgörelse mellan X och Y. Enligt överenskommelsen skulle X sätta ned sin fordran med drygt hälften, eller 1 miljon kronor, under förutsättning att ackordsförlusten skulle komma att betraktas som avdragsgill. Allmänna ombudet invände bl.a. att förlusten inte var definitivt konstaterad och att ingen annan borgenär än X avsåg att lämna Y ackord. Rättsnämnden var av den uppfattningen att ingen annan borgenär skulle ha lämnat Y ett sådant ackord, varför ackordet fick antas ha sin grund i själva intressegemenskapen. På grund härav, och då förutsättningar för X att erhålla avdrag för beloppet såsom koncernbidrag till Y saknades, fann rättsnämnden att avdragsrätt inte förelåg.

Regeringsrätten ansåg däremot att rätt till avdrag förlåg. Som motivering anförde rätten att X hade varit huvudleverantör åt Y och att Y närmast var att betrakta som ett försäljningsbolag åt X. Prissättningen på varorna var dessutom densamma som X tillämpade gentemot fristående kunder. Regeringsrätten synes ha menat att obeståndssituationen inte hade sin grund i affärerna mellan systerbolagen X och Y, dvs. den var inte orsakad av intressegemenskapen. Bestämmelserna i punkt 10 i.f. av anvisningarna till 29 § KL var alltså inte tillämpliga, med följd att rätt till avdrag för den planerade ackordsuppgörelsen förelåg.

Ett annat rättsfall av intresse är förhandsbeskedet RÅ 1976 Aa 47. Här var fråga om ett svenskt moderbolag som ägde samtliga aktier i ett utländskt dotterbolag. Dotterbolagets verksamhet bestod i vidarebearbetning av halvfabrikat som köpts från moderbolaget. Vidare fungerade dotterbolaget som försäljningsbolag åt moderbolaget i dotterbolagets land. Dotterbolaget hade under hela tiden gått med förlust. Till slut övervägde moderbolaget att lämna ett ackord motsvarande den balanserade förlusten i dotterbolaget, som uppgick till 310 procent av dotterbolagets egna kapital. Övriga fordringsägare hade tryggats på olika vis, varför de inte berördes av den planerade ackordsuppgörelsen. Moderbolaget be-

gärde i förhandsbesked svar på frågan om avdragsrätt skulle föreligga för ackordsförlusten.

Rättsnämnden fann att dotterbolaget var på obestånd och att ackordsuppgörelsen inte hade sin grund i intressegemenskapen, varför nämnden biföll ansökan. Regeringsrätten däremot ansåg att moderbolaget saknade rätt till avdrag. Som grund åberopade rätten bl.a:

Den verksamhet som dotterbolaget bedrivit har bland annat syftat till att introducera koncernen på en ny marknad. Att verksamheten hittills varit förlustbringande får antagas ha haft direkt samband med denna inriktning av verksamheten. Den hos dotterbolaget bokförda förlusten är därför väsentligen att se som en koncernens introduktionskostnad på den nya marknaden. Icke blott skulden utan även ackordet måste på grund härav antagas ha sin grund i intressegemenskapen mellan moder- och dotterföretag.

I RÅ 1987 not 439 (fb) hade ett svenskt moderbolag stora varufordringar på ett finskt dotterbolag, som var ett försäljnings- och serviceföretag vilket framför allt – men inte enbart – sålde det svenska moderbolagets produkter. Varufordringarna hade under ett antal år ökat till 23 miljoner kronor medan dotterbolagets aktiekapital uppgick till 2,7 miljoner finska mark. Dotterbolaget uppvisade stora förluster och kunde inte betala sina skulder. Moderbolaget avsåg att nedskriva fordran. Rättsnämnden konstaterade att om inte fordran efterskänktes – i detta fall genom ackord – skulle dotterbolaget träda i likvidation, utan att moderbolaget kunde påräkna någon utdelning. Övriga större borgenärer hade sådana säkerheter att de inte löpte någon förlustrisk om dotterbolaget försattes i konkurs. Dessa borgenärer hade därför inte något intresse av att erbjuda ackord.

Rättsnämnden uttalade sig bl.a. om innebörden av den ovan redovisade ändringen av punkt 10 andra stycket av anvisningarna till 29 § KL och anförde bl.a.

”Bestämmelserna upphävdes genom lagstiftning 1981. Avsikten har uppenbarligen inte varit att avdragsrätten i fortsättningen skall bedömas utan hänsyn till föreliggande intressegemenskap (jfr prop 1980/81:68 s. 201). Den nya lagstiftningen ger å andra sidan inte stöd för en mer restriktiv bedömning än tidigare. Nämnden uppfattar rättsläget så att en skiljelinje, när intressegemenskap föreligger, fortfarande går mellan de fall där ackordet har sin grund i intressegemenskapen och de fall där ackordet är affärsmässigt betingat. I de förra medges avdrag endast inom ramen för koncernbidragsreglerna, i de senare bedöms avdragsrätten enligt de allmänna bestämmelserna i 29 § 1 mom KL. Vid gränsdragningen mellan de olika fallen kan de kriterier som angavs i de upphävda bestämmelserna och i förarbetena till dem fortfarande tjäna till ledning.”

Härefter konstaterade rättsnämnden att förutsättningar för avdrag för koncernbidrag inte förelåg och anförde vidare att moderbolagets avdrags-

rätt således var beroende av om ackordet var affärsmässigt betingat eller ej.

Rättsnämnden konstaterade att det saknades grund för antagandet att dotterbolagets obestånd uppkommit genom värdeöverföring till moderbolaget eller på annat sätt haft sin grund i intressegemenskapen. Vidare önskade moderbolaget ha kvar dotterbolaget på den finska marknaden eftersom detta var ett försäljningsbolag. Rättsnämnden fann att ackordet var affärsmässigt betingat. Regeringsrätten gjorde ej ändring.

De ovan refererade avgörandena ligger alla väl i linje med motivuttalandena till ifrågavarande lagrum.

Avslutningsvis skall jag behandla ett förhandsbesked, RÅ 1990 not 193, där fråga var om ett svenskt moderbolag (sökandebolaget) som hade utestående varufordringar gentemot ett engelskt dotterbolag. Dotterbolaget uppvisade stora förluster och kunde fortleva endast på grund av "garantiförbindelse från sökandebolaget (letter of intent)". Rättsnämnden fann att moderbolagets fordran inte kunde anses ha karaktären av varufordran i den bemärkelsen att motsvarande krediter skulle ha lämnats vid leveranser av varor till av moderbolaget oberoende avnämare. Rättsnämnden ansåg att det snarare förhöll sig så, att krediterna hade lämnats som ett led i moderbolagets åtgärder för att finansiellt understödja det engelska dotterbolaget. Rätt till avdrag för förlust genom ackord på varufordran förelåg enligt rättsnämnden således inte. Rättsnämnden hänvisade i sin motivering till prop 1980/81:68 s. 201.

Regeringsrätten, som inte biföll bolagets talan, anförde följande.

"Av handlingarna i förevarande förhandsbeskedsärende kan inte någon verklig driftförlust av avdragsgill karaktär anses konstaterad på grund av det ackord som avses skola beviljas sökandebolagets engelska dotterbolag."

Vad Regeringsrätten avsett med sin kortfattade motivering är inte helt lätt att utröna. Rätten kan – likt rättsnämnden – ha varit av den uppfattningen att det inte var fråga om en varufordran i egentlig mening utan i stället en kostnad för att finansiellt understödja dotterbolaget. Sådan kostnad är icke att hänföra till löpande driftkostnad.²³ Om nu Regeringsrätten var av denna uppfattning; varför skrev rätten inte endast "ej ändring"? En möjlig förklaring kan vara att rätten ansåg att det inte var konstaterat att förlusten var definitiv. Frågan gällde om förlusten var avdragsgill vid taxeringen åren 1989–1991. Regeringsrätten sade att inte "någon verklig driftförlust av avdragsgill karaktär (kan) anses konstaterad". Förlusten hade alltså inte vid ifrågavarande taxeringsår ännu konstaterats vara definitiv.²⁴ Samtidigt

²³ Se Wiman, SN 1991 s. 367.

²⁴ Se Wiman, Koncernbeskattning s. 177. Wiman synes ha modifierat sin uppfattning här något jämfört med vad han anförde i SN 1991.

var den inte heller "verklig" enligt Regeringsrättens mening. Regeringsrätten berörde således i sin motivering samtliga rekvisit för avdrag. Man bör dock vara mycket försiktig med att dra långtgående slutsatser av denna kortfattade motivering som dessutom avgivits i ett notismål.

6.2.2.5 Sammanfattning

För juridiska personer gäller fr.o.m. 1992 års taxering så vitt jag kan förstå att avdragsrätt för förlust på rörelsebetingade låne- och kundfordringar i princip skall behandlas lika. I avdragshänseende skall således inte längre göras någon skillnad dem emellan. Detta innebär bl.a. att förlust på rörelsebetingad lånefordran för en juridisk person inte längre kan vara kapitalförlust. Förlust på ordinär låne- eller kundfordran utgör avdragsgill driftförlust i den utsträckning (det kan konstateras att) förlusten är definitiv eller kan skrivas ned i enlighet med god redovisningssed på grund av konstaterad förlustrisk. Det senare har enligt stadgad praxis tidigare främst gällt kundfordringar. Vidare gäller för avdrag att förlusten skall vara verklig.

Av den praxis som jag ovan redogjort för framgår emellertid beträffande sådana fall där företag (t.ex. moderbolag) eftergivit och skrivit ned fordran på närstående företag (t.ex. dotterbolag) att bokföringsmässigt beräknad förlust inte utan vidare kan anses avdragsgill. Är det t.ex. fråga om förlust som uppkommit genom att ackord beviljats ett dotterbolag är det inte fråga om avdragsgill driftförlust i de fall ackordet haft sin grund i intressegemenskapen mellan borgenären och gäldenären. Detta gäller oavsett om fråga är om låne- eller kundfordran. Man får här så vitt jag kan se bl.a. beakta om ackordet kan tänkas medföra att dotterbolagets ställning stärks på så sätt att möjligheterna att lämna vinstutdelning ökar jämfört med vad som skulle ha varit fallet om lånet inte eftergivits. Är det så att dotterbolagets finansiella ställning är så prekär att en eftergift av lånet i praktiken är nödvändig för att dotterbolaget överhuvudtaget skall kunna fortsätta sin verksamhet, kan kanske moderbolagets förlust betraktas som avdragsgill, eftersom eftergiften i så fall saknar direkt samband med intressegemenskapen. Emellertid kan det finnas skäl att ta ställning till om dotterbolagets dåliga ekonomiska ställning föranletts av att moderbolaget tillskjutit för litet eget kapital. Om detta är orsaken till att moderbolaget tvingats att erbjuda dotterbolaget ackord avseende vissa fordringar kan man hävda att ackordet är förorsakat av intressegemenskapen, vilket låtit sig komma till uttryck genom det för lågt tillskjutna kapitalet.

Om däremot en liknande kredit överhuvudtaget inte skulle ha lämnats av en utomstående, t.ex. på grund av gäldenärens ekonomiska situation, är ackordet indirekt betingat av intressegemenskapen mellan borgenären och

gäldenären, varför det är tvivelaktigt om avdragsrätt skulle föreligga.

Vidare kan det ifrågasättas om inte praxis möjligen ger ett visst utrymme för att i vissa fall behandla nedskrivning av fordran på dotterbolag som icke avdragsgillt kapitaltillskott. Till denna fråga återkommer jag något under avsnitt 6.2.4.

6.2.3 Borgen

6.2.3.1 Allmänt om avdragsrätt för infriad borgen

Som ovan visats (kapitel 2) är stödbrev ett alternativ till borgen. Men stödbrev kan vara mycket mer än så. De är i flera avseenden nära besläktade med formella borgensförbindelser. I vart fall gäller detta de ”starka” stödbreven. Stödbrev innehåller ibland förpliktelser av borgenskaraktär. Med anledning härav är det särskilt intressant att studera hur man skatterättsligt behandlar förluster till följd av infriade borgensåtaganden. Jag avser att i detta avsnitt redogöra för den skatterättsliga behandlingen av borgensförluster för att sedan i avsnitt 6.2.6.4.2 diskutera om man i något eller några avseenden kan applicera den skatterättsliga behandlingen av borgensförluster på förluster till följd av infriade stödbrevsförpliktelser.

För att kunna utröna vad gällande rätt beträffande borgensförluster innebär är man i avsaknad av närmare preciserad lagstiftning och vägledande motivuttalanden i stort sett hänvisad till den – ibland rätt ålderstigna – rättspraxis som finns på området.

För rätt till avdrag för förlust med anledning av ingången borgensförbindelse gäller enligt andra stycket d) punkt 5 av anvisningarna till 20 § KL följande.

Till kapitalförlust räknas dock inte förlust på borgensförbindelse, om denna betingas av näringsverksamhet som bedrivs av den skattskyldige eller annan, som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå den skattskyldige nära.

Förlust på borgensförbindelse är således som huvudregel att betrakta som kapitalförlust.

Av lagrummet kan utläsas att det inte är fråga om kapitalförlust om borgensförbindelsen ”betingas” av egen eller organisatoriskt närstående näringsverksamhet. Vad avses härmed? För att avdrag skall medges för förlust på aktier, fordringar etc. krävs endast att motsvarande vinst skulle ha beskattats i inkomstslaget näringsverksamhet. För juridiska personer är numera detta i regel alltid fallet under förutsättning att fordran i realiteten inte är något annat, t.ex. förtäckt tillskott/utdelning. (Här bortses från speciella regler rörande avdrag för förlust på vissa slag av aktier, se 2 §

4 mom 9 st, 3 § 2 mom 3 st och 2 § 14 mom 1 st SIL).

Innebär rekvisitet ”betingas” att det räcker med att borgensförbindelsen ingåtts för en affärshändelse vars nettoresultat skall tas upp som inkomst av näringsverksamhet? M.a.o. är avdragsrätten beskaffad på ett likartat sätt i fall av förlust på borgensförbindelser som i fall av förlust på aktier, fordringar etc?

Ett resonemang med innebörd att om all inkomst skall beskattas som inkomst av näringsverksamhet bör också alla förluster få dras av där, framfördes redan av 1924 års skatteberedning med anledning av att nämnda beredning bl.a. föreslog fri avskrivning på inventarier i enlighet med bokföringen. Beredningen föreslog i detta avseende att all inkomst en juridisk person erhöll skulle tas upp som inkomst av rörelse med följd att alla förluster också var avdragsgilla i rörelsen.²⁵ Även 1928 års bolagsskatteberedning föreslog liknande regler, dock att man ville undanta förluster på byggnader.²⁶ Ingendera av dessa förslag genomfördes, men de föreslagna bestämmelserna har i vissa delar återkommit och infogats i nu gällande lagstiftning i och med 1990 års skattereform.

Finns det stöd för att anlägga ett liknande resonemang idag, dvs. att det är kopplingen till inkomstslaget som är det avgörande för bedömningen? Ett möjligt stöd härför skulle kunna vara att en av orsakerna till att man vägrat avdrag i rörelsen för vissa förluster har varit att näringsidkare – fysisk eller juridisk person – tidigare beskattades i olika inkomstslag. Här var det företrädesvis gränsdragningen mellan tillfällig förvärvsverksamhet och rörelse som aktualiserades vad avsåg juridiska personer. Numera är all inkomst en juridisk person erhåller att hänföra till inkomst av näringsverksamhet. Detta skulle kunna tala för att det inte längre är lika motiverat att behålla det äldre kapitalförlustbegreppet i denna del. Jag har emellertid inte funnit något stöd för att lagstiftaren haft för avsikt att beträffande avdragsrätten för förlust på borgensförbindelser göra någon ändring gentemot tidigare gällande rätt. Man får således enligt min mening – i enlighet med äldre praxis, motivuttalanden och doktrin – tolka ”betingas” som ett krav på att borgensåtagandet skall ha föranletts av den näringsverksamhet bolaget eller bolaget organisatoriskt närstående bedriver. Borgensåtagandet får inte vara föranlett av privata skäl eller för att direkt gynna aktieägarna utan skall i stället ha tillkommit av s.k. affärsmässiga skäl.

Det är således enligt min uppfattning inte inkomstslaget som är avgörande för avdragsrätten, utan i stället är det (det nödvändiga) sambandet mellan den bedrivna verksamheten och borgensförbindelsen som är utslagsgivande. Detta avser jag att visa med stöd av äldre praxis, dvs.

²⁵ SOU 1927:23 s. 69.

²⁶ SOU 1931:40 del 1 s. 40.

avseende tiden före skattereformen. Denna slutsats överensstämmer också med den i punkt 5 av anvisningarna till 20 § KL uttalade huvudprincipen att förlust på borgensförbindelse till sin natur är en kapitalförlust. Kapitalförlust är enligt gängse definition en förlust som den skattskyldige lidit vid sidan av vad som normalt ingår som ett led i förvärvsverksamheten, dvs. en oberoende av näringsverksamheten uppkommen förlust.

6.2.3.2 Praxis

Om vi betraktar den praxis som finns på området visar den så gott som entydigt att om det saknas ett klart (affärsmässigt) samband mellan borgensförbindelsen och borgensmannens näringsverksamhet är förlust på sådan borgensförbindelse att anse som kapitalförlust. Jag skall nedan försöka att belägga denna slutsats med en handfull rättsfall. Rättsfallsgenomgången är ingalunda fullständig utan avser endast att belysa nämnda rättsregel. Även här kommer jag att begagna mig av rättsfall rörande fysiska personers avdragsrätt. I sak föreligger inte någon för denna jämförelse relevant skillnad mellan fysiska och juridiska personers avdragsrätt för förlust på borgensförbindelser.

I RÅ 1930 Fi 441 hade en rörelseidkare (fysisk person) för erhållande av utsträckt kredittid på ett banklån iklätt sig ett borgensansvar för långivande banks direktör. Direktören försattes sedermera i konkurs och den förlust som borgensmannen åsamkades på borgensförbindelsen ansågs ej avdragsgill. Det saknades här ett samband mellan borgensförbindelsen och rörelsen. (Se liknande avgöranden i RÅ 1933 Fi 760–763, 1937 Fi 128 och 1955 Fi 2024. I det sistnämnda fallet var fråga om en lantbrukare som tecknat borgen för en ekonomisk förening som han dels var styrelseledamot i, dels sålde skog till. Avdrag vägrades för infriat borgensbelopp.)

I RÅ 1945 Fi 1014–1015 var det fråga om ett svenskt bolag som var anslutet till en utländsk koncern och i denna egenskap hade fått ikläda sig en garantiförbindelse för ett utländskt koncernbolags räkning. Till följd härav hade det svenska bolaget åsamkats betydande förluster. Domstolarna vägrade avdrag för förlusterna.

I RÅ 1971 Fi 144 gällde det rätten till avdrag för förlust på växelskuld där betalningsansvar övertagits på grund av borgensförbindelse. A ägde samtliga aktier i AB X, som tillverkade damunderkläder. Vidare ägde A jämte annan person samtliga aktier i AB Y, som tillverkade herrunderkläder. AB Y hade en växelskuld, som AB X övertog betalningsansvaret för på grund av borgensåtagande i samband med likvidation av AB Y. AB X hävdade att bolagen var nära sammankopplade och hade gemensamma kunder, varför de ifrågavarande förlusterna borde betraktas som kundförluster. Avdrag vägrades emellertid med motiveringen att förlusten inte ingått som ett normalt led i AB X:s förvärvsverksamhet.

Har däremot ett klart samband funnits mellan borgensförbindelsen och borgensmannens näringsverksamhet har domstolarna, som sagt, i regel medgett avdrag för förlust på sådan borgensförbindelse.

I RÅ 1938 Fi 706 var det fråga om ett fastighetsaktiebolag som hyrde ut en butikslokal till en köpman. Butikslokalen hade tidigare stått outhyrd under en längre tid. Köpmannen saknade rörelsekapital, varvid fastighetsaktiebolaget tecknade borgen för ett lån till köpmannen. Sedermera gick köpmannen i konkurs och fastighetsaktiebolaget blev tvunget att infria borgensförbindelsen. För detta erhöll bolaget avdrag. I RÅ 1948 Fi 596 var det fråga om en direktör i ett murbruksbolag som hade tecknat borgen för en byggmästare i samband med att denne åtog sig ett byggnadsuppdrag. Borgensförbindelsen gällde enligt anteckning i murbruksbolagets styrelseprotokoll bolaget, men vederbörande bank hade krävt personlig borgen av direktören. Sedan byggmästaren försatts i konkurs infriade bolaget borgensförbindelsen och medgavs avdrag för förlusten. I RÅ 1969 Fi 1720 hade ett bolag från ett annat företag förvärvat en tillverkningsrätt samt vissa för tillverkningen nödvändiga maskiner. Som betalning erlade bolaget visst kontantbelopp samt övertog borgensansvar för ett förlagslån om 50 000 kr. Bolaget blev tvunget att infria 20 000 kr av lånet. Regeringsrätten medgav avdrag för denna kostnad eftersom borgensåtagandet utgjort ett villkor för förvärvet av tillverkningsrätten och den maskinella utrustningen. Tillverkningen av det som tillverkningsrätten omfattade utgjorde enligt rätten ett led i bolagets rörelse. I samtliga dessa fall har man alltså ansett att det förelegat ett sådant samband mellan borgensmannens rörelse och borgensförbindelsen att förlust på densamma varit att hänföra till driftförlust.

I senare praxis finns ett avgörande av stort intresse. Det är RÅ 1975 ref 66 (=RRK R75 1:52). I målet hade en leverantör gått i borgen för en detaljists checkräkningskredit. Detaljisten gick i konkurs och leverantörbolaget fick infria sin del av borgensansvaret. Syftet med den lämnade borgen var att förbättra möjligheterna till betalning av utestående fordringar och att binda detaljisten till leverantören. Regeringsrätten medgav därför avdrag.

Den av leverantören ingångna borgensförbindelsen var även ur rent civilrättslig synvinkel tillåten. Ett typiskt fall då borgensförbindelse har till syfte att främja bolagets egen verksamhet, och därför inte behöver strida mot de begränsningar som gäller bolagsorganens befogenheter, är att borgen tecknas för annan persons eller företags kredit i syfte att möjliggöra för denne andre att fullgöra en leverans eller annan förpliktelse mot bolaget.²⁷

Det finns ytterligare exempel på likartade fall då avdrag medgetts, nämligen RÅ 1987 not 343. Här var fråga om en rörelseidkare som sålde sitt varulager. Köparen betalade halva köpeskillingen kontant. För detta belopp tog köparen ett banklån. Säljaren gick i borgen för lånet. Säljaren tvingades sedermera att infria en del av sitt borgensåtagande. Regerings-

²⁷ Nial, Aktiebolags och andra företags borgensförbindelser s. 14.

rätten ansåg att borgensåtagandet betingats av säljarens rörelse, varför förlusten var att betrakta som avdragsgill driftförlust.

Regeringsrätten har vidare haft att pröva frågan om rätt beskattningsår för förlust genom borgensåtagande.²⁸ Ett svenskt aktiebolag (F AB) anlidade ett schweiziskt bolag (CIC) som återförsäljare av F AB:s produkter på den östeuropeiska marknaden. F AB och CIC var från varandra fristående företag. CIC hade svårt att få betalt för leveranserna till Östeuropa och kunde därigenom inte inte betala F AB. CIC tog därför ett lån om c:a 37 Mkr för att kunna betala F AB:s varufordran. För lånet gick F AB i borgen. Under år 1979 blev F AB tvunget att infria borgensförbindelsen. På grund av osäkerheten om CIC:s framtida betalningsförmåga tog F AB inte upp regressfordran gentemot CIC som tillgång i räkenskaper. Enligt en överenskommelse den 25 mars 1983 erhöll F AB en månad senare 4,3 Mkr av CIC mot att F AB förutsättningslöst avstod från alla vidare krav mot CIC med anledning av den infriade borgensförbindelsen. I F AB:s bokslut per den 31 december 1982 togs beloppet upp bland intäkterna såsom återvinning av en tidigare nedskriven fordran. Regeringsrätten uttalade bl.a. att förlusten till följd av borgensåtagandet kunde anses definitivt först i och med den under 1983 träffade överenskommelsen mellan F AB och CIC. Förlusten var inte att hänföra till kapitalförlust.

För den händelse att någon "frivilligt" betalat annans skuld eller liknande har domstolarna däremot varit restriktiva med att medge avdrag. I RÅ 1911 ref 108 var det fråga om en auktionsförrättare som vid mottagande av auktionsuppdrag lämnat uppdragsgivaren ett större förskott. Auktionen blev dock inställd och uppdragsgivaren blev försatt i konkurs. Auktionsförrättaren förlorade största delen av sitt lämnade förskott. I målet upplystes att det var "mycket vanligt" att förskott lämnades på angivet sätt. Regeringsrätten ansåg att avdrag inte kunde medges för sådan förlust. I RÅ 1940 Fi 528 hade en innehavare av en agenturrörelse förmedlat förbindelse mellan vissa klienter och en utländsk bankirfirma. Klienterna hade gjort förluster i affärer med bankirfirman. Agenten hade då – utan att någon juridisk skyldighet förelegat – utbetalat ersättning till sina klienter för nämnda förluster. Avdrag medgavs inte för utbetalat belopp. I dessa fall synes inte kostnaderna ha varit direkt betingade av näringsverksamheten.

I de ovan redovisade rättsfallen har det inte varit fråga om borgensförbindelser som ingåtts för ett dotterbolags räkning.²⁹ Ett moderbolag kan ingå

²⁸ Regeringsrättens dom den 29 mars 1994 i mål nr 5721-1991.

²⁹ I RÅ 1985 Aa 71 var det fråga om ett moderbolag som infriat borgensförbindelse för dotterbolags räkning. Här vägrades avdrag med motivering att utredningen i målet inte gav tillräckligt stöd för att betrakta förlusten som driftsförlust. I RÅ 1990 not 137 (fb) var det fråga om ett moderbolag som avyttrade aktierna i ett dotterbolag till ett svenskt företag som ägdes av anhängiga till majoritetsägaren i moderbolagets utländska moderbolag. I samband med aktieavyttringen fick det svenska moderbolaget teckna borgen för dotter-

sådan förpliktelse för sitt dotterbolag utan att det strider mot aktiebolagslagen. En sådan förbindelse får helt enkelt ses som förenlig med moderbolagets verksamhet. Syftet med borgensförbindelsen är att skydda moderbolagets investeringar.³⁰ Att detta förhållande enbart i sig skulle innebära att en borgensförbindelse för ett dotterbolags räkning i enlighet med anvisningarna till 20 § KL skulle anses som "betingad" av moderbolagets näringsverksamhet finner jag inget stöd för i praxis eller annorstädes. Praxis och motivuttalanden styrker snarare motsatsen.

När det gäller borgensförbindelser – och andra säkerheter – ställda för närstående företags räkning är det viktigt att granska vad borgensåtagandet i realiteten är för något. Är borgen ingången för "näringsverksamheten" eller har den ingåtts för att skydda en kapitalplacering (t.ex. värdet på aktierna i det närstående företaget)? Om ett moderbolag går i borgen för ett dotterbolag och sedan tvingas att infria borgen kan det finnas skäl att pröva om inte betalningen i själva verket utgör kapitaltillskott. Resultatet av betalningen är att dotterbolagets skulder minskas. (Se dock nedan om moderbolagets regressrätt gentemot dotterbolaget.)

Är det i stället dotterbolaget som går i borgen – eller ställer säkerhet – för moderbolaget är en sådan åtgärd i vissa fall att betrakta som förtäckt – och i vissa fall även olovlig – utdelning. Detta har fastslagits i flera uppmärksammade domar av Högsta domstolen.³¹

bolagets engagemang hos en bank. På grund av borgensåtagandet fick det svenska moderbolaget erlägga drygt 21 Mkr till banken. Rättsnämnden ansåg att avdragsrätt förelåg "med hänsyn till att borgensåtagandet får anses betingat av bolagets rörelse..." Regeringsrätten gjorde ej ändring.

³⁰ Se a.a. s. 15 beträffande 1944 års aktiebolagslag. I nu aktuellt hänseende är det i sak ingen skillnad mot nu gällande ABL.

³¹ I NJA 1951 s. 6 "Suecia-målet" fann HD att lån till insolvent aktieägare (fysisk person) ur aktiebolagsrättslig synvinkel var att betrakta som förtäckt vinstutdelning. Till den del den förtäckta vinstutdelningen inte rymdes inom fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning var den dessutom att anse som olovlig. (Numera finns ett generellt låneförbud i 12 kap 7 § ABL, oberoende av låntagarens ekonomiska situation.) I NJA 1980 s. 311 "Sveton-målet", sålde en privatperson; Sveton, sitt bolag X vilket omgående blev helägt dotterbolag till det nybildade AB Y. Som säkerhet för Y:s skuld till Sveton på grund av köpet pantförskrev X förlags- och fastighetsinteckningar till Sveton. HD, som hade att tillämpa 1944 års aktiebolagslag, fann att pantsättningen som X gjort inte var affärsmässig och därigenom ansågs vederlagsfri, med följd att den var att betrakta som vinstutdelning. Pantsättningen (utdelningen) ansågs vidare giltig endast till den del X vid tidpunkten för pantsättningen hade disponibla vinstmedel enligt fastställd balansräkning. Av särskilt intresse i målet är HD:s uttalande obiter dictum att om det i stället varit fråga om borgen till säkerhet för annans gäld hade giltigheten av denna säkerhet också begränsats av att den måste hålla sig inom ramen för vad som utgör borgensställande bolags disponibla vinstmedel. NJA 1990 s. 343, det s.k. Nordlanda-målet, behandlar frågan om lån från dotterbolag till moderbolag. Här fann HD att en solvensbedömning måste göras av låntagande bolag. Om inte moderbolaget var gott för lånet var det fråga om förtäckt utdelning. (I detta fall var det fråga om 1975 års aktiebolagslag.) Nästa steg i HD:s prövning var om dotterbolaget hade fritt eget kapital enligt fastställd balansräkning. Endast till den delen

Sammanfattningsvis kan sägas att man bör pröva varje borgensförbindelse för sig med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och se om den kan sägas vara betingad av utställarens eller denne organisatoriskt närståendes *näringsverksamhet*.

6.2.3.3 *Regressfordran vid infriad borgen*

Avslutningsvis skall jag även omnämna den regressrätt som uppstår i och med infriandet av en borgensförbindelse.³²

Låt oss anta att en borgensman tvingats infria sitt borgensansvar gentemot borgenären och att han därigenom betalat del av eller hela gäldenärens skuld till borgenären. Borgensmannen har då en regressfordran på gäldenären motsvarande det belopp borgensmannen till följd av borgensförbindelsen erlagt till borgenären. I vissa fall har borgensmannen även rätt till ersättning för egna kostnader och ränta på egna utlägg. Vidare har borgensmannen rätt till samma säkerheter m.m. som borgenären hade med anledning av lånet innan borgensmannen betalade.³³

I realiteten kan det dock vara svårt att göra en regressfordran till följd av infriad borgen gällande, eftersom gäldenären antagligen saknar tillgångar. Fordran måste då kanske skrivas ned i borgensmannens räkenskaper. Fråga uppkommer då om den nedskrivna fordran utgör en avdragsgill driftförlust. För att den skall vara avdragsgill måste den bl.a. vara definitiv enligt ovan redovisad praxis (se 6.2.2). Här kan därför hänvisas till vad som tidigare anförts om rätt till avdrag på nedskrivning av lånefordringar. Är det i stället fråga om regressrätt på dotterbolag till följd av infriad stödbrevsförpliktelse kan analogi göras med vad som gäller för nedskrivning av lånefordringar på närstående företag.

Kan man nöja sig med denna slutsats? Låt oss anta att en regressrätt civilrättsligt har uppstått och att regressfordran därefter, när man konstaterat att den är helt värdelös, eftergivits och nedskrivits i enlighet med god redovisningssed. Förlusten antas vidare även skatterättsligt vara att anse som definitiv och verklig. I ett sådant fall bör man enligt min mening göra åtskillnad mellan å ena sidan nedskrivning av sådan regressfordran som uppkommit genom att borgensmannen infriat borgensförbindelse som betingats av borgensmannens eller honom organisatoriskt/äganderättsligt närståendes näringsverksamhet (dvs. en affärsmässigt betingad borgen) och å andra sidan sådan regressfordran som uppkommit genom infriad

sådant kapital täckte lånet var den förtäckta utdelningen giltig enligt ABL:s regler. Dessa mål och frågor om vederlagsfri pantsättning för tredje man har behandlats av bl.a. Posselius, Balans 12/91 s. 36 ff, Rodhe, Balans 1/81 s. 4 f, Müllern, Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund 1981 s. 34 ff och Walin s. 104 ff, 317 ff och Nerep, SvSkT 1993 s. 353 ff.

³² Se närmare om regressrätt i Walin s. 196 f.

³³ Bergström och Lennander, Kredit och säkerhet s. 53.

borgensförbindelse i annat fall (dvs. en icke affärsmässigt betingad borgen). Gör man inte skillnad mellan dessa två olika situationer medför detta att avdragsrätt i det senare fallet indirekt medges för sådan förlust till följd av borgensförbindelser som är att hänföra till kapitalförlust.

Alltså bör man enligt min mening vid prövningen av om avdragsrätt föreligger för förlust till följd av nedskrivnen regressfordran på dotterbolag inte bara pröva om rekvisiten att förlusten skall vara definitiv och verklig är uppfyllda utan även granska vilken underliggande förpliktelse som regressfordran grundar sig på. Avser regressfordran en av moderbolaget infriad borgensförbindelse som inte betingats av moderbolagets eller moderbolaget organisatoriskt närstående näringsverksamhet, föreligger så vitt jag kan se inte heller avdragsrätt. Förlusten är således kapitalförlust.

Avslutningsvis skall jag ånyo fästa uppmärksamhet på vikten av att man gör en rigorös granskning av att förlusten är definitiv och verklig.

Antag att dotterbolaget har en skuld till en kreditgivare på 100 samtidigt som dotterbolaget har eller framledes beräknas få disponibla vinstmedel om 100. Dotterbolaget inställer betalningarna och moderbolaget tvingas infria borgen eller stödbrev eller annan form av garanti och erlägger därigenom 100 till kreditgivaren. Moderbolaget erhåller en regressfordran på dotterbolaget, som senare skrivs ned. Om moderbolaget erhåller avdrag för den nedskrivna fordran finns risk för obehöriga skatteförmåner för det fall att dotterbolaget – i stället för att erlägga betalning till moderbolaget för regressfordran – framledes utdelar 100 till moderbolaget. Utdelningen är skattefri hos moderbolaget. På detta sätt har moderbolaget erhållit ett avdrag om 100 utan att egentligen ha haft några kostnader alls.

6.2.3.4 Sammanfattning

För att rätt till avdrag för förlust på borgensförbindelser skall föreligga krävs att borgensförbindelsen betingats av näringsverksamhet bedriven av den skattskyldige eller av honom organisatoriskt/äganderättsligt närstående. I praxis har man ställt ganska stränga krav på sambandet mellan den nu nämnda näringsverksamheten och borgensförbindelsen. När ett klart (affärsmässigt) samband funnits har dock avdrag medgetts. Vidare har man i praxis varit restriktiv till att medge avdrag för "frivilliga" betalningar av vad slag de vara må och för betalningar där det affärsmässiga sambandet saknats.

När ett moderbolag infriar en borgen för sitt dotterbolag erhåller moderbolaget en regressfordran på dotterbolaget. Sannolikt är denna oftast värdelös redan i och med att moderbolaget tvingats infria borgensförpliktelsen. En nedskrivning av regressfordran kan dock utgöra led i ett förfarande som syftar till att uppnå obehöriga skatteförmåner.

Vid en senare nedskrivning av sådan regressfordran bör man enligt min

uppfattning vid prövningen om avdragsrätt föreligger även beakta huruvida avdragsrätt i princip skulle ha förelegat för den ursprungliga förlusten på borgensförbindelsen. Man skall alltså pröva om borgensförbindelsen betingats av näringsverksamhet som bedrivs av den skattskyldige eller annan, som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå den skattskyldige nära. Finner man därvid att förlusten till följd av den infriade borgensförbindelsen i princip varit att hänföra till driftförlust saknas anledning att vägra avdrag för en senare vidtagen nedskrivning av regressfordran, om denna nedskrivning beror på att fordran helt eller delvis blivit värdelös och borgensmannen – eller denne organisatoriskt närstående – inte kompenserats härför på annat vis.

6.2.4 Aktieägartillskott i form av nedskriven eller efterställd fordran

Vid infriande av förpliktelser i ett stödbrev till förmån för ett dotterbolag – i synnerhet ett underkapitaliserat sådant – kan frågan aktualiseras om beloppet skall betraktas som ett "förtäckt" aktieägartillskott. Vad som allmänt sett gäller civilrättsligt för aktieägartillskott har jag omnämnt i avsnitt 2.3.2. Skatterättslig praxis angående villkorade tillskott och den doktrin som finns beträffande denna praxis är omnämnt i fotnot 2 till avsnitt 4.2. I föreliggande avsnitt skall jag något beröra "aktieägartillskott" som sker i form av nedskriven eller efterställd fordran.

För att kunna besvara frågan om och under vilka förutsättningar en fordran på ett dotterbolag kan omvandlas till ett aktieägartillskott krävs en ganska omfattande redogörelse. Det är dock inte nödvändigt med hänsyn till syftet med detta arbete att göra sådan studie. Med hänsyn till att avhandlingen bl.a. rör frågan om avdragsrätt vid infriande av "förpliktelser" i stödbrev, är det dock oundvikligt att frågan väcks om och när en gentemot dotterbolaget nedskriven lånefordran (eller regressfordran till följd av infriad förpliktelse i form av borgen eller stödbrev) kan komma att betraktas som ett tillskott. Mitt syfte med föreliggande avsnitt är endast att visa på att en nedskriven fordran i vissa fall kan komma att betraktas som ett tillskott och att detta i avdragshänseende har stora likheter med de övriga situationer som jag beskrivit i avsnitten 6.2.2–6.2.3.

I detta sammanhang kan det i och för sig finnas skäl att behandla såväl koncernbidrag som avdragsrätt på förlust på näringsbetingade aktier. Emellertid lämnar jag dessa två frågor utanför redogörelsen.³⁴

³⁴ Vad gäller koncernbidrag är den frågeställningen mindre intressant för denna studie, eftersom jag företrädesvis behandlar situationen svenskt moderbolag och utländskt dotterbolag. I den relationen kan avdrag för koncernbidrag endast medges i form av

Ett av t.ex. ett moderbolag lämnat aktieägartillskott – ovillkorat eller villkorat – utgör en vinstdisposition för moderbolaget. Avdragsrätt för givaren föreligger således inte annorledes än som anskaffningskostnad vid realisationsvinstberäkning med anledning av avyttring av aktierna om det är fråga om ett ovillkorat tillskott eller vid avyttring av rätten till återbetalning om det gäller ett villkorat tillskott. En avyttring av rätten till ett villkorat tillskott är avyttring av en fordran.

När fråga är om återbetalning av ett villkorat tillskott till den ursprungliga givaren anses detta vara en skattefri intäkt på grund av att man skatterättsligt betraktar återbetalningen som amortering av lån. Skattereformen synes i detta avseende inte innebära någon förändring.³⁵ Civilrättsligt utgör dock återbetalningen vinstutdelning. Oberoende av om ett villkorat aktieägartillskott återbetalats eller ej får beloppet inte medräknas i anskaffningskostnaden för aktierna. Däremot kan ett icke återbetalat villkorat tillskott beaktas som anskaffningskostnad vid avyttring av rätten till det belopp som framöver skall återbetalas om bolagsstämma så beslutar. Beräkningen kan dock bli något komplicerad om rätten till återbetalning avyttras samtidigt med aktierna.³⁶

Ett ovillkorat tillskott hänförs till det mottagande bolagets eget (fria) kapital. Återbetalning av sådant belopp är underkastad reglerna om vinstutdelning enligt 12 kap 1 § ABL. Även skatterättsligt betraktas återbetalning av ovillkorade tillskott som vinstutdelning. Fram till och med den 31 december 1993 följde detta av 3 § 1 mom 3 st SIL, vari stadgades att med utdelning avsågs även utbetalning till aktieägare enligt 12 kap 1 § ABL vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden eller vid bolagets likvidation.³⁷ Fr.o.m. den 1 januari 1994 är däremot utdelning på bl.a. svenska aktier skattefri. Skattefriheten gäller även vid utskiftning i samband med nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden i ett svenskt aktiebolag eller vid likvidation av svenskt aktiebolag. Detta gäller oavsett

omkostnad för det svenska bolaget. Härmed avses att avdrag förutsätter att koncernbidraget utgör en driftkostnad vilket skall prövas på vanligt vis. De ordinära koncernbidragen (dvs. sådana som avses i 2 § 3 mom SIL) kan däremot inte bli aktuella, eftersom dotterbolaget är icke skattskyldigt i Sverige. Vad gäller förluster på näringsbetingade aktier har problematiken kring dessa frågor behandlats åtskilliga gånger genom årens lopp, se t.ex. Rosenquist, SvSkT 1938 s. 277 ff, Zackrisson, SN 1962 s. 192 ff, Karlsson, SN 1992 s. 99 ff och Johansson, SvSkT 1993 s. 276 ff. Visserligen uppkommer ständigt nya frågor, men då området är rikligt behandlat och dessutom ganska omfattande, har jag valt att inte beröra dessa frågor. Det bör även poängteras att flera av de frågor som brukar aktualiseras när man diskuterar avdragsrätten vid förlust på näringsbetingade aktier – t.ex. hur man skall förfara med överföring av olika tillgångar – ligger lite utanför syftet med denna avhandling.

³⁵ Prop 1990/91:54 s. 318. Se också Grosskopf, SN 1993 s. 117.

³⁶ Algotsson, SN 1993 s. 592 f och 595 f.

³⁷ Se vidare prop 1990/91:54 s. 308.

om intäkten skall hänföras till utdelning eller realisationsvinst.³⁸ Det senare är fallet vid t.ex. likvidation, medan det förra gäller vid nedsättning av aktiekapitalet eller reservfonden genom minskning av aktiernas nominella belopp.³⁹

Efter detta konstaterande kan det vara av intresse för föreliggande studie att försöka klarlägga om och under vilka förutsättningar en nedskrivning/efterställning av fordran på ett dotterbolag kan komma att behandlas som ett aktieägartillskott. Även denna fråga har varit föremål för en intensiv debatt under mitten av 1980-talet.⁴⁰ Jag avser att här mycket kort sammanfatta några av de slutsatser som jag anser man kan dra av de olika inlägg som förekommit i debatten och som är relevanta för den fortsatta studien.

En fordran kan nedskrivas helt eller till viss del, alternativt efterställas. Det sistnämnda innebär att den får göras gällande först efter det att andra fordringar betalats, men innan aktieägarna får utdelning vid en eventuell likvidation eller konkurs. Nedskrivning eller efterställning av fordran kan göras såväl av aktieägare som av annan. Oberoende av vem som nedskrivit eller efterställt en fordran kan den under vissa förutsättningar komma att behandlas som ett (kapital)tillskott.⁴¹

En hos borgenären nedskriven eller av denne efterställd fordran skall vanligtvis redovisas som en skuld hos gäldenären, eftersom skuldförhållandet civilrättsligt kvarstår. För att en nedskriven eller efterställd fordran i skatterättsligt hänseende skall kunna behandlas som ett tillskott – villkorat eller ovillkorat – måste åtgärden förenas med sådana villkor och genomföras på sådant sätt att mottagande bolag (gäldenären) utifrån god redovisningssed är berättigat att redovisa ett belopp motsvarande den nedskrivna eller efterställda fordran som en (skattefri) intäkt (skuldminskning). För att den nedskrivna eller efterställda fordran skall kunna behandlas som ett tillskott skall alltså vinst- och förlustkonto krediteras och samtidigt skall ett skuldkonto debiteras. Alternativt kan tillskottet föras direkt mot eget kapital i balansräkningen varvid resultatet inte påverkas. Båda dessa varianter har sina förespråkare. Är det fråga om en nedskriven fordran som uppfyller förutsättningarna för att behandlas som ett tillskott kan detta vara såväl ovillkorat som villkorat, allt efter omständigheterna.

³⁸ Här bortses från reglerna i 3 § 12 mom SIL avseende fåmansföretag. Likaså bortses från speciella frågor rörande utskiftning av tillgång i näringsverksamhet som bedrivs av fysisk person, dödsbo eller handelsbolag.

³⁹ De nya bestämmelserna återfinns i 3 § 1 mom, 3 § 7 mom och 24 § 4 mom SIL. Se vidare prop 1993/94:50 s. 197 f, 345, 348 ff och 354.

⁴⁰ Se företrädesvis Söderström, SN 1984 s. 155 f, Thorell, 1988 s. 126 ff, Almqvist, Balans 1/85 s. 7 ff och Gometz, Balans 5/85 s. 35 f.

⁴¹ Lindskog anser termen kapitaltillskott vara lämpligare än aktieägartillskott på grund av att tillskott även kan lämnas av annan än aktieägare, se JT 1992–93 s. 828.

Såvitt jag förstår är det dock mer riktigt att betrakta en nedskriven fordran som ett ovillkorat än som ett villkorat tillskott. Jämför i detta sammanhang RÅ 1951 Fi 383 (se ovan 6.2.2.3) där dotterbolags räntebetalning till moderbolag på efterskänkt kredit ansågs utgöra vinstdisposition.

Jag avser att med ovan summariska redogörelse lämna frågan om när ett aktieägartillskott kan anses ha uppkommit vid nedskrivning (alternativt efterställning) av fordran. Vad jag velat visa med detta korta avsnitt är att det förekommer situationer när en nedskriven fordran (t.ex. en regressfordran till följd av infriat borgensansvar) kan komma att behandlas som ett aktieägartillskott. När så är fallet saknas självfallet avdragsrätt hos borgenären (moderbolaget i vårt exempel) vid den löpande inkomsttaxeringen. I stället får det lämnade tillskottet – oberoende av om det lämnats genom kontantinsats eller genom nedskrivning/efterställning av fordran – beaktas vid realisationsvinstberäkningen vid avyttringen av aktierna eller fordringsrätten, eller vid bolagets upplösning.

Är inte förutsättningarna uppfyllda för att betrakta den nedskrivna fordran som ett aktieägartillskott skall denna behandlas enligt de regler jag angivit under avsnitt 6.2.2, vilket innebär att förlusten på fordran även i detta fall måste vara definitiv och verklig för att avdragsrätt skall föreligga.

6.2.5 Skadestånd

6.2.5.1 Inledning

Som jag visat i avsnitt 2.4.4 kan det inträffa situationer där ett moderbolag blir ersättningsskyldigt till en dotterbolagets kreditgivare till följd av ett utställt stödbrev. I de fall stödbrevet innehåller juridiska förpliktelser kan ersättningsskyldighet uppstå på grund av avtalsbrott, medan i de fall stödbrevet saknar juridiska förpliktelser ersättningsskyldighet kan uppkomma till följd av culpa in contrahendo (vållande av ren förmögenhetsskada vid avtalsförhandlingar och liknande). Det finns därför anledning att även här något sammanfattande beröra vissa skadeståndsrättsliga regler och principer innan jag redovisar hur man inom skatterätten behandlar kostnader i form av skadestånd till följd av bedriven näringsverksamhet.

Rent allmänt sett kan ersättningsskyldighet uppkomma till följd av såväl "köpares" som "säljares" handlande eller underlåtenhet att handla. Skadeståndet kan omfatta ersättning för såväl person- och sakskada som för ren förmögenhetsskada. De i förevarande sammanhang relevanta skadeståndsgrunderna är där någon genom bedriven näringsverksamhet tillfogat annan ren förmögenhetsskada, antingen till följd av avtalsbrott

eller på grund av vållande i ett utomkontraktuellt förhållande som gränsar till det avtalsrättsliga området. Det är således ersättning för ren förmögenhetsskada sett ur obligationsrättslig synvinkel i vid bemärkelse som här kan aktualiseras och som därför behandlas nedan.

6.2.5.2 Några allmänna reflektioner angående vissa skadeståndsgrunder

När det gäller krav på ersättning för skada tillfogad i kontraktsförhållanden är det culparegeln som är den grundläggande principen för bedömningen av om sådan ersättningsskyldighet föreligger. I fråga om avtalsbrott brukar – med några få lagstadgade undantag – culpa anses vara en nödvändig och fullt tillräcklig förutsättning för att skadeståndsskyldighet skall uppkomma. Det bör dock noteras att ansvar för ren förmögenhetsskada i kontraktsförhållande även kan komma ifråga utan något vållande av den som underlåtit att fullgöra en förpliktelse.⁴² I utomkontraktuella förhållanden förhåller det sig dock något annorlunda (se avsnitt 2.4.4.3 och där gjorda hänvisningar); huvudregeln är att skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada inte föreligger i dessa situationer. Det är – särskilt i näringsverksamhet – fullt tillåtet att genom t.ex. konkurrens tillfoga annan ren förmögenhetsskada. Trots detta synes man i praxis i viss utsträckning ha extenderat culparegeln så till vida att den fått viss genomslagskraft även i utomkontraktuella förhållanden. Domstolarna har nämligen i en del situationer accepterat skadeståndsskyldighet på grund av culpa in contrahendo vid rena förmögenhetsskador.

Att det finns två skilda huvudgrupper av ansvarsgrunder, culpa in contractu och culpa in contrahendo, medför viss regelkonkurrens. I allmänhet är det mer förmånligt för den skadelidande i sådana fall av konkurrens att åberopa kontraktsreglerna och de särskilda lagstiftningar som här kan finnas, som t.ex. köplagen, än att åberopa utomobligatoriska grunder för sin talan. Emellertid kan de senare vara att föredra i vissa särskilda fall. Så kan fallet vara när ersättningen enligt de kontraktsmässiga reglerna är begränsad till visst belopp som understiger förlusten i det särskilda fallet, eller när rätten till ersättning enligt kontraktsmässiga regler är preskriberad. Huvudregeln i svensk rätt torde vara att den skadelidande inte äger åberopa utomobligatoriska regler i stället för kontraktsrättsliga enbart på den grunden att de förra skulle kunna vara fördelaktigare för honom. Saken synes emellertid enligt doktrinen inte vara helt klar, men de kontraktuella grunderna verkar ha företräde vid konkurrens.⁴³

⁴² Se Hellner s. 61.

⁴³ A.a. s. 63 f. (Jfr. även Bengtsson, Om ansvarsförsäkring del I s. 274 ff.)

6.2.5.3 Vissa skatterättsliga synpunkter på skadestånd med anledning av stödbrev

Beträffande skadestånd i form av engångsbelopp gäller att dessa, med avseende på avdragsrätten, skatterättsligt kan delas in i fyra kategorier.⁴⁴ Dessa är:

1. Skadestånd som utgör levnadskostnad eller av annan anledning inte kan hänföras till förvärvskälla.
2. Skadestånd som utgör ersättning för skada på eller förlust av omhänderthavd tillgång.
3. Skadestånd på grund av kontraktsbrott.
4. Utomobligatoriska skadestånd i yrkesverksamhet.

I detta sammanhang är det endast de två sist nämnda kategorierna som är av intresse.

Beträffande skadestånd till följd av avtalsbrott gäller i princip att avdragsrätt för utbetalat belopp föreligger om skadeståndet utgått på grund av brott mot ett i förvärvsverksamheten ingånget avtal.⁴⁵ Här avses att det skall vara brott mot ett avtal ingånget för näringsidkarens förvärvsverksamhet. Jämför detta förhållande med att ett moderbolag utfärdar (och tvingas infria förpliktelser i) ett stödbrev för att dotterbolaget – men inte moderbolaget – skall kunna erhålla nödvändiga krediter för sin verksamhet. Jag återkommer till detta under avsnitt 6.2.6.3.

Det finns dock exempel på att domstolarna avvikit från huvudregeln att avdragsrätt föreligger vid skadestånd till följd av brott mot ett i förvärvsverksamheten ingånget avtal. I de fall avdrag vägrats synes orsaken härtill ha varit att skadeståndet varit en följd av en icke oväsentlig utvidgning/förbättring av förvärvskällan eller varit att hänföra till någon form av projekteringskostnad. Ett exempel på ett sådant fall var en lantbrukare som hade slutit avtal om nybyggnation på sin jordbruksfastighet. Lantbrukaren bröt sedermera kontraktet när han fått klart för sig att nybyggnationen inte skulle komma att medföra ökad avkastning i den utsträckning investeringen krävde och fick erlagga skadestånd härför. Regeringsrätten ansåg kostnaden vara kapitalförlust.⁴⁶ Då det för syftet med denna avhandling inte påfordras någon närmare belysning av gränsdragningen mellan kostnader för förvärv av respektive förbättring av förvärvskälla och bibehållande av förvärvskälla berör jag inte denna fråga närmare.

Beträffande utomobligatoriska skadestånd i en förvärvsverksamhet synes

⁴⁴ Beträffande äldre praxis, se Rabe, SvSkT 1961 s. 411 ff, Severin, SvSkT 1979 s. 711 ff samt prop 1980/81:68 bil 5 s. 205 f.

⁴⁵ Prop 1980/81:68 bil 5 s. 206 samt t.ex. RÅ 1943 Fi 747, 1956 ref 6, 1956 Fi 581, 1967 ref 12, 1975 Aa 542, 1980 1:12 och 1981 1:18.

⁴⁶ RÅ 1982 1:69, jfr. även 1973 ref 76 och 1959 ref 27.

avdragsrätten vara beroende av i vad mån skadan varit av sådan art att den utgjort en "normal" risk i verksamheten. I praxis synes här upprätthållas ett "normalitetskrav".⁴⁷ De flesta skadestånd som uppkommer till följd av näringsverksamhet får dock anses som "normala".⁴⁸ Det bör här påpekas att rättsfallen i regel avser skadestånd på grund av diverse olyckshändelser eller försummelse och inte direkt olika situationer rörande culpa in contrahendo eller liknande. Man bör därför vara försiktig vid en jämförelse av rättsfall avseende skadestånd på utomobligatorisk grund med vad som bör gälla för skadestånd på grund av moderbolags agerande vid utställande av stödbrev.

Oberoende av grunden för skadeståndet – culpa vid inom- eller utomobligatoriskt förhållande – och likaså om skadeståndet är skattepliktigt eller ej för mottagaren, medges avdrag för utbetalaren så snart skadeståndet utgår på grund av företagets "normala verksamhet". Grunden för avdragsrätten är 20 § 1 st KL, vilket innebär att avdrag medges i förvärvskällan för omkostnader för intäkternas förvärvande och bibehållande.⁴⁹

Företagets "normala verksamhet" har i praxis betraktats som ett ganska vidsträckt begrepp. Detta illustreras av bl.a. följande två rättsfall. I RÅ 1980 1:12 (fb) fann Regeringsrätten i plenum att ett bolag ägde rätt till avdrag för utgivet skadestånd till fackförening på grund av att bolaget inte iakttagit sina skyldigheter enligt medbestämmandelagen (fyra ledamöter var dock skiljaktiga). Regeringsrätten sade följande.

"Det skadestånd som bolaget har att utge på grund av överenskommelsen är att anse som omkostnad i bolagets rörelse. På grund härav och då skadeståndet inte omfattas av någon av de i 20 § andra stycket KL uppräknade kostnader, för vilka avdrag inte får ske, finner regeringsrätten skadeståndet utgöra i bolagets rörelse avdragsgill omkostnad ..."⁵⁰

I RÅ 1981 1:18 var det fråga om en revisor (enskild firma) som hade

⁴⁷ Prop 1980/81:68 del B s. 198 ff, a.a. bil 5 s. 207 f. Se även RN 1954 8:4, RÅ 1959 Fi 1525 och RRK K74 1:7. För liknande resonemang avseende inkomstslaget tjänst, se RÅ 1960 ref 17 och RRK R74 1:23. När det gäller avdrag för ränta på skadestånd har Regeringsrätten uttalat att vid beräkning av inkomst av kapital får avdrag göras för all gäldränta, som inte skall dras av från intäkterna av andra förvärvskällor. Någon inskränkning i rätten till avdrag beroende på det sätt varpå en skuld uppkommit föreligger inte enligt Regeringsrätten. Det avgörande för avdragsrätten är att den skattskyldige häftar i skuld och att ränta erläggs för denna. I målet var det fråga om skuld som uppkommit på grund brottsligt förfarande. Se Regeringsrättens dom den 29 mars 1994 i mål nr 5587–5588-1991.

⁴⁸ Lodin m.fl. s. 246.

⁴⁹ Grosskopf och Rabe s. 480 f.

⁵⁰ Till följd av avgörandet ändrades 20 § 2 st KL på så sätt att avdrag inte längre medges för skadestånd som grundas på lagen om medbestämmande i arbetslivet eller annan lag som gäller förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i de fall skadeståndet avser annat än ekonomisk skada.

åtagit sig revision av en förenings räkenskaper. Härvid hade han försummat en rad förpliktelser som ålegat honom, varvid han blev skadeståndsskyldig. Regeringsrätten medgav avdrag i rörelsen för det utgivna skadeståndet. Med hänsyn till att skadeståndsskyldigheten grundades på bristande fullgörande av sådana uppgifter som revisorn åtagit sig i sin verksamhet ansågs skadeståndet som en omkostnad i rörelsen. Underinstanserna däremot var av uppfattningen att den form av försumlighet som revisorn gjort sig skyldig till inte medförde en kostnad som var att betrakta som en i förvärvskällan normalt påräknelig förlust.

För aktiebolag är numera alla inkomster hänförliga till en och samma förvärvskälla, 2 § 1 mom 3 och 5 st SIL. Därför bör bedömningen av avdragsrätten bli densamma oavsett om avtalet eller det utomkontraktuella förhållandet – stödbrevet – föranletts av att bolaget avsett att erhålla andra inkomster än direkta rörelseinkomster, t.ex. realisationsvinster eller utdelning på olika slag av kapitalplaceringar, eller om syftet med åtgärden enbart varit att erhålla rörelseinkomster. Oberoende av vilket slag av inkomst det är fråga om skall den hänföras till inkomst av näringsverksamhet och till samma förvärvskälla som övriga inkomster. Därför bör även skadeståndet med anledning av det utställda stödbrevet hänföras till den bedrivna verksamheten i denna vida bemärkelse (att erhålla inkomst av näringsverksamhet). Rätt till avdrag bör därför också i regel föreligga för alla kostnader i form av skadestånd till följd av utställda stödbrev. Bedömningen bör här rimligen i all väsentligt bli densamma som när moderbolag infriar borgensförbindelser för närstående företags räkning.

Annorlunda förhåller det sig naturligtvis om skadeståndet egentligen avser något annat, t.ex. förtäckt utdelning, eller om det avser privat levnadskostnad för någon av bolagets anställda. I sådant fall föreligger inte avdragsrätt.⁵¹

Som jag visat i avsnitt 6.2.1 förutsätter avdrag för en förlust att denna är hänförlig till en förvärvskälla vilket i regel torde vara fallet vad gäller i näringsverksamheten utgivna skadestånd. Vidare krävs att förlusten är definitiv och verklig. Härav följer att för den händelse det erlagda skadeståndet medfört en regressfordran på en eventuell huvudgäldenär (dotterbolaget) kan förlusten inte utan vidare anses vara definitiv och verklig. Frågan om regressrätt är i allmänhet teoretisk. Om inte dotterbolaget kan betala borgenären lär det inte heller kunna betala eventuell regresskuld till moderbolaget. Emellertid kan man tänka sig att moderbolaget i vissa fall väljer att regressa mot dotterbolaget.

Även här finns det skäl att vara observant när moderbolaget betalar dotterbolagets skuld, t.ex. genom ett skadestånd till kreditgivaren, för att

⁵¹ I det senare fallet föreligger en löneförmån, som bolaget dock får dra av såsom lönekostnad med påförande av sociala avgifter.

därigenom erhålla en avdragsgill kostnad som framöver kommer att motsvaras av en skattefri utdelning från dotterbolaget (jfr ovan avsnitt 6.2.3.3). Rätten till avdrag bör i dessa fall prövas utifrån vad som gäller för nedskrivning av fordringar på närstående företag, se ovan 6.2.2.

6.2.5.4 Diskussion angående vissa frågor om regressrätt i samband med utgivet skadestånd

När ett moderbolag befinnes skadeståndsskyldigt, antingen på grund av avtalsbrott eller på grund av culpa in contrahendo med anledning av stödbrev utställt för ett dotterbolag, infinner sig frågan om moderbolaget härigenom kan ha regressrätt gentemot dotterbolaget. Som jag påvisat i avsnitt 6.2.3.3 har borgensman regressrätt gentemot gäldenären när den före uppfyllt sitt borgensansvar.

Det ligger emellertid utanför denna studie att besvara den ovan ställda frågan, men en personlig reflektion är att det rimligen inte borde vara någon skillnad i regresshänseende i fall moderbolaget infriar en formell borgen eller om det genom t.ex. lagakraftvunnen dom förpliktas att utge skadestånd på grund av bristande uppfyllelse av förpliktelse (av borgenskaraktär) i ett stödbrev, se avsnitt 6.2.3.3.

Bör det vara någon skillnad om ansvarsgrunden i stället utgörs av culpa in contrahendo? Med hänsyn till syftet med avhandlingen får jag även här nöja mig med en mer eller mindre kvalificerad gissning till svar på frågan. Stödbrevet har tillkommit för att dotterbolaget överhuvudtaget skall få ifrågavarande kredit eller erhålla sådan på bättre villkor än eljest. Stödbrevet är utfärdat i dotterbolagets intresse och i regel med dess vetskap och gillande. Funktionellt sett ersätter stödbrevet en borgen. Jag har därför svårt att finna det rimligt att i regresshänseende behandla ersättnings-skyldighet för moderbolaget på grund av culpa in contrahendo vid utstäl-landet av stödbrevet annorlunda än motsvarande ersättningsskyldighet på grund av brott mot avtal av borgenskaraktär slutet för dotterbolags räk-ning eller vid infriande av borgen ingången för dotterbolag. Således torde moderbolaget rimligen ha regressrätt gentemot dotterbolaget.

En annan fråga med anledning härav är om regressrätt bör inträda även om moderbolagets betalning sker "frivilligt". Härmed avser jag att moderbolaget betalar utan att det föreligger en dom om skadeståndsskyl-dighet. Även här bör man kanske jämföra med vad som gäller för borgen och de omständigheter som där medför att regressrätt i regel uppkommer. Vid infriad borgen har man ansett att regressrätt torde uppkomma även i de fall borgensmannen infriar sin borgen utan att han är skyldig därtill. Dock förutsätter regressrätt alltid att huvudgäldenären varit förpliktad att betala. (Se vidare avsnitt 6.2.3.3 och 6.2.6.2.4 samt där gjorda hänvis-ningar.) Likhetera med att infria en borgen är även här stora. Det finns en

underliggande fordran på dotterbolaget som kreditgivaren har. Det finns vidare även här en "garanti" från moderbolaget att se till att denna underliggande fordran betalas.

Till saken hör också att även om regressrätt i något fall skulle saknas i strikt civilrättslig mening medför ägarförhållandet att moderbolaget de facto får sådan regressrätt. Enda gången regressfordran i praktiken kan komma att ifrågasättas är när dotterbolaget blivit avträtt till konkursförvaltare eller fått ny ägare.

6.2.6 Stödbrev

6.2.6.1 Inledning

Som tidigare sagts saknas såväl uttryckligt lagstöd som praxis beträffande hur man skall förfara med yrkanden om avdrag för kostnader vid infriande av "förpliktelser" i stödbrev. Därför måste man enligt min mening ta närliggande rättsområden som utgångspunkt för bedömningen av nu nämnda avdragsyrkanden. Dessa närliggande områden kan man dela in i två huvudgrupper med hänsyn till såväl innehåll som rättsföljd. De ifrågasatta grupperna är å ena sidan borgen eller nedskrivning av fordringar på närstående företag samt aktieägartillskott och å andra sidan olika former av skadestånd.

Den första gruppen kännetecknas av att moderbolaget verkställer en betalning eller vidtager en åtgärd i första hand för dotterbolagets räkning, även om det indirekt också har till syfte att tillgodose moderbolagets intressen. Den infriade borgensförbindelsen träder i stället för en skuld som dotterbolaget har gentemot en utomstående finansiär. Den nedskrivna fordran reducerar en skuld dotterbolaget har gentemot moderbolaget. Aktieägartillskottet slutligen ger också dotterbolaget en bättre finansiell ställning på grund av stöd från moderbolaget.

Den andra gruppen, skadestånden, utmärks av att moderbolaget på grund av avtalsbrott eller culpöst förfarande, t.ex. vid upprättande eller utgivande av stödbrev, förpliktas att ge moderbolagets "avtalskontrahent" (dotterbolagets kreditgivare) ersättning. Indirekt är detta visserligen orsakat av först dotterbolagets behov av krediter och sedan dess oförmåga eller ovilja att fullfölja ingångna avtal, men strikt juridiskt är det moderbolagets handlande som förorsakat ersättningsskyldigheten.

Jag väljer att börja min analogiserande argumentering genom att jämföra stödbrev med den först nämnda gruppen (se nedan 6.2.6.4). Vid denna jämförelse avser jag att företrädesvis studera vilka kriterier som kan tänkas vara avgörande för om man skall kunna hänföra stödbrev till denna grupp. Därefter (6.2.6.5) tar jag upp skadestånd och ser om det finns skäl

till att göra någon annan bedömning vid en sådan jämförelse än vad som gäller vid en jämförelse med borgen etc. Avslutningsvis (6.3) lämnar jag en sammanfattning av mina slutsatser. Där behandlar jag även frågan om stödbrev bör anses utgöra en egen och från de övriga här behandlade juridiska figurena helt fristående grupp, eller om stödbrev skatterättsligt bör jämföras med andra företeelser som sedan länge är rättsligt etablerade och där en fast praxis utvecklats.

När jag fortsättningsvis kommer att jämföra stödbrev med andra rättsfigurer är det kanske nödvändigt att jag så långt det är möjligt försöker att precisera vilka stödbrev jag avser. Som jag inledningsvis konstaterat (avsnitt 2.4.3.) kan man dela in stödbrev i olika grupper. Hur fingradig denna indelning bör göras kan naturligtvis diskuteras. Jag tror dock, vilket jag också utgått ifrån i kapitel 2, att det är tillräckligt att dela in dem i tre huvudgrupper.

Till en av grupperna har jag hänfört stödbrev som endast innehåller verifierbara fakta. I den mån utställaren lämnat oriktiga uppgifter kan denne i vissa fall bli skadeståndsskyldig härför. Jag tror inte att denna situation är vare sig särskilt vanlig eller juridiskt sett besvärlig, varför jag inte låter min nedan gjorda jämförelse omfatta dessa stödbrev. På den motsatta sidan av skalan "svaga – starka" stödbrev finns de som utan att formellt betecknas som borgensförbindelser ändå innehåller klart uttalade förpliktelser för framtiden gentemot långivaren.

Borgen kan ingås tämligen formlost och såväl muntligen som skriftligen eller genom konkludent handlande.⁵² Jag tror att dessa stödbrev kommer att behandlas på likartat sätt som borgensförbindelser av de allmänna domstolarna, även om moderbolagets ansvar inte direkt kan betecknas som ett borgensansvar. Sådana stödbrev bör också i avdragshänseende behandlas som infriande av borgensförpliktelser.

Således kvarstår endast "mellanformen" av stödbrev att ligga till grund för den kommande – liksom för den tidigare – jämförelsen. Hit hänför jag alltså stödbrev med formuleringar som "det är vår avsikt att stötta vårt dotterbolag", "det är vår nuvarande och framtida policy att se till att vårt dotterbolag har tillräckligt med kapital för att kunna fullfölja sina åtaganden", "vi har med hänsyn till vårt anseende alltid behandlat våra dotterbolags skulder som våra egna", etc.

6.2.6.2 Allmänt om civilrättsliga regler i förhållande till skatterätten

När det gäller att skatterättsligt bedöma stödbrev och vissa andra juridiska företeelser ställs man inför problemet att civilrätten och skatterätten inte alltid harmoniserar fullt ut. Detta problem har uppmärksammats i dok-

⁵² Se vidare Walin s. 32 ff.

trinen av bl.a. Sandström⁵³, Helmers⁵⁴, Bengtsson⁵⁵, Hagstedt⁵⁶ samt av Bergström i dennes avhandling "Skatter och civilrätt", vartill jag hänvisar för djupare studier. Bergströms avhandling är från 1978, men min uppfattning är att beskrivningen som görs där avseende gällande rätt i allt väsentligt gäller än i dag. Dessa frågor har även behandlats under senare tid av bl.a. Grosskopf och Grönfors⁵⁷, Nerep⁵⁸ och von Bahr⁵⁹.

Problemet med hur man i skatterätten skall bedöma civilrättsliga företeelser är internationellt.

I tysk skatterättslig doktrin, som exempel, har man i vart fall tidigare använt sig av en tolkningsmodell som brukar betecknas "die wirtschaftliche Betrachtungsweise" och som kan beskrivas som en teleologisk tolkningsmetod där de ekonomiska ändamål, som olika skatterättsliga regler fullföljer, skall tillmätas särskild betydelse.⁶⁰ I dagens tyska skatterätt hävdas dock inte skatterättens självständighet gentemot civilrättens på samma sätt som tidigare, utan honnörssordet har i stället kommit att bli "die Ordnungsfunktion des Zivilrechts". Detta innebär att de privaträttsliga termerna skall uppfattas på i princip samma sätt oavsett inom vilket rättsområde de förekommer. Endast om starka skatterättsliga ändamålsskäl talar för att man bör frångå den civilrättsliga innebörden hos termerna bör detta vara tillåtet. Den civilrättsliga betydelsen tillmäts i allmänhet större vikt som tolkningsdata än ifrågasättande skattelagars ekonomiska betydelse.⁶¹

Det har i svensk doktrin påtalats att man bör vara försiktig med att ersätta civilrättslig terminologi med skatterättsliga uttryck så länge man inte därigenom uppnår mer ändamålsenliga och effektiva lösningar.⁶² Från rättssäkerhetssynpunkt har det stor betydelse att man inte tillskapar en skatterätt som inte överensstämmer med de civilrättsliga regler som ligger till grund för den handling som skall bedömas ur skatterättslig synvinkel. De skattskyldiga bör i möjligaste mån kunna förutse de skatterättsliga följderna av de civilrättsliga dispositioner de avser att vidta. Min uppfattning är att man i skatterättslig praxis med få undantag lägger en rättshandlings civilrättsliga innebörd till grund för den skatterättsliga bedömningen av transaktionen.

⁵³ Sandström, SvSkT 1952 s. 241 ff.

⁵⁴ Helmers s. 233 f.

⁵⁵ Bengtsson, SvJT 1962 s. 689 ff.

⁵⁶ Hagstedt s. 43 ff.

⁵⁷ Grosskopf och Grönfors, SN 1990 s. 353 ff.

⁵⁸ Nerep, SvSkT 1989 s. 342 ff.

⁵⁹ von Bahr, SN 1988 s. 567 ff.

⁶⁰ Bergström s. 24 f och där gjorda hänvisningar.

⁶¹ A.a. s. 31. Se även min redogörelse av tysk rätt i avsnitt 3.2.4.

⁶² Se bl.a. a.a. s. 13 och Grosskopf och Grönfors, SN 1990 s. 353. Se även Bergströms redovisning av hur Regeringsrätten hanterat dessa frågor, särskilt s. 140 och 142.

Emellertid förekommer det att vissa rättshandlingar har en annan ekonomisk innebörd än vad man kommer fram till vid en civilrättslig analys av rättshandlingen. Likaså förekommer det att rättshandlingar saknar de typiska ekonomiska och civilrättsliga konsekvenser som man normalt förknippar med denna typ av handlingar i civilrättsliga sammanhang.⁶³ Bl.a. detta har föranlett författare att hävda att rättshandlingar skall uppfattas i enlighet med sin "verkliga innebörd i skatterätten". Enligt en uppfattning får man fram denna innebörd genom att bedöma transaktionen med stöd av normala skatterättsliga lagtolkningsprinciper. Andra anser att en rättshandlings verkliga – skatterättsliga – innebörd normalt är dess ekonomiska innebörd oberoende av vad domstolarna kommer fram till när de använder gängse lagtolkningsmetoder. Det finns m.a.o. olika uppfattningar om vad som menas med att en rättshandling skall uppfattas enligt sin verkliga innebörd i skatterätten.⁶⁴

Ser vi till förarbetsuttalanden konstaterar Bergström att det egentligen är först på senare år man behandlat frågan om hur civilrättsliga termer skall användas i skatterätten.⁶⁵ Detta har säkert sin grund i de under de senaste decennierna allt mer återkommande fall av iögonfallande skatteplanering/skatteflykt. Trots den tid som förflutit sedan Bergströms analys gjordes har enligt min uppfattning lagstiftaren inte uppmärksammat dessa problem i någon nämnvärd ökad omfattning.

När man skall ta ställning till hur civilrättsliga termer bör användas i skatterätten är det lämpligast att först fråga sig om den ifrågavarande civilrättsliga termen verkligen har en inom civilrätten helt konform betydelse. Nu är det tyvärr så att olika begrepp, som gåva, koncern, arbetstagare, stiftelse, nyttjanderätt, bindande avtal, fastighetsleasing etc. kan ha olika betydelser och olika rättsverkningar inom skilda delar av civilrätten. Detta gäller trots att dessa olika begrepp ändå kan sägas innehålla vissa kärnegenskaper.⁶⁶ Detta gör att det är svårt att hävda principen att civilrättsliga termer skall användas i enlighet med sin civilrättsliga innebörd i skatterätten. Ännu svårare blir det med sådana rättsfigurer som helt och hållet saknar en klar civilrättslig innebörd, som t.ex. stödbrev. Man måste då söka lösa problemet på annat sätt än genom en strikt tolkning av den civilrättsliga innebörden av handlingen.

När vi konstaterat att en civilrättslig term eller företeelse kan ha olika innebörd beroende på tillämpningen av olika civilrättsliga regler eller att den saknar en klar innebörd är det lämpligt att man övergår till att granska vilken civilrättslig funktion dessa termer har. Om man därvid finner att det

⁶³ Bergström s. 140.

⁶⁴ A.a. s. 18 och där gjorda hänvisningar.

⁶⁵ A.a. s. 64.

⁶⁶ Se mer om detta i a.a. s. 76 ff och där gjorda hänvisningar.

finns flera civilrättsliga betydelser av en term, får man försöka att använda den civilrättsliga termen efter dennas "allmänna civilrättsliga innebörd". Man får således försöka att utröna vilka som är termens "kärnegenskaper".⁶⁷ Detta är ingalunda ett rent civilrättsligt dilemma. Skatterätten innehåller också begrepp som inte har en entydig innebörd inom hela skatterätten. Detta gör tillämpningen än mer svår att förutse. Mot denna bakgrund hävdar Bergström att det vore

"mindre tillfredställande om civilrättsliga termer inte tilläts ha olika funktionella betydelser i skatterätten på grund av att man menar att kravet på förutsebarhet kräver att alla civilrättsliga termer skall ha en fast och klar innebörd i skatterätten."⁶⁸

Bergström är vidare av den uppfattningen att

"man går dock för långt om man hävdar att civilrättsliga lösningar alltid skall vara subsidiärt tillämpliga när det saknas skatterättslig reglering i en fråga. Det kan vara lika naturligt att använda sig av specifikt skatterättsliga lösningar som stöder sig på allmänna skatterättsliga principer. Målsättningen bör vara att resultatet blir funktionellt och ändamålsenligt. Endast om en civilrättslig förebild uppfyller dessa krav bättre än en specifikt skatterättslig lösning, är det lämpligt att använda den civilrättsliga modellen analogt i skatterätten. Om man använder civilrättslig begreppsbildning analogt i skatterätten har man emellertid möjlighet att anpassa denna lösning efter de speciella förhållanden som råder i skatterätten."⁶⁹

Sammanfattningsvis anför Bergström att

"frågan om hur civilrättsliga termer skall tillämpas i olika situationer kan inte lösas med hjälp av allmänna principer om att skatterätten är bunden av eller fristående från civilrätten. Många civilrättsliga termer synes nämligen ha en varierande funktionell betydelse i olika civilrättsliga sammanhang. Det är därför mest naturligt att civilrättsliga termer även har varierande innebörd i skatterätten.

Det är opraktiskt och förvirrande om civilrättsliga termer mera allmänt betecknar helt eller delvis andra saker i skatterätten än i civilrätten. Därför synes det lämpligt att olika civilrättsliga uttryck normalt inte ges en alltför avvikande innebörd i skatterätten och att de rekvisit som är gemensamma för alla de begrepp som omfattas av en term i civilrätten även återfinns hos dess olika skatterättsliga begrepp. Detta synsätt står i överensstämmelse med civilrättslig begreppsbildning i så måtto att man kan säga att uttrycket tillämpas enligt sin 'allmänna civilrättsliga innebörd'. Ur rättssäkerhetssynpunkt synes denna lösning vara acceptabel."⁷⁰

⁶⁷ Hagstedt s. 49 och Bengtsson, SvJT 1962 s. 693 f.

⁶⁸ Bergström s. 82.

⁶⁹ A.a. s. 86.

⁷⁰ A.a. s. 94.

Har då dessa principer följts av Regeringsrätten under senare år? Den frågan har besvarats av bl.a. Grosskopf och Grönfors. De har kommit fram till slutsatsen att Regeringsrätten utgår från civilrättsliga analyser av de rättshandlingar som parterna företagit.⁷¹ "Den civilrättsliga utgångspunkten har sedan följts av Regeringsrätten, utom i de fall där särskilt starka skäl påkallat avsteg från de civilrättsliga grunder som analyserna lagt fast", framhåller författarna.⁷²

Sammanfattningsvis bör man som huvudregel lägga en civilrättslig analys av ett rättsförhållande till grund för den skatterättsliga klassificeringen. Denna analys kan ge ett entydigt besked om vad en civilrättslig disposition innebär. Men den kan också utmyнна i att den civilrättsliga företeelsen kan ha olika rättslig innebörd i olika civilrättsliga sammanhang eller t.o.m. innehålla så många osäkerhetsmoment att man inte kan hävda ens någon innebörd som särskilt säker. Kan man inte finna den civilrättsliga innebörden eller det finns flera sådana, är naturligtvis bundenheten till civilrätten vid den skatterättsliga bedömningen svagare än om en sådan – och helst också entydig – innebörd kan utläsas. När rätts-tillämparen i slutändan måste fatta ett skatterättsligt avgörande i en sådan situation blir denne tvungen att försöka fastställa transaktionens skatterättsliga innebörd. Detta är emellertid inte samma sak som att försöka anlägga ett slags "skatterättslig civilrätt". Bedömningen måste bli rent skatterättslig för att användas vid den skatterättsliga prövningen utan något försök till att pressa in företeelsen i en civilrättslig form. Att utröna t.ex. stödbrevs legala status är en uppgift för de allmänna domstolarna, men att pröva t.ex. hur ett avdragsyrkande på grund av en betalning med anledning av ett utställt stödbrev skall uppfattas skatterättsligt tillkommer de allmänna förvaltningsdomstolarna. Med detta konstaterande övergår jag till att i nästa avsnitt beröra vissa rättssäkerhetsaspekter vid denna typ av prövning och analogiserande för att därefter försöka se om man i skatterättsligt hänseende kan jämställa stödbrev med någon redan etablerad företeelse.

6.2.6.3 Vissa rättssäkerhetsaspekter

Vårt rättssamhälle bygger bl.a. på legalitetsprincipen. Denna grundläggande princip innebär att myndighetsutövning får ske endast enligt i förväg meddelade föreskrifter. Betydelsen av denna princip inom skatte-

⁷¹ Se bl.a. RÅ 1980 1:24 (avyttring av fast egendom), 1980 1:91 (förlustutjämning), 1982 1:21 (optionsavtal rörande köp av aktier), 1984 1:1 (utbyte av A-aktier till B-aktier), 1987 ref 166 (avskrivningsunderlag på täckdikningsanläggning som leasats), 1989 ref 62 I-II (sale och lease back av fastighet), 1989 ref 127 (Diamantfinans).

⁷² Grosskopf och Grönfors, SN 1990 s. 366 f.

rätten har uppmärksammat i en mångfald arbeten, varför jag inte har för avsikt att här gå in djupare på denna princip.⁷³ Denna rättssäkerhetsgrundsats kan sägas vara motiverad utifrån främst två synpunkter. Den ena är att rättstillämpningen skall vara fri från godtycke och den andra är att den skall vara förutsebar.

Att rättskipningen skall vara fri från godtycke innebär först och främst att lika fall skall bedömas lika. (Jämför principen i RF 1 kap 9 § att alla är lika inför lagen samt att domstolar och förvaltningsmyndigheter i sin verksamhet skall iakta saklighet och opartiskhet. Se även stadgandet i 1 § gamla taxeringslagen att det vid taxering skall iaktas att taxeringarna blir överensstämmande med skatteförfattningarna samt i möjligaste mån "likformiga och rättvisa".)

När det gäller stödbrev har vi problemet med att inget "fall" är det andra likt. Ordalydelsen i ett stödbrev och omständigheterna kring dess tillkomst etc. är sällan identiska med vad som gäller för ett annat stödbrev. Detta förhållande skulle i och för sig kunna motivera en mycket noggrann och individuell prövning av eventuella förpliktelser, förekomsten av culpa och andra speciella faktorer i det stödbrev som skatterättsligt skall bedömas. Jag tror dock att risken för godtycke snarare är mindre om man i avdragshänseende försöker att behandla alla stödbrev av t.ex. "mellankategorin" lika, dvs. utan att försöka analysera ordalydelsen eller andra omständigheter alltför mycket. Om man inom skatteförvaltningen eller de allmänna förvaltningsdomstolarna försöker ge sig in på den ganska grannliga tolkning som krävs för att bedöma den civilrättsliga innebörden i varje enskilt stödbrev, med beaktande av omständigheterna kring dess tillkomst m.m., riskerar man snarare att "lika fall" på grund av komplexiteten vid bedömningen kommer att behandlas olika. Prövningen riskerar att begränsas till vad som går att utläsa av handlingens innehåll och utställarens argumentering i avdragsfrågan.

Den prövning en allmän domstol däremot får ge sig in på i en civilprocess omfattar även kreditgivarens uppfattning och argument. Vidare kanske man i den civilrättsliga processen har tillgång till vittnesförhör med de olika personer som medverkat vid tillkomsten av stödbrevet. Detta skulle kunna ge bättre möjligheter att göra en mer fingradig indelning och bedömning av den juridiska statusen av olika stödbrev med beaktande av omständigheterna vid dess tillkomst än vad som är fallet i en ordinär skatteprocess.

Skattemyndigheterna och de allmänna förvaltningsdomstolarna riskerar, med sina i förhållande till de allmänna domstolarna mer begränsade

⁷³ Se t.ex. Bergström s. 64 ff och där gjorda hänvisningar, dens, Förutsebarhet s. 39 ff, dens SN 1984 s. 309 ff, Landerdahl s. 73 ff och där gjorda hänvisningar, Mattsson, SvSKT 1981 s. 291 ff och SOU 1993:62 s. 75 ff.

praktiska möjligheter till djupare analys av ett stödbrevs juridiska status, att uppfatta två skilda stödbrev som "likartade" fast det kanske finns en hel del skillnader dem emellan. Dessa skillnader kanske skulle ha framkommit vid en civilprocess. På samma sätt skulle skattemyndighet eller förvaltningsdomstol naturligtvis kunna komma att uppfatta två "lika fall" som olika. Metoden att ge en och samma skatterättslig behandling av alla stödbrev av "mellankategorin" (dvs. ej de som endast innehåller verifierbara fakta och ej heller de som är så starka att de kan hänföras till "borgensförbindelser") bör därför ligga väl i linje med principen att lika fall skall behandlas lika. "Likheten" i fallen är i denna bemärkelse inte exakt likhet i fråga om formuleringar, tillkomst etc. "Likheten" är att de ifrågavarande stödbreven är att hänföra till i stort sett samma typ av handling.

Den andra rättssäkerhetsaspekten som legalitetsprincipen syftar till att upprätthålla är som sagt kravet på förutsebarhet i rättstillämpningen. Med detta avses att enskilda inte skall påföras skatt utan uttryckligt stöd i lag samt att denna lag inte skall tolkas extensivt eller analogt till den skattskyldiges nackdel. Lodin, t.ex, har hävdad att effektiviteten i det ekonomiska livet kan hämmas om man inte tillämpar lagtolkningsmetoder som bygger på att kravet på förutsebarhet ställs högt.⁷⁴ Självfallet är kravet på förutsebarhet en av de viktigaste grundpelare som vårt rättssamhälle vilar på. Man måste dock fråga sig om kravet på förutsebarhet alltid kan ställas lika högt och – framför allt – vad det är som skall vara "förutsebart". När det gäller stödbrev är deras funktioner och syften sådana att rättslig osäkerhet – och därmed bristande förutsebarhet – är avsedd av parterna själva. Vad stödbreven rent civilrättsligt innebär är m.a.o. allt annat än förutsebart. När det är fråga om en skatterättslig inkomst- eller avdragspost som skall bedömas och denna reglerats – mer eller mindre preciserat – i en bestämmelse ligger problemet vid lagtolkningen i hur ordalydelsen av bestämmelsen skall tolkas, och om denna är oklar, vilken betydelse man bör lägga vid olika motivuttalanden till lagen. När det gäller stödbrev saknas såväl specifik skatterättslig reglering som motivuttalanden. Frågan om förutsebarhet vid beskattningen gäller i detta avseende i stället frågan om till vilken kategori av kostnad – driftförlust eller kapitalförlust – som ett infriande av förpliktelser i stödbrev skall hänföras. Om förlusten i sig är att hänföra till driftförlust blir nästa fråga när förutsättningarna för avdrag för denna förlust är uppfyllda ("definitiv" och "verklig").

Skatterättslig förutsebarhet är med hänsyn till stödbrevens utformning och andra karaktäristika naturligtvis svår att uppnå innan de allmänna förvaltningsdomstolarna – och då i slutändan Regeringsrätten – tagit ställning till hur avdragsrätten i princip bör bedömas.

⁷⁴ Lodin i Festskrift till Hellner s. 353.

Med hänsyn till det ovan anförda får man, som jag påpekat i föregående avsnitt, försöka att göra en skatterättslig bedömning av avdragsrätten, där bl.a. stödbrevens civilrättsliga funktion bör väga tungt. Vid en sådan "funktionsanalys" blir det nödvändigt att jämföra med andra närliggande rättsområden, vilket jag avser att göra i de kommande avsnitten.

6.2.6.4 Jämförelse med borgen, fordringar och aktieägartillskott

6.2.6.4.1 INLEDNING

Som jag visat i avsnitt 2.4.3 kan olika stödbrev sinsemellan ha en mångfald skilda lydelser och innehålla juridiskt bindande förpliktelser av varierande styrka. När en "förpliktelse" i ett stödbrev "infrias" och det infriande bolaget vid inkomsttaxeringen yrkar avdrag för denna kostnad, måste man enligt min mening fråga sig vad det är för slag av kostnad som bolaget åsamkats. Är det en drift- eller kapitalförlust? Finner man att det är fråga om en driftförlust är nästa steg i bedömningen att ta ställning till vid vilken tidpunkt avdragsrätt för denna förlust inträder.

I föreliggande avsnitt avser jag att presentera några argument för att man vid prövningen av avdragsrätten skulle kunna tillämpa de rättsregler som gäller vid avdrag för kostnad vid borgensansvar, nedskrivning av fordran samt olika former av kapitaltillskott.

6.2.6.4.2 Borgen

Ett stödbrev, som inte utformats som en civilrättsligt giltig borgensförbindelse och inte heller av domstol med hänsyn till handlingens eller löftets innehåll eller omständigheterna kring dess tillkomst befunnits vara att anse som en sådan, är naturligtvis inte heller per definition en borgensförbindelse. Att nöja sig med detta konstaterande vid den skatterättsliga bedömningen låter sig inte göras invändningsfritt (se avsnitt 6.2.6.2).

Enligt 10 kap 8 § handelsbalken är borgen när någon går "i löfte för annans gäld". I 10 kap 9 § finns vidare en bestämmelse om *proprieborgen* ("såsom för egen skuld") med innebörd att borgenären äger söka vilken-dera som helst av borgensmannen och gäldenären. In dubio presumeras dock endast enkel borgen föreligga, vilket innebär att borgenären först måste ha gjort helt eller delvis misslyckade försök att erhålla betalning från gäldenären innan han kan vända sig mot borgensmannen och av honom kräva resterande belopp.⁷⁵

Borgen kan ingås tämligen formlöst, såväl muntligen som skriftligen eller genom konkludent handlande. I vissa situationer kan det t.o.m.

⁷⁵ Walin s. 24 och 113.

inträffa att någon enligt tillitsteorin på grund av passivitet anses skyldig att svara som borgensman oaktat att han inte avsett att avge och inte heller avgett någon formlig borgensförklaring.⁷⁶ Walin har uttalat att borgensåtagande ingår i den allmänna samfärdseln och kan utformas på skiftande sätt allt efter behovet och den aktuella uppgift som åtagandet skall fylla. Det är således enligt Walin en praktisk terminologisk fråga om ett åtagande som avviker från den vanliga formen av borgen likväl bör behålla denna beteckning. Vidare anför han att eftersom skrivna och oskrivna regler om borgen är dispositiva (deklaratoriska) skall avvikelser från den normala formen under alla omständigheter föranleda överväganden i vad mån allmänna regler om borgen är tillämpliga eller om modifikationer är påkallade.⁷⁷ När det gäller tolkningen av en borgensförbindelse bör denna dock tolkas restriktivt. Walin uttrycker det sålunda.

”Vad som i första hand skall fastställas är huruvida det överhuvud föreligger ett erbjudande eller annan förklaring som bör uppfattas som en borgensutfästelse. Tvekan på den punkten måste räknas avgivaren till godo. I övrigt torde man inte numera vara benägen att tillämpa någon särskilt restriktiv tolkningsmetod, fränsett att det nog krävs rätt klara verba i fråga om själva omfattningen av borgensåtagandet. Detta bygger mest på deklaratoriska regler som delvis fastslagits genom en i vissa avseenden ganska ålderdomlig rättspraxis.”⁷⁸

Enligt Walin kan man diskutera huruvida ett moderbolag som på grund av sitt uppträdande blivit direkt ansvarigt för ett dotterbolags skulder skall betecknas som borgensman eller ej. Man torde enligt honom inte lämpligen böra använda en så specifik term för att karaktärisera det ansvar som moderbolaget ådragit sig. Moderföretaget uppfattas möjligen i nämnda fall, hävdar Walin, närmast som huvudgäldenär, fastän det regelmässigt har rätt att påföra dotterföretaget de utgifter som skett för dess räkning. Om moderföretaget väl har befunnits betalningsskyldigt, torde problematiken i övrigt vara ganska enkel. Naturligtvis kan det, enligt Walin, bli aktuellt att tillämpa en del borgensregler även om moderföretagets ansvar inte direkt kan betecknas som borgensansvar.⁷⁹

Beträffande aktiebolags borgensförbindelser gäller vissa särskilda förhållanden varför några rader om dessa kan vara på sin plats. När det gäller aktiebolag är förhållandet det att bolagsordningen kan innehålla föreskrifter som i något avseende kan inskränka bolagsorganens befogenhet att t.ex. genom borgen binda bolaget. Sådan begränsning kan inte införas i

⁷⁶ A.a. s. 32 och där gjorda hänvisningar.

⁷⁷ A.a. s. 22.

⁷⁸ A.a. s. 111.

⁷⁹ A.a. s. 33.

bolagsregistret och kan inte åberopas gentemot tredjeman i god tro.⁸⁰ För aktiebolag i allmänhet är ett borgensåtagande förenligt med bolagsverksamheten endast om sådana särskilda omständigheter föreligger att borgensförbindelsen har ett naturligt ekonomiskt samband med bolagets rörelse.⁸¹ För att en borgen eller liknande rättshandling skall anses innefatta en överträdelse av vederbörande bolagsorgans befogenheter och därigenom vara ogiltig krävs i likhet med äldre rätt (jfr 76 och 91 §§ i 1944 års ABL – stadganden som dock inte har direkt motsvarighet i nuvarande ABL) att rättshandlingen "uppenbarligen" strider mot bolagets vinstsyfte (eller annat i bolagsordningen angivet syfte).⁸² När det gäller borgen såsom ett allmänt stöd åt koncernföretag och andra närstående företag poängterar Nial att det i allmänhet är klart att ett moderbolag kan ingå sådan borgen utan att det strider mot begränsningar i bolagsorganens befogenheter att ingå borgensförbindelser. Detta gäller enligt honom särskilt i alla normala fall, när dotterbolaget har en rörelse som ansluter sig till moderbolagets eller eljest innehavet av dotterbolaget utgör led i moderbolagets normala verksamhet (t.ex. holdingbolag). Om däremot dotterbolagsaktierna är en mer tillfällig kapitalplacering kan en ytterligare utökning av denna risk (kapitalplaceringen) i form av t.ex. en borgen ligga utanför bolagsorganens befogenhet.⁸³

Vid bedömandet av frågan om en borgen eller annan säkerhet – t.ex. tredjemanspant – är giltig bör hänsyn även tas till huruvida borgensmannen har disponibla vinstmedel att infria denna förpliktelse med eller om ett sådant infriande kan strida mot låne- och utbetalningsförbudet i ABL. Ett lån eller ställande av säkerhet som strider mot bolagsverksamhetens syfte kan bli giltigt om samtliga aktieägare samtycker till åtgärden. Detta samtycke kan dock ha verkan endast inom ramen för aktieägarnas dispositionsrätt över bolagets tillgångar, dvs. endast om transaktionen inte tar i anspråk annat eget kapital än sådant som bolaget kan utdela som vinst.⁸⁴ Denna fråga behandlar jag inte närmare eftersom jag i min framställan utgår från att stödbrevsutställande moderbolag också har möjlighet att infria eventuell stödbrevsförpliktelse om moderbolaget så önskar. Se vidare not 31 ovan.

Jag har tidigare (avsnitt 6.2.3.3) berört den regressrätt som borgensmannen (moderbolaget) erhåller gentemot gäldenären (dotterbolaget) för de kostnader borgensmannen åsamkas i samband med infriandet av borgensförpliktelsen, varför jag här nöjer mig med att hänvisa till nämnda avsnitt.

Efter denna översiktliga beskrivning av borgensförpliktelser övergår

⁸⁰ Nial, Aktiebolags borgensförbindelser s. 10.

⁸¹ A.a. s. 11.

⁸² A.a. s. 12. Se även Persson, SvJT 1982 s. 27 f.

⁸³ A.a. s. 15.

⁸⁴ Kedner och Roos, del II s. 236.

jag till att diskutera om likheterna mellan borgen och stödbrev är sådana att man ur skatterättslig synvinkel skulle kunna behandla dem på ett likartat sätt. Hur stödbrev är formulerade och vilken funktion de fyller har jag behandlat i avsnitt 2.4.3 och den skatterättsliga behandlingen av kostnader för infriade borgensförpliktelser finns beskriven i avsnitt 6.2.3.

Stödbrevens funktion är att förmå kreditinstitut eller varuleverantörer att lämna lån eller ge kredit till t.ex. utställarens dotterbolag. Moderbolagets utfärdade stödbrev fyller för kreditgivaren samma funktion som en borgensförbindelse. Som jag visat i avsnitt 2.4 får stödbreven många gånger ersätta borgensförbindelser på grund av att moderbolaget inte vill belasta årsredovisningen med upplysningar om ingångna borgensförbindelser. En annan orsak kan vara att valutalagstiftning m.m. gör att ett stödbrev är ett lämpligare alternativ än en formell borgen. Oberoende av skälet till att ett stödbrev lämnats i det enskilda fallet fyller handlingen samma funktion för "parterna" (moderbolag – dotterbolag – kreditgivare) som en borgensförbindelse. Likheterna är många och en del stödbrev innehåller också förpliktelser av borgenskaraktär i någon form. Vidare bör beaktas att det civilrättsliga begreppet borgen inte är särskilt formbundet, se föregående avsnitt. Jag har i avsnitt 6.2.6.2 visat att man skatterättsligt inte alltid behöver vara bunden av en civilrättslig klassificering, i synnerhet som denna kanske är både osäker och omtvistad. Jag har vidare i avsnitt 6.2.6.3 framfört synpunkten att en skatterättslig likabehandling av borgen och stödbrev av "mellankategorin" inte bör föranleda några invändningar från rättssäkerhetssynpunkt. Det nu sagda anser jag sammantaget ger god grund för att skatterättsligt behandla stödbrev av "mellankategorin" enligt de regler som gäller för förlust på borgensförbindelser ingångna för närstående företags räkning. (Denna slutsats gäller naturligtvis i än högre grad för kategorin "starka" stödbrev.)

6.2.6.4.3 JÄMFÖRELSE MED FORDRAN PÅ DOTTERBOLAG

Anser man att stödbrev skatterättsligt inte bör jämföras med borgen med hänsyn taget till bl.a. den civilrättsliga skillnad som föreligger mellan en formell borgen och ett stödbrev av "mellankategorin", måste man ta ställning till vad betalningen till följd av stödbrevet i så fall annars utgör. Som jag visat i avsnitt 6.2.6.2 går det inte vid den skatterättsliga prövningen att nöja sig med ett konstaterande av att oklarhet råder i fråga om den civilrättsligt mest lämpliga klassificeringen av rättshandlingen.

I sådant fall ligger det enligt min mening närmast till hands att se moderbolagets betalning till kreditgivaren som en försträckning till dotterbolaget. Detta gäller även om betalningsströmmen inte går via dotterbolaget utan direkt till kreditgivaren. I så fall har moderbolaget en ordinär

(låne)fordran på sitt dotterbolag. Denna kan tas upp i räkenskaperna som en fordran på dotterbolaget, men den kan också avskrivas om det är sannolikt att dotterbolaget inte kan betala den. Detta torde nog i regel vara fallet. I annat fall hade moderbolaget sett till att dotterbolaget gjort rätt för sig. För att avdragsrätt för förlust på sådan fordran skall föreligga krävs att förlusten är definitiv och verklig, se ovan avsnitt 6.2. Det krävs således att fordran kan skrivas ned i enlighet med god redovisningssed. Är det fråga om ackord får detta inte ha sin grund i intressegemenskapen mellan moderbolaget och dotterbolaget. För att förlusten skall vara verklig får inte något annat koncernbolag ha berikats på något sätt genom den nedskrivna fordran. Som tidigare påpekats är det viktigt att transaktionen inte de facto innebär att moderbolaget erhåller en avdragsgill förlust genom att betala dotterbolagets skuld och därigenom ges möjlighet att från dotterbolaget erhålla skattefri utdelning.

I avsnitt 6.2.3.3 pekade jag bl.a. på att ett infriande av en borgensförbindelse normalt medför att borgensmannen får en regressfordran på gäldenären.

I nämnda avsnitt, samt i avsnitt 6.2.6.4.2, har jag också dragit den slutsatsen att förhållandet bör vara detsamma om moderbolaget utställer ett stödbrev till förmån för dotterbolaget och moderbolaget sedan infriar "förpliktelseerna" i detta. I båda fallen skulle det således föreligga en fordran på dotterbolaget.

Teoretiskt sett skulle man väl i och för sig kunna ifrågasätta om det genom detta förfarande alltid skulle föreligga en regressfordran. Moderbolaget har "frivilligt" betalat dotterbolagets skuld. Alltså skulle det här kunna vara fråga om någon form av negotiorum gestio ("tjänst utan uppdrag"), varför regressrätt inte vore självklar i alla situationer, i synnerhet inte om dotterbolaget motsatt sig moderbolagets betalning. Detta resonemang är enligt min mening knappast bärande när det gäller stödbrev.

Syftet med stödbrevet är strikt ekonomiskt i den bemärkelsen att den utställda handlingen avser att stötta dotterbolaget och samtidigt på ett så ekonomiskt och fördelaktigt sätt som möjligt skydda moderbolagets tillgångar i form av dotterbolaget samt garantera framtida möjlighet att använda dotterbolaget som t.ex. ett producent- eller försäljningsbolag åt moderbolaget. Det ekonomiskt försvarbara alternativet för moderbolaget är i de flesta fall inte att hålla sig passivt när dotterbolaget är i trängande behov av kapital i någon form. I stället förefaller det mest naturliga förfarandet för ett moderbolag som önskar fortsatt drift av dotterbolaget vara att ge dotterbolaget ett lån eller tillskjuta mer eget kapital. Vidare torde såväl dotterbolagets som moderbolagets styrelser eller personer i bolagens högsta ledning i de flesta fall vara väl införstådda med existensen och verkan av stödbrevet. Tanken är som sagt att stödbrevet skall gagna både dotterbolaget och moderbolaget. Det får i regel anses finnas ett sådant "samförstånd" mellan moderbolagets ledning och dotterbolagets ledning att stödbrevet näppeligen kan betraktas

som utfärdad av moderbolaget såsom en "tjänst utan uppdrag". (Jämför vad jag anfört om frågan om stödbrevet bör ses som en tjänst till förmån för dotterbolaget i avsnitt 5.3.)

När det gäller infriade borgensförpliktelser torde – som tidigare nämnts – borgensmannen ha regressrätt även om han själv varit befriad från skyldighet att infria sin borgen men ändå gjort detta. Borgensmannen äger själv bestämma om han vill åberopa egna invändningar mot borgenärens krav, som preskription eller preklusion.⁸⁵ Även om det inte är fråga om en formell borgen men moderbolaget har ådragit sig betalningsansvar för dotterbolagets skulder, anses moderbolaget regelmässigt ha rätt till ersättning av dotterbolaget härför.⁸⁶ Enligt min mening saknas anledning att beträffande förekomsten av eventuell regressrätt behandla betalningar till följd av infriade stödbrevsförpliktelser annorlunda än vad som gäller vid infriad borgen.⁸⁷

Finner vi att moderbolaget har regressrätt på dotterbolaget med anledning av den infriade stödbrevsförpliktelsen – vilket alltså i regel bör vara fallet – och önskar moderbolaget skriva ned regressfordran med hänsyn till att dotterbolaget inte kan betala, bör ett härpå följande avdragsyrkande prövas som en nedskrivning av eller ackord på vilken (låne)fordran som helst på ett närstående företag. Detta innebär alltså bl.a. att förlusten skall konstateras vara definitiv och dessutom verklig för att avdragsrätt härför skall föreligga.

6.2.6.4.4 JÄMFÖRELSE MED AKTIEÄGARTILLSKOTT

För den händelse att man anser att infriandet av "förpliktelser" i ett stödbrev i skatterättsligt hänseende inte kan jämföras med infriandet av ett borgensansvar och inte heller som ett lån från moderbolaget – direkt eller indirekt – till dotterbolaget, återstår möjligheten att pröva om betalningen skulle kunna utgöra någon form av förtäckt aktieägartillskott. Det bör redan här påpekas att Regeringsrätten varit mycket restriktiv med att betrakta olika finansiella transaktioner som förtäckta aktieägartillskott.

⁸⁵ Walin s. 200.

⁸⁶ A.a. s. 13.

⁸⁷ Visserligen torde det finnas situationer där regressrätt inte uppkommer. Om t.ex. ett moderbolag betalar med anledning av stödbrevet och det visar sig att dotterbolagets skuld är helt eller delvis tvistig är det inte säkert att regressrätt föreligger. Detta förhållande gäller även för borgen. Det krävs nämligen för regressrätt mot gäldenären vid infriad borgen att gäldenären varit förpliktad att betala till borgenären, se Walin s. 200. Förhållandet är likartat om gäldenären haft kvittningsfordran mot borgenären och borgensmannen varit försumlig och inte tagit reda på detta innan han betalade till borgenären. Han övertar då kvittningsfordringen, Walin s. 209. Saken är dock av perifert intresse i detta sammanhang och berörs därför inte mer.

Med hänsyn här till tror jag inte så mycket på att Regeringsrätten skulle vara benägen att göra så de lege lata. Däremot ser jag gärna att Regeringsrätten framöver använder sig av denna möjlighet i vissa situationer. De argument som skulle kunna ligga till grund för en sådan bedömning är framför allt följande.

Dotterbolag är i de situationer då stödbrev vanligen utfärdas ofta kraftigt underkapitaliserade i förhållande till omfattningen av sin verksamhet. Utställande av stödbrev föranleds också i regel av ett för lågt eget kapital hos låntagaren. Dotterbolaget är således i trängande behov av nytt kapital i någon form för sin fortsatta verksamhet.

Stödbrev utgör inte enbart ett alternativ till borgen vid extern finansiering eller kreditgivning. Stödbrev utgör också ett direkt alternativ till aktieägartillskott. Om inte ett stödbrev lämnas i underkapitaliserings-situationer kan det många gånger vara svårt att erhålla nytt kapital. Såvida inte närstående företag lämnar lån till ett underkapitaliserat bolag eller tillskjuter nytt eget kapital, eller man annorledes med någon form av back-to-back-lån kan förmå utomstående kreditgivare att lämna kredit, är oftast stödbrev eller borgen enda möjligheten för sådana dotterbolag att erhålla krediter.

Grunden till att man skulle kunna tänka sig att betrakta "närståendelån" (i vid bemärkelse) i fall av underkapitalisering som aktieägartillskott är den starka koppling som finns i dessa situationer mellan stödbrevsutställaren och låntagaren. Det nedan förda resonemanget bör enligt min mening gälla oberoende av om moderbolaget finansierar dotterbolaget genom att lämna ett lån eller om lånet ges av utomstående med hjälp av ett stödbrev som senare måste infrias med därtill (eventuellt) följande regressfordran på dotterbolaget som sedan efterges och skrivs ned.

En anledning till att hysa viss betänksamhet mot att behandla erlagt belopp – med eller utan efterföljande regressrätt – såsom ett aktieägartillskott är förhållandet mellan stödbrevsutställaren och andra ägare av det låntagande bolaget. De senare skulle genom en sådan omklassificering kunna komma att gynnas på den förres bekostnad.⁸⁸ I de fall jag behandlar finns det i regel endast en ägare som utövar ett helt dominerande inflytande på dotterbolaget, varför nyss nämnda argument mot omklassificering oftast inte har någon relevans i dessa situationer.

Moderbolaget kan vidare självt lägga upp koncernens organisation, de olika koncernbolagens kapitalstruktur och olika koncerntransaktioner, såsom lån från moderbolag till dotterbolag eller extern finansiering med

⁸⁸ Här åsyftas t.ex. det fallet att A och B äger 90 procent respektive 10 procent av C. Om A infriar ett stödbrev till förmån för C och infriandet av domstol betraktas som ett förtäckt aktieägartillskott kan B gynnas på A:s bekostnad vid t.ex. en senare genomförd likvidation av C.

hjälp av stödbrev etc., i stort sett efter vilken modell som helst utan att någon annan kan ha inflytande häröver. Moderbolag kan således – vilket också är vanligt förekommande – förse dotterbolag med ett absolut minimum av eget kapital och i stället finansiera dotterbolagets drift genom olika slag av lån. Utan dessa lån skulle dotterbolaget inte kunna verka som ett självständigt företag. I realiteten fungerar dotterbolagen i dessa fall såsom filialer och inte som aktiebolag som har förmåga att driva egen verksamhet med antingen eget kapital eller med lån givna till bolaget av utomstående finansörer med stöd av den säkerhet bolaget självt kan presterar. Detta föranleder att man enligt min mening särskilt bör granska moderbolags finansiering – med eller utan stödbrev – av underkapitaliserade dotterbolag. Man bör inte vara fullt så formell vid prövningen som jag uppfattar att Regeringsrätten stundtals varit. I stället för att enbart se på formen av en transaktion, t.ex. lån eller nedskrivning av regressfordran, bör man även undersöka vad transaktionen i realiteten utgör. En sådan prövning torde i vissa fall kunna utmynnas i ett konstaterande att fråga är om ett förtäckt aktieägartillskott (jfr här vad jag anförde i avsnitt 6.2.6.2 beträffande frågan om att lägga transaktionens verkliga innebörd till grund för bedömningen). Denna granskning av finansieringens verkliga innebörd är framför allt viktigt att göra när fråga är om två bolag varav ett är icke skattskyldigt i Sverige.

Det kan i detta sammanhang finnas skäl att beakta utländsk rättstillämpning i viss utsträckning. En sådan studie visar att man i en del andra rättssystem inte är främmande för att behandla formellt riktiga lån från moderbolag till underkapitaliserade dotterbolag såsom kapitaltillskott. I kommentaren till OECD:s modellavtal 1992 har man t.o.m. klart uttalat att bestämmelserna i t.ex. modellavtalets artikel 9 (armlängdsregeln) och artiklarna 10 och 11 (utdelning respektive ränta) inte hindrar att man i vissa fall av bl.a. underkapitalisering skatterettsligt betraktar ett formellt lån som ett kapitaltillskott (se avsnitt 3.2.1). Jag tror nog att Regeringsrätten framöver kommer att ta mer intryck av den omfattande diskussion om dessa frågor som ägt rum i USA och Västeuropa samt inom OECD:s kommittéer under det senaste decenniet än vad hittills synes ha skett.

Om vi accepterar påståendet att det är fråga om ett förtäckt aktieägartillskott måste vi också ta ställning till vid vilken tidpunkt tillskottet skall anses lämnat. Den relevanta tidpunkten skulle kunna vara när moderbolaget efterger eller efterställer sin fordran på dotterbolaget och åtgärden förenas med vissa villkor och genomförs på sådant sätt att mottagaren utifrån god redovisningssed är berättigad att redovisa ett belopp motsvarande den nedskrivna och efterskänkta eller efterställda fordran som en (skattefri) intäkt eller skuldminskning. Detta torde kunna vara möjligt redan enligt gällande rätt (se avsnitt 6.2.4) Detta resonemang förutsätter – såvitt jag kan bedöma – att man primärt behandlar betalningen till kreditgivaren antingen som en borgens-

liknande betalning med regressrätt eller som ett lån till dotterbolaget.

En annan alternativ tidpunkt skulle kunna vara redan när moderbolaget infriar "förpliktelserna" i stödbrevet och betalar till kreditgivaren. Man skulle då kunna hävda att moderbolaget därigenom förser sitt underkapitaliserade dotterbolag med ett tillskott, men att detta betalas direkt till kreditgivaren. Stödbrevet kan även vara utformat så att moderbolaget skall se till att dotterbolaget vid varje given tidpunkt har tillräckligt med kapital att fullgöra sina förpliktelser (se ovan 2.4.3). Betalningen från moderbolaget går då kanske inte direkt till kreditgivaren utan via dotterbolaget. Jag ser ingen principiell skillnad mellan dessa senare två olika varianter. I båda dessa senare fall är den relevanta tidpunkten för tillskottet när betalning äger rum.

Finner man att det erlagda eller efterställda alternativt nedskrivna och efterskänkta beloppet skall behandlas som ett aktieägartillskott saknar moderbolaget avdragsrätt för beloppet vid den löpande inkomsttaxeringen. Beloppet skall i stället hänföras antingen till anskaffningskostnaden för dotterbolagsaktierna om "tillskottet" skall anses ovillkorat eller till rätten till återbetalning om "tillskottet" skall anses villkorat.

6.2.6.4.5 SAMMANFATTNING JÄMFÖRELSE MED NÄRLIGGANDE RATTSSOMRÅDEN

Övervägande skäl talar enligt min mening för att skatterättsligt jämställa stödbrev av "mellankategorin" utfärdade av moderbolag för dotterbolags räkning med borgensförbindelser utfärdade i samma slag av relation. Detta medför att moderbolaget endast kan få avdrag för kostnader för infriade "förpliktelser" i utfärdade stödbrev när förlusten är definitiv och verklig. Det blir den inte enbart av den anledning att moderbolaget har betalat. Moderbolaget får i regel en regressfordran på dotterbolaget i och med att moderbolaget betalar dotterbolagets skuld. Nedskrivning av sådan fordran är avdragsgill först när förlusten å densamma konstaterats vara definitiv och verklig (jämför här även RÅ 1990 not 193, se avsnitt 6.2.2.4). Prövningen av stödbrevet och därtill eventuellt kommande regressfordran skall således ske enligt de regler som gäller för borgensförbindelser ingångna för närstående företags erhållna krediter (se 6.2.3.2 och 6.2.6.4.2) och nedskrivning av lånefordran på närstående företag (se 6.2.2.3).

Rättsföljden blir densamma om vi betraktar det erlagda beloppet som ett lån från moderbolaget till dotterbolaget (se avsnitt 6.2.6.4.3). Detta alternativ anser jag generellt sett inte ha samma bärighet som att skatterättsligt jämställa stödbrevet med en borgensförbindelse.

Väljer vi avslutningsvis att behandla det av moderbolaget erlagda beloppet som ett aktieägartillskott kan avdragsrätt härför endast föreligga vid avyttring av aktierna i eller fordran på dotterbolaget samt bolagets upplösning eller liknande. Vid sådant förhållande skall det erlagda beloppet

pet anses som en del av anskaffningskostnaderna för aktierna eller för fordran i form av rätten till återbetalning av ett villkorat tillskott.

Sammantaget leder ovan förda resonemang till att oberoende av om vi väljer att i avdragshänseende behandla det med anledning av stödbrevet erlagda beloppet som infriad borgen eller lån till dotterbolag saknas avdragsrätt för det erlagda beloppet innan förlusten är definitiv och verklig. Om beloppet i stället behandlas som ett aktieägartillskott saknas även i detta fall avdragsrätt innan förlusten på aktierna (alternativt förlusten på fordran på rätten till återbetalning av det "villkorade tillskottet") är definitiv och verklig. Härigenom uppnås kongruens beträffande rättsföljden mellan de olika handlingsalternativen.

6.2.6.5 Jämförelse med avdrag för andra skadestånd i näringsverksamhet

Som tidigare visats i avsnitt 2.4.4, och vilket jag även återkommit till i viss utsträckning i avsnitt 6.2.5, kan utställare av stödbrev i vissa situationer åläggas skadeståndsansvar på inom- eller utomobligatorisk grund. Beträffande förutsättningarna för sådan ersättningsskyldighet hänvisas därför till vad som sagts i dessa avsnitt. Sammanfattningsvis kan skadeståndsskyldighet avseende ren förmögenhetsskada i nu förevarande sammanhang föreligga dels på grund av brott mot förpliktelser i stödbrev (culpa in contractu), dels på grund av vållande/försummelse vid ingående av avtal eller vid avtalsförhandlingar avseende utställande av stödbrev (culpa in contrahendo).

Beträffande kostnader till följd av erlagda skadestånd på grund av brott mot avtal ingånget i och för näringsverksamheten föreligger i allmänhet avdragsrätt, medan man för utomobligatoriska skadestånd föranledda av näringsverksamheten dessutom brukar uppställa ett "normalitetskrav" för att rätt till avdrag skall föreligga. I praxis synes man dock vara tämligen generös vid bedömningen av om skadeståndet utgått på grund av företagets "normala" verksamhet eller ej (se avsnitt 6.2.5.3). Det bör dock poängteras att den praxis som finns – oavsett om den gäller skadestånd till följd av kontraktsbrott eller hänför sig till utomobligatoriska grunder – rör helt andra företeelser än stödbrev. Man bör därför ställa sig frågan vilka skäl som kan finnas för respektive emot att bedöma avdragsrätten för kostnader till följd av utställda stödbrev utifrån de principer som generellt sett gäller för skadestånd utgivna i näringsverksamhet. Jag avser att nedan presentera några sådana argument och ställa vissa frågor som bör besvaras innan man kan avgöra om och när avdragsrätt föreligger.

En fråga som inledningsvis måste besvaras är om det i avdragshänseende bör ha någon betydelse om skadeståndet grundar sig på avtalsbrott

eller culpa in contrahendo. Låt oss anta att ett bindande avtal (borgen eller stödbrev innehållande juridiska förpliktelser) ännu ej kommit till stånd. Parterna har endast förhandlat om vissa villkor för krediten till dotterbolaget. Ett stödbrev – utan juridiskt bindande förpliktelser – har överlämnats. Moderbolagets handlande – där stödbrevet kanske utgjort ett väsentligt inslag – har medfört att kreditgivaren vidtagit vissa dispositioner som denne annars inte skulle ha gjort (lämnat lån, levererat varor på kredit etc.) och som senare åsamkat denne förluster. Syftet med nu nämnda stödbrev är detsamma som med de stödbrev som innehåller juridiskt bindande förpliktelser. Avsikten med stödbrevet är att fylla funktionen av ett slags "halvgången borgensförbindelse", i syfte att förmå kreditgivaren att lämna ett lån eller leverera varor på kredit. I båda fallen grundar sig skadeståndsskyldigheten på att moderbolaget vidtagit vissa åtgärder, vars karaktär har starka likheter med lämnande av borgen, för att bereda dotterbolaget förmånen av en kredit. Enda skillnaden är att detta stödbrev är juridiskt sett "svagare" än såväl "äkta" borgen som ett stödbrev innehållande juridiska förpliktelser. Denna skillnad i juridisk status på stödbrevet bör enligt min mening inte rimligen påverka avdragsrätten. Således bör även ett av domstol beslutat skadestånd på grund av culpa in contrahendo till följd av tillkomsten och överlämnandet av ett stödbrev skattemässigt behandlas på samma sätt som ett skadestånd på grund av icke uppfyllda stödbrevsförpliktelser.

Ett argument för avdragsrätt vid den löpande inkomsttaxeringen är följande. Om man väl har konstaterat att stödbrevet utställts i och för moderbolagets verksamhet ligger det också nära till hands att jämställa det skadeståndsanspråk som aktualiseras med anledning av stödbrevet med vilket annat skadestånd som helst som har sin upprinnelse antingen i ett brott mot ett i näringsverksamheten ingånget avtal eller som kan hänföras till vållande av förmögenhetsskada vid avtalsförhandlingar eller liknande i och för verksamheten. Det skulle med detta synsätt således i avdragshänseende saknas anledning att särbehandla erlagda skadestånd föranledda av utställda stödbrev.

En viktig fråga i sammanhanget är om stödbrevet är utställt i och för *moderbolagets* näringsverksamhet. Stödbrevets funktion är först och främst att underlätta för dotterbolaget att erhålla krediter till bra villkor. Emellertid är detta också till gagn för moderbolaget, som då inte självt behöver låna ut pengar till dotterbolaget eller skjuta till nytt kapital. I förlängningen kan detta också leda till att dotterbolaget kan fortsätta sin verksamhet, som t.ex. återförsäljare av moderbolagets produkter eller som underleverantör till moderbolaget. Vidare kanske de förmånligare krediterna i sig kan förbättra dotterbolagets möjligheter att lämna utdelning till moderbolaget, vilket utgör inkomst av näringsverksamhet hos moder-

bolaget. Sammantaget leder detta till att stödbrevet indirekt även gynnar moderbolagets näringsverksamhet, vilket jag även framhållit på flera ställen i den tidigare redogörelsen. Mot detta skulle man kunna invända att stödbrevet egentligen inte kan anses vara direkt betingat av moderbolagets näringsverksamhet utan enbart föranletts av dotterbolagets svaga finansiella ställning.

Antagligen får varje avtalssituation bedömas för sig när man skall pröva om stödbrevet utgivits i och för moderbolagets verksamhet och om utgivet skadestånd kan anses vara en följd av moderbolagets (normala) förvärvsverksamhet. Orsaken till att moderbolaget anses betalningsskyldigt är att bolaget i stödbrevet gjort vissa utfästelser av "borgenskaraktär" eller förfarit vårdslöst vid avtalsförhandlingar rörande sådana "utfästelser". En gissning skulle vara att man i de flesta fall skulle finna att stödbrevet utgivits i och för moderbolagets näringsverksamhet med hänsyn till bl.a. den generösa praxis som finns avseende avdragsrättens omfattning. Det är därför troligt – och enligt min mening också rimligt – att de allmänna förvaltningsdomstolarna kommer att betrakta ersättning till följd av brott mot förpliktelser i stödbrevet eller på grund av culpa in contrahendo vid utställande av stödbrev som i princip varande en driftförlust.

Emellertid räcker det inte med att vid prövningen av om och när avdragsrätt föreligger för erlagt skadestånd konstatera att fråga är om en driftförlust och icke en kapitalförlust. Man måste även ta ställning till om förlusten dessutom är att anse som definitiv och verklig. Detta gäller oberoende av om skadeståndet utgått på inom- eller utomobligatorisk grund.

För att kunna svara på frågan om förlusten är definitiv och verklig bör man även fråga sig om moderbolagets rätt till avdrag i något hänseende skulle kunna vara beroende av om betalningen grundar sig på dom eller liknande (skiljenämnd) eller om infriandet (betalningen) är "frivilligt" (dvs. sker på grund av affärsmässiga skäl). I det förra fallet skulle man kunna argumentera för att avdragsrätt i princip skall föreligga för betalningen vid den löpande inkomsttaxeringen, medan man i det senare fallet möjligen skulle kunna hävda att betalningen eventuellt skall jämföras med företrädesvis infriande av borgensförpliktelser och att man därvid får beakta vad som gäller för kostnader med anledning av borgensförbindelser ingångna för närstående bolags räkning samt eventuellt också ta hänsyn till vad som gäller för nedskrivning av regressfordran vid sådan betalning.

Finns det skäl att skilja mellan ett av domstol fastslaget betalningsansvar till följd av ej infriad borgensliknande förpliktelse i ett stödbrev – eller på grund av genom culpa in contrahendo förorsakad ren förmögenhetsskada – å ena sidan och en "frivilligt" infriad sådan "förpliktelse" å andra sidan? Min uppfattning är att det inte är sakligt motiverat att utifrån

gällande rätt göra någon principiell skillnad mellan betalning på grund av dom om skadestånd eller "frivilligt" infriande. I annat fall skulle avdragsrätten bli beroende av om moderbolaget valde att låta saken gå till domstol - och där förlora, mer eller mindre avsiktligt - eller betala "frivilligt". Moderbolaget bör alltså inte vid den löpande inkomsttaxeringen kunna erhålla en omedelbart avdragsgill kostnad genom att välja att låta domstol fastställa skadeståndsskyldighet och därigenom förpliktas betala på grund av avtalsbrott i stället för ett "frivilligt" (men väl affärsmässigt betingat) infriande. Skillnaden mellan tvingande och "frivilligt" är illusorisk, eftersom man av ekonomiska eller "affärsmoraliska" skäl ändå kanske är tvungen att infria vad man "utlovat" i stödbrevet. I annat fall får bolaget dåligt renommé och dotterbolagen kan få svårt med kapitalanskaffning etc.

Vidare torde det enligt min uppfattning vara högst rimligt att en regressfordran gentemot dotterbolaget uppkommer även i skadeståndsfällen. Vad moderbolaget åläggs att betala är de facto inget annat än skadestånd på grund av icke infriad förpliktelse av borgensliknande karaktär eller skadestånd på grund av genom culpa in contrahendo orsakad ren förmögenhetsskada vid avtalsförhandlingar rörande utfärdande av rättshandling av liknande slag, även om rättshandlingen saknar dessa borgensliknande förpliktelser. I praktiken torde dock denna regressfordran sakna värde eftersom dotterbolaget inte förmår att betala den.

För att kunna ta ställning till om förlusten är definitiv bör man alltså enligt min uppfattning jämställa kostnader till följd av "frivilligt" infriade stödbrev med kostnader till följd av utdömda skadestånd med anledning av utställda stödbrev. Vidare bör man beakta den regressfordran gentemot dotterbolaget som bör uppstå i dessa situationer. Avdragsrätt kräver således bl.a. att regressfordran kunnat skrivas ned i enlighet med vad som gäller för lånefordringar på närstående företag (se vidare avsnitt 6.2.2).

Sammantaget leder mitt ovan förda resonemang till att man i avdragshänseende bör behandla kostnader till följd av erlagda skadestånd med anledning av utställda stödbrev på samma sätt oberoende av om skadeståndsgrundern är avtalsbrott eller culpa in contrahendo. Vidare anser jag att man bör skilja på skadestånd (på inom- och utomobligatoriskt grund) till följd av utställda stödbrev och andra skadestånd till följd av bedriven näringsverksamhet. De förra medför särskilda frågor som gör att dessa skadestånd skiljer sig från andra skadestånd, t.ex. bör en regressfordran gentemot dotterbolaget uppkomma. Skadestånd till följd av brott mot förpliktelser i stödbrev eller till följd av culpa in contrahendo vid utställd av stödbrev - och de därtill hörande avtalsförhandlingarna - bör enligt min mening redan enligt gällande rätt skatterettsligt behandlas på samma sätt som kostnader till följd av infriad borgen med beaktande av

regressfordran m.m. (jfr här avsnitt 6.2.6.4.2). Detta gäller oberoende på vilket sätt man "fastslagit" att ersättningsskyldighet föreligger. På detta vis uppnås också förutsebarhet och en likformig behandling av infriande av "förpliktelser" i olika slag av stödbrev av "mellankategorin". Rättsföljden kommer då att bli densamma oberoende av hur och på vilken grund "infriandet" sker.

6.3 Sammanfattning avdragsrätt

Stödbrev är en relativt ny företeelse som från skatterättsliga utgångspunkter ännu ej varit föremål för lagstiftningsarbete eller prejudicerande domstolsavgöranden. När man skall ta ställning till ett yrkande om avdrag för kostnader vid infriande av "förpliktelser" i stödbrev måste man i avsaknad av direkt applicerbara bestämmelser eller rättsliga avgöranden söka vägledning i till stödbreven angränsande rättsområden (se avsnitt 6.2.6.2).

I kapitel 6 har jag behandlat vad som i avdragshänseende gäller beträffande kostnader med anledning av nedskrivning/ackord på fordran på närstående företag (6.2.2), kostnader i samband med infriande av borgensförbindelser ingångna till förmån för närstående företag (6.2.3), aktieägartillskott i form av nedskrivna eller efterställda fordran (6.2.4) samt kostnader för erlagda skadestånd (6.2.5).

Rätt till avdrag för kostnader för infriad borgen utställd till förmån för närstående företag kräver att borgensförbindelsen betingats av näringsverksamhet som bedrivits av den skattskyldige eller annan som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå den skattskyldige nära (se avsnitt 6.2.3.1). Jag har i min jämförelse med andra närliggande rättsområden funnit att företeelsen stödbrev har sådana likheter med borgensförbindelser vad avser dess syften och funktion att man i skatterättsligt hänseende i första hand bör behandla kostnader till följd av "frivilligt" (dvs. ej juridiskt, men väl affärsmässigt betingat) infriande av "förpliktelser" i utställda stödbrev på samma sätt som man behandlar kostnader till följd av infriade borgensförbindelser ingångna för närstående företags räkning. Såvitt jag kan bedöma finns förutsättningar att göra så redan de lege lata (se avsnitt 6.2.6.4.2).

Vid infriande av borgen erhåller borgensmannen nästan undantagslöst en regressfordran på gäldenären (se avsnitt 6.2.3.3). Förhållandet torde vara detsamma vad gäller infriade stödbrevsförpliktelser. Detta medför att avdrag för kostnader för "frivilligt" infriad stödbrevsförpliktelse kan medges först när förlusten är definitiv och verklig (vad som avses härmed se avsnitt 6.2). Detta innebär att avdragsrätt inte uppkommer förrän regressfordringen på dotterbolaget (kredittagaren) eftergivits och skrivits ned i enlighet med bokföringsmässiga grunder – och således kan anses

vara definitiv – och det klart framgår att moderbolaget – eller någon annan moderbolaget närstående – inte kompenserats för förlusten (dvs. att förlusten är ”verklig”).

Ett alternativ till att jämställa betalningen med infriad borgensförbindelse är att betrakta det erlagda beloppet som ett lån – direkt eller indirekt – till dotterbolaget (se avsnitt 6.2.6.4.3). Även här förutsätter avdragsrätt att lånefordringen på den närstående definitivt gått förlorad genom ackord eller nedskrivning och att inte moderbolaget eller någon moderbolaget närstående kompenserats för förlusten (se avsnitt 6.2.2.3–6.2.2.4).

Vid prövningen av vad betalningen skatterättsligt rätteligen utgör finns även en tredje möjlighet. Det är att behandla det erlagda beloppet såsom ett förtäckt aktieägartillskott. Som grund härför kan bl.a. åberopas att dotterbolaget är så kraftigt underkapitaliserat att det förutan stödbrevet (eller borgen eller någon form av back-to-back arrangemang) inte på annat sätt än genom lån eller kapitaltillskott från moderbolaget (eller annan närstående) kan fortsätta sin verksamhet (se närmare avsnitt 6.2.6.4.4). Personligen tror jag dock inte att domstolarna de lege lata är beredda att göra så utom i mycket speciella fall. Om man ändå accepterar denna lösning medför detta att det erlagda beloppet inte får dras av vid den löpande inkomsttaxeringen, men väl läggas till anskaffningskostnaderna för dotterbolagsaktierna eller för rätten till återbetalning av ett villkorat tillskott. I sådant fall föreligger inte rätt till avdrag förrän vid avyttring av aktierna/fordran på återbetalning eller vid dotterbolagets upphörande genom konkurs eller likvidation.

Oberoende av vilken av dessa modeller man väljer blir rättsföljden densamma vid den löpande inkomsttaxeringen. Avdrag medges inte för förlusten förrän den är definitiv och dessutom verklig.

Beträffande skadestånd gäller i allmänhet att avdragsrätt i huvudsak föreligger om skadeståndet grundar sig på brott mot i förvärvsverksamheten ingånget avtal. För avdragsrätt på utomobligatoriska skadestånd uppställs i praxis ett ”normalitetskrav”. Härmed menas att skadan skall vara av sådan art att den utgjort en ”normal” risk i verksamheten. Noteras bör att de avgöranden av Regeringsrätten som finns i regel avsett ”ordinära” kontraktsbrott (ej levererad kontrakterad vara, brist/fel i vara, ej fullgjort prestation inom rätt tid etc.). Beträffande utomobligatoriska skadestånd som avdrag medgetts för har det i regel varit fråga om olycksfall etc. och inte direkt om culpa in contrahendo. I praxis synes man dock vara tämligen generös vid prövningen av om skadestånd i näringsverksamhet utgjort en ”normal” följd av den bedrivna verksamheten (se avsnitt 6.2.5.3).

Är infriandet av stödbrevsförpliktelsen inte ”frivilligt” utan har sin grund i ett domstolsutslag, måste man fråga sig om detta förhållande

sakligt sett motiverar en annan rättsföljd än den ovan beskrivna rättsföljden avseende "frivilligt" infriade stödbrevsförpliktelser. Min uppfattning är att så inte bör vara fallet. Stödbrevets funktion och syfte är detsamma oberoende av om betalningen sker till följd av ett domstolsutslag eller på grund av ett "frivilligt" infriande. Skillnaden är bara att moderbolaget inte "frivilligt" betalar. I stället åläggs moderbolaget skadeståndsansvar av domstol. "Avtalsbrottet" består i att moderbolaget inte har uppfyllt stödbrevets förpliktelser. Grundar sig skadeståndet på att moderbolaget gjort sig skyldigt till culpa in contrahendo, infinner sig samma argument för att kostnaden skall behandlas som en driftförlust som beträffande skadestånd till följd av icke uppfylld stödbrevsförpliktelse. Vidare föreligger samma argument mot omedelbar avdragsrätt som vid erlagda skadestånd till följd av icke uppfylld stödbrevsförpliktelse. I båda fallen bör man enligt min mening på samma sätt som vid t.ex. ett infriande av en borgensförbindelse pröva om förlusten med hänsyn till eventuell regressfordran på dotterbolaget är definitiv. Vidare måste prövas om förlusten också är verklig. Förlusten får inte ha kompensrats på något sett, genom t.ex. värdeöverföring till annat koncernbolag eller i form av skattefri utdelning till moderbolaget.

I avsnitt 6.2.6.1 utlovade jag att i denna sammanfattning återkomma till frågan om stödbrev skatterättsligt bör hänföras till en egen grupp. Jag avsåg därvid frågan om det finns skäl att behandla stödbrev på annat sätt än vad som gäller för borgen/nedskrivning på fordran/aktieägartillskott å ena sidan och "ordinära" skadestånd till följd av åtgärder vidtagna för närstående företags räkning å den andra sidan. Som jag visat i avsnitt 6.2.6.4–6.2.6.5 anser jag att så inte bör vara fallet.

Väljer man att i avdragshänseende behandla betalning med anledning av stödbrev så som jag ovan föreslår, medför detta bl.a. att man uppnår en likformig och förutsebar behandling av kostnader med anledning av olika former av stödbrev av "mellankategorin". Detta gäller oberoende av om infriandet sker "frivilligt" eller ej.

7 Några avslutande synpunkter

7.1 Sammanfattning avseende vissa frågor

I detta avsnitt avser jag att sammanfatta ett par av de slutsatser och synpunkter jag framfört i de tidigare avsnitten. Däremot kommer jag inte att sammanfatta vad jag kommit fram till under respektive avsnitt. I stället hänvisar jag läsaren till de löpande sammanfattningar jag tidigare har lämnat. I det nästföljande avsnittet kommer jag att lämna vissa förslag de lege ferenda.

I avsnitt 2.4.7 har jag diskuterat några olika frågor rörande redovisning av stödbrev. Därvid har jag bl.a. kommit fram till att kravet enligt 20 § 1 st 4 p BFL (se även det ungefär likalydande kravet i 11 kap 9 § 1 st ABL vad avser aktiebolag) att i resultat- och balansräkningen lämna uppgifter och upplysningar om "annat förhållande av väsentlig betydelse för att bedöma rörelsens resultat och ställning" bör omfatta stödbrev av i vart fall "mellankategorin". Denna slutsats bör i enlighet med vad jag redovisat i avsnitt 2.4.7.3 vara väl förenlig med "god redovisningssed".

Redovisning av stödbrev bör ske i form av en not till årsredovisningen eller i form av en upplysning i förvaltningsberättelsen. För att redovisningen skall fylla någon verklig funktion bör det också anges för vilket kreditbelopp stödbrevet är utställt. För framtida borgenärer samt nuvarande såväl som presumtiva aktieägare vore det också önskvärt om man även angav till vems förmån olika stödbrev är utställda.

Jag finner inte skäl att föreslå lagändringar eller liknande på detta område. Jag anser att nuvarande lagstiftning i huvudsak täcker såväl mina slutsatser avseende gällande rätt som mina förslag på hur redovisningen av dessa uppgifter rent praktiskt bör ske. Vidare tror jag att sammanslutningar som t.ex. Sveriges aktiesparares riksförbund och olika kreditinstitutioner framledes kommer att kräva redovisning av stödbrev för att dessa överhuvudtaget skall kunna ha en möjlighet att bedöma sina företag respektive sina kredittagare. Jag är vidare övertygad om att tillräckligt många av "marknadens aktörer" i längden kommer att anse det otillfredställande med bristen på såväl redovisning av stödbrev som avsaknaden av redovisningsrekommendationer utfärdade av våra redovisningsorgan

(FAR, BFN och Redovisningsrådet), att dessa senare inom en inte alltför avlägsen framtid kommer att finna det nödvändigt att utarbeta rekommendationer i ämnet. Med denna förvissning lämnar jag frågan om redovisning av stödbrev.

En annan fråga som kan vara värd att sammanfattningsvis omnämna i förevarande avsnitt är huruvida stödbrevsutställande bolag är debiterings-skyldigt för utställt stödbrev.

Som jag visat i avsnitt 5.4 finns det skäl att kräva att ett stödbrevsutställande bolag debiterar den till vars förmån stödbrevet utställts. Stödbrevet är en tjänst som medför nytta (lägre kreditkostnader etc.) för den som handlingen utställts till förmån för.

Såväl uttagsbeskattningsreglerna i femte stycket av anvisningspunkt 1 till 22 § KL som armlängdsregeln i 43 § 1 mom KL ger stöd för att sådan debiteringsskyldighet föreligger. Även OECD:s rekommendationer ger stöd att sådan skyldighet bör föreligga. Stöd härför kan även härledas ur praxis, se t.ex. RÅ 1954 ref 22.

Vid prissättningen av stödbrevstjänsten bör en marknadsprismetod användas innebärande att man jämför med vad motsvarande kostnad är för en bankgaranti eller borgen i en likartad situation. Dock bör vissa korrigeringar av det sålunda framräknade priset göras i enlighet med vad jag anfört i avsnitt 5.6.

7.2 Några synpunkter de lege ferenda

7.2.1 Allmänt

I kapitel 3 har jag beskrivit hur man i ett antal för svenskt industri viktiga handelsnationer utarbetat lagstiftning och anvisningar rörande underkapitaliserade (dotter)bolag. Utvecklingen går mot att allt fler stater inför sådana regler. Reglerna syftar bl.a. till att förhindra att inkomster hänförliga till i respektive stat verksamma bolag utan skattekonsekvenser överförs till i dessa stater icke skattskyldiga närstående företag.

Den genomgång jag presenterat föranleder frågan om man i Sverige bör införa liknande regler för att förhindra att utländska moderbolag genom lånefinansiering av underkapitaliserade svenska dotterbolag tar hem ränta i stället för avskattad utdelning. Studien berör dock inte hur vanligt detta är. Det finns emellertid anledning att anta att problemet är reellt och icke obetydligt. Visserligen skulle man kunna tänka sig att företeelsen underkapitalisering är mindre frekvent i Sverige efter skattereformen än före på grund av den sänkta bolags- och kapitalvinstbeskattningen. Emellertid motsägs detta antagande av uppgifter jag under hand fått från såväl inom näringslivet verksamma skatterådgivare som av inom RSV verksamma

revisor. Det är inte enbart interna skattesatser (reella och icke nominella), källskatter, avräkningsbestämmelser m.m. som är det avgörande vid valet av kapitaliseringsgrad hos dotterbolag. Det finns även en strävan hos multinationella företag att ha kapitalet lätttröligt, varför man hellre väljer lånefinansiering i stället för att tillskjuta kapital. Med anledning härav finns det anledning att undersöka om Sverige bör införa någon form av regler rörande skattemässig behandling av vissa betalningar från underkapitaliserade dotterbolag. Jag anser att vissa skäl talar för att även Sverige eventuellt bör ha sådana regler. I annat fall finns en påtaglig risk att det svenska beskattningsunderlaget reduceras genom de underkapitaliserade dotterbolagens räntebetalningar till närstående i Sverige icke skattskyldiga företag på ett sätt som flertalet industrinationer inte längre accepterar.

Den i Sverige sänkta bolags- och kapitalvinstbeskattningen skulle möjligen också kunna tänkas medföra att Sverige blir ett allt intressantare land att utnyttja vid s.k. treaty shopping. Sverige har nämligen ett mycket väl utvecklat nät av dubbelbeskattningsavtal som därvid skulle kunna användas. Emellertid är det väl troligast att Sverige i fall av treaty shopping kommer att användas som bas för holdingbolag, som t.ex. fallet är med Nederländerna. Detta medför såvitt jag kan se inte i sig att skatteinkomster kommer att undandras Sverige. Eftersom jag avsiktligt undvikit att behandla frågor rörande treaty shopping i detta arbete nöjer jag mig här med detta antagande.

I det följande avser jag att diskutera två möjliga vägar att angripa vissa problem rörande underkapitalisering. Den ena är att man ändrar 43 § 1 mom KL – armlängdsregeln – så att den även omfattar fall av underkapitalisering. Den andra möjligheten är att man likt flera andra länder inför särskild specifik lagstiftning på området.

7.2.2 Armlängdsregeln

Regeringsrätten har i Mobil Oil-målet funnit att armlängdsregeln inte kan tillämpas för att skatterättsligt omklassificera en ordinär varuskuld konverterad till långfristig fordran – som också behandlas som sådan i redovisningen – till att behandlas som ett kapitaltillskott. Det är enligt min mening troligt att Regeringsrätten skulle komma fram till samma slutsats även om det inte var fråga om en konverterad varuskuld utan i stället ett ordinärt lån från moderbolag till dotterbolag. Detta föranleder att man tar ställning till om 43 § 1 mom KL behöver ändras i något avseende för att regeln skall täcka in avkastning på försträckningar till underkapitaliserade bolag.

En armlängdsregel kan utformas på sådant sätt att den innehåller möjligheter att vid fall av underkapitalisering skatterättsligt omklassificera ränta till utdelning utan att detta i sig strider mot armlängdsregeln i

OECD:s modellavtal (art. 9:1) eller artiklarna rörande utdelning och ränta (art. 10 respektive 11). Detta har jag redovisat i avsnitt 3.2.1.

Ett sätt att ändra 43 § 1 mom KL vore att lägga till en andra punkt till anvisningarna till lagrummet. Ett sådant tillägg skulle kunna utformas enligt följande.

Med villkor avses även olika slag av avtal och överenskommelser rörande finansiella transaktioner mellan sådana näringsidkare som avses i paragrafen. Inget hinder föreligger mot att behandla betalning till följd av sådant finansiellt förhållande som utdelning även om den underliggande transaktionen har formen av en kredit, allt dock under förutsättning att det framgår att en oberoende näringsidkare i motsvarande situation inte skulle ha varit villig att lämna en kredit på likartade villkor som gäller för den ifrågasatta transaktionen.

Att införa ett tillägg av ovannämnt slag eller liknande skulle inte vara tillräckligt för att skattemyndigheterna med framgång skall kunna angripa underkapitalisering. För detta krävs mer specifika regler. En lösning innebärande att RSV utfärdar verkställighetsföreskrifter för den närmare tillämpningen av 43 § 1 mom KL vad avser fall av underkapitalisering är dock en ur statsrättslig synvinkel mycket tveksam lösning om den nu överhuvudtaget är möjlig.

Enligt RF 8 kap 3 § 1 st gäller att föreskrifter om förhållanden mellan enskilda och det allmänna, som gäller åligganden för enskilda eller i övrigt avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden, skall meddelas genom lag. Enligt andra stycket inbegripes här bl.a. föreskrift om skatt till staten. Enligt RF 8 kap 13 § 1 st får dock regeringen genom förordning besluta om verkställighet av lag. Enligt tredje stycket får denna befogenhet överlåtas till myndighet under regeringen. När det gäller skatter är denna myndighet RSV (jfr RF 11 kap 6 §). Regeringen ger i vissa särskilt angivna fall RSV bemyndiganden i detta avseende med stöd av förordningen 1986:1348.

Förslaget ovan avseende anvisningstext till armlängdsregeln är så allmänt hållet att RSV svårligen kan meddela verkställighetsföreskrifter utan att därigenom tillföra lagstiftningen något väsentligt nytt. Det synes mig därför tveksamt att låta RSV meddela föreskrifter om underkapitalisering att användas vid tillämpningen av 43 § 1 mom KL. Skall så dock ske måste tillägget till anvisningarna bli åtskilligt mer omfattande, vilket i sig inte är särskilt lyckat. Jag tror inte att sådan anvisning bör göras allt för precis. En modell likt den mycket ordrika amerikanska anvisningstexten är knappast att rekommendera och strider dessutom mot de traditioner vi använder oss av i svensk lagstiftning.¹

¹ Wiman är av samma åsikt, se Prissättning s. 359 f.

Ett alternativ vore att RSV meddelar icke bindande rekommendationer. Oavsett vilken av ovan nämnda modeller som befinner sig tillräddligast från statsrättslig synpunkt, kan föreskrifterna/rekommendationerna lämpligen ha följande materiella innehåll.

En möjlighet vore att innehållet i föreskrifterna eller rekommendationerna bestod av en tillämpningsregel med antingen ett rent kvottal, som antingen kan vara specifikt för varje bransch eller ett för alla (t.ex. 3:1). En annan variant vore att regeln innehöll ett antal faktorer som var och en måste beaktas. Sådana faktorer kan t.ex. vara av de slag den amerikanska skatteförvaltningen använder sig av (se avsnitt 3.2.5) och som OECD ger uttryck för i p. 186 i 1979 års rapport (se avsnitt 3.2.1). En möjligen mer rättssäker väg vore att använda sig av såväl ett kvottal som ytterligare ett antal faktorer. Först när relationen skuld/eget kapital överstigit det ifrågasvarande kvottalet, t.ex. ett branschtypiskt sådant eller ett för alla, finns det anledning att gå vidare för att eventuellt kunna göra en omklassificering av ränta till utdelning. Håller sig relationen skuld/eget kapital inom det "tillåtna" kvottalet går alltså företaget fritt från vidare granskning i detta avseende. Kvottalet fungerar då som ett slags "safe haven".

Lösningen med en kombination av både ett mekaniskt tillämpat kvottal och en katalog med övriga faktorer medför dock att regeln kan bli svår att tillämpa. Även i de fall ett kvottal överskridits kan det bli svårt att förutse om och när en omklassificeringssituation föreligger. Detta skulle möjligen kunna tala för en mer lättillämpad mekanisk regel i form av enbart ett kvottal. Att förlita sig på kvottal – enbart eller i kombination med andra faktorer – har dock den nackdelen att det uppmuntrar till kringgående. Önskar en skattskyldig omvandla vad som "borde" vara utdelning till ränta från ett underkapitaliserat dotterbolag, går detta säkerligen att uppnå med hjälp av olika kombinationer av finansiering av dotterbolaget utan att själva relationstalet i sig behöver överskridas. Därför kunde det kanske vara bättre med en mer nyanserad bedömning utifrån ett flertal faktorer, varav kanske överskridande av ett fixerat kvottal vore en – men icke nödvändig – förutsättning för omklassificering.

7.2.3 Särskild underkapitaliseringsregel

Underkapitalisering är en av många företeelser som bör kunna angripas med armlängdsregler (i någon form). Företeelsen är dock väldigt speciell jämfört med andra slag av transaktioner och avtal som en armlängdsregel är avsedd att stävja. Därför det kan det finnas anledning att ifrågasätta om en justering av armlängdsregeln verkligen är den bästa vägen för att komma till rätta med särskilda skatterättsliga problem vid underkapitalisering.

43 § 1 mom KL är generellt utformad, medan underkapitaliseringsregler till sin natur måste vara ganska väl preciserade för att kunna vara lätta att tillämpas av skattemyndigheter/domstolar. Vidare krävs det en icke obetydlig precisering av lagrummet för att regeln skall vara förutsebar och medföra så mycket rättssäkerhet som möjligt för de skattskyldiga. Dessa förhållanden gör att jag finner att man helst bör gå till väga på annat sätt än genom en justering av armlängdsregeln med tillhörande rekommendationer utfärdade av RSV. En särskild lagregel bör därför kunna vara den bästa lösningen.

Lösningen med en särskild lagstiftning beträffande underkapitalisering har flera fördelar jämfört med att justera armlängdsregeln. Man kan med en speciell lagstiftning undvika de tillämpningssvårigheter och osäkerhetsmoment som en generell armlängdsregel för med sig. En särskild och specifikt utformad underkapitaliseringsregel kan tillämpas som ett slags "safe haven" för den skattskyldige. En särskild fördel med en sådan bestämmelse är således att det blir lättare att förutse tillämpningen av den jämfört med en allmänt hållen armlängdsregel kompletterad med rekommendationer. Vidare är en specifik och detaljerad underkapitaliseringsregel att föredra ur statsrättslig synvinkel. Behovet av tillämpningsföreskrifter och/eller rekommendationer blir mindre än jämfört med att enbart förlita sig på en armlängdsregel. En specifik regel medför antagligen också att risken för stora och kostsamma processer mellan skattskyldiga och skatteförvaltningen reduceras. Så länge en sådan regel utformas i enlighet med intentionerna i OECD:s modellavtal anses den inte strida mot icke-diskrimineringsregeln i modellavtalet. En bestämmelse av detta slag – med kvottal etc. – kan dock ha vissa nackdelar som jag redovisat i föregående avsnitt.

Den närmare utformningen av en sådan underkapitaliseringsregel bör kunna ske i enlighet med de riktlinjer jag lagt fram i föregående avsnitt. En sådan regel torde vidare kunna kompletteras med preciserade föreskrifter av RSV angående vad som skall räknas till skuld, eget kapital etc. Dock bör själva lagregeln vara tillräckligt precis och uttömmande så att inte verkställighetsföreskrifterna tillför lagstiftningen något väsentligt nytt. Ledning för utarbetandet av en dylik regel kan enligt min uppfattning med fördel hämtas från t.ex. den australiensiska, den kanadensiska eller den tyska underkapitaliseringslagstiftningen.

7.2.4 Avdragsrätt vid infriandet av "förpliktelser" i stödbrev

I kap 6 har jag diskuterat hur man enligt min uppfattning i avdragshänseende bör behandla förluster till följd av infriade "förpliktelser" i stödbrev av företrädesvis "mellankategorin". Därvid har jag funnit att dessa kost-

nader i första hand bör jämföras med kostnader med anledning av infriade borgensförbindelser för närstående företags räkning.

Accepterar man denna lösning kan ett tillägg till andra stycket d) av punkt 5 av anvisningarna till 20 § KL vara en lämplig åtgärd. En framkomlig väg vore att man som kapitalförlust inte räknar

”förlust på borgensförbindelse eller andra förbindelser av borgensliknande karaktär eller utgivna skadestånd med anledning av sådana förbindelser, om förbindelsen betingas av näringsverksamhet som bedrivs av den skattskyldige eller annan, som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå den skattskyldige nära.”

Härigenom hänför man behandlingen av förluster rörande stödbrev till de rättsregler som skatterettsligt gäller för motsvarande förluster på borgensförbindelser. Med eller utan ett särskilt förarbetsuttalande i samband med tillägget skulle man härigenom kunna använda sig av de skatterättsliga principer som vuxit fram vid prövningen av avdrag för förluster på borgensförbindelser. Dessa innebär bl.a. att förlusten skall vara definitiv och dessutom verklig för att avdragsrätt skall föreligga.

En annan lösning är att domstolarna successivt tar ställning till hur dessa avdragsyrkanden skall hanteras i ett antal mer eller mindre olikartade mål. Personligen förordar jag dock ett tillägg till punkt 5 av anvisningarna till 20 § KL av den anledningen att man därigenom lättare och snabbare skingrar osäkerhet om hur avdragsrätten skall bedömas.

7.3 Övrigt

Många av de frågor jag har behandlat i avhandlingen är ännu oreglerade och har i skrivande stund inte varit föremål för domstolsavgöranden i högsta instans. Det är därför ofrånkomligt att de lösningar jag presenterat blivit färgade av mina personliga åsikter om hur jag anser att olika problem bör lösas. Detta är såväl ett privilegium som en begränsning för en författare.

Emellertid kommer dessa frågor att bli mycket aktuella i en inte alltför avlägsen framtid och de frågor jag tagit upp i avhandlingen kommer säkerligen alla att få sin lösning på sikt. Jag kan bara hoppas att mina synpunkter i något avseende kan komma att hjälpa den framtida lagstiftaren eller rättstillämparen när denne skall fatta beslut rörande dessa frågor.

Källor och litteratur

Offentligt tryck och annat officiellt material

Svenskt

Propositioner

- 1918:283 med förslag till förordning angående vissa ändringar i förordningen den 28 oktober 1910 om taxeringsmyndigheter och förfarande vid taxering m.m.
- 1920:191 med förslag till kommunalskattelag.
- 1927:102 med förslag till kommunalskattelag m.m.
- 1965:126 med förslag till lag om ändring i kommunalskattelag den 28 september 1928 (nr 370), m.m.
- 1972:5 med förslag till skadeståndslag.
- 1975:103 med förslag till ny aktiebolagslag, m.m.
- 1975:104 med förslag till ny bokföringslag m.m.
- 1976/77:93 om beskattning av ränta på vinstandelslån m.m.
- 1980/81:17 med förslag till lag mot skatteflykt, m.m.
- 1980/81:68 med förslag till ändrade regler för den skattemässiga behandlingen av inventarier, fastigheter och pågående arbeten, m.m.
- 1982/83:73 om utvidgad uppgiftsskyldighet vid vissa utlandsbetalningar m.m.
- 1982/83:84 med förslag till lag om ändring i lagen (1980:865) mot skatteflykt, m.m.
- 1982/83:94 om ändrade regler för beskattning av näringsbidrag.
- 1989/90:110 reformerad inkomst- och företagsbeskattning, del 1.
- 1990/91:54 fortsatt reformering av inkomst- och företagsbeskattningen.
- 1993/94:50 fortsatt reformering av företagsbeskattningen.
- 1993/94:234 vissa inkomst- och företagsskattefrågor, m.m.

Utskottsbetänkanden

SkU 1976/77:36 med anledning av prop 1976/77:93 om beskattning av ränta på vinstandelslån m.m. jämte motioner.

Kommittébetänkanden m.m.

V.P.M. angående utlänningars beskattning. Avgiven den 31 januari 1917 av O.V. Landén.

Förslag till lag angående kommunal taxering och skattskyldighet jämte anvisningar, motiv och bilagor. Avgivet av G.V. Eiserman och E. von Wolcker 1917.

SOU 1926:18. Betänkande av 1924 års skatteberedning angående beskattning av inländska juridiska personers inkomst och förmögenhet.

SOU 1927:23. Promemorior rörande vissa beskattningsfrågor av 1924 års skatteberedning.

SOU 1931:40. Betänkande med förslag till ändrade bestämmelser angående beskattning av aktiebolag och andra näringsföretag m.m.

SOU 1962:59. Internationella skattefrågor. Betänkande av dubbelbeskattningssakkunniga.

SOU 1964:29. Koncernbidrag m.m. Betänkande av skatteutredningen angående ackumulerad inkomst m.m.

SOU 1972:63. Näringslivets försörjning med riskkapital från allmänna pensionsfonden.

SOU 1987:59. Ansvarsgenombrott. Betänkande av betalningsansvarskommittén med förslag till ändringar i aktiebolagslagen.

SOU 1991:81. Fastighetsleasing. Sale and lease back. Delbetänkande av leasingutredningen.

SOU 1992:83. ABL och EG. En anpassning av den svenska lagen till EG:s bolagsdirektiv 1, 2, 3 och 12. Delbetänkande av Aktiebolagskommittén.

SOU 1994:17. Års- och koncernredovisning enligt EG-direktiv. Del 1. Delbetänkande av Redovisningskommittén.

Kommittédirektiv

Direktiv 1991:98. Tilläggsdirektiv till Aktiebolagskommittén.

Övrigt officiellt material

Förslag 1984/85:9 (Riksdagen 1984/85. 2 saml. Nr 9). Multinationella företags skatteförhållanden. Avgivet av Riksdagens revisorer.

Övrig litteratur

Litteraturen är indelad i svensk och utländsk för att underlätta sökning. Om ett verk utgivits först på annat språk för att sedermera översättas till svenska, t.ex. OECD:s rapporter, har verket upptagits under utländsk litteratur. Detsamma gäller svenska författare vars verk publicerats utomlands.

Åberopas endast ett arbete av en författare citeras detta endast med författarnamnet. Vid flera verk av samma författare citeras författarnamnet jämte förkortning eller ledord. Tidskriftartiklar citeras med författarnamn och tidskrift om ej annat anges.

Svensk litteratur

Adlercreutz, Axel: Avtalsrätt I, 6:e uppl. 1980 (Cit. Avtalsrätt).

Adlercreutz, Axel: Rättsverkan av brutna avtalsförhandlingar och andra fall av brutna avtal (om letters of intent, principöverenskommelser m.m.). SvJT 1987 s. 413 ff.

Algotsson, Tomas: Skatterättsliga frågor kring aktieägartillskott. SN 1993 s. 587 ff.

Almqvist, Sven: Många oklarheter om villkorade aktieägartillskott. Balans 1/85 s. 6 ff.

Andersson, Edward, Mattsson, Nils, Michelsen, Aage och Zimmer, Fredrik: Det nordiska skatteavtalet med kommentarer. Andra upplagan 1991. (Cit Andersson m.fl.)

Arvidsson, Richard: Dolda vinstöverföringar. En skatterättslig studie av internprissättningen i multinationella koncerner. Ak. avh. 1990. (Cit. Arvidsson).

Arvidsson, Richard: Shell-målen – en kommentar till regeringsrättens dom. SvSKT 1991 s. 526 ff.

von Bahr, Stig: Verklighet, schablon eller fiktion. SN 1988 s. 567 ff.

Bengtsson, Bertil: Om ansvarsförsäkring del I. Ak. avh. 1960.

Bengtsson, Bertil: Om gåvobegreppet i civilrätten. SvJT 1962 s. 689 ff.

Bengtsson, Bertil: Svensk rättspraxis – Skadestånd utom kontraktsförhållanden 1985–1988. SvJT 1990 s. 54 ff.

Bengtsson, Bertil, Nordensson, Ulf och Strömbäck, Erland: Skadestånd, Tredje omarbetade upplagan. 1985.

Bergström, Sture: Skatter och civilrätt. En studie över användningen av civilrättsliga termer i skatterättsliga sammanhang. Ak. avh. 1978.

- Bergström, Sture: Förutsebarhet. En studie av regeringsrättens regeltillämpning. 1987.
- Bergström, Sture: Hur bör förarbetena användas vid tolkning av skattelag. SN 1984 s. 309 ff.
- Bergström, Svante och Lennander, Gertrud: Kredit och säkerhet. 5:e upplagan 1991.
- Blix, Clas: Ansvarstagande som ett redovisningsproblem. I Letters of Comfort. Handelsrättslig skriftserie nr 1 utgiven av institutionen för handelsrätt Lunds universitet. 1989. (Cit. Blix).
- Bogdan, Michael: Letters of Comfort i ett internationellt perspektiv. I Letters of Comfort. Handelsrättslig skriftserie nr 1 utgiven av institutionen för handelsrätt Lunds universitet. 1989. (Cit. Bogdan).
- Bokföringsnämndens uttalande U 90:11. Uppgifter om viktiga förhållanden m m i förvaltningsberättelsen. (Cit. BFN U 90:11).
- Borgström, Carl: Om konvertibla obligationer och andra finansieringsformer. Några aktiebolagsrättsliga synpunkter. 1970.
- Estberg, Staffan: "Thin Capitalisation" av utländskt dotterbolag. SvSkT 1990 s. 335 ff.
- Estberg, Staffan: Kapitaltillskott till utländskt dotterbolag. SvSkT 1993 s. 99 ff.
- Edvardsson, Leif: Utskiftningsskatten vid fusion mellan moderbolag och helägt dotterbolag. Ak. avh. 1984.
- Edvardsson, Leif: Anmälan av studier i skatterätt tillägnade Nils Mattsson på femtioårsdagen. SN 1989 s. 676 ff.
- Francke, Jan: OECD:s nya modellavtal. SN 1993 s. 536 ff.
- Föreningen Auktoriserade Revisorers rekommendation nr 1. Om årsredovisning i aktiebolag. Upplaga oktober 1991. (Cit. FAR Rek nr 1).
- Föreningen Auktoriserade Revisorers rekommendation nr 7. Redovisning av avtal om försäljning och uthyrning av anläggningstillgångar (Leasing m.m.). Upplaga november 1990. (Cit. FAR Rek nr 7).
- Gartz, Henrik och Johansson, Anders: Värdering av osäkra fordringar. Balans 5/85 s. 34 ff.
- Geijer, Erland, Rosenqvist, Eric och Sterner, Harry: Skattehandbok del II 4:e uppl. 1959.
- Geijer, Erland, Rosenqvist, Eric och Sterner, Harry: Skattehandbok del II, 7:e uppl. 1980.
- Gometz, Ulf: Efterställningsklausuler kan inte skada andra borgenärer. Balans 5/85 s. 34 ff.
- Gorton, Lars: Några avtalsrättsliga utblickar. SvJT 1989 s. 725 ff.
- Grosskopf, Göran: Om återbetalning av villkorligt aktieägartillskott. SN 1984 s. 459 ff.

- Grosskopf, Göran: Om återbetalning av villkorat aktieägartillskott. SN 1985 s. 305 ff.
- Grosskopf, Göran: Ränta på villkorligt aktieägartillskott. SN 1988 s. 34 ff.
- Grosskopf, Göran: Anmälan av Bertil Wimans Prissättning inom multinationella koncerner. SvSkT 1988 s. 167 ff.
- Grosskopf, Göran: Olovlig vinstutdelning – bolagsrättsliga och skatterättsliga synpunkter. SN 1993 s. 109 ff.
- Grosskopf, Göran och Grönfors, Kurt: Civilrätt och skatterätt – hönan och ägget. SN 1990 s. 353 ff.
- Grosskopf, Göran och Rabe, Gunnar: Det svenska skattesystemet, 6:e uppl. 1993.
- Gäverth, Leif: Något om bevisreglerna vid tillämpningen av 43 § 1 mom kommunalskattelagen. SvSkT 1990. s. 19 ff.
- Gäverth, Leif: Översiktligt om den tyska skattereformen sett ur svenska investerares synvinkel. SvSkT 1993 s. 694 ff
- Hagstedt, Jan Anders: Om beskattning av stiftelser. Ak.avh. 1972.
- Hellner, Jan: Teori och praxis. I Skrifter tillägnade Hjalmar Karlgren 1964. (Cit Hellner, Teori och praxis).
- Hellner, Jan: Skadeståndsrätt, 4:e uppl 1985. (Cit Hellner).
- Helmers, Dag: Kringående av skattelag. Studie i svensk och utländsk beskattningsrätt. Ak.avh. 1956.
- Holmgren, Sven och Lundqvist, Dick: Letter of intent – värt mer än pappret? 1988.
- Johansson, Gunnar: Något om avdragsrätt för förlust på aktier vid beräkning av inkomst av näringsverksamhet. SvSkT 1993 s. 276 ff.
- Jonasson, Martin: Letters of Comfort – en introduktion. I Handelsrättslig skriftserie nr 1 utgiven av institutionen för handelsrätt Lunds universitet. 1989.
- Karlgrén, Hjalmar: Avtalsrättsliga spörsmål, andra utgåvan. 1954. (Cit. Karlgrén).
- Karlgrén, Hjalmar: Utfästelse och enuntiation. SvJT 1970 s. 126 ff.
- Karlsson, Mary-Anne: Aktiebolags avdragsrätt för förlust på näringsbetingade aktier. SN 1992 s. 99 ff.
- Kedner, Gösta och Roos, Carl Martin: Aktiebolagslagen del I och II, 3:e uppl. 1988.
- Kleineman, Jan: Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart. Ak.avh. 1987. (Cit. Kleineman).
- Kleineman, Jan: Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar. JT 1991–92 s. 125 ff.
- Landerdahl, Göran: Lagtolkning och lagstiftningsteknik – några funderingar kring skattelagstiftningens form och innebörd. I Mellankommunala Skatterätten 1929–1988. Skatterättsliga studier. 1988.

- Lehrberg, Bert: Förutsättningsläran. Allmänna betingelser för möjligheten att frånräda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter. Ak.avh. 1989.
- Lindencrona, Gustaf: Internationell skatterätt. (Rättsfallsgenomgång). SN 1991 s. 395 ff.
- Lindskog, Stefan: Om efterställningsvillkor. SvJT 1992 s. 609 ff.
- Lindskog, Stefan: Om kapitaltillskott. JT 1992–93 s. 827 ff.
- Lindqvist, Björn: Letters of comfort – något om dess framtid i Sverige. I Handelsrättslig skriftserie nr 1 utgiven av institutionen för handelsrätt Lunds universitet. 1989.
- Lodin, Sven-Olof: Omvänd generalklausul i skatterätten? I festskrift till Jan Hellner s. 253 ff. 1984.
- Lodin, Sven-Olof, Lindencrona, Gustaf, Melz, Peter och Silfverberg, Christer: Inkomstbeskattning – en läro- och handbok i skatterätt, tredje uppl. 1993. (Cit. Lodin m.fl.).
- Lodin, Sven-Olof: Bolagsskatte reformerna i Norden – en jämförelse. SN 1994 s. 161 ff.
- Lundqvist, Leif: Villkorade aktieägartillskott bör ses som en villkorad skuld. Balans 2/84 s. 7 ff.
- Mattsson, Nils: Aktiebolagens finansieringsformer. En undersökning av reglerna om realisationsvinst. 1977. (Cit. Mattsson).
- Mattsson, Nils: Hur tolkas skattelag. SvSkT 1981 s. 291 ff.
- Mattsson, Nils: Några utvecklingslinjer i svensk internationell beskattningsrätt. En genomgång av praxis. SvSkT 1982 s. 457 ff.
- Mattsson, Nils: Internationell beskattningsrätt, 10:e uppl. 1991. (Cit. Mattsson, 1991).
- Melz, Peter: Anmälan av Richard Arvidsson Dolda vinstöverföringar. JT 1990–91 s. 700 ff.
- Moberg, Krister: Ansvarsgenombrott – ett alternativ till letters of Comfort. I handelsrättslig skriftserie nr 1 utgiven av institutionen för handelsrätt Lunds universitet. 1989.
- Moberg, Krister: Är inte Sverige moget för bolagsrättslig striptease? I Festskrift till Per Olov Bolding s. 309 ff. 1992. (Cit. Moberg, Striptease).
- Mutén, Leif: Inkomst eller kapitalvinst. Inkomstskatteproblem vid obligations- och fastighetsaffärer. Ak. avh. 1959.
- Müllern, Mats: Vederlagsfri pantsättning som förtäckt utdelning från aktiebolag. Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund. 1981 s. 34 ff.
- Möller, Lars: Utdelning – vid förlust på näringsbetingade aktier. SN 1993 s. 742 ff.
- Nerep, Erik: Sale and lease back av fast egendom (fastighetsleasing) – obligationsrättslig, sakrättslig och skatterättslig giltighet. SvSkT 1989 s. 299 ff.

- Nerep, Erik: Om gränserna för utdelning av sakvärden och tillämpligheten av brutto- och nettometoden i aktiebolag. SvSkT 1993 s. 353 ff.
- Nial, Håkan: Aktiebolag och andra företags borgensförbindelser. 1979. (Cit. Nial, Aktiebolags borgensförbindelser).
- Nial, Håkan: Bolags- och föreningsrätt 1974–1980. SvJT 1983 s. 617 ff.
- Nial, Håkan: Svensk associationsrätt, 4:e uppl. 1989. (Cit. Nial, Associationsrätt).
- Nobel Industrier, Gamlestad, Erik Penser och bankerna. Rapport från en av Stockholms fondbörs tillkallad utredning. Nr 10 i Stockholms fondbörs skriftserie. 1992. (Cit. Nobel m.m.).
- Norberg, Claes: Reglering och beskattning av banker. En skatterättslig studie över bankregleringens påverkan på resultatberäkningen i banker. Ak.avh. 1991.
- Nordlund, Sven-Erik: Villkorligt aktieägartillskott – några reflektioner. SN 1984 s. 38 f.
- Rabe, Lars: Något om rätt till avdrag för skadestånd. SvSkT 1961 s. 411 ff.
- Riksskatteverket: Rapport 1990:1 Internprissättning. (Cit.RSV 1990:1).
- Riksskatteverket: Handledning för beskattning av inkomst och förmögenhet m.m. vid 1992 års taxering, del 2.
- Rodhe, Knut: Vederlagsfri pantsättning för tredje mans gäld. Balans 1/81.
- Rodhe, Knut: Något om aktieägartillskott. Balans 2/81.
- Rodhe, Knut: Moderbolags ansvar för dotterbolags skulder. I Festskrift till Jan Hellner s. 481 ff. 1984. (Cit. Rodhe, Moderbolags ansvar).
- Rodhe, Knut: Aktiebolagsrätt, 15:e uppl. 1990. (Cit. Rodhe, ABL).
- Rodhe, Knut och Grosskopf, Göran: Mer om aktieägartillskott. Balans 10/86 s. 6 ff.
- Persson, P.G: Anmälan av Håkan Nial: Aktiebolag och andra företags borgensförbindelser. SvJT 1982 s. 27 ff.
- Posselius, Elisabet: Ogiltig pantsättning eller inte? Balans 12/91 s. 36 ff.
- Rosenqvist, Eric: Intäkt genom avyttring av aktier och avdrag för förlust å dylika tillgångar i förvärvskällan rörelse. SvSkT 1938 s. 277 ff.
- Sandels, Claes: Utgör underränta vinstöverföring? SN 1970 s. 343 ff.
- Sandström, K.G.A.: Om beskattning av inkomst av rörelse, 3:e uppl. 1951.
- Sandström, K.G.A.: Om skattelagars tolkning och tillämpning. SvSkT 1952 s. 241 ff.
- Severin, Ingvar: Angående avdragsrätt och skatteplikt för skadestånd. SvSkT 1979 s. 711 ff.
- Sundgren, Peter: Treaty Shopping. SN 1992 s. 370 ff.
- Strömberg, Bengt: Uppmanar Bo Lundgren till brott? DN den 14 september 1992 s. 14.

- Söderholm, Rainer: Cross-border dividends. Allocation of right to tax distribution of profits in the light of different taxation systems – a Finnish aspect. Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie nr 28. 1992.
- Söderström, Claes: Återbetalning av aktieägartillskott; några reflektioner med anledning av en regeringsrättsdom. SN 1983 s. 430 ff.
- Söderström, Claes: Beskattning av aktieägartillskott och återbetalning till aktieägare än en gång. SN 1984 s. 155 ff.
- Thorell, Per: Skattelag och affärssed. En skatterättslig studie över sambandet mellan den bokföringsmässiga och skattemässiga redovisningen. Ak.avh. 1984. (Cit. Thorell, 1984).
- Thorell, Per: Skattefrågor vid villkorade tillskott. I studier i skatterätt tillägnade Nils Mattsson på femtioårsdagen. 1988. (Cit. Thorell, Villkorade tillskott).
- Thorell, Per: Svensk företagsbeskattning och internationella redovisningsregler. SN 1993 s. 549 ff.
- Thorell, Per: EG:s redovisningsrätt. Kommentarer till fjärde, sjunde och elfte bolagsdirektiven. 1993 (Cit: Thorell, EG)
- Tivéus, Ulf (Red) m.fl.: Internationella skattehandboken. Första upplagan 1991.
(Cit. Tivéus m.fl.).
- Virin, Niclas: 43 § KL – Motiv, behov, tillämpning. I Festskrift till Gösta Ekman 1984 s. 229 ff.
- Wallestam, Leif: Inskränkningar i kapitalförlustbegreppet m m. SN 1981 s. 273 ff.
- Walin, Gösta: Borgen och tredjemanspant. 1984.
- Wennerstrand, Kjell: Villkorade aktieägartillskott kräver översyn av aktiebolagslagen. Balans 2/84 s. 4 ff.
- Wiman, Bertil: Prissättning inom multinationella koncerner. Amerikanska skatteregler i svensk belysning. Ak.avh. 1987. (Cit. Wiman, Prissättning).
- Wiman, Bertil: Amerikanska rättskällor. I Rättskällor inom skatterätten, Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie nr 24. 1990. (Cit. Wiman, Amerikanska rättskällor).
- Wiman, Bertil: Koncernbeskattning. (Rättsfallsgenomgång). SN 1991 s. 365 ff.
- Wiman, Bertil: Koncernbeskattning, andra uppl 1992. (Cit. Wiman, Koncernbeskattning).
- Zackrisson, Ingvar: Rätt till avdrag för förlust å aktier i rörelse. SN 1962 s. 192 ff.

Utländsk litteratur

- Andrew, Michael J.: World tax scene, Australia. Intertax 1994 s. 94 f.
- Bati, Alum: Japan: Taxation on dividends and interest. Bulletin for fiscal documentation april 1993 s. 202 ff.
- Blanluet, Gauthier: Thin capitalisation and non – discrimination. European Taxation jan/febr 1991 s. 56 f.
- Boidman, Nathan: A critical discussion of the Revenue draft information circular. Bulletin for fiscal documentation 1984 s. 399 ff.
- Boidman, Nathan: Inter-company transfer pricing. International Tax Report juni 1987 s. 5 ff.
- Bogenschütz, Eugene och Pugh, Erich: A critic of Germany's proposed thin capitalization rules. Tax Notes International 14 december 1992 s. 1363 ff.
- Bogenschütz, Eugene och Pugh, Erich: Germany's new thin capitalization rules examined. Tax Notes International 2 augusti 1993.
- Borstell, Thomas: German Federal Supreme Tax Court on shareholders debt financing. Intertax 1992/1 s. 61 ff.
- Borstell, Thomas: New interest withholding tax. Intertax 1992/10 s. 581 ff.
- Brown, Ian: The letter of comfort: Placebo or promise. The Journal of Business Law 1990 s. 281 ff.
- Bylund, Bertil G.: I Letters of Responsibility – Reports delivered during the meetings of Committee E – Commercial Banking in Atlanta on 4th november 1977. International Business Lawyer 1978, vol 6 (iii).
- Böhloff, Klaus: I Letters of Responsibility – Reports delivered during the meetings of Committee E– Commercial Banking in Atlanta on 4th november 1977. International Business Lawyer 1978, vol 6 (iii).
- Czajkowski, Joseph J.: Issuing debt securities – Perspectives of US corporate issuers. Intertax 1990/1 s. 35 ff.
- Committee on Fiscal Affairs on the proposed regulations under Sec 482 IRC: The Us proposed regulations dealing with tax aspects of transfer pricing within multinational enterprices. Bulletin for fiscal documentation jan 93 s. 21 ff.
- Dehnen, Peter H. och Rhines, Rosemarie A.: Thin capitalization in Germany tax law. Bulletin for fiscal documentation 1992 s. 393 ff.
- DRT International: Thin capitalization and related provisions in major trading nations. 1990. (Cit DRT).
- Fisher, Jonathan S.: Comfort letters and their legal status. Journal of International Banking Law 1988 s. 215 ff.
- Fløystad, Torstein: Tynn kapitalisering. Revision og regnskap nr 2/90 s. 52 ff samt nr 3/90 s. 112 ff.
- Fuller, James, P. och Aud, Ernest, F.Jr.: The proposed Section 482 regulations. Tax Notes International, 23 mars 1992 s. 599 ff.

- Gomard, Bernhard: Letters of intent (hensigtserklæringer) avgivet vid 30:e Nordiska Juristmötet 1984 s. 245 ff. (Cit. Gomard).
- Gomard, Bernhard: Koncerner – selvstændighed eller afhængighed. I Festskrift till Per-Olof Bolding 1992 s. 161 ff. (Cit. Gomard, Koncerner).
- Granwell, Alan Winston, De Carlo, Joseph Jr. och Mayo, Mary Anne: Proposed earnings stripping regulations. Limitations on interest deductions by corporations with related tax-exempt and foreign creditors. Intertax 1991/8–9 s. 405 ff.
- Günkel, Manfred: New thin capitalization rules in Germany. Intertax 1988/1 s. 3 ff.
- Hærem, Axel: Skatteproblemer ved selskapsfinansiering – tynn kapitalisering. Praksis ved ligningen av oljeselskaper. 1990.
- Hardy, David R. och Wigg-Maxwell, Paul D.: Earnings stripping. Bulletin for fiscal documentation maj 1990 s. 215 ff.
- Hosson, de, Fred C. och Michielse, Geerten, M.M.: Treaty aspects of the 'thin capitalisation' issue – A review of the OECD Report. Intertax 1989/11 s. 476 ff.
- IFA:s 36:e kongress i Montreal 1982. Imputation Systems – Objectives and Consequences. Kluwer.
- Institut der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. Die Wirtschaftsprüfung 1976 nr 8 (Cit. IdW).
- International Bureau of Fiscal Documentation: Transfer pricing in the Republic of Germany, 1987. Författad av Friedhelm Jacob. (Cit Jacob, IBFD).
- International Bureau of Fiscal Documentation: Transfer pricing in Norway, 1988. Författad av Stig Sollund. (Cit Sollund, IBFD).
- Jacob, Friedhelm: Administrative and legislative developments of interest to US tax advisers. Bulletin for fiscal documentation juli/augusti 1993 s. 383 ff.
- Katsushima, Toshiaki: Current anti-tax avoidance legislation in Japan with respect to international affairs. Intertax 1992/11 s. 624 ff.
- Klynveld Peat Marwick Goerdeler (KPMG): The use of hybrid financial instruments in cross-border transactions. 1990. (Cit. KPMG).
- KPMG: Tax Letter 87/3.
- Kramer, Jörg-Dietrich: Transfer-pricing in Germany. Taxes International nr 68 juni 1985 s. 1 ff.
- Kramer, Jörg-Dietrich: Bundesfinanzhof deals blow to German tax administration's efforts to treat debt as equity. Tax Notes International, 6 januari 1992 s. 13 ff.
- Krever, Rick: Thin capitalisation legislation. Bulletin for fiscal documentation jan 1990 s. 21 ff.

- Kropper, Heinz-Klaus: Germany's new thin capitalization law. World tax news, vol 4 nr 6, november 1993 s. 1 ff.
- Lawrence, Dean: Government restrictions on international corporate finance (thin capitalisation). Bulletin for fiscal documentation mars 1990 s. 118 ff.
- Lüthi, D.: Thin capitalisation of companies in international tax law. Intertax 1991/10 s. 446 ff.
- Lüttge, Jörg W.: New option for non-resident investors? – German Federal Supreme Fiscal Court overrules administration regulations on thin capitalization. Intertax 1993/2 s. 91 ff.
- Miller, Anthony T: I Letters of Responsibility – Reports delivered during the meetings of Committee E – Commercial Banking in Atlanta on 4th november 1977. International Business Lawyer 1978, vol 6 (iii).
- Minor, Richard G.: Details of proposed German tax act: initiatives to facilitate investment. Tax Notes International 23 november 1992 s. 1071 ff.
- Minor, Richard G.: Significant changes under the new German tax act explained. Tax Notes International 19 juli 1993.
- Mutter, Christoph: Kapitalersetzendes Darlehen und Gebrauchsüberlassung bei der GmbH – Steuersituation, Betriebsaufspaltung und Konzernhaftung, Ak.avh. 1991.
- OECD: Rapport 1979 Internprissättning och multinationella företag. (Cit. OECD 1979).
- OECD: Rapport 1984 Internprissättning och multinationella företag. Tre skattefrågor. (Cit. OECD 1984).
- OECD: Thin Capitalisation. Issues in International Taxation. No 2 1987. (Cit. OECD 1987).
- OECD: Model tax convention on income and on capital. Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs. 1992.
- Oosterhuis, Paul W. och Martinson, Richard D.: Interest deductibility under the new US earning-stripping rules. Intertax 1990/2 s. 53 ff.
- Price Waterhouse: Doing Business in Norway. 1988.
- Rendels, Heinz J.: Schwerpunkte des Standortsicherungsgesetzes: Änderung des KStG, sonstige Änderungen, Ausblick. Deutsches Steuerrecht 30/93 s. 1089 ff.
- Ruchelman, Stanley C.: Transfer pricing regulations issued in the United States. Bulletin for fiscal documentation april 1993 s. 187 ff.
- Røsæg, Erik: Garantier eller fattigmanstræst? Ak.avh. 1992.
- Schneider, Hannes. I Letters of Responsibility – Reports delivered during the meetings of Committee E – Commercial Banking in Atlanta on 4th november 1977. International Business Lawyer 1978, vol 6 (iii).
- af Schultén, Gerhard: Moderbolags ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott), avgivet vid 30:e Nordiska Juristmötet 1984.

- Shiga, Sakura: Recent developments of international taxation in Japan. *Intertax* 1992/8–9 s. 494 ff.
- Smart, Adrian M.H. I Letters of Responsibility – Reports delivered during the meetings of Committee E – Commercial Banking in Atlanta on 4th november 1977. *International Business Lawyer* 1978, vol 6 (iii).
- Sollund, Stig: Intern prissettning i multinasjonale konserner. Norsk nationalrapport vid Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets seminarium 1987. Nordiska skattevetenskapliga forskningsrådets skriftserie nr 19. 1988 s. 73 ff. (Cit. Sollund NSFS 19).
- Thomsett, Eric: Treaty shopping and debt/equity ratios in the United Kingdom. *Bulletin for fiscal documentation* 1990 s. 107 ff.
- United Nations: Contribution to international co-operation in tax matters, s. 24 ff.
- Veldt, Axel: New Spanish legislation against thin capitalization for Spanish companies with non-resident shareholders only. *Intertax* 1992/5 s. 293 ff.
- Weil, Gotshal och Menges: The new earning stripping regulations. Memorandum juli 1991.
- Williams, Steven R. och Munro-Faure, Malcolm: Update on US transfer pricing regulations and enforcement. *Intertax* 1991/2 s. 120 ff.
- Wissum, Christian Harboe: Comfort letters under Danish law. *International Financial Law Review*, mars 1987 s. 23 ff.
- Arthur Young International Europe: Loan versus equity. Tax Brief no 3 1987.

Rättsfall

Svenska avgöranden

Högsta domstolen

NJA 1928 s. 427	41	NJA 1980 s. 311	167
NJA 1935 s. 81	41	NJA 1982 s. 244	41
NJA 1935 s. 270	22	NJA 1982 s. 262	65
NJA 1942 s. 473	41	NJA 1985 s. 178	48
NJA 1944 s. 35	41	NJA 1990 s. 343	167
NJA 1947 s. 647	41	NJA 1990 s. 745	35
NJA 1951 s. 6	167	NJA 1992 s. 375	52
NJA 1975 s. 45	41		

Dom den 7 april 1994 i mål nr T 244/91, dom nr DT 91. 49 f

Hovrättsavgöranden

Beslut av Hovrätten för Västra Sverige den 2 oktober 1992 i mål nr T 370/88	52
Dom av Hovrätten för Nedre Norrland den 5 april 1991 i mål nr T 145/88, dom nr DT 15.	49
Dom av Hovrätten för Västra Sverige den 26 januari 1990 i mål nr T 285/88	52
Dom av Svea Hovrätt den 19 april 1991 i mål nr T 1019/89, DT 14	53 ff

Tingsrättsavgöranden

Dom av Bollnäs tingsrätt den 11 augusti 1988 i mål nr T 63/86, DT 145	47 ff
Dom av Stockholms tingsrätt den 31 augusti 1989 i mål nr T 8-506-85, DT 139	53
Dom av Varbergs tingsrätt den 10 juni 1988 i mål nr T 1075/85, DT 295	50 ff
Dom av Varbergs tingsrätt den 6 maj 1988 i mål nr T 21/86, DT 232	50 ff

Utslag av Kungl. Maj:t

Rettig X:102	21
--------------	----

Regeringsrätten

Referat

RÅ 1911 ref 53	148, 155	RÅ 1982 1:21	184
RÅ 1911 ref 108	166	RÅ 1982 1:69	175
RÅ 1938 ref 7	134	RÅ 1983 1:42	104
RÅ 1949 ref 17	104	RÅ 1983 1:82	133 f
RÅ 1954 ref 22	134, 204	RÅ 1984 1:1	184
RÅ 1956 ref 6	175	RÅ 1984 1:16	105
RÅ 1959 ref 4	148	RÅ 1985 1:10	104
RÅ 1959 ref 27	175	RÅ 1985 1:86	148
RÅ 1967 ref 12	175	RÅ 1986 ref 52	148
RÅ 1967 ref 28	132	RÅ 1986 ref 104	148
RÅ 1970 ref 17	155 f, 157	RÅ 1987 ref 49	146
RÅ 1973 ref 76	175	RÅ 1987 ref 145	104
RRK R74 1:7	176	RÅ 1987 ref 166	184
RRK R74 1:23	176	RÅ 1988 ref 65	104
RÅ 1975 ref 66		RÅ 1988 ref 112	156, 157
(= RRK R75 1:52)	165	RÅ 1989 ref 44	134
RÅ 1979 1:40	105, 111	RÅ 1989 ref 62 I–II	184
RÅ 1980 1:12	176	RÅ 1989 ref 127	184
RÅ 1980 1:24	184	RÅ 1990 ref 34	103, 107 ff, 115 f, 205
RÅ 1980 1:59	105, 107, 111		
RÅ 1980 1:91	184	RÅ 1991 ref 107	110, 112, 114, 138
RÅ 1981 1:18	176 f		

Notismål

RÅ 1930 Fi 441	164	RÅ 1964 Fi 1594	155
RÅ 1933 Fi 760–763	164	RÅ 1965 Fi 1355	153
RÅ 1936 Fi 233	128	RÅ 1967 Fi 1247	128
RÅ 1937 Fi 128	164	RÅ 1969 Fi 1720	165
RÅ 1938 Fi 706	165	RÅ 1970 Fi 923	105, 113, 116
RÅ 1940 Fi 528	166	RÅ 1971 Fi 144	164
RÅ 1940 Fi 541	145	RÅ 1972 A 74	158
RÅ 1940 Fi 788	21	RÅ 1975 Aa 542	175
RÅ 1943 Fi 747	175	RÅ 1976 Aa 47	158 f
RÅ 1944 Fi 487–490	104	RÅ 1981 Aa 25	136 f
RÅ 1944 Fi 882–885	104	RÅ 1983 Aa 70	146
RÅ 1945 Fi 1014–1015	164	RÅ 1985 Aa 71	167
RÅ 1947 Fi 1014	128	RÅ 1985 Aa 144	104
RÅ 1948 Fi 596	165	RÅ 1987 not 343	165 f
RÅ 1951 Fi 383	156, 157, 173	RÅ 1987 not 439	159 f
RÅ 1955 Fi 2024	164	RÅ 1990 not 137	166 f
RÅ 1956 Fi 581	175	RÅ 1990 not 193	150, 160 f, 195
RÅ 1959 Fi 1525	176		

Övriga domar av Regeringsrätten

RSV/FB Dt 1982:22	146
Dom den 29 mars 1994 i mål nr 5587–5588-1991	176
Dom den 29 mars 1994 i mål nr 5721-1991	166

Kammarrättsavgöranden

Dom av Kammarrätten i Stockholm den 25 mars 1983 i mål nr 268-1982	104
Dom av Kammarrätten i Stockholm den 4 april 1991 i mål nr 4309–4310-1988	129 ff

Riksskattenämnden

RN 1954 8:4	176
-------------	-----

Utländska avgöranden

Storbritannien

Chemco Leasing Ltd v. Rediffusion. F.T.L.R. 1987, 201 (Court of Appeal)	43 f
Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corporation. (1988) All England Law Reports s. 714 ff (Queens Bench Division)	44 f
Kleinwort Benson Ltd v. Malaysia Mining Corporation. 1 Weekly Law Reports (1989) s. 379 ff (Court of Appeal)	45 f

Tyskland

Beslut av Bundesfinanzhof den 14 augusti 1991. Der Betrieb 1991 s. 2317.	86 ff
Dom av Bundesfinanzhof den 19 maj 1982, Bundessteuerblatt 1982 Teil II. s. 631	122
Dom av Bundesfinanzhof den 19 mars 1975, Bundessteuerblatt 1975 Teil II. s. 614	122
Dom av Bundesfinanzhof den 5 februari 1992. Bundessteuerblatt 1992 Teil II s. 532 ff.	88 f
Dom av Landgericht Frankfurt am Main den 21 oktober 1981. Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzrecht 1982, appendix 013	46
Dom av Stuttgart Oberlandgericht den 21 februari 1985. Wertpapier-Mitteilungen 1985, nr 14 s. 455.	46

Norge

Dom av Lagmansretten den 28 mars 1989. (Amanda Hess)	122 f
Dom av Oslo byrett den 16 december 1987, mål nr 1173/87 (Amerada Hess)	122 f
Dom av Oslo byrett den 20 januari 1989, mål nr 1277/87-XXVII-5112 (Amoco)	122 f
Dom av Oslo byrett den 6 februari 1989 (BP Development)	122
RT 1940 s. 598 (Førnebo)	99

Frankrike

Dom av Cour de Cassation den 21 december 1987, Reveu trimestrielle de droit commercial et de droit économique 1988.	46
--	----

U.S.A.

Plantation Patterns, Inc. v Commissioner, 462 F. 2d 712 (5th Cir 1972)	124
--	-----

Sakregister

ackord, 147, 150, 157 ff, 161, 192
aktier, förlust på 146 ff
aktieägarkostnader, 120 f, 123
aktieägartillskott

- förtäckt, 84, 88 f, 94, 98, 100, 103, 105, 108 ff, 117, 123, 125, 136, 152, 155, 157, 160, 162, 167, 170, 172, 192 ff, 201 ff
- ovillkorat, 23, 171 ff
- villkorat, 23, 104, 117, 171 f

ansvarsförbindelse, 61, 63, 69
ansvarsgenombrott, 40 ff, 53, 65
armlängdsregeln, 75, 76, 77, 80, 86, 89, 91, 93, 94, 97, 100, 101, 104 ff, 118, 122, 123, 126 ff, 136, 137, 139, 194, 204 ff
avsiktsförklaring, 37
avtalsbrott, 32 ff
avyttringsbegreppet, 146 f

back up letter, 25. *Se* stödbrev
back-to-back-lån, 73, 89, 124, 193
bankgaranti, 121, 138, 139, 140, 141, 204
befarad förlust, 145, 150, 153
bevisbörda, 122, 131 f, 136
borgen, 24, 33 f, 61, 63, 85, 121, 122 ff, 133, 138, 141, 162, 165, 167, 187, 190, 193, 197, 199 ff, 204
– enkel, 28, 187
– förlust på, 162 ff, 209
– proprie, 28, 187
borgensprovision, 133 f, 136

civilrättslig innebörd, 181 ff, 187
culpa in contrahendo, 34 ff, 48 f, 51, 69, 140, 174, 178, 196 ff, 202

debiteringsskyldighet, 113 ff, 126 ff, 141, 204
debt/equity ratio, 71, 75, 78 ff, 85, 90 ff, 96, 98 ff, 101, 207
definitiv förlust, 145 ff, 150, 153, 156, 160, 177, 191 ff, 195 ff, 198 ff, 209
deliktsteorin, 35 f
delägardebenture, 22
driftförlust, 146, 198

earnings stripping, 95 ff
efterställd fordran, 21, 29, 172

fondemission, 20 f

nedskrivning av lånefordran, 192, 199, 201

nedskrivning av regressfordran, 168

fordringar, förlust på

- allmänt, 114, 147, 148, 150, 151, 172, 190 ff
- kundfordran, 153 f, 157 ff
- lånefordran, 151, 153, 154, 155, 161, 190 ff
- regressfordran, 168 ff

föravtal, 37

förfångsklausul, 62, 64

försiktighetsprincipen, 154

förtäckt aktiekapital, 85 f

förtäckt aktieägartillskott. *Se*
aktieägartillskott – förtäckt
förtäckt utdelning, 91, 94, 106, 114,
134 ff, 152, 155 ff, 167, 177
förtäckt, 183, 185 ff, 200, 202,
208
förvaltningsberättelse, 61, 67, 69

god redovisningssed, 58, 64 ff

helhetsbedömning, 111

hybrid finansiering, 17, 21, 74 f,
90 ff, 95

hypotetiska transaktioner, 138

icke-diskrimineringsregeln, 76

kapitalersättande lån, 87 ff

kapitalförlust, 144, 155, 157, 164,
169, 175

kompensationsinvändningar, 131,
133 f

koncernbidrag, 157 ff, 170

koncerngemensamma kostnader,
128 ff

koncerninterna tjänster, 120

konkurs, 145 ff, 166

konstaterad förlust, 149 f

konvertibler, 20

kostnadsbaserad metod, 121, 123

kostnadsplusmetoden, 139, 140

legalitetsprincipen, 184 f

letter of awareness, 25, *Se stödbrev*

letter of comfort, 25, *Se stödbrev*

letter of intent, 26, *Se stödbrev*

letter of responsibility, 25, *Se*
stödbrev

letter of support, 25, *Se stödbrev*

letter of understanding, 25, *Se*
stödbrev

lettre de patronage, 25, *Se stödbrev*

likformig behandling, 200

lånedeventure, 22

marknadsprismetoden, 138 ff, 141,
204

marknadsvärde, 132

nedskrivning av fordran, *Se*
fordringar

negativa kontraktsintresset, 32, 37
negativklausul, 24

negotiorum gestio, 125, 129 ff, 191

normalitetskrav, 176 f, 196, 201

nyttoprövning, 120, 123, 126 ff,
136, 138, 141, 204

nödvändig kostnad, 126 f, 135

passivitet, 188

Patronatserklärningen, 26, 122. *Se*
stödbrev

positiva kontraktsintresset, 32

prisspann, 142

redovisning

– jämförbarhet, 60

redovisning av stödbrev, 54 ff, 203

regressrätt

– infriad borgen, 168 ff, 178

– infriat stödbrev, 191 ff, 195

– utgivet skadestånd, 177 f

ren förmögenhetsskada, 34, 35 ff,
174, 196 ff

riskfördelning, 37

ränteavstående, 114 f

rättssäkerhet, 181, 190, 208

safe haven, 207, 208

sakprocess, 133

silent partnership, 90

skadestånd vid avtalsbrott, 175 f

skatterättslig innebörd, 182, 184

soliditet, 13, 72, *Se debt/equity*
ratio och underkapitalisering

stödbrev, 26, 118, 120, 122, 123,
124, 126, 132, 138, 139, 140,
150, 160, 178, 182, 186, 190,
193, 197, 199, 202, *Se även*
redovisning av stödbrev,
regressrätt

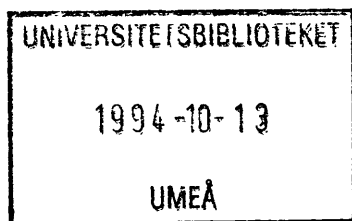
tilläggsinformation, 61, 63, 64, 68,
203

treaty shopping, 16, 74, 205

underkapitalisering, 41, 53 ff, 71,
76, 78, 80, 84, 87, 98 ff, 108,
110 ff, 113, 115 ff, 122, 124,
150, 158 ff, 193 ff, 204 ff
utomobligatoriska förhållanden, 34,
35
– skadestånd, 175
uttagsbeskattning, 126, 131 ff, 134,
141, 204
valutalagstiftning, 190

varufordran, *Se* fordran
verklig förlust, 148, 150, 155 ff,
160, 177, 191 ff, 195 ff, 198,
200 ff, 209
verkställighetsföreskrifter, 206
vinstandelsbevis, 22, 115
vinstandelslån, 115
vinstpåslag, 139

överkapitalisering, 72



Framställningen behandlar vissa borgensliknande handlingar, vilka författaren benämner *stödbrev*. På engelska kallas sådana handlingar för bl.a. *letter of comfort*. Utställande av stödbrev är en under senare år internationellt sett mycket vanlig åtgärd vid finansiering av dotterbolag.

Utfärdande av stödbrev aktualiserar många svåra och ekonomiskt betydelsefulla frågor, som t.ex. utställarens bundenhet av eventuella förpliktelser i stödbrevet, förekomsten av ersättningsskyldighet för utställaren till följd av culpa in contrahendo i samband med utställandet samt frågor rörande redovisning av utställda stödbrev. Vidare aktualiseras frågan om utställande av stödbrev ur skatterättslig synvinkel bör medföra debitering. Vid infriande av förpliktelser i stödbrev uppkommer bl.a. frågor om och när avdragsrätt för kostnader till följd härav föreligger. I framställningen behandlas dessa frågor främst utifrån svensk rätt. Vissa jämförelser görs dock med utländsk rätt.

Stödbrev ställs ofta ut för att underlätta för dotterbolag med lågt eget kapital, s.k. underkapitaliserade bolag, att erhålla krediter. Med anledning härav behandlas även skatterättsliga regler i ett antal stater rörande lån till lågt kapitaliserade bolag.

Boken är av intresse för företag, kommuner m.fl. som ställer ut stödbrev och för dem som lämnar krediter mot erhållande av stödbrev. Vidare bör boken intressera övriga som kommer i kontakt med de civil- och skatterättsliga frågor som stödbrev och *underkapitalisering* aktualiserar.

Leif Gäverth är jur. lic och kammarrättsassessor och är verksam som skattedirektör vid skattemyndigheten i Västmanlands län. Han var tidigare högskolelektor i skatterätt vid Uppsala universitet.

