

<b>Hybridsituationer inom bolagssektorn</b> <b>Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering</b>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------



<b>Förkortningar</b> .....	<b>5</b>
<b>Sammanfattning</b> .....	<b>6</b>
<b>1 Inledning</b> .....	<b>8</b>
1.1 Uppdraget.....	8
1.2 Behandling av uppdraget.....	8
1.3 Terminologiska frågor.....	9
1.4 Avgränsningar.....	10
<b>2 Allmän problemanalys</b> .....	<b>12</b>
2.1 Inledning.....	12
2.2 Upptäcktsproblem och bristande transparens.....	12
2.3 Speciellt om hybridfinansiering.....	14
2.3.1 Inledning.....	14
2.3.2 Vilka typiska strukturer finns och hur har de använts?.....	14
<b>3 Historik och bakgrundsbeskrivning</b> .....	<b>17</b>
3.1 Allmänt.....	17
3.2 Några tidigare erfarenheter av internationell skatteplanering och skattearbitrage.....	17
3.3 Har något hänt som underlättar internationellt skattearbitrage.....	19
3.4 Speciellt om hybridfinansiering.....	19
3.4.1 Inledning.....	19
3.4.2 Kapitaltäckningsregler och solvensregler.....	20
3.4.2.1 Inledning.....	20
3.4.2.2 Kapitaltäckningsregler för bl.a. kreditinstitut och värdepappersbolag.....	21
3.4.2.3 Solvensregler för försäkringsföretag.....	23
3.4.2.4 Slutsatser.....	25
3.4.3 Kreditratingföretagens verksamhet och deras bedömningar av olika instrument.....	25
3.4.3.1 Inledning.....	25
3.4.3.2 Historik.....	25
3.4.3.3 Ratingskalor.....	26
3.4.3.4 Ratingmetod.....	26
3.4.3.5 Hur bedömer ratinginstituten hybridinstrument?.....	27
3.4.3.6 Slutsatser.....	28
<b>4 Gällande svensk rätt m.m.</b> .....	<b>29</b>
4.1 Allmänt om klassificering.....	29
4.2 Allmänt om skatteplikt och avdragsrätt.....	32
4.3 Lagstiftning som medför att ett annat lands bedömning eller beskattning påverkar den svenska beskattningen.....	34
4.4 Andra landets bedömning – vilken betydelse har den om specifik lagstiftning saknas.....	34
4.5 ”Den verkliga innebörden” och skatteflyktslagen.....	36
4.6 Hybridsituationer och klassificerings-konflikter i skatteavtal.....	37
4.6.1 Inledning.....	37
4.6.2 Hemvistartikelns betydelse.....	38

4.6.3	Definitioner i skatteavtal .....	39
4.6.4	Definitionen av utdelning.....	40
4.6.5	Definitionen av ränta.....	40
4.6.6	OECD:s partnership-rapport .....	41
4.6.7	Hur undviks dubbelbeskattning och icke-beskattning vid klassificeringskonflikter? .....	42
4.6.7.1	Allmänt om undanröjande av dubbelbeskattning.....	42
4.6.7.2	Dubbelbeskattning – oenighet om förutsättningarna .....	42
4.6.7.3	Dubbelbeskattning – olikheter i intern rätt.....	43
4.6.7.4	Ickebeskattning – olikheter i intern rätt .....	43
4.6.7.5	Ickebeskattning – skatteregel saknas .....	44
4.6.7.6	Ickebeskattning – oenighet om förutsättningarna .....	44
4.6.8	Exempel på hybridåtgärder i skatteavtal .....	45
4.6.9	Sammanfattning och slutsatser.....	45
<b>4.7</b>	<b>EU-rätt och hybridsituationer .....</b>	<b>46</b>
<b>5</b>	<b>Lagstiftning i några andra länder .....</b>	<b>48</b>
<b>5.1</b>	<b>Inledning .....</b>	<b>48</b>
<b>5.2</b>	<b>Möjliggörande lagstiftning .....</b>	<b>48</b>
5.2.1	Icke-hybridsituationer .....	48
5.2.2	Hybridsituationer .....	48
5.2.2.1	Hybridföretag.....	48
5.2.2.2	Hybridinstrument .....	49
<b>5.3</b>	<b>Hindrande lagstiftning.....</b>	<b>51</b>
5.3.1	Hybridmotverkande regler .....	51
5.3.1.1	Danmark.....	51
5.3.1.2	Storbritannien.....	53
5.3.1.3	USA .....	53
5.3.1.4	Tyskland.....	54
5.3.2	Begränsningsregler som även träffar hybridsituationer .....	54
5.3.2.1	Nederländerna .....	54
5.3.2.2	Österrike.....	54
5.3.3	Övrigt.....	54
<b>5.4</b>	<b>Sammanfattande synpunkter .....</b>	<b>55</b>
<b>6</b>	<b>Hybridföretag .....</b>	<b>57</b>
<b>6.1</b>	<b>Inledning .....</b>	<b>57</b>
<b>6.2</b>	<b>Gällande rätt m.m. ....</b>	<b>57</b>
6.2.1	Svenska företag – beskattning i Sverige .....	57
6.2.2	Utländska företag – beskattning i Sverige.....	58
6.2.2.1	Definitioner .....	58
6.2.2.2	Skattskyldighet.....	59
6.2.2.3	I utlandet delägarbeskattad juridisk person .....	59
6.2.2.4	Följsamhet i beskattningen i de flesta fall.....	60
6.2.2.5	Särskilt om inkomst från fast driftställe .....	60
6.2.3	Svenska handelsbolag med utländska delägare – beskattning i Sverige .....	60
6.2.4	Svenska företag – beskattning i andra länder.....	61
6.2.5	Koncernbeskattning .....	62
<b>6.3</b>	<b>Utnyttjande av hybridföretag .....</b>	<b>63</b>
6.3.1	Inledning .....	63
6.3.2	Svenska handelsbolag .....	63
6.3.3	Utländskt företags fasta driftställe i Sverige .....	63
6.3.4	Svenskt företags fasta driftställe utomlands.....	64
6.3.5	Svenska aktiebolag som disregarded entities eller partnerships i USA .....	64
6.3.6	I utlandet delägarbeskattade juridiska personer .....	65

6.3.7	Sammanfattning .....	65
<b>6.4</b>	<b>Motverkansåtgärder .....</b>	<b>66</b>
<b>7</b>	<b>Hybridinstrument .....</b>	<b>68</b>
<b>7.1</b>	<b>Allmänt.....</b>	<b>68</b>
<b>7.2</b>	<b>Redovisningsrättsligt .....</b>	<b>69</b>
7.2.1	Allmänt .....	69
7.2.2	Klassificering enligt IFRS/IAS (IAS 32) .....	70
7.2.3	Klassificering enligt RR 27 Finansiella instrument: Upplysningar och klassificering .....	74
7.2.4	Klassificering enligt utkastet till K 3, kapitel 22 Skuld och eget kapital ....	74
7.2.5	Särskilt om finansiella företag .....	76
7.2.6	Sammanfattande slutsatser .....	76
<b>7.3</b>	<b>Skatterättsligt .....</b>	<b>77</b>
7.3.1	Inledning .....	77
7.3.2	Lagstiftning .....	77
7.3.2.1	Vissa begrepp saknar definition .....	77
7.3.2.2	Delägarrätt och fordringsrätt .....	78
7.3.2.3	Definition av ränta .....	79
7.3.2.4	Definition av utdelning .....	79
7.3.2.5	Gränsdragningen mellan ränta och utdelning.....	80
7.3.2.6	Finansiella instruments odelbarhet.....	80
7.3.2.7	Vinstandelslån .....	80
7.3.2.8	Kapitalandelslån.....	81
7.3.2.9	Kupongsattelagen.....	82
7.3.2.10	Vilken vägledning finns i skattelagstiftningen? .....	82
7.3.3	Rättspraxis.....	84
7.3.3.1	Inledning .....	84
7.3.3.2	Underkapitaliserat bolag .....	84
7.3.3.3	Räntefri utlåning till utländskt koncernbolag.....	84
7.3.3.4	Låntagaren saknar återbetalningsförmåga.....	85
7.3.3.5	Villkorade aktieägartillskott.....	85
7.3.3.6	Avdragsrätt för ränta – ovillkorlig skyldighet att betala .....	86
7.3.4	Sammanfattning och slutsats.....	86
<b>7.4</b>	<b>Fördjupning.....</b>	<b>87</b>
7.4.1	Inledning .....	87
7.4.2	Olika instrument med olika engelska beteckningar såsom PEC, CPEC, PESC .....	88
7.4.2.1	Inledning .....	88
7.4.2.2	Redovisningsrättslig klassificering .....	89
7.4.2.3	Skatterättslig klassificering .....	95
7.4.3	”Eviga” förlagslån.....	96
7.4.4	Preferensaktier .....	97
7.4.4.1	Allmänt om preferensaktier .....	97
7.4.4.2	Preferensaktier som hybrider .....	98
7.4.4.3	Slutsatser .....	99
7.4.5	Aktieägartillskott utan aktieteckning .....	99
<b>8</b>	<b>Hybridtransfer .....</b>	<b>101</b>
<b>8.1</b>	<b>Inledning .....</b>	<b>101</b>
<b>8.2</b>	<b>Exempel på hybridtransfer .....</b>	<b>101</b>
<b>8.3</b>	<b>Gällande rätt m.m.....</b>	<b>102</b>
8.3.1	Lån och försträckning .....	102
8.3.2	Beskattning av aktielån .....	102
8.3.3	Beskattning av repor .....	103

<b>8.4</b>	<b>Slutsatser.....</b>	<b>103</b>
<b>9</b>	<b>Kartläggning av kända hybridfall.....</b>	<b>105</b>
<b>10</b>	<b>Sammanfattande slutsatser .....</b>	<b>107</b>
<b>Bilaga 1 Kända hybridfall vid gränsöverskridande lånestrukturer</b>		

## Förkortningar

ABL	Aktiebolagslagen (2005:551)
bet.	betänkande
BFL	Bokföringslagen (1999:1078)
BFNAR	Bokföringsnämndens allmänna råd
dnr	diarienummer
ECB	Europeiska Centralbanken
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska unionen
FFFS	Finansinspektionens författningssamling
FI	Finansinspektionen
FRL	Försäkringsrörelselagen (2010:2043)
IAS	International Accounting Standards
IFRS	International Financial Reporting Standards
IL	Inkomstskattelagen (1999:1229)
LKE	Lag om kapitaltäckning och stora exponeringar (2006:1371)
not.	notis
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
prop.	proposition
ref.	referat
RFR	Rådet för finansiell rapportering
RR	Redovisningsrådets rekommendation
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SRN	Skatterättsnämnden
SOU	Statens offentliga utredningar
VT	Vägledning vid tillämpning, bilaga i IAS 32
ÅRFL	Lag (1995:1560) om årsredovisning i försäkringsföretag
ÅRKL	Lag (1995:1559) om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag
ÅRL	Årsredovisningslagen (1995:1554)

## Sammanfattning

Inom OECD har det pågått ett arbete med fokus på internationell aggressiv skatteplanering. Ett område som OECD har diskuterat är vad som i denna rapport benämns hybridfinansiering. Med hybridfinansiering menas sådan finansiering där parterna använder sig av sådana företeelser, instrument, bolagsformer m.m., som innebär att behandlingen av kapitalet eller avkastningen blir annorlunda i respektive land och hos respektive part. Det gäller i samband med kapitalanskaffning respektive kapitaltillförsel. Konsekvensen av olikbehandlingen kan t.ex. bli att avdrag medges för samma utgift i flera länder, s.k. dubbla avdrag (och därmed även dubbla förlustavdrag), och/eller att ingen beskattning sker av motsvarande intäkt.

Skatteplanering inom detta område är vanligt förekommande internationellt. I denna rapport har en särskild arbetsgrupp gjort en fördjupad rättslig studie och kartläggning av området utifrån ett svenskt perspektiv och utifrån svenska erfarenheter.

Arbetsgruppen gör såvitt avser resultatet från kartläggningen den sammanfattande bedömningen att skatteplanering med skattearbitrage i gränsöverskridande situationer med utnyttjande av hybridmoment måste anses vara av sådan omfattning redan idag att den svenska bolagsskattebasen påverkas starkt negativt. Det finns all anledning att försöka motverka denna skatteplanering på olika sätt.

Här är värt att påpeka att det mesta som hittills har påträffats gäller avdrag för ränta och att en del av detta redan åtgärdas genom bl.a. 2009 års ränteavdragsbegränsningslagstiftning och att Skatteverket i andra sammanhang argumenterar för att den lagstiftningen är för smalt avgränsad för att vara tillräckligt effektiv. Samtidigt är vår kartläggning inte alls fullständig och det är osäkert hur mycket mer av skatteplanering med olika hybridinslag som är fördolt för Skatteverket. Systematiken med utnyttjande av olika länders bedömning av företeelser kan även i många fall användas i samband med andra utgifter än ränteutgifter, så problemet är inte alls bara relaterat till ränteutgifter. Problem torde finnas i alla fall där det kan ”skapas” avdrag/skattefri intäkt.

I kartläggningen har 52 stycken fall med en årlig normalt avdragen ränta i Sverige på c:a 24 mdkr hittats. Dessutom har ett fall med skattefri utdelning på c:a 1,5 mdkr hittats.

OECD:s arbete bygger på att hybridfinansiering är ett problem och att problemet inte nödvändigtvis behöver drabba det land där avdraget görs. Problemet kan i lika stor utsträckning bestå i att inkomsten blir skattefri utdelning i mottagarstaten. Arbetsgruppen delar den bedömningen. Det är således inte enbart en fråga om att analysera avdragsrätt för räntor och andra utgifter.

Såvitt avser den fördjupade rättsliga analysen så finns många olösta rättsfrågor. Gruppen har inte hunnit diskutera färdigt alla frågor som gäller hybridinstrument och hybridföretag vilka är de områden gruppen koncentrerat sig på. De fall gruppen har tittat på när det gäller hybridstrukturer har som sagts främst gällt ränteavdrag. Emellertid skulle även mottagen skattefri



utdelning behöva studeras närmare i detta sammanhang. Gruppen har inte heller tittat på områdena hybridtransfer och avräkning vid hybridtransaktioner. Gruppen saknar också kunskap om den finansiella sektorns eventuella skatteplanering genom hybridfinansiering i Sverige.

Den kartläggning som gjorts får närmast ses som ett utsnitt ur verkligheten. Även den juridiska analysen är på många sätt ofullständig, bl.a. beroende på att faktaunderlaget inte är fullständigt. Dessutom förändras den underliggande verkligheten i form av andra länders lagstiftning, företagens agerande, etc. hela tiden. Det finns all anledning att anta att den internationella skatteplaneringen i Sverige inte kommer att minska framöver utan snarare öka.

Med hänsyn till ovanstående anser arbetsgruppen att det är mycket viktigt att Skatteverket fortsätter att analysera, granska och bevaka området och förkovrar sig löpande.

Den relativa brist på praktisk kunskap om huruvida olika företeelser, som uppmärksammas internationellt, även förekommer i Sverige och svårigheten att få sådan kunskap sätter åter fingret på behovet av någon form av lagstiftning som ställer krav på aktörerna att själva redovisa förfarandena. En sådan lagstiftning skulle behövas inom detta område.

Arbetsgruppen anser att informationsutbyte och internationell samverkan med andra länder är av stor betydelse för att öka kunskapen på området. En viktig del i detta är den samverkan som sker inom OECD och arbetet där mot aggressiv skatteplanering. Det är även viktigt att bevaka utvecklingen inom EU.

Arbetsgruppen har funnit att det i många fall inte finns lagstiftning eller rättspraxis i Sverige som förhindrar skatteplanering med hybridfinansiering. Gruppen har dock inte analyserat i vad mån det är lämpligt att generellt motverka sådan skatteplanering med lagstiftningsåtgärder och detta har inte heller ingått i gruppens uppdrag. Gruppen gör dock den bedömningen att med hänsyn till de stora belopp det är fråga om och den relativa lätthet stora internationellt verksamma koncerner kan utnyttja de olika ländernas regelverk så är det troligen lämpligt att överväga lagstiftning på detta område. Vissa andra länder har ansett det nödvändigt att införa lagstiftning. I den utsträckning skatteplaneringen innebär utnyttjande av ränteavdragsrätten kan förhoppningsvis den sittande Företagsskattekommittén hitta lämpliga lösningar för att motverka oönskat skattearbitrage i den delen.<sup>1</sup>

I avsnitt 10 finns en utförligare redogörelse av gruppens sammanfattande slutsatser.

---

<sup>1</sup> Efter att arbetet med rapporten slutförts har Finansdepartementet skickat en promemoria ”Effektivare ränteavdragsbegränsningar” på remiss i vilken föreslås begränsningar i avdragsrätten för ränteutgifter på vissa skulder inom intressegemenskaper. När förslaget genomförts kommer den absoluta merparten av de fall gällande ränteavdrag som redovisas i denna rapport kunna ifrågasättas och avdrag för räntan vägras. Detta p.g.a. att i dessa fall med skuldförhållanden inom en koncern beskattas ränteintäkten inte alls och detta genom att koncernen använt sig av hybridföretag och hybridinstrument.

# 1 Inledning

## 1.1 Uppdraget

1. Genom ett samarbete mellan representanter från produktionsavdelningen och rättsavdelningen har det bestämts att ett riskområde som betecknas som hybridfinansiering ska bli föremål för en fortsatt fördjupad rättslig utredning och kartläggning. Ansvarig för uppdraget är rättsavdelningen.<sup>2</sup>

2. Uppdraget beskrivs enligt följande:

### Syfte

Syftet med analysen är att Skatteverket ska få en ökad kunskap om riskområdet och få ett underlag för att fatta beslut om åtgärder inom produktionen, arbete med lagstiftningsändringar eller initiera nya fördjupade utrednings- eller analysuppdrag.

### Uppdrag

Gruppen ska i den mån det är möjligt kartlägga och analysera

- hur hybridfinansiering används för att påverka skattesituationen inom bolagssektorn i Sverige.
- i vilken omfattning hybridfinansiering inom bolagssektorn används i Sverige.
- hur risken är för att omfattningen ökar i framtiden.
- hur nuvarande lagstiftning är anpassad för att angripa skatteupplägg med hybridsituationer.

3. Resultatet av arbetet ska redovisas i en slutrapport.

## 1.2 Behandling av uppdraget

1. För genomförandet av uppdraget har en arbetsgrupp med bred förankring inom verket bildats med representanter för rättsavdelningen, produktionsavdelningen, storföretagsregionen och utlandsskattekontoren.<sup>3</sup>

2. Uppdraget är starkt inriktat på att det ska göras en kartläggning och en analys av hur s.k. hybridfinansiering används och påverkar skattesituationen i Sverige. Uppdraget och den tidsram som satts för dess utförande utgår ifrån att det redan är känt och analyserat vad hybridfinansiering egentligen är och att det redan är klart hur den svenska juridiska bedömningen av denna företeelse är.

Vid arbetets genomförande har det emellertid visat sig att området inte alls är färdiganalyserat och att någon juridisk grundanalys inte finns att tillgå och att en mängd juridiska problem finns att ta ställning till. Inte bara en skatterättslig

---

<sup>2</sup> Uppdragsgivare är Tomas Algotsson, enhet 3.

<sup>3</sup> Per Danielsson från rättsavdelningen har lett arbetet. I övrigt har deltagit Annika Sjöblom och Mats Schröder från rättsavdelningen, Börje Noring och Christina Hammarstrand från storföretagsregionen och Ulrika Seefried Tihkan för utlandsskattekontoren. Anders Klaar från produktionsavdelningen och Ingemar Rönnäng från storföretagsregionen har deltagit i vissa delar.

analys måste göras, utan även analyser av vad obligationsrätten, associationsrätten, redovisningsrätten med flera rättsområden innehåller inom detta område måste göras för att få rimlig trygghet i vilken juridisk bas vi har att utgå ifrån. Därutöver behövs förståelse och kunskap om mer rena ekonomiska parametrar inom detta område. Det har visat sig att osäkerheten om vad som gäller är betydande och tidsramen har inte heller medgett att fördjupade analyser i alla delar har kunnat utföras. Arbetsgruppens bedömning är dessutom att betydande osäkerhet skulle kvarstå även efter mer fördjupade analyser. Det är inte säkert att ytterligare fördjupning skulle leda så mycket längre.

Arbetsgruppen har av nämnda orsaker koncentrerat sin kraft på de mer grundläggande analyserna och även försökt placera in området i ett mer brett skatterättsligt sammanhang. Några få företeelser, som faktiskt uppmärksammats även i praktiken i Sverige, dock inte helt färdigutredda, har valts ut och specialgranskats. Andra företeelser har bara nedtecknats utan analys.

3. Den kartläggning som ska utföras enligt uppdraget har utförts på så sätt att förfrågan har riktats till utvalda personer inom Skatteverket, som kan antas ha särskild kunskap inom uppdragets område. Inom Skatteverket har olika kontrollprojekt och andra projekt fått tillfälle att bidra med information.

### 1.3 Terminologiska frågor

1. I denna rapport används begreppen *hybridfinansiering*, *hybridföretag*, *hybridinstrument*, *hybridtransfer*, *egetkapitalinstrument* och *skuldinstrument*. Någon enhetlig definition av dessa begrepp torde inte finnas. I rapporten används begreppen inte för att beskriva någon specifik företeelse utan mer som samlingsbegrepp. De beskrivningar av begreppen som görs i det följande är hur de används i denna rapport och gör inte anspråk på att ge något därutöver.

2. Med *hybridfinansiering* menas sådan finansiering där parterna använder sig av sådana företeelser, instrument, bolagsformer m.m., som innebär att behandlingen av kapitalet eller avkastningen blir annorlunda i respektive land och hos respektive part. Det gäller i samband med kapitalanskaffning respektive kapitaltillförsel.

3. Med *hybridföretag* menas att ett företag, t.ex. ett svenskt aktiebolag, skattemässigt behandlas som ett sådant i Sverige (skattesubjekt) medan det skattemässigt behandlas som en annan typ av företag i ett annat land, t.ex. som ett transparent företag eller som en del av ägarföretaget (dvs. inte som ett eget skattesubjekt). Det kan också vara fråga om ett svenskt handels/kommanditbolag som behandlas som skattesubjekt i annat land.

4. Med ett *hybridinstrument* menas främst att instrumentet behandlas på ett visst sätt i Sverige, t.ex. som fordran/skuld, medan det behandlas på annat sätt i ett annat land, t.ex. som andel/eget kapital. Men begreppet används även med ett bredare omfång, t.ex. för att bara markera att instrumentet varken är ett

renodlat egetkapitalinstrument eller ett renodlat skuldinstrument. Hur begreppet används får läsas ut från det sammanhang det används i.<sup>4</sup>

5. Med *hybridtransfer* menas att en överföring av en tillgång till någon annan part behandlas som en övergång av äganderätten i det ena landet och som lån i det andra landet.

6. Med *egetkapitalinstrument* menas sådant som i vid bemärkelse representerar en andel i ett företags tillgångar efter avdrag för alla dess skulder (t.ex. aktier).

7. Med *skuldinstrument* menas sådant som i vid bemärkelse avser en fordran på ett företag (t.ex. vanliga skuldebrev, konvertibla skuldebrev etc.).

## 1.4 Avgränsningar

1. För uppdragets utförande har arbetsgruppen gjort vissa avgränsningar som framgår nedan under punkterna 2 och 3. I punkten 4 tas vissa saker upp som på grund av dessa avgränsningar faller utanför uppdraget. I punkten 5 tar vi upp sådant som av olika orsaker inte har behandlats, men som ändå skulle kunna ha varit av intresse att behandla i detta sammanhang.

2. De situationer som gruppen koncentrerat sig på och som denna rapport handlar om har avgränsats enligt i huvudsak följande kriterier:

A/ Bara inom bolagssektorn.

B/ Bara i gränsöverskridande situationer.<sup>5</sup>

C/ Bara när skattefördelar uppnås.<sup>6</sup>

D/ Bara om företeelsen behandlas på olika sätt i olika länder.

E/ Bara när olikbehandlingen uppkommer p.g.a. olika klassificering.

F/ Bara i samband med kapitalanskaffning (erhållet tillskott eller lån, dvs. eget eller främmande kapital och mellanformer därav, etc.) respektive kapitaltillförsel (utlåning eller aktieteckning o.d., dvs. en fordran eller ägarkapital och mellanformer därav, etc.)

---

<sup>4</sup> Det är främst i avsnitt 3.4.2 och 3.4.3 som begreppet används på sistnämnda sätt.

<sup>5</sup> Anledningen till att rent inhemska situationer avgränsats bort är att vårt fokus lagts på skillnader i klassificeringar av typen skuld/eget kapital, ränta/utdelning, skattesubjekt/inte skattesubjekt, etc. När avtalen och alla parter bedöms enligt svensk rätt så uppstår normalt ingen skillnad vid denna typ av klassificering.

<sup>6</sup> Typiska skattefördelar i detta sammanhang är:

- avdrag i Sverige ej beskattning i andra landet,
- ej beskattning i Sverige och inte heller beskattning i andra landet = dubbel ej beskattning,
- avdrag i två eller flera länder för samma utgift = dubbla avdrag,
- avdrag i andra landet ej beskattning i Sverige (t.ex. skattefri utdelning).

3. Det kan diskuteras vad som avses med skattefördelar. Är det minskning av svensk skatt eller även minskning av utländsk skatt? Det centrala, som arbetsgruppen ser det, är om sådana fördelar uppnås som ger företagen incitament till beteenden som minskar den svenska bolagsskattebasen.<sup>7</sup>

4. Genom de avgränsningar som görs faller bl.a. följande situationer utanför uppdraget:

A/ Om arbitraget uppkommer pga. olika länders skattesats, men företeelsen ändå bedöms lika. En situation där t.ex. avdrag ges i Sverige och beskattning inte sker hos mottagaren pga. att detta bolag är beläget i ett skatteparadis omfattas således inte av uppdraget. Inte heller om mottagaren beskattas lågt pga. olika former av avdrag, t.ex. avdrag för beräknad ränta på eget kapital som de belgiska NID-reglerna möjliggör, omfattas.

B/ Om arbitraget uppkommer pga. olika beskattningstidpunkter, men företeelsen ändå bedöms lika. En situation där t.ex. avdrag ges i Sverige enligt bokföringsmässiga grunder och beskattning sker hos mottagaren enligt kontantprincipen omfattas således inte.

5. Följande har av olika orsaker inte alls behandlats.

A/ Avräkningsfrågor har på grund av tidsskäl inte alls behandlats.

B/ Alternativa grunder för att vägra avdrag för en ränteutgift, t.ex. av den orsaken att osäkerheten kring om den över huvud taget kommer att betalas är så stor att det kan ifrågasättas om, alternativt när, avdrag ska medges.

C/ Något särskilt fokus på den finansiella sektorn har gruppen inte haft. Detta på grund av tidsskäl och att vi saknar praktisk erfarenhet från denna sektor ur ett hybridperspektiv och hur hybrider kan utnyttjas inom denna sektor.

---

<sup>7</sup> De fall vi sett och fått information om via kartläggningen gäller nästan uteslutande inom koncerner. Det behöver inte betyda att det inte finns inom andra intressegemenskaper eller utanför juridiska intressegemenskaper. Parter kan ju ha intresse av att dela på skattevinsten och då blir de i någon form av intressegemenskap i dessa fall.

I det internationella arbetet har det visat sig att en hel del skatteplanering med hybridinslag förekommer mellan parter från andra länder än Sverige som inte är i juridisk intressegemenskap med varandra. Det som uppmärksammats är att det mellan i vart fall banker och andra finansiella aktörer förekommer avtalspaket som gör att t.ex. avdrag medges i en bank i ett land och ingen motsvarande beskattning uppkommer i den andra banken i ett annat land (men även några sådana fall mellan bank och företag utanför den finansiella sektorn har uppmärksammats). Inte några fall har uppmärksammats där det gäller t.ex. en bank och en större mängd medparter, utan det gäller mellan ett fåtal i sig oberoende parter.

De hybridfall med Sverige inblandat som arbetsgruppen sett och fått information om via kartläggningen gäller dock, som sagts, nästan uteslutande inom koncerner och det är därför arbetsgruppen koncentrerat sig på koncerninterna transaktioner och företeelser. I de fall skatteplaneringen görs inom koncerner så uppkommer skatteförmånen på koncernnivå genom att svenskt skatteunderlag blir mindre (genom avdrag eller utebliven skattepliktig intäkt). Viktigt att observera är att det inte alltid är i transaktionsledet mellan det svenska företaget och dess utländska motpart som skatteförmånen/olikbehandlingen sker, utan detta kan ske i en annan del av intressegemenskapen (t.ex. när kapital slussas i flera bolagsled).

Här ska påpekas att vi inte särskilt tittat på den finansiella sektorn. Någon erfarenhet från denna sektor i detta sammanhang finns inte heller inom Skatteverket. Arbetsgruppen kan därför bara konstatera att kunskap om denna sektors eventuella/möjliga skatteplanering med hybrider i Sverige saknas.

## 2 Allmän problemanalys

### 2.1 Inledning

1. Inom OECD har det pågått ett arbete med fokus på internationell aggressiv skatteplanering. Ett område som OECD har diskuterat är just vad som i denna rapport benämns hybridfinansiering. Med hybridfinansiering menas sådan finansiering där parterna använder sig av sådana företeelser, instrument, bolagsformer m.m., som innebär att behandlingen av kapitalet eller avkastningen blir annorlunda i respektive land och hos respektive part. Det gäller i samband med kapitalanskaffning respektive kapitaltillförsel.

2. Genom att behandlingen blir annorlunda i respektive land öppnas stora möjligheter till skattearbitrage. Gruppens bedömning är att detta främst förekommer vid rent koncerninterna transaktioner där den ekonomiska enhet som koncernen utgör kan använda sig av olika länders olika regler för att uppnå skatteförmåner.<sup>8</sup>

3. Skatteplanering inom detta område är vanligt förekommande i många andra länder. Arbetsgruppens uppgift är bl.a. att undersöka hur vanligt det kan tänkas vara i Sverige med denna typ av skatteplanering.

4. I denna rapport fokuseras på hybridfinansiering, men det finns andra former av skatteplanering där man använder olika länders regler för att uppnå skattearbitrage. Andra områden behandlas dock inte i denna rapport.

5. OECD har nyligen publicerat en rapport i vilken man beskriver problem med företagens användande av olika länders regelverk på skatteområdet för att uppnå skattearbitrage genom olika hybridarrangemang. I rapporten konstateras att detta aktualiserar en rad skattepolitiska frågor, såsom påverkan på skatteintäkterna, konkurrensneutralitet, ekonomisk effektivitet, transparens och rättvisa.<sup>9</sup>

### 2.2 Upptäcktsproblem och bristande transparens

1. I avsnitt 1.2 har konstaterats att någon juridisk grundanalys av det hybridområde som behandlas i denna rapport inte finns att tillgå och att en mängd juridiska problem finns att ta ställning till. För att ens komma fram till att kunna göra en juridisk analys av olika företeelser samt bedöma om företeelserna som sådana kan tänkas vara ett hot mot den svenska bolagsskattebasen krävs det dessutom fakta kring själva företeelserna, deras omfattning och det andra landets lagstiftning, domstolspraxis och administrativa praxis.

2. Redan att få reda på fakta kring själva företeelserna kan vara svårt. I de fall en företeelse inte kan bli föremål för en avvikande bedömning vid taxeringen jämfört med hur den är deklarerad av den skattskyldige är Skatteverkets

---

<sup>8</sup> Se även fotnot 6.

<sup>9</sup> Rapporten "Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Policy and Compliance Issues", publicerad den 5 mars 2012. Se, <http://www.oecd.org/dataoecd/20/20/49825836.pdf>.

verktyg för att få reda på relevanta fakta kring företeelsen inte tillräckliga.<sup>10</sup> Uppgifter om olika skatteplaneringsupplägg och i vilken omfattning sådana används är inte möjligt att få reda på i tillräcklig omfattning om företeelsen i sig inte går att angripa med en taxeringsändring. Om, som exempel, ett avdrag för samma ränteutgifter medges såväl i Sverige som i ett annat land, eller alternativt ränteutgiften inte motsvaras av någon beskattning i det andra landet för att det ses som utdelning där, innebär sådana omständigheter ett starkt incitament att maximera ränteavdragen inom koncernen. Men samtidigt, om det andra landets bedömning av avdragsrätten för samma ränteutgift respektive skatteplikten för motsvarande ränteintäkt, inte påverkar den svenska skatterättsliga bedömningen finns det ingen möjlighet för Skatteverket att på ett systematiskt sätt få vetskap om dessa förhållanden. Vetskap om upplägg och deras omfattning erhålls erfarenhetsmässigt vid sådana förhållanden tidigast när företeelsen är allmänt känd inom skattekunniga kretsar. Då kan lång tid ha gått och stora volymer etablerats. Men inte ens då kan Skatteverket, med de verktyg som Skatteverket förfogar över, få fram i vilken omfattning ett visst upplägg används.<sup>11</sup>

3. Sistnämnda förhållanden speglas tydligt i det faktum att de uppgifter vi fått fram i vår kartläggning är resultatet av slumpen och insatser inom andra områden där det finns möjlighet att avvika från de skattskyldigas bedömningar och taxera dem på annat sätt än vad de yrkar. Se mer om detta under avsnitt 9.

4. Men även i de fall Skatteverket misstänker att en företeelse bör bedömas på annat sätt och föranleda en taxeringsändring föreligger betydande svårigheter att få reda på alla fakta. Att få alla fakta på bordet kan vara svårt och kräver insikt i vad man bör fråga företagen om. I den mån det andra landets bedömningar påverkar på något sätt är det dessutom svårt att få fram fakta om detta. Det föreligger betydande svårigheter att få reda på hur företagen faktiskt skatteplanerar. Även beträffande de fall som identifierats vid revision har det ibland varit förenat med betydande problem att få reda på hur avtalen ser ut, hur förhållandena är och vilka transaktioner som vidtagits. Här beskrivna problem är av generell art och gäller inte bara vid planeringar med hybrider, men det föreligger särskilda svårigheter i dessa fall eftersom olika länder är inblandade och förhållandena är så komplicerade.

---

<sup>10</sup> Någon möjlighet att förelägga företagen att komma in med uppgifter i syfte att rent allmänt kartlägga hur ett visst förfarande används finns inte enligt gällande lagstiftning. Inte heller revisionsinstitutet kan användas i detta syfte. Att inhämta uppgifter genom föreläggande eller genom revision kräver att uppgifterna har betydelse för taxeringen eller för urval av revisionsobjekt etc. Om t.ex. uppgifter om hur en motpart beskattas inte påverkar den svenska beskattningen har sådana uppgifter ingen betydelse vid taxeringen och kan således inte inhämtas annat än på frivillig väg, om uppgifterna inte inhämtas för urval av revisionsobjekt etc.

<sup>11</sup> Här ska tilläggas, som redan sagts i inledningen, att det förekommer ett relativt omfattande samarbete internationellt kring aggressiv skatteplanering, bl.a. inom OECD. Detta och andra internationella samarbeten är viktiga verktyg för såväl ökad kunskap och förståelse som för information om faktiskt förekommande skatteplaneringsscheman. Arbetsgruppens bedömning är därför att det är viktigt att Sverige deltar i sådana samarbeten.

Det är även viktigt att formerna för samverkan mellan Skatteverket och de större företagen och deras rådgivare utvecklas ytterligare så att de stora möjligheter till samverkan och förebyggande arbete som finns tas till vara.

5. Här kan konstateras att de skatteplaneringsförfaranden som finns på marknaden inte på ett effektivt sätt kan identifieras utan att det införs lagstiftning som ställer krav på aktörerna att själva redovisa förfarandena.

## **2.3 Specielt om hybridfinansiering**

### **2.3.1 Inledning**

1. De grundläggande och allvarligaste problemen med denna typ av skatteplanering är att koncernen kan uppnå avdrag för samma utgift i flera länder, s.k. dubbla avdrag (och därmed även dubbla förlustavdrag), och/eller att ingen beskattning sker av motsvarande intäkt. Eftersom fokus ligger på finansieringsfrågor är det mest fråga om ränteavdrag och att motsvarande intäkt blir obeskattad av olika orsaker. Men systematiken kan med vederbörliga ändringar även användas vid skatteplanering med andra former av utgifter.

2. Orsaker till att motsvarande intäkt blir obeskattad kan t.ex. vara att ränteintäkten anses utgöra avkastning på eget kapital och inte på en utlåning och att intäkten därför blir att betrakta som skattefri utdelning. Andra orsaker kan vara att intäkten i det land där mottagaren finns inte beskattas i det landet eftersom betalningen och erhållandet av beloppet ses som en företagsintern transaktion och därför inte beaktas skatterättsligt. Under de mer specialiserade kapitlen om hybridföretag, hybridinstrument och hybridtransfer går vi igenom detta mer noggrant.

### **2.3.2 Vilka typiska strukturer finns och hur har de använts?**

1. I det följande redogörs för några exempel på strukturer som finns och som bevisligen använts av svenska aktiebolag. Fler fall tas upp dels i genomgångarna i de mer specialiserade kapitlen och dels i bilaga 1.

#### *2. Hybridföretagsområdet - Check-the-box*

USA har särskilda regler som brukar benämnas check-the-box, vilka kan utnyttjas för att undvika beskattning hos t.ex. ett långivande bolag i USA, trots att avdrag för räntor medges i Sverige. Uttrycket check-the-box syftar på att ett amerikanskt bolag kan välja att kryssa i en särskild ruta i bilaga till deklarationen för att uppnå att ett utländskt dotterbolag i skattehänseende betraktas som en del av det amerikanska bolaget. Detta innebär att den ränta det svenska dotterbolaget betalar till USA-bolaget bortses ifrån och således inte beskattas i USA. Check-the-box-upplägg är ett internationellt välkänt fenomen sedan många år och har setts som ett problem hos andra länder. Vissa länder som exempelvis Danmark och Storbritannien har infört ”hybridregler” för att motverka den typen av skatteplanering (mer om detta, se avsnitt 5).

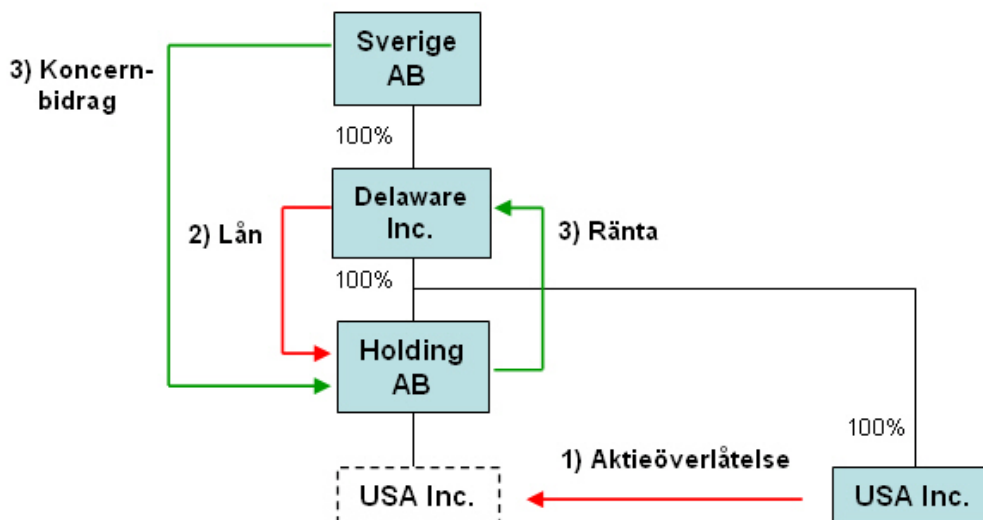
Normalt utnyttjas check-the-box-reglerna i koncerner med amerikanskt toppägande, där ett holdingbolag i USA äger ett svenskt holdingbolag (ibland via mellanliggande bolag, företrädesvis i Luxemburg). Det amerikanska ägarbolaget är då långgivare, medan det svenska holdingbolaget är låntagare



och räntebetalare. Detta synes vara vanligt vid amerikanska bolags förvärv av svenska bolag. Liknande strukturer har iakttagits även vid interna andelsförvärv.

Samma grundstruktur kan skapas även i en svenskägd koncern med svenskt toppbolag, exempelvis enligt följande (Figur 1).

**Figur 1**



I detta fall har andelarna överlåtits koncerninternt och förfarandet kan därmed komma i konflikt med de nya ränteavdragsbegränsningsreglerna i 24 kap. 10 a – 10 e §§ IL. Den svenskägda koncernen kan däremot utan begränsningar utnyttja denna hybrideffekt utanför det område som täcks in av de nya ränteavdragsbegränsningsreglerna. De s.k. CFC-reglerna i 39 a kap. IL är inte alls tillämpliga, eftersom utländska juridiska personer som hör hemma och är skattskyldiga i USA är helt undantagna från reglernas tillämpningsområde.

### 3. Hybridinstrumentområdet – Olika instrument med olika engelska beteckningar såsom PEC, CPEC, PESC

I Luxemburg finns en grupp finansiella instrument som har olika beteckningar. Gemensamt är att de på engelska kallas Preferred Equity Certificate (PEC). Med olika egenskaper följer olika namn, såsom Preferred Equity Stock Certificate (PESC) och Convertible Preferred Equity Certificate (CPEC).

Trots att gruppen specialstuderat dessa instrument och hur de används har vi inte exakt kunnat identifiera vad de olika beteckningarna står för rent konkret och vilka avgörande beståndsdelar de innehåller. Instrumenten är olika. Det räcker inte bara med en rubricering på instrumentet för att veta vad det är, utan det är instrumentets villkor som avgör bedömningen. Rent konkret har vi sett några fall där ett svenskt AB utfärdat PEC, betraktat detta som ett skuldinstrument och därför gjort avdrag för den avkastning som betalats på

instrumentet. Enligt uppgift från de skattskyldiga bolagen betraktas motsvarande avkastning som skattefri utdelning i Luxemburg. I flera fall har vi i riskkapitalförvävsstrukturer sett att det som betecknats PEC (även andra beteckningar förekommer, se vidare bilaga 1) används tvärt om i ett bolag från Luxemburg som utfärdat sådana. I de fallen har avkastningen på dessa instrument varit avdragsgill i Luxemburg, eftersom de betraktats som skuldinstrument vid beskattningen där. Vi antar att mottagaren av avkastningen, som kommer från annat land än Sverige, i många fall inte beskattas för avkastningen för att den betraktas som utdelning i det landet. Det vi sett är således att denna typ av instrument kan användas på olika sätt.

Skatteverket har fått en fråga om vad som i det konkreta fallet benämns PESC. Avkastningen på detta konkreta instrument anses, enligt uppgift från frågeställaren, som avdragsgill avkastning på ett skuldinstrument i Luxemburg. I ett brevsvar från Skatteverket har verket i det enskilda fallet ansett att instrumentet är att jämställa med en aktie enligt svensk rätt. Därför har avkastning till en svensk innehavare av detta instrument ansetts vara utdelning.

Det förefaller som om dessa i Luxemburg förekommande instrument utformas lite olika beroende på vilket land som är inblandat och att man därför kan uppnå att det i ett land betraktas som ett skuldinstrument och i ett annat land som ett egetkapitalinstrument och tvärt om.

## 3 Historik och bakgrundsbeskrivning

### 3.1 Allmänt

1. Internationell skatteplanering med möjlighet till stora skattearbitrage är ingen ny företeelse. Arbetsgruppen har försökt analysera och tänka igenom om denna skatteplanering ökat genom åren och vad orsakerna till detta i så fall kan tänkas vara. Att den internationella skatteplaneringen med svenska aktiebolag som medaktörer ökat torde alla vara överens om. Några siffror på detta går dock inte att få fram, inte som arbetsgruppen kunnat ta fram i vart fall. Däremot kan en hel del omvärldsförändringar som mer allmänt får antas ha bidragit här till identifieras. Mer om detta under avsnitt 3.3.

2. I avsnitt 3.2 ska dock först lämnas en kort redogörelse från några tidigare erfarenheter av internationell skatteplanering som kan anses ha särskilt intresse i detta sammanhang. I avsnitt 3.4 tas sedan sådant upp som mer direkt kan anses ha påverkat utvecklingen och möjligheten till internationellt skattearbitrage inom det område som behandlas i denna rapport.

### 3.2 Några tidigare erfarenheter av internationell skatteplanering och skattearbitrage

1. Här redovisas ett urval av erfarenheter från situationer där företagen utnyttjat olika länders lagstiftning för att uppnå skattearbitrage. En avgränsning som gjorts är att det ska gälla inom bolagssektorn och företrädesvis genom gränsöverskridande koncernbildningar och transaktioner mellan dessa koncernbolag.<sup>12</sup> Syftet är att få lite grepp om vad som har använts och hur bedömningarna gjorts samt om det införts lagstiftning för att motverka beteendet. Genom en sådan liten inventering får vi bättre överblick och kan möjligen placera in en del av de hybridsituationer vi ska undersöka och analysera i ett bredare historiskt sammanhang. Detta kan ge uppslag både till om det är rimligt att begära lagändring och uppslag för angreppssätt samt upplysning om när det troligen inte är något att göra åt. Redogörelserna är mycket korta och summariska och får mer ses som uppslag för att ta initiativ till att eventuellt undersöka vidare än en redogörelse som är direkt användbar (grova förenklingar blir näst intill felaktiga många gånger).

2. *De s.k. Irlandsuppläggen.* Ett typiskt Irlandsupplägg gick ut på att ett svenskt aktiebolag lånade upp medel som sedan lämnades som kapitaltillskott till ett irländskt dotterbolag. Det irländska dotterbolaget gjorde kapitalet avkastningsbärande och denna avkastning beskattades lågt på Irland. Resultatet blev att avdrag medgavs i det svenska aktiebolaget för ränteutgiften medan avkastningen på kapitalet beskattades lågt på Irland. Detta är exempel på utnyttjande av olika länders olika skattesatser. I sina grundstrukturer kunde dessa transaktioner inte underkännas eller åtgärdas med då gällande

---

<sup>12</sup> Den avgränsning som här görs till förhållanden inom en intressegemenskap görs för att det är dessa fall vi känner till. Det betyder inte att problem med hybridfinansiering inte kan förekomma mellan parter som inte är i intressegemenskap. Se även fotnot 6.

lagstiftning. Exempel på försök att motverka sådana beteenden är CFC-lagstiftningen i 39 a kap. IL.

3. *Dubbla värdeminskningsavdrag.* Utnyttjande av olika länders syn på vem som har avskrivningsrätten på tillgångar har förekommit under många år. Om transaktionerna inte kan underkännas med stöd av principerna om ”den verkliga innebörden”<sup>13</sup> så är det, vad arbetsgruppen kan förstå, inget att göra åt detta problem. Någon lagstiftningsåtgärd för att specifikt åtgärda detta har heller inte vidtagits. De olika ländernas olika syn på avskrivningsrätten kan bero på dels olika syn på vem som är ägare och dels på att rätten till avskrivning följer olika principer, vid t.ex. leasing.

4. *Räntesnurrorna.* I dessa fall utnyttjades (och utnyttjas fortfarande i de delar där beteendena inte stoppats genom lagändringen i 24 kap. 10 a – 10 e §§ IL)

- olika länders skattesatser (skatteparadisbolag),
  - olika länders syn på hur finansiella instrument ska klassificeras (egetkapitalinstrument eller skuldinstrument och mellanformer), och
  - olika länders klassificering av olika typer av associationer,
- för att få ränteavdrag i Sverige medan motsvarande ränteintäkt beskattades lågt eller inte alls.

De nya reglerna i 24 kap. 10 a – 10 e §§ IL avser att motverka de värsta avarterna av denna typ av skatteplanering, men det är fortfarande mycket stora områden som faller utanför de ramar som regelverket träffar.

5. *Försäljningar av bolag via nederländska koncernbolag.* I Sverige beskattades före den 1 juli 2003 kapitalvinster vid avyttring av näringsbetingade andelar medan sådana var skattefria i Nederländerna. Skatteflyktslagen kunde inte tillämpas. Beräkningar på departementet visade att kapitalvinstbeskattningen i denna del var negativ, eftersom företagen tog fram förluster i Sverige (som genom olika koncerninterna transaktioner dessutom blåstes upp) medan vinster togs via Nederländerna. Till slut så avskaffade även Sverige kapitalvinstbeskattningen på näringsbetingade andelar. Härmed försvann problemet med att kapitalförluster togs fram i Sverige och kapitalvinster via nederländska koncernbolag.

En variant på detta är de paketeringar av tillgångar, främst fastigheter, i handelsbolag ägda av nederländska koncernbolag där försäljningen av handelsbolagsandelarna kunde ske från de nederländska bolagen utan kapitalvinstbeskattning (uppläggen har internt inom Skatteverket kallats ”Handelsbolagslösningen” eller ”Pandoras box”). Genom en underprisöverlåtelse till handelsbolaget, med en efterföljande skattefri avyttring av handelsbolagsandelarna till en extern eller intern förvärvare kunde förutom själva skattefriheten vid andelsförsäljningen även positiva skatteeffekter uppkomma på köparsidan. Dessa förfaranden har motverkats dels genom lagstiftning och dels genom att skatteflyktslagen har ansetts tillämplig på förfarandet samt att Skatteverket hittat andra angreppssätt.

---

<sup>13</sup> De s.k. flygplansleasingmålen (RÅ 1998 ref. 58 I) är exempel på när denna princip använts för att anse att ”ägandet” av flygplanen inte låg hos den part som de skattskyldiga ville se som ägare.

### 3.3 Har något hänt som underlättar internationellt skattearbitrage

1. Förutom de mer speciella faktorer som kan antas ha påverkat utvecklingen och som redovisas i avsnitt 3.4 ska här mer allmänna faktorer för utvecklingen tas upp.
2. Den avveckling av valutaregleringen som gjordes vid 1980-talets slut (se proposition 1989/90:135 ”Om betalningar till och från utlandet”) innebar en långtgående liberalisering av kapitalmarknaden för svensk del. Avskaffandet av denna reglering minskade hindren för internationell skatteplanering med kapital.
3. Den tilltagande internationaliseringen gör det betydligt lättare att etablera företag i andra länder, få kännedom om andra länders lagstiftning, få konsult hjälp etc. (detta gäller inte minst inom EU). Även den tekniska utvecklingen av datorer gör att det numera är mycket billigare och lättare att etablera och vidmakthålla skatteplaneringsstrukturer än det var tidigare.
4. Sveriges inträde i EU har även det en mycket stor betydelse. Detta eftersom många länder inom EU konkurrerar med sina skatteregler, samtidigt som likabehandlingsprincipen (mellan gränsöverskridande och rent inhemska förhållanden och transaktioner) inom EU gör att de länder som med lagstiftning vill försöka motverka internationellt skattearbitrage nu har mycket svårare att införa regler som direkt tar sikte mot gränsöverskridande skatteplanering än före EU-inträdet. Många av de länder som arbetsgruppen identifierar att koncernerna använder för skatteplanering ligger inom EU, såsom t.ex. Luxemburg.
5. Något som arbetsgruppen inte har överblick över, men som starkt påverkar utvecklingen är i den mån andra länder har infört, inför eller slopar regler som möjliggör gränsöverskridande skattearbitrage. För att motverka skadlig skattekonkurrens och skatteupplägg pågår det dock internationellt samarbete. Viktiga exempel på detta är det arbete som bedrivs inom EU<sup>14</sup> och OECD för att motverka skadlig skattekonkurrens och skatteupplägg.

### 3.4 Speciellt om hybridfinansiering

#### 3.4.1 Inledning

1. Förutom den allmänna utvecklingen som beskrivs under avsnittet 3.3 torde även utvecklingen av vad som kan accepteras ingå i kapitalbasen enligt de kapitaltäckningskrav som ställs på banker och andra finansiella institut samt kreditratingföretagens bedömning av olika former av kapitalanskaffning för alla sorters företag antas ha starkt påverkat framväxten av olika hybridinstrument. Ett samspel mellan marknadens uppfinningsrikedom och kreditratingföretagens bedömningar torde påverka framväxten, acceptansen och normaliseringen av denna typ av instrument utan att utvecklingen alls är

---

<sup>14</sup> Se vidare under avsnitt 5.3.3.

skattedriven i grunden. Men när väl instrumenten finns kan de sedan användas för att uppnå skattearbitrage.

2. I detta sammanhang är det därför värt att något beskriva regelverk m.m. inom de två områdena som har nämnts i föregående punkt. I avsnitt 3.4.2 redogörs mycket kort för kapitaltäckningsregler för banker m. fl. och för solvensregler för försäkringsföretag I avsnitt 3.4.3 redogörs kort för kreditratingföretagens verksamhet och deras bedömningar av olika instrument.

3. Härutöver kan nämnas att den nya aktiebolagslagen, som trädde i kraft under 2006, har medfört nya möjligheter att ge ut instrument som kan användas i hybridsammanhang. Några nya finansieringsformer som tidigare varit förbjudna gjordes tillåtna (kapitalandelslån och tvingande konvertibla skuldebrev).

4. De mer speciella faktorer som kan antas ha påverkat utvecklingen och som redovisas i de följande avsnitten är alla knutna till området hybridinstrument. Inom området hybridföretag har gruppen identifierat att det finns en hel del lagstiftning i andra länder som kan användas i hybridföretagssyfte. Det främsta exemplet på detta är USA:s s.k. check-the-box-regler, vilka behandlas närmare i andra avsnitt i denna rapport. Detta är en del av den tilltagande internationaliseringen och skattekonkurrensen länderna emellan.

5. Något som också rent allmänt kan antas påverka viljan att använda, utveckla och erbjuda hybridstrukturer är att det kan ha blivit svårare att använda olika typer av skatteparadis, eftersom informationsutbytet ökat så kraftigt. Om vissa beteenden blir svårare kan andra visa sig mer framkomliga.

## **3.4.2 Kapitaltäckningsregler och solvensregler**

### **3.4.2.1 Inledning**

1. I följande avsnitt beskrivs de finansiella företagens (kreditinstitut, värdepappersbolag och försäkringsföretag) kapitaltäckningsregler respektive solvensregler översiktligt.

2. I samtliga lagar som reglerar finansiella företag ges regeringen eller, efter regeringens bemyndigande, Finansinspektionen rätt att få utfärda tillämpningsföreskrifter. Finansinspektionen får regelmässigt ett sådant bemyndigande och utnyttjar detta genom att utfärda föreskrifter. Eftersom dessa föreskrifter normmässigt har stöd i lag är föreskrifterna bindande för de berörda finansiella företagen. Föreskrifterna publiceras i Finansinspektionens författningssamling FFFS. Finansinspektionen utfärdar även allmänna råd. Dessa är inte tvingande för företagen men ger uttryck för inspektionens uppfattning om ett visst rättsläge och är vägledande. För finansiella företag gäller att de enligt Finansinspektionens föreskrifter och allmänna råd ska följa IFRS/IAS. Detta innebär att de ska följa rekommendationerna från Rådet för finansiell rapportering (RFR) om inget annat krävs enligt lag eller följer av bestämmelser i föreskrifter och allmänna råd från Finansinspektionen.

3. När det gäller klassificering av skuld respektive eget kapital ska de finansiella företagen, liksom övriga företag som tillämpar IFRS/IAS, följa IAS

32. Enligt Finansinspektionens föreskrift och allmänna råd om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag FFFS 2008:25, 2 kap. punkt 2) ska dock undantaget från IAS 32 i RFR 2 om klassificering av ett finansiellt instrument såsom skuld respektive eget kapital tillämpas. Undantaget innebär att den ekonomiska innebörden inte kan följas om den strider mot gällande lag. Av Finansinspektionens föreskrift och allmänna råd om årsredovisning i försäkringsföretag FFFS 2008:26 framgår det i 2 kap. punkt 4 h) att undantaget från IAS 32 i RFR 2 om klassificering av ett finansiellt instrument såsom skuld respektive eget kapital inte ska tillämpas. Istället ska punkt 3 b) tillämpas. Av punkt 3 b) framgår att redovisningen av ett instrument eller dess delar som skuld eller eget kapital i enlighet med den ekonomiska innebörden av villkoren inte ska tillämpas av utgivaren till den del instrumentet avser vad som ska klassificeras som ett eget kapital enligt lag eller annan författning. Utgivaren ska däremot till skillnad mot undantaget i RFR 2 i en not lämna upplysningar om klassificeringen i enlighet med den ekonomiska innebörden.

4. Historiskt sett har marknaden för hybridinstrument<sup>15</sup> i avsikt att kapitalisera ett företag inte varit särskilt stor. Däremot har finansiering med hjälp av hybridinstrument tillämpats av banksektorn som ett led i att förbättra kapitaltäckningen och därmed lättare klara kapitaltäckningskraven. Under 2000-talet har finansiering genom hybridinstrument ökat. Ett instrument som blivit allt mer vanligt förekommande som ett alternativt sätt att anskaffa kapital är de s.k. eviga förlagslånen.<sup>16</sup> Eviga förlagslån torde dock fortfarande vara relativt ovanliga. Sedan några år tillbaka (dec 2008) tillåts svenska banker att vid beräkningen av kapitaltäckningen inneha upp till 30 % hybridkapital i sin primärkapitalsberäkning (FFFS 2007:1 kapitaltäckning och stora exponeringar). Detta är en nivå som tillåts i flera europeiska länder. Tidigare hade Sverige en gräns på 15 %. Ändringen skapar större möjlighet för t.ex. staten att på ett enklare sätt än aktiekapitaltillskott gå in med kapital i bankerna.

### **3.4.2.2 Kapitaltäckningsregler för bl.a. kreditinstitut och värdepappersbolag**

1. För bl.a. kreditinstitut och värdepappersbolag finns det regler om kapitaltäckning i lagen (2006:1371) om kapitaltäckning och stora exponeringar (LKE). Finansinspektionen har även tillämpningsföreskrifter för kapitaltäckningsreglerna i FFFS 2007:1 Kapitaltäckning och stora exponeringar. Kapitaltäckningsreglerna utformades ursprungligen efter den s.k. Basel-överenskommelsen från 1988 (Basel I) som var en internationell överenskommelse på tillsynsområdet över internationellt verksamma banker. De svenska kapitaltäckningsreglerna har därefter anpassats efter EU:s kapitaltäckningsdirektiv och omfattar därmed såväl kreditinstitut som värdepappersbolag. Kapitaltäckningsreglerna syftar till att dels upprätthålla en viss soliditet hos instituten, dels skapa konkurrens på lika villkor. Regelverket

<sup>15</sup> I avsnitt 3.4.2 och 3.4.3 används begreppet hybridinstrument bara för att markera att instrumentet varken är ett renodlat egetkapitalinstrument eller ett renodlat skuldinstrument.

<sup>16</sup> Företagshybridkapital i Sverige – Möjligheten att få både skattesköld och klassning som eget kapital enligt svensk rätt, examensuppsats – institutionen för redovisning och rättsvetenskap, Handelshögskolan i Stockholm, Henrik Fritz, Patrick MacArthur 2006.

utvecklades och förbättrades genom att nya kapitaltäckningsregler godkändes under år 2004 genom Basel II överenskommelsen. De nya reglerna i Basel II ger företagen flera möjligheter att välja mellan olika metoder när de beräknar storleken på den kapitalbas som behövs för att möta förluster som beror på de kreditrisker, marknadsrisker och operativa risker som företagen utsätter sig för. Ju mer riskkänslig en metod är desto bättre bild ger den av risken i verksamheten. Reglerna innebär att företagen ska ha fungerande riskhanteringssystem för att kunna överblicka riskerna i verksamheten. De ska regelbundet offentliggöra information om sina finansiella förhållanden. Den senaste kapitaltäckningslagen (LKE) och Finansinspektionens föreskrift 2007:1 trädde i kraft 1 februari 2007. Därmed införlivades EU-reglerna och den så kallade Basel II-överenskommelsen i svensk rätt. Basel II regelverket består av tre pelare, där pelare I är motsvarigheten till Basel I fast med en ny beräkning av riskvägt belopp. Det som tillkommit är pelare II om samlad kapitalbedömning och pelare III om marknadsdisciplin.

2. Enligt 3 kap. 1 § LKE består kapitalbasen i ett kreditinstitut eller värdepappersbolag av summan av primärt och supplementärt kapital. Det primära kapitalet består av eget kapital enligt 5 kap. 4 § ÅRKL med vissa tillägg och avdrag. I det supplementära kapitalet får efterställda skulder med en ursprunglig löptid på minst 5 år ingå. Dessutom får det, efter Finansinspektionens tillstånd, ingå värdet av förlagsinsatser och andra kapitaltillskott och reserver enligt 3 kap. 4 § LKE. Enligt 7 kap. 15 § FFFS 2007:1 om kapitaltäckning och stora exponeringar får förlagsinsatser och andra kapitaltillskott som avses i 3 kap. 4 § LKE ingå i kapitalbasen, såväl i det primära som i det supplementära kapitalet, om följande villkor är uppfyllda:

- Ett tillskott ska
  - vara kontant inbetalt,
  - löpa utan säkerhet som är ställd av utgivaren eller en närstående,
  - inte kunna sägas upp av placeraren och inte kunna lösas in eller återköpas utan Finansinspektionens tillstånd,
  - inte löpa med någon garanterad avkastning,
  - ha efterställd betalningsrätt, och
  - kunna tas i anspråk för att täcka förluster.

3. För primärkapitaltillskott och de övriga poster som efter Finansinspektionens medgivande kan räknas in i det primära kapitalet gäller även de särskilda krav som anges i 7 kap. 16–27 §§ LKE. I 8 kapitlet finns särskilda krav för poster som kan räknas in i det supplementära kapitalet. Av 8 kap. 1 § framgår att kumulativa preferensaktier får tas upp i det supplementära kapitalet efter tillstånd från Finansinspektionen. Huruvida tillstånd medges eller ej beror på löptid och om det finns ett bindande avtal som innebär att innehavarna, vid likvidation eller konkurs, efterställs alla andra borgenärens fordringar och inte återbetalas förrän alla andra utestående skulder har reglerats. En kumulativ preferensaktie ger innehavaren företrädesrätt till vinstutdelning och vinstutdelning till stamaktieägare får endast ske i den mån preferensaktieägarna fått ut alla från tidigare år ackumulerade utdelningsbelopp som de har företrädesrätt till. Ett evigt förlagslån kan också få räknas in i det supplementära kapitalet, enligt 8 kap. 5 § LKE. Lånet ska bl.a. löpa utan säkerhet och på evig tid. Lånet kan diskvalificeras om det t.ex.



har villkor som innebär att räntan är omotiverat hög i början för att sedan drastiskt sjunka. Då kan det ses som en dold amortering och får inte inräknas i det supplementära kapitalet. Även andra tidsbundna förlagslån och andra liknande skuldförbindelser kan under vissa särskilda villkor får medräknas i det supplementära kapitalet.

4. I förarbetena till LKE, prop. 2006/07:5, gjorde regeringen bedömningen att den grundläggande principen vid bedömningen av om hybridkapital ska få ingå i det primära kapitalet bör vara att kapitalet finns tillgängligt för att täcka förluster - utan föregående konkurs - om en kris inträffar.

5. I december 2010 beslutade Baselkommittén om de så kallade Basel III-reglerna som innebär ytterligare förändringar av kapitaltäckningsreglerna och nya regler för likviditetsrisker. Reglerna i Basel III kommer att inarbetas i EU i form av förordning och direktiv, vilka sedan ska implementeras nationellt, även i Sverige, i lagstiftning och föreskrifter. Enligt tidplanen ska de nya reglerna börja gälla från den 1 januari 2013.<sup>17</sup>

### 3.4.2.3 Solvensregler för försäkringsföretag

1. För försäkringsbolag gäller försäkringsrörelselagens (2010:2043) (FRL) regler om lägsta kapitalbas. De nu gällande reglerna om solvens framgår av FRL och föreskrifter från Finansinspektionen. Dessa regler grundar sig på EU:s skade- och livförsäkringsdirektiv som tillkom under 1970-talet, solvens I. Solvensen mäter företagets förmåga att klara sina åtaganden till försäkringstagarna. Ett försäkringsföretag ska ha ett tillräckligt stort kapital, beräknad som en kapitalbas för att kunna täcka eventuella framtida oförutsedda förluster. Kapitalbasen ska minst uppgå till en beräknad erforderlig solvensmarginal, som beräknas utifrån verksamhetens art och omfattning. Med det avses att värdet på alla tillgångar med marginal ska överstiga värdet av de åtaganden som garanterats och villkorats i försäkringsavtalen. Om kapitalbasen för ett försäkringsföretag understiger den erforderliga solvensmarginalen ska Finansinspektionen ingripa. Solvenskvoten är kapitalbasen dividerad med erforderlig solvensmarginal och är ett mått på vilken buffert försäkringsföretaget har för att kunna fullfölja sina åtaganden.

2. Enligt 7 kap. 2 § FRL får kapitalbasen i ett försäkringsföretag omfatta följande poster:

- a) Inbetalt aktiekapital, garantikapital eller verksamhetskapital
- b) Övrigt eget kapital med avdrag för utdelning, och
- c) Obeskattade reserver.

3. För skadeförsäkringsföretag får utjämningsreserven som ska skuldtäckas enligt 6 kap. 1 § inte ingå i kapitalbasen. Av 3 § framgår att Finansinspektionen får, under vissa villkor, i enskilda fall besluta att också andra poster än de som anges i 2 § första stycket får ingå i kapitalbasen. I FRL har det tidigare förbudet för skadeförsäkringsföretag och livförsäkringsföretag

---

<sup>17</sup> Svenska Bankföreningens hemsida, <http://www.swedishbankers.se/>.

som får dela ut vinst genom att använda finansieringsformerna vinstandelslån och kapitalandelslån slopats.

4. Av förarbetena (prop. 2009/10:246) till FRL s. 251 ff. framgår att grundkriterierna för att ett visst lån ska kunna ingå i kapitalbasen är hur det redovisas i företaget. Redovisningen av kapitalandelslån skiljer sig åt beroende på vilka redovisningsregler som ett företag tillämpar. Dessutom kan dessa lån redovisas på ett antal tänkbara sätt vilket också ger olika redovisningskonsekvenser. Ett kapitalandelslån ska i vissa fall kunna ses som en del av eget kapital. Ett sådant lån kan nämligen utformas så att det har samma förlusttäckningskapacitet och därför står samma risker som eget kapital. Ett evigt kapitalandelslån som kan överlåtas och där avkastningen bestäms av vinstutdelningen till aktieägarna är ju i ekonomisk mening att betrakta som en rösträttslös aktie. I sådana fall torde det inte heller behövas några begränsningar för hur stor andel av kapitalbasen som kan bestå av kapitalandelslån. Frågan som måste analyseras i detta sammanhang är således om kapitalandelslån ska ses som en del av eget kapital eller som en skuld att jämföra med förlagslån. Sammanfattningsvis bör kapitalandelslån under vissa förutsättningar kunna ingå i kapitalbasen. I vilken omfattning kapitalbasen kan bestå av kapitalandelslån är dock beroende av det enskilda lånets utformning och villkor.

5. Ömsesidiga försäkringsaktiebolag och försäkringsföreningar har under vissa förutsättningar möjlighet till kapitalanskaffning genom förlagsinsatser från medlemmar eller andra enligt 12 kap. 23 § respektive 13 kap. 9 § FRL.

6. Enligt Bilaga 1 Uppställningsform för balansräkningen i FFFS 2008:26 kan ett försäkringsföretag inneha efterställda skulder som en egen post i balansräkningen. Där redovisas skulder som vid händelse av likvidation eller konkurs ska återbetalas först efter att övriga borgenärer tillgodogjorts och transaktionen som sådan inte uppfyller villkor för att redovisas som eget kapital.

Vissa försäkringsföretag kan enligt Bilaga 1 Uppställningsform för balansräkningen i FFFS 2008:26 klassificera och redovisa ett kapitalandelslån och vinstandelslån som antingen eget kapital eller skuld. Det som avgör klassificeringen är instrumentets egenskaper, d.v.s. villkoren.

7. I maj 2009 beslutade EU:s finansministrar om nya solvensregler för försäkringsbolag, det så kallade Solvens II-direktivet. Det ger en ram för de regler som alla EU:s medlemsländer ska ha infört i sin lagstiftning i oktober 2012. Sverige har ännu inte implementerat de nya reglerna. En utredning (direktiv 2010:14) skulle lämnat sitt betänkande i augusti 2011 men har blivit försenad.

Solvens II är bland annat tänkt att stärka sambandet mellan solvenskrav och risker för försäkringsbolag. Det ska också ge ett bättre konsumentskydd. Direktivet är dessutom ett led i ett större arbete för att skapa en gemensam europeisk finansmarknad.

8. Solvensregelverket bygger på tre pelare:

- a) kvantitativa krav för beräkning av kapital
- b) kvalitativa krav på riskhantering och intern kontroll

c) krav på publik information till marknaden  
För närvarande pågår arbete med att utforma regler på en mer detaljerad nivå, utifrån Solvens II-direktivets ramar.

#### **3.4.2.4 Slutsatser**

Av ovanstående framgår att finansiella företags kapitaltäckningskrav och hur kapitaltäckningen mäts inte behöver motsvaras av vad som redovisas som eget kapital respektive skuld i den externa årsredovisningen. Kapitaltäckningskraven påverkar inte den redovisningsrättsliga eller den skatterättsliga klassificeringen av ett hybridinstrument. Där sker en egen oberoende bedömning även om vissa likheter finns.

### **3.4.3 Kreditratingföretagens verksamhet och deras bedömningar av olika instrument**

#### **3.4.3.1 Inledning**

Företag, institutioner (privata eller offentliga), finansiella bolag och försäkringsbolag kan låta sig kreditvärderas vilket utmynnar i en rating. Likaså kan enskilda värdepapper kreditvärderas. Syftet med kreditrating är enligt en rapport från OECD (OECD-rapporten)<sup>18</sup> att dels mäta kreditrisk i enskilda fall, dels erbjuda ett jämförelseinstrument i form av en global ratingskala för jämförelse av kreditrisk och med en i huvudsak gemensam standard.

#### **3.4.3.2 Historik**

1. Amerikanska Moody's startade med kreditrating 1909. Europeiska Fitch samt amerikanska Standard & Poor's kom in på ratingmarknaden på 1920-talet. Idag kontrollerar dessa tre aktörer över 94 % av den globala ratingmarknaden enligt OECD-rapporten.

2. Två olika regelverk har drivit på ratinginstitutens ställning som viktig aktör på den europeiska finansmarknaden. Såväl Basel II-reglerna (se avsnitt 3.4.2 ovan) för kreditvärdering ur kapitaltäckningssynpunkt som introducerades 2004 som regler för Europeiska Centralbanken (ECB) vid utlåning ställer krav på någon form av kreditrating. Enligt OECD-rapporten ökade ratinginstitutens verksamhet i Europa i samband med att Basel II implementerades i kapitaltäckningsdirektivet (Capital requirement directive) i EU. EU:s kapitaltäckningsdirektiv har fått verkan i Sverige genom implementering i svensk rätt genom LKE. I och med införandet av Basel II-reglerna tilläts en större andel hybridinstrument i kapitalbasen.<sup>19</sup>

3. En annan orsak till en ökad användningen av företagshybrider är att ratinginstituten under 2005 genomförde en översyn som betydligt förbättrade

---

<sup>18</sup> Competition and Credit Rating Agencies, OECD 2010.

<sup>19</sup> Se avsnitt 3.4.2.

möjligheten att få equity credit för företagshybridkapital som bygger på eviga förlagslånestrukturer.<sup>20</sup>

### 3.4.3.3 Ratingskalor

Respektive ratingföretag tillämpar en skala för att visa ett företags/instruments kreditvärdighet. Ratingskalorna går från AAA eller Aaa (triple A) till D. Moodys använder ratingskalorna Aaa – C. Standard & Poors och Fitch använder ratingskalorna AAA – D. AAA/Aaa är bäst rating medan C hos Moodys och D hos Standard & Poors respektive hos Fitch motsvarar konkurs eller förväntad konkurs. BBB/Baa eller högre har betraktats som säkra för investeringar.<sup>21</sup> Aaa – Caa kategorierna hos Moody's kan kombineras med 1, 2, 3, där 1 är bästa ratingen, för att närmare precisera ratingen inom respektive ratingintervall. Standard & Poor och Fitch använder istället + eller – för att närmare precisera var i ett intervall som ratingen befinner sig.<sup>22</sup>

### 3.4.3.4 Ratingmetod<sup>23</sup>

1. Ska finansiella instrument bedömas startar man med bedömning/rating av emittenten.

2. Standard & Poor's metod för kreditvärdering av emittenten är att mäta risken för kreditförlust genom att analysera dels affärsrisk, dels finansiell risk. Med affärsrisk avses länderrisker, industririsk, konkurrensutsatthet, diversifiering, vinstnivåer, lednings- och strategifrågor. Med finansiell risk avses bokföringsprinciper, styrning, finansiell policy, kassaflöden, kapitalstruktur och likviditet. Ett exempel på analys av affärsrisker är att ta reda på avsikten med ett uppköp.

3. Analysen är alltid framåtriktad vilket innebär att man bedömer företaget/koncernen efter att ett lån tagits eller efter att ett företag köpts. Enbart sifferanalys och nyckeltalsjämförelser räcker inte som underlag för en rating utan utgör endast en del av den input som behövs. Bolagens risker och strategier fångas inte upp av nyckeltalen, inte heller ägarnas syn på eller ambition med bolaget. Företag med samma nyckeltal kan få väsentligt olika kreditvärderingar.

4. Ägandet och management är en viktig del i en ratingprocess. Att ge ett kreditbetyg betyder att man gör en bedömning av företagets/koncernens förmåga att på kort eller lång sikt klara sina betalningsförpliktelser. En

---

<sup>20</sup> Företagshybridkapital i Sverige – Möjligheten att få både skattesköld och klassning som eget kapital enligt svensk rätt, examensuppsats – institutionen för redovisning och rättsvetenskap, Handelshögskolan i Stockholm, Henrik Fritz, Patrick MacArthur 2006.

<sup>21</sup> Basel II – the revised capital accord and its effect on loan finance from a borrower's perspective, magisteruppsats i bank och kontraktsrätt, Lunds Universitet, juridiska fakulteten, Christian Hallberg 2005.

<sup>22</sup> Credit ratings in the Private Equity Industry – a study of timing effects and impact of private equity sponsor ownership on credit ratings, magisteruppsats i finansiering, Handelshögskolan i Stockholm, Björn Nilsson, augusti 2009.

<sup>23</sup> Information till Skatteverket vid besök hos Standard & Poor's juni 2010, där bl. a Börje Noring och Ulrika Seefried Tihkan från RA:s hybridgrupp deltog.

bedömning sker av ägarnas förmåga och vilja att ta ansvar för koncernens betalningsförpliktelser, även för företag längre ner i ägarkedjan. Rating inkluderar även en bedömning av vilken skatteposition företaget befinner sig i.

### 3.4.3.5 Hur bedömer ratinginstituten hybridinstrument?<sup>24</sup>

1. När ett ratinginstitut värderar ett hybridinstrument klassificerar de instrumentet och fördelar de olika beståndsdelarna mellan eget kapital och skuld. Denna fördelning görs bl.a. utifrån instrumentets egenskaper och villkor, dvs. dess ekonomiska innebörd oavsett den juridiska formen. Det spelar ingen roll hur instrumentet har klassificerats civilrättsligt, redovisningsmässigt, aktiebolagsrättsligt eller skatterättsligt. Beroende på hur stor del som bedöms som eget kapital, ger instrumentet en viss "equity credit". Ett instrument som vid ratingen bedöms till 50 % som eget kapital och till 50 % som skuld, har en equity credit på 50 %. För att göra denna fördelning av ett instrument mellan eget kapital och skuld studerar och värderar ratinginstituten instrumentets egenskaper och villkor. Instrumentet bryts ned i dess olika beståndsdelar som utvärderas och viktas mot varandra. Några av de mer väsentliga beståndsdelarna är bl.a. no maturity (ingen förfallotidpunkt), no ongoing payments (inga löpande betalningar), loss absorption (prioritet vid konkurs och likvidation).

2. Vid bedömningen av förfallotidpunkt studeras villkoren för återbetalning. Något krav på återbetalning av aktiekapitalet finns inte. Ett instrument där det inte finns någon förfallotidpunkt, dvs. det är evigt och emittenten bestämmer om och när återbetalning ska ske, alternativt ligger förfallotidpunkten mycket långt fram i tiden t.ex. 1000 år, har mycket stora likheter med aktiekapitalet. Instrument med sådana villkor klassificeras många gånger helt eller delvis som eget kapital. Låneavtal med lång löptid innehåller ofta en inlösenrätt för låntagaren. Lånet kan vara villkorat med att under de första 10 åren är räntan fast och lånet är eller är inte inlösenbart under denna tidsperiod. Därefter är det inlösenbart och som ett incitament för att detta ska ske kombineras inlösenrätten med en "step-up" klausul som innebär att räntan på lånet ökar efter de första 10 åren. Dessa villkor kan innebära att instrumentet bedöms ha stora likheter med ett låneavtal. Det förekommer även villkor som innebär att vid inlösen ska ett likvärdigt instrument emitteras, som ersätter det inlösta instrumentet, med likvärdiga villkor. Anses bytet vara ett sannolikt framtida förfarande kan detta medföra att instrumentet kan få mer karaktär av ett eget kapitalinstrument.

3. När det gäller villkoren för löpande betalningar studeras i första hand om dessa är tvingande eller ej. Villkor som innebär att det inte finns några tvingande betalningar, utan emittenten bestämmer helt över framtida betalningar, liknar ett egetkapitalinstrument. Finns det tvingande betalningar men dessa är villkorade och möjliga att skjuta upp och de inte är ackumulerande så har instrumentet fortfarande stora likheter med ett

---

<sup>24</sup> Den information som lämnas under denna rubrik är hämtad från följande källa. Företagshybridkapital i Sverige – Möjligheten att få både skattesköld och klassning som eget kapital enligt svensk rätt, examensuppsats – institutionen för redovisning och rättsvetenskap, Handelshögskolan i Stockholm, Henrik Fritz, Patrick MacArthur 2006.

egetkapitalinstrument. Är däremot de tvingande betalningarna ackumulerande så finns det större likheter med en skuld, vilket kommer att påverka bedömningen. Vissa instrument har villkor som innebär att den löpande betalningen endast kan skjutas upp eller utebli om ingen utdelning har getts inom en viss period, s.k. ”dividend pusher” klausul. Instrumentet kan också ha en klausul som innebär att en uppskjutning av den löpande betalningen på instrumentet medför att bolaget inte kan ge utdelning, s.k. ”dividend stopper”.

4. Ett instrument värderas och bedöms även utifrån vilken prioritet det har vid konkurs eller likvidation. En viktig egenskap för ett egetkapitalinstrument är att det representerar en residual rätt som bestäms av tillgångar minus skulder. Aktieägarna tillgodogörs i en konkurs först efter att alla skulder är betalda. Ett instruments egetkapitalandel bedöms starkare desto närmare en stamakties villkor vid konkurs eller likvidation som avtalet innebär. Ett instrument med mer juniora villkor (ett instrument med svagare ställning vid konkurs eller likvidation, där stamaktie normalt är mest junior) än ett annat har en större potential att betraktas som ett egetkapitalinstrument.

5. En faktor som är viktig när ett instrument ska bedömas är om det har tvingande villkor som innebär att instrumentet kommer att konverteras till aktier inom en viss tid. Ett sådant instrument har en stark egetkapitalandel i sig.

#### **3.4.3.6 Slutsatser**

1. Förändrade kapitaltäckningsregler har varit en grundorsak till utvecklingen av hybridinstrument. Kreditratingens betydelse för den finansiella marknaden har ökat kreditratingföretagens agerande och makt i Europa. Ratinginstituten har påverkat företagshybridmarknaden genom att öka möjligheterna att få långa hybridinstrument klassade som eget kapital och därmed ge företagen bättre rating och lägre upplåningskostnad. Skattepositionen inkluderas vid rating. Ett hybridinstrument som medger kostnadsavdrag (för ränta) i ena landet och samtidigt behandlas som eget kapital och medger skattefri utdelning hos mottagaren medför bättre rating av det finansiella instrumentet med lägre upplåningskostnad hos företaget som följd. Ett hybridinstrument kan alltså ge lägre total skattekostnad, lägre total upplåningskostnad och en följsamhet till kapitaltäckningsregler. Ratingföretagen är bidragande i detta avseende.

2. Ratingföretagens klassificeringskriterier för skuld respektive för eget kapital påverkar inte den redovisningsrättsliga och skatterättsliga klassificeringen av ett hybridinstrument. Däremot påverkar den skatterättsliga klassificeringen av visst instrument ratingföretagens rating av instrumentet eftersom skatteaspekten inkluderas vid rating.

## 4 Gällande svensk rätt m.m.

### 4.1 Allmänt om klassificering

1. Grundläggande för all juridisk bedömning av hybridfrågor i gränsöverskridande situationer är att veta hur klassificeringen av olika företeelser ska göras enligt svensk rätt. När den analysen är gjord kan man sedan analysera det andra landets företeelser och regler och utifrån en kunskap om dessa göra den slutliga analysen. En viktig inriktningen i denna rapport är inriktningen mot gränssnittet fordran/skuld eller kapitaltillskott/eget kapital och hur olika länder bedömer detta gränssnitt. Denna bedömning har betydelse för hur olika länder klassificerar olika instrument i detta hänseende och därmed hur avkastningen på dessa behandlas skattemässigt. Inriktningen i rapporten är även hur olika länder behandlar olika associationer, såsom transparenta respektive som egna skattesubjekt. I det följande redogörs först lite allmänt för det första gränssnittet, p. 2-12, för att sedan beröra det andra, p. 13.

2. Det finns ingen definition i skattelagstiftningen av vad som ur kapitaltillhandahållarens perspektiv är en fordran respektive ett kapitaltillskott (genom aktieteckning eller utan aktieteckning) till det bolag som mottagit kapitalet eller vad som ur kapitalmottagarens perspektiv är en skuld eller ett kapitaltillskott. Inte heller finns någon definition av vad som är ränta eller utdelning i skattelagstiftningen. I IL används begreppen fordran, skuld, aktie, andel, kapitaltillskott, ränta och utdelning som allmänna begrepp utan någon definition.

Eftersom dessa begrepp inte är definierade i skattelagstiftningen och den skattemässiga behandlingen skiljer sig åt är det således av stor betydelse var vägledning för klassificeringen i stället finns att hämta.

Här ska först betonas att någon egentlig vägledning för denna grundläggande klassificering inte kan hämtas från skattelagstiftningen som sådan. Detta utvecklas närmare i avsnitt 7.3.2.<sup>25</sup>

3. Arbetsgruppen har lagt mycket tid på att försöka utkristallisera vilka kriterier som har betydelse för denna grundläggande klassificering, framförallt klassificeringen av olika instrument som egetkapitalinstrument respektive skuldinstrument. Någon heltäckande och säker slutsats har gruppen inte kommit till. Anledningen kan vara att det inte finns några säkra svar eller att gruppen inte haft tiden för att tränga tillräckligt djupt in i ämnet.

---

<sup>25</sup> Som exempel kan redan här nämnas följande. I 48 kap. IL görs en uppdelning av de finansiella instrumenten i delägarrätter och fordringsrätter. Uppdelningen i delägarrätter och fordringsrätter har betydelse för kapitalvinst/kapitalförlustberäkningen, exempelvis vad gäller avdrag för förluster. Uppdelningen har dock ingen betydelse för den grundläggande klassificeringen av vad som å ena sidan är fordran/skuld och å andra sidan är tillskott/eget kapital respektive hur den löpande avkastningen ska behandlas. Den grundläggande klassificeringen måste göras först, innan man vet vilken skatteregel som ska tillämpas. Den omständigheten att ett konvertibelt skuldebrev anses vara en delägarrätt enligt IL påverkar t.ex. inte behandlingen av avkastningen utan den anses ändå som ränta och inte utdelning. Anledningen härtill är att det konvertibla skuldebrevet vid den grundläggande klassificeringen klassificeras som en skuld och inte som ett eget kapital.

4. Säkert är att de grundläggande begrepp som inte definieras i IL normalt måste ha den betydelsen som begreppen har i annan lagstiftning, så att t.ex. en aktie är vad som är en aktie enligt aktiebolagslagen. Men i hybridsammanhang är verkligheten så mycket mer komplicerad, bl.a. eftersom marknaden med flit använder sig av företeelser som ska klassificeras olika i olika länder. Eftersom andra länders företeelser ska bedömas så måste de kriterier som är avgörande för bedömningen av en motsvarande svensk företeelse analyseras först och sedan jämföras med de kriterier som gäller för den utländska företeelsen.

5. När en utländsk företeelse saknar särskild definition ska vid inkomstbeskattningen bestämmelsen i 2 kap. 2 § IL användas. Där står att de termer och uttryck som används i IL också omfattar motsvarande utländska företeelser om det inte anges eller framgår av sammanhanget att bara svenska företeelser avses.

Om utländska motsvarigheter inte ska omfattas av en bestämmelse i IL så markeras detta. Ett sätt att markera det är att t.ex. ange svenska aktiebolag. När det gäller beskattning av ett bidrag kan det anges att bestämmelsen avser bidrag enligt ett visst lagrum. Om det däremot sker en hänvisning till ett visst lagrum och man vill att även utländska företeelser ska omfattas används uttrycken ”av det slag som avses i” eller ”på det sätt som anges i”. Det har inte ansetts möjligt att ange hur nära den utländska företeelsen ska överensstämma med den svenska för att anses motsvara denna. Det blir beroende av vilket slags företeelse och vilken regel det är fråga om, se prop. 1999/2000:2 Del 1 s. 517 ff.

I specialmotiveringen till 2 kap. 2 § IL i prop. 1999/2000:2, del 2 s. 22 sägs följande med anledning av att Advokatsamfundet ville ha ett förtydligande om exempelvis en stiftelse eller en avyttring ska bedömas enligt svensk eller utländsk rätt.

”Vad som skall bedömas är om något enligt den utländska rätten är sådant att den aktuella företeelsen skulle kunna anses falla in under den svenska termen, såsom den används i IL. För att nämna samfundets exempel, stiftelse, så avses utländska juridiska personer som enligt det aktuella landets lagstiftning motsvarar vad som enligt svensk lagstiftning är en stiftelse. Detta oavsett hur den juridiska personen benämns i utlandet. Man måste därför se detta ur såväl svenskt som utländskt perspektiv. Remissinstanserna har naturligtvis rätt när de framhåller att detta inte är helt enkelt. Man kan ju inte kräva att det skall vara en absolut identitet utan det får i de enskilda fallen avgöras om likheterna är så stora att den utländska företeelsen kan anses motsvara den svenska termen. När det gäller t.ex. insamlingsstiftelser bör en utländsk insamlingsstiftelse kunna anses motsvara en svensk sådan även om stiftelseförordnandet inte är undertecknat av stiftarna – vilket krävs enligt 11 kap. 1 § andra stycket stiftelselagen (1994:1220) – om det inte krävs enligt utländsk rätt. Men var dessa gränser går kan inte regleras i lag utan får lösas i praxis.”

6. I olika skatterättsliga sammanhang brukar det lite översiktligt sägas att skatterättens begrepp bygger på den civilrättsliga bedömningen. Enligt arbetsgruppens bedömning är detta en förenkling. Begreppet civilrätt är för det första inte enhetligt, för det andra finns det andra rättsområden som torde kunna påverka bedömningen. I mer enkla fall, t.ex. vad är en aktie, så blir det associationsrätten i form av aktiebolagslagen som bestämmer vad som är en aktie. Men redan här blir det svårigheter när en utländsk association och en andel i denna ska bedömas och frågan om de kriterier som gäller för den utländska associationen och andelen däri i tillräcklig utsträckning stämmer



överens med vad som är ett aktiebolag och en andel däri enligt aktiebolagslagen.

7. När det gäller att ta ställning till vilka kriterier som är avgörande för en företelses klassificering gör arbetsgruppen den bedömningen att den skattemässiga klassificeringen influeras av olika rättsområden och att deras betydelse kan skilja sig beroende på frågeställning. Det är en växelverkan mellan olika juridiska och ekonomiska faktorer. Grundläggande juridik bygger bl.a. på ekonomiska faktorer, såsom vem har rätt till avkastningen, vem har rätt till ett visst kapital, etc., samtidigt som ett subjekts ekonomi påverkas av juridiska faktorer, såsom hur dessa ekonomiska rättigheter är lagreglerade.

8. *Associationsrätten* har som sagts stor betydelse. Det som utgör emitterade aktier och aktiekapital enligt aktiebolagslagen kommer knappast att ses som annat än aktier/andelar och avkastningen som utdelning. Det gäller enligt gruppens mening även för preferensaktier som (beroende på sin konstruktion) kan ha stora likheter med skuldinstrument, se vidare avsnitt 7.4.4.

9. *Obligationsrätten* har också stor betydelse. De villkor som avtalats mellan parterna avseende rätt till avkastning och rätt till återbetalning av det satsade kapitalet påverkar bedömningen om det är fråga om ett skuldinstrument eller egetkapitalinstrument respektive främmande eller eget kapital i det mottagande bolaget. Om ingen skyldighet att betala avkastning eller att återbetala beloppet föreligger så kan det ur mottagarens perspektiv inte vara fråga om en skuld, utan måste vara eget kapital. Om ingen skyldighet att återbetala beloppet föreligger (eller alternativt återbetalningstiden ligger mycket långt fram i tiden), men skyldighet att betala avkastning föreligger så blir det mer svårbedömt.

10. *Redovisningsrätten* har stor betydelse och arbetsgruppen uppfattar att redovisningen vid klassificeringen av sådana företelsor som behandlas i denna rapport i hög utsträckning grundar sig både på associationsrätten och obligationsrätten, men att den även har helt egna inslag.

En grundläggande fråga är vilken betydelse redovisningsrätten har vid den skatterättsliga klassificeringen i de fall frågan om klassificering ställs på sin spets. Att den faktiska redovisningen i praktiken har högt bevisvärde för vad avsikten med en viss rättshandling varit är klart. Den faktiska redovisningen kan ju emellertid vara fel, dels pga. att den inte speglar de faktiska förhållandena och dels för att den inte stämmer överens med vad redovisningsrätten kräver. Principerna i IL för vilken betydelse redovisningsrätten har vid bestämmande av resultatet av en näringsverksamhet är att tidpunktsfrågor, dvs. när ska en utgift dras av och en intäkt tas upp, styrs av den goda redovisningsseden om inget annat är stadgat i IL. Såvitt avser omfångsfrågor, dvs. om en utgift över huvud taget är avdragsgill eller en intäkt är skattepliktig, så bestämmer redovisningsrätten inte vid dessa överväganden, utan detta regleras helt av IL. Avgörande för om en avkastning ska klassificeras som ränta eller utdelning är beroende av hur det underliggande instrumentet klassificeras. Vid en sådan bedömning påverkar redovisningsrätten klassificeringen tillsammans med andra rättsområden. Innehållet i redovisningsrätten kan påverka bedömningen men är inte avgörande. Vad som har betydelse för klassificeringen måste bedömas i det

enskilda fallet utifrån bl.a. vilken rättslig grund för avkastningens betalande och erhållande som föreligger.

Bl.a. grundläggande förmögenhetsrättsliga kriterier såsom parternas avsikt att överföra ett kapital till mottagande företag som företagets egna kapital eller som ett lån blir avgörande. Många gånger blir det ytterst fråga om bevisning och då har redovisningen om inte avgörande, så ändå stor betydelse.<sup>26</sup>

11. Även *sakrätten och olika offentligrättsliga regleringar* kan kanske i det enskilda fallet ha viss betydelse. När osäkerheten blir så betydande som när utländska företeelser ska klassificeras så kan många olika rättsområden och deras regleringar få betydelse.

12. Någon uppställning av helt säkra och uttömmande kriterier för klassificering av olika företeelser kan inte göras, men arbetsgruppen lämnar i de mer specificerade avsnitten framöver viss grundläggande vägledning. Redan här kan dock framhållas att det främst är från obligationsrätten, dvs. vad är avtalat mellan parterna etc., och associationsrätten, vad är en aktie enligt aktiebolagslagen etc., som de grundläggande kriterierna måste hämtas.

13. Ett hybridföretag uppkommer när det ena landet betraktar företaget som skattesubjekt medan det andra landet anser företaget vara delägarbeskattat (transparent). Hybridföretagen behandlas närmare i avsnitt 6. Den svenska skatterättsliga klassificeringen av utländska företag är en tvåstegsanalys. Först görs en jämförelse med civilrätten i det andra landet för att komma fram till om företaget kan anses vara en juridisk person ur svensk synvinkel. Därefter görs en jämförelse med beskattningen i det andra landet och företaget behandlas på samma sätt skattemässigt i Sverige som i sitt hemland. Andra länder kan ha andra metoder för att foga in utländska företag i sitt skattesystem. Det kan medföra att svenska aktiebolag ses som delägarbeskattade i andra länder och svenska handelsbolag anses vara skattesubjekt.

## 4.2 Allmänt om skatteplikt och avdragsrätt

1. I detta avsnitt lämnas en kort redogörelse för gällande svensk skatterätt såvitt avser behandlingen av ränteutgifter, utdelning m.m. inom aktiebolagssektorn.

---

<sup>26</sup> Enligt gruppens bedömning påverkar redovisningen den skattemässiga klassificeringen genom att den ofta är utgångspunkten för den skattemässiga frågan och eftersom det i normalfallet är samma kriterier som ligger till grund för klassificeringen. Redovisningen är dock inte styrande för den skattemässiga klassificeringen. Vill Skatteverket frångå redovisningen måste verket emellertid vara beredda på att behöva argumentera för varför. När Skatteverket ska ta ställning till i vilken utsträckning redovisningsrätten ska påverka den skatterättsliga klassificeringen måste man utgå från vad som är god redovisningssed i det enskilda fallet även om företagets redovisning bryter mot detta. Detta måste göras för att fastställa om klassificeringen i redovisningen ska accepteras vid beskattningen. Vill Skatteverket därefter frångå redovisningen, beroende på att det är felklassificerat utifrån redovisningsrätten eller att bedömningen görs att den skatterättsliga klassificeringen ska avvika från den redovisningsrättsliga, måste man motivera och ange vilka faktorer som ska styra den skatterättsliga klassificeringen.

2. Enligt 16 kap. 1 § IL ska utgifter för att förvärva och bibehålla inkomster dras av som kostnad. Enligt samma paragraf ska ränteutgifter dras av även om de inte är sådana utgifter.

Fram till den 1 januari 2009 fanns det två begränsningar i avdragsrätten för ränta. En begränsning gäller vinstandelsränta på vinstandelsslån, se 24 kap. 5-10 §§ IL. Med vinstandelsränta, som under vissa förutsättningar inte är avdragsgill, avses enligt 24 kap. 5 § IL en ränta vars storlek är beroende av det låntagande företags utdelning eller vinst. Den andra begränsningen framgår av 9 kap. 5 § IL. Där stadgas att utgifter för förvärv av inkomster som är undantagna från beskattning i Sverige på grund av ett skatteavtal inte får dras av.

Med tillämpning första gången vid 2010 års taxering har det införts ytterligare avdragsbegränsningar. Reglerna härom finns i 24 kap. 10 a – 10 e §§ IL (SFS 2008:1343, bet. 2008/09:SkU19 och prop. 2008/09:65). Reglerna syftar till att motverka skatteupplägg som görs med hjälp av ränteavdrag på skulder till företag inom samma intressegemenskap när skulden uppkommit i samband med ett förvärv av delägarätter från ett företag inom intressegemenskapen. Reglerna innebär i huvudsak och något förenklat följande. Enligt huvudregeln i 10 b § är ränteutgifter som avser en skuld till ett företag i intressegemenskapen inte avdragsgilla om skulden avser ett förvärv av en delägar rätt från ett företag i intressegemenskapen om inte någon av två undantagsregler i 10 d § är tillämplig. Enligt den första undantagsregeln, den s.k. 10 % - regeln, medges ränteavdrag om inkomsten som motsvarar ränteutgiften beskattas med minst 10 % enligt aktuellt lands lagstiftning. Enligt den andra undantagsregeln, den s.k. ventilen, medges avdrag för ränteutgiften under alla förhållanden (oavsett hur mottagaren beskattas etc.) om såväl förvärvet som skulden är huvudsakligen affärsmässigt motiverade. Reglerna trädde i kraft den 1 januari 2009 och tillämpas på ränteutgifter som belöper sig på tiden efter den 31 december 2008.

Avdragsrätten för ränta är, med undantag från de nya reglerna i 24 kap. 10 a – 10 e §§ IL, inte beroende av om mottagaren beskattas eller när i tiden mottagaren tar upp motsvarande belopp till beskattning. Skattemässigt medges avdrag för räntan det beskattningsår som den hänför sig till enligt god redovisningssed. Räntan behöver således inte ha betalats utan avdrag medges normalt redan för upplupen ränta.

3. Ränteintäkter och annan avkastning av tillgångar beskattas i aktiebolag som vanlig inkomst av näringsverksamhet (15 kap. 1 § IL).

4. Sverige har inte några s.k. underkapitaliseringsregler eller liknande. Med sådana regler menas normalt att ränteavdrag på olika sätt begränsas/omklassificeras om det bolag som betalar räntan har ett eget kapital som i relation till lånat kapital är lågt (bolaget sägs då vara underkapitaliserat).

5. Den s.k. korrigeringsregeln i 14 kap. 19-20 §§ IL har inte ansetts kunna tillämpas för att begränsa avdragsrätten för en marknadsmässig ränta eller att omklassificera lån till något annat.

6. Lämnad utdelning är inte avdragsgill eftersom det inte är en utgift för att förvärva och bibehålla inkomster. Utdelning på näringsbetingade andelar är skattefri (24 kap. 12-22 §§ IL).

7. Kapitalvinster är generellt skattepliktiga (15 kap. 1 § IL) och kapitalförluster avdragsgilla (16 kap. 1 § IL). Undantag härifrån finns i reglerna i 25 a kap. IL om skattefrihet och avdragsförbud på näringsbetingade andelar och vissa andra tillgångar.

### **4.3 Lagstiftning som medför att ett annat lands bedömning eller beskattning påverkar den svenska beskattningen**

1. Arbetsgruppen har försökt identifiera sådana inkomstskatteregler som på något sätt innebär att den svenska beskattningen påverkas av hur bedömningen eller beskattningen sker i ett annat land. Syftet är att se om det finns svenska skatteregler som är länkade till andra länders regler. Här bortses från bevisfrågor etc. Nedan redovisas exempel på sådana regler.

a/ CFC-reglerna i 39 a kap. IL, vars tillämpning förutsätter att det andra landet beskattar det utländska företagens inkomster lågt. En jämförelse görs mellan den faktiska beskattningen i det andra landet enligt det landets regler och en fiktiv beskattning enligt svenska regler. Den låga beskattningen i det andra landet behöver inte bara bero på låg skattesats. Olika skatteregler och olika klassificering av inkomster kan bidra till skillnaderna.

b/ Avdragsbegränsningsreglerna i 24 kap. 10 a – 10 e §§ IL förutsätter också att inkomsten (ränteintäkten) beskattas lågt i det andra landet. Den låga beskattningen i det andra landet kan exempelvis bero på låg skattesats, olika skatteregler eller att betalningen klassificeras som skattefri utdelning.

c/ 20 a kap. IL om beskattningsinträde när utländsk verksamhet kommer in i den svenska beskattningssfären. Uttagsbeskattning i andra landet gör att anskaffningsvärdet på tillgångarna höjs i Sverige.

d/ Begränsat skattskyldiga fysiska personer har rätt att göra avdrag för ränteutgifter även om de inte är utgifter för att förvärva och bibehålla inkomster. Avdrag medges dock inte för ränteutgifter som kunnat dras av i hemlandet (42 kap. 1 § IL).

e/ Definitionen av en i utlandet delägarbeskattad juridisk person i 5 kap. 2 a § utgår ifrån beskattningen i det andra landet. Delägarbeskattning i det andra landet medför delägarbeskattning i Sverige

f/ Definitionen av utländskt bolag i 2 kap. 5 a § första stycket IL förutsätter att bolaget är skattesubjekt i sitt hemland och att beskattningen är likartad med den som gäller för svenska aktiebolag.

g/ Underskott i en i utlandet delägarbeskattad juridisk person får inte dras av om den utländska juridiska personen hör hemma i en stat som omfattas av CFC-lagstiftningen (14 kap. 11 § IL). Regeln syftar till att förhindra att underskott i delägarbeskattade företag hemmahörande i skatteparadis kvittas mot övriga inkomster.

### **4.4 Andra landets bedömning – vilken betydelse har den om specifik lagstiftning saknas**

1. I föregående avsnitt redogjordes för sådan inkomstskattelagstiftning som på något sätt innebär att den svenska beskattningen påverkas av hur

bedömningen eller beskattningen görs i ett annat land. Frågan är då i vilken utsträckning det andra landets bedömning/beskattning påverkar den svenska bedömningen/beskattningen när ingen lagstiftning om detta finns.

2. Det är klart att i de speciella fall som här behandlas, där parterna med flit konstruerar avtalen så att de ska behandlas olika i respektive land blir det en viktig omständighet vid bedömningen hur och framförallt varför det andra landet gör en viss bedömning. I ett gränsland kan en bedömning/beskattning i annat land ge besked om en transaktions verkliga innebörd etc. Men om man bortser från frågor i detta gränsland så måste utgångspunkten vara att bedömningen görs enligt svensk rätt. En företeelse kan ju användas mellan en part i Sverige och andra parter från olika länder. Att bedömningen i Sverige skulle påverkas av den bedömning som görs i ett annat land, så att företeelsen behandlades annorlunda i Sverige beroende på vilket land avtalsparten kommer ifrån måste vara uteslutet. Med bortseende från bevisfrågor, vad som kan anses vara den verkliga innebörden och i avsaknad av särskilda regler som säger annorlunda måste således bedömningen i Sverige göras oberoende av bedömningen i det andra landet. Det är ju även detta som kan utnyttjas i hybridsammanhang.

3. Med bortseende från bevisfrågor och liknande, som redovisats ovan, blir bedömningen i några fall följande.

a/ Om ett företag har en utgift och betalning sker till annat land så spelar det ingen roll om beskattning sker i det andra landet. Detta oavsett varför beskattning inte sker, t.ex. på grund av att just den inkomsten inte beskattas eller att klassificeringen är en annan än i Sverige. Enda undantaget som gruppen kommer på är ränteavdragsbegränsningsreglerna.

b/ Att beskattningen i Sverige påverkas av om avdrag medges i det andra landet finns, vad gruppen kommer på, inget exempel på. Om t.ex. avkastning på s.k. PESC-instrument enligt Luxemburgs rätt är avdragsgill kan avkastningen ändå om förutsättningar härför föreligger anses vara en skattefri utdelning i Sverige.

c/ Att avdrag för en utgift även medges i ett annat land påverkar, vad gruppen kan identifiera, normalt inte avdragsrätten i Sverige (jfr. t.ex. avdrag för värdeminskning i ett land pga. äganderätten och i ett annat land pga. annat synsätt, antingen på äganderättens placering eller av annan orsak.). Ett undantag är emellertid bestämmelsen i 42 kap. 1 § IL som förhindrar att begränsat skattskyldiga fysiska personer får dubbelt avdrag för ränteutgifter.

d/ Att en intäkt inte beskattas i ett annat land kan göra att CFC-reglerna blir tillämpliga. Något annat exempel på beskattning i Sverige på grund av hur beskattningen sker i annat land kommer gruppen inte på.

4. Slutsatserna i denna del är att det fordras lagstöd för att låta det andra landets bedömning påverka den svenska bedömningen. Här bortses som sagt ifrån bevisfrågor och oklarheter kring vad den verkliga innebörden etc. är.

5. Här bortses även från om berörda faktorer kan påverka tillämpningen av skatteflyktslagen. Mer om skatteflyktslagen och ”den verkliga innebörden” under nästa avsnitt.

## 4.5 ”Den verkliga innebörden” och skatteflyktslagen

1. I avsnitt 4.1 - 4.4 har vi lämnat redogörelser för lagstiftning m.m. som bedömts ha speciellt intresse i hybridsammanhang. Under arbetets gång och fördjupning har vi på ett ganska sent stadium kommit att fundera över och analysera i vilken utsträckning önskad skatteplanering med hybridinslag skulle kunna motverkas genom en bedömning av den verkliga innebörden av de företeelser som används respektive användning av skatteflyktslagen.

2. Sådana bedömningar måste göras utifrån förutsättningarna i varje enskilt fall och det går inte att generellt uttala sig om vilka möjligheter som finns att motverka önskad skatteplanering med dessa verktyg.

3. Rent allmänt kan sägas att vid t.ex. en analys av hur en kapitaltillförsel till ett bolag ska klassificeras, som lån/skuld eller som tillskott/eget kapital, är det fråga om att identifiera de avtalsvillkor m.m. som föreligger i det konkreta fallet. De fakta som då identifieras utgör grund för klassificeringen. Då är det fråga om att identifiera den verkliga innebörden av den företeelse som ska bedömas. Om avtalet t.ex. rubriceras som lån eller tillskott är naturligtvis inte avgörande utan det är de fakta som föreligger som är avgörande. Det är de rättsfakta<sup>27</sup> som föreligger som ska identifieras och som ska ligga till grund för klassificeringen. I klassificeringsfrågan måste som sagts tidigare vägledning hämtas från olika rättsområden, såsom obligationsrätten, associationsrätten, redovisningsrätten, skatterätten, etc. Om en bedömning av den verkliga innebörden kan avvika från den bedömning som den skattskyldige gör beror på förutsättningarna i det enskilda fallet och i hög utsträckning på hur atypiska villkoren är. Vid företeelser som bygger på i Sverige kända och typiska villkor som leder fram till en viss klassificering och där det andra landets klassificering ändock blir en annan än den svenska är det ingen framkomlig väg att angripa upplägget med en analys av den verkliga innebörden. I dessa fall uppkommer arbitragemöjligheten ju enbart p.g.a. de olika bedömningarna som görs i respektive land. Men ju mer atypiska, ovanliga, etc. avtalsvillkoren m.m. är ju större skäl finns det att analysera om den verkliga innebörden är en annan än den av den skattskyldige uppgivna.

---

<sup>27</sup> Ett rättsfaktum är inom juridiken ett faktum som har en rättslig betydelse, till exempel att två parter har tecknat ett avtal, avtalets olika villkor, etc. Rättsreglerna är knutna till vissa händelser eller fakta som förutsättningar. Det innebär att rättsregeln börjar verka först i och med sådana händelser eller fakta. Den grundläggande klassificeringen av olika företeelser som vi behandlar mycket i denna rapport är bl.a. om det bolag som erhållit ett kapital erhållit det som sitt egna ägda kapital eller som lån. Rättsfakta för att avgöra denna klassificering är då bl.a. om det föreligger en skyldighet att återbetala kapitalbeloppet. Om de fakta som föreligger leder fram till att en skuld anses föreligga är även det ett rättsfaktum och rättsföljden blir i sådant fall, om ett antal ytterligare rättsfakta föreligger och det finns rättsregler om detta, att avdrag för en utgift för att få disponera detta kapital medges vid inkomsttaxeringen. För att utröna den verkliga innebörden är det hela tiden ett växelspel mellan de fakta som föreligger och vilken betydelse de får för att en viss rättsföljd ska inträda. Många fakta har ingen betydelse för rättsföljden och är då inga rättsfakta. Vid analysen måste man således hela tiden jämföra fakta med de rättsregler som finns. Detta är i hybridsammanhang många gånger en ytterst komplicerad process.

4. Huruvida det i ett enskilt fall går att komma åt skattearbitraget med skatteflyktslagen är svårt att ha en generell uppfattning om. Gruppen bedömer att det rent allmänt finns anledning att mer noggrant analysera om skatteflyktslagen kan användas för att åtgärda fall med internationellt skattearbitrage. Någon mer generell vägledning kan gruppen dock på detta stadium inte ge.

## **4.6 Hybridsituationer och klassificeringskonflikter i skatteavtal**

### **4.6.1 Inledning**

1. Det huvudsakliga syftet med skatteavtal är att förhindra internationell dubbelbeskattning. Ett ytterligare syfte med skatteavtal är att förhindra skatteflykt och skatteundandragande (punkt 7 i kommentaren till artikel 1 i OECD:s modellavtal).

2. I detta avsnitt tar gruppen upp hur skatteavtalen används för att lösa vissa situationer där dubbelbeskattning och ickebeskattning uppkommer på grund av att olika länder har olika sätt att beskatta och klassificera inkomster och företeelser. Avsnittet är disponerat på följande sätt.

För att kunna tillämpa ett skatteavtal är det nödvändigt att avgöra vilken stat som är källstat och vilken som är hemviststat. Detta görs med hjälp av hemvistartikeln (artikel 4) och den är av central betydelse för all skatteavtallstillämpning. För att ge en viss förståelse för hemvistartikeln inleds avsnittet med en kort genomgång av den (avsnitt 4.6.2). Därefter följer hur ord och begrepp definieras i skatteavtal (avsnitt 4.6.3) samt de särskilda definitionerna av utdelning och ränta (avsnitt 4.6.4 och 4.6.5). OECD:s partnershiprapport (avsnitt 4.6.6) var ett viktigt steg för att lösa vissa hybridsituationer och OECD har därefter arbetat vidare med modellavtalet och dess kommentarer för att lösa olika typer av klassificeringskonflikter. Hur dubbelbeskattning och icke-beskattning kan undvikas med hjälp av modellavtalet i hybridsituationer och andra klassificeringskonflikter behandlas i avsnitt 4.6.7. Vissa stater försöker få med särskilda bestämmelser i skatteavtal för att åtgärda hybridsituationer (avsnitt 4.6.8). I avsnitt 4.6.9 görs en sammanfattning av hur hybridsituationer kan lösas med hjälp av modellavtalet samt vad som inte kan lösas den vägen utan kräver särskilda bestämmelser. De hybridsituationer gruppen tittar på i uppdraget tillhör i de flesta fall den sistnämnda kategorin.

3. När skatteavtal ska tillämpas används följande metodik. Först börjar man i intern rätt (IL m.m.) och ser om vi kan beskatta en inkomst i Sverige. Därefter går man till skatteavtalet och kontrollerar om det förhindrar oss från att beskatta inkomsten. Skatteavtalen innehåller olika inkomstartiklar. Inkomstartikeln i ett avtal är inte bindande för vilket inkomstslag vi använder i intern rätt för att beskatta en inkomst. Inkomstslaget i intern rätt är inte bindande för vilken artikel i skatteavtalet som är tillämplig. Exempelvis är artikel 6 (inkomst av fastighet) tillämplig även på näringsfastigheter och inte artikel 7 (inkomst av rörelse). Skatteavtalen tillämpas således utifrån sin egen ordalydelse.

4. Hänvisningar som här görs till OECD:s modellavtal gäller avtalet med kommentarer från juli 2010. Det är OECD:s uppfattning att ändringar i kommentarerna till modellavtalets artiklar ska användas för att tolka även tidigare ingångna skatteavtal. Ändringar i kommentarerna är bara ett förtydligande av vad som gällt redan tidigare (punkt 35 i inledningen). Om däremot modellavtalets artiklar (inklusive kommentarer) har ändrats kan dessa inte användas för att tolka skatteavtalsartiklar som ingåtts tidigare och som i sak avviker från modellavtalet.

#### 4.6.2 Hemvistartikelns betydelse

1. Den metodik som används i skatteavtal för att undvika dubbelbeskattning är att peka ut en hemviststat (som normalt har obegränsad beskattningsrätt) och en källstat (som normalt bara har rätt att beskatta inkomster med anknytning dit). I normalfallet är det hemviststaten som ska undanröja dubbelbeskattning.

2. Hemvistartikeln (artikel 4) är av central betydelse i skatteavtalen eftersom där anges hur man kommer fram till vilken stat som är hemviststat. Av artikel 4 punkt 1 framgår att med uttrycket ”person med hemvist i en avtalsslutande stat” avses en person som är obegränsat skattskyldig där. Även bolag är en person. Om personen är obegränsat skattskyldig i båda staterna och därför har dubbelt hemvist måste en av staterna utpekas som hemviststat för tillämpning av skatteavtalet. Hur man löser dubbelt hemvist för bolag framgår av artikel 4 punkt 3.

3. För bolag uppkommer dubbelt hemvist därför att den ena staten anser bolaget obegränsat skattskyldigt där på grund av registrering och den andra staten anser samma bolag obegränsat skattskyldigt där därför att bolagets verkliga ledning finns där. Modellavtalet löser denna konflikt genom att peka ut den stat där den verkliga ledningen finns som hemviststat.

Sverige tillämpar inte verklig ledning som kriterium för obegränsad skattskyldighet utan går på registreringen (6 kap. 3 § IL). Ett utländskt företag med verklig ledning i Sverige är bara skattskyldigt här om det har fast driftställe i Sverige (6 kap. 11 § IL, här bortses från inkomst från fastighet och vissa andra inkomster).

4. Sverige använder vanligtvis avräkningsmetoden för att undanröja dubbelbeskattning. Många andra länder har exemptmetoden (undantagandemetoden) som huvudmetod. Den innebär att om ett utländskt företag har fast driftställe i Sverige, har Sverige rätt att beskatta inkomsten hänförlig till det fasta driftstället och det andra landet beskattar inte inkomsten. Om länderna använder olika metoder för att undanröja dubbelbeskattning kan det leda till att vissa inkomster blir obeskattade.

5. Följande exempel kan illustrera.

Inkomst av rörelse beskattas endast i den stat där företaget har hemvist men om verksamhet bedrivs i den andra staten från fast driftställe får inkomsten hänförlig dit beskattas där (artikel 7). Företaget A är registrerat i land X. Land X tillämpar verklig ledningsbegreppet och anser att företaget A:s verkliga ledning finns i Sverige. A bedriver ingen verksamhet i land X och land X kan



därför inte beskatta A:s inkomst. Företaget A är inte ett svenskt bolag och kan bara beskattas om det har fast driftställe i Sverige. Trots att den verkliga ledningen finns i Sverige kan det inträffa att det inte finns ett fast driftställe här eller att bara viss del av verksamheten bedrivs från det fasta driftstället. Stora delar av verksamheten kanske bedrivs i land Y som inte beskattar inkomsten. Hela eller delar av inkomsten kan därför bli obeskattad.

6. Det är bara obegränsat skattskyldiga personer som kan vara en ”person med hemvist” enligt artikel 4. Skattemässigt transparenta handelsbolag är därför inte en person med hemvist eftersom de inte är skattskyldiga.

### 4.6.3 Definitioner i skatteavtal

1. Vissa ord och begrepp definieras i skatteavtalen. Artikel 3 innehåller allmänna definitioner, exempelvis av begreppen person och bolag. I artikel 10 finns en definition av uttrycket ”utdelning” som enbart gäller för den artikeln. På motsvarande sätt finns en definition av uttrycket ”ränta” i artikel 11 som bara gäller för den artikeln. Ord och uttryck som inte definieras i skatteavtalet har den betydelse det har i skattelagstiftningen i den stat som tillämpar avtalet om inte annat framgår av sammanhanget (artikel 3 punkt 2). Skattelagstiftningen har företräde framför annan lagstiftning.

2. Ord och uttryck som inte är definierade i skatteavtalet tolkas således av respektive avtalsslutande stat utifrån intern rätt. Eftersom intern rätt kan se olika ut kan de båda staterna hamna i olika artiklar eller i olika punkter i en artikel vilket kan leda till dubbelbeskattning eller till ickebeskattning. Dessa problem som uppkommer på grund av olika klassificering kallas av OECD för ”conflicts of qualification”.

3. Följande exempel kan illustrera.

Avyttring av handelsbolagsandelar ses i Sverige som en avyttring av själva andelarna och inte av inkråmet i handelsbolaget. Sådan avyttring beskattas endast i hemviststaten (artikel 13 punkt 5). I andra länder ses avyttring av andelar i transparenta företag som en avyttring av företagets tillgångar (inkråmet). Sådan avyttring får beskattas i den stat där företaget har fast driftställe (artikel 13 punkt 2). Företaget A är bildat i land X. A säljer sin andel i svenskt HB som bedriver sin verksamhet i Sverige. Sverige anser att endast land X kan beskatta avyttringen eftersom land X är hemviststat för A. Land X ser avyttringen som en försäljning av tillgångarna i det fasta driftstället i Sverige vilket får beskattas i Sverige. Land X använder exempletmetoden och anser därför att enbart Sverige har beskattningsrätten. Avyttringen blir därför obeskattad.

Om man vänder på exemplet så att ett svenskt AB säljer andelar i ett utländskt handelsbolag med verksamhet i land X blir det en dubbelbeskattning. Sverige anser att det enbart är Sverige som har beskattningsrätten eftersom vi är hemviststat. Land X anser att land X har rätt att beskatta inkomsten eftersom det är fråga om avyttring av tillgångarna i det fasta driftstället där.

4. Hur modellavtalet löser ”conflicts of qualification” för att undanröja dubbelbeskattning och förhindra ickebeskattning behandlas i avsnitt 4.6.7.3 och 4.6.7.4 nedan.

#### 4.6.4 Definitionen av utdelning

1. Definitionen av utdelning finns i artikel 10 punkt 3. Den lyder i översättning:

Med uttrycket ”utdelning” förstås i denna artikel inkomst av aktier, andelsbevis eller andra liknande bevis med rätt till andel i vinst, gruvaktier, stiftarandelar eller andra rättigheter, som inte är fordringar, med rätt till andel i vinst, samt inkomst av andra andelar i bolag, som enligt lagstiftningen i den stat där det utdelande bolaget har hemvist vid beskattningen behandlas på samma sätt som inkomst av aktier.

2. I kommentaren till artikel 10 står bl.a. följande:

1. By “dividends” is generally meant the distribution of profits to the shareholders by companies limited by shares, limited partnerships with share capital, limited liability companies or other joint stock companies. Under the laws of the OECD member countries, such joint stock companies are legal entities with a separate juridical personality distinct from all their shareholders. On this point, they differ from partnerships insofar as the latter do not have juridical personality in most countries.

23. In view of the great differences between the laws of OECD member countries, it is impossible to define “dividends” fully and exhaustively. ...

25. Article 10 deals not only with dividends as such but also with interest on loans insofar as the lender effectively shares the risks run by the company, i.e. when repayment depends largely on the success or otherwise of the enterprise’s business. Articles 10 and 11 do not therefore prevent the treatment of this type of interest as dividends under the national rules on thin capitalisation applied in the borrower’s country. The question whether the contributor of the loan shares the risks run by the enterprise must be determined in each individual case in the light of all the circumstances, as for example the following:

- the loan very heavily outweighs any other contribution to the enterprise’s capital (or was taken out to replace a substantial proportion of capital which has been lost) and is substantially unmatched by redeemable assets;
- the creditor will share in any profits of the company;
- repayment of the loan is subordinated to claims of other creditors or to the payment of dividends;
- the level or payment of interest would depend on the profits of the company;
- the loan contract contains no fixed provisions for repayment by a definite date.

3. Tanken är att definitionen av utdelning ska vara så uttömmande som möjligt. Punkt 25 visar dock att en omklassificering av ränta till utdelning är möjlig bl.a. pga. underkapitaliseringsregler i intern lagstiftning. Se även nästa avsnitt där det framgår att omklassificering kan ske. I praktiken är det givetvis svårt att dra en skarp gräns för när långgivaren delar risken i företaget så att avkastningen kommer att omfattas av artikel 10.

#### 4.6.5 Definitionen av ränta

1. Definitionen av ränta finns i artikel 11 punkt 3. Den lyder i översättning:

Med uttrycket ”ränta” förstås i denna artikel inkomst av varje slags fordran, antingen den säkerställts genom inteckning i fast egendom eller inte och antingen den medför rätt till andel i gäldenärens vinst eller inte. Uttrycket

åsyftar särskilt inkomst av värdepapper som utfärdats av staten och inkomst av obligationer eller debentures, däri inbegripna agiobelopp och vinster som hänför sig till sådana värdepapper, obligationer eller debentures. Straffavgift på grund av sen betalning anses inte som ränta vid tillämpningen av denna artikel.

2. I kommentaren till artikel 11 står följande som visar att en omklassificering är möjlig beroende på intern lagstiftning:

18. ... On the other hand, debt-claims, and bonds and debentures in particular, which carry a right to participate in the debtor's profits are nonetheless regarded as loans if the contract by its general character clearly evidences a loan at interest.

19. Interest on participating bonds should not normally be considered as a dividend, and neither should interest on convertible bonds until such time as the bonds are actually converted into shares. However, the interest on such bonds should be considered as a dividend if the loan effectively shares the risks run by the debtor company (see inter alia paragraph 25 of the Commentary on Article 10). In situations of presumed thin capitalisation, it is sometimes difficult to distinguish between dividends and interest and in order to avoid any possibility of overlap between the categories of income dealt with in Article 10 and Article 11 respectively, it should be noted that the term "interest" as used in Article 11 does not include items of income which are dealt with under Article 10.

21.1 The definition of interest in the first sentence of paragraph 3 does not normally apply to payments made under certain kinds of nontraditional financial instruments where there is no underlying debt (for example, interest rate swaps). However, the definition will apply to the extent that a loan is considered to exist under a "substance over form" rule, an "abuse of rights" principle, or any similar doctrine.

3. Tanken är att definitionen av ränta ska vara så uttömmande som möjligt. Punkt 19 visar dock, som redan omtalats i avsnittet ovan, att en omklassificering av ränta till utdelning är möjlig bl.a. pga. underkapitaliseringsregler i intern lagstiftning. I praktiken är det, som sagts, givetvis svårt att dra en skarp gräns för när långivaren delar risken i företaget.

4. Av punkt 19 framgår också att uttrycket ränta inte omfattar en inkomst som behandlas i artikel 10 om utdelning. En kategorisering av en inkomst som utdelning enligt artikel 10 har företräde framför en kategorisering enligt artikel 11.

#### **4.6.6 OECD:s partnership-rapport**

1. 1999 kom OECD:s partnership-rapport.<sup>28</sup> Syftet med rapporten var att "foga in" partnershipen i modellavtalet och därigenom eliminera den risk för dubbelbeskattning respektive ickebeskattning som kan uppkomma därför att två avtalsslutande stater behandlar ett partnership olika. Det ena landet kanske behandlar partnershipet som skattesubjekt medan det andra landet ser partnershipet som skattemässigt transparent.

---

<sup>28</sup> The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships

2. Rapporten har i valda delar arbetats in i kommentaren till modellavtalet. Punkt 2-6.7 i kommentaren till artikel 1 handlar om hur modellavtalet ska tillämpas på partnership. I korthet är OECD:s syn följande. Respektive stats syn på partnershipet som transparent eller skattesubjekt ska respekteras. I de fall partnershipet är transparent ska man se igenom partnershipet och tillämpa skatteavtalet på delägarna. Delägarna får på så sätt rätt till skatteavtalets förmåner avseende partnershipets inkomst.

3. Hur dubbelbeskattning ska undanröjas på grund av olika klassificering av partnershipet tas upp i avsnitt 4.6.7.3 och 4.6.7.4 nedan.

4. Sverige följer dock inte OECD:s synsätt när det gäller handelsbolag och skatteavtal. Vi anser att handelsbolag måste omnämnas i artikel 4 (hemvistartikeln) i skatteavtalen för att handelsbolaget eller dess inkomster ska omfattas av avtalet. Om handelsbolag inte omnämns blir det avtalslöst förhållande. Se Skatteverkets ställningstagande Delägarbeskattade juridiska personers hemvist enligt skatteavtal, 2005-04-05, dnr 130 133798-05/111.

## **4.6.7 Hur undviks dubbelbeskattning och icke-beskattning vid klassificeringskonflikter?**

### **4.6.7.1 Allmänt om undanröjande av dubbelbeskattning**

1. Metodartikeln för att undanröja dubbelbeskattning finns i artikel 23 A och 23 B i OECD:s modellavtal. Artikel 23 A innehåller exemptmetoden (undantagande) och 23 B creditmetoden (avräkning). I normalfallet är det alltid hemviststaten som ska undanröja dubbelbeskattning. De flesta fall av dubbelbeskattning löses utan problem men i vissa situationer kan det uppkomma svårigheter att lösa dubbelbeskattningsfrågan. Ibland kan tillämpningen av metodartikeln dessutom leda till ickebeskattning. Vissa fall av dubbelbeskattning eller ickebeskattning uppkommer därför att två stater klassificerar inkomster eller företeelser på olika sätt och därför tillämpar skatteavtalet olika. Det här omfattar både partnership-problemet och andra klassificeringskonflikter. OECD kallar detta ”Conflicts of qualification” och det behandlas i punkt 32.1-32.7 i kommentaren till artikel 23 A och 23 B.

2. Nedan anges fem olika situationer med beskrivning hur metodartikeln ska tillämpas. De två första avser situationer där dubbelbeskattning uppkommer och de tre sista avser situationer som kan leda till icke-beskattning.

### **4.6.7.2 Dubbelbeskattning – oenighet om förutsättningarna**

Dubbelbeskattning kan uppkomma därför att de båda staterna t.ex. är oeniga om vissa förutsättningar är uppfyllda. Källstaten kanske anser att bolag X har ett fast driftställe där och beskattar en inkomst. Hemviststaten anser att bolag X inte har ett fast driftställe i källstaten. Hemviststaten anser då att källstaten beskattat inkomsten i strid med avtalet och undanröjer inte dubbelbeskattningen. Sådana frågor måste lösas genom förhandling mellan de båda staternas behöriga myndigheter. Se punkt 32.5 i kommentaren till artikel 23 A och 23 B. Dessa fall avser normalt inte hybrider.

#### 4.6.7.3 Dubbelbeskattning – olikheter i intern rätt

1. Dubbelbeskattning kan också uppkomma därför att de båda staterna hamnar i olika inkomstartiklar eller olika punkter i en inkomstartikel därför att man klassificerar en inkomst eller företeelse på olika sätt beroende på olikheter i respektive stats interna rätt. Båda stater anser sig ha rätt att beskatta inkomsten men ur hemviststatens synvinkel tillämpar källstaten skatteavtalet ”felaktigt”. Detta är ett exempel på ”conflicts of qualification” som även innefattar hybrider. Enligt OECD är hemviststaten skyldig att undanröja dubbelbeskattningen. Det kan ske genom avräkning eller genom att undanta inkomsten från beskattning (exempt). När hemviststaten tillämpar metodartikeln ska källstaten anses ha beskattat inkomsten i enlighet med skatteavtalet. Situationen behandlas i punkt 32.1-32.5 i kommentaren till artikel 23 A och 23 B.

2. Exempel 1 illustrerar denna situation.

##### Exempel 1

Avyttring av handelsbolagsandelar ses i Sverige som en avyttring av själva andelarna och inte av inkråmet i handelsbolaget. Sådan avyttring beskattas endast i hemviststaten (artikel 13 punkt 5). I andra länder kan avyttring av andelar i transparenta företag ses som en avyttring av företagets tillgångar (inkråmet). Sådan avyttring får beskattas i den stat där företaget har fast driftställe (artikel 13 punkt 2). Svenskt AB säljer andelar i ett utländskt handelsbolag med verksamhet i land X. Sverige anser att det enbart är Sverige som har beskattningsrätten eftersom Sverige är hemviststat. Land X anser att land X har rätt att beskatta inkomsten eftersom det är fråga om avyttring av tillgångarna i det fasta driftstället där. Enligt OECD:s synsätt kan Sverige inte säga att land X beskattat inkomsten i strid med avtalet utan ska acceptera land X bedömning. Sverige har därför en skyldighet att undanröja dubbelbeskattningen.

#### 4.6.7.4 Ickebeskattning – olikheter i intern rätt

1. Skillnader i klassificering som beror på olika intern rätt kan också åstadkomma en ickebeskattning. Källstaten kan, på grund av sin interna rätt, anse sig förhindrad av skatteavtalet att beskatta en inkomst. Hemviststaten som, på grund av sin interna rätt, tillämpar skatteavtalet på ett annat sätt anser sig också förhindrad att beskatta inkomsten (använder exemptmetoden). Detta är också ett exempel på ”conflicts of qualification” som även innefattar hybrider. Enligt OECD är hemviststaten inte skyldig att undanta inkomsten från beskattning i ett sådant fall. När hemviststaten tillämpar artikel 23 A punkt 1 ska den inte anse att källstaten har rätt att beskatta inkomsten. Situationen behandlas i punkt 32.6-32.7 i kommentaren till artikel 23 A och 23 B.

2. Det kan illustreras med att vända på föregående exempel.

##### Exempel 2

Företaget A är bildat i land X. A säljer sin andel i svenskt HB som bedriver sin verksamhet i Sverige. Sverige anser att endast land X kan beskatta avyttringen

eftersom land X är hemviststat för A. Land X ser avyttringen som en försäljning av tillgångarna i det fasta driftstället i Sverige vilket får beskattas i Sverige. Land X använder exemptmetoden och anser därför att enbart Sverige har beskattningsrätten. Avyttringen blir därför obeskattad. I ett sådant här fall anser OECD att land X ska acceptera Sveriges synsätt och tillämpa skatteavtalet som om Sverige inte har rätt att beskatta inkomsten. Eftersom Sverige inte ska anses ha rätt att beskatta inkomsten har land X ingen skyldighet att undanta inkomsten från beskattning. Olika klassificering ska således inte leda till ickebeskattning utan problemet ska lösas genom en tolkning av exemptbestämmelsen i modellavtalet.

3. I praktiken är det mycket svårt att avgöra varför det andra landet inte beskattar en inkomst. Det kan bero på interna skatteregler, tolkningen av skatteavtalet eller bristande kontroll. Det kan krävas handräckning för att få tillgång till informationen.

#### **4.6.7.5 Ickebeskattning – skatteregel saknas**

1. I vissa fall måste hemviststaten undanta en inkomst från beskattning trots att inkomsten inte beskattas i källstaten. Dessa fall leder till att inkomsten inte blir beskattad. Denna situation uppkommer när källstaten har beskattningsrätten enligt skatteavtalet men enligt intern rätt inte kan beskatta inkomsten. Hemviststaten tillämpar exempt enligt metodartikeln och är skyldig att undanta inkomsten från beskattning (se punkt 34, 34.1 och 56.2 i kommentaren till artikel 23 A). Skattefriheten uppkommer inte på grund av olika klassificering utan hemviststaten har ”med vett och vilja” förhandlat bort beskattningsrätten trots att det andra landet inte beskattar inkomsten. Exempel 3 illustrerar denna situation.

2. Exempel 3

Försäljning av andelar i bolag vars värde till mer än 50 % består av fast egendom i den ena staten får beskattas i det landet (artikel 13 punkt 4 i modellavtalet). Företag A i land X äger aktier i ett svenskt fastighetsbolag. A säljer dessa andelar och skatteavtalet säger att Sverige får beskatta inkomsten. Sverige kan emellertid inte beskatta försäljningen eftersom vi inte har någon skatteregel för det. Land X tillämpar exemptmetoden och kan inte beskatta aktieförsäljningen. I det här fallet blir inkomsten obeskattad. Skattefriheten beror inte på olika klassificering.

3. Man kan lösa denna typ av ickebeskattning med s.k. subject to tax-regler som återför beskattningsrätten till hemviststaten när källstaten inte kan utnyttja sin beskattningsrätt. Subject to tax-regler är inte så vanliga i de svenska skatteavtalen men finns exempelvis i det nordiska avtalet.

#### **4.6.7.6 Ickebeskattning – oenighet om förutsättningarna**

Slutligen finns en situation av ickebeskattning som OECD har försökt lösa med hjälp av modellavtalet. Den inträffar när de båda staterna gör olika bedömningar av om samtliga förutsättningar är uppfyllda för att tillämpa en viss bestämmelse i avtalet eller gör olika bedömningar av hur en viss bestämmelse ska tolkas. Det är således inte olikheter i intern rätt som leder till detta. Dessa fall torde normalt inte avse hybrider. OECD har försökt motverka detta genom att införa punkt 4 i artikel 23 A. Hemviststaten är inte skyldig att

undanta inkomsten från beskattning när det görs olika bedömningar av detta slag (se punkt 56.1-56.3 i kommentaren till artikel 23 A). Detta kräver dock att staterna inför en bestämmelse motsvarande artikel 23 A punkt 4 i sina skatteavtal.

#### **4.6.8 Exempel på hybridåtgärder i skatteavtal**

1. För de stater som försöker motverka hybridsituationer genom bestämmelser i intern rätt är det viktigt att skatteavtalen inte motverkar detta. I de fall som inte löses med hjälp av modellavtalet kan det krävas särskilda bestämmelser. Här ges några exempel på sådana bestämmelser.

2. Tyskland har förbehållit sig rätten att ta ut källskatt enligt intern lagstiftning på inkomst som bolagsman i tyst bolag uppbär, på inkomst av vinstandelslån och på inkomst av obligationer där avkastningen utgår i förhållande till vinsten om avdrag medges för betalningarna. Se artikel 10 punkt 4 och 5 i skatteavtalet mellan Sverige och Tyskland. Denna bestämmelse riktar sig inte enbart mot hybrider men minskar fördelarna med ett hybridarrangemang.

3. Tyskland brukar numera normalt inte ge skattefrihet för utdelning om avdrag medges för det utdelande bolaget. Se artikel 23 punkt 1 a) i skatteavtalet mellan Sverige och Tyskland.

4. Skatteavtalet mellan USA och Storbritannien innehåller en bestämmelse riktad mot repor (artikel 24 punkt 4). Syftet är att Storbritannien inte ska medge avräkning för indirekt skatt om avdrag har medgetts i USA.

5. Skatteavtalet mellan USA och Kanada innehåller en bestämmelse i hemvistartikeln (artikel IV punkt 7) som säger att en inkomst ska inte anses ha betalats till eller erhållits av en person som fått inkomsten genom ett hybridföretag.

#### **4.6.9 Sammanfattning och slutsatser**

1. Syftet med skatteavtalen är att motverka dubbelbeskattning. De ska inte heller leda till ickebeskattning. OECD har under flera år arbetat med att försöka lösa dessa problem. Modellavtalet och kommentarerna kan därför normalt hantera de fall av ickebeskattning som kan uppkomma i hybridsammanhang på grund av metodartiklarna. Praktiska problem med ickebeskattning uppkommer på grund av intern rätt och skatteavtalsbestämmelser som avviker från modellavtalet.

2. Här följer en kort sammanfattning av situationer när dubbelbeskattning och ickebeskattning kan förekomma. Ickebeskattning uppkommer när hemviststaten tillämpar exemptmetoden.

3. Hybridsituationer uppkommer normalt vid s.k. ”conflicts of qualification” där staterna pga. olika intern rätt hamnar i olika bestämmelser i skatteavtalet. Detta kan leda både till dubbelbeskattning och ickebeskattning. Problemet ska lösas genom tolkning av metodartikeln (se avsnitt 4.6.7.3 och 4.6.7.4).

4. Dubbelbeskattning och ickebeskattning kan uppkomma därför att staterna gör olika bedömningar av om förutsättningarna är uppfyllda för att tillämpa en viss bestämmelse eller gör olika bedömningar av hur en viss bestämmelse ska tolkas. Dubbelbeskattning löses genom ömsesidig överenskommelse och ickebeskattning genom införande i skatteavtalet av artikel 23 A punkt 4 (se avsnitt 4.6.7.2 och 4.6.7.6).

5. Ickebeskattning kan också uppkomma därför att en inkomst är skattefri i källstaten. Här krävs en subject to tax-regel som återför beskattningsrätten till hemviststaten (se avsnitt 4.6.7.5).

6. För stater som använder exemptmetoden löses således problemet med ”oavsiktlig” ickebeskattning antingen genom att införliva motsvarigheten till artikel 23 A punkt 4 i skatteavtalet (se avsnitt 4.6.7.6) eller genom en tolkning av exemptbestämmelsen i skatteavtalet (se avsnitt 4.6.7.4).

7. Vid tillämpning av avräkningsmetoden (credit) uppkommer i normalfallet inte samma problem med ickebeskattning. Det kan emellertid uppkomma i några situationer. Dessa beror antingen på intern rätt eller på att skatteavtalet avviker från modellavtalet. Bestämmelser om skattetillgodohavande som vissa länder har i sina skatteavtal kan leda till avdrag i en stat och full avräkning i en annan. Tillämpning av overallprincipen vid avräkning (dvs. att skatt på en utländsk inkomst kan avräknas mot skatt på andra utländska inkomster) kan leda till lägre beskattning i hemviststaten. Slutligen kan avräkning för indirekt skatt leda till skattefrihet. Det uppkommer exempelvis om bolag B medges avdrag för ränta till bolag A medan bolag A beskattas för en utdelning och medges avräkning för bolag B:s skatt.

8. Eftersom skatteavtal normalt inte reglerar rätten till ett avdrag utan beskattningen av en inkomst, är det svårare att komma till rätta med hybrider som leder till avdrag för ränta i ett land och skattefri utdelning i ett annat. Det gäller oavsett om det är fråga om hybridinstrument, hybridbolag eller hybridtransfer. För att motverka detta krävs bestämmelser i intern rätt och särskilda bestämmelser i skatteavtal. Om ändringar införs i intern rätt är det viktigt att skatteavtalets bestämmelser inte motverkar detta.

## **4.7 EU-rätt och hybridsituationer**

1. Det finns två EU-direktiv som kan bli tillämpliga på avkastningen på hybridinstrument nämligen ränte-/royaltydirektivet (2003/49/EG) och moder/dotterbolagsdirektivet (90/435/EEG). Ränte-/royaltydirektivet föreskriver att källstaten inte får ta ut skatt på ränte- och royaltybetalningar till ett närstående bolag i annan medlemsstat. I artikel 4 punkt 1 d) finns ett uttryckligt undantag från detta i fråga om betalningar från fordringar som inte innehåller någon bestämmelse om återbetalning av kapitalbeloppet eller med en återbetalningstidpunkt mer än 50 år framåt, dvs. typiska hybridinstrument. Eftersom Sverige inte tar ut källskatt på räntebetalningar till begränsat skattskyldiga personer saknar undantaget betydelse för det svenska skatteuttaget.



2. Internationellt har det förts diskussioner om var gränsdragningen går mellan de båda direktiven och om/hur de blir tillämpliga på avkastningen på hybridinstrument.<sup>29</sup> Gruppen har inte diskuterat dessa frågor.

3. Om EU-rätten i övrigt skulle kunna innebära några begränsningar i möjligheten att omklassificera vissa företeelser har arbetsgruppen inte undersökt. Om omklassificering bygger på en analys av den verkliga innebörden i ett avtalskomplex så kommer analysen bli densamma oavsett om det gäller en gränsöverskridande situation eller en rent inhemsk situation. EU-rätten torde därför inte behöva analyseras i dessa fall. Vid eventuella lagstiftningsåtgärder som innebär hänsynstagande till att det är en gränsöverskridande situation måste däremot EU-rätten analyseras mycket noga. Någon anledning för arbetsgruppen att fördjupa sig i EU-rätten på detta stadium bedömer gruppen dock inte att det finns.

---

<sup>29</sup> Se exempelvis artikel i två delar av Jakob Bundgaard ”Classification and Treatment of Hybrid Financial Instruments and Income Derived Therefrom under EU Corporate Tax Directives” i *European Taxation* 2010 nr 10 och 11.

## 5 Lagstiftning i några andra länder

### 5.1 Inledning

1. Internationella skattearbitrage möjliggörs genom olikheter, eller asymmetrier, i redovisningsregler och skattesystem mellan olika länder. Några exempel på sådana asymmetrier diskuteras i avsnitt 5.2 nedan.
2. För att motverka skattearbitrage har vissa länder infört lagstiftning som antingen är helt inriktad på hybridsituationer eller som är mer generell utformad och som även träffar annan motverkansvärd skatteplanering. En genomgång av vissa länders regelverk som är avsedda att motverka skattearbitrage i hybridsituationer görs i avsnitt 5.3 nedan.

### 5.2 Möjliggörande lagstiftning

#### 5.2.1 Icke-hybridsituationer

1. I vissa situationer uppkommer internationella skattearbitrage p.g.a. att intäkter och utgifter skattemässigt behandlas olika i de jämförda länderna, eller för att specialregler har införts för att främja viss verksamhet i landet. Sådana specialregler kan exempelvis innebära avdrag för fiktiv ränta, dubbla avdrag för utgifter för forskning och utveckling, eller att viss inkomst, t.ex. royalty, undantas från beskattning eller beskattas mer förmånligt.

Dock är det i dessa situationer så att rättshandlingarna är klassificerade på samma sätt, dvs. en ränta är en ränta i båda länderna exempelvis. Det är den skattemässiga behandlingen av rättshandlingen som skiljer sig åt i de olika länderna.

2. Asymmetrier som möjliggör skattearbitrage av detta slag kan identifieras genom att jämföra skatteregler i det aktuella landet med svenska skatteregler. Härvid är även intressant att veta om skatt är kopplat till redovisning i det aktuella landet, eftersom redovisningsprinciper i så fall också kan bereda möjligheter till skattearbitrage. Det kan exempelvis handla om skillnader i tidpunkt att redovisa en intäkt eller medge ett avdrag, eller om skillnader i vad man anser vara en skattepliktig inkomst eller avdragsgill utgift.

#### 5.2.2 Hybridsituationer

I en hybridsituation uppkommer istället internationella skattearbitrage p.g.a. att länder *klassificerar* samma rättshandling olika. Även här möjliggörs skattearbitraget av asymmetrier i lagstiftning och praxis i de jämförda länderna, men istället är det regler som avgör hur ett företag eller ett instrument ska klassificeras som bör jämföras för att identifiera arbitrage-risker.

##### 5.2.2.1 Hybridföretag

1. I vissa fall kan ett och samma företag betraktas och behandlas på olika sätt i källstaten och verksamhetsstaten/ägandestatens. Som exempel kan nämnas de amerikanska check-the-box-reglerna, som innebär att ett amerikanskt företag

kan välja skatterättslig status (eget skattesubjekt eller beskattning hos ägaren) på sig själv eller något bolag det äger inom eller utom USA. Detta kan exempelvis resultera i att ett svenskt AB i en amerikansk ägares inkomstdeklaration betraktas och skattemässigt hanteras som en filial till det amerikanska ägarföretaget (disregarded entity). Rättshandlingar som ingår mellan det svenska bolaget och dess amerikanska ägare bortses då ifrån vid den amerikanska taxeringen, eftersom ett företag inte kan ingå rättshandlingar med sig själv. Liknande regler finns i andra länder, bl.a. finns så vitt vi förstår möjlighet i Frankrike att ändra skatterättslig status på ett Société Anonyme (SA) till delägarbeskattat subjekt. För mer information om hybridföretag och vilka skattearbitrage som kan möjliggöras i förhållande till andra länder, se avsnitt 6.

2. Exempel på inslag i utländsk rätt som möjliggör skattearbitrage genom att använda hybridföretag är:

- Möjlighet att välja/ändra skatterättslig status på inhemska och/eller utländska rättssubjekt/företag. Exempelvis kan rättshandlingar komma att bortses från i det ena landet men inte i det andra landet.
- Skillnader i konsolideringssystem, dvs. om man tillämpar skatteenhetsystem, koncernbidragssystem, förlustutjämningsystem, etc. Exempelvis kan skatteenhetsystem innebära att rättshandlingar mellan bolag inom sfären bortses från, medan samma rättshandling i en annan stat erkänns och ger skattemässiga konsekvenser (t.ex. kan fast driftställe till bolag inom skatteenheten tillgodogöra sig avdrag för ränta på lån till annat bolag inom skatteenheten, medan huvudkontoret inte kan det eftersom rättshandlingen bortses från och i sådant fall kommer även motsvarande ränteintäkt bortses ifrån inom skatteenheten). Ett annat exempel är att koncernbidrag som lämnas från bolag i ett land till fast driftställe i samma land, i vissa länder inte erkänns som skattepliktig intäkt i huvudkontorets land<sup>30</sup>.
- Skillnader i definition och skattemässig behandling av delägarbeskattade subjekt vid jämförelse av utländska och svenska regelverk. Exempelvis kan ett företag ses som delägarbeskattat i källstaten och som bolagsbeskattat i delägarnas hemviststat och därmed kan det finnas en skattearbitragerisk. Ett annat exempel är begränsningar avseende skattskyldighet för ”passiv” inkomst hos svenska delägarbeskattade personer med utländska delägare och utan fast driftställe i Sverige (se avsnitt 6.2.3).

### 5.2.2.2 Hybridinstrument

1. När det gäller bedömning av finansiella instrument, kan grunden för hur man värderar olika avtalsvillkor för att klassificera instrumentet såsom skuldebrev eller eget kapitalinstrument skilja sig åt mellan utgivarens land och

---

<sup>30</sup> Se SRN 26 maj 2003, gällande koncernbidrag från ett finskt bolag till ett svenskt bolags finska filial.

innehavarens land. I vissa länder finns ”trösklar” och andra mer eller mindre tydliga gränssnitt som ska beaktas vid bedömningen. I andra länder sker bedömningen med helhetssyn och mer in casu. I vissa länder tar bedömningen avstamp i redovisnings- eller annan civilrättslig eller motsvarande lagstiftning och i andra länder görs en mer frikopplad skatterättslig bedömning. Ett finansiellt instrument som klassificeras på olika sätt i två länder kallas i denna rapport hybridinstrument.

2. Hybridinstrument kan användas i skatteplaneringssyfte för att uppnå avdrag i ett land som inte motsvaras av intäkt i ett annat land. Detta åstadkoms genom att utgivaren med stöd av interna regler klassificerar hybridinstrumentet som ett skuldinstrument, varvid utgivna betalningar skattemässigt behandlas som avdragsgill ränteutgift, samtidigt som innehavaren med stöd av interna regler klassificerar hybridinstrumentet som eget kapitalinstrument, varvid mottagna betalningar skattemässigt hanteras som icke skattepliktig utdelning.

3. En hybridinstrumentstruktur av detta slag som vi har träffat på ett flertal gånger är att svensk utgivare av luxemburgskt PEC (Preferred Equity Certificate, finns i olika variationer) redovisar instrumentet som skuld och yrkar avdrag för räntebetalningar, samtidigt som luxemburgsk innehavare av samma PEC redovisar instrumentet som eget kapital och anser att mottagna betalningar utgör icke skattepliktig utdelning. Hybridsituationen möjliggörs i detta fall bl.a. av att vissa avtalsvillkor är avgörande för en viss klassificering i Luxemburg, medan samma avtalsvillkor inte påverkar den svenska klassificeringen på samma sätt. Exempelvis kan avtalsvillkor att instrumentets löptid överstiger 50 år utgöra en faktor som gör att instrumentet kan klassificeras som eget kapital i Luxemburg. Liknande tröskelregler finns i Nederländerna, där deltagarelån<sup>31</sup> omklassificeras till kapital om vissa villkor<sup>32</sup> är uppfyllda. I Sverige finns ingen sådan tröskel, utan skuldebrev är skuldebrev även om de löper på över 50 år. Huruvida det ur svenskt perspektiv finns någon borte gräns (tröskel) i detta avseende är inte klart, men för närvarande har vi inte funnit något rättsligt stöd för sådan argumentation. För mer information om hybridinstrument och vilka skattearbitrage som kan möjliggöras i förhållande till andra länder, se avsnitt 7.

4. Exempel på inslag i utländsk rätt som möjliggör skattearbitrage genom att använda hybridinstrument är:

- Tröskelregler som innebär att enskilda avtalsvillkor tillmäts avgörande betydelse vid klassificeringen. Exempelvis att löptid är på viss minsta tid.
- Skillnader i huruvida skatterätten är kopplad till redovisningsrätten. Exempelvis att den skattemässiga klassificeringen följer redovisningsrätten i det ena landet samtidigt som det finns särskilda skatteregler för klassificeringen i det andra landet.

---

<sup>31</sup> ”Deelnemerschapslening” på holländska.

<sup>32</sup> Bl.a. ska lånet ha en ränta som är (nästan helt) vinstberoende; lånet ska vara efterställt, och lånet ska vara evigt eller ha en löptid som överstiger 50 år.

- Avsaknad av hybridmotverkande regler.

## 5.3 Hindrande lagstiftning

1. Vissa länder har infört lagstiftning för att motverka internationellt skattearbitrage som uppkommer genom hybridstrukturer. Regelverken kan vara utformade för att fånga hybridsituationer specifikt, eller vara mer generellt utformade och även fånga annan motverkansvärd skatteplanering.

2. Vissa länder har introducerat regler som enbart är avsedda att motverka skattearbitrage som uppkommer genom hybridstrukturer. Andra länder har infört exempelvis ränteavdragsbegränsningsregler som även träffar vissa hybridsituationer. Huruvida andra länder även använder skatteflyktsklausul eller verklig innebördsargument för att angripa skattearbitrage genom hybridstrukturer har inte undersökts inom ramen för denna rapport.

### 5.3.1 Hybridmotverkande regler

1. De regler som införts med syfte att motverka hybridsituationer är utformade att följa beskattningen i andra landet, dvs. den inhemska skattemässiga hanteringen av ett företag, ett instrument eller en rättshandling länkas till den skattemässiga hanteringen av samma företeelse i det andra landet. Sådana regler kallas internationellt för ”linking rules”.

2. Reglerna är ofta inriktade på att motverka dubbla avdrag, att motverka avdrag för betalningar som inte beskattas hos mottagaren, att motverka skattefrihet för inkomster som är avdragsgilla hos betalaren eller att motverka missbruk i samband med avräkning av utländsk skatt (foreign tax credits). Den sistnämnda sortens regler har avgränsats bort från denna rapport och kommer därför inte att redogöras för i fortsättningen.

3. Nedan görs en kortfattad genomgång av hybridmotverkande regler i Danmark, Storbritannien, USA och Tyskland. Lagrum som hänvisas till nedan kan kallas ”Section” eller ha annan beteckning i intern rätt, men av pedagogiska skäl hänvisas till lagrummen som paragrafer i denna framställning.

#### 5.3.1.1 Danmark

1. Danmark är ett av de länder som har infört mest omfattande och jämförelsevis heltäckande regler avsedda att motverka hybridstrukturer där Danmark förlorar skatteunderlag.

2. I paragraf 5G, Ligningsloven, finns regler som innebär att avdrag inte medges för utgifter som också är avdragsgilla i ett annat land. Reglerna tillkom p.g.a. att skatteenhetsystemet vid den tidpunkten medgav valfrihet att inkludera vissa utländska dotterföretag i skatteheten men inte andra. Detta utnyttjades genom att utländska dotterföretag ingick i utländska skatteenheter, vilket gav upphov till *dubbla avdrag* för utgifter. Idag kan dessa regler exempelvis innebära att om ett danskt företag bedriver verksamhet genom fast

driftställe i Sverige, så får det danska företaget inte avdrag för utgifter eller underskott hänförligt till det fasta driftstället, om dessa utgifter även är avdragsgilla vid beskattningen av det fasta driftstället i Sverige.

3. I paragraf 2A, Selskabsskatteloven, finns sedan 2004 regler som innebär att inhemska företag, eller utländska företag med fast driftställe i Danmark, ska behandlas som transparenta enligt dansk skattelag om företaget betraktas som transparent i utlandet och om vissa kriterier är uppfyllda. Reglerna tillkom p.g.a. att de amerikanska check-the-box-reglerna utnyttjades för att uppnå *avdrag för betalningar som inte beskattades hos mottagaren*. För att undvika kringgåenden omfattas även utländska koncernföretag av reglerna, dvs. att det danska företaget inte heller medges avdrag för utgifter till utländsk syster om ägaren valt att betrakta denne som transparent vid beskattningen.

4. I paragraf 2B, Selskabsskatteloven, finns sedan 2007 regler som innebär att en ränteutgift endast är avdragsgill i Danmark om den motsvaras av en skattepliktig intäkt i mottagarens hand. Även denna regel är avsedd att motverka *avdrag för betalningar som inte beskattades hos mottagaren*. Regeln är tillämplig på ränteutgifter avseende ett hybridinstrument som klassificeras och behandlas som skuldinstrument i Danmark och som kapitalinstrument i det andra landet. Regeln är inte tillämplig på den omvända situationen, dvs. när ett instrument klassificeras och behandlas som kapitalinstrument i Danmark och som skuldinstrument i det andra landet.

5. I paragraf 13, Selskabsskatteloven, infördes 2009 regler för att motverka *skattefrihet för inkomster som är avdragsgilla hos betalaren*. Reglerna innebar en skärpning av skattefrihet avseende näringsbetingade andelar, varvid mottagna utdelningar inte är skattefria om det företag som lämnade utdelningen kan göra skattemässigt avdrag för utdelningen. Regeln omfattar inte utdelningar som täcks av moder- dotterbolagsdirektivet. 2011 skärptes regeln ytterligare och täcker nu även avdrag för utdelningar som medgivits längre ner i en ägarkedja om mellanliggande bolag inte har beskattat utdelningen.

6. Utöver ovan nämnda regler som är avsedda att motverka dubbla avdrag, avdrag för betalningar som inte beskattas hos mottagaren eller skattefrihet för inkomster som är avdragsgilla hos betalaren, så har även 2008 införts regler i paragraf 2C, Selskabsskatteloven, för att motverka *dubbel ickebeskattning av kommanditbolagsinkomster*<sup>33</sup>. Enligt danska regler som de såg ut före införandet av paragraf 2C, kunde kommanditbolag med utländska delägare endast beskattas i Danmark om det fanns ett fast driftställe där, vilket man såg till att det inte gjorde. Strukturen möjliggjorde således att kommanditbolagets resultat blev obeskattat i såväl Danmark som i USA. (Jämför avsnitt 6.2.3.) De införda reglerna innebär att om vissa förutsättningar är uppfyllda, så behandlas motsvarande kommandit- och handelsbolag som egna skattesubjekt vid

---

<sup>33</sup> Danska kommanditbolag användes tidigare som omvända hybridföretag genom att amerikanska delägare valde att behandla kommanditbolaget som eget skattesubjekt (bolag). Kommanditbolaget beskattades då på delägarnivå enligt danska regler och som ett danskt bolag i USA (dvs. inte alls). Kommanditbolaget ägde bara immateriella tillgångar och all verksamhet och alla funktioner utfördes utomlands.

beskattningen i Danmark. Utdelningar till mottagare utanför EU kan dessutom bli föremål för källskatt.

### 5.3.1.2 Storbritannien

1. Även Storbritannien har infört hybridmotverkande regler som täcker in de flesta hybridstrukturer där Storbritannien förlorar skatteunderlag.

2. I del 6, paragraferna 244 och 233, Taxation (International and Other Provisions) Act 2010, finns regler som motverkar *dubbla avdrag* för utgifter om fyra kriterier är uppfyllda: (1) transaktionen är del i ett upplägg som innefattar ett hybridföretag eller ett hybridinstrument; (2) det finns ett avdrag eller en kvittning mot vinster i ett brittiskt företag; (3) ett av huvudsyftena med transaktionen är att uppnå brittisk skattefördel för företaget; och (4) skattefördelen är inte oväsentlig.

3. Även i paragraferna 106-107, Corporation Tax Act 2010, finns regler som motverkar *dubbla avdrag* för förluster, genom att ett brittiskt företag eller ett fast driftställe till ett utländskt företag inte kan låta andra koncernföretag utnyttja underskott enligt det brittiska konsolideringssystemet, om samma underskott även har reducerat skattepliktig inkomst i ett annat land. Enligt paragraf 109 i samma lag gäller detta även för investeringsföretag med dubbel hemvist, dvs. som har sin verkliga ledning i Storbritannien men som även anses skatterättsligt hemmahörande i ett annat land.

4. I del 6, paragraf 245 och 233, Taxation (International and Other Provisions) Act 2010, finns regler som motverkar även *avdrag för betalningar som inte beskattas hos mottagaren* om de fyra ovan angivna kriterierna är uppfyllda. Reglerna tillämpas inte på situationer när skattefriheten i utlandet beror på att mottagaren inte är skattskyldig i landet, eller om inkomsten är undantagen från beskattning enligt utländsk lag.

5. I del 6, paragraferna 249-254, Taxation (International and Other Provisions) Act 2010, finns regler som motverkar *skattefrihet för inkomster som är avdragsgilla hos betalaren* om fyra kriterier är uppfyllda: (1) ett upplägg medför att en eller flera transaktioner företas mellan ett företag och en annan person; (2) den andra personen gör en kvalificerad betalning (kapitaltillskott) till företaget; (3) det uppkommer ett avdrag p.g.a. betalningen som inte är föremål för motsvarande beskattning i Storbritannien; och (4) företaget eller personen avsåg att transaktionen skulle leda till en skatteförmån.

6. Brittiska skatteförvaltningen kan själv tillämpa de hybridmotverkande reglerna i Taxation (International and Other Provisions) Act 2010. Skattskyldiga har möjlighet att begära förhandsbesked avseende tillämpningen.

### 5.3.1.3 USA

I paragraf 1503 (d), Internal Revenue Code, finns regler som motverkar *dubbla avdrag* för förluster hos företag med dubbel hemvist (dual consolidated

loss). Reglerna tillämpas både på företag som är obegränsat skattskyldiga i två länder (varav USA är det ena landet) och på inhemska företag med fast driftställe i ett annat land om det finns möjlighet att resultatutjämna mellan det fasta driftstället och andra koncernföretag. Förluster som uppkommer i ett företag med dubbel hemvist får inte utnyttjas mot vinster i amerikanska koncernföretag. Företag kan välja (domestic use election) att använda sådana förluster vid den amerikanska beskattningen, under förutsättning att förlusterna inte också används i utlandet.

#### **5.3.1.4 Tyskland**

1. I paragraf 14 (1) 5, Körperschaftsteuergesetz, finns regler som motverkar *dubbla avdrag* för förluster genom att avdrag för underskott inte medges för ett moderföretag i en tysk skatteenhet om samma underskott även har reducerat skattepliktig inkomst i ett annat land.

2. I paragraf 8b (1), Körperschaftsteuergesetz, finns regler som motverkar *skattefrihet för inkomster som är avdragsgilla hos betalaren* genom att mottagna utdelningar och vissa andra betalningar från dotterföretag inte är skattefria om det företag som lämnade utdelningen kan göra skattemässigt avdrag för utdelningen.

### **5.3.2 Begränsningsregler som även träffar hybridsituationer**

#### **5.3.2.1 Nederländerna**

Nederländerna har ränteavdragsbegränsningsregler (liknande våra svenska) som även träffar hybridfinansiering inom tillämpningsområdet.

#### **5.3.2.2 Österrike**

Österrike har ränteavdragsbegränsningsregler som även träffar hybridfinansiering inom tillämpningsområdet. Man har även infört begränsningsregler som innebär att inkomst från hybridinstrument som används för kapitalinvestering inte omfattas av regler rörande skattefrihet för näringsbetingade andelar (participation exemption).

### **5.3.3 Övrigt**

1. Förutom den lagstiftning som redogjorts för ovan, har vissa länder dessutom infört regler som motverkar skattearbitrage som uppnås genom hybridtransfer och utnyttjande av avräkningsregler<sup>34</sup>. Eftersom dessa områden har avgränsats bort i denna rapport, har exempel på sådana regler inte lämnats här.

2. Det kan vidare nämnas att aktivitet på hybridområdet även synes pågå inom EU, bl.a. inom EU:s Code of Conduct Group. Dessutom har EU-

---

<sup>34</sup> Inom avräkningsområdet har t.ex. USA, Storbritannien och Italien lagstiftning.



kommissionen i februari 2012 inlett ett offentligt remissförfarande i frågor inom hybridområdet.<sup>35</sup>

## 5.4 Sammanfattande synpunkter

1. De länder som har infört mest heltäckande specialregler för att motverka skattearbitrage genom hybridstrukturer är Danmark och Storbritannien.

2. Förutom de ovan uppräknade bestämmelserna, har vissa länder infört lagstiftning som motverkar skatteplanering utanför vårt avgränsningsområde, exempelvis har Storbritannien regler som motverkar missbruk i samband med avräkning.

3. Motverkan genom införande av speciallagstiftning har den fördelen att klassificeringsproblematiken såvitt avser hybridinstrumenten minskar och att arbitragemöjligheterna försvinner i den mån lagstiftningen blir lyckad och effektiv.

4. Metoden vid klassificering av ett instrument är att först bestämma rättsfakta (avtalsvillkor/omständigheter), som därefter bedöms enligt tillämpliga rättsregler (skatterättsliga, redovisningsrättsliga etc.) och som slutligen leder fram till en slutsats (eget kapital eller skuld). Slutsatsen är alltså hur instrumentet ska klassificeras. Beskattningskonsekvenserna är rättsföljden av slutsatserna. Såväl slutsatser som rättsföljd måste vara desamma vid identiska rättsfakta, dvs. oavsett om det rör sig om en svensk utgivare eller en svensk innehavare av ett instrument, så måste vi ha samma syn på klassificeringen och beskattningskonsekvenserna. Om Skatteverket tar ställning till att vissa villkor ska vara avgörande vid klassificeringen, finns risk att skatteplaneringen kan komma att anpassas till detta. Sådana ställningstaganden skulle således kunna leda till oönskad legitimitet eller säkerhet för viss skatteplanering och i takt med att Skatteverket kommer att behöva ta ställning till klassificering av olika avtalsvillkor i enskilda fall, blir det alltså viktigt att vi försöker fånga upp eventuella oönskade effekter av dessa ställningstaganden.

5. Väljer man istället att motverka skatteplanering med hybridinstrument genom införande av speciallagstiftning, faller klassificeringsproblematiken till stora delar bort. Detta eftersom man i så fall skulle basera den svenska beskattningen – dvs. rättsföljden – på hur motparten i annat land (antingen mottagaren av betalning från Sverige, eller betalande bolag om mottagaren finns i Sverige) beskattas. Rättsföljden skulle således inte baseras på den svenska klassificeringen av ett instrument, vilket innebär att beskattningskonsekvenserna inte behöver bli desamma för identiska instrument, vilket sannolikt skulle försvåra skatteplanering med hybridinstrument mycket.

---

<sup>35</sup>

Se: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/common/consultations/tax/2012\\_double\\_non\\_taxation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/consultations/tax/2012_double_non_taxation_en.htm)

6. Internationell skatteplanering där hybridföretag används för att uppnå skattearbitrage kan inte motverkas genom omklassificering av företagen<sup>36</sup>. I dessa fall baseras inte skatteplaneringen på konstruktionen av själva andelarna i företaget, utan istället på möjligheter att betrakta en viss företagstyp som icke transparent (skattesubjekt) eller transparent (delägarbeskattad) i olika länder. Enda sättet att generellt motverka skattearbitrage som uppstår pga. användande av hybridföretag är enligt gruppens mening att införa hybridmotverkande speciallagstiftning.

7. I samband med övervägande och eventuellt införande av hybridmotverkande speciallagstiftning i Sverige blir det viktigt att forma reglerna så att tillämpnings- och annan problematik minimeras, t.ex. avseende förhållningssätt till utländska regelverk, timingfrågor (tidpunkt för beskattning, avdrag etc.), bevisvärdering och bevisbörda, bedömning av affärsmässighet/skattefordel av en rättshandling, etc.

---

<sup>36</sup> Se avsnitten 6.3 och 6.4 för mer information.

## **6 Hybridföretag**

### **6.1 Inledning**

1. I detta kapitel tas frågor upp som speciellt berör hybridföretag. Även filialer/fasta driftställen tas upp, eftersom vi har sett att dessa används för att uppnå hybrideffekter.

2. I avsnitt 6.2 redogörs för sådana delar av svenska och utländska regelverk som gruppen bedömt vara av särskilt intresse när det gäller hybridföretag. I avsnitt 6.3 redogörs för några situationer som vi sett där det kan vara möjligt att utnyttja hybridföretag. I avsnitt 6.4 lämnar gruppen sin preliminära bedömning av vilka möjligheter det kan tänkas finnas att utifrån nuvarande lagstiftning och rättspraxis motverka utnyttjandet av hybridföretag för att åstadkomma dubbla avdrag eller avdrag/ingen beskattning.

### **6.2 Gällande rätt m.m.**

#### **6.2.1 Svenska företag – beskattning i Sverige**

1. För det här uppdraget har svenska aktiebolag och handelsbolag bedömts vara av intresse. Med handelsbolag avses även kommanditbolag. Både aktiebolag och handelsbolag är juridiska personer, dvs. de har rättskapacitet och kan ingå avtal, äga tillgångar, ådra sig skulder och vara part i domstol.

2. Juridiska personer är obegränsat skattskyldiga om de på grund av registrering är att anse som svenska juridiska personer (6 kap. 3 § IL). Ett utländskt företag kan inte bli obegränsat skattskyldigt i Sverige därför att det har sin verkliga ledning här men en del andra länder har sådana regler. Den som är obegränsat skattskyldig är skattskyldig för alla inkomster i Sverige och från utlandet (6 kap. 4 § IL). Bestämmelserna i inkomstskattelagen om juridiska personer ska emellertid inte tillämpas på handelsbolag (2 kap. 3 § IL). I stället beskattas handelsbolagets inkomster hos delägarna (5 kap. 1 § IL). I Sverige är således ett svenskt aktiebolag skattesubjekt medan ett svenskt handelsbolag är delägarbeskattat.

3. Ett aktiebolag med fast driftställe i utlandet är skattskyldigt enligt IL även för sådan inkomst. Eventuellt skatteavtal med det andra landet avgör om inkomsten får beskattas även där och om Sverige i så fall ska undanta inkomsten från beskattning (exempt) eller avräkna den utländska skatten (credit). Saknas skatteavtal ges avräkning för utländsk skatt med stöd av avräkningslagen.

4. Koncernbidrag från ett utländskt företag till ett svenskt bolags fasta driftställe i utlandet har inte ansetts vara en skattepliktig inkomst i den svenska inkomstberäkningen för bolaget (SRN 2003-05-26).

## 6.2.2 Utländska företag – beskattning i Sverige

### 6.2.2.1 Definitioner

1. Utländska juridiska personer är begränsat skattskyldiga (6 kap. 7 § IL).
2. Definitionen av vad som är en utländsk juridisk person finns i 6 kap. 8 § IL. Samtliga kriterier ska vara uppfyllda. Brister en förutsättning är det inte någon utländsk juridisk person. I stället blir det ett enkelt bolag. I 6 kap. 8 § första stycket stadgas:

Med *utländsk juridisk person* avses en utländsk association om, enligt lagstiftningen i den stat där associationen hör hemma,

  1. den kan förvärva rättigheter och åta sig skyldigheter,
  2. den kan föra talan inför domstolar och andra myndigheter, och
  3. enskilda delägare inte fritt kan förfoga över associationens förmögenhetsmassa.
3. Det ska vara fråga om en association vilket i normalfallet brukar innebära att det ska finnas delägare. Högsta förvaltningsdomstolen har dock funnit att en norsk stiftelse innefattas av definitionen trots att en stiftelse inte har några ägare (RÅ 2004 ref. 29).
4. Bedömningen ska göras enligt den civilrättsliga lagstiftningen i det land där associationen hör hemma. Bedömningen måste inriktas på om de olika kriterierna är uppfyllda. Olika länder har olika definitioner av begreppet juridisk person. Det räcker därför inte att undersöka om det andra landet anser att företaget är en juridisk person. Enklast kan det illustreras med företagsformen Europeiska ekonomiska intressegrupperingar (EEIG). Dessa regleras av en EU-förordning och är identiska i samtliga medlemsstater. Vissa stater anser dem vara juridiska personer, andra stater anser inte att de är juridiska personer.
5. I praktiken är det första kriteriet viktigast när man gör bedömningen, dvs. om det utländska företaget kan äga tillgångar och ha skulder. Om det är uppfyllt brukar normalt de två andra kriterierna också vara uppfyllda.
6. Utländska juridiska personer kan delas in i tre undergrupperingar. Beträffande dessa tre undergrupperingar måste man först ha konstaterat att det är fråga om en utländsk juridisk person.
  - A. Det finns en definition av begreppet *utländskt bolag* i 2 kap. 5 a § IL. Ett sådant ska vara skattesubjekt i sitt hemland och antingen omfattas av skatteavtal eller beskattas på en viss nivå (ca 10 %).
  - B. Det finns bestämmelser om beskattning av delägare i *utländska juridiska personer med lågbeskattade inkomster* (CFC-bolag) i 39 a kap. IL.
  - C. Det finns bestämmelser om beskattning av delägare i en *i utlandet delägarbeskattad juridisk person* i 5 kap. 2 a och 3 §§ IL.
7. Det finns utländska juridiska personer som inte passar in i någon av dessa tre undergrupper utan ”bara” är utländska juridiska personer, t.ex. stiftelser som inte uppfyller kriterierna för utländska bolag.

### 6.2.2.2 Skattskyldighet

1. Utländska juridiska personer är bl.a. skattskyldiga för inkomst från fast driftställe i Sverige (6 kap. 11 § IL) och kupongskatt (4 § kupongskattelagen). Definitionen av fast driftställe finns i 2 kap. 29 § IL. Enligt huvudregeln avses en stadigvarande plats för affärsverksamhet varifrån verksamheten helt eller delvis bedrivs.

2. I lagen (1992:160) om utländska filialer m.m. finns civilrättsliga regler om när utländska företag som bedriver verksamhet i Sverige ska registrera filial. En filial är inte en egen juridisk person utan en del av det utländska företaget som etablerat sig i Sverige. Det är således alltid det utländska företaget som ingått en rättshandling.

3. Skatterättsligt är det begreppet fast driftställe och dess definition som är relevant för beskattningen. Om verksamhet bedrivs genom filial torde det vanligtvis även innebära att det finns ett fast driftställe men begreppen är inte synonyma utan det måste göras en separat skattemässig prövning. Det saknar betydelse för beskattningen om det utländska företaget har uppfyllt de civilrättsliga kraven i filiallagen eller inte.

4. Beräkningen av inkomsten från ett fast driftställe sker enligt de regler i IL som gäller för juridiska personer. En skatteregel som specifikt avser ett svenskt aktiebolag gäller inte för den utländska juridiska personen. Vissa bestämmelser i IL gäller inte samtliga utländska juridiska personer utan bara utländska bolag. Den utländska juridiska personen måste då uppfylla kraven även för dem. Det gäller exempelvis reglerna om underprisöverlåtelse i 23 kap., mottagen utdelning på näringsbetingade andelar i 24 kap. och koncernbidrag i 35 kap. IL.

### 6.2.2.3 I utlandet delägarbeskattad juridisk person

1. Om den utländska juridiska personen är delägarbeskattad i sitt hemland är den en *i utlandet delägarbeskattad juridisk person* (5 kap. 2 a § IL). Man bör observera att i IL används begreppet svenska handelsbolag. Till skillnad från aktiebolag finns alltså inga utländska motsvarigheter till ett handelsbolag. Obegränsat skattskyldiga delägare i en i utlandet delägarbeskattad juridisk person beskattas för sin andel av den juridiska personens inkomst (5 kap. 2 a och 3 §§ IL).

2. Däremot beskattar vi inte en begränsat skattskyldig delägare för inkomst från den utländska juridiska personen då det inte finns någon skattskyldighetsregel för sådana personer. Eftersom vi har en skattskyldighetsregel för utländska juridiska personer (6 kap. 11 § IL) kan en i utlandet delägarbeskattad juridisk person även vara skattesubjekt. Om en i utlandet delägarbeskattad juridisk person bedriver verksamhet från fast driftställe i Sverige och har en svensk och en utländsk delägare beskattas den svenske delägaren för halva inkomsten. Den andra halvan beskattas hos den utländska juridiska personen trots att den är delägarbeskattad i sitt hemland.

#### **6.2.2.4 Följsamhet i beskattningen i de flesta fall**

1. Den svenska beskattningen av det utländska företaget och dess delägare följer i stora delar hur den utländska juridiska personen beskattas i sitt hemland.
2. Om den utländska juridiska personen är skattesubjekt i sitt hemland eller bara betalar en viss årlig avgift kan den inte bli delägarbeskattad i Sverige utan ses som bolagsbeskattad även här.
3. Om den utländska juridiska personen är delägarbeskattad i sitt hemland ses den som delägarbeskattad även här. Vi kan dock bara beskatta obegränsat skattskyldiga delägare. Bedriver den i utlandet delägarbeskattade juridiska personen verksamhet från fast driftställe i Sverige blir den skattesubjekt avseende den del av inkomsten som inte beskattas hos de svenska delägarna. Den utländska juridiska personen är således både delägarbeskattad och bolagsbeskattad i Sverige i en sådan situation. De svenska reglerna bidrar således till att det skapas en hybrid i dessa fall.

#### **6.2.2.5 Särskilt om inkomst från fast driftställe**

1. Här behandlas bara vissa skatteregler som brukar vara av intresse i hybridsammanhang.
2. Utländska juridiska personer har rätt att göra ränteavdrag om lånet är hänförligt till det fasta driftstället. Ränteavdragsbegränsningsreglerna i 24 kap. IL gäller även för utländska juridiska personer.
3. Reglerna om skattefri utdelning och kapitalvinst på näringsbetingade andelar i 24 och 25 a kap. IL gäller för utländska bolag som hör hemma inom EES och som motsvarar ett svenskt aktiebolag. De näringsbetingade andelarna måste då vara allokerade till det fasta driftstället.
4. Reglerna om koncernbidrag är tillämpliga på utländska bolag som hör hemma inom EES och som motsvarar ett svenskt aktiebolag (35 kap. 2 a § IL). De kan både ge och ta emot koncernbidrag.

#### **6.2.3 Svenska handelsbolag med utländska delägare – beskattning i Sverige**

1. Resultatet hos ett svenskt handelsbolag beskattas hos dess delägare. En utländsk juridisk person är skattskyldig för inkomst från fast driftställe. I ett förhandsbesked 1998-02-25 prövades frågan om en utländsk juridisk person är skattskyldig för inkomst från svenskt handelsbolag redan av den anledningen att handelsbolaget är en svensk juridisk person, eller om det krävs att inkomsten kan anses hänförlig till ett fast driftställe i Sverige. SRN kom fram till att det är bestämmelsen om fast driftställe som styr skattskyldigheten. SRN uttalade:

”Det har dock allmänt antagits att en utländsk juridisk persons skattskyldighet för inkomst från sitt svenska handelsbolag skall bedömas enligt de

skattskyldighetsregler som särskilt reglerar utländska juridiska personers skattskyldighet. (SOU 1997:2 del 1 s. 31-35. )

En utländsk juridisk person får vid denna prövning anses bedriva näringsverksamhet hänförlig till fast driftställe här i landet om den utländska juridiska personen äger andel i svenskt handelsbolag som bedriver näringsverksamhet från sådant fast driftställe.”

I förhandsbeskedet fann SRN att det fanns ett fast driftställe i Sverige.

2. Frågan var återigen uppe för prövning i ett förhandsbesked 1999-11-24. Omständigheterna då var följande:

En internationell koncern hade över 100 svenska dotterbolag. De finansierades huvudsakligen genom koncerninterna lån. Finansieringen skulle reorganiseras och ett svenskt HB skulle bildas med två utländska koncernbolag (X och Y) som delägare. HB:s enda verksamhet skulle bli att förvalta utlåningen till de svenska dotterbolagen. Finansieringen av utlåningen skulle ske genom kapitaltillskott från ägarbolagen. All HB:s verksamhet skulle komma att bedrivas genom en registrerad filial i Schweiz innefattande lokaler och kontorsutrustning samt en anställd föreståndare med ansvar för HB:s verksamhet. HB skulle ha en svensk adress registrerad i handelsbolagsregistret men post vidarebefordrades till filialen.

SRN fann att X och Y inte kunde anses bedriva näringsverksamhet från fast driftställe i Sverige genom delägarskapet i HB:t. X och Y var därför inte skattskyldiga för HB:s inkomst.

3. Resultatet i ett svenskt HB beskattas således inte i Sverige om det enbart finns begränsat skattskyldiga delägare och verksamheten bedrivs utomlands.

4. En ofta återkommande fråga har varit om denna typ av HB är skyldiga att lämna uppgifter till ledning för delägarnas taxering (lämnas på INK4). Skatteverket har i ett ställningstagande kommit fram till att det inte finns någon sådan skyldighet (”Uppgiftsskyldighet för svenska handelsbolag utan fast driftställe med enbart utländska delägare” 2009-10-07, dnr 131 745279-09/111).

## 6.2.4 Svenska företag – beskattning i andra länder

1. Olika länder har olika sätt att foga in utländska företag i sina skattesystem. En del länder försöker hitta närmast inhemska civilrättsliga motsvarighet och beskattar det utländska företaget på samma sätt. Andra länder behandlar alla utländska företag som bolag. USA låter den skattskyldige välja beskattningsform. Det svenska systemet med att följa den utländska beskattningen tycks vara ovanlig.<sup>37</sup>

2. Ett svenskt företag kan bli skattskyldigt i annat land därför att det bedriver verksamhet där, har transaktioner med eller erhåller betalningar från en motpart i det andra landet. Verksamhet genom fast driftställe i annat land leder normalt till skattskyldighet i det andra landet. Om det svenska företaget får utdelning, ränte- eller royaltybetalningar från ett företag i det andra landet är

<sup>37</sup> Characterization of Other States’ Partnerships for Income Tax. IBFD, Bulletin July 2002

dessa inkomster många gånger skattepliktiga där. Det svenska företaget kan också bli skattskyldigt i annat land därför att det erhåller betalningar för utförda tjänster av olika slag (exempelvis management fee). Grunden för att beskatta det svenska företaget finns i det andra landets interna rätt. Skatteavtal mellan Sverige och det andra landet kan dock begränsa det andra landets rätt att beskatta inkomsten.

## 6.2.5 Koncernbeskattning

1. Många länder har regler som tillåter viss sambeskattning av koncernföretag vilket ger möjlighet att utjämna vinster och förluster mellan företagen. I de flesta länder är möjligheten till sambeskattning begränsad till företag i det egna landet. Särskilt inom EU är denna möjlighet ofta utvidgad till att omfatta även utländska koncernföretags fasta driftställen i det egna landet.<sup>38</sup>

2. En del länder tillåter att koncernbeskattningen omfattar bolag utanför det egna landet. Exempelvis Danmark har obligatorisk sambeskattning av danska bolag samt utländska koncernbolags fasta driftställen i Danmark. Dessutom kan danska koncerner ansöka om koncernbeskattning för samtliga bolag inom koncernen oavsett i vilket land de är belägna. I så fall måste samtliga koncernbolag inkluderas.<sup>39</sup>

3. USA:s regler om check-the-box rör klassificering av företag. Dessa regler har i stor utsträckning bidragit till skapandet av hybrider och därför görs en kort genomgång här.

Reglerna om check-the-box finns i Treas. Reg. § 301.7701-1—3. De ger möjlighet för företaget själv eller dess delägare att välja om företaget ska betraktas som corporation, partnership eller disregarded för skatteändamål. Valet sker på en särskild bilaga till deklarationen genom att sätta en bock i en ruta (checking a box). Väljer företaget skattemässig status som corporation blir det ett eget skattesubjekt. Väljer företaget att beskattas som partnership eller disregarded sker beskattningen hos dess delägare. Om det bara finns en ägare betraktas företaget som disregarded. Finns två eller flera ägare behandlas det som ett partnership. Om ett företag ses som disregarded behandlas det på samma sätt som en filial, dvs. ägargränserna suddas ut och det ses som en del av ägarföretaget. Det medför att man bortser från transaktioner mellan företagen vid beskattningen. Amerikanska bolag som är bildade som corporations har ingen möjlighet att välja. Däremot kan exempelvis amerikanska partnerships och limited liability companies välja beskattningsform.

Möjligheten att välja gäller även utländska företag. Beträffande vissa utländska bolagsformer finns inte valbarheten. Dessa är uppräknade i lagstiftningen och när det gäller svenska företag finns ingen valbarhet för publika aktiebolag. Beträffande övriga svenska företagsformer finns således möjlighet att välja om de ska beskattas som egna bolag, bli delägarbeskattade som handelsbolag (om två eller flera ägare) eller behandlas som filialer (om en ägare).

---

<sup>38</sup> Avsnitt 4 i generalrapporten till 2004 års IFA-kongress

<sup>39</sup> IBFD, Denmark, Country Survey



Det går att byta skatterättslig status efter fem år. Ändringen från delägarbeskattad till bolagsbeskattad och vice versa kan få vissa skattemässiga konsekvenser (uttagsbeskattning och liknande).

## 6.3 Utnyttjande av hybridföretag

### 6.3.1 Inledning

I den följande redogörelsen beskrivs förenklat och schematiskt hur skattearbitrage kan åstadkommas med utnyttjande av hybridföretag. Huruvida dessa fall på något sätt kan åtgärdas har gruppen inte tagit ställning till utan de utgör endast schabloniserade exempel för att illustrera principerna.

### 6.3.2 Svenska handelsbolag

1. Svenska handels- och kommanditbolag är inte skattesubjekt utan inkomsten beskattas hos dess delägare. Som framgår av avsnitt 6.2.3 sker ingen beskattning i Sverige om det enbart finns utländska delägare i HB och det inte bedrivs verksamhet från fast driftställe i Sverige. Finansiell verksamhet är lätt att förlägga utomlands. Om beskattning inte sker i delägarnas hemländer blir HB:s inkomst skattefri.

2. Följande exempel som även finns i bilaga 1 (figur 2) kan illustrera.

En svensk koncern förvärvas av en amerikansk koncern. Som köpande företag uppträder Holding AB. Holding AB finansierar förvärvet genom ett lån från Y KB. Y KB ingår i koncernen och ägs av ett företag på Bermuda och ett i Delaware USA. Holding AB:s avdrag för räntor till Y KB finansieras genom koncernbidrag från övriga rörelsedrivande svenska bolag.

Gruppen har ingen total bild över upplägget men troligen avser man genom att agera på följande sätt undgå beskattning i Sverige för ränteinkomsterna i Y KB och slippa beskattning någon annanstans.

Om Y KB inte har någon personal i Sverige som administrerar utlåningsverksamheten finns inget fast driftställe här och de utländska delägarna kan inte beskattas för ränteinkomsterna. I Bermuda är ränteinkomsterna förmodligen inte skattepliktiga oavsett om Y KB är transparent i skattehänseende där. Offshorelagstiftning medför ofta att den typen av ränteinkomster inte kan beskattas. I USA kan man genom check-the-box välja att låta Y KB utgöra eget skattesubjekt. Eftersom Y KB sannolikt inte bedriver verksamhet från fast driftställe i USA blir det ingen beskattning där heller.

Resultatet av transaktionerna blir att det medges ränteavdrag i Sverige och att det inte sker någon motsvarande inkomstbeskattning någonstans.

3. Svenska handels- och kommanditbolag kan således fungera som hybridföretag gentemot andra länder, trots att det inte finns valbarhet i Sverige. Andra länder kan ha klassificeringssystem som medför att HB/KB ses som skattesubjekt där.

### 6.3.3 Utländskt företags fasta driftställe i Sverige

1. Fasta driftställen fungerar i praktiken som ett slags hybrider genom att det fasta driftstället blir en "beskattningsenhet" i det land där det fasta driftstället är beläget medan det i sitt hemland ingår som en del i hela företaget.

2. Följande exempel kan illustrera.

Ett bolag i Nederländerna (A BV) förvärvar en svensk koncern genom köp av aktierna i X AB. Förvärvet finansieras genom lån från koncernbolaget B BV. A BV bedriver verksamhet från fast driftställe i Sverige. Både aktierna i X AB och lånet anses hänförliga till det fasta driftstället och allokeras dit. I A BV:s fasta driftställe görs avdrag för räntor på lånet från B BV. Ränteavdragen finansieras genom koncernbidrag från de svenska bolagen i X AB-koncernen. Utdelningar från X AB till A BV är visserligen också hänförliga till det fasta driftstället men är skattefria enligt reglerna om utdelning på näringsbetingade andelar i 24 kap. IL.

För A BV:s fasta driftställe blir det ett nollresultat vid beskattningen i Sverige medan X AB-koncernens rörelseinkomst minskar genom koncernbidraget till A BV. För att det hela ska vara lönsamt krävs att A BV och B BV kan utjämna sina resultat genom fiscal unity (gemensam koncernbeskattning) och att koncernbidraget inte beskattas i Nederländerna. A BV:s ränteavdrag motsvaras av B BV:s ränteinkomst.

Resultatet av transaktionerna blir att det medges ränteavdrag i Sverige men att det inte sker någon motsvarande inkomstbeskattning någonstans.

### **6.3.4 Svenskt företags fasta driftställe utomlands**

1. Svenska företag kan genom fasta driftställen utomlands delta i motsvarande transaktioner som i avsnitt 6.3.3.

2. Med hjälp av exemplet från Skatterättsnämndens förhandsbesked 2003-05-26 kan förfarandet illustreras.

En svensk koncern med dotterbolaget A AB bedriver verksamhet i Finland genom fast driftställe. A AB förvärvar det finska bolaget B Oy och finansierar köpet genom lån från koncernbolaget C AB. I Finland anses andelarna i B Oy och lånet hänförligt till A AB:s fasta driftställe. I Finland gör A AB avdrag för räntorna till C AB och ränteavdragen finansieras genom koncernbidrag från B Oy. För A AB:s fasta driftställe i Finland blir det ett nollresultat medan B Oy:s rörelseinkomst minskar genom koncernbidraget. I Sverige medges A AB avdrag för räntorna till C AB medan koncernbidraget från B Oy inte är skattepliktigt. A AB:s ränteavdrag motsvaras av en lika stor inkomst i C AB.

Resultatet av transaktionerna blir att det medges ränteavdrag i Finland men att det inte sker någon motsvarande inkomstbeskattning någonstans.

### **6.3.5 Svenska aktiebolag som disregarded entities eller partnerships i USA**

1. Genom att utnyttja reglerna om disregarded entities i USA går det att åstadkomma ränteavdrag i Sverige och ingen beskattning i USA.

2. Följande situation är ett exempel.

A Inc äger B AB. B AB förvärvar C-koncernen externt och finansierar förvärvet med lån från A Inc. B AB gör avdrag för räntor till A Inc och finansierar ränteavdragen med koncernbidrag från C-koncernen. A Inc väljer att se B AB som disregarded. Vid A Inc:s beskattning ses lånet och räntebetalningarna som en företagsintern transaktion som det bortses ifrån. Resultatet blir avdrag i Sverige och ingen beskattning i USA. Hur man i USA undviker beskattning av koncernbidraget från C-koncernen är dock oklart.

3. Genom att välja att se det svenska bolaget som partnership (och därmed delägarbeskattat) i USA går det att få avdrag för samma ränta både i Sverige och USA.

4. Följande situation är ett exempel.

A Inc äger B AB. (Möjligtvis krävs ytterligare en delägare i B AB.) B AB förvärvar C-koncernen externt och finansierar förvärvet med externt lån. B AB gör avdrag för räntor till den externa långivaren och finansierar ränteavdragen med koncernbidrag från C-koncernen. A Inc väljer att se B AB som delägarbeskattat och A Inc medges därför avdrag för B AB:s räntebetalningar. Resultatet blir avdrag både i Sverige och USA. Hur man i USA undviker beskattning av koncernbidraget från C-koncernen är dock oklart.

5. Det sistnämnda upplägget torde också fungera med ett annat koncernbolag som långivare under förutsättning att det bolaget betalar låg eller ingen skatt, kan utnyttja underskott eller liknande samt inte sambeskattas med A Inc.

### 6.3.6 I utlandet delägarbeskattade juridiska personer

I Sverige beskattas inte utländska delägare i en i utlandet delägarbeskattad juridisk person (se avsnitt 6.2.2.3). Om den utländska juridiska personen bedriver verksamhet från fast driftställe i Sverige beskattas den utländska juridiska personen själv för inkomsten. Eftersom delägarna är skattesubjekt i sitt hemland blir den utländska juridiska personen i och för sig en hybrid. Det leder dock inte till att inkomsten blir obeskattad. Tvärtom riskerar inkomsten att bli dubbelbeskattad eftersom både företaget och dess delägare kan bli beskattade för samma inkomst. Det torde därför inte leda till något skatteundandragande i de fall vi behandlar de i utlandet delägarbeskattade juridiska personerna som skattesubjekt.

### 6.3.7 Sammanfattning

1. Det finns möjligheter att utnyttja svenska handels- och kommanditbolag som hybrider för att åstadkomma att en inkomst inte blir beskattad någonstans. Om det enbart finns utländska delägare i HB/KB och detta bolag inte bedriver någon verksamhet i Sverige sker ingen beskattning i Sverige. Om HB/KB ses som skattesubjekt i delägarnas hemländer sker ingen beskattning där heller. Valmöjligheten i USA kan utnyttjas för detta ändamål. Men det finns sannolikt flera andra länder också som genom sina egna klassificeringssystem ser HB/KB som bolagsbeskattade (utan valmöjlighet).

2. I vilken omfattning det går att utnyttja svenska aktiebolag i hybridsammanhang är lite mer oklart. Valmöjligheten i USA kan skapa en hybrid av ett svenskt aktiebolag. Såvitt det är känt är det bara i USA som det beträffande utländska företagsformer finns en valmöjlighet vad gäller beskattningsform. Risken är dock att allt fler stater följer efter. I vilken omfattning andra länder genom sina klassificeringssystem skulle kunna se ett aktiebolag som delägarbeskattat är oklart. Risken för att aktiebolagsliknande företag blir hybrider brukar inte vara lika stora som när det gäller handelsbolagsliknande företag. Kartläggningen visar dock att i de fall

Skatteverket hittills sett hybridföretag utnyttjas i praktiken är det oftast fråga om svenska aktiebolag där de amerikanska check-the-box-reglerna använts.

3. När det gäller utländska företag verkar risken för att det ska kunna skapas hybrider genom den svenska klassificeringen vara liten. Följsamheten i den svenska klassificeringen leder till få fall av olikabehandling. I de fall det uppkommer en olikabehandling leder den inte till skattefrihet.

4. Den svenska följsamheten kan emellertid leda till vissa andra problem. Inte bara i USA utan även i Frankrike finns möjligheter att välja beskattningsform (transparens eller skattesubjekt) för de flesta typer av företag. I USA gäller det både inhemska och utländska företag medan det i Frankrike bara gäller inhemska företag. Det är i vissa delar oklart vilka skattemässiga konsekvenser som uppkommer för en svensk delägare när det utländska företaget byter skattemässig skepnad under innehavstiden. Om allt fler länder inför valbarhet för allt fler företagsformer kan den svenska följsamheten bli allt svårare att hantera.

5. Etableringar genom fast driftställe i annat land leder i många fall till att dubbla avdrag ges – inte bara i finansieringsfallen. Eftersom det fasta driftstället inkomstskattemässigt är en del av företaget i sitt hemland men en egen ”beskattningsenhet” i etableringslandet kan avdrag utnyttjas i två länder.

6. Hybridföretag kan utnyttjas av svenska företag även om det inte är den svenska klassificeringen som lett till hybriden. Genom att utnyttja tre eller flera länders skattesystem kan det vara möjligt. Ett exempel visas i bilaga 1 (figur 4) där avdrag görs för räntebetalningar till delägarbeskattade CV i Nederländerna med ägare i USA.

## 6.4 Motverkansåtgärder

1. Gruppen har inte sett att det finns någonting vare sig i svensk lagstiftning eller rättspraxis som förhindrar utnyttjandet av dubbla avdrag eller avdrag/ingen beskattning bara på grund av olika länders klassificering av ett företag, som delägarbeskattat i ena landet och bolagsbeskattat i andra landet.

2. När ett utländskt företag etablerat sig genom fast driftställe i Sverige på det sätt som beskrivs i avsnitt 6.3.3 uppkommer frågan om allokering av tillgångar och inkomst till det fasta driftstället. Om det finns ett skatteavtal med det land där det utländska företaget hör hemma som är utformat i enlighet med OECD:s modellavtal, ska inkomstberäkningen i det fasta driftstället göras i enlighet med artikel 7 i modellavtalet. För att förtydliga tolkningen av artikel 7 och öka likformigheten i beskattningen kom OECD 2008 ut med rapporten ”Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments”. Enligt OECD:s synsätt ska ett fast driftställe ses som ett eget företag, skilt från ”huvudkontoret”. De aktiviteter (funktioner) som utförs i det fasta driftstället avgör vilka tillgångar och risker som ska allokeras dit. De betydelsefulla funktioner som medför att tillgångar och risker kan allokeras till det fasta driftstället utförs av personer verksamma i det fasta driftstället. Begreppet ”significant people functions” är därför ett nyckelbegrepp för allokeringen. För att allokera en tillgång till ett fast driftställe krävs att det bedrivs en

verksamhet vid det fasta driftstället där tillgången används eller ingår i verksamheten och där det finns ”significant people functions” som genom ett aktivt beslutsfattande kan bestämma över tillgången och ta på sig de risker som är förknippade med tillgången.

Därmed uppkommer också frågan i vilka situationer dotterbolagsaktier, och därmed också skulderna för förvärvet, kan allokeras till det fasta driftstället. Högsta domstolen i Nederländerna har i en dom den 8 augusti 2008 funnit att aktierna i ett nederländskt dotterbolag inte kunde anses hänförliga till ett brittiskt moderbolags fasta driftställe i Nederländerna eftersom personalen i det fasta driftstället inte hade beslutanderätten över förvärv, förvaltning och avyttring av dotterbolagsaktierna. Domen synes vara i överensstämmelse med tankesättet i OECD:s vinstallokeringsrapport. Se även RÅ 1998 not. 229 där aktierna i svenska dotterbolag inte ansågs vara en nödvändig förutsättning för den verksamhet som bedrevs vid det fasta driftstället.

En analys enligt ovanstående principer kan vara viktig att göra i det enskilda fallet för att utröna om allokeringen är riktig.

3. Det kan finnas andra angreppssätt, vilka gruppen inte tagit ställning till. I detta sammanhang kan hänvisas till avsnitt 4.5 där verktygen ”den verkliga innebörden” och skatteflyktslagen behandlas lite kort.

## 7 Hybridinstrument

### 7.1 Allmänt

1. I avsnitt 4.1 har på ett mer övergripande plan redogjorts lite för vilken påverkan olika rättsområden torde ha på den skatterättsliga klassificeringen av vad som är fordran/skuld respektive tillskott/eget kapital. Det konstateras där att när frågorna ställs på sin spets så är det främst från obligationsrätten, dvs. vad är avtalat mellan parterna etc., och associationsrätten, vad är en aktie enligt aktiebolagslagen etc., som de grundläggande kriterierna måste hämtas. I de fall internationellt verksamma koncerner försöker få skattefördelar med stöd av att bedömningen av olika företeelser ska bli annorlunda i olika länder är det företrädesvis fråga om individuellt utformade avtal m.m. Därför måste man i varje enskilt fall analysera hur avtalen etc. ser ut. Först genom och efter en sådan analys kan slutsatser dras.

2. Arbetsgruppen hade i början en ambition att vi skulle kunna utmejsla olika avgörande kriterier för bedömningen för att på så sätt kunna ge allmänt stöd i bedömningarna framöver. Det har dock visat sig vara ogörligt, i vart fall inom den tidsram som gruppen haft att hålla sig till. Men även p.g.a. komplexiteten inom området. Kan en utländsk företeelse i form av en aktie utan rösträtt, t.ex. jämföras med en aktie vid bedömningen av om avkastningen från instrumentet ska anses vara en utdelning och därmed kunna vara skattefri. Något entydigt svar på detta torde inte kunna lämnas utan en samlad bedömning får göras av samtliga omständigheter i varje enskilt fall, såsom det andra landets aktiebolagsrätt m.m.<sup>40</sup>

3. På grund av dessa svårigheter och den nämnda tidsaspekten avstår arbetsgruppen från denna ambition. Gruppen gör inte heller någon genomgång av grundläggande obligationsrätt och associationsrätt utan detta får göras utifrån förutsättningarna i de enskilda fall som kan komma att bedömas.

4. Även om redovisningsrätten inte har någon avgörande betydelse för klassificeringen kan den ofta ha en bevisverkan. Dessutom har redovisningsrätten ofta kommit långt i sin analys inom detta område och viss vägledning kan hämtas härifrån. En mer utförlig redogörelse för redovisningsrätten inom detta område tas därför in i avsnitt 7.2. I avsnitt 7.3 redogörs lite närmare för delar av skatterätten inom detta område. I avsnitt 7.4 som innehåller en fördjupning tas några specifika instrument och företeelser upp och analyseras.

---

<sup>40</sup> I den svenska aktiebolagslagen finns inga aktier utan rösträtt men de förekommer utomlands. Om ett finansiellt instrument bär alla de egenskaper som i övrigt karakteriserar ett egetkapitalinstrument så kanske rösträtten i sig inte har avgörande betydelse. Om det finansiella instrumentet motsvarar en svensk aktie på alla andra punkter utom rösträtten så uppkommer frågan om det kan ses som ett egetkapitalinstrument eller i övrigt ett instrument motsvarande en aktie. Gruppen har inte hunnit diskutera denna fråga.

## 7.2 Redovisningsrättsligt

### 7.2.1 Allmänt

1. Redovisningsrätten klassificerar och drar upp gränsen mellan skuld och eget kapital. Den redovisningsmässiga klassificeringen beror på företagets storlek och bransch och vilken normgivning det följer. Svenska företag ska upprätta den löpande bokföringen och årsredovisningen eller årsbokslutet enligt BFL och ÅRL. Av ÅRL framgår det på en övergripande nivå vilka olika delposter det egna kapitalet består av. Enligt ÅRL är god redovisningssed den rättsliga standarden för hur olika poster i årsredovisningen ska klassificeras och värderas. Hänvisningen i ÅRL till god redovisningssed innebär att reglerna i ÅRL kompletteras och preciseras av normgivningen. Är det ett företag som är noterat på en reglerad marknad inom EU ska koncernredovisningen upprättas enligt IFRS/IAS normgivning. Detta följer av EU-förordningen nr 1606/2002. Rådet för finansiell rapportering har dessutom gett ut en rekommendation, RFR 1, Kompletterande redovisningsregler för koncerner, som ska tillämpas av dessa företag. Den behandlar upplysningskrav som finns i ÅRL. Rådet för finansiell rapportering är av den uppfattningen att den finansiella rapporteringen för moderföretaget ska hålla samma kvalitet som rapporteringen för koncernen. För att upprätthålla detta krav ska juridiska personer vars värdepapper är noterat eller frivilligt valt att följa IFRS tillämpa IFRS/IAS normgivning samt RFR 2, Redovisning för juridiska personer. I RFR 2 finns ett antal undantag och tillägg till normgivningen från IFRS/IAS. Dessa föranleds av svensk lagstiftning på redovisningsområdet och skatteområdet. För större företag som inte är noterade och inte följer IFRS/IAS finns det fortfarande en möjlighet att tillämpa Redovisningsrådets rekommendationer med stöd av BFNAR 2000:2 Tillämpning av Redovisningsrådets rekommendationer och uttalanden. När Bokföringsnämndens vägledning för Upprättande av årsredovisning (K 3) blir färdig kommer dessa företag att följa den normgivningen.

2. För kreditinstitut och värdepappersbolag samt för försäkringsbolag gäller de särskilda årsredovisningslagarna, ÅRKL och ÅRFL. När det gäller den löpande bokföringen lyder även dessa företag under bokföringslagen. Enligt 1 kap. 5 § ÅRKL och 1 kap. 4 § ÅRFL får Finansinspektionen (FI) utfärda föreskrifter om kreditinstituts, värdepappersbolags och försäkringsföretags löpande bokföring, årsbokslut och årsredovisning m.m. Regeringen har utnyttjat denna rätt att delegera föreskriftsrätt till FI. Förutom att de finansiella företagen lyder under särskilda lagar och förordningar så ger FI, som är den övervakande myndigheten på finansmarknaden, ut författningar med kompletterande regler. Dessa ges ut i form av bindande föreskrifter och vägledande allmänna råd som är motiverade av de finansiella företagens särart. FI:s föreskrifter innebär att de finansiella företagen ska följa IFRS/IAS om inget annat krävs enligt lag eller följer av föreskrifter och allmänna råd. Det innebär även att de ska följa rekommendationer från Rådet för finansiell rapportering om inte något annat följer av FI:s föreskrifter eller allmänna råd.

3. Då uppdraget handlar om hybridinstrument och sådana till den absolut övervägande delen torde användas av större och noterade företag samt finansiella företag så begränsas avsnittet till följande tre

redovisningsnormgivningar; IFRS/IAS, Redovisningsrådet och utkastet till K 3. Under en egen rubrik berörs även de finansiella företagens klassificeringsregler. I följande avsnitt beskrivs därför översiktligt hur klassificering görs enligt dessa regelverk.

## 7.2.2 Klassificering enligt IFRS/IAS (IAS 32)

1. Av punkt 11 i IAS 32 "Finansiella instrument; Klassificering" framgår bl. a. att:

"En *finansiell skuld* är varje skuld i form av

- a) avtalsenlig förpliktelse att
  - i. erlægga kontanter eller annan finansiell tillgång till ett annat företag, eller
  - ii. byta en finansiell tillgång eller finansiell skuld med ett annat företag under villkor som kan vara oförmånliga för företaget, eller
- b) avtal som kommer att eller kan komma att regleras med företagets egna egetkapitalinstrument och är
  - i. ett instrument som inte är ett derivat och som medför att företaget är eller kan bli (egen understrykning) förpliktigt att erlægga ett variabelt antal (egen understrykning) av företagets egna egetkapitalinstrument, eller
  - ii ett derivat som kommer att eller kan komma att regleras på annat sätt än (egen understrykning) genom att byta ett fastställt kontantbelopp eller annan finansiell tillgång mot ett fastställt antal (egen understrykning) av företagets egna egetkapitalinstrument. För detta ändamål utgör teckningsrätter, optioner eller teckningsoptioner för att förvärva ett fastställt antal av företagets egetkapitalinstrument för ett fastställt kontantbelopp i vilken som helst valuta egetkapitalinstrument om företaget erbjuder teckningsrätterna, optionerna eller teckningsoptionerna proportionellt till alla sina befintliga ägare till samma slag av egetkapitalinstrument som inte är derivatinstrument. Även, för dessa ändamål, företagets egna egetkapitalinstrument.

Undantag är att ett instrument som kan definieras som en finansiell skuld klassificeras som egetkapitalinstrument om det har de egenskaper och uppfyller de villkor som anges i punkterna 16 A och 16 B eller punkterna 16 C och 16 D.

Ett *egetkapitalinstrument* är varje form av avtal som innebär en residual rätt i ett företags tillgångar efter avdrag för alla dess skulder."

2. Klassificeringen av skuld respektive eget kapital görs utifrån följande principer.

3. I punkt 15 anges det att:

"Företag som emitterat ett finansiellt instrument ska vid första redovisningstillfället redovisa instrumentet, eller dess delar, som finansiell skuld, som finansiell tillgång eller som egetkapitalinstrument i enlighet med den ekonomiska innebörden av de villkor som gäller för instrumentet samt i enlighet med definitionerna av finansiell skuld, finansiell tillgång och egetkapitalinstrument."

4. Av punkt 16 framgår att:

"När ett företag tillämpar definitionerna i punkt 11 för att fastställa huruvida ett finansiellt instrument är ett egetkapitalinstrument och inte en finansiell skuld är instrumentet ett egetkapitalinstrument endast om både villkor a och b nedan är uppfyllda.



- a) Instrumentet innefattar inte någon avtalsenlig förpliktelse att
  - i. erlägga kontanter eller annan finansiell tillgång till ett annat företag, eller
  - ii. byta en finansiell tillgång eller finansiell skuld med ett annat företag under villkor som kan komma att visa sig vara oförmånliga för emittenten.
- b) Om instrumentet kommer att eller kan komma att regleras med emittentens egna egetkapitalinstrument är det
  - i. ett instrument som inte är ett derivat, vilket medför att det inte finns (egen understrykning) någon avtalsenlig förpliktelse för emittenten att erlägga ett variabelt antal (egen understrykning) av företagets egna egetkapitalinstrument, eller
  - ii. ett derivat som endast kommer (egen understrykning) att regleras genom att emittenten byter ett fastställt kontantbelopp eller annan finansiell tillgång mot ett fastställt antal (egen understrykning) av företagets egna egetkapitalinstrument. För detta ändamål utgör teckningsrätter, optioner eller teckningsoptioner för att förvärva ett fastställt antal av företagets egetkapitalinstrument för ett fastställt kontantbelopp i vilken som helst valuta egetkapitalinstrument om företaget erbjuder teckningsrätterna, optionerna eller teckningsoptionerna i proportionella andelar till alla sina befintliga ägare till samma slag av egenkapitalinstrument som inte är derivatinstrument. I detta syfte ingår inte i ”emittentens egna egetkapitalinstrument” instrument som har alla de egenskaper och uppfyller de villkor som anges i punkterna 16 A och 16 B eller punkterna 16 C och 16 D, eller instrument som i sig själva är avtal om framtida mottagande och leverans av emittentens egna egetkapitalinstrument.

En avtalsenlig förpliktelse, inklusive sådan som uppkommit från ett derivat, som kommer eller kan komma att resultera i ett framtida erhållande eller erläggande av emittentens egna egetkapitalinstrument, men som inte uppfyller villkoren under a och b ovan, är inte ett egetkapitalinstrument. Undantag är att ett instrument som kan definieras som en finansiell skuld klassificeras som egetkapitalinstrument om det har de egenskaper och uppfyller de villkor som anges i punkterna 16 A och 16 B eller punkterna 16 C och 16 D.”

5. Undantaget i punkterna 16 A och B innebär att ett instrument som är inlösbart på ägarens begäran genom att emittenten har en avtalsenlig förpliktelse att återköpa eller lösa in instrumentet mot kontanter eller en annan finansiell tillgång ska klassificeras som ett egetkapitalinstrument om det har följande egenskaper:

- a) Ägaren har rätt till en proportionell andel av företagets nettotillgångar om företaget träder i likvidation.
- b) Instrumentet tillhör den instrumentklass som är underordnat alla andra instrumentklasser.
- c) Instrumenten i den instrumentklass som är underordnad alla andra instrumentklasser ska ha samma egenskaper. T.ex. den metod som används för att fastställa återköps- eller inlösenvärdet ska vara densamma för alla instrument i klassen.
- d) Instrumentet får inte, med bortseende från den avtalsenliga förpliktelsen för emittenten att återköpa eller inlösa instrumentet mot kontanter eller annan finansiell tillgång, medföra förpliktelse att till ett annat företag erlägga kontanter eller annan finansiell tillgång eller byta finansiell tillgång eller finansiell skuld på villkor som kan vara oförmånliga. Det får inte heller komma eller kan komma att regleras med egna egetkapitalinstrument enligt b i definitionen av en finansiell skuld.

e) Det totala förväntade kassaflödet som kan hänföras till instrumentet ska basera sig på resultat, förändring i nettotillgångar eller förändring av det verkliga värdet på redovisade och oredovisade nettotillgångar.

Slutligen får inte emittenten ha några andra finansiella instrument eller avtal som har egenskaper enligt punkt e ovan och som har effekt att i betydande omfattning begränsa eller fastställa residualavkastningen till innehavarna av de inlösbara instrumenten.

6. Undantaget i punkterna 16 C och D innebär att ett instrument eller delar av ett instrument med en förpliktelse att vid likvidation överlämna en proportionell andel av företagets nettotillgångar ska klassificeras som ett egetkapitalinstrument om det har samma egenskaper som i punkten 5 a) – c) ovan, med den skillnaden att med identiska egenskaper i punkt c menas att alla instrument i den instrumentklassen ska ha identiska avtalsenliga förpliktelser att vid likvidation överlämna en proportionell andel av nettotillgångarna.

Slutligen får inte emittenten ha några andra finansiella instrument eller avtal som har egenskaper enligt punkten 5 e) ovan och som har effekt att i betydande omfattning begränsa eller fastställa residualavkastningen till innehavarna av de inlösbara instrumenten.

7. Av punkt 17 framgår att:

”Med undantag av de omständigheter som beskrivs i punkterna 16 A och 16 B eller punkterna 16 C och 16 D är det som skiljer en finansiell skuld från ett egetkapitalinstrument förekomsten av en avtalsenlig förpliktelse för den part som emitterat instrumentet (emittenten) att antingen erlagga kontanter eller annan finansiell tillgång till motparten (ägaren) eller att byta finansiella tillgångar eller finansiella skulder med ägaren utifrån villkor som kan vara oförmånliga för emittenten. Även om ägaren av ett egetkapitalinstrument kan ha rätt till en proportionell andel av eventuella utdelningar har emittenten ingen avtalsenlig förpliktelse att lämna utdelning eftersom emittenten inte kan åläggas att erlagga kontanter eller annan finansiell tillgång till annan part.”

8. Enligt punkt 18 ska:

”Ett finansiellt instruments klassificering i företagets rapport över finansiell ställning beror på den ekonomiska innebörden av de villkor som gäller för instrumentet, inte den juridiska formen. Normalt sammanfaller den ekonomiska innebörden och den juridiska formen, men inte alltid. Vissa finansiella instrument är juridiskt utformade som eget kapital men deras ekonomiska innebörd är skulder och andra instrument kan kombinera villkor som är utmärkande för egetkapitalinstrument med sådana som är utmärkande för finansiella skulder. Exempelvis

a) en preferensaktie som innehåller villkor som antingen förpliktigar emittenten att lösa in aktien till ett fastställt eller fastställbart belopp vid en fastställd eller fastställbar tidpunkt eller som ger ägaren rätt att kräva att emittenten löser in instrumentet till ett fastställt eller fastställbart belopp vid en viss tidpunkt eller därefter, är en finansiell skuld, och

b) ett finansiellt instrument som ger ägaren rätt att kräva att emittenten återlöser instrumentet mot kontanter eller mot annan finansiell tillgång (ett ”inlösbart instrument”) är en finansiell skuld, med undantag av de instrument som klassificeras som egetkapitalinstrument enligt punkterna 16 A och 16 B eller punkterna 16 C och 16 D....”

9. Vidare framgår det av punkt 19 att:

”Om ett företag inte har en ovillkorlig rättighet att undgå att erlægga kontanter eller annan finansiell tillgång för att reglera en avtalsenlig förpliktelse, uppfyller förpliktelsen definitionen av en finansiell skuld med undantag av de instrument som klassificeras som egetkapitalinstrument enligt punkterna 16 A och 16 B eller punkterna 16 C och 16 D....”

10. Av punkt 21 framgår att ett avtal inte är ett egetkapitalinstrument enbart för att reglering kan ske med företagets egetkapitalinstrument. Har företaget en avtalsenlig rättighet eller förpliktelse att erhålla eller erlægga ett antal egna egetkapitalinstrument som varierar så att det verkliga värdet på egetkapitalinstrumenten motsvarar beloppet för den avtalsenliga rättigheten eller förpliktelsen är avtalet en finansiell skuld. Ett sådant avtal utgör en finansiell skuld eftersom avtalet regleras med ett variabelt antal egetkapitalinstrument. Därmed innebär inte avtalet en residual rätt i företagets tillgångar efter avdrag för skulderna.

11. Av punkt 25 framgår det att är det en ovillkorad rätt för emittenten att undvika att reglera avtalet så är det ett egetkapitalinstrument.

12. Punkt 28 behandlar sammansatta instrument. Där framgår att:

”Emittenten av ett finansiellt instrument som inte är ett derivat ska utvärdera det finansiella instrumentets villkor för att fastställa huruvida det innehåller både en skuld- och en egetkapitaldel. Sådana delar ska klassificeras var för sig som finansiella skulder, finansiella tillgångar eller egetkapitalinstrument enligt punkt 15.”

13. Sammanfattningsvis ska ett finansiellt instrument som har avtalsenliga villkor som innebär att kontanter ska betalas, finansiella tillgångar eller skulder bytas på ett eventuellt ogynnsamt villkor eller någon form av finansiella instrument lämnas ut som inte innebär en residual rätt i det egna kapitalet redovisas som skuld. För att ett instrument ska redovisas som ett egetkapitalinstrument ska avtalet innebära att instrumentet representerar en residual rätt i emittentens tillgångar efter avdrag för skulder. Därutöver ska följande villkor normalt vara uppfyllda:

- Det ska vara efterställt alla skulder
- Det ska inte förfalla till betalning
- Återbetalning ska endast ske på emittentens initiativ
- Det ska inte medföra några tvingande löpande betalningar

14. Definitionen på ett egetkapitalinstrument innebär att en preferensaktie med villkor om tvingande utdelningar enligt IAS 32 ska redovisas som skuld. Det beror på att emittenten har en förpliktelse att överföra finansiella tillgångar. En preferensaktie med villkor att den ska lösas in vid viss tidpunkt eller när ägaren begär det ska redovisas som en finansiell skuld eftersom emittenten därmed har en förpliktelse och är tvungen att vid begäran överföra finansiella tillgångar. Enligt ÅRL utgör en preferensaktie eget kapital. Ett företag kan inte klassificera ett finansiellt instrument som skuld om det enligt ÅRL utgör eget kapital. Därför finns det i RFR 2, Redovisning för juridisk person, ett undantag från denna punkt i IAS 32. Av undantaget framgår att IAS 32 ska tillämpas såvida det inte strider mot gällande lag. Om det inte strider mot gällande lag ska den ekonomiska innebörden styra klassificeringen.

Det är enligt undantaget inte tillåtet att klassificera ett finansiellt instrument som enligt ÅRL utgör eget kapital som en skuld under åberopande av IAS 32.

### **7.2.3 Klassificering enligt RR 27 Finansiella instrument: Upplysningar och klassificering**

I huvudsak överensstämmer RR 27 med IAS 32. IAS 32 kräver en redovisning enligt den ekonomiska innebörden av de villkor som gäller för instrumentet och inte enligt den juridiska formen. I RR 27 har detta krav tagits bort vad gäller preferensaktier då Redovisningsrådet bedömt att detta inte är förenlig med ÅRL. I övrigt så hänvisas till vad som ovan står om IAS 32.

### **7.2.4 Klassificering enligt utkastet till K 3, kapitel 22 Skuld och eget kapital**

1. Utkastet till K 3 bygger på IFRS för Small and Medium-sized Entities som är en ”lightversion” av full IFRS och ska tillämpas av mindre och medelstora företag inom IFRS-normgivningen. Det innebär att det är stora likheter mellan utkastet till K 3 och IAS 32. Det bör observeras att det för närvarande endast finns ett utkast till allmänt råd.

2. I utkastet definieras ett egetkapitalinstrument som varje form av avtal som innebär en residual rätt i ett företags tillgångar efter avdrag för alla dess skulder.

3. Eget kapital klassificeras som ett företags redovisade tillgångar efter avdrag för samtliga redovisade skulder. En skuld är en befintlig förpliktelse för företaget till följd av inträffade händelser och som förväntas ge upphov till ett utflöde av resurser som innefattar ekonomiska fördelar. Eget kapital består framför allt av medel som tillskjutits av ägarna samt vinster och förluster efter avdrag för utdelning och återbetalning av tillskott till ägarna.

4. Ett företag får inte klassificera ett finansiellt instrument som skuld om det enligt bilaga 1 till ÅRL utgör eget kapital, t.ex. preferensaktier med särskilda villkor. Även medlemmars andel i en ekonomisk förening och liknande instrument ska därför klassificeras som eget kapital.

5. Av tredje stycket i kommentaren till punkt 22.4 i utkastet framgår att vissa finansiella instrument ska, trots att de motsvarar definitionen av en skuld (en skuld är en befintlig förpliktelse till följd av inträffade händelser och som förväntas ge upphov till ett utflöde av resurser som innefattar ekonomiska fördelar), klassificeras som eget kapital eftersom de representerar en residual rätt i företagets nettotillgångar. Dessa instrument är av följande två slag:

”A. Ett inlösbart instrument som ger innehavaren rätt att sälja tillbaka instrumentet till emittenten i utbyte mot likvida medel eller annan finansiell tillgång eller som automatiskt inlöses eller återköps av emittenten om en osäker framtida händelse inträffar eller om innehavaren av instrumentet avlider eller går i pension ska klassificeras som eget kapital om det har samtliga följande egenskaper och villkor:

- Det ska ge innehavaren rätt till en proportionell andel av företagets nettotillgångar om företaget träder i likvidation.

- Instrumentet ska tillhöra den instrumentklass som är underordnad alla andra instrumentklasser.
  - Alla instrument i den instrumentklass som är underordnad alla andra instrumentklasser ska ha identiska egenskaper.
  - Instrumentet ska inte medföra några avtalsenliga förpliktelser, utöver återköp eller inlösen, att erlægga likvida medel eller annan finansiell tillgång till ett annat företag eller att byta finansiella tillgångar eller finansiella skulder med ett annat företag på villkor som kan vara oförmånliga för företaget och det är inte heller fråga om ett avtal som kommer att eller kan komma att regleras i företagets egna egetkapitalinstrument.
  - De totala förväntade kassaflödena som kan hänföras till instrumentet under dess livslängd ska baseras huvudsakligen på resultatet, förändringen av redovisade nettotillgångar eller förändringen av det verkliga värdet av företagets redovisade och oredovisade nettotillgångar under instrumentets livslängd, exklusive instrumentets eventuella effekter.
- B. Ett instrument, eller delar av ett instrument, som är underordnat alla andra instrumentklasser om det innebär att företaget åläggs en förpliktelse att ge ut en proportionell andel av företagets nettotillgångar till någon annan endast om företaget träder i likvidation.”

6. Vidare framgår det av fjärde stycket i kommentaren till punkt 22.4 i utkastet att klassificeringen ska baseras på instrumentets ekonomiska innebörd, vilken kan skilja sig från den juridiska formen. Under förutsättning att ÅRL inte kräver annat, vilket är fallet när det gäller t.ex. preferensaktier under vissa särskilda villkor, ska ett instrument klassificeras som skuld, t.ex. om:

- ” • dess andel av företagets nettotillgångar vid en likvidation är begränsat till ett maximalt belopp (det vill säga ett tak),
- innehavaren till ett inlösbart instrument har rätt till ett belopp som har värderats på annat sätt än enligt det allmänna rådet (t.ex. enligt god redovisningssed i ett annat land),
- det förpliktar företaget att betala innehavaren före en likvidation, t.ex. som en obligatorisk utdelning, eller
- det innehåller villkor som antingen förpliktigar emittenten att lösa in instrumentet till ett fastställt eller fastställbart belopp vid en fastställd eller fastställbar tidpunkt eller som ger innehavaren rätt att kräva att emittenten löser in instrumentet till ett fastställt eller fastställbart belopp vid en viss tidpunkt eller därefter.”

7. Vid utfärdandet av konvertibla skuldinstrument eller liknande sammansatta finansiella instrument som består av både en skuldkomponent och en egetkapitalkomponent fördelas likviden mellan skuldkomponenten och egetkapitalkomponenten. Skuldbeloppet fastställs till det verkliga värdet för en liknande skuld som saknar rätt till konvertering. Överskjutande belopp utgör egetkapitalkomponenten. Transaktionskostnaderna fördelas mellan skuldkomponenten och egetkapitalkomponenten utifrån deras relativa värden.

8. Sammanfattningsvis kan man konstatera att utkastet till K 3 när det gäller klassificeringen mellan skuld och eget kapital är en förenklad IAS 32 med tillägg för undantagen i RFR 2.

## 7.2.5 Särskilt om finansiella företag

1. De finansiella företagen ska följa FI:s föreskrifter och allmänna råd. Att följa FI:s föreskrifter och allmänna råd innebär att de finansiella företagen även ska följa IFRS/IAS och rekommendationerna från Rådet för finansiell rapportering om inget annat krävs enligt lag eller följer av bestämmelser i föreskrifter och allmänna råd från FI.

2. När det gäller klassificering av skuld respektive eget kapital ska de finansiella företagen, liksom övriga företag som tillämpar IFRS/IAS, följa IAS 32. Enligt Finansinspektionens föreskrift och allmänna råd om årsredovisning i kreditinstitut och värdepappersbolag FFFS 2008:25, 2 kap. punkt 2) ska dock undantaget från IAS 32 i RFR 2 om klassificering av ett finansiellt instrument såsom skuld respektive eget kapital tillämpas. Undantaget innebär att den ekonomiska innebörden inte kan följas om den strider mot gällande lag. Av Finansinspektionens föreskrift och allmänna råd om årsredovisning i försäkringsföretag FFFS 2008:26 framgår det i 2 kap. punkt 4 h) att undantaget från IAS 32 om klassificering av ett finansiellt instrument såsom skuld respektive eget kapital inte ska tillämpas. Istället ska punkt 3 b) tillämpas. Av punkt 3 b) framgår att redovisningen av ett instrument eller dess delar som skuld eller eget kapital i enlighet med den ekonomiska innebörden av villkoren inte ska tillämpas av utgivaren till den del instrumentet avser vad som ska klassificeras som ett eget kapital enligt lag eller annan författning, se 5 kap. 4 § lagen om årsredovisning i försäkringsföretag och 5 kap. 14 och 15 §§ årsredovisningslagen. Utgivaren ska däremot till skillnad mot undantaget i RFR 2 i en not lämna upplysningar om klassificeringen i enlighet med den ekonomiska innebörden.

3. Vissa försäkringsföretag kan enligt Bilaga 1 Uppställningsform för balansräkningen i FFFS 2008:26 klassificera och redovisa ett kapitalandelslån och vinstandelslån som antingen eget kapital eller skuld. Det som avgör klassificeringen är instrumentets egenskaper. Vidare kan ett försäkringsföretag enligt Bilaga 1 inneha efterställda skulder som en egen post i balansräkningen. Där redovisas skulder som vid händelse av likvidation eller konkurs ska återbetalas först efter att övriga borgenärer tillgodogjorts och transaktionen som sådan inte uppfyller villkor för att redovisas som eget kapital.

4. När det gäller de finansiella företagens kapitaltäckningsregler och solvensregler hänvisas till avsnitt 3.4.2 ovan.

## 7.2.6 Sammanfattande slutsatser

1. När redovisningsrätten klassificerar något som en skuld eller eget kapital är det i första hand den ekonomiska innebörden av avtalet som är en avgörande faktor och inte rubriceringen eller avtalets juridiska form. Några av huvudkriterierna för att ett instrument ska klassificeras som ett egetkapitalinstrument är att det finns en residual rätt i det egna kapitalet och att emittenten styr över avkastningen och återbetalningen. När det gäller skuldinstrument däremot bestämmer inte emittenten över dessa komponenter. Emittenten har normalt ett åtagande att betala ett förutbestämt belopp och det föreligger ingen residual rätt i det egna kapitalet.

2. Den ekonomiska innebörden kan dock inte följas om den strider mot gällande lag. Det är därför inte tillåtet att klassificera t.ex. en preferensaktie, som enligt ÅRL utgör eget kapital, som skuld med åberopande av IAS 32. Av ÅRL framgår det på en övergripande nivå vilka olika poster det egna kapitalet består av. Normgivningen preciserar sedan hur klassificering och värdering ska gå till.

## **7.3 Skatterättsligt**

### **7.3.1 Inledning**

1. Hybridinstrument konstrueras för att ha både vissa särdrag som är typiska för skuldinstrument och andra särdrag som är typiska för egetkapitalinstrument. För att avgöra hur den löpande avkastningen samt en eventuell avyttring ska beskattas måste instrumentet fogas in i det skatterättsliga regelverket. När det gäller aktier eller konvertibler emitterade av ett svenskt aktiebolag är problemen normalt sett inte så stora eftersom det finns ett associationsrättsligt regelverk som reglerar dessa instrument och skattelagstiftningen är uppbyggd utifrån det. För utländska instrument blir problemen större eftersom de kan innehålla komponenter som skiljer sig från de svenska motsvarigheterna. Det kan också vara svårt att avgöra om det finns en svensk motsvarighet och vad den i så fall ska vara. Ändå måste Skatteverket ta ställning till vad det är fråga om för instrument och hur beskattning ska ske.

2. I avsnitt 7.3.2 behandlas i vad mån det finns skatterättsliga regler som riktar sig mot hybridinstrument samt vilken vägledning det annars går att få från skattelagstiftningen när det gäller klassificeringen och beskattningen av hybridinstrument. De skatteregler som kan vara aktuella att tillämpa på hybridinstrument finns i inkomstskattelagen och kupongskattelagen. I avsnitt 7.3.3 redogörs för viss rättspraxis som gäller klassificeringsfrågor.

3. I inkomstslaget näringsverksamhet finns särskilda skattemässiga regler för kapitalvinster och kapitalförluster vid avyttring av kapitaltillgångar. Med kapitaltillgångar avses andra tillgångar i näringsverksamheten än lagertillgångar m.m. (25 kap. 3 § andra stycket IL). Finansiella instrument som utgör omsättningstillgångar (lagertillgångar) omfattas således inte av kapitalreglerna. Av tidsskäl har gruppen inte tittat på skattereglerna för omsättningstillgångar och tar därför inte upp vad som gäller för företag som redovisar hybridinstrument som lager. Den följande redogörelsen avser därför skatteregler avseende instrument som utgör kapitaltillgångar.

### **7.3.2 Lagstiftning**

#### **7.3.2.1 Vissa begrepp saknar definition**

I inkomstskattelagen används begreppen fordran, skuld, aktie, andel, kapitaltillskott, ränta och utdelning. Som sagts i avsnitt 4.1 p. 2 finns det emellertid ingen definition i skattelagstiftningen av vad som ur kapitaltillhandahållarens perspektiv är en fordran respektive ett kapitaltillskott

(genom aktieteckning eller utan aktieteckning) till det bolag som mottagit kapitalet eller vad som ur kapitalmottagarens perspektiv är en skuld eller ett kapitaltillskott. Inte heller finns det någon definition av vad som är ränta eller utdelning i skattelagstiftningen.<sup>41</sup> I inkomstskattelagen används således begreppen fordran, skuld, aktie, andel, kapitaltillskott, ränta och utdelning som allmänna begrepp utan någon definition. Fråga uppkommer då om det går att få ledning från de skatteregler som avser dessa företeelser.

### 7.3.2.2 Delägar rätt och fordrings rätt

1. I 48 kap. IL görs en uppdelning av de finansiella instrumenten i delägar rätt och fordrings rätt. Med delägar rätt avses aktie m.m. samt annan tillgång med liknande konstruktion eller verknings sätt (48 kap. 2 § första stycket IL). Bestämmelserna om delägar rätt tillämpas också på vinstandelsbevis och kapitalandelsbevis som avser lån i svenska kronor, konvertibler i svenska kronor m.m. samt annan tillgång med liknande konstruktion eller verknings sätt (48 kap. 2 § andra stycket IL). Med svensk fordrings rätt avses fordran i svenska kronor (48 kap. 3 § IL) och med utländsk fordrings rätt avses fordran i utländsk valuta (48 kap. 4 § IL).

2. Uppdelningen i delägar rätt och fordrings rätt har betydelse för kapitalvinst/kapitalförlustberäkningen, exempelvis vad gäller avdrag för kapitalförluster. Uppdelningen härrör till stora delar från 1990 års skattereform.<sup>42</sup> Skattereformen medförde att endast 70 % av en kapitalförlust på aktier fick kvittas mot utdelning. Kapitalförluster på marknadsnoterade fordringar fick däremot kvittas fullt ut mot ränteinkomster. Därför ansågs det viktigt att alla finansiella instrument som hade en värdeförändring som liknar aktiens skulle beskattas på samma sätt som aktier. Av samma anledning skulle instrument som utgjorde förstadier till aktier (interimsbevis, delbevis och teckningsrättsbevis) beskattas som aktier.<sup>43</sup>

3. Uppdelningen mellan delägar rätt och fordrings rätt har dock ingen betydelse för den allmänna klassificeringen av vad som å ena sidan är fordran/skuld och å andra sidan är tillskott/eget kapital. En konvertibel i svenska kronor behandlas således skattemässigt som en delägar rätt medan en konvertibel i utländsk valuta behandlas som en utländsk fordrings rätt. Motsvarande gäller för vinstandelsbevis och kapitalandelsbevis. Samma instrument kan således få olika skattemässig behandling beroende på i vilken valuta det är utställt. Enligt aktiebolagslagens definition av konvertibel är det en skuldförbindelse (11 kap. 4 § ABL). Den skattemässiga behandlingen av konvertibeln som delägar rätt innebär inte att det utgör ett eget kapitalinstrument.

---

<sup>41</sup> Inkomstskattelagen innehåller bestämmelser om att vissa belopp ska behandlas som ränta respektive utdelning. Det gäller exempelvis räntekompensation som ska behandlas som ränta (42 kap. 8 § IL) och skattetillgodohavande som ska behandlas som utdelning (42 kap. 24 § IL). Bestämmelserna ger dock inga besked om vad som allmänt sett är ränta respektive utdelning och kan därför inte användas som ledning vid klassificeringen av hybridinstrument och dess avkastning.

<sup>42</sup> Termerna delägar rätt och fordrings rätt infördes dock genom IL.

<sup>43</sup> Prop. 1989/90:110 s. 430 f.



4. För att avgöra om ett finansiellt instrument skattemässigt ska behandlas som en delägarrätt eller en fordringsrätt måste man först ha avgjort om det är fråga om en aktie, konvertibel, fordran osv. Den grundläggande klassificeringen av instrumentet som sådant måste redan vara gjort innan det går att avgöra den skattemässiga behandlingen (delägarrätt/fordringsrätt).

5. Uppdelningen i inkomstskattelagen på delägarrätter och fordringsrätter har inte heller någon avgörande betydelse för hur den löpande avkastningen ska behandlas. Exempelvis behandlas en konvertibel i svensk valuta som en delägarrätt men den löpande avkastningen på instrumentet anses vara ränta.

### 7.3.2.3 Definition av ränta

1. Som nämnts ovan finns ingen definition av ränta i skattelagstiftningen. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat följande i RÅ 2001 ref. 21 I i en fråga som gällde gränsdragningen mellan ränta och kapitalvinst på fordringar.

”Begreppet ränta är inte definierat i skattelagstiftningen och det är över huvud inte rättsligt klart definierat. I vid mening avses med ränta all avkastning på en fordran. I mer inskränkt betydelse förstås med ränta avkastning på fordringar som beräknas på grundval av kredittiden och kreditbeloppet. I skattesammanhang har man i fråga om avkastningen på en fordran i regel - i nära anslutning till det sistnämnda synsättet - skilt mellan ränta och kapitalvinst (realisationsvinst). Därvid har till kapitalvinst hänförts sådan avkastning som inte beror på och kan beräknas på grundval av låneavtalet och till ränta följaktligen annan avkastning. Skillnaden har också uttryckts så att som kapitalvinst betecknats oförutsedd värdestegring och som ränta förutsedd värdestegring eller ersättning (se bl.a. RÅ 1997 ref. 44, prop. 1989/90:110 s. 459 och SOU 1997:27 s. 106 f.).”

2. Uttalandet har betydelse just när det gäller gränsdragningen mellan ränta och kapitalvinst på fordringar.<sup>44</sup> Däremot är det inte till någon vägledning när det gäller gränsdragningen mellan ränta och utdelning, vilket ofta är det som är aktuellt i hybridsammanhang.

### 7.3.2.4 Definition av utdelning

Det finns inte heller någon definition i skattelagstiftningen av begreppet utdelning. En allmän utgångspunkt i skatterätten är att uttryck med ursprung i annan rätt än skatterätten, t.ex. associationsrätten, har samma innebörd i skatterätten som det har i den aktuella rätten. Bestämmelser om vinstutdelning och andra former av värdeöverföringar finns i aktiebolagslagen. De skatterättsliga bestämmelserna om utdelning tar inte bara sikte på av bolagsstämman beslutad utdelning utan även förmåner som en aktieägare på annat sätt får på grund av aktieinnehav, s.k. förtäckt utdelning (se bl.a. RÅ 2004 ref. 1).

---

<sup>44</sup> Denna gränsdragning kan eventuellt vara av intresse i ett fall där ett annat land bedömer t.ex. avkastning, inte som ränta, utan som kapitalvinst eller tvärt om och denna olika bedömning medger skattearbitrage. Så var tidigare fallet beträffande dansk bedömning av vissa konvertibla skuldebrev, där Danmark under vissa förutsättningar bedömde allt som skattefri kapitalvinst, medan avdrag för räntebetalning medgavs i Sverige. Danmark har dock numera enligt uppgift ändrat sin lagstiftning, så att denna arbitragemöjlighet tagits bort. Denna gränsdragning kommer därför inte att ägnas särskild uppmärksamhet i denna rapport.

### 7.3.2.5 Gränsdragningen mellan ränta och utdelning

Det finns en hel del rättspraxis avseende utdelningsbeskattning av olika former av värdeöverföringar från aktiebolag till dess ägare. Det finns däremot få rättsfall som rör frågan om gränsdragningen mellan ränta och utdelning. Ett sådant är emellertid RÅ83 1:55. Aktieägare i SEB erbjöds att öppna särskilda sparkonton med något förhöjd ränta. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg inte att räntan på kontot till någon del skulle betraktas som utdelning. Rättsfallet är av intresse för att avgöra om ”öVERRÄNTA” på ett skuldinstrument ska beskattas som utdelning när innehavaren även är aktieägare i det låntagande bolaget. Det ger däremot inte någon ledning för den grundläggande klassificeringen av ett hybridinstrument och frågan om dess avkastning utgör ränta eller utdelning.

### 7.3.2.6 Finansiella instruments odelbarhet

1. I praxis har inom kapitalvinstbeskattningen etablerats en *princip om sammansatta finansiella instruments odelbarhet*.<sup>45</sup> Något förenklat kan sägas att sammansatta finansiella instrument är instrument som till sin natur består av olika beståndsdelar, t.ex. en fordran/skuld i nominellt belopp och olika sorters derivat. Om det avtalspaket som instrumentet innebär är av sådant slag att de enskilda komponenterna inte kan avyttras för sig så innebär principen om odelbarhet att instrumentet i sin helhet klassificeras enhetligt och att man inte delar upp det i sina enskilda beståndsdelar. Detta medför att instrumentet klassificeras t.ex. som delägarrätt eller fordringsrätt enligt inkomstskattelagen. Vidare att vinster och förluster vid avyttring eller avslut behandlas enhetligt och samlat. Klassificeringen kan även påverka vad som kan bedömas vara kapitalvinst respektive ränta eller annan avkastning på tillgångar. Uppdelningen mellan kapitalvinst och ränta i detta sammanhang brukar normalt göras enligt tumregeln att till kapitalvinst hänförs oförutsedda värdestegringar och till ränta förutsedda värdestegringar eller ersättningar.<sup>46</sup>

2. Enligt gruppens bedömning torde principen om finansiella instruments odelbarhet vid kapitalvinstbeskattningen vara tillämplig även på hybridinstrument. Frågan om det är möjligt att dela upp den löpande avkastningen i olika beståndsdelar har, såvitt gruppen känner till, inte varit föremål för prövning. Gruppen har av tidsskäl inte heller diskuterat den frågan.

### 7.3.2.7 Vinstandelslån

1. Ett instrument som kan användas som hybridinstrument är vinstandelslån. Med vinstandelslån förstås i allmän mening ett lån som ett aktiebolag tar upp där räntan är beroende av det låntagande bolagets vinst eller utdelning. Den civilrättsliga regleringen finns i 11 kap. 11 § ABL men är enbart en reglering

---

<sup>45</sup> Ett uttryckligt undantag från denna princip görs i 48 kap. 14 § IL gällande skuldebrev förenat med en köp- eller teckningsoption. Anskaffningsutgiften för sådana instrument ska delas upp. En del hänförs till skuldebrevet (motsvarande marknadsvärdet på detta vid förvärvet) och resterande del till optionen. Ett annat undantag är RÅ 2001 ref. 21 där beskattningen av en ”omvänd konvertibel” delades upp i en räntedel och en kapitalvinstdel.

<sup>46</sup> Se en fördjupning om detta bl.a. artikel i SvSkT 2003 nr 8 s. 603-627 av Jörgen Grönlund.

av hur beslut om att ta upp ett vinstandelslån ska fattas. Ordet vinstandelslån nämns inte i ABL utan lånet betecknas som ett lån där storleken av den ränta som ska löpa på lånet ska öka om bolagets vinst eller utdelningen till aktieägarna ökar.

2. Sedan 1977 finns skatterättslig reglering av vinstandelslånen. Definitionen finns i 24 kap. 5 § andra stycket IL. Med vinstandelslån avses ett lån med ränta som helt eller delvis är vinstandelsränta. Med vinstandelsränta avses ränta vars storlek är beroende av det låntagande företags utdelning eller vinst.

Avdragsrätten för ränta på vinstandelslån regleras i 24 kap. 5-10 §§ IL. På grund av vinstandelsröntans utformning finns begränsningar i avdragsrätten för att förhindra avdrag för vad som i egentlig mening utgör utdelning. Om lånet bjuds ut på den allmänna marknaden är vinstandelsröntan avdragsgill men avdrag medges inte för fåmansföretags betalningar till andelsägare, företagsledare, företag i intressegemenskap m.m. Vid riktade emissioner är huvudprincipen att vinstandelsränta till andelsägare, företag i intressegemenskap, företagsledare m.m. inte är avdragsgill.

3. Lagstiftaren har således gjort en skatterättslig reglering där avdrag inte medges i sådana fall där det finns risk för att vinstandelsröntan egentligen är utdelning. Högsta förvaltningsdomstolen har i en dom 2012-02-20 (mål nr 4510-11) funnit att en förutsättning för att avdrag ska medges som för ränta dessutom är att det ska anses vara fråga om en ersättning för kredit. Om räntevillkoren har utformats på ett för långivaren förmånligt sätt, och detta beror på förhållanden som inte har med lånet att göra, kan avdrag inte medges för hela beloppet som en kostnad för den erhållna krediten. Om avdrag kan medges på annan grund prövades inte.

4. Det finns ingen bestämmelse i inkomstskattelagen om hur mottagaren av röntan ska beskattas. Av förarbetena till lagstiftningen framgår att vinstandelsröntan ska betraktas som ränta för borgenären även om det låntagande bolaget inte fått avdrag. Regeringen anger att det vore möjligt att betrakta vinstandelsröntan som utdelning för mottagaren men att en sådan ordning skulle komplicera regelsystemet och skapa vissa svårigheter vid tillämpningen.<sup>47</sup> Vad komplikationerna och tillämpningssvårigheterna består i framgår inte.

5. Vid en avyttring anses ett vinstandelslån i svenska kronor vara en delägarrätt medan ett vinstandelslån i utländsk valuta anses vara en utländsk fordringsrätt (48 kap. 2 och 4 §§ IL).

### **7.3.2.8 Kapitalandelslån**

1. Ett annat instrument som kan användas som hybridinstrument är kapitalandelslån. I dess renodlade form utgår ingen ränta. I stället är det lånets kapitalbelopp som varierar med hänsyn till det låntagande bolagets utdelning eller vinst. Det var under många år förbjudet för svenska aktiebolag att emittera kapitalandelslån men en sådan möjlighet infördes 2005 i

---

<sup>47</sup> Prop. 1976/77:93 s. 30

aktiebolagslagen. Bestämmelsen finns i 11 kap. 11 § ABL tillsammans med vinstandelslånen. Inte heller ordet kapitalandelslån nämns i ABL utan lånet betecknas som ett lån där det belopp som ska återbetalas ska öka om bolagets vinst eller utdelningen till aktieägarna ökar.

2. Skatterättsligt anses ett kapitalandelslån vara en delägarrätt om det är utställt i svenska kronor och en utländsk fordringsrätt om det är utställt i utländsk valuta (48 kap. 2 och 4 §§ IL). Det finns dock ingen definition av kapitalandelslån i IL. Kapitalvinst som uppkommer när en låntagare löser in ett kapitalandelslån är skattefri (48 kap. 6 b § IL och här används begreppet kapitalandelsbevis). Som en följd därav är en kapitalförlust vid inlösen inte heller avdragsgill (44 kap. 2 § IL).

3. Reglerna har motiverats på följande sätt. ”Med utgångspunkten att kapitalandelslånet, trots sin form av förpliktelse, till sin karaktär i flera avseenden liknar en aktie utan rösträtt, finns det enligt regeringen dock skäl att i stället - och i likhet med vad som gäller för återköp av egna aktier - tillämpa en ordning som innebär att det låntagande företaget inte skall ta upp en kapitalvinst respektive dra av en kapitalförlust på lånet. Ett avdragsförbud för kapitalförluster bör kompletteras med en regel som motverkar kringgåenden genom användningen av olika derivatstrategier.”<sup>48</sup>

4. För långgivaren finns inte motsvarande undantag från beskattning utan allmänna regler gäller om att en kapitalvinst vid inlösen är skattepliktig och en kapitalförlust avdragsgill.

### **7.3.2.9 Kupongskattelagen**

1. Kupongskattelagen är tillämplig på utdelning på aktie i svenskt aktiebolag när mottagaren är begränsat skattskyldig. Med utdelning jämställs vissa andra utbetalningar till aktieägare i samband med minskning av aktiekapitalet, utskiftning, fusion m.m.

2. Ur hybridsynpunkt torde kupongskattelagen inte vara något problem från svensk synvinkel. Det är klart vad som är en aktie i ett svenskt aktiebolag. Det kan vara oklart om vissa utbetalningar kan anses vara förtäckt utdelning och därför omfattas av kupongskattelagen men det är ett generellt problem och har inget med hybridinstrument att göra. Kupongskattelagen ger ingen ledning för bedömningen av vad som är ett skuldinstrument eller egetkapitalinstrument eller gränsdragningen mellan ränta och utdelning. Den omständigheten att en svensk preferensaktie skulle kunna ses som ett skuldinstrument i annat land leder inte till skattearbitrage eftersom det inte ges avdrag för utbetalningar på sådana aktier i Sverige.

### **7.3.2.10 Vilken vägledning finns i skattelagstiftningen?**

1. När det gäller den skattemässiga behandlingen av hybridinstrument måste bedömningen göras i två steg. Först måste det göras en bedömning av om instrumentet är ett skuldinstrument eller egetkapitalinstrument och därmed

---

<sup>48</sup> Prop. 2005/06:39 s. 31

också om avkastningen utgör ränta eller utdelning. Därefter görs bedömningen av om räntan/utdelningen är skattepliktig eller avdragsgill samt om instrumentet utgör en delägarrätt eller fordringsrätt vid en avyttring.

2. Beträffande vinstandelslån och kapitalandelslån finns skattemässiga regler i inkomstskattelagen och det finns även en skattemässig definition av vinstandelslån. Gruppen har inte träffat på dessa två instrument i sin kartläggning. Det är därför oklart om det uppkommer problem i gränsoverskridande situationer att tillämpa skattereglerna på dem. För andra typer av hybridinstrument finns inga särskilda skatteregler utan de måste fogas in i regelsystemet efter den klassificering som görs i steg ett.

3. Frågan om skattemässig klassificering av sammansatta finansiella instrument har behandlats av Axel Hilling i doktorsavhandlingen *Income taxation of derivatives and other financial instruments - economic substance versus legal form: a study focusing on Swedish non-financial companies*<sup>49</sup> samt av Mattias Dahlberg i forskningsstudien *Ränta eller kapitalvinst: grundproblem i kapitalinkomstbeskattningen - särskilt vad gäller finansiella instrument i gränlandet mellan lånekapital och eget kapital*<sup>50</sup>. Båda två tar upp problematiken om sammansatta finansiella instrument skattemässigt ska behandlas som delägarrätter eller fordringsrätter och hur löpande avkastning och kapitalvinst ska beskattas. Utgångspunkten för båda två är i huvudsak att det redan är känt vilken typ av instrument det är fråga om och att det utgör en konvertibel, teckningsoption, aktieindexobligation etc. De tar upp vilken skatteregel som är tillämplig (steg två). De går därför inte närmare in på frågan om vad som karakteriserar en fordran/skuld respektive en aktie eller annan typ av egetkapitalinstrument och inte heller vilka faktorer som ska beaktas när man gör en sådan bedömning (steg ett).

4. Gruppen har kommit fram till att när det gäller det första steget med den grundläggande klassificeringen av instrumentet och dess avkastning finns inte mycket ledning att hämta i inkomstskattelagen. Inte heller i Hillings och Dahlbergs avhandlingar finns mycket vägledning att hämta. De tar båda upp steg två, dvs. den skatterättsliga uppdelningen i delägarrätter och fordringsrätter. För att komma till steg två måste det första steget vara avklarat och det tas inte upp av Hilling och Dahlberg. Det första steget, dvs. den grundläggande klassificeringen blir särskilt viktigt när det gäller utländska finansiella instrument. Svenska aktiebolag styrs av regelverket i aktiebolagslagen där det finns bestämmelser om aktier av olika slag, konvertibler, vinstandelslån och kapitalandelslån. För finansiella instrument som emitteras av svenska aktiebolag kan det därför ibland vara lättare att göra den grundläggande klassificeringen. Utländska instrument styrs av andra regelverk som det kan vara mer eller mindre svårt att få information om. Även svenska aktiebolag emitterar ibland instrument som har beteckningar och särdrag som är påverkade av andra länders regelsystem. Detta görs för att anpassa instrumentet till motparten och den skattemässiga behandlingen i det andra landet.

---

<sup>49</sup> Internationella högskolan i Jönköping 2007

<sup>50</sup> Iustus förlag 2011

5. Gruppen har således inte haft någon större vägledning från det skatterättsliga regelverket i arbetet med att komma fram till hur den grundläggande klassificeringen ska göras som är nödvändig för att kunna foga in instrumentet i det skatterättsliga regelverket.

### **7.3.3 Rättspraxis**

#### **7.3.3.1 Inledning**

I detta avsnitt redovisas viss rättspraxis som kan vara av betydelse när det gäller klassificeringen av ett hybridinstrument eller beskattningen av instrumentet. De tre första situationerna gäller möjligheten att anse att något som betecknats som lån i själva verket är ett kapitaltillskott. Därefter följer villkorade aktieägartillskott som behandlas som lån vid tillskottsgivarens beskattning. Slutligen redovisas en situation där ränteavdrag vägrats när det inte fanns en ovillkorlig skyldighet att betala.

#### **7.3.3.2 Underkapitaliserat bolag**

1. I vissa länder finns underkapitaliseringsregler som innebär att ränteavdrag inte medges om skulderna överstiger det egna kapitalet enligt ett visst förhållande. OECD anser det vara både möjligt och tillåtet att använda underkapitaliseringsregler i internprissättningssammanhang. Skattemyndigheterna inte är bundna av parternas klassificering av en närstående transaktion när den ekonomiska innebörden avviker från dess form. Det gäller exempelvis när ett lån i realiteten utgör eget kapital.<sup>51</sup>

2. I RÅ 1990 ref. 34 (Mobil Oil) försökte Skatteverket vägra avdrag för räntor i ett underkapitaliserat svenskt bolag med stöd av korrigeringsregeln för internprissättning (numera i 14 kap. 19 § IL). Högsta förvaltningsdomstolen godtog avdraget och ansåg inte att det fanns grund för att anse beloppet som något annat än en skuld. Sverige har inte underkapitaliseringsregler och oberoende företag ansågs inte finansiera varandra genom riskkapital utan genom lån på marknadsmässiga villkor. Korrigeringsregeln kunde därför inte leda till att skatterättsligt behandla lånet som någon form av aktieägartillskott.

#### **7.3.3.3 Räntefri utlåning till utländskt koncernbolag**

1. I ett flertal fall när Skatteverket beskattat ett svenskt bolag som lånat ut medel räntefritt eller till låg ränta till ett utländskt koncernbolag, har bolaget anfört att det i själva verket varit fråga om ett kapitaltillskott. Kammarrätterna har sett finansieringen som lån och bedömningen har till stor del grundats på hur transaktionerna redovisats i bokföringen.<sup>52</sup> I ett fall har kammarrätten

---

<sup>51</sup> Punkt 3 i kommentaren till artikel 9 i OECD:s modellavtal och punkt 1.65 i OECD:s riktlinjer

<sup>52</sup> KRNS 2007-12-21, mål nr 7739-05, KRNS 2003-04-14, mål nr 331-01, KRNS 2002-10-17, mål nr 8388-1999, KRNS 2001-09-14, mål nr 441-1999, 442-1999, KRSU 2001-05-31, mål nr 3455-1999, KRNG 2000-11-30, mål nr 8634-8636-1998, KRNJ 1997-11 25 mål nr 4289-1996 och KRNS 1997-03-24, mål nr 5974-1995.

resonerat utifrån partsavsikten vid lånets tillkomst.<sup>53</sup> Bolagen har inte i något fall haft framgång med sin argumentering.

2. I ett fall tyder kammarrättens motivering på att den anser att redovisningen styr beskattningen.<sup>54</sup> I övriga fall tyder motiveringarna på att domstolarna sett redovisningen som ett bevisfaktum för att utröna parternas avsikt.

#### **7.3.3.4 Låntagaren saknar återbetalningsförmåga**

1. I aktiebolagsrättslig praxis har i vissa fall lån från ett aktiebolag till aktieägaren behandlats som vinstutdelning om aktieägaren inte haft förmåga att återbetala lånet (NJA 1951 s. 6 och NJA 1990 s. 343). Samma bedömning har gjorts även skattemässigt (RÅ 1998 ref. 9).

2. I den motsatta situationen har kammarrätten ansett att ett lån från moderbolag till dotterbolag närmast varit att jämställa med ett ovillkorat aktieägartillskott (KRNG 2010-09-16, mål nr 1104-09).

3. I kammarrättsdomen anges tydligt att bedömningen görs utifrån den gemensamma partsavsikten vid lånets uppkomst, dvs. obligationsrätten. I domarna från Högsta domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen framgår inte om omklassificeringen enbart har sin grund i aktiebolagsrätten eller om domstolarna även ansett att det inte kunnat finnas en gemensam partsavsikt om återbetalning när sådan förmåga saknas.

#### **7.3.3.5 Villkorade aktieägartillskott**

1. Villkorade aktieägartillskott redovisas hos mottagaren som fritt eget kapital. Utmärkande för ett tillskott är att det ur det tillskottsmottagande bolagets perspektiv inte får finnas några villkor mot bolaget förknippade med tillskottet. Tillskottsmottagaren blir ”ägare” av kapitalet. Inte heller tillskottsgivaren har några krav på bolaget. Dessa grundläggande förutsättningar för ett tillskott gäller såväl s.k. ovillkorliga tillskott som s.k. villkorliga tillskott. Såvitt avser villkorliga tillskott finns ett avtal på delägarnivån, t.ex. om företrädesrätt till utdelning, etc. I skatterättslig praxis har de villkorade tillskotten behandlats jämställt med lån. Men detta gäller bara ur tillskottsgivarens perspektiv. Ur tillskottsmottagande bolagets perspektiv är det ingen skillnad på ovillkorliga och villkorliga tillskott. I båda fallen ”äger” bolaget kapitalet och det får inte finnas några villkor gentemot bolaget.

2. Skatterättsligt har en betalning av kapitaldelen av det villkorade tillskottet behandlats som en återbetalning av lån (RÅ 85 1:10, gällande betalning till tillskottsgivaren själv och RÅ 1988 ref. 65, gällande betalning till den som förvärvat tillskottsgivarens rätt). Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att i skatterättsligt hänseende är utgångspunkterna för bedömningen annorlunda än i aktiebolagsrätten. En förutsättning för att betalningen ska kunna beskattas

<sup>53</sup> KRNG 2000-11-30, mål nr 8634–8636-1998

<sup>54</sup> KRNS 2007-12-21, mål nr 7739-05

som utdelning måste i princip, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, vara att den för mottagaren utgör avkastning på det i bolaget investerade kapitalet.

3. Rättsfallen visar att det är möjligt i vissa fall att göra en skatterättslig klassificering som avviker från den aktiebolagsrättsliga.

### **7.3.3.6 Avdragsrätt för ränta – ovillkorlig skyldighet att betala**

1. Vissa hybridinstrument är ibland konstruerade så att räntan läggs till skulden och möjlighet finns att konvertera lånet (inkl. räntan) till aktiekapital eller kapitaltillskott. I två fall har domstolarna ansett att avdragsrätt för ränta inträder först när det uppkommit en ovillkorlig skyldighet att betala sådan ränta.

2. I RÅ85 Aa 144 ägde en bank 40 % i ett fåmansföretag som var i behov av kapitaltillskott. Banken lämnade ett förlagslån förfallande till betalning 1985 och löpande med cirka 20 % årlig ränta varvid banken vid lånets lämnande åtog sig att villkorligt avstå från rätten till återbetalning i den mån så skulle erfordras för att bolagets aktiekapital skulle vara intakt. Återbetalning av villkorligt eftergiven fordran inklusive ränta på sådan del av fordran skulle endast ske om så kunde ske med bolagets behållna vinstmedel enligt fastställd balansräkning. I annat fall skulle beräknad ränta läggas till kapitalfordran. Riksskatteverkets nämnd för rättsärenden ansåg att räntan var en avdragsgill omkostnad för FÅAB. Avdragsrätten inträdde dock endast i den mån ovillkorlig skyldighet att betala sådan ränta uppkommit för bolaget. Vad banken återfick av det villkorligt eftergivna förlagslånet var att betrakta som återbetalning av lån och ingen skattepliktig intäkt. Högsta förvaltningsdomstolen gjorde ingen ändring.

3. I Kammarrättens i Göteborg dom 2007-11-16, mål nr 5043-05 och 5044-05 gällde frågan också avdragsrätt för ränta på efterställda lån. Låntagaren fick inte betala lånet och räntan, helt eller delvis, förrän övriga lån var helt återbetalda (inklusive räntor och kostnader). Vidare åtog sig låntagaren att under vissa omständigheter konvertera lånet, helt eller delvis, till aktiekapital och/eller villkorat aktieägartillskott. Kammarrätten hänvisade till RÅ85 Aa 144 och ansåg inte att det gick att utläsa av avtalet om det överhuvudtaget uppkom någon räntekostnad för bolaget. Bolaget hade därför inte visat att förutsättningarna för avdragsrätt för ränta under det aktuella året var uppfyllda.

### **7.3.4 Sammanfattning och slutsats**

1. Den svenska skattelagstiftningen är i sin grundläggande utformning skapad utifrån den svenska obligationsrätten, associationsrätten etc. och de företeelser som finns i Sverige eftersom det till största delen är svenska företag som är skattesubjekt. Givetvis omfattas även utländska företag och företeelser men dessa måste på något sätt fogas in i det svenska skattesystemet.

2. Hybridinstrument konstrueras för att ha vissa särdrag som är typiska för skuldinstrument och andra särdrag som är typiska för egetkapitalinstrument. Särskilt de utländska instrumenten medför svårigheter eftersom de innehåller särdrag som är främmande för svenska instrument. Där måste man börja med



en grundläggande klassificering för att komma fram till om det är ett skuldinstrument eller ett egetkapitalinstrument och om avkastningen utgör ränta eller utdelning.

3. Det finns skatteregler som rör vinstandelslån och kapitalandelslån. Gruppen har inte träffat på dessa instrument i sin kartläggning och vet därför inte om det uppkommer några problem i gränsöverskridande situationer att tillämpa skattereglerna på dem.

4. I övrigt har gruppen inte funnit någonting i skattelagstiftningen som är till någon vägledning när det gäller den klassificering som är det första steget för att kunna ta ställning till den skatterättsliga behandlingen av instrumentet och dess avkastning. Inte heller den skatterättsliga doktrinen tycks behandla denna grundläggande fråga. Problemen illustreras i avsnitt 7.4.2 där PEC/CPEC/PESC-instrumenten tas upp och frågan uppkommer vad det är för något och hur de ska behandlas.

5. I inkomstskattelagen finns regler som till viss del förhindrar avdragsrätt för avkastningen på vinstandelslån och kapitalandelslån som båda är typiska hybridinstrument. I övrigt finns inga specialbestämmelser i skattelagstiftningen som kan användas för att motverka skattearbitrage med hybridinstrument.

6. Det finns inte mycket vägledning att få i rättspraxis heller men i några situationer finns rättsfall som skulle kunna vara tillämpliga även när det är fråga om hybridinstrument. Om låntagaren saknar återbetalningsförmåga kan lånet ses som utdelning (lån till aktieägaren) eller kapitaltillskott (lån från aktieägaren). Om räntan läggs till skulden och det är möjligt att räntan och skulden kommer att efterges eller det av annan anledning inte uppkommit en ovillkorlig betalningsskyldighet finns möjlighet att vägra avdrag till dess sådan skyldighet uppkommer. Gruppen har inte hunnit ta ställning till om den särskilda skattemässiga bedömning som Högsta förvaltningsdomstolen gjort beträffande villkorade aktieägartillskott är en princip som kan användas i andra sammanhang.

## **7.4 Fördjupning**

### **7.4.1 Inledning**

1. I föregående avsnitt har gruppen gjort en allmän genomgång av bl.a. redovisningsrättsliga och skatterättsliga regler såvitt avser klassificering i samband med hybridinstrument. I detta avsnitt görs en fördjupning kring en del instrument och företeelser som bedömts särskilt intressanta i detta sammanhang.

2. Genomgången under avsnitt 7.4.2 är preliminär och gör inte anspråk på att vara fullständig i alla delar. Den får mer ses som ett försök till att formulera en metod för analys och ett förhållningssätt till dessa frågor. Dessa preliminära bedömningar kan komma att ändras vid en konkret bedömning vid taxeringen.

## 7.4.2 Olika instrument med olika engelska beteckningar såsom PEC, CPEC, PESC

### 7.4.2.1 Inledning

1. I samband med utredningar av bl.a. riskkapitalförvärv och räntenivåer har Skatteverket stött på ett flertal instrument där ena parten är hemmahörande i Sverige och den andra parten är hemmahörande i Luxemburg. De instrument som har använts har varit olika variationer på Preferred Equity Certificates. I vissa fall har den svenska parten varit innehavare och i andra fall har den svenska parten varit utgivare. Nedan görs en genomgång av några specifika avtal som vi har stött på, samt en redovisningsrättslig och skatterättslig bedömning och klassificering av dessa avtal. Viktigt att komma ihåg är att villkoren kan skilja sig åt mellan olika avtal – även om de rubriceras lika – och att vår bedömning i nedanstående fall baseras på just de avtalsvillkor som var aktuella i dessa specifika avtal.

2. För att förstå hur och varför dessa instrument är konstruerade och används görs först en generell genomgång av några vanliga karaktäristika. Den allmänna informationen är hämtad från Internet, bl.a. [www.fidomes.com](http://www.fidomes.com).

3. *PEC* (Preferred Equity Certificate) är konstruerat som ett hybridinstrument med avsikten att gäldenären (utfärdaren) skattemässigt ska behandla betalningar som avdragsgill ränta, samtidigt som borgenären (innehavaren) skattemässigt ska behandla mottagna betalningar som utdelning. Instrumentet medför normalt inte rösträtt. Rent konkret har vi sett några fall där ett svenskt AB utfärdat PEC, betraktat detta som ett skuldinstrument och därför dragit av för den avkastning som betalats på instrumentet. Enligt uppgift från de skattskyldiga bolagen betraktas motsvarande avkastning som skattefri utdelning i Luxemburg. I flera fall har vi i riskkapitalförvärvsstrukturer sett att det som betecknats PEC (även andra beteckningar förekommer, se vidare bilaga 1) används tvärt om i ett bolag från Luxemburg som utfärdat sådana. I de fallen har avkastningen på dessa instrument varit avdragsgill i Luxemburg, eftersom de betraktats som skuldinstrument vid beskattningen där. Vi antar att mottagaren av avkastningen, som kommer från annat land än Sverige, i många fall inte beskattas för avkastningen för att den betraktas som utdelning i det landet. Det vi sett är således att denna typ av instrument används på olika sätt.

4. *CPEC* (Convertible Preferred Equity Certificate) är konstruerat som ett konvertibelt hybridinstrument med avsikten att gäldenären (utfärdaren) skattemässigt ska behandla betalningar som avdragsgill ränta, samtidigt som borgenären (innehavaren) skattemässigt ska behandla mottagna betalningar som utdelning. Instrumentet medför normalt inte rösträtt. I en struktur med svensk part inblandad har utfärdaren varit hemmahörande i Sverige och innehavaren hemmahörande i Luxemburg. Vad man försöker uppnå i dessa fall är avdrag för ränteutgift i Sverige och skattefri inkomst i Luxemburg.

5. *PESC* (Preferred Equity Stock Certificate) är konstruerat som ett hybridinstrument med avsikten att gäldenären (utfärdaren) skattemässigt ska behandla betalningar som avdragsgill ränta, samtidigt som borgenären (innehavaren) skattemässigt ska behandla mottagna betalningar som utdelning. Instrumentet medför normalt rösträtt. I en struktur med svensk part inblandad

har utfärdaren varit hemmahörande i Luxemburg och innehavaren hemmahörande i Sverige. Vad man försöker uppnå i dessa fall är avdrag för ränteutgift i Luxemburg och skattefri inkomst i Sverige.

#### 7.4.2.2 Redovisningsrättslig klassificering

##### *Allmänt*

1. Rent allmänt kan det konstateras att när det gäller frågan om klassificering som skuld eller eget kapital så har redovisningsrätten gått längre i analysen och uppdelningen av olika kriterier som påverkar bedömningen vid klassificeringen än flertalet andra rättsområden. Vid beräkningen av resultatet i inkomstslaget näringsverksamhet utgår man från det redovisade resultatet och tar ställning till om den redovisningsrättsliga klassificeringen och bedömningen är korrekt utifrån redovisningsrätten och om den kan accepteras även skatterättsligt. Avvikelse från den redovisningsrättsliga klassificeringen kan göras om det av lag eller rättspraxis framgår att annan bedömning ska göras. Anser man att klassificeringen inte följer god redovisningssed och inte visar den ekonomiska innebörden så får man argumentera utifrån detta med stöd av redovisningsrätten. Anser man däremot att skatterätten ska ha en annan klassificering får man motivera detta utifrån skatterätten och andra rättsområden.

2. Den redovisningsmässiga bedömningen, baserad på IAS 32 ”Finansiella instrument: Klassificering”, utgår i huvudsak från följande för att klarlägga den ekonomiska innebörden av ett avtal. Ett instrument som har avtalsenliga villkor som innebär att kontanter ska betalas, finansiella tillgångar eller skulder bytas på ett eventuellt ogynnsamt villkor eller någon form av finansiella instrument lämnas ut som inte innebär en residual rätt i det egna kapitalet redovisas som skuld. För att ett instrument ska redovisas som ett egetkapitalinstrument ska avtalet innebära att instrumentet representerar en residual rätt i emittentens tillgångar efter avdrag för skulder. Därutöver ska följande villkor normalt vara uppfyllda:

- Det ska vara efterställt alla skulder.
- Det ska inte förfalla till betalning.
- Återbetalning ska endast ske på emittentens initiativ.
- Det ska inte medföra några tvingande löpande betalningar.

3. För att ett instrument ska klassificeras som ett egetkapitalinstrument inom redovisningen så är således ett av huvudkriterierna att det finns en residual rätt i det egna kapitalet och att emittenten styr över avkastning och återbetalning. Detta skulle också kunna beskrivas som att egetkapitalinstrumentet har en avkastning och återbetalning som är beroende, dvs. emittenten bestämmer över dessa komponenter. Däremot är ett rent skuldinstrument oberoende av emittentens frivilliga dispositioner dvs. emittenten har ett åtagande att betala och kan därför inte bestämma över dessa komponenter. En oberoende avkastning är inte i första hand avhängig av ytterligare faktorer. En beroende avkastning är däremot avhängig av ytterligare faktorer, såsom att utdelning beslutas och företagets resultat och ställning, i högre grad än den oberoende avkastningen som emittenten inte bestämmer över. Härutöver finns det

instrument med både beroende och oberoende inslag, dvs. olika avtalsvillkor, vilket komplicerar klassificeringen.

4. Nedan görs en genomgång av några specifika avtal som vi har stött på, samt en redovisningsrättslig bedömning och klassificering av dessa avtal.

### **PEC**

Av förutsättningarna framgår att det PEC-instrument (Preferred Equity Certificates) som är föremål för bedömning enligt civil- och bolagsrättslig lagstiftning i Luxemburg behandlas som en skuld. Vid beskattningen i Luxemburg tas dock hänsyn till den ekonomiska innebörden av avtalet enligt principen om substance over form. Principen är grundläggande såväl inom den etablerade internationella redovisningsnormgivningen genom IFRS som i svensk redovisningsrätt och innebär att transaktioner och händelser ska redovisas i enlighet med den ekonomiska innebörden och inte enbart utifrån dess juridiska form. Vid beskattningen i Luxemburg betraktas instrumentet som ett egetkapitalinstrument. Bedömningen i Luxemburg baserar sig främst på villkoren om att instrumentet är efterställt skulder och förpliktelser, löptid på 51 år samt att instrumentet inte kan överlåtas utan att andelarna avyttras till en och samma förvärvare. Vad som inte framgår i förutsättningarna är hur instrumentet ska redovisas enligt redovisningsrätten i Luxemburg.

#### **Väsentliga villkor enligt PEC-avtalet**

- Kapitalbeloppet förfaller till återbetalning efter 51 år, men kan förlängas av styrelsen under vissa villkor, se nedan tredje strecksatsen, ytterligare i 10 år.
- Årlig fast avkastning på 9 % utgår på kapitalbeloppet.
- Styrelsen kan besluta att den årliga avkastningen och/eller kapitalbeloppet inte ska betalas om den bedömer att betalning medför att bolaget blir ”Bankrupt or Insolvent” efter betalning. Med ”Bankrupt” menas att bolaget inte har förmågan att betala sina skulder efter att betalning skett. Med ”Insolvens” menas att bolagets skulder överstiger marknadsvärdet på tillgångarna efter att betalning skett. Beslutar inte styrelsen om betalning av avkastningen så ackumuleras den. Betalningen kan dock inte skjutas upp längre än 61 år.
- Ackumulerad men inte betald avkastning räntebeläggs med 9 % per år.
- Instrumentet får endast avyttras tillsammans med andelarna till en och samma förvärvare.
- Nya egetkapitalinstrument som innebär rätt till betalning före PEC instrumentet får inte ges ut förrän kapitalbeloppet och upplupen ej betald avkastning har betalats.
- Instrumentet ger ingen rösträtt.
  - Instrumentet är efterställt bolagets samtliga skulder och förpliktelser men överordnat andelarna i bolaget.

#### **Bedömning**

1. I föreliggande fall finns det en tvingande återbetalning såvida inte emittenten bedömer att en betalning kommer att medföra att bolaget blir insolvent eller oförmögen att reglera sina skulder efter att betalning skett. Återbetalning ska ske senast efter 61 år. Det faktum att tidpunkten för återbetalningen av kapitalbeloppet ligger mycket långt fram i tiden talar för att

instrumentets ekonomiska innebörd kan betraktas mer som ett tillskott än en skuld. Dessutom är instrumentet efterställt alla skulder och förpliktelser men överordnat andelarna.

2. Kännetecknen på en skuld är att låntagaren har en ovillkorlig skyldighet att betala tillbaka kapitalbeloppet efter en avtalad betalningsplan som låntagaren inte styr över. Dessutom finns det en ovillkorlig skyldighet att betala avkastning på kapitalbeloppet och sker inte detta enligt avtalet så räntebeläggs denna. Dessa komponenter finns i det nu föreliggande avtalet.

Faktorer som starkt talar för att betrakta instrumentet i exemplet som skuld är att det finns en tvingande återbetalningstid avseende kapitalbeloppet och att avkastning årligen ska betalas till instrumentets innehavare. I det fall avkastningen inte betalas räntebeläggs den. Avkastningen är fast och oberoende av bolagets resultat. Återbetalningen är inte begränsad till någon residual rätt i bolagets egna kapital. Härutöver finns det ett villkor att bolaget inte får ge ut några nya egetkapitalinstrument med villkor som innebär företrädesrätt till betalning före PEC-instrumentet så länge instrumentet är utestående.

3. Gruppens sammantagna redovisningsrättsliga bedömning leder därför till att PEC-instrumentet i exemplet bör klassificeras och redovisas som en skuld.

### ***CPEC***

1. CPEC-instrumentet som är föremål för bedömning är ett avtal mellan svensk utgivare och luxemburgsk innehavare.

2. I exemplet framgår inte hur CPEC-instrumentet enligt bolagsrättslig lagstiftning i Luxemburg ska betraktas. Inte heller framgår hur instrumenten klassificeras enligt redovisningsrätten eller skatterättsliga bestämmelser i Luxemburg.

#### **Väsentliga villkor enligt CPEC-avtalen**

- Löptid 49 år, eller tills utfärdaren likvideras, går i konkurs eller löses upp.
- Vid slutdatum ska kapitalbeloppet återbetalas kontant eller genom utfärdande av aktier.
- Kapitalbeloppet får inte återbetalas om utfärdaren blir insolvent eller konkursmässig av sådan betalning.
- Innehavare av CPEC har rätt till årlig avkastning på instrumentet.
- Avkastningen (i forts. ”ränta”) uppgår till 10 % på nominellt belopp samt ev. obetald och ackumulerad ränta.
- Ränta får inte betalas om utfärdaren blir insolvent eller konkursmässig, eller om betalning medför ökning av balanserade förluster.
- Betalning av ränta får ske kontant eller genom utfärdande av aktier.
- Instrumentet kan konverteras till aktier på initiativ av utfärdaren. Innehavaren kan vägra eller godkänna sådant erbjudande. Konvertering måste föregås av stämmobeslut.
- Instrumentet kan konverteras till aktier på initiativ av innehavaren.

- Instrumentet är efterställt alla skulder som utgivaren har eller kommer att få under löptiden.
- Instrumentet har företrädesrätt framför aktierna i bolaget.
- Innehavare av instrumentet har inte någon rösträtt.
- Under löptiden förbinder sig utfärdaren att inte emittera aktier innebärande att ny borgenär får bättre rätt till betalning än innehavaren av instrumentet.
- Utfärdaren förbinder sig att inte lämna utdelning eller lösa in aktier i bolaget under löptiden.
- CPEC-instrumentet är överlåtbart.

### **Bedömning**

1. Villkoren att varken ränta eller kapitalbelopp får återbetalas om betalningen medför insolvens eller konkurs, samt att ränta inte heller får betalas om det innebär ökning av balanserade förluster, kan möjligen tala för att det rör sig om en form av kapitaltillskott. Dock är bedömningen att instrumentet i exemplet inte kan anses utgöra ett tillskott eftersom återbetalningsskyldighet föreligger efter 49 år så länge inte återbetalningen medför ovanstående situation.

2. Instrumentet i exemplet har i jämförelse med en preferensaktie flera väsentliga skillnader såsom att instrumentet inte utgör del av utfärdarens registrerade aktiekapital, att innehavaren inte har rösträtt, att det finns konverteringsrätt och möjlighet att betala ränta genom utfärdande av aktier, samt att kapitalbelopp och ränta inte får återbetalas om det innebär att bolaget blir konkursmässigt eller insolvent och avseende ränta får betalning inte heller ske om det innebär att bolagets balanserade förluster ökar. Däremot har innehavaren bättre rätt till betalningar än innehavare av vanliga stamaktier, vilket preferensaktier normalt har t.ex. får utgivaren av instrumentet inte lämna utdelning till aktieägare under instrumentets löptid som är 49 år. Bedömningen är att instrumentet inte kan jämföras med en preferensaktie.

3. Kännetecknen på en skuld är att låntagaren har en ovillkorlig skyldighet att betala tillbaka kapitalbeloppet efter en avtalad betalningsplan som låntagaren inte styr över. Dessutom finns det en ovillkorlig skyldighet att betala avkastning på kapitalbeloppet och sker inte detta enligt avtalet så räntebeläggs denna. Faktorer som starkt talar för att betrakta instrumentet i exemplet som skuld är att avtalet innebär en ovillkorlig återbetalning av kapitalbeloppet och upplupen ränta efter 49 år när instrumentet ska lösas in. Det finns även en avtalad räntebeläggning av ackumulerad obetald ränta. Instrumentet ger ingen residual rätt i det egna kapitalet och det finns inga överlåtelsebegränsningar.

4. Faktorer som skulle tala för att betrakta instrumentet i exemplet som ett egetkapitalinstrument är att instrumentet är efterställt alla skulder och förpliktelser men överordnat stamaktierna. Utgivaren har även förbundit sig att inte lämna utdelning till aktieägaren (som är annan än innehavaren) under löptiden som är 49 år. Det tvingande inlösen villkoret skulle kunna anses innebära att bolaget redan vid emissionen fattat beslut om återköp av instrumentet, vilket skulle kunna jämföras med ett beslut om återköp av aktier. Dock är bedömningen att en viktig skillnad mellan instrumentet i exemplet och ett egetkapitalinstrument – nämligen att instrumentet inte utgör

del av utfärdarens registrerade aktiekapital eller medför rösträtt eller ger en residual rätt i det egna kapitalet – gör att instrumentet inte kan anses utgöra ett egetkapitalinstrument.

5. Gruppens sammantagna redovisningsrättsliga bedömning är således att CPEC-instrumentet i exemplet bör klassificeras och redovisas som ett skuldinstrument. Konverteringsrätten som instrumentet bär medför att instrumentet kan jämföras med ett konvertibelt skuldebrev enligt ABL.

### **PESC**

1. Ett svenskt aktiebolag (AB) äger samtliga aktier i ett S.a.r.l. med skatterättslig hemvist i Luxemburg. S.a.r.l. avser att emittera PESC-instrument (Preferred Equity Stock Certificate) till AB mot en ersättning som motsvarar det kapital som AB beslutat tillskjuta för S.a.r.l:s investeringar. Vinstutdelning från S.a.r.l. till AB kommer främst att ske på dessa PESC. De stamaktier som AB innehar i S.a.r.l. kommer att behållas och viss vinstutdelning kan även komma ifråga på dessa aktier.

2. Av förutsättningarna framgår att det nu föreliggande PESC-instrumentet enligt bolagsrättslig lagstiftning i Luxemburg utgör aktier. Detta beror främst på att PESC utgör en del av S.a.r.l:s aktiekapital, medför rösträtt samt att rättigheter och karakteristika för PESC framgår av bolagsordningen. Vid redovisningen och beskattningen i Luxemburg tas dock hänsyn till den ekonomiska innebörden av avtalet enligt principen om substance over form. Principen är grundläggande såväl inom den etablerade internationella redovisningsnormgivningen genom IFRS som i svensk redovisningsrätt och innebär att transaktioner och händelser ska redovisas i enlighet med den ekonomiska innebörden och inte enbart utifrån dess juridiska form. Av förutsättningarna framgår att instrumentet ska redovisas som skuld enligt redovisningsrätten i Luxemburg och att skatterätten följer denna.

### **Väsentliga villkor enligt PESC-avtalet**

- S.a.r.l. utgör en juridisk person enligt luxemburgsk rätt.
- Instrumentet representerar en del av S.a.r.l:s registrerade aktiekapital enligt luxemburgsk rätt.
- Instrumentet är efterställt alla skulder, men har preferens över stamaktierna.
- Instrumentet kommer att ha ett kvotvärde som denomineras i SEK.
- Rättigheter och karakteristika för instrumentet följer av bolagsordningen.
- Utgivna instrument medför rösträtt och är förenade med en rätt att föreslå en styrelseledamot till bolagsstämman. (luxemburgsk rätt medger även att instrument utan rösträtt ges ut.)
- Utgivna instrument har ett bestämt inlösendatum som infaller tio år efter utgivandet.
- Teckningskursen för instrumentet är lika med det belopp som innehavaren har att betala för instrumentet, vilket motsvarar dess kvotvärde och den överkurs som är hänförlig till instrumentet.
- Innehavaren av instrumentet är berättigad till att erhålla ett inlösenpris per instrument motsvarande den genomsnittliga teckningskursen för

alla instrument d.v.s. kvotvärdet för ett instrument jämte dess pro rata-del av överkursfonden hänförlig till instrumentet.

- Innehavaren är inte berättigad till del av ett eventuellt överskott vid inlösen utöver eventuell ackumulerad ej utbetald utdelning.
- Instrumentet är förenat med ett villkor om tvingande inlösen vid viss angiven tidpunkt.
- Instrumentet kan stämplas om till annat aktieslag.
- Överlåtbarheten av såväl aktier som PESC-instrumentet utgivna av S.a.r.l. begränsas av lag på så sätt att de inte kan överlåtas om inte aktie/innehavare av instrumentet som representerar minst tre fjärdedelar av aktiekapitalet godkänner överlåtelsen vid en bolagsstämma.
- Utdelning på instrumentet beslutas av bolagsstämman och kan inte överstiga S.a.r.l:s utdelningsbara medel.
- Instrumentet berättigar till en utdelning motsvarande S.a.r.l:s specifika nettoresultat minskat med en marginal vilken regleras i bolagsordningen.
- Särskilda redovisningsregler innebär att instrumentet beroende på löptid m.m. får redovisas som en skuld och att utdelningen redovisas som en kostnad (ränta) enligt luxemburgsk rätt.
- Den skatterättsliga bedömningen i Luxemburg följer den redovisningsrättsliga, vilket innebär avdragsrätt för utdelningen.

### **Bedömning**

1. Det kan konstateras att instrumentet i exemplet har stora likheter med en svensk preferensaktie med, under vissa förutsättningar, tvingande utdelning och inlösen efter tio år. Definitionen på ett egetkapitalinstrument enligt IAS 32 innebär att en preferensaktie med villkor om tvingande utdelningar ska redovisas som skuld. Det beror på att emittenten har en förpliktelse att överföra finansiella tillgångar. Av samma skäl ska en preferensaktie med villkor att den ska lösas in vid viss tidpunkt eller när ägaren begär det redovisas som en finansiell skuld. I jurisdiktioner som tillåter att redovisningen följer IAS 32 på denna punkt kan därför detta instrument redovisas som skuld. I Sverige är däremot den allmänna uppfattningen att en preferensaktie enligt ÅRL utgör eget kapital. Ett företag kan inte klassificera ett finansiellt instrument som skuld om det enligt ÅRL utgör eget kapital. Därför finns det i RFR 2, Redovisning för juridisk person, ett undantag från denna punkt i IAS 32. Av undantaget framgår att IAS 32 ska tillämpas såvida det inte strider mot gällande lag. I detta fall handlar det om aktiebolagslagen och årsredovisningslagen. Om det inte strider mot gällande lag ska den ekonomiska innebörden styra klassificeringen. Det är enligt undantaget inte tillåtet att klassificera ett finansiellt instrument som enligt ÅRL utgör eget kapital som en skuld under åberopande av IAS 32.

2. Kännetecknen på en skuld är att låntagaren har en ovillkorlig skyldighet att betala tillbaka kapitalbeloppet efter en avtalad betalningsplan som låntagaren inte styr över. Dessutom finns det en ovillkorlig skyldighet att betala avkastning på kapitalbeloppet och sker inte detta enligt avtalet så räntebeläggs denna. Faktorer som talar för att betrakta ifrågavarande instrument som en skuld är att avtalet innebär en ovillkorlig återbetalning av kapitalbeloppet och ackumulerad ej utbetald utdelning efter tio år när instrumentet ska lösas in.



Vidare ger instrumentet ingen residual rätt i det egna kapitalet. Däremot finns det ingen avtalad räntebeläggning av upplupen ej utbetald utdelning.

3. Faktorer som starkt talar för att betrakta instrumentet som ett egetkapitalinstrument är att det representerar en del av S.a.r.l:s registrerade aktiekapital i Luxemburg och medför rösträtt. Dessutom är instrumentet efterställt alla skulder och förpliktelser men överordnat stamaktierna. Instrumentet kan dessutom stämplas om till annat aktieslag. Instrumentet berättigar till utdelning under vissa villkor. Överlåtelse av instrumentet kan endast ske om ägare till minst tre fjärdedelar av aktiekapitalet godkänner det. Inlösen villkoret innebär endast att bolaget redan vid emissionen fattat beslut om återköp av instrumentet, vilket kan jämföras med ett beslut om återköp av aktier. Instrumentet har stora likheter med en preferensaktie med tvingande inlösen.

4. Gruppens sammantagna redovisningsrättsliga bedömning är att PESC-instrumentet i exemplet bör klassificeras och redovisas som ett egetkapitalinstrument

#### **7.4.2.3 Skatterättslig klassificering**

1. Skatterättsligt finns det ingen definition av vad som är skuld eller eget kapital eller några riktlinjer för hur klassificeringen ska gå till. Vägledning för klassificeringen får i stället hämtas från olika rättsområden såsom associationsrätten, obligationsrätten, redovisningsrätten, m.m. Eftersom förmögenhetsrätten och associationsrätten inte alltid ger något uttömmande svar på klassificeringsfrågan, vad som utgör skuld eller eget kapital, måste vägledning även sökas i redovisningsrätten. Inom redovisningsrätten är det inte ovanligt att man frångår den juridiska formen och följer den ekonomiska innebörden som oftast sammanfaller med det verkliga syftet med avtalet. Redovisningsrätten påverkar bedömningen, men skatterättsligt kan man frångå redovisningsrätten. Klassificeringsfrågan måste dock ofta bedömas utifrån flera rättsområden genom att en viss företeelse kan ha koppling till exempelvis obligationsrätt, aktiebolagsrätt, redovisningsrätt och skatterätt. Det gör att den skatterättsliga klassificeringen kan bli mycket komplex genom att den påverkas av flera rättsområden samtidigt.

2. När det gäller den skatterättsliga bedömningen och klassificeringen av de tre ovan beskrivna instrumenten anser gruppen att det för närvarande inte finns några skäl att avvika från den redovisningsrättsliga bedömningen som gjorts ovan. Denna slutsats bygger till stor del på det faktum att den mer grundläggande redovisningsrätten i form av bedömning av de ekonomiska faktorerna i avtalen kompletteras med innehållet i gällande svensk lag på bl.a. associationsrättens område. Obligationsrätten och associationsrätten blir härigenom en del av redovisningsrätten och samma rättsområden hämtar skatterätten sin grundläggande vägledning från i dessa frågor. De olika rättsområdena samverkar och går i varandra. Som exempel kan nämnas att i redogörelsen ovan angående PESC-instrumentet konstateras att detta instrument har stora likheter med en preferensaktie. Det är denna likhet som i detta fall ytterst avgör klassificeringsfrågan. Ju större likheten är med en svensk aktie ju mer talar det för en klassificering som ett instrument

motsvarande en aktie och detta såväl enligt skatterätten som enligt redovisningsrätten. Det är dock värt att återigen upprepa att skatterättsligt kan man göra en annan bedömning än vad som görs i redovisningsrätten. Det är även värt att påpeka det som framhölls redan i inledningsavsnittet att dessa bedömningar endast är preliminära och kan komma att ändras vid en konkret bedömning vid taxeringen.

### 7.4.3 ”Eviga” förlagslån

1. Förlagslån är ett instrument som kan användas som en hybrid då olika jurisdiktioner behandlar instrumentet olika vid beskattningen beroende på instrumentets avtalade villkor. Ett förlagslån är ett långfristigt lån som är efterställt övriga skulder. Det medför rätt till betalning först efter att låntagarens övriga fordringsägare erhållit betalning. Lånet kan vara evigt eller har en fast löptid. Lånens löptid kan variera kraftigt. Det förekommer lån med löptider från 10 år till 1000 år. Beroende på de avtalade villkoren kan instrumentet i vissa jurisdiktioner betraktas som ett egetkapitalinstrument vid beskattningen. I Sverige får t.ex. banker och försäkringsföretag, under vissa förutsättningar, räkna med eviga förlagslån i kapitaltäckningsbasen även om lånen redovisas som skuld.

2. Instrumentets villkor kan skilja sig väsentligt mellan olika förlagslån. Exempel på villkor som är väsentliga vid klassificeringen av instrumentet är förfallotid, löpande betalningar, prioritet, tvingande konvertering, ”step-up” respektive ”step-down” klausul och ”dividend stopper” respektive ”dividend pusher”.

3. En förfallotidpunkt långt fram i tiden t.ex. 1000 år gör att instrumentet har stora likheter med ett egetkapitalinstrument. Instrument utan tvingande löpande betalningar där emittenten styr över de framtida betalningarna har en stor egetkapitaldel i sig. Samma bedömning får göras om instrumentet har tvingande betalningar men de är villkorade och möjliga att skjutas upp av emittenten och dessutom inte ackumulerande. Däremot har instrumentet mer karaktär av skuld om de tvingande betalningarna är ackumulerande. Prioritet vid konkurs eller likvidation är en annan viktig egenskap. Ett egetkapitalinstrument har en residual rätt i det egna kapitalet, dvs. tillgångar minus skulder. Ett instruments egetkapitaldel är starkare desto närmare en stamakties villkor vid konkurs eller likvidation avtalet innebär. Innebär instrumentets villkor att en tvingande konvertering kommer att ske har avtalet en stark egetkapitaldel i sig. Villkor med ”step-up” klausul avseende räntenivån där räntan efter t.ex. 10 år stiger kraftigt kan bedömas ha stora likheter med en skuld då det finns starka incitament för att lösa lånet. På motsvarande sätt kan en ”step-down” klausul avseende ränta där räntan efter t.ex. 10 år kraftigt sänks bedömas ha likheter med ett egetkapitalinstrument. Däremot om räntan är onormalt hög under de första 10 åren kan villkoret ses som en dold amortering vilket kan tala för likheter med ett låneavtal. Ett villkor som innebär att löpande betalningar endast kan skjutas upp eller utebli om ingen utdelning ges benämns ”dividend pusher” medan en klausul som innebär att om den löpande betalningen uteblir kan bolaget inte ge utdelning benämns ”dividend stopper”.

4. Det går således inte att göra någon generell slutsats om när ett förlagslån ska klassificeras som skuld respektive eget kapital. En samlad bedömning av villkoren måste därför ske för varje enskilt instrument.

## 7.4.4 Preferensaktier

### 7.4.4.1 Allmänt om preferensaktier

1. Huvudprincipen i aktiebolagslagen (ABL) är att alla aktier har lika rätt i bolaget (4 kap. 1 § ABL). I bolagsordningen får föreskrivas att aktier av olika slag ska finnas eller kunna ges ut (4 kap. 2 § ABL). Då ska det finnas uppgifter om olikheterna mellan aktieslagen och antalet aktier av varje slag. De skillnader som tillåts är olika röstvärde eller olika rätt till bolagets tillgångar eller vinst. De aktier som har företräde till bolagets tillgångar eller vinst kallas preferensaktier och övriga aktier är stamaktier.

2. Preferensaktier kan vara av lite olika slag.

#### Likvidations- och utdelningspreferens

Preferensaktier har ofta företrädesrätt till utdelning. En sådan företrädesrätt kan se olika ut. Preferensaktieägarna kan ha rätt till utdelning med viss procent av vinsten eller visst fastställt belopp, men därutöver inte få någonting mer. Sådana aktier kallas limiterade preferensaktier. Resterande utdelning tillfaller stamaktierna. Preferensaktieägarna kan också få rätt att, efter det att stamaktieägarna fått lika mycket som preferensaktieägarna, dela på resten av utdelningen. Det kallas deltagande eller participating preferensaktier. Preferensen till utdelning kan vara ackumulativ, dvs. ges inte utdelning ett år får preferensaktierna räknas det tillgodo nästa år. En sådan bestämmelse tas ofta in för att inte stamaktieägarna ska låta bli att rösta för utdelning.

Preferens till utdelning kan kombineras med preferens vid likvidation. Preferensaktieägarna kan ha rätt till företräde till bolagets tillgångar vid likvidation.

#### Konvertibla preferensaktier

I bolagsordningen måste anges vilka aktier som ska kunna konverteras samt till vilka aktieslag. Vissa aktier kan då anges ha företräde. Dessutom måste det regleras vilka faktorer som ska kunna utlösa konvertering. Det kan exempelvis vara a) per automatik vid viss tidpunkt eller när visst förhållande inträffar b) vid påkallande av aktieägaren och c) vid påkallande av bolaget.

#### Inlösenbara preferensaktier

Av 20 kap. 31 § ABL framgår att när aktiekapitalet kan bestämmas till ett lägre eller högre belopp utan ändring av bolagsordningen, kan det tas in förbehåll i bolagsordningen om att aktiekapitalet kan minskas genom inlösen av aktier. Aktiekapitalet får inte minskas under minimikapitalet. Ett inlösenförbehåll ska ange dels ordningen för inlösen, dels inlösenbeloppet eller grunderna för dess beräkning.

Ett inlösenförbehåll kan avse aktier av ett visst slag, exempelvis preferensaktier.

#### 7.4.4.2 Preferensaktier som hybrider

1. Som framgår av avsnitt 7.4.4.1 kan preferensaktier ges ut med olika villkor. Det går därför att skapa preferensaktier med egenskaper som i princip inte avviker från ett skuldinstrument. Den ekonomiska innebörden av en preferensaktie med rätt till utdelning med viss procent av vinsten samt med villkor om obligatorisk inlösen vid viss tidpunkt, skiljer sig inte från ett lån med viss återbetalningstidpunkt där räntans storlek är kopplad till vinsten. Om preferensaktien i stället har rätt till utdelning med visst fastställt belopp motsvarar det beloppsmässigt en ränta på viss procentsats.

2. Principerna för klassificering av finansiella instrument i redovisningen regleras i IAS 32. Preferensaktier som ska lösas in vid viss tidpunkt eller när ägarna begär det ska redovisas som en finansiell skuld (se VT 25). Detsamma gäller om emittenten inte bestämmer över utdelningar till innehavarna (se VT 26).

3. Den allmänna uppfattningen är att enligt årsredovisningslagen (ÅRL) utgör preferensaktier eget kapital.<sup>55</sup> Ett företag kan inte klassificera ett finansiellt instrument som skuld om det enligt ÅRL utgör eget kapital. Därför anges i RFR 2, Redovisning för juridiska personer, att IAS 32 ska tillämpas såvida det inte strider mot gällande lag. Det är därför inte tillåtet att klassificera ett finansiellt instrument (t.ex. preferensaktier) som enligt ÅRL utgör eget kapital som en skuld under åberopande av IAS 32.

4. Enligt aktiebolagslagen är preferensaktier ett aktieslag som utgör en del av aktiekapitalet. Enligt svensk redovisningsrätt utgör preferensaktier eget kapital. Gruppens uppfattning är att preferensaktier utgör eget kapitalinstrument skattemässigt. Det gäller även utländska preferensaktier, i vart fall om det utländska associationsrättsliga regelverket någorlunda liknar det svenska. Var gränsen går måste avgöras från fall till fall.

5. Eftersom preferensaktier emitterade av svenska aktiebolag utgör aktier är utdelning på sådana inte en avdragsgill kostnad enligt inkomstskattelagen.

6. Utdelning från svenska aktiebolag kan vara skattepliktig eller skattefri för mottagaren enligt inkomstskattelagen eller kupongskattelagen beroende på om aktierna anses näringsbetingade eller ej. I dessa fall uppkommer inget skattearbitrage även om utdelningen är skattefri hos mottagaren, eftersom avdrag inte medges i Sverige.

---

<sup>55</sup> Se exempelvis Redovisningsrådets rekommendation RR 27. ”Enligt IAS 32 skall finansiella instrument klassificeras i enlighet med den ekonomiska innebörden av de villkor som gäller för instrumentet. Innebörden är bland annat att en preferensaktie under vissa förutsättningar skall klassificeras som ett skuldebrev. Redovisningsrådets bedömning är att detta inte står i överensstämmelse med ÅRL och har därför avstått att ta in bestämmelsen i RR 27.”

7. Utdelning på utländska preferensaktier som erhålls av svenska aktiebolag kan vara skattepliktig eller skattefri enligt 24 kap. IL beroende på om de utländska aktierna anses näringsbetingade eller ej.

8. I andra länder kan den skattemässiga behandlingen av sådant som liknar svenska preferensaktier styras av redovisningsrätten eller den ekonomiska innebörden av de villkor som är kopplade till aktien. Det kan medföra att sådana instrument ses som skuldinstrument. Utdelning behandlas då i det landet skattemässigt som ränta. Det innebär att utdelning på sådana onoterade instrument (som liknar svenska preferensaktier) från ett utländskt bolag som lämnas till ett svenskt bolag kan medföra ränteavdrag i det andra landet och ses som skattefri utdelning i Sverige. Ett exempel på detta är PESC-instrumentet som beskrivs i avsnitt 7.4.2.

#### **7.4.4.3 Slutsatser**

Preferensaktier och utländska motsvarigheter kan konstrueras så att de blir ett hybridinstrument. Eftersom de i normalfallet skattemässigt ses som ett egetkapitalinstrument ur svenskt perspektiv uppkommer skattearbitraget genom att utdelning lämnas från ett utländskt företag där avdrag medges såsom för ränta medan utdelningen blir skattefri för det mottagande svenska bolaget. Inom Skatteverket torde kontrollen hittills ha inriktats på att kontrollera om villkoren för skattefri utdelning på näringsbetingade andelar är uppfyllda. Gruppen har hittills inte funnit något stöd för att beskatta den svenska utdelningsmottagaren bara på grund av att avdrag medgetts i det andra landet. Därför saknas det normalt också anledning att titta på den skattemässiga behandlingen i det land där det utdelande bolaget finns. I kartläggningen har det hittills funnits ett fall där något som kallas preferensaktier har använts som hybridinstrument (se figur 7 i bilaga 1). Härutöver finns det fall som beskrivs i avsnitt 7.4.2 om PESC-instrument, men det kommer från en fråga som Skatteverket fått. Huruvida det faktiskt används vet vi inte. Eftersom det hittills saknats anledning ur ett svenskt skattemässigt perspektiv att titta på detta finns ingen ytterligare information om hur preferensaktier eller utländska motsvarigheter faktiskt utnyttjas. Det kan dock vara viktigt att i enskilda fall utreda och göra en bedömning av avtalsvillkoren och omständigheterna i övrigt för att bl.a. se hur klassificeringsfrågan ska bedömas.

#### **7.4.5 Aktieägartillskott utan aktieteckning**

1. En bedömning som bör göras är om ett instrument är ett egetkapitalinstrument eller ett skuldinstrument. Men denna klassificering ger bara delvis vägledning. Ett kapitaltillskott utan aktieteckning t.ex. medför ingen rätt i det mottagande bolaget. Då blir det inte fråga om att klassificera ett instrument, utan i stället bedöma vilken rätt det mottagande företaget har till kapitalet, är det till låns eller ett eget ("ägt") kapital. Detta sägs här för att man ska hålla i minnet att företeelsen kapitaltillskott finns och att gränsdragningen mellan om en företeelse, kanske särskilt en utländsk företeelse, utgör tillskott eller lån ibland måste göras.

Utmärkande för ett tillskott är att bolaget inte har någon skyldighet att vare sig betala kapitalbeloppet eller någon avkastning. Utmärkande för ett

penninglån (eller med en annan juridisk term; en försträckning) är att utlånanen har rätt att få tillbaks kapitalbeloppet och en avkastning. Men i hybridsammanhang används företeelser som hamnar mitt emellan, varför gränsdragningen ibland kan vara svår.

2. Villkorade aktieägartillskott är ur tillskottsgivarens perspektiv en speciell form av tillskott. Utmärkande för ett tillskott är att det ur det tillskottsmottagande bolagets perspektiv inte får finnas några villkor mot bolaget förknippade med tillskottet. Tillskottsmottagaren blir "ägare" av kapitalet. Inte heller tillskottsgivaren har några krav på bolaget. Dessa grundläggande förutsättningar för ett tillskott gäller såväl s.k. ovillkorliga tillskott som s.k. villkorliga tillskott. Såvitt avser villkorliga tillskott finns dock ett avtal på delägarnivån, t.ex. om företrädesrätt till utdelning, etc. I skatterättslig praxis har de villkorade tillskotten behandlats jämställt med lån. Men detta gäller bara ur tillskottsgivarens perspektiv. Ur tillskottsmottagande bolagets perspektiv är det ingen skillnad på ovillkorliga och villkorliga tillskott. I båda fallen "äger" bolaget kapitalet och det får inte finnas några villkor gentemot bolaget.

3. Skatterättsligt har en betalning av kapitaldelen av det villkorade tillskottet behandlats som en återbetalning av lån (RÅ 85 1:10, gällande betalning till tillskottsgivaren själv och RÅ 1988 ref. 65, gällande betalning till den som förvärvat tillskottsgivarens rätt). Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att i skatterättsligt hänseende är utgångspunkterna för bedömningen annorlunda än i aktiebolagsrätten. En förutsättning för att betalningen ska kunna beskattas som utdelning måste i princip, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, vara att den för mottagaren utgör avkastning på det i bolaget investerade kapitalet.

Rättsfallen visar att det är möjligt i vissa fall att göra en skatterättslig klassificering som avviker från den aktiebolagsrättsliga.

## 8 Hybridtransfer

### 8.1 Inledning

Med hybridtransfer menas i denna rapport att en överföring av en tillgång till annan part behandlas som en övergång av äganderätten i det ena landet och som lån i det andra landet. Det är främst fråga om s.k. repor men även s.k. aktielån. Internationellt har det visat sig att dessa företeelser har kunnat utnyttjas för skattearbitrage. Med repor<sup>56</sup> avses överlåtelse av värdepapper där säljaren förbinder sig att återköpa värdepappren vid en viss tidpunkt till ett i förväg bestämt pris. Med aktielån avses utlåning av aktier från en aktieägare till en låntagare som förbinder sig att efter en viss tid återställa samma antal aktier.

### 8.2 Exempel på hybridtransfer

1. Här visas två exempel på hybridtransfer med repor som bygger på avdrag i ena landet (land A) och ingen beskattning i det andra landet (land B).

2. Exempel 1 – skattefri kapitalvinst

Bolag A Co i land A äger aktier i bolag X Co. X Co kan vara hemmahörande i land A eller i annat land. A Co ingår en repotransaktion med bolag B Co i land B. A Co säljer andelarna i X Co till B Co för marknadsvärde 100. Samtidigt avtalar A Co och B Co att A Co ska köpa tillbaka andelarna i X Co om 6 månader för 105. X Co lämnar ingen utdelning under denna tid. I land A ses detta som ett lån med andelarna i X Co som säkerhet, med en återbetalning av lånebeloppet på 100 och en räntebetalning på 5. A Co medges avdrag för räntebetalningen. Land B ser transaktionen som ett köp och försäljning av andelarna i X Co. Kapitalvinsten på 5 är skattefri i land B.

3. Exempel 2 – skattefri utdelning

Bolag A Co i land A äger aktier i bolag X Co. X Co kan vara hemmahörande i land A eller i annat land. A Co ingår en repotransaktion med bolag B Co i land B. A Co säljer andelarna i X Co till B Co för marknadsvärde 100. Samtidigt avtalar A Co och B Co att A Co ska köpa tillbaka andelarna i X Co om ett år för samma pris, dvs. 100. Det förväntas att X Co ska lämna utdelning under denna tid. Utdelning på 5 lämnas till B Co. A Co och B Co har avtalat att B Co behåller denna utdelning. I land A ses detta som ett lån med andelarna i X Co som säkerhet med en återbetalning av lånebeloppet på 100. A Co anses ha tagit emot en utdelning från X Co på 5 och använt beloppet som en räntebetalning på lånet. Utdelningen är skattefri för A Co medan avdrag medges för räntebetalningen på 5. Land B ser transaktionen som ett köp och försäljning av andelarna i X Co. Någon kapitalvinst uppkommer inte. B Co anses ha tagit emot en utdelning på 5 och utdelningen är skattefri i land B.

---

<sup>56</sup> Repa = repurchase agreement

## 8.3 Gällande rätt m.m.

### 8.3.1 Lån och försträckning

1. Med försträckning avses överlämnande av varor, kontanter e.d. mot åtagande från mottagaren att återlämna samma mängd av det som han erhållit men inte just de föremål som erhållits. Försträckning avser normalt s.k. fungibel egendom<sup>57</sup>. Med saklån avses innehav av annans egendom för eget bruk med skyldighet för låntagaren att återställa det lånade föremålet. Begreppet lån brukar användas både när det gäller saklån och försträckning.

2. I RÅ 1965 ref. 19 prövades hur ett avtal om lån av aktier med skyldighet att tre månader senare överlämna samma antal aktier skulle beskattas. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade följande. ”Därest X av en bankirfirma erhåller ett antal aktier av visst slag mot skyldighet att inom viss tid därefter till firman överlämna samma antal aktier av samma slag, är transaktionen en försträckning, som får anses innebära att X förvärvar aktierna till då gällande börskurs genom ett med köp eller byte jämförligt fång.” En försäljning av aktierna skulle beskattas. Ett senare inköp och återlämnande av aktierna enligt försträckningsavtalet skulle skattemässigt också likställas med köp och försäljning av aktierna.

3. En försträckning är civilrättsligt en överlåtelse av äganderätten som får återverkningar skattemässigt.

### 8.3.2 Beskattning av aktielån

1. I inkomstskattelagen finns en uttrycklig bestämmelse som anger att utlåning av delägarätter eller fordringsrätter för blankning inte anses som en avyttring (44 kap. 9 § IL). Med blankningsaffär avses en avyttring av en lånad delägar rätt eller fordringsrätt och i 44 kap. 29 § IL anges när en sådan kapitalvinst ska tas upp till beskattning.

2. Bestämmelserna infördes genom 1990 års skattereform. Det ansågs leda till ett riktigare skatteutfall att inte se lånetransaktionen i sig som ett köp och en försäljning utan att i stället beskatta låntagaren för eventuell vinst. Den skattemässiga synen på blankningsaffärerna ansågs vara helt avgörande för om det skulle förekomma några äkta blankningsaffärer och skattesystemet borde vara neutralt i detta hänseende (prop. 1989/90:110 s. 451).

3. Bestämmelsen avser bara utlåning av delägarätter och fordringsrätter för blankning och inte utlåning för andra ändamål. Bestämmelsen innebär att den skattemässiga behandlingen avviker från den civilrättsliga.

---

<sup>57</sup> Egendom eller produkt som inte är individuellt bestämd och där de enskilda beståndsdelarna saknar individuella särdrag utan kan ersättas av en annan lika stor kvantitet av samma slags egendom/produkt, t.ex. pengar, bensin och spannmål.



### 8.3.3 Beskattning av repor

1. Det finns ingen bestämmelse i inkomstskattelagen om beskattning av repor. Såvitt gruppen känner till finns det inte heller någon rättspraxis på området.

2. På redovisningsområdet finns några bestämmelser.

Finansinspektionen ger ut föreskrifter för hur redovisningen ska ske hos kreditinstitut och värdepappersbolag (FFFS 2008:25) och för försäkringsföretag (FFFS 2008:26). Om den mottagande parten förbinder sig att sälja tillbaka tillgångarna på en dag som har bestämts eller ska bestämmas av den överförande parten är transaktionen en äkta återköpstransaktion. Tillgångarna ska i så fall även fortsättningsvis redovisas i den överförande partens balansräkning och den mottagna köpeskillingen redovisas som en skuld. Den mottagande parten ska inte redovisa tillgångarna i sin balansräkning utan den erlagda löpeskillingen ska redovisas som en fordran på den överförande parten.<sup>58</sup> Skillnaden mellan försäljningspriset och återköpspriset periodiseras under löptiden och tas upp som ränteintäkt hos den mottagande parten och räntekostnad hos den överförande parten.<sup>59</sup>

Även Bokföringsnämnden har i BFNAR 2008:1, Årsredovisning i mindre aktiebolag, tagit upp repor. Där anges följande.<sup>60</sup>

”Varje transaktion ska normalt redovisas för sig.

...

Det kan också vara så att två eller flera transaktioner hör samman på ett sådant sätt att den ekonomiska innebörden inte kan förstås om inte transaktionerna redovisas tillsammans. Ett exempel är ett företag som samtidigt som varorna säljs kommer överens om att senare köpa tillbaka dem (”repa”). Återköpsklausulen innebär att den ekonomiska effekten av den första transaktionen upphör. I detta fall ska de två transaktionerna redovisas tillsammans.”

3. Det är oklart om en redovisning av repan som fordran/skuld och ränteintäkt/räntekostnad får genomslag även i beskattningen. Som nämnts ovan saknas bestämmelser i skattelagstiftningen och rättspraxis.

## 8.4 Slutsatser

Gruppen har erfårit att det internationellt har redovisats ett flertal fall som rör hybridtransfer, ofta kombinerat med avräkning. I den kartläggning som gruppen gjort har det inte kommit fram några fall som avser hybridtransfer. Gruppen tror inte att det behöver bero på att den typen av transaktioner inte genomförs i Sverige. Kontrollverksamheten har inte varit inriktad på att leta efter den typen av transaktioner och kunskapsbrist kan medföra att även om en handläggare av någon anledning träffar på företeelsen vet man inte att den medför skattearbitrage. Det är därför okänt om svenska företag deltar i transaktioner där hybridtransfer utnyttjas för skattearbitrage.

<sup>58</sup> 2 kap. 5 § i FFFS 2008:25 och 2 kap. 1 § i FFFS 2008:26

<sup>59</sup> Bilaga 4 Resultaträkningens poster 11 och 19 §§ i FFFS 2008:26

<sup>60</sup> BFNAR 2008:1, Kommentar till Kapitel 2, Grundläggande principer, En eller flera transaktioner

Rättsläget är oklart när det gäller repor. Både repor och aktielån är emellertid sådana företeelser där det finns stor risk för hybridsituationer.

## 9 Kartläggning av kända hybridfall

1. I samband med Skatteverkets kontrollverksamhet har observerats olika former av hybrider. Det är framför allt vid utredning av interna andelsöverlåtelser och kontroll av räntenivåer på ägarlån vid riskkapitalförvärv som dessa hybrider iakttagits. Inga utredningar eller kartläggningar har i detta sammanhang hittills företagits med syfte att identifiera hybrider.

2. Utredningarna av lånestrukturer visar att en genomgående princip vid skapandet av gränsöverskridande koncerninterna ränteströmmar är att säkerställa att ränteintäkten inte beskattas hos det långivande koncernbolaget. Detta kan ske på många olika sätt. Ett mycket vanligt sätt är att placera långgivare i ett skatteparadis. Andra sätt är att låna från belgiska bolag som kan utnyttja NID-avdrag eller låna från bolag som har stora förluster. Därutöver finns möjligheten att utnyttja hybridinstrument och hybridföretag.

I bilaga 1 beskrivs faktiska och förmodade hybridfall som iakttagits vid skatteutredningar. Eftersom ingen särskild kartläggning skett av hybrider utgör de redovisade fallen endast ett utsnitt av verkligheten.

3. Nedan redovisas de fall som Skatteverket identifierat i form av en sammandragen tabell. Räntan återspeglar den årliga normalt avdragna räntan i respektive fall.

<b><u>Hybridkonstruktioner</u></b>	<b><u>Antal fall</u></b>	<b><u>Årlig ränta (mkr)</u></b>
<b>HYBRIDFÖRETAG</b>		
Check-the-box - svensk låntagare	15	12 460
Fiscal Unity – filial till holländskt BV	9	3 796
Lån från holländskt CV - direkt eller indirekt	3	490
Luxemburg - Atypical Silent Partnership	1	6
Övrigt hybridföretag	5	1 698
<b>HYBRIDINSTRUMENT</b>		
Konvertibla förlagslån	5	313
PEC-instrument - utfärdat av svenskt bolag	1	152
CPEC-instrument - utfärdat av svenskt bolag	1	175
PEC/YPEC/CPEC-instrument - utfärdat av Lux-bolag till utländska ägare	9	2 778
Mandatory redeemable preference shares - utfärdade av Lux-bolag till svenskt bolag	1	1 500
Övrigt hybridinstrument	3	1 810

4. Samtliga fall i tabellen utom ett avser ränteavdrag hos svenskt skattesubjekt där ränteinkomsten i praktiken inte synes beskattas hos de intressebolag som uppbär ränteinkomsten. Undantaget är det fall som redovisas under ”Mandatory redeemable preference shares – utfärdade av Lux-bolag till svenskt bolag”. I det fallet görs avdrag för ränta i Luxemburg, medan avkastningen behandlas som skattefri utdelning i Sverige.

5. De nio fall som redovisas under rubriken ” PEC/YPEC/CPEC-instrument - utfärdat av Lux-bolag till utländska ägare” skiljer sig från övriga fall genom att hybrideffekten uppkommer i ett senare led. I dessa fall, som närmare beskrivs i bilaga 1 (figur 8), uppnås effekten när det långivande luxemburgbolaget i sin tur lånar från sina ägare genom att utge olika typer av certifikat. Avdrag kan då ske såsom för ränta i Luxemburg, medan avkastningen betraktas som (skattefri) utdelning av ägarna, som är bolag från annat land än Luxemburg och Sverige. I praktiken sker därmed ingen beskattning hos långgivaren i Luxemburg eller hos dess ägare.

## 10 Sammanfattande slutsatser

1. *Det uppdrag arbetsgruppen fått* har varit starkt inriktat på att det ska göras en kartläggning och en analys av hur s.k. hybridfinansiering används och påverkar skattesituationen i Sverige. Uppdraget och den tidsram som satts för dess utförande utgår ifrån att det redan är känt och analyserat vad hybridfinansiering egentligen är och att det redan är klart hur den svenska juridiska bedömningen av denna företeelse är.

Vid *arbetets genomförande* har det emellertid visat sig att området inte alls är färdiganalyserat och att någon juridisk grundanalys inte finns att tillgå och att en mängd juridiska problem finns att ta ställning till. Inte bara en skatterättslig analys måste göras, utan även analyser av vad obligationsrätten, associationsrätten, redovisningsrätten med flera rättsområden innehåller inom detta område måste göras för att få rimlig trygghet i vilken juridisk bas vi har att utgå ifrån. Därutöver behövs förståelse och kunskap om mer rena ekonomiska parametrar inom detta område. Det har visat sig att osäkerheten om vad som gäller är betydande och tidsramen har inte heller medgett att fördjupade analyser i alla delar har kunnat utföras. Arbetsgruppens bedömning är dessutom att betydande osäkerhet skulle kvarstå även efter mer fördjupade analyser.

2. Inom OECD har det pågått ett arbete med fokus på *internationell aggressiv skatteplanering*. Ett område som OECD har diskuterat är just vad som i denna rapport benämns hybridfinansiering. Med hybridfinansiering menas sådan finansiering där parterna använder sig av sådana företeelser, instrument, bolagsformer m.m., som innebär att behandlingen av kapitalet eller avkastningen blir annorlunda i respektive land och hos respektive part. Det gäller i samband med kapitalanskaffning respektive kapitaltillförsel.

*I detta internationella arbete* har det visat sig att skatteplanering med hybridinslag är vanligt förekommande internationellt. Vanligast är att skatteplaneringen görs inom intressegemenskaper. Men en hel del skatteplanering med hybridinslag förekommer även mellan parter som inte är i intressegemenskap med varandra. Det som därvid uppmärksammats är att det mellan i vart fall banker och andra finansiella aktörer förekommer avtalspaket som gör att t.ex. avdrag medges i en bank i ett land och ingen motsvarande beskattning uppkommer i den andra banken i ett annat land (men även några sådana fall mellan bank och företag utanför den finansiella sektorn har uppmärksammats). Inte några fall har uppmärksammats där det gäller t.ex. en bank och en större mängd medparter, utan det gäller mellan ett fåtal i sig oberoende parter. I detta arbete har koncerninterna transaktioner inom banksektorn inte uppmärksammats hittills.

De *hybridfall med Sverige inblandat* som arbetsgruppen sett och fått information om via kartläggningen gäller dock nästan uteslutande inom koncerner och det är därför arbetsgruppen koncentrerat sig på koncerninterna transaktioner och företeelser. Det behöver inte betyda att det inte finns inom andra intressegemenskaper eller utanför intressegemenskaper. Parter kan ju ha intresse av att dela på skattevinsten och då blir de i någon form av intressegemenskap i dessa fall.

I de fall skatteplaneringen görs inom koncerner så uppkommer skatteförmånen på koncernnivå genom att svenskt skatteunderlag blir mindre

(genom avdrag eller utebliven skattepliktig intäkt). Viktigt att observera är att det inte alltid är i transaktionsledet mellan det svenska företaget och dess utländska motpart som skatteförmånen/olikbehandlingen sker, utan detta kan ske i en annan del av intressegemenskapen (t.ex. när kapital slussas i flera bolagsled).

Här ska påpekas att vi inte särskilt tittat på den finansiella sektorn. Någon erfarenhet från denna sektor i detta sammanhang finns inte heller inom Skatteverket. Arbetsgruppen kan därför bara konstatera att kunskap om denna sektors eventuella/möjliga skatteplanering med hybrider saknas.

3. Som konstaterats finns inte någon *juridisk grundanalys* av det hybridområde som behandlas i denna rapport att tillgå och det finns en mängd juridiska problem att ta ställning till. För att ens komma fram till att kunna göra en juridisk analys av olika företeelser samt bedöma om företeelserna som sådana kan tänkas vara ett hot mot den svenska bolagsskattebasen *krävs* det dessutom *fakta* kring själva företeelserna, dess omfattning och det andra landets lagstiftning, domstolspraxis och administrativa praxis.

4. Redan att få information om fakta kring själva företeelserna kan vara svårt. I de fall en företeelse inte kan bli föremål för en avvikande bedömning vid taxeringen jämfört med hur den är deklarerad av den skattskyldige är *Skatteverkets verktyg* för att få reda på relevanta fakta kring företeelsen inte tillräckliga.<sup>61</sup> Uppgifter om olika skatteplaneringsupplägg och i vilken omfattning sådana används är inte möjligt att få reda på i tillräcklig omfattning om företeelsen i sig inte går att angripa med en taxeringsändring. Om, som exempel, ett avdrag för samma ränteutgifter medges såväl i Sverige som i ett annat land, eller alternativt ränteutgiften inte motsvaras av någon beskattning i det andra landet för att det ses som utdelning där, innebär sådana omständigheter ett starkt incitament att maximera ränteavdragen inom koncernen. Men samtidigt, om det andra landets bedömning av avdragsrätten för samma ränteutgift respektive skatteplikten för motsvarande ränteintäkt, inte påverkar den svenska skatterättsliga bedömningen finns det ingen möjlighet för Skatteverket att på ett systematiskt sätt få vetskap om dessa förhållanden. Vetskap om upplägg och deras omfattning erhålls erfarenhetsmässigt vid sådana förhållanden tidigast när företeelsen är allmänt känd inom skattekunniga kretsar. Då kan lång tid ha gått och stora volymer etablerats. Men inte ens då kan Skatteverket, med de verktyg som Skatteverket förfogar över, få fram i vilken omfattning ett visst upplägg används.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Någon möjlighet att förelägga företagen att komma in med uppgifter i syfte att rent allmänt kartlägga hur ett visst förfarande används finns inte enligt gällande lagstiftning. Inte heller revisionsinstitutet kan användas i detta syfte. Att inhämta uppgifter genom föreläggande eller genom revision kräver att uppgifterna har betydelse för taxeringen eller för urval av revisionsobjekt etc. Om t.ex. uppgifter om hur en motpart beskattas inte påverkar den svenska beskattningen har sådana uppgifter ingen betydelse vid taxeringen och kan således inte inhämtas annat än på frivillig väg, om uppgifterna inte inhämtas för urval av revisionsobjekt etc.

<sup>62</sup> Här ska tilläggas, som redan sagts i inledningen, att det förekommer ett relativt omfattande samarbete internationellt kring aggressiv skatteplanering, bl.a. inom OECD. Detta och andra internationella samarbeten är viktiga verktyg för såväl ökad kunskap och förståelse som för information om faktiskt förekommande skatteplaneringsscheman. Arbetsgruppens bedömning är därför att det är viktigt att Sverige deltar i sådana samarbeten.

5. Sistnämnda förhållanden speglas tydligt i det faktum att *de uppgifter vi fått fram i vår kartläggning är resultatet av slumpen och insatser där det finns möjlighet att avvika från de skattskyldigas bedömningar och taxera dem på annat sätt än vad de yrkar.*

6. Men även i de fall Skatteverket misstänker att en företeelse bör bedömas på annat sätt och föranleda en taxeringsändring föreligger *betydande svårigheter att få reda på alla fakta.* Att få alla fakta på bordet kan vara svårt och kräver insikt i vad man bör fråga företagen om. I den mån det andra landets bedömningar påverkar på något sätt är det dessutom svårt att få fram fakta om detta. Det föreligger betydande svårigheter att få reda på hur företagen faktiskt skatteplanerar. Även beträffande de fall som identifierats vid revision har det ibland varit förenat med betydande problem att få reda på hur avtalen ser ut, hur förhållandena är och vilka transaktioner som vidtagits. Här beskrivna problem är av generell art och gäller inte bara vid planeringar med hybrider, men det föreligger särskilda svårigheter i dessa fall eftersom olika länder är inblandade och att förhållandena är så komplicerade.

7. Här kan konstateras att de skatteplaneringsförfaranden som finns på marknaden inte på ett effektivt sätt kan identifieras utan att det införs *lagstiftning som ställer krav på aktörerna* att själva redovisa förfarandena.

Den relativa brist på praktisk kunskap om huruvida olika företeelser, som uppmärksammas internationellt, även förekommer i Sverige och svårigheten att få sådan kunskap sätter åter fingret på behovet av någon form av sådan lagstiftning. En sådan lagstiftning skulle behövas inom detta område.

8. De svårigheter som det talas om i detta avsnitt kring att få reda på fakta för att göra en juridisk grundanalys etc. är alla hänförliga till de svårigheter den fiskala sidan möter. *I en stor internationellt verksam koncern finns inte dessa svårigheter.* Koncernen bestämmer själv vilka transaktioner man vill vidta och vilka strukturer man bygger upp. Koncernen har även möjlighet att betala för ett antal olika kompetenser för att få reda på olika länders lagstiftning, rättspraxis och administrativa praxis. Med hjälp av denna kunskap kan koncernen ofta använda sig av strukturer och företeelser som blir skatterättsligt accepterade i respektive land. Med hänsyn härtill är det arbetsgruppens bedömning att skatteplanering inom hybridområdet många gånger kan anses vara tämligen enkelt att genomföra för de företag som har tillräckligt stora volymer för att det ska vara lönsamt.

9. De *grundläggande och allvarligaste problemen* med denna typ av skatteplanering i de delar vi har praktisk erfarenhet av är att koncernen kan uppnå avdrag för samma utgift i flera länder, s.k. dubbla avdrag (och därmed även dubbla förlustavdrag), och/eller att ingen beskattning sker av motsvarande intäkt. Eftersom fokus ligger på finansieringsfrågor är det mest fråga om ränteavdrag och att motsvarande intäkt blir obeskattad av olika

---

Det är även viktigt att formerna för samverkan mellan Skatteverket och de större företagen och deras rådgivare utvecklas ytterligare så att de stora möjligheter till samverkan och förebyggande arbete som finns tas till vara.

orsaker. Men systematiken kan med vederbörliga ändringar även användas vid skatteplanering med andra former av utgifter.

Även här är värt att peka på de erfarenheter som finns internationellt inom det arbete som OECD bedriver. I planeringstransaktioner med andra länder än Sverige inblandade så förekommer det i hög utsträckning skatteplanering med avräkning och s.k. repor och även mellan oberoende parter, som sagts ovan i punkten 2. Inget av detta har vi dock praktisk erfarenhet från Sverige av.

10. *Orsaker till att motsvarande intäkt blir obeskattad* kan t.ex. vara att ränteintäkten anses utgöra avkastning på eget kapital och inte på en utlåning och att intäkten därför blir att betrakta som skattefri utdelning. Andra orsaker kan vara att intäkten i det land där mottagaren finns inte beskattas i det landet eftersom betalningen och erhållandet av beloppet ses som en företagsintern transaktion och därför inte beaktas skatterättsligt. Under de mer specialiserade kapitlen om hybridföretag, hybridinstrument och hybridtransfer har vi gått igenom detta mer noggrant.

11. En fråga att besvara är *i vilken utsträckning det andra landets bedömning/beskattning påverkar den svenska beskattningen* när ingen lagstiftning om detta finns. Det är klart att i de speciella fall som här behandlas, där parterna med flit konstruerar avtalen så att de ska behandlas olika i respektive land blir det en viktig omständighet vid bedömningen hur och framförallt varför det andra landet gör en viss bedömning. I ett gränsland kan en bedömning/beskattning i annat land ge besked om en transaktions verkliga innebörd etc. Men om man bortser från frågor i detta gränsland så måste utgångspunkten vara att bedömningen görs enligt svensk rätt. En företeelse kan ju användas mellan en part i Sverige och andra parter från olika länder. Att bedömningen i Sverige skulle påverkas av den bedömning som görs i ett annat land, så att företeelsen behandlades annorlunda i Sverige beroende på vilket land avtalsparten kommer ifrån måste vara uteslutet. Med bortseende från bevisfrågor, vad som kan anses vara den verkliga innebörden och i avsaknad av särskilda regler som säger annorlunda måste således bedömningen i Sverige göras oberoende av bedömningen/beskattningen i det andra landet. Det är ju även detta som kan utnyttjas i hybridsammanhang.

12. Slutsatserna i denna del är att det *fordras lagstöd* för att låta det andra landets bedömning/beskattning påverka den svenska bedömningen. Här bortses som sagt ifrån bevisfrågor och oklarheter kring vad den *verkliga innebörden* etc. är. I denna analys ingår inte om *skatteflyktslagen* skulle kunna tillämpas.

Huruvida det i ett enskilt fall går att komma åt skattearbitraget med skatteflyktslagen är svårt att ha en generell uppfattning om. Gruppen bedömer att det rent allmänt finns anledning att mer noggrant analysera om skatteflyktslagen kan användas för att åtgärda fall med internationellt skattearbitrage. Någon mer generell vägledning kan gruppen dock på detta stadium inte ge.

13. Såvitt avser skatteplanering med *hybridföretag* har gruppen inte sett att det finns någonting vare sig i svensk lagstiftning eller rättspraxis som förhindrar utnyttjandet av dubbla avdrag eller avdrag/ingen beskattning i de fall olika länders klassificering av ett företag leder till att det är



delägarbeskattat i ena landet och bolagsbeskattat i andra landet. Denna bedömning gäller huruvida själva olikbehandlingen som sådan kan vara en angreppsgrund. Om andra angreppssätt i det enskilda fallet finns - inklusive skatteflyktslagen - har gruppen inte haft tid att analysera.

14. Såvitt avser skatteplanering med *hybridinstrument* är situationen mer svåranalyserad och komplex. Själva olikbehandlingen som sådan bör vid en analys av gällande rätt inte heller i dessa fall vara en självständig angreppsgrund. Men i dessa fall är det också mer svåranalyserat vad ett instrument i realiteten är och därför kan bedömningar som görs i annat land få större påverkan vid en analys av den verkliga innebörden. I hur hög utsträckning detta kan ske och om skatteflyktslagen kan användas har dock arbetsgruppen inte haft tid att analysera.

När det gäller den skattemässiga behandlingen av hybridinstrument måste bedömningen göras i två steg. Först måste det göras en bedömning av om instrumentet är ett skuldinstrument eller egetkapitalinstrument och därmed också om avkastningen utgör ränta eller utdelning. Därefter görs bedömningen av om räntan/utdelningen är skattepliktig eller avdragsgill.

Här ska påpekas att uppdelningen i delägarätter och fordringsätter enligt IL inte har betydelse för denna grundläggande klassificering av vad som å ena sidan är fordran/skuld och å andra sidan är tillskott/eget kapital respektive hur den löpande avkastningen ska behandlas. Den grundläggande klassificeringen måste göras först, innan man vet vilken skatteregel som ska tillämpas. Den omständigheten att ett konvertibelt skuldebrev anses vara en delägarrätt enligt IL påverkar t.ex. inte behandlingen av avkastningen utan den anses ändå som ränta och inte utdelning. Anledningen härtill är att det konvertibla skuldebrevet vid den grundläggande klassificeringen klassificeras som en skuld och inte som ett eget kapital.

Skatterättsligt finns det ingen definition av vad som är skuld eller eget kapital eller några riktlinjer för hur klassificeringen ska gå till. Vägledning för klassificeringen får i stället hämtas från olika rättsområden såsom associationsrätten, obligationsrätten, redovisningsrätten, m.m. Eftersom förmögenhetsrätten och associationsrätten inte alltid ger något uttömmande svar på klassificeringsfrågan, vad som utgör skuld eller eget kapital, måste vägledning även sökas i redovisningsrätten. Inom redovisningsrätten är det inte ovanligt att man frångår den juridiska formen och följer den ekonomiska innebörden som oftast sammanfaller med det verkliga syftet med avtalet. Redovisningsrätten påverkar bedömningen, men skatterättsligt kan man frångå redovisningsrätten. Klassificeringsfrågan måste dock ofta bedömas utifrån flera rättsområden genom att en viss företeelse kan ha koppling till exempelvis obligationsrätt, aktiebolagsrätt, redovisningsrätt och skatterätt. De olika rättsområdena samverkar och går i varandra. Det gör att den skatterättsliga klassificeringen kan bli mycket komplex genom att den påverkas av flera rättsområden samtidigt.

15. Som sammanställningen i avsnitt 9 och redovisningen i bilaga 1 visar så används *de facto* såväl *hybridföretag* som *hybridinstrument* av ett inte så litet antal koncerner och det gäller genomgående *mycket betydande belopp*. Det bör observeras att de största beloppen och de flesta fallen avser hybridföretag. Eftersom ingen särskild kartläggning skett av hybrider utgör de redovisade fallen endast ett utsnitt av verkligheten. I hur hög utsträckning sådant används

utöver det som hittats och redovisats i den sammanställning som arbetsgruppen gjort kan man bara spekulera om.

16. Som redogörelserna i denna rapport visar finns det dock många faktorer som alla pekar åt samma håll. Det finns all anledning att anta att den internationella skatteplaneringen i Sverige inte kommer att minska framöver utan snarare öka. Det är arbetsgruppens bedömning att även skatteplanering med hybridinslag kommer att öka och även bli mer komplex. Arbetsgruppen bedömer att vi *bara är i början på denna utveckling* och att det finns all anledning för Skatteverket att bevaka området och förkovra sig löpande.

17. Arbetsgruppen gör den *sammanfattande bedömningen* att skatteplanering med skattearbitrage i gränsöverskridande situationer med utnyttjande av hybridmoment måste anses vara av sådan omfattning redan idag att den svenska *bolagsskattebasen påverkas starkt negativt*. Det finns all anledning att försöka motverka denna skatteplanering på olika sätt.

Här är värt att påpeka att det mesta som hittills har påträffats gäller avdrag för ränta och att en del av detta redan åtgärdas genom bl.a. den nya ränteavdragsbegränsningslagstiftningen och att Skatteverket i andra sammanhang argumenterar för att den lagstiftningen är för smalt avgränsad för att vara tillräckligt effektiv. Samtidigt är vår kartläggning inte alls fullständig och det är osäkert hur mycket mer av skatteplanering med olika hybridinslag som är fördolt för Skatteverket. Systematiken med utnyttjande av olika länders bedömning av företeelser kan även i många fall användas i samband med andra utgifter än ränteutgifter, så problemet är inte alls bara relaterat till ränteutgifter. Problem torde finnas i alla fall där det kan ”skapas” avdrag/skattefri intäkt.

Vissa bedömare skulle kunna hävda att hybridfinansiering inte är ett problem eftersom varje enskild stat har rätt att utforma sitt skattesystem på sitt eget sätt. Om Sverige har en allmän avdragsrätt för räntor och skattefri utdelning på näringsbetingade andelar är det för att lagstiftaren ansett det lämpligt att utforma skattesystemet på detta sätt. Om andra länder väljer att utforma sina skattesystem på annat sätt är det deras sak. Arbetsgruppen anser dock som redan framgått att hybridfinansieringen är ett stort problem. Olikbehandlingen riskerar i sig att skapa betalningsströmmar av skatteskal och inte av rent affärsmässiga skäl. Sverige riskerar då att drabbas av en urholkad skattebas. En grundläggande princip i det svenska skattesystemet är att ett skattemässigt avdrag ska motsvaras av en skattepliktig intäkt. Arbetsgruppen bedömer att det även internationellt råder konsensus om denna princip. OECD:s arbete bygger på att hybridfinansiering är ett problem och att problemet inte nödvändigtvis behöver drabba det land där ränteavdraget görs. Problemet kan i lika stor utsträckning bestå i att inkomsten blir skattefri utdelning i mottagarstaten. Det är således inte enbart en fråga om att förhindra avdragsrätt för räntor och andra utgifter.

18. Skatteplanering med hybridstrukturer synes även vara en *ökande trend i världen*. Olika förhållanden i rätts- och skattesystem i olika länder skapar incitament. De olika ländernas regler ändras också med tilltagande hastighet. Olika länder har olika incitament att antingen införa regler som motverkar skatteplanering eller regler som uppmuntrar till ökad skatteplanering, men gynnar den egna nationen.

Men det finns också ett internationellt arbete inom OECD och EU som syftar till att motverka skatteupplägg och skadlig skattekonkurrens. Arbetsgruppen anser att informationsutbyte och internationell samverkan med andra länder är av stor betydelse för att öka kunskapen på området. En viktig del i detta är den samverkan som sker inom OECD och arbetet där mot aggressiv skatteplanering. Det är även viktigt att bevaka utvecklingen inom EU.

19. Det är troligt att de länder som har generösa regler på vissa områden och samtidigt inte har infört *specifikt hybridmotverkande regler* används i större utsträckning för sådan skatteplanering. Den hybridlagstiftning som har skapats i vissa länder – framförallt i Danmark och Storbritannien – kan vara ett sätt att motverka skatteplaneringen och urholkning av bolagsskattebasen. Huruvida det vore lämpligt att införa motsvarande regler i Sverige har gruppen inte haft tid att analysera och det har inte heller ingått i gruppens uppdrag. I avsnitt 5.4 har några korta synpunkter lämnats kring lagstiftningsfrågan.

Gruppen gör dock den bedömningen att med hänsyn till de stora belopp det är fråga om och den relativa lätthet stora internationellt verksamma koncerner kan utnyttja de olika ländernas regelverk så är det troligen lämpligt att överväga lagstiftning på detta område.

## **KÄNDA HYBRIDFALL VID GRÄNSÖVERSKRIDANDE LÅNESTRUKTURER**

Denna bilaga är en bilaga till rapporten ”Hybridsituationer inom bolagssektorn – Gränsöverskridande och särskilt i samband med finansiering” av den 23 april 2012, dnr 131 - 183077-12/1211.

### **1 Bakgrund**

I denna sammanställning ges exempel på faktiska och i vissa fall förmodade hybridfall som påträffats vid ränteutredningar. Dessa utredningar har i första hand varit inriktade på interna andelsförvärv där utlåning skett från koncernföretag. En annan typ av ränteutredningar har varit analys av räntenivåer, oftast avseende ägarlån vid externa andelsförvärv. Utredningarna har inte omfattat finansiella bolag. Av OECD:s erfarenheter av kända gränsöverskridande hybridstrukturer framgår att många fall involverar finansiella bolag. Det saknas kunskap om liknande strukturer finns där svenska finansiella bolag deltar.

Någon systematisk sökning efter lånestrukturer som utnyttjar hybridföretag eller hybridinstrument är i princip inte möjlig att göra. Skattelagstiftningen innehåller inga regler som tar sikte på utnyttjande av hybrider. Detta gör att det finns begränsade möjligheter för Skatteverket att genomföra kartläggningar genom kontrollinstitutet. Andra tillgängliga uppgifter ger knappast sådan information.

Kunskapen om faktiska hybridfall är därmed inte på något sätt heltäckande, vare sig avseende beskrivningen av de principiella strukturerna eller identifieringen av enskilda fall. Snarare är denna sammanställning att se som ett utsnitt av verkligheten och redovisningen får förmodas vara bara en del av faktiskt förekommande fall, oklart hur stor del.

Utredningar har skett både genom revision och genom skrivbordsgranskningar. Det är inte alltid som tillräcklig information lämnas av bolagen om de bakomliggande strukturerna, inte ens vid revision. Bolagen kan hävda de saknar kännedom om förhållandena i andra koncernbolag eller hävda att Skatteverket saknar laglig grund att kräva sådana uppgifter.

Oftast utnyttjas hybrider vid ränteupplägg för att få ett eller flera avdrag för samma ränta utan att motsvarande beskattning sker. En grundsten vid tillskapandet av dessa gränsöverskridande ränteströmmar är att de medel som tillförs det svenska bolaget genom lån inte i sig skapar skattemässiga intäkter i den svenska verksamheten. Detta kan exempelvis ske genom interna och externa andelsförvärv, lån till utdelning eller lån till kapitaltillskott som förs vidare i koncernen.

Det finns många andra sätt att uppnå samma effekter, exempelvis genom långivning från koncernbolag i skatteparadis, vilket är vanligt vid externa andelsförvärv, eller genom utnyttjande av utländska bolag som inte kan klassificeras som hybridföretag, exempelvis belgiska s.k. NID-bolag, vilket är vanligt vid interna andelsförvärv. De sistnämnda fallen redovisas inte i denna promemoria.

Vissa fall avser lån som upptagits i samband med förvärv av koncerninterna andelar och avdragsrätten kan i sådana fall ifrågasättas med stöd av 24 kap. 10 a-e §§ IL. I övrigt är det

oklart i vilken utsträckning skattearbitraget med utgångspunkt i gällande rätt kan motverkas på något sätt.

## 2 Exempel

### *Hybridföretag*

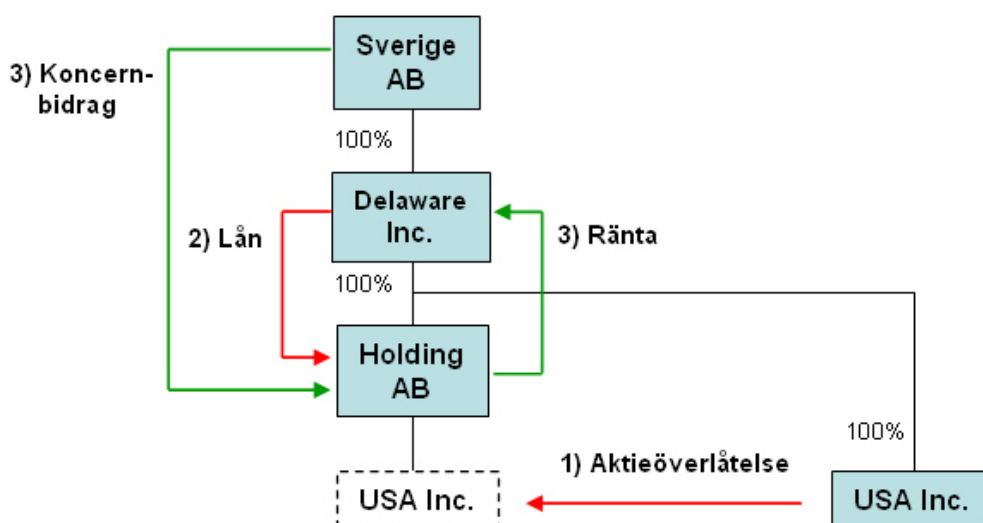
#### Check-the-box

USA har särskilda regler som brukar benämnas check-the-box, vilka kan utnyttjas för att undvika beskattning hos ett långgivande bolag i USA, trots att avdrag för räntor medges i Sverige. Uttrycket check-the-box syftar på att ett amerikanskt bolag kan välja att kryssa i en särskild ruta i bilaga till deklarationen för att uppnå att ett utländskt dotterbolag i skattehänseende betraktas som en del av det amerikanska bolaget. Detta innebär att den ränta det svenska dotterbolaget betalar till USA-bolaget bortses ifrån och således inte beskattas i USA. Check-the-box upplägg är ett internationellt välkänt fenomen sedan många år och har setts som ett problem hos andra länder. Vissa länder som exempelvis Danmark och Storbritannien har infört hybridregler som innebär att avdragsrätten för räntor vägras.

Normalt utnyttjas check-the-box reglerna i koncerner med amerikanskt toppägande, där ett holdingbolag i USA äger ett svenskt holdingbolag (ibland via mellanliggande bolag, företrädesvis i Luxemburg). Ett amerikanskt ägarbolag är då långgivare, medan det svenska holdingbolaget är låntagare och räntebetalare. Detta synes vara vanligt vid amerikanska bolags förvärv av svenska bolag. Liknande strukturer har iakttagits även vid interna andelsförvärv.

Samma grundstruktur kan skapas även i en svenskägd koncern med svenskt toppbolag exempelvis enligt följande (Figur 1).

**Figur 1**

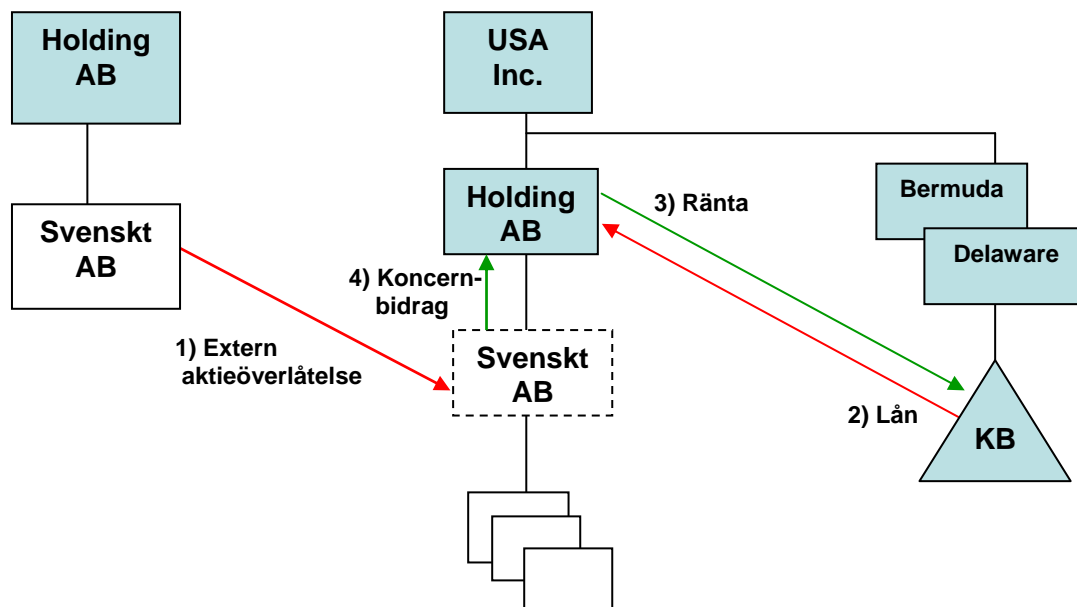


I detta fall har andelarna i det rörelsedrivande bolaget USA Inc. överlåtit koncerninternt och förfarandet kan därmed komma i konflikt med de nya ränteavdragsbegränsningsreglerna. Den svenskägda koncernen kan däremot utan begränsningar utnyttja denna hybrideffekt utanför det område som täcks in av de nya ränteavdragsbegränsningsreglerna.

Det har i ett fall iakttagits att det i en USA-ägd koncern lämnats lån till en svensk filial till amerikanskt bolag. Även i detta fall synes det vara check-the-box reglerna som utnyttjas. Den svenska filialen har gjort ett externt förvärv som nästan uteslutande finansierats med internt lån till filialen.

Nedan (figur 2) beskrivs ett fall av ett externt andelsförvärv där det långivande företaget är ett svenskt kommanditbolag. KB:t har inte fast driftsställe i Sverige. Delägarbolaget med säte i USA synes inte beskattas med hänsyn till check-the-box reglerna.

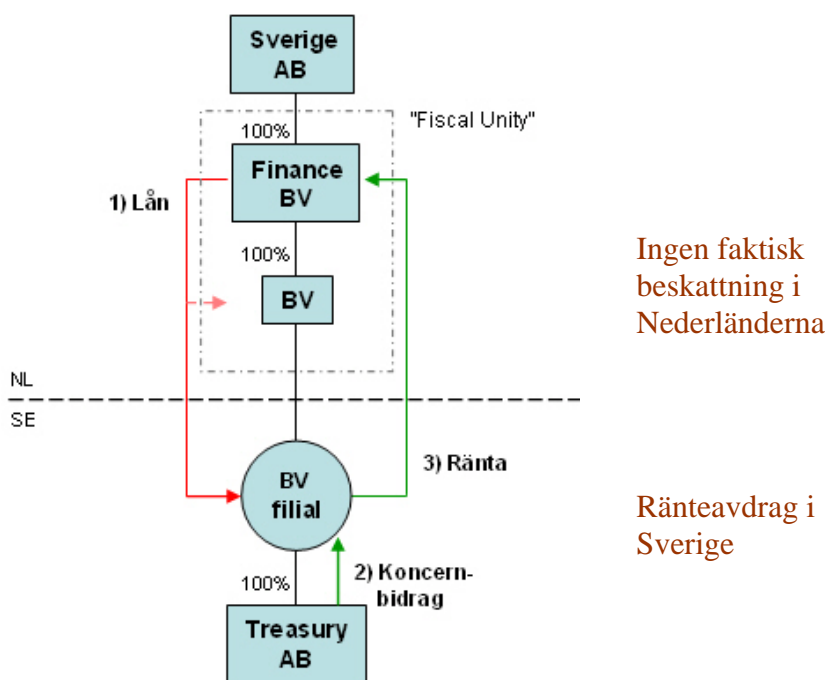
Figur 2



Fiscal Unity – filial till nederländskt BV

2003 infördes skatteregler i Nederländerna, vilka möjliggör att mottagen ränta från svensk filial i praktiken inte beskattas hos den nederländska långgivaren i en "fiscal unity regime". Även andra länder har liknande lagstiftning, men de fall som observerats har samtliga avsett Nederländerna. Vid kartläggningen av interna räntesnurror identifierades ett flertal sådana fall som i allmänhet gällde mycket höga lånebelopp. Liksom vad avser check-the-box strukturer torde de svenska CFC-reglerna inte kunna tillämpas på sådana upplägg. Figur 3 visar ett vanligt exempel där den svenska filialen till ett nederländskt BV förvärvar andelarna i ett bolag koncerninternt (Treasury AB) och lånar till förvärvet av sitt moderbolag Finance BV. Ränteinkomsten beskattas visserligen hos långgivaren, men i skatteenheten kvittas denna mot ränteutgiften i filialen.

Figur 3



De nya ränteavdragsbegränsningsreglerna torde i de flesta fall förhindra avdrag för ränta hos filialen om lånet uppkommit i samband med ett internt förvärv av andelar. Om lånet upptagits av andra skäl än för köp av koncernandelar, exempelvis för externa andelsförvärv, utdelning eller kapitaltillskott, kan dock hybrideffekten utnyttjas.

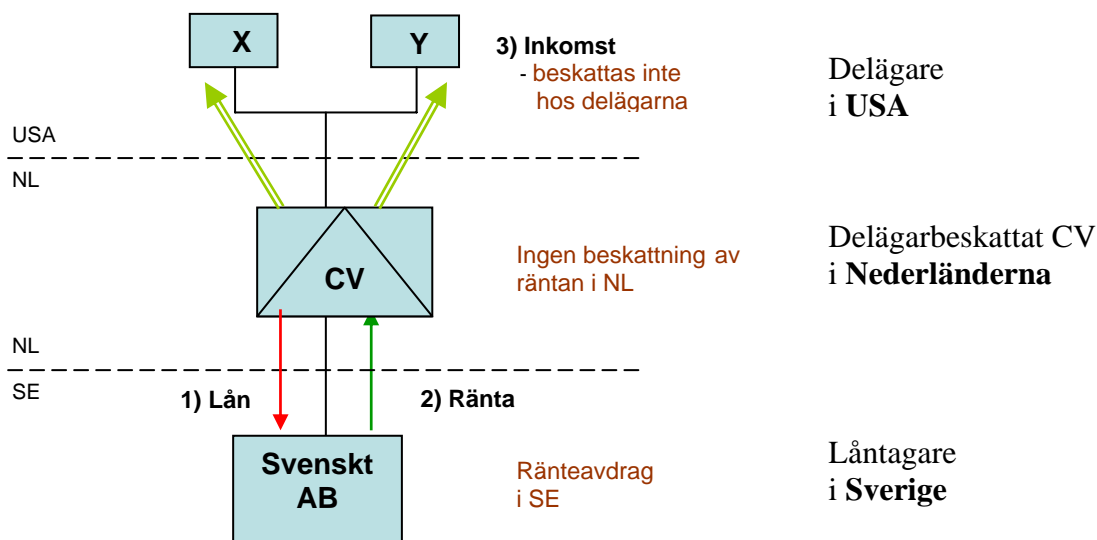
Det har iakttagits ett fall med internt förvärv där hybrideffekten kan utnyttjas utan att den nya räntelagen sätter hinder för detta. Ett tomt dotterbolag till filialen förvärvade rörelsetillgångar, i huvudsak interna fordringar, koncerninternt. Finansieringen skedde genom att de lån filialen tog upp från det nederländska moderbolaget fördes vidare från filialen till dotterbolaget genom ägartillskott. Skatteverket har accepterat att full avdragsrätt för ränta föreligger, bl.a. beroende på att den nya räntelagen inte omfattar lån som tagits för inkråmsförvärv.

### Nederländskt delägarbeskattat CV

Några fall har identifierats där utlåningen sker från delägarbeskattat koncernbolag i Nederländerna med bolagsformen CV. Ett CV motsvarar ett svenskt kommanditbolag. I ett fall har lånet från CV slussats via andra bolag i Nederländerna. I samtliga dessa fall finns toppmodern i USA och delägarna till CV:t ingår i den amerikanska delen av koncernen. Enligt uppgift från bolagen beskattas inte långivaren i Nederländerna.

USA-ägda koncerner har under många år utnyttjat dessa lånestrukturer via nederländskt delägarbeskattat CV. I Nederländerna beskattas inte CV:t, eftersom delägarna finns i annat land och bolaget inte anses ha fast driftsställe i Nederländerna. De amerikanska delägarna beskattas inte för sina andelar av ränteinkomsten i CV:t, eftersom de kan välja att betrakta CV:t som ett skattesubjekt i Nederländerna (och inte delägarbeskattat). Möjligen sker detta val inom ramen för det amerikanska check-the-box-systemet. Denna typ av konstruktioner brukar benämnas omvända hybrider. Flera länder, t.ex. Danmark har infört särskild lagstiftning som förhindrar ränteavdrag i sådana fall. I figur 4 återges en grafisk beskrivning av strukturen.

**Figur 4**



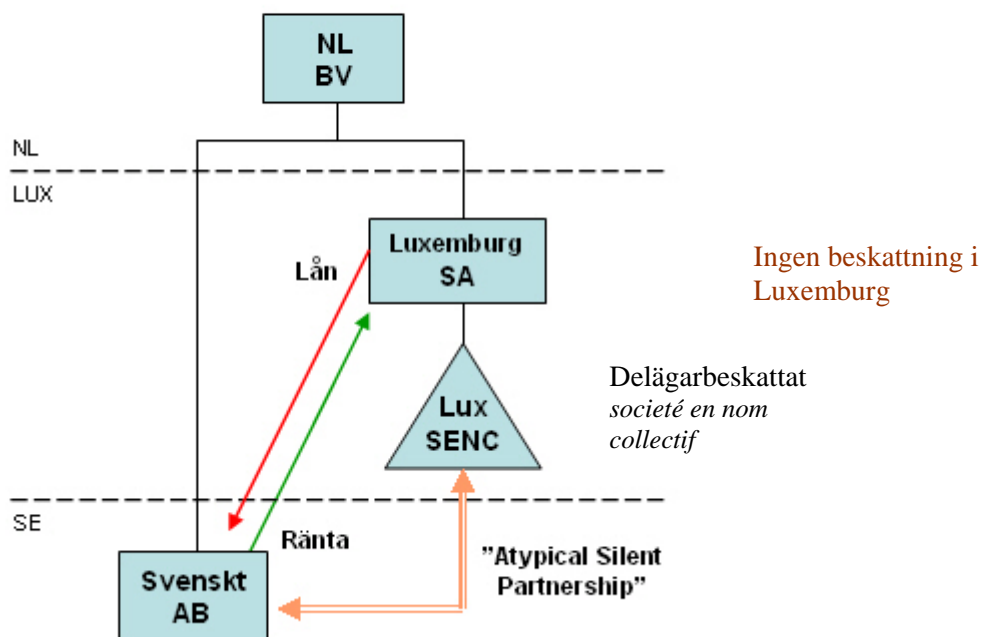
Bakgrunden till uppkomsten av sådana lån kan vara olika. I ett av fallen har lånet upptagits för att lämna utdelning, medan i två fall har skälen varit att finansiera interna andelsöverlåtelser. I båda sistnämnda fallen anser bolagen att den nya lagen om begränsning av ränteavdrag vid interna andelsöverlåtelser inte är tillämplig.



### Luxemburg – Atypical Silent Partnership

I ett fall har svenskt AB förvärvat ett annat svenskt koncernbolag, vilket finansierats med lån från systerbolaget Luxemburg SA, se figur 5 nedan. Genom att AB tecknar ett Atypical Silent Partnership med Lux SENC, dotterbolag till Luxemburg SA, beskattas enligt uppgift inte ränteinkomsten hos Luxemburg SA. Enligt dessa uppgifter innebär interna luxemburgska skatteregler att räntan inte beskattas, då den inte anses vara hänförlig till Luxemburg.

**Figur 5**

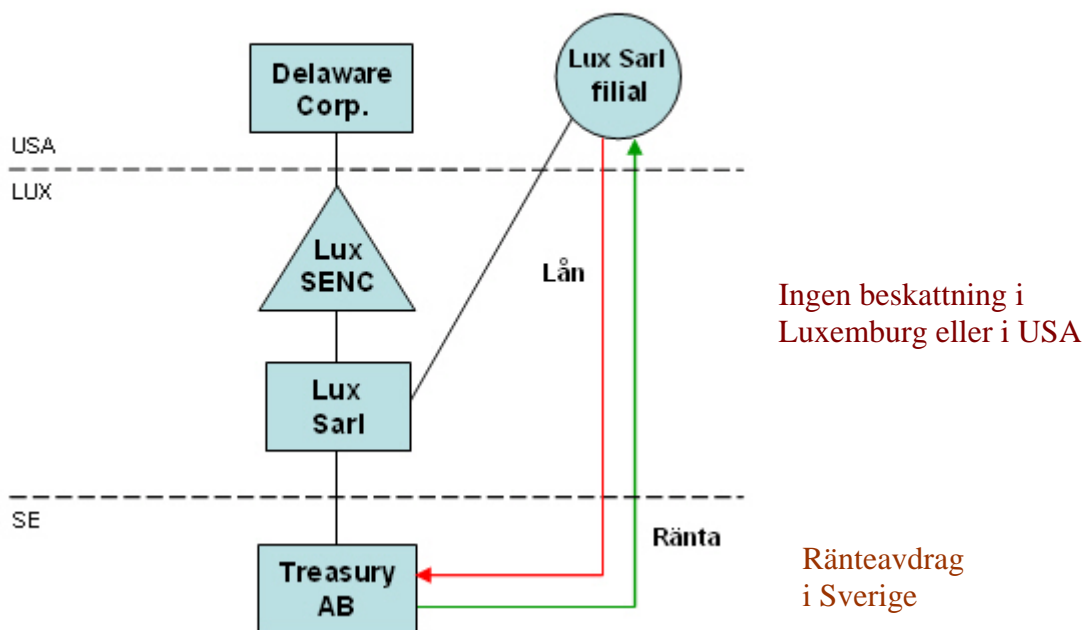


Filial till Luxemburgbolag (USA)

Det förekommer att lån lämnas av koncernbolag i Luxemburg, men att lånet i praktiken beskattas lågt eller inte alls till följd av att fordringen placeras hos filial till Luxemburgbolaget. Det har därvid framkommit att vid utnyttjande av USA-filial sker ingen beskattning vare sig i Luxemburg eller i USA, medan exempelvis en filial i Schweiz beskattas med normal schweizisk skattesats.

Vid utredning av interna andelsöverlåtelse som finansieras med koncernlån är det av betydelse om beskattning sker med minst 10 %. I några fall där beskattningsnivån utretts vid lån från koncernbolag i Luxemburg har långivningen allokerats till en USA-filial. Beskattning av ränteinkomsten sker inte i Luxemburg med hänsyn till dubbelbeskattningsavtalet mellan Luxemburg och USA. Varför beskattning inte sker hos filialen i USA är inte klarlagt. Möjligen kan detta bero på att filialen inte anses ha fast driftsställe i USA eller att check-the-box-reglerna kan utnyttjas. Ett av dessa fall kan förenklat beskrivas grafiskt på följande sätt (figur 6).

Figur 6



## *Hybridinstrument*

### Konvertibla förlagslån

I två fall har uppmärksammats att konvertibla förlagslån av typen diskonteringsinstrument har emitterats av svenska bolag till danska koncernbolag, varvid nollbeskattning uppnåtts i Danmark (efter tre års innehav) medan fullt ränteavdrag medgetts i Sverige därför att räntan beräknats löpande i enlighet med god redovisningssed. Genom lagändring i Danmark är dessa instrument inte längre möjliga att utnyttja för att uppnå skattearbitrage.

Diskonteringsinstrument med liknande egenskaper brukas normalt bara leda till en uppskjuten beskattning i det andra landet och i så fall har de inte karaktären av hybrider. Det går dock ibland att få en definitiv skattebefrielse vid exit.

Andra typer av konvertibla förlagslån kan ha sådana villkor att de ses som lån i ett land, men som eget kapital i annat land. I ett fall, där räntan löpande betalas genom nyemittering av aktier, har koncernen uppgett att avkastningen betraktas som utdelning av det långivande koncernbolaget. Motsvarande förhållande kan föreligga även i andra identifierade fall där konvertibla skuldebrev används vid koncernintern upplåning.

### PEC och liknande instrument

Den vanligaste typen av hybridinstrument som iakttagits under senare tid avser olika varianter av PEC instrument (Preferred Equity Certificates). I de fall som iakttagits har syftet varit att skapa ett skattearbitrage genom att det ena landet betraktar instrumentet som ett egetkapitalinstrument, medan det andra landet ser det som ett skuldinstrument. Dessa instrument uppges vara lagreglerade i Luxemburg, men det är anmärkningsvärt svårt att få tillförlitlig detaljerad information om hur de ser ut och hur de behandlas civilrättsligt och skattemässigt i Luxemburg. En orsak till detta är att de i Luxemburg liknar kameleonten, som kan svänga mellan skuld och eget kapital beroende på hur avtalsvillkoren utformas. Därför går det inte att dra några säkra slutsatser om klassificeringen som skuld eller eget kapital enbart grundat på beteckningen.

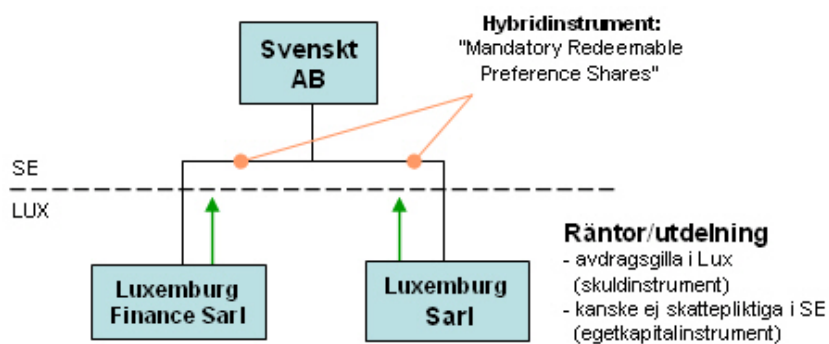
De fall som iakttagits avser normalt instrument som utställts av luxemburgbolag till andra utländska företag inom intressegemenskapen, dock bara undantagsvis till svenska bolag. I två fall har svenska företag utställt sådana instrument till koncernbolag i Luxemburg. Vanligaste förekomsten är vid externa riskkapitalförvärv, men de har också uppmärksammats vid interna andelsförvärv. Ur svenskt perspektiv är ett PEC-certifikat normalt att se som en lånehandling (beroende på de faktiska villkoren), medan ett PESC-certifikat torde betraktas som eget kapital (beroende på de faktiska villkoren). Stor oklarhet finns dock inom detta område, där även YPEC och CPEC certifikat har observerats. Det sistnämnda instrumentet innebär att innehavaren har en konverteringsrätt till att teckna aktier.

I ett fall har ett svenskt bolag bildat två dotterbolag i Luxemburg där visst belopp av aktiekapitalet i dotterbolagen avser "Preferred Shares" enligt luxemburgbolagens årsredovisningar. Av årsredovisningarna framgår att utdelningar till det svenska moderbolaget i skattehänseende jämföras med avdragsgill ränta på lån. Detta uttrycks på följande sätt: "According to the tax ruling dated ... the Preferred Shares issued by the Company are

considered as a debt under a fiscal point of view and the revenue relative to these Preferred Shares is deductible.”

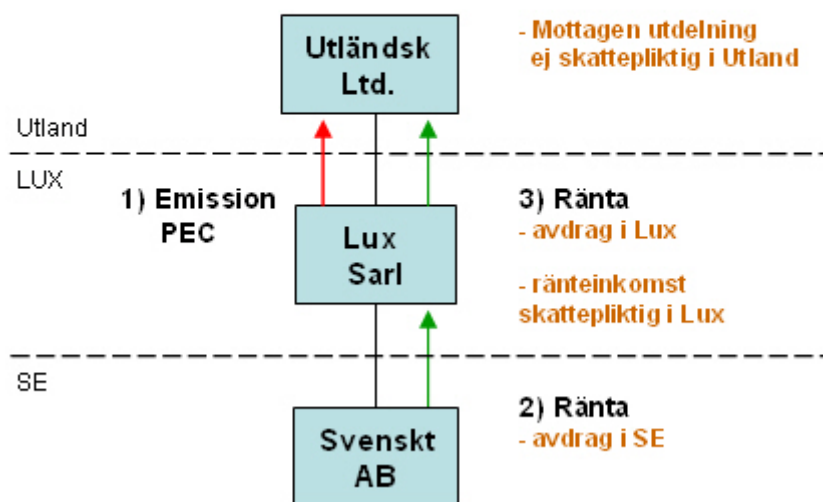
Det svenska bolaget benämner dessa preferensaktier och uppger att de betecknas som ”Mandatory Redeemable Preference Shares” i Luxemburg. Eventuellt kan dessa certifikat vara den typ av instrument som också benämns PESC-instrument. I det svenska moderbolaget redovisas utdelningar som skattefri utdelning. Koncernen använder skatteavdraget i Luxemburg till att uppnå nollbeskattning på koncerninterna fordringar, som tillförts dotterbolagen i en omfattande intern lånekarusell. En förenklad grafisk beskrivning lämnas i figur 7 nedan.

Figur 7



Fall har också uppmärksamrats där svenskt dotterbolag till moderbolag i Luxemburg har lånat stora belopp från moderbolaget i samband med andelsförvärv. Bolaget i Luxemburg beskattas för ränteinkomsten men erhåller motsvarande ränteavdrag genom utgivande av PEC-certifikat till sina bakomliggande ägare. Dessa ägare kan i vissa fall betrakta avkastningen som utdelning och därmed undgå beskattning. Denna slussning av lånet via luxemburgbolaget innebär således att ränteinkomsten i praktiken inte beskattas. I figur 8 redovisas ett sådant fall.

**Figur 8**



Det finns även mer renodlade fall där det svenska aktiebolaget lånat pengar från bolag i Luxemburg mot utgivande av PEC. Avdrag har hittills medgetts i Sverige medan avkastningen vid den skatterättsliga bedömningen i Luxemburg ansetts utgöra skattefri utdelning.

Beteckningen PEC används således både för instrument där Luxemburg betraktar erhållen avkastning på instrumentet som skattefri utdelning och för instrument där Luxemburg betraktar utgiven ersättning på instrumentet som avdragsgill ränta.

### Övrigt

Några fall har påträffats som med viss osäkerhet kan anses utnyttja någon form av hybrideffekt. Bland dessa finns lån från USA-filial till luxemburgbolag. Det är inte utrett vad skattefriheten beror på, men kan vara en följd av att check-the-box-systemet används.

I ett fall har reversen flyttats under 2009 till ett delägarbeskattat bolag i Luxemburg (SCA/SECA-bolag) med koncernmoder i USA. Att beskattning inte sker i vare sig Luxemburg eller USA kan bero på att detta är en form av omvänd företagshybrid av samma typ som redovisas under "Nederländskt delägarbeskattat CV" ovan.

Ett bolag har emitterat Capital Securities på Londonbörsen ("Stocks") som i årsredovisningen uppges vara ett skuldinstrument av hybridkaraktär. Det är ett efterställt lån med evig löptid. Räntan är fast första 10 åren, därefter rörlig, dock villkorad av bl.a. nyckeltal. Avkastningen kan eventuellt ses som utdelning i annat land.

### ***Hybridtransfers***

De ränteutredningar som skett har i princip endast varit inriktade på utredning av ickefinansiella bolag. Vid dessa utredningar har inga särskilda iakttagelser gjorts om hybridtransfer-strukturer.