



Göteborgs Universitet
Handelshögskolan
Juridiska Institutionen

Partiella fissioner

Tillämpade studier 20 poäng
HT 2007
Jonas Ramber
Handledare:
Professor Robert Pålsson

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning	1
1 Inledning	4
1.1 Syfte	4
1.2 Avgränsningar	5
1.3 Metod och material	5
1.4 Disposition	6
1.5 Skatterättslig historik	6
1.5.1 Neutralitetsprincipen	6
1.5.2 Omstruktureringar	7
1.5.3 Lex ASEA	8
2 EG-rätten	9
2.1 Inledning	9
2.2 EG-rättens förhållande till nationell rätt	9
2.2.1 EG-rättens normvärde	9
2.2.2 Domstolskompetens	10
2.3 Direkt effekt	10
2.3.1 Direkt effekt av direktiv	11
2.3.2 Direkt effekt mellan rättssubjekt	11
2.4 Andra EG-rättsliga tillämpningsfrågor	12
2.4.1 EG-rättens spärrverkan	12
2.4.2 Direktivkonform tolkning	12
2.4.3 Samma regler för inhemska företagsformer	13
2.4.3 Förfarandemissbruk – direkt effekt av fördraget?	13
2.5 Sammanfattning	14
3 Regelsystem	15
3.1 Inledning	15
3.2 Fusionsdirektivet	15
3.2.1 Bakgrund och syfte	15
3.2.2 Översikt av direktivet	16
3.2.3 Partiella fissioner i direktivet	17
3.2.4 Möjligheter till undantag	17
3.3 Inkomstskattelagen	18
3.3.1 Förutsättningar för partiell fission	18
3.3.2 38 a IL	18
3.3.2.1 Rättssubjekt	19
3.3.2.2 Verksamhetsgren	20
3.3.2.3 Undantag från omedelbar beskattning	21
3.3.2.4 Beskattning av olika tillgångar	22
3.3.2.5 Underskott	22
4 Bolagsrättsliga konsekvenser av partiella fissioner	24
4.1 Inledning	24
4.2 23 kap ABL	24

4.2.1	Reglernas ursprung	24
4.2.2	Förutsättningar för partiell delning	25
4.2.3	Skyddsregler	25
4.2.4	Avvikande regler jämfört med partiella fissioner	26
4.3	Sambandet mellan partiella delningar och partiella fissioner	26
4.3.1	Formell koppling.....	26
4.3.2	Tvingande regler	27
4.3.2	Fusionsdirektivets direkta effekt.....	27
4.3.3	Partiell fission som inte uppfyller kriterierna i ABL	27
4.3.4	Gränsöverskridande partiella fissioner	28
4.3.5	Upphävande av betalningsansvar.....	29
4.4	Avslutande synpunkter.....	29
5	Andra omstruktureringsalternativ	30
5.1	Inledning	30
5.2	Andra omstruktureringsalternativ	30
5.2.1	Underprisöverlåtelser	30
5.2.2	Fissioner och Fusioner	31
5.2.3	Verksamhetsavyttringar	32
5.2.4	Andelsbyten	32
5.3	Konsekvensanalys.....	33
5.4	Sammanfattande synpunkter	35
6	Andra tillämpningsfrågor	36
6.1	Inledning	36
6.2	Skalbolag.....	36
6.2.1	Övertagande bolag som skalbolag	36
6.2.2	Förutsättningar för skalbolag	36
6.2.3	Tillämpning av skalbolagsreglerna avseende partiella fissioner	37
6.2.4	Andra tillämpningsfrågor.....	37
6.3	Stämpelskatt.....	38
6.3.1	Uttag av stämpelskatt.....	38
6.3.2	Andra regler om fast egendom av intresse.....	39
6.4	Effekten av att inte uppfylla kraven för partiell fission	39
6.4.1	Kravet på verksamhetsgren.....	39
6.4.2	Kravet på marknadsmässig ersättning	40
6.4.3	Varken verksamhetsgren eller marknadsmässig ersättning	40
7	Sammanfattning	42
	Källförteckning	44

1 Inledning

Den svenska skatterätten har i reglerna om partiella fissioner fått ett nytt omstruktureringsverktyg. Reglerna infördes den 1 januari 2007 och fick ta plats i 38 a kapitlet i inkomstskattelagen. Det finns från tidigare en rad olika omstruktureringsmöjligheter som möjliggör en flexibilitet i näringslivet och erbjuder således företagare att ombilda verksamheter till den form eller struktur som passar ändamålet för verksamheten bäst. Det är även en av de grundläggande principerna i den svenska skatterätten att det inte skall vara skillnad mellan att bedriva näringsverksamhet i ett eller flera bolag. Skatterättsliga omstruktureringsbestämmelser kan dock inte ses som insulära företeelser. Även andra aspekter och förutsättningar för transaktionen måste beaktas för att skapa den helhetssyn som krävs för att avgöra huruvida verktyget innebär en nyhet samt eventuella risker med förfarandet.

Reglerna om partiella fissioner har sitt ursprung i fusionsdirektivet, vilket är ett EG-rättsligt direktiv. Reglernas ursprung innebär att lagstiftare och tillämpare är underkastade vissa EG-rättsliga principer i hanteringen av bestämmelserna. Detta får givetvis konsekvenser vid tillämpningen och en viktig förutsättning för att kunna förstå kontexten kring bestämmelserna är att förstå vilken inverkan EG-rätten har på den nationella rättsordningen.

I Aktiebolagslagen finns regler om partiella delningar som i stort motsvarar reglerna om partiella fissioner i inkomstskattelagen. Reglerna om partiella delningar härstammar från ett annat EG-rättsligt direktiv, fissionsdirektivet, och medför en ny dimension av ansvar för de inblandade bolagen, vilket kan inverka på användbarheten av verktyget. Skillnaden i ursprung och syfte kan vara värdefullt att inte bortse från eftersom det kan ha inverkan på hur reglerna skall förhålla sig till varandra. Det finns således anledning att titta närmare på de förutsättningar som styr de olika regelsystemen och utröna vilka överlappningar och skillnader som förekommer, för att på så sätt förstå hur systemen förhåller sig till varandra och vilka möjligheter detta skapar.

Eftersom reglerna om partiella fissioner är den senaste i raden av skatterättsliga omstruktureringar så kan det vara av värde att jämföra effekterna av en partiell fission med andra omstruktureringsformer. För att på så sätt undersöka om verktyget innebär en nyhet i den svenska skatterätten eller om det finns äldre alternativ som åstadkommer motsvarande resultat. Det skall understrykas att reglerna om partiella fissioner inte härstammar från svensk rätt och det finns därmed en risk att reglerna inte riktigt fyller en naturlig och unik funktion i skatterätten.

1.1 Syfte

Det huvudsakliga syftet med uppsatsen är att avgöra huruvida reglerna om partiella fissioner tillför något nytt som omstruktureringsmöjlighet eller om implementeringen av fusionsdirektivet saknar förankring i den svenska skatterättssystematiken. För att kunna

dra några slutsatser måste givetvis förutsättningarna och de skatterättsliga konsekvenserna belysas för omstruktureringar i allmänhet och för partiella fissioner i synnerhet.

Vidare avser jag att granska reglerna om partiella fissioner med reglerna avseende partiella delningar för att utröna överensstämmelser och skillnader samt vad detta innebär för tillämpningen och den praktiska hanteringen av partiella fissioner. Den skatterättsliga fördelen med en omstruktureringsåtgärd riskerar att undergrävas av alltför omfattande bolagsrättsliga åtaganden om eventuella skyddsregler blir tillämpliga.

Min ambition är även att undersöka konsekvenserna av en partiell fission och de skatterättsliga effekterna av att inte uppfylla kraven. För att ge läsaren en extra dimension kommer jag även beröra vissa praktiska konsekvenser vid tillämpningen av reglerna för partiella fissioner.

1.2 Avgränsningar

Jag har valt att fokusera på förutsättningar och konsekvenser vad gäller reglerna om partiella fissioner. Det finns andra områden, till exempel olika fonder och underskott, som helt enkelt inte ryms inom ramen för uppsatsen. Dessa områden torde inte utgöra så pass viktiga delar att min användbarhetsanalys samt jämförelse med andra omstruktureringsformer blir lidande. Inte heller avser jag att lyfta upp de förvecklingar reglerna om kvalificerade andelar för fåmansföretag innebär.

Reglerna i aktiebolagslagen som rör partiell delning ämnar jag endast behandla så ingående att jag kan dra värdefulla slutsatser i förhållande till partiella fissioner. Detta är en skatterättslig uppsats och fokus ligger således på att försöka belysa partiella fissioner ur ett skatterättsligt perspektiv, även om jämförelser med andra rättsområden kan fylla ett syfte vad gäller användbarheten av verktyget.

1.3 Metod och material

Eftersom reglerna om partiella fissioner är relativt nya i Sverige finns det ett värde i en genomgång av reglerna. Reglernas sena införande innebär även att det inte finns mycket skrivet om tolkning och tillämpning i doktrin. Den deskriptiva delen av uppsatsen kommer således att bygga på uttalanden i förarbeten och lagtext samt det begränsade utbudet av doktrin som hunnits produceras. Viss vägledning kan dock hämtas ur förarbeten och tillämpningen av andra omstruktureringsformer som i uppbyggnad och förutsättningar påminner om partiella fissioner.

Den bolagsrättsliga grunden för transaktionen kommer att utmejslas genom en jämförelse mellan rekvisiten för partiella fissioner och partiella delningar. Det är även min ambition att uppmärksamma de direkta konsekvenserna av en eventuell tillämpning av reglerna för partiell delning.

Vidare avser jag att kortfattat beskriva andra omstruktureringsformer för att sedan försöka jämföra dem med partiella fissioner i syfte att utröna vad partiella fissioner bidrar med till den svenska skatterätten och om det över huvud utgör en nyhet. Även partiella fissioners användbarhet har jag som mål att undersöka genom att försöka skapa en översikt av förutsättningar och konsekvenser. Dels skatterättsliga men även andra rättsområden som kan ha inverkan på verktygets användbarhet.

1.4 Disposition

Uppsatsens andra kapitel kommer att behandla EG-rätten i allmänhet och direktivrätten i synnerhet. Genomgången av EG-rätten skapar förutsättningar för att läsaren ska få förståelse för vilket genomslag EG-rätten har i svensk rätt samt varifrån partiella fissioner kommer.

Tredje kapitlet kommer att beskriva fusionsdirektivet och reglerna i inkomstskattelagen om partiella fusioner. Fokus kommer att läggas på förutsättningar och konsekvenser av verktyget. Fjärde kapitlet spinner vidare på reglerna om partiella fissioner och gör en jämförelse med aktiebolagslagens regler om partiella delningar och vilka konsekvenser ett eventuellt tillämpande kan få.

Femte kapitlet beskriver andra skatterättsliga omstruktureringsformer och jämför resultatet av en partiell fission med dessa.

Sjätte kapitlet kommer att beröra några specifika frågeställningar vad gäller tillämpning och konsekvenser av partiella fissioner. Kapitlet är inte avsett att omfatta samtliga tillämpningsfrågor, utan kommer endast att innefatta ett antal utvalda frågeställningar. Att anmärka är att ett avsnitt kommer att behandla den skatterättsliga effekten av att inte uppfylla kraven på partiell fission.

1.5 Skatterättslig historik

1.5.1 Neutralitetsprincipen

En av de grundläggande rättsprinciperna inom skatterätten är neutralitetsprincipen. Principen är inte lagfäst utan kan utläsas från systematiken i skattelagstiftningen.¹ Neutralitetsprincipen innebär att det är staten intention att göra olika valmöjligheter neutrala ur skattesynpunkt. Är olika alternativ ekonomiskt likvärda är det enligt neutralitetsprincipen så att de också skall vara så efter skatt.² Det kan röra sig om valet att organisera sitt företagande i aktiebolagsform eller i handelsbolagsform. Neutralitetsprincipen inom koncernbeskattningen innebär att de som väljer att organisera sitt företag i en koncernstruktur inte skall få större eller mindre beskattning än om valet

¹ Pahlsson s. 62

² Lodin m fl. s 37

hade blivit en enda juridisk person.³ Ur ett nationalekonomiskt perspektiv kan sägas att neutralitetsprincipen är en strävan mot en ökad effektivitet då teorin tillstår att marknaden bör påverkas så lite som möjligt av yttre begränsningar, exempelvis beskattning.⁴ Det ska således ur skattesynpunkt inte spela någon roll om man organiserar sin rörelse i ett eller flera bolag och valet av organisationsform skall då inte påverkas av skattekonsekvenser. Denna princip sträcker sig långt tillbaka i tiden och är befäst i förarbeten.⁵ Viktigt att tänka på är dock att det är de enskilda bolagen som är skattesubjekt. Koncerner har inte ett större skatterättsligt sammanhang än vissa specialbestämmelser avseende koncerninterna transaktioner och blir aldrig beskattade som en koncern. En särställning för koncernen är dock reglerna om koncernbidrag, där formellt fristående bolag kan resultatutjämna med hjälp av avdragsgilla bidrag. De är egentligen inte att betrakta som en driftskostnad men används till resultatutjämning inom koncernen om det föreligger starka ägarintressen.⁶ Principen har varit väl befäst i praxis under en längre tid. Ett exempel på detta är att man medgett undantag från uttagsbeskattningen på grund av en helhetssyn av sambandet mellan bolagen och att det föreligger organisatoriska eller driftsmässiga skäl till förändrad företagsstruktur.⁷

1.5.2 Omstruktureringar

Enligt neutralitetsprincipen skall det således skattemässigt inte spela någon roll om en rörelse bedrivs i en koncern eller i ett enskilt bolag. Viktigt i sammanhanget är då rimligtvis hur en koncern uppstår och om neutralitetsprincipen har fått genomslag även i bildandet av koncerner eller endast i den löpande beskattningen. Koncerner bildas antingen genom en ombildning eller ett förvärv.⁸ En förutsättning för att neutralitetsprincipen skall få genomslag torde rimligtvis vara att det även ur skattesynpunkt skall vara neutralt att bilda en koncern. Vid förvärv finns det alltid en annan aktör med andra tillgångar inblandad. En omstrukturering å andra sidan sker med bolagets egna tillgångar och det finns således anledning att tillse att omstruktureringar kan ske utan oönskade skatteeffekter. Då omstruktureringar är en förutsättning för att på egen hand kunna bilda en koncern är det följaktligen rimligt att ur ett neutralitetsprincipsperspektiv undanta omstruktureringar från omedelbara skattekonsekvenser. Ett av skälen till detta är att koncernens skatteförmåga inte påverkas av en omstrukturering, utan det är först när tillgångar lämnar koncernsfären som beskattning borde utlösas.⁹ Lagstiftaren har valt modellen att välja ut ett antal omstruktureringsmetoder, befäst dessa i lagtext och undantagit dem från den omedelbara beskattningen. Det är inte heller fråga om undantag från beskattningen. Tanken är att tillgångarna inte skall lämna den dubbelbeskattade sektorn, vilket innebär att tillgångarna fortfarande föranleder beskattning i det fall att de delas ut till aktieägare. Undantag från omedelbar beskattning vid omstruktureringar är i regel ett uttryck för uppskov med

³ Wiman s. 21

⁴ Pahlsson s. 64

⁵ Jmf prop. 1953:28 s. 40

⁶ Prop. 1990/91:167 s. 14

⁷ Jmf RÅ 1990 ref. 70, RÅ 1990 ref. 115 samt RÅ 1995 ref. 83

⁸ Wiman s. 16

⁹ Wiman s. 23

beskattning snarare än en fullständig skattebefrielse. Det är alltså inte lagstiftarens intention att ge någon slags skatterabatt för omstruktureringar utan en möjlighet för företagare att med företagsekonomiskt hänsynstagande strukturera sin verksamhet på ett rationellt sätt.¹⁰

1.5.3 Lex ASEA

Ett av de omstruktureringsalternativ som lagstiftarna infört återfinns i 42:16 IL och kallas Lex ASEA. Formen påminner om partiella fissioner i och med att aktieägarna tilldelas andelar i ett nytt aktiebolag från ett bolag som kontrollerar processen. Upprinnelsen till att möjligheten infördes var att ASEA fick problem med att genomföra den omstrukturering som skulle föregå sammanslagningen med Brown Boveri.¹¹ Lex ASEA innebär att ett marknadsnoterat bolag skattefritt delar ut andelar i ett dotterbolag till sina aktieägare i förhållande till ägarnas tidigare innehav. I förarbetena menar regeringen att det kan vara önskvärt med omstruktureringar ur allmän synpunkt och att det kan finnas anledning att frånga reglerna om utdelningsbeskattning i vissa fall. Regeringen exemplifierar detta med att olika verksamhetsgrenar inom ett bolag kan ha olika karaktär och risknivå. Det är i dessa fall önskvärt med omstruktureringsalternativ för att de enskilda verksamhetsgrenarna skall kunna bli värderade var för sig, vilket i sin tur innebär en effektivare värdering samt större möjligheter för verksamhetsgrenarna till kapitalförsörjning. Det är av den anledningen en av förutsättningarna för en skattefri utdelning enligt Lex ASEA var att det utdelande bolaget är marknadsnoterat. Regeringen ville inte att Lex ASEA skulle bli ett alternativ till kontantutdelning utan skulle endast genomföras när det var marknadsmässigt betingat. Vidare var det enligt det ursprungliga förslaget ett krav att dotterbolaget skulle vara helägt.¹² Det är dock inte längre ett krav utan det räcker idag med att bolaget är ett dotterbolag. Ursprungligen var det endast svenska moderbolag som kunde omfattas av reglerna för Lex ASEA och vid översyn av lagstiftningen fann regeringen ingen anledning att ändra den förutsättningen.¹³ Reglerna hamnade dock på kollisionkurs med EG-rätten, vilket Regeringsrätten konstaterade efter att en sökande ansett sig förfördelad.¹⁴ Följden av domen blev att reglerna om Lex ASEA kunde tillämpas även när moderbolaget inte är ett svenskt aktiebolag. Lagtexten har senare ändrats och en ny paragraf införts där kretsen av bolag utökats till att även omfatta utländska bolag som motsvarar svenska aktiebolag om dessa har hemvist inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet eller i en stat med vilken Sverige har skatteavtal som uppfyller vissa villkor.¹⁵

¹⁰ Prop. 2004/05:85 s. 484

¹¹ Ibid s. 199

¹² Prop. 1990/91:167 s. 18f

¹³ Jmf SOU 1998:1

¹⁴ RÅ 2000 ref. 40

¹⁵ 24:16 a § IL

2 EG-rätten

2.1 Inledning

I och med Sveriges inträde i Europeiska unionen 1 januari 1995 tillkom en helt ny dimension i den svenska rättskälleläran. Förändringen var ingalunda en överraskning för de svenska myndigheterna eftersom EG-rätten som självständig rättskälla i förhållande till den nationella rätten utvecklades främst genom EG-domstolens (EGD) praxis redan under 60-talet. EGD har i sin rättspraxis tidigt slagit fast att medlemsstaterna genom EEG-fördraget begränsat sin kompetens inom vissa områden och överfört dessa uppgifter till gemenskapen. Detta får till konsekvens att ett nytt regelverk som är tillämpligt både på medlemsstaterna och dess medborgare skapats.¹⁶ Rättsfallet innebär att en egen rättsordning skapats och att denna rättsordning integrerats i den nationella rätten samt förpliktigar nationella myndigheter att följa den. Det spelade heller ingen roll huruvida en senare nationell lagstiftning hade en annan lydelse som konkurrerade med fördraget.¹⁷ EG-rättens företrädare framför nationell lagstiftning, även om den tillkommit senare än gemenskapsbestämmelsen, var ett faktum. Ett viktigt argument domstolen framförde var det faktum att fördraget skulle bli synnerligen tandlöst och skapa en situation där medlemsstaterna genom nationell lagstiftning i det närmaste kan välja vilka rättsakter som skall följas.¹⁸

2.2 EG-rättens förhållande till nationell rätt

2.2.1 EG-rättens normvärde

En intressant frågeställning kan således vara vilken dignitet EG-rätten har i relation till nationell rätt. EGD har i ett uppmärksammat mål sagt att EG-rätten övertrumfar all nationell lagstiftning oavsett dignitet.¹⁹ Domen tolkas så att EG-rätt inte får granskas utifrån nationell rätt utan endast i ljuset av EG-rätt. De nationella domstolarna saknar således möjlighet att underkänna riktigheten i en EG-bestämmelse på grund av att den strider mot den nationella rättsordningen, vare sig det rör sig om en konstitutionell rättsakt eller en grundläggande rättsprincip.²⁰ Stater med ett starkt skydd för grundläggande fri- och rättigheter har av uppenbara skäl haft svårt att förlika sig med den nya rättsordningen. Den tyska författningsdomstolen har valt den lösningen att man accepterar EG-rättens överhöghet om den garanterar de grundläggande fri- och

¹⁶ 6/64 Costa mot ENEL

¹⁷ Bernitz och Kjellgren s. 72-73

¹⁸ Craig och de Burca s. 277

¹⁹ 11/70 Internationale Handelsgesellschaft

²⁰ Craig och de Burca s. 280

rättigheterna. I praktiken innebär detta att domstolen inte prövar gemenskapslagstiftningen i ljuset av den tyska konstitutionen.²¹ Det är dock viktigt att påpeka att den tyska författningsdomstolen i och med detta inte gett upp sin egen funktion som det yttersta lagstiftningsgranskande organet. Rent lagtekniskt har de fortfarande möjligheter att bedöma vilka lagar som skall gälla i Tyskland, men har undvikit en direkt konfrontation med EGD genom att godta fri- och rättighetsskyddet som numera är inskrivet i unionsfördraget artikel 6.2.²²

2.2.2 Domstolskompetens

I målet *Simmenthal II*²³ slogs fast vilka domstolar som har rätt att underkänna nationell lagstiftning i konflikt med EG-rätt. Domstolen inledde med att bekräfta vad som sagts i tidigare domar om EG-rättens överhöghet oavsett den nationella lagstiftningens dignitet och huruvida den införts senare än EG-rätten. Vidare slogs det fast att samtliga domstolar, även i de stater med särskilda författningsdomstolar, skall underkänna nationell lagstiftning till förmån för EG-rätt oavsett om författningsdomstolen uttalat sig i ärendet eller ej.²⁴ Det finns således ingen anledning för domstolen att begära prövning av en nationell bestämmelse på konstitutionell väg eller få lagstiftningen undanröjd av lagstiftare utan varje domstol är skyldig att tillämpa de gemenskapsrättsliga bestämmelserna.²⁵ En vidareutveckling av denna metod för EG-rättens genomslag kom i målet *Larsy*²⁶ där EGD konstaterade att utöver domstolar skall även administrativa myndigheter lämna med EG-rätt konkurrerande nationell lagstiftning utan hänseende.²⁷

2.3 Direkt effekt

Den juridiska grunden för att nationella domstolar över huvud skall tillämpa EG-rätt är så kallad direkt effekt, som har sitt ursprung i en dom i EGD.²⁸ Domen uttryckte att genom medlemskapet förband sig medlemsstaterna till en rättsordning som inte bara åsyftade staten i sig utan även enskilda medborgare. Detta får till följd att enskilda medborgare kan åberopa rättigheter som garanteras av EG-rätten direkt i nationell domstol.²⁹ Det ställs dock krav på regelns utformning. För det första ska bestämmelsen vara tillräckligt klar och precis. För det andra skall regeln vara ovillkorlig. För det tredje skall förekommande övergångsperioder ha tagit slut.³⁰ Även om det från början var en relativt

²¹ Bernitz och Kjellgren s. 76

²² Craig och de Burca s. 296f

²³ 106/77 *Simmenthal*

²⁴ Craig och de Burca s. 282

²⁵ Bernitz och Kjellgren s. 74

²⁶ C-118/00 *Larsy*

²⁷ Craig och de Burca s. 282

²⁸ 26/62 *Van Gend en Loos*

²⁹ Bernitz och Kjellgren s. 78

³⁰ *Ibid* s. 78-79. För utförligare beskrivning av kraven för direkt effekt hänvisas till Craig och de Burca s. 185ff

strikt tolkning har röster höjts för att EGD idag använder instrumentet med en större grad av frihet.³¹

2.3.1 Direkt effekt av direktiv

Den ursprungliga tanken med fördraget, art 249 EGF, var inte att direktiv skulle ha direkt effekt. Artikelns utformning ger vid handen att direktiv skulle vara ett instrument för att sätta upp bindande mål för medlemsstaterna, som själva skall utforma den nationella lagstiftningen eller genom andra medel uppfylla målen.³² För att säkra en effektiv rättstillämpning har dock EGD tillerkänt direktiv direkt effekt i de fall ovan nämnda krav uppfylls. Det mest uppmärksammade av dessa fall är Van Duyn³³ där domstolen menade att eftersom direktiv är bindande rättsakter för medlemsstater kan man inte utesluta att dessa rättigheter kan åberopas direkt i nationell domstol. En förutsättning är dock att varje bestämmelse i ett direktiv måste prövas för sig. Det förekommer således ingen generell tillämplighet av direktiv. Medlemsstaterna ansåg dock att EGD tagit sig för stora friheter vad gäller tolkningen av fördraget och domen i Van Duyn avvek i för stor utsträckning från fördragets ordalydelse. Domstolen fann det troligen nödvändigt att skapa större legitimitet för sin ståndpunkt.³⁴ Det juridiska argumentet för tolkningen, att på grund av direktivs bindande verkan tillåta direkt effekt, kan ses mer som ett utslag av integrationsvilja snarare än baserat på vedertagna rättsprinciper. För att ytterligare underbygga direktivs direkta effekt argumenterade man i Ratti³⁵ för en anglosaxisk rättsprincip som innebär att ingen ska dra nytta av sin egen försummelse.³⁶ Genom Ratti slog EGD fast direktivs målfunktion och tvingar därmed stater, under förutsättning att direktiv ändå är gällande direkt i nationell domstol, att hålla implementeringstiden för att få större frihet vad gäller form.

2.3.2 Direkt effekt mellan rättssubjekt

Van Gend en Loos berörde direkt effekt där en enskild åberopade en fördragsrättighet gentemot staten, så kallad vertikal direkt effekt. De rättigheter som är garanterade i fördraget kan även tillämpas mellan enskilda och ger då horisontell direkt effekt.³⁷ Direktiv ger dock inte möjlighet till horisontell direkt effekt.³⁸ Inte heller kan bestämmelser i direktiv åberopas av staten gentemot enskilda, så kallad omvänd vertikal direkt effekt.³⁹ Således kan ett direktivs direkta effekt endast åberopas av enskilda visavi staten och i förlängningen innebär det att direktiv uteslutande kan användas när enskilda inte åtnjuter de fördelar de är garanterade av ett fördrag på grund av bristfällig eller utebliven implementering från statens sida.

³¹ Ståhl s. 57

³² Bernitz och Kjellgren s. 80

³³ 41/74 Van Duyn

³⁴ Craig och de Burca s. 203f

³⁵ 148/78 Ratti

³⁶ Bernitz och Kjellgren s. 81

³⁷ Jmf 43/75 Defrenne

³⁸ C-91/92 Faccini Dori

³⁹ Ståhl s. 58

2.4 Andra EG-rättsliga tillämpningsfrågor

2.4.1 EG-rättens spärrverkan

Utöver vad som ovan⁴⁰ sagts om att Simmenthal undanröjde möjligheterna för medlemsstaterna att komma runt EG-rätt genom senare lagstiftning, har EGD öppnat dörren för att direktiv skall ges ännu större genomslag. Eftersom direktiv är målbestämmelser som ger medlemsstaterna i uppgift att uppfylla målen med de medlen staten finner för gott finns det utrymme för staten att under implementeringstiden skapa regler som strider mot direktivet. EGD har dock uppmärksammat detta⁴¹ och utvecklat en princip om att medlemsstaterna inte får vidta lagstiftningsåtgärder under implementeringstiden som allvarligt äventyrar direktivets resultat. Det är alltså fråga om viss legislativ spärrverkan.⁴²

2.4.2 Direktivkonform tolkning

Principen om direkt effekt lämnar en del luckor i tillämpningshänseende. De fall där direktiv inte uppfyller de krav som ställs för direkt effekt, vare sig det handlar om att bestämmelsen inte är klar och precis eller om implementeringsfristen helt enkel inte löpt ut. För att fånga upp dessa fall har EGD grundfäst en princip om indirekt effekt i rättsfallet von Colson.⁴³ Indirekt effekt innebär att domstolar och myndigheter är förpliktigade att tolka nationell lagstiftning i ljuset av EG-rätt och när det gäller direktiv; de mål som direktivet åsyftar. Detta gäller oavsett om bestämmelserna har direkt effekt eller ej. Det är vidare inte endast implementeringslagstiftning efter direktiv som skall tolkas i ljuset av direktivet utan all nationell rätt där det finns motsvarande EG-rätt.⁴⁴ Den indirekta effekten sades i början vara grundad på art 10 EGF, men anses idag vara en del av fördraget i sig.⁴⁵ Den nationella rätten som domstolar och myndigheter skall beakta är hela rätten, dvs all tillgänglig normgivning som kan ge det resultat som ligger närmast EG-rätten.⁴⁶ Principen är således resultatorienterad.⁴⁷ Hur medlemsstaterna uppnår detta är inte lika intressant. Det finns dock gränser för hur frikostigt nationell rätt kan tolkas. Förenlighet med principen om indirekt effekt att tolka nationell lagstiftning utsträcker sig inte till de fall där det inte finns tolkningsutrymme, i synnerhet de fall där en tolkning skulle strida med ordalydelsen.⁴⁸ Direktivkonform tolkning innebär således inte att till varje pris hitta ett tolkningsutrymme, utan man är bunden av de nationella tolkningsprinciperna. I korthet kan principen beskrivas såsom att, mot bakgrund av de nationella tolkningsprinciperna, välja det tolkningsalternativ som stämmer bäst överens

⁴⁰ 2.2.2

⁴¹ C-129/94 Wallonie

⁴² Bernitz och Kjellgren s. 82f

⁴³ 14/83 Von Colson

⁴⁴ C-106/89 Marleasing

⁴⁵ Bernitz och Kjellgren s.86f

⁴⁶ C-397–403/01 Peifer

⁴⁷ Jmf bl a C-106/89 Marleasing

⁴⁸ C-334/92 Wagner-Miret

med EG-rätten.⁴⁹ Det är emellertid inte endast lagstiftning som skall tolkas mot bakgrund av EG-rätten. Nationell rättspraxis är underkastad EG-rättslig belysning⁵⁰ och de EG-rättsliga akter som skall användas som referens har ansetts även omfatta icke bindande rättsakter såsom rekommendationer.⁵¹

2.4.3 Samma regler för inhemska företeelser

EG-rätten tar normalt sikte på gränsöverskridande transaktioner, men direktivens bestämmelser kan i förekommande fall, särskilt vad gäller skatte- och bolagsrätten, överföras även på nationella företeelser. I lagstiftningsarbetet har staterna således möjlighet att införa en uppsättning regler som omfattar både nationell och gränsöverskridande verksamhet. Ett problem som följer av denna modell är att det finns risk för flera tolkningsmodeller av en och samma regel. För att komma till rätta med detta bekymmer har EGD i sin praxis förtydligat det förhållandet.⁵² Det fanns i målet ett gemenskapsintresse att tillämpning och begrepp bibehölls enhetligt när grunden för bestämmelserna härstammar från EG-rätten.⁵³ Sammanfattningsvis kan konstateras att om en medlemsstat väljer att nationella företeelser, som annars inte skulle träffas, ska omfattas av samma regler som de som åsyftas i ett direktiv så blir även de nationella underkastade EG-rätten och de tolkningsprinciper detta medför. Detta innebär i förlängningen att förhandsavgörande kan lämnas vad gäller de nationella företeelserna och EGD utökar således sin jurisdiktion. Regeringsrätten har bekräftat att de avser tillämpa EG-rätten på situationer som annars hade fallit utanför direktivs tillämpningsområde samt möjligheten att inhämta förhandsavgörande rörande dessa fall.⁵⁴

2.4.3 Förfarandemissbruk – direkt effekt av fördraget?

En högst aktuell frågeställning är huruvida förfarandemissbruk som exempelvis rent konstlade upplägg i syfte att erhålla skatteförmåner är en grund för att inte tillämpa olika rättsakter. Diskussionen har sin upprinnelse i målet Halifax⁵⁵ där domstolen skriver att gemenskapsrätten inte kan utsträckas till att omfatta att näringsidkare genom missbruk erhåller förmåner i gemenskapsrätten.⁵⁶ Målet gällde tillämpningen av ett momsdirektiv, men röster har höjts att andra mål i EGD⁵⁷ bör tolkas så att tillämpningen av principen kan utsträckas till att även omfatta ickeharmoniserade områden därför att den härstammar från fördraget och inte från enskilda direktiv.⁵⁸ Denna syn är i klar konflikt med ett avgörande i kammarrätten⁵⁹ där domstolen ansåg att direktiv inte kan åberopas till nackdel för enskilda. De slutsatser som dragits från Halifax är att principen om

⁴⁹ Ståhl s. 68

⁵⁰ C-456/98 Centrosteele

⁵¹ C-322/88 Grimaldi

⁵² C-28/95 Leur Bloem

⁵³ Ståhl s. 110

⁵⁴ RÅ 2000 ref. 23

⁵⁵ C-255/02 Halifax

⁵⁶ Ibid p. 69

⁵⁷ Jmf C-196/04 Cadbury-Schweppes

⁵⁸ Von Bahr SN s. 646ff

⁵⁹ 622-05

förfarandemissbruk härstammar från fördraget och torde således kunna användas för att hindra enskilda från att dra fördel av andra gemenskapsbestämmelser.⁶⁰ Det råder dock inte enighet på akademiskt håll om innebörden och utsträckningen av förfarandemissbrukprincipen. Det finns även de som menar att det är tveksamt huruvida principen kan tillämpas om uttryckligt lagstöd saknas på det specifika området.⁶¹

2.5 Sammanfattning

EG-rätten har inneburit en betydande omställning och en inskränkning av den juridiska suveräniteten. Det är inte längre en praktisk möjlighet att skapa ett regelverk i strid med EG-rätten. Några länder har fortfarande förbehållit sig möjligheten att underkänna EG-rätt i strid med nationell grundlag. Det hela har dock utvecklats till en politisk dragkamp där författningsdomstolar har medgett EG-rättens överhöghet och det skulle vara svårt att med det europeiska samarbetet i bakhuvudet gå i klinch med EGD, som å andra sidan skriker försiktigare fram för att undvika direkt konfrontation. Vad gäller direktiv finns en rad nya metoder rörande EG-rätten och medlemsstaterna är mer eller mindre tvingade till korrekt implementering då alternativen är att dras inför EGD med den ”bad will” detta medför. För tillämpningen av direktiv är det en trygghet att EGD finns som en eventuell sista instans för att ett direktiv ska kunna användas på samma sätt som i övriga Europa, vilket således bidrar till att skapa goda förutsättningar för konkurrens på lika villkor.

⁶⁰ Von Bahr SN s 647ff

⁶¹ Jmf Ståhl SN 2007 s. 578ff

3 Regelsystem

3.1 Inledning

Den rättsliga regleringen vad gäller partiella fissioner är inte helt okomplicerad. Partiella fissioner är ett skatterättsligt begrepp och återfinns i 38a kap inkomstskattelagen⁶² (IL). Den bolagsrättsliga motsvarigheten är inte helt klarlagd, men enligt förarbetsuttalanden finns en stark koppling till partiella delningar i Aktiebolagslagen⁶³ (ABL).⁶⁴ Eftersom upplägget bygger på två olika direktiv, partiella fissioner på Fusionsdirektivet⁶⁵ och partiella delningar på Fissionsdirektivet⁶⁶, blir de två regelsystemen inte helt koordinerade. Det finns skillnader i förutsättningarna för de olika uppläggen och reglerna om partiella delningar innehåller bland annat regler om övertagande om betalningsansvar som har vållat en del osäkerhet vad gäller tillämpningen.

3.2 Fusionsdirektivet

3.2.1 Bakgrund och syfte

Upprinnelsen till fusionsdirektivet kan härledas till slutet av 60-talet när kommissionen kom med ett direktivförslag. Integrationsarbetet var dock tungrott vid den tidpunkten och medlemsstaterna hade svårt att komma överens avseende utformning och innehåll. Ursprungligen var tanken att direktivet utöver direkt beskattning även skulle omfatta undanröjande av skatter och andra avgifter, men när medlemsstaterna till slut var överens år 1990 var mycket borttaget. År 2005 ändrades dock direktivet efter förslag av kommissionen och bland annat infördes reglerna om partiella fissioner.⁶⁷ Tidsfristen för implementering sattes till den 1 januari 2007. Skattefrihet avseende stämpelskatt diskuterades även i arbetet med ändringarna, men kom inte med i den antagna ändringen.⁶⁸

Syftet med direktivet är att underlätta gränsöverskridande omstruktureringar genom att begränsa de beskattningseffekter som kan uppkomma.⁶⁹ I direktivets preambel står det skrivet att omstruktureringar över gränser kan vara nödvändiga för att skapa betingelser som liknar de i en gemensam marknad. Nationella skattebestämmelser framkallar

⁶² SFS 1999:1229

⁶³ SFS 2005:551

⁶⁴ Prop. 2006/07:2 s. 60

⁶⁵ Rådets direktiv 90/434/EEG

⁶⁶ Rådets direktiv 82/891/EEG

⁶⁷ Rådets direktiv 2005/19/EG

⁶⁸ Ståhl s. 33ff

⁶⁹ Dahlberg s. 287f

snedvridning och olägenheter ur konkurrenssynpunkt och det är således viktigt att med den gemensamma marknaden i åtanke införa neutrala skatteregler. Detta leder i sin tur till ökad produktivitet och en starkare konkurrenskraft internationellt. De bestämmelser avseende omstruktureringar som finns nationellt tenderar att missgynna gränsöverskridande omstruktureringar och det föreligger således skäl att likforma regleringen. Inte heller är det möjligt att utvidga de system som är i kraft i medlemsstaterna eftersom det skulle leda till ytterligare snedvridning. Rådet ser ett gemensamt skattesystem som den enda tillfredställande lösningen och genom detta säkerställa att eventuell kapitalvinst blir skattefri och att den inblandade staten garanteras bibehållen skattebas.⁷⁰

3.2.2 Översikt av direktivet

De företeelser som direktivet är tillämpligt på är gränsöverskridande fusioner, fissioner, partiella fissioner, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar.⁷¹ Fusioner definieras som 1) ett eller flera bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till ett befintligt bolag mot att ägarna i de överlåtande bolagen erhåller andelar i det övertagande bolaget. 2) två eller flera bolag upplöses motsvarande 1), men det övertagande bolaget bildas genom fusionen. 3) Ett bolag upplöses utan likvidation och alla tillgångar och skulder går upp i ett helägande moderbolag.⁷²

Fissioner, eller uppdelning som det står i direktivet, definieras som ett förfarande där ett bolag upplöses utan likvidation och överlåter alla sina tillgångar till två eller flera nya eller befintliga bolag. I gengäld ges ägarna av det överlåtande bolaget andelar i de övertagande bolagen.⁷³ Partiell fission är en vidareutveckling och innebär att en eller flera verksamhetsgrenar överlåts till ett eller flera befintliga eller nya bolag. Ersättningen är liknande den för fission. Skillnaden ligger i att det överlåtande bolaget inte upplöses genom förfarandet utan skall behålla minst en verksamhetsgren.⁷⁴

Utbyte av aktier eller andelar enligt artikel 2 d) är med svensk terminologi ett andelsbyte och innebär att ett bolag förvärvar andelar motsvarande röstmajoritet i ett annat bolag under förutsättning att aktieägarna i det övertagna bolaget erhåller aktier i det övertagande bolaget.⁷⁵

I ovan nämnda fall innebär transaktionen att aktieägarna ersätts med andelar. Det är dock tillåtet med en komplimenterande kontant ersättning som motsvarar högst 10 % av det nominella värdet. I de fall nominellt värde saknas används det bokföringsmässiga parivärdet av värdepapperen. Parivärdet innebär inbetalt kapital delat med antalet andelar i bolag.⁷⁶

⁷⁰ Fusionsdirektivets preambel styckena 1-3 och 6

⁷¹ Art 1 a)

⁷² Art 2 a)

⁷³ Art 2 b)

⁷⁴ Art 2 b) a)

⁷⁵ Dahlberg s. 295

⁷⁶ Ibid s. 291 not 95

Enligt artikel 2 c) beskrivs överföring av tillgångar som en transaktion där ett bolag utan att upplösas överför en eller flera verksamhetsgrenar till ett annat bolag. I utbyte erhåller det överlåtande bolaget andelar i det övertagande bolaget. Denna typ av transaktion motsvarar den svenska verksamhetsavyttringen och kan beskrivas som en inkråmsöverlåtelse.⁷⁷

Skattefriheten för det överlåtande bolaget återfinns i artikel 4, där direktivet förbjuder medlemsstaterna att beskatta en kapitalvinst uppkommen genom skillnad mellan skattemässigt och verkligt värde.

3.2.3 Partiella fissioner i direktivet

Utöver den skattefrihet som gäller för det överlåtande bolaget innebär en partiell fission även att aktieägarna i det överlåtande bolaget skattefritt erhåller andelar i det övertagande bolaget.⁷⁸ Skattefriheten gäller dock endast andelar och inte den eventuella del som består av kontanter, då fusionsdirektivet lämnar den delen att beslutas av medlemsstaterna.⁷⁹ Vidare förutsätter ägarnas skattefrihet att de inte sätter ett högre värde på de erhållna andelarna och andelarna i det överlåtande bolaget än värdet på andelarna i det överlåtande bolaget var innan den partiella fissionen.⁸⁰

3.2.4 Möjligheter till undantag

Reglerna om skattefrihet för de omstruktureringar som omfattas av direktivet är inte helt ovillkorliga. Direktivet medger undantag från skattefriheten i de fall att omstruktureringen 'har skatteflykt eller skatteundandragande som huvudsakligt syfte eller ett av sina huvudsakliga syften'. En presumtion för detta föreligger om det inte finns godtagbara kommersiella skäl för omstruktureringen.⁸¹ Artikeln är mer långtgående än att bara innefatta rent kriminella transaktioner. Den torde å andra sidan inte heller vara tillämplig på ett vedertaget skatteplaneringsupplägg, exempelvis genom en ur skattesynpunkt gynnsam koncernstruktur. Domstolens praxis pekar mot att det är konstgjorda upplägg som syftar till skatteundvikande som man vill åt.⁸² Godtagbara kommersiella skäl har förtydligats av EGD⁸³ genom förklaringen att det ska gå utöver strävan att åstadkomma rent skattemässiga förmåner. Detta är dock endast en presumtion som innebär att bevisbördan hamnar på den skattskyldige. Denne kan i sin tur visa att transaktionen inte hade som huvudsakligt syfte eller ett av de huvudsakliga syftena att fly eller undandra sig beskattning.⁸⁴

⁷⁷ Dahlberg s. 293

⁷⁸ Art 8 2p

⁷⁹ Art 8 9p

⁸⁰ Art 8 5p

⁸¹ Art 11 1 a)

⁸² Ståhl s. 216f

⁸³ I målet C-28/95 Leur Bloem

⁸⁴ Ståhl s. 220

3.3 Inkomstskattelagen

3.3.1 Förutsättningar för partiell fission

Skattereglerna avseende partiella fissioner infördes i IL den 1 januari 2007 i enlighet med implementeringsfristen för fusionsdirektivet.⁸⁵ Partiella fissioner har bolagsrättsligt varit genomförbart långt innan skattelättnaderna infördes i IL. Innan reglerna om partiella delningar infördes i ABL den 1 januari 2006 var den civilrättsliga grunden för transaktionen avtal mellan parterna. Det övertagande bolaget skulle då förbinda sig att överta förpliktelser samt att lämna vederlag till aktieägarna i det överlåtande bolaget.⁸⁶ Den skatterättsliga effekten av partiella delningar innan lättnaderna i IL infördes var då exempelvis att andelsägarna skulle utdelningsbeskattas samt att det överlåtande bolaget kunde råka ut för uttagsbeskattning.⁸⁷ Utagsbeskattning kan ske eftersom utdelningen anses komma från det överlåtande bolaget, då de bestämmer över sina tillgångar. Skatterättsligt anses de andelarna först gå till det överlåtande bolaget som sedan delar ut dem till sina ägare.⁸⁸ Fusionsdirektivets krav på skattelättnader ledde således till att man införde ett nytt kapitel, 38 a, i IL. Partiella fissioner har stora likheter med en annan form av omstrukturering nämligen verksamhetsavyttring och regeringen menade vid införandet att reglerna om verksamhetsavyttring till stor del skulle tjäna som förebild för partiella fissioner.⁸⁹ Det kan således vara till hjälp att snegla på tillämpningen av reglerna för verksamhetsavyttring, som kom redan 1998, i syfte att utreda vissa detaljer avseende partiella fissioner. Reglerna om partiella fissioner är tvingande, vilket innebär att om man uppfyller kravet för en partiell fission skall skattekONSEKVENSERNA inträda.⁹⁰ Detta skall ske även om de inblandade parterna inte hade för avsikt att genomföra en partiell fission.

3.3.2 38 a IL

Definitionen av en partiell fission återfinns i 38 a kap 2 § IL. Det uppställs fyra kriterier för att en företeelse skall åtnjuta den skattelättnad kapitlet erbjuder. För det första skall ett företag överlåta en eller flera verksamhetsgrenar till ett annat företag. Det andra kriteriet som uppställs är att det överlåtande bolaget skall behålla minst en verksamhetsgren. Kravet på att en verksamhetsgren skall behållas ifrågasattes under lagstiftningsarbetet av den anledningen att det skulle skapa oklarheter hur mycket som måste behållas. Regeringen ansåg dock att verksamhetsgren är ett vedertaget begrepp som förekommer i flertalet skatterättsliga sammanhang och torde därför inte medföra några större tolkningssvårigheter.⁹¹ Ett ytterligare kriterium är att ersättningen som lämnas från det övertagande skall vara marknadsmässig. Övertagande av skulder eller andra förpliktelser

⁸⁵ Genom SFS 2006:1422

⁸⁶ SOU 2005:19 s. 95

⁸⁷ Prop. 2006/07:2 s. 60

⁸⁸ SOU 2005:19 s. 97

⁸⁹ Prop 2006/07: s. 60

⁹⁰ SOU 2005:19 s. 95 s. 118 samt prop. 06/07:2 s. 66

⁹¹ Prop. 2006/07:2 s. 62

anses i sammanhanget utgöra ersättning. Kravet på marknadsmässig ersättning finns inte med i fusionsdirektivet och dess förenlighet med direktivet har ifrågasatts av flera remissinstanser. Villkoret motsvarar en bestämmelse, 38:2 § IL, för verksamhetsavyttringar. Regeringen har förklarat kravet med att fusionsdirektivet är avsedd att omfatta transaktioner mellan oberoende parter och eftersom dessa transaktioner i regel är marknadsmässiga talar det för att kravet är förenligt med direktivet.⁹² Vad som utgör marknadsmässig ersättning kan i många situationer vara svårt att avgöra, men enligt förarbeten bör det räcka om parterna gjort en värdering med rimlig omsorg.⁹³ I det fallet att det övertagande bolaget bildas genom den partiella fissionen innebär detta knappast ett bekymmer eftersom ersättningen då kan bestå av samtliga andelar i bolaget. Bolaget är då rimligtvis värt minst lika mycket som marknadsvärdet av de utfissionerade tillgångarna och de andelar som utgår till aktieägarna i det överlåtande bolaget är således marknadsmässig ersättning.

Det sista kriteriet är att ersättningen från det övertagande bolaget till aktieägarna i det överlåtande bolaget skall bestå av andelar i det övertagande bolaget eller pengar. Att anmärka här är att taket på 10 % kontant ersättning i fusionsdirektivet inte har överförts till svensk rätt. Regeringen har med bakgrund av att något takbelopp inte är gällande för fusioner, fissioner eller andelsbyten valt att inte införa något vad gäller partiella fissioner heller.⁹⁴ I förarbetena till fusioner och fissioner skriver regeringen att kravet på kontantgränsen kan ses som ett särskilt krav på kontinuitet.⁹⁵ Kontinuitetskravet är troligen tillkommet på grund av en vilja att omstruktureringsformen inte skall användas för att få ut kontanter ur bolag utan att andelarna i ett bolag skall generera andelar i det nya bolaget om tillgångar överförs dit. Regeln torde inte innebära en skyddsregel för någon inblandad part och det bör stå medlemsstaterna fritt att införa lindrigare krav vid genomförandet.

3.3.2.1 Rättssubjekt

Företag definieras i 4 § som bland annat ett svenskt aktiebolag och ett utländskt bolag. Fusionsdirektivet syftar till att underlätta gränsöverskridande omstruktureringar och är således tillämpligt på dessa. Enligt förarbeten är det den svenska modellen att så långt som möjligt införa samma regler för de olika företeelserna.⁹⁶ En anledning till detta är att i och med EG-rättens inträde har utrymmet att behandla gränsöverskridande transaktioner på ett mindre fördelaktigt sätt varit mycket litet. Det är å andra sidan inte ett speciellt attraktivt alternativ att svenska företag skall ha mindre förmånliga regler.⁹⁷ Sverige har dock valt att införa generella regler som tillämpas för både nationella och gränsöverskridande partiella fissioner.⁹⁸

⁹² Ibid s. 63

⁹³ SOU 2005:19 s. 216

⁹⁴ Prop. 2006/07:2 s. 63

⁹⁵ Prop 1998/99:15 s. 220

⁹⁶ SOU 2005:19 s. 13f

⁹⁷ Ibid s. 83

⁹⁸ Prop. 2006/07:2 s. 60

3.3.2.2 Verksamhetsgren

I svensk rätt definieras begreppet verksamhetsgren som en del av en verksamhet som lämpar sig för att avskiljas till en självständig rörelse.⁹⁹ Bestämmelsen är hämtad från den av IL ersatta lagen om beskattningen vid överlåtelse till underpris¹⁰⁰. I förarbeten till lagen exemplifierar regeringen verksamhetsgren med ett fartyg eller en fastighet vars omfattning tillåter ett ändamålsenligt och självständigt bedrivande.¹⁰¹ Det är i dagsläget dock inte längre aktuellt att endast ta hänsyn till svenska rättskällor. Regeringen hade vid införandet av begreppet verksamhetsgren inte en tanke, åtminstone som återspeglas i förarbeten, på att försöka knyta den svenska definitionen till den i fusionsdirektivet.¹⁰² I direktivet definieras nämligen verksamhetsgren som tillgångar och skulder i en del av ett bolag som ur organisatorisk synvinkel bildar en oberoende verksamhet.¹⁰³ Det spelar dock ingen roll att verksamhetsdefinitionen inte är knuten specifikt till implementeringsbestämmelserna för fusionsdirektivet utan har generell tillämplighet. Eftersom Sverige valt att tillämpa reglerna om gränsöverskridande transaktioner även på de nationella motsvarigheterna medföljer dock kraven att tolka begreppen i ljuset av EG-rätten och EGD praxis.¹⁰⁴

Det finns anledning att låta jämställa begreppen i inkomstskattelagen, även vad avser exempelvis begreppet verksamhetsgren vid underprisöverlåtelser främst för att det underlättar systematiken och förståelsen för skattesystemets natur. Det vore anmärkningsvärt, även ur ett legalitetsprincipsperspektiv, att termer tolkades olika beroende på i vilket kapitel de återfinns i en och samma lag. Vad som talar emot en generell begreppsdefinition är att termen verksamhetsgren använts under lång tid och lagstiftare har använt termen i ett syfte vid tiden för införandet. Verksamhetsgren i kapitlet om partiella fissioner och i det om underprisöverlåtelse tillkom ur två helt olika synsätt, varför en uniform tolkning skulle innebära svårigheter att förstå sammanhangen. Underprisöverlåtelser är helt nationella regler medan reglerna om partiella fissioner kommer från fusionsdirektivet. Sammantaget torde skälen för att ha en stringent tolkning av termer väga tyngre än de emot. Det skulle bli alltför svåröverskådligt om begrepp inte var förutsägbara och det skulle innebära ytterligare hot mot legalitetsprincipen.

Ur vilket perspektiv bedömningen skall ske huruvida verksamheten är oberoende är något oklart. I svensk doktrin är det uppdelat mellan de som förespråkar modellen att bedömningen skall göras utifrån förvärvarens möjligheter att driva verksamheten vidare och de som menar att bedömningen skall göras helt objektivt.¹⁰⁵ Ett för frågan aktuellt mål från EGD konstaterar att vikt skall läggas på det övertagande bolagets ekonomiska situation i sin helhet.¹⁰⁶ Förhållandena i målet var dock av speciell karaktär så varningar har utfärdats huruvida målet ger en tydlig bild för perspektivbedömningen generellt.¹⁰⁷

⁹⁹ 2:25 § IL

¹⁰⁰ SFS 1998:1600

¹⁰¹ Prop 1998/99:15 s. 138

¹⁰² Ståhl s. 132

¹⁰³ Art 3 i)

¹⁰⁴ Se ovan 2.4.3

¹⁰⁵ Ståhl s. 152 not 134

¹⁰⁶ C-43/00 Andersen og Jensen

¹⁰⁷ Ståhl s. 147

Inte heller ger regeringsrättens praxis något stöd för att köarperspektivet skulle vara avgörande eller ens bidragande.¹⁰⁸ Det förekommer dock en uppfattning bland många författare att bedömningen skall göras utifrån köparens perspektiv utan att över huvud reflektera över EG-rättsaspekten.¹⁰⁹ Även Skatteverket har anslutit sig till uppfattningen att bedömningen skall ske ur förvärvarens synvinkel och att tillämpningen på grund av detta tenderar att bli generös.¹¹⁰

Skatterättsnämnden har i ett förhandsbesked slagit fast att utifrån gällande svensk rätt kan inte aktier i ett dotterbolag utgöra en verksamhetsgren.¹¹¹ Detta skiljer sig från verksamhetsgrensdefinitionen i direktivet och är ett exempel på hur den inhemska definitionen står fast i förhållande till den EG-rättsliga.¹¹²

3.3.2.3 Undantag från omedelbar beskattning

Den skattemässiga effekten av en genomförd partiell fission är att det överlåtande bolaget inte behöver ta upp de tillgångar som har avyttrats till marknadsvärde. Istället skall användas de skattemässiga värdena och det skapas således ett nollresultat.¹¹³ Det övertagande bolaget skall å sin sida anses ha övertagit tillgångarna till samma skattemässiga värde.¹¹⁴ Det är alltså fråga om en slags skattekontinuitet. Förenklat kan sägas att det övertagande bolaget övertar det överlåtande bolagets skattemässiga situation och att någon beskattning inte utlöses.

Inte heller andelsägaren av det överlåtande bolaget skall beskattas för den utdelning denne erhåller. Utdelningen anses komma från det överlåtande bolaget och skall inte tas upp vare sig i kapital eller i näringsverksamhet förutsatt att andelarna i det överlåtande bolaget är kapitaltillgångar.¹¹⁵

Utöver de ovan nämnda kraven som definierar en partiell fission finns även krav på bolagens skattemässiga situation troligen i syfte att den svenska skattebasen inte urvattnas. Det överlåtande bolaget skall innan avyttringen vara skattskyldig för inkomst av näringsverksamhet för minst en del av de tillgångar som överläts. Detsamma gäller för det övertagande bolaget direkt efter avyttringen. Inget av bolagens beskattning får dock vara undantagen på grund av skatteavtal.¹¹⁶ Reglerna om att det är det överlåtande bolagets hemstat som skall ha kvar beskattningsrätten går inte att utläsa direkt ur fusionsdirektivet, med undantag för ett stycke i preambeln¹¹⁷, men enligt förarbeten framgår det genom artiklarnas 4-6 sammanhang.¹¹⁸ Konsekvensen av detta bli att om ett

¹⁰⁸ Ibid s. 153

¹⁰⁹ Jmf Bl a Höglund s. 109

¹¹⁰ SkV Handledning del III s. 452

¹¹¹ Skatterättsnämndens förhandsbesked den 21 maj 2007

¹¹² Jmf Ståhl s. 177

¹¹³ Jmf 38 a:11 § IL

¹¹⁴ 38 a:14 § IL

¹¹⁵ Jmf 38 a:23, 24:3a samt 42:16 b §§ IL

¹¹⁶ 38a:7-8 §§ IL

¹¹⁷ 6 st

¹¹⁸ Jmf SOU 2005:19 s. 89

fast driftställe utomlands ägs av ett bolag vars hemstat inte är Sverige medges inte undantag från beskattning. Istället kan det bli aktuellt med fiktiv avräkning enligt 37:30 och 38 a:21 IL.¹¹⁹ Effekten av detta är att undvika dubbelbeskattning av tillgångar vid en eventuell senare försäljning av dem.

En intressant avvikelse vad gäller skattskyldigheten i förhållande till reglerna om underprisöverlåtelser är kravet på omfattningen. För partiella fissioner gäller att det överlåtande bolaget åtminstone skall vara skattskyldig för en del av tillgångarna i näringsverksamhet i Sverige¹²⁰ medan det enligt underprisreglerna finns ett krav att det överlåtande bolaget skall vara skattskyldig för den näringsverksamhet i vilken tillgången ingår¹²¹. Det finns således ett mer omfattande krav i underprisreglerna eftersom alla tillgångar som överläts skall ingå i skattskyldighet.

Vidare får det sammanlagda värdet av de övertagna förpliktelserna samt ersättningen till andelsägarna inte understiga summan av de skattemässiga värdena avseende de tillgångar som överläts.¹²² Detta innebär i praktiken att en partiell fission inte får medföra en förlustaffär genom att skattemässiga värden försvinner i och med transaktionen.

3.3.2.4 Beskattning av olika tillgångar

Kapitaltillgångar som överläts genom en partiell fission genererar ingen intäkt hos det överlåtande bolaget. Bolaget tillåts inte heller att ta upp vinster eller dra av förluster. Effekten vid överlåtelser av kapitaltillgångar är att det övertagande bolaget inträder i det överlåtande bolagets skattemässiga situation och ärver således det ursprungliga anskaffningsvärdet.¹²³ Skattemässigt uppstår då ingen förändring av tillgångarna och en skattekontinuitet uppnås.

För andra tillgångar än kapitaltillgångar tar det överlåtande bolaget upp det skattemässiga värdet som intäkt.¹²⁴ Transaktionen blir då en nollsummetransaktion eftersom det inte uppkommer vare sig en vinst eller en förlust. För det övertagande bolaget gäller att anskaffningsvärdet beräknas till det skattemässiga värdet.¹²⁵ Det övertagande bolaget får börja med avskrivningar från det överlåtande bolagets skattemässiga värde och erhåller således ingen avskrivningsmässig fördel genom den partiella fissionen.

3.3.2.5 Underskott

I reglerna om underprisöverlåtelser finns begränsningar av hur underskott får användas i det köpande bolaget.¹²⁶ Eftersom partiella fissioner till uppbyggnaden påminner om en

¹¹⁹ Prop 2006/07:2 s. 66

¹²⁰ 38 a:7 § IL

¹²¹ 23:16 § IL

¹²² 38 a:9 § IL

¹²³ 38 a:10, 12 och 14 2st §§ IL

¹²⁴ 38 a:11 § IL

¹²⁵ 38 a:14 § 1 st IL

¹²⁶ 23:27-28 §§ IL

underprisöverlåtelse ansåg regeringen att det fanns skäl att införa motsvarande begränsningar i syfte att förhindra eventuella kringgåenden av underprisreglerna.¹²⁷ Möjligheten att utnyttja underskott är begränsad genom bland annat en karantänstid på sex år. Inte heller kan kapitalförluster i det överlåtande bolaget på fastigheter och andelar som faller under fällareglerna utnyttjas av det övertagande bolaget.¹²⁸

¹²⁷ Prop 2006/07:2 s. 69

¹²⁸ 38 a:17-19 §§ IL

4 Bolagsrättsliga konsekvenser av partiella fissioner

4.1 Inledning

För att nya bolagsskatteregler ska få någon reell effekt krävs att de transaktioner som ligger som grund för reglerna är genomförbara bolagsrättsligt. Ibland händer det att utvecklingen av de båda rättsområdena inte ligger i fas med varandra. Antingen nya skatteregler som inte får genomslag på grund av att det inte finns en bolagsrättslig grund för transaktionen, eller nya bolagsåtgärder som inte tjänar något syfte på grund av att skatterätten inte ändrats. Effekten av detta blir att det nya tillvägagångssättet får en strängare beskattning än andra alternativ och därför inte är speciellt tilltalande ur ett praktiskt perspektiv. Det sistnämnda scenariot inträffade vad gäller partiella fissioner, eller partiella delningar som det benämns bolagsrättsligt. Införandet av bestämmelserna kring partiell delning redan 2006 innebar följaktligen att förfarandet bedömdes skattemässigt enligt allmänna regler eftersom de särskilda skattereglerna för partiell fission infördes först 2007. Detta innebar att utdelningen av vederlaget till aktieägarna i det överlåtande bolaget skulle utdelningsbeskattas samt att bolaget kunde bli föremål för uttagsbeskattning.¹²⁹ Reglerna i ABL och IL avseende delningsförfarandet är heller inte med varandra fullt överensstämmande vad gäller förutsättningar för genomförande. Det finns även i ABL regler om bland annat övertagande av betalningsansvar som gör att effekten av förfarandet kan bli svåröverskådligt och därmed ökar även risken för att förfarandet blir svåränvänt.

4.2 23 kap ABL

4.2.1 Reglernas ursprung

Reglerna om delning av företag i ABL kan härledas från sjätte bolagsdirektivet, fissionsdirektivet.¹³⁰ I direktivet föreskrevs att eftersom delning har stora likheter med fusioner, som infördes i tredje bolagsdirektivet¹³¹, är det nödvändigt att skapa vissa skyddsåtgärder i syfte att förhindra kringgåenden.¹³² Fissionsdirektivet behandlar emellertid endast delningar av bolag, där det överlåtande bolaget upplöses och tillgångarna förs över till ett eller flera andra bolag och inte partiella delningar där det överlåtande bolaget finns kvar efter delningen.¹³³ Vid införandet av de nya reglerna i ABL höjdes röster för att införandet av partiell delning inte var förenligt med

¹²⁹ Prop. 2006/07:2 s. 60

¹³⁰ 82/891/EEG

¹³¹ 78/855/EEG

¹³² Preambeln till 82/891/EEG

¹³³ Art 2 82/891/EEG

direktivet.¹³⁴ Regeringen ansåg dock att partiella delningar, med stöd av art 25 i direktivet, är tillåtna när tillgångarna delas på två eller flera bolag samt att bestämmelserna i övrigt är oklara och från ett ändamålsperspektiv bör det vara förenligt med direktivet att tillgångar överförs till endast ett bolag.¹³⁵ Eftersom Sverige inte hade några regler om partiella delningar innan var man tvungen att ta hänsyn till reglerna i direktivet vid införandet i ABL på grund av direktivets spärrverkan.¹³⁶

4.2.2 Förutsättningar för partiell delning

Enligt ABL kan aktiebolag partiellt delas genom att mot vederlag till aktieägarna dela upp tillgångar och skulder i ett bolag till ett eller flera bolag utan att det överlåtande bolaget upplöses. Det eller de övertagande bolagen kan bildas genom delningen eller vara redan bildade bolag.¹³⁷ Vederlaget till aktieägarna kan enligt 2 § vara pengar eller andelar. Det är dock inte tillåtet att ersättningen utgörs av skuldebrev eller annan egendom.¹³⁸ En ytterligare förutsättning för partiell delning är enligt 3 § att överlåtande och övertagande bolag har samma redovisningsvaluta. Samma regler gäller enligt 23:3 § för fusioner och förklaras med att det finns risk för redovisningsmässiga otydligheter vid transaktionen och att det i sin tur ökar möjligheterna till och minskar kontrollen av ekonomiska oegentligheter.¹³⁹

4.2.3 Skyddsregler

Regeringen menade vid införandet att partiella delningar kunde medföra nyttiga omstruktureringsmöjligheter, men att det av risk för missbruk var nödvändigt att införa skyddsregler för inblandade borgenärer.¹⁴⁰ Borgenärsskyddstanken kommer från fissionsdirektivet, i förlängningen från tredje bolagsdirektivet, där man föreskriver att det ska finnas betryggande skydd för borgenärer i form av ställande av säkerhet alternativt solidariskt betalningsansvar för de inblandade bolagen.¹⁴¹ I förarbetena påpekar regeringen vikten i att delningsförfarandet inte används som ett instrument för undslippande av betalningsansvar och valde ett subsidiärt betalningsansvar för bolagen.¹⁴² Betalningsansvaret återfinns i 24:5 § ABL och innebär för partiell delning att det bolag som övertar skulden är primärt och solidariskt ansvarigt, medan övriga bolag är subsidiärt ansvariga upp till det verkliga värdet av nettobehållningen efter delningen. Det överlåtande bolaget hamnar här inte i någon särställning utan blir subsidiärt ansvarigt för de skulder de övertagande bolagen erhåller vid delningen. Det finns dock ett undantag från regeln som innebär att om en delningsplan inte upprättats i enlighet med

¹³⁴ Prop 2004/05:85 s. 484

¹³⁵ Ibid

¹³⁶ Ståhl s. 38

¹³⁷ 24:1 § ABL

¹³⁸ Prop 2004/05:85 s. 485

¹³⁹ Ibid s. 486 med hänvisning till prop 1999/00:23 s. 95f avseende fusioner

¹⁴⁰ SOU 2001:1 s. 273

¹⁴¹ Art 12 82/891/EEG

¹⁴² Prop 2004/05:85 s. 489

bestämmelserna blir samtliga inblandade bolag primärt och solidariskt ansvariga för samtliga skulder.¹⁴³

4.2.4 Avvikande regler jämfört med partiella fissioner

Eftersom reglerna om partiella delningar och partiella fissioner har olika ursprung är det heller inte speciellt förvånande att förutsättningarna för de olika transaktionerna inte är helt med varandra överensstämmande. Reglerna skiljer sig åt på framför allt två punkter. För det första så finns ingen motsvarighet på kravet i IL samt fusionsdirektivet att en verksamhetsgren skall behållas i det överlåtande bolaget. Den andra skillnaden består i att det inte finns något krav på att vederlaget till aktieägarna skall vara marknadsmässigt. I fusionsdirektivet finns även kravet på att högst 10 % av vederlaget får vara kontant och även denna bestämmelse saknar motsvarighet i ABL och fissionsdirektivet.

4.3 Sambandet mellan partiella delningar och partiella fissioner

4.3.1 Formell koppling

Det råder inga tvivel om att det finns en koppling mellan partiella fissioner i IL och partiella delningar i ABL. Kopplingen finns befast i förarbeten där regeringen menar att förfarandet partiella delningar ”i stort motsvarar partiella fissioner”.¹⁴⁴ Innan reglerna om partiella delningar infördes var det dock möjligt att åstadkomma ett liknande upplägg genom civilrättsliga avtal. Detta kan åstadkommas genom att det övertagande bolaget utfäster sig i avtal att överta eventuella förpliktelser samt lämna vederlag till aktieägarna i det överlåtande bolaget.¹⁴⁵ Eftersom ett bolagsrättsligt regelpaket saknas måste dock allmänna bolagsrättsliga regler iakttas. Utdelningen till aktieägarna av andelar i det övertagande bolaget torde närmast ses som en vinstutdelning och då aktualiseras reglerna om skydd för bolagets eget kapital. Det överlåtande bolaget anses kontrollera förloppet och utdelning anses härstamma från det bolaget oavsett om den i praktiken kommer från det övertagande bolaget. Aktieägarna tillförs då egendom på det överlåtande bolagets bekostnad, vilket kan aktualisera ett antal skyddsregler.¹⁴⁶ Betalningsansvaret har medfört att många praktiker drar sig för att använda reglerna om partiella fissioner eftersom följderna inte är helt överskådliga. Detta i synnerhet om det övertagande bolaget är tänkt att säljas efter det att fissionen genomförts. Frågan uppkommer då om det fortfarande är möjligt att genomföra en partiell fission, med de skattefördelar detta innebär, utan att följa reglerna om partiell delning i ABL med det betalningsansvar som följer.

¹⁴³ 24:5 § 2 st ABL

¹⁴⁴ Prop. 2006/07:2 s. 60

¹⁴⁵ SOU 2005:19 s. 95

¹⁴⁶ Ståhl s. 39

4.3.2 Tvingande regler

Skattereglerna avseende partiella fissioner beskrivs i förarbeten som tvingande.¹⁴⁷ Detta innebär att om en transaktion uppfyller kraven för en partiell fission i IL skall de skatteregler som är föreskrivna tillämpas. Det finns alltså inget utrymme att välja huruvida en företagen transaktion skall bedömas som en partiell fission eller inte. Uttalanden i doktrin ger stöd för att man även fortsättningsvis kan genomföra partiella fissioner utan att tillämpa reglerna om partiell delning.¹⁴⁸ Även om bolaget själva inte anser att en partiell fission skall betraktas som en partiell delning i aktiebolagslagen är det inte helt orimligt att förutsätta att förfördelade borgenärer kan dra bolaget inför domstol på den grunden att delning uppfyller kraven för partiell delning i ABL och att betalningsansvarsreglerna skall gälla. Eftersom bolaget då inte följt reglerna om delningsplan skall dessutom betalningsansvaret vara primärt och solidariskt för samtliga inblandade bolag. Det finns följaktligen anledning att uppmärksamma de effekter ett övertagande av betalningsansvar kan få om delningen uppfyller de krav som ställs i ABL.

4.3.2 Fusionsdirektivets direkta effekt

Reglerna om partiella fissioner är en implementering av ett direktiv och kan då ges direkt effekt i domstol om regeln i direktivet uppfyller kraven.¹⁴⁹ Mycket talar enligt doktrin för att bestämmelserna om skattelättnader i fusionsdirektivet uppfyller dessa.¹⁵⁰ En anledningen till att åberopa direktivbestämmelserna direkt i domstol är att man företar en transaktion som uppfyller kraven för partiell fission, men blir nekad skattelättnad på grund av att man inte mött kraven i ABL. Detta scenario verkar dock vara osannolikt. Fiskus gör normalt inte någon civilrättslig prövning av en åberopad skatteregler så till vida det inte rör sig om ett uppenbart missbruk.¹⁵¹ Det finns således liten eller ingen anledning att tillämpa direktivets direkta effekt, särskilt inte eftersom det innebär att borgenärer kan yrka på betalningsansvarsregeln i ABL i en senare process. En borgenär torde vid en partiell delning inte ha möjlighet att åberopa borgenärsskyddsreglerna i fissionsdirektivet direkt i domstol som stöd för att betalningsansvar skall gälla. Direktiv har som ovan beskrivits en vertikal direkt effekt och kan således inte åberopas mellan ickestatliga parter oavsett om direktivets regler är tillräckligt klara och precisa för att annars ha direkt effekt. Inte heller har myndigheter rätt att åberopa fissionsdirektivet som stöd för att avslå ett yrkande om användande av skattereglerna vid en transaktion som inte grundas på reglerna om partiell delning. Direktiv har som ovan beskrivet inte en så kallad omvänd vertikal direkt effekt som skulle kunna möjliggöra ett sådant åberopande.

4.3.3 Partiell fission som inte uppfyller kriterierna i ABL

Kravet på bibehållen verksamhetsgren och marknadsmässig ersättning i IL påverkar inte huruvida reglerna i ABL skall tillämpas eftersom skattereglerna kan ses som strängare. De enda kraven i ABL utöver själva bolagsupplägget är att vederlaget skall bestå av

¹⁴⁷ SOU 2005:19 s. 95 s. 118 samt prop. 2006/07:2 s. 66

¹⁴⁸ Ståhl s. 39 not 108

¹⁴⁹ Se ovan 2.3.1

¹⁵⁰ Ståhl s. 63

¹⁵¹ Intervju med Gordon Bäck och Joacim Brage 2007-11-01

andelar eller pengar samt att bolagen skall ha samma redovisningsvaluta. Uppfyller man reglerna i IL så uppfyller man således med automatik de i ABL. Regelsystemen är lika varandra på det sättet att det finns gemensamma grunder, men avviker på flera punkter och är således inte naturligt sammanhängande. Det finns på en punkt en avgörande skillnad mellan de båda regelsystemen. Varken fissionsdirektivet eller något annat direktiv innehåller regler om gränsöverskridande delningar och ABL gäller endast svenska aktiebolag.¹⁵² Enligt ett relativt nytt direktiv¹⁵³ som skall vara implementerat i svensk rätt senast den 15 december så skall gränsöverskridande fusioner kunna genomföras. Detta öppnar eventuellt dörren för att man i framtiden skall kunna göra ännu fler bolagsrättsliga gränsöverskridande omstruktureringar, men i avvaktan på det gäller reglerna för partiella delningar endast svenska aktiebolag. Då fusionsdirektivets syfte och tillämpningsområde är att lindra skatteeffekter vid gränsöverskridande transaktioner, även om Sverige valt att införa samma regler för inhemska motsvarigheter, så öppnar det för att det finns vissa transaktioner där reglerna i IL kan tillämpas utan att ABL blir aktuell. Reglerna i ABL gäller endast mellan svenska företag och gränsöverskridande transaktioner faller således utanför ramen för regelverkets tillämpningsområde. Detta torde i teorin vara möjligt då en partiell fission tidigare varit möjlig att genomföra i svenska bolag genom civilrättsliga avtal.

4.3.4 Gränsöverskridande partiella fissioner

En av förutsättningarna för en partiell fission i IL är att det överlåtande bolaget skall vara skattskyldigt för näringsverksamhet före fissionen och det övertagande bolaget skall vara det efter fissionen. Reglerna kommer från direktivet vars grundläggande princip är att skatteförmånen skall knytas till den stat det överlåtande bolaget har som hemstat.¹⁵⁴ Detta innebär att om det överlåtande bolaget är svenskt och det övertagande bolaget har hemvist i en annan stat skall de utfissionerade tillgångarna knytas till ett fast driftställe i Sverige för att uppskov med beskattning skall vara möjlig. På detta sätt förs inte tillgångarna ut ur landet och Sverige riskerar inte att förlora beskattningsmöjligheter. Vad gäller reglerna i ABL är de inte tillämpliga eftersom det övertagande bolaget inte är ett svenskt bolag. Att göra en gränsöverskridande transaktion medför dock en del praktiska problem. Det går ju givetvis inte att bilda ett utländskt bolag i och med fissionen genom reglerna i ABL. Det övertagande bolaget måste i så fall vara ett redan bildat utländskt bolag.

Det finns dock möjligheter att skapa en gränsöverskridande transaktion med ett i grunden svenskt aktiebolag. De dubbelbeskattningsavtal som Sverige har undertecknat styr i mångt och mycket huruvida ett bolag betraktas som svenskt eller ej genom artiklarna om hemvist. Ett enkelt tilltag för att ändra hemvisten och därigenom skapa förutsättningar för en gränsöverskridande transaktion är att flytta bolagets verkliga ledning till ett annat land. Effekten av detta blir att bolaget inte längre betraktas som ett svenskt aktiebolag med de konsekvenser som följer av detta.

¹⁵² SOU 2005:19 s. 95

¹⁵³ 2005/56/EG

¹⁵⁴ Prop. 2006/07:2 s. 66

4.3.5 Upphävande av betalningsansvar

I det fall en gränsöverskridande partiell fission inte är aktuell kan det finnas andra möjligheter att lindra effekten av betalningsansvaret. Mindre verksamheter med tydligt avgränsade tillgångar och skulder kan till exempel föra en diskussion med borgenären angående en omläggning av lånen. Övertagandet av betalningsansvaret gäller endast de skulder som fanns innan fissionen.¹⁵⁵ Ett illustrerande exempel kan vara om en fastighet samt den skuld som är knuten till fastigheten överlåts genom en partiell fission. Det finns då möjlighet att refinansiera fastigheten genom att borgenären går med på att säga upp det gamla lånet och bevilja ett nytt. Den ursprungliga låneförbindelsen finns då inte längre kvar och något betalningsansvar för det överlåtande bolaget har i detta fall upphört. Mer komplicerat kan det vara att upphäva det övertagande bolagets betalningsansvar. Finns det i det överlåtande bolaget kvar en stor verksamhet med ett flertal lån kan det vara svårt med ett liknande upplägg. En allvarlig konsekvens av det övertagande bolagets betalningsansvar är att det torde kunna bli en tvist om det efter en försäljning av det nya bolaget framkommer att det åligger ett betalningsansvar för det övertagande bolaget. Det finns således ett starkt incitament för en köpare att innan ett företagsförvärf försäkra sig om huruvida ett uppköpsobjekt kan vara bundet till eventuella betalningsansvar.

4.4 Avslutande synpunkter

Vid genomförande av en partiell fission är det av stor betydelse att granska transaktionen ur både skatte- och bolagsrättsperspektiv. Utgångspunkten för en partiell fission torde vara att de bolagsrättsliga reglerna om partiell delning blir tillämpliga. Lagstiftarens intention, och plikt enligt fissionsdirektivet, att skapa skydd för borgenärer vid partiell delning måste tas på stort allvar. Detta medför att även då reglerna om partiella fissioner och partiella delningar inte är med varandra helt överensstämmande kan reglerna om partiella delningar dras in i förfarande av en borgenär genom återopande av betalningsansvarsreglerna inför domstol. Innebär övertagandet av betalningsansvar ett problem torde det dock finnas möjlighet att, genom en gränsöverskridande transaktion alternativt refinansiering av lån, hitta alternativa lösningar. Vad gäller de gränsöverskridande transaktionerna innebär detta att det finns ett utländskt bolag att administrera med en ytterligare dimension i form av ännu en bolagsrättslig reglering. Refinansiering kan vara en möjlig lösning när verksamheten är avgränsad med en inte alltför komplicerad lånestruktur. Något enklare förefaller det vara i bolag med ett begränsat antal stora tillgångar, exempelvis fastighetsbolag, där lånestrukturen är lättöverskådlig och det endast är en eller ett par inblandade borgenärer. Den lösningen medför dock att processen inte helt kontrolleras av bolaget själv utan måste ge upp en del av kontrollen till en utomstående part. Detta kan i sig verka för att bolag drar sig för ett sådant upplägg.

¹⁵⁵ I 23:5 § ABL är det uttryckt att skulden "åvilar" det överlåtande bolaget vid delningen.

5 Andra omstruktureringsalternativ

5.1 Inledning

Det finns idag flera olika skattemässiga omstruktureringsalternativ som genom att underlätta bildandet av nya koncernstrukturer syftar till att öka flexibiliteten för svenskt företagande och därigenom också konkurrenskraften.¹⁵⁶ De skatteregler som finns avseende omstruktureringar syftar inte till att ge någon form av skatterabatt, utan bevilja uppskov med beskattningen till den tid då beskattning enligt neutralitetsprincipen är motiverad.¹⁵⁷ Partiella fissioner utgör det senaste omstruktureringsalternativet i raden och en intressant frågeställning är således huruvida det har medfört något nytt eller om samma skattemässiga resultat kunnat uppnås genom andra omstruktureringsformer. Frågeställningen blir särskilt intressant eftersom reglerna om partiella fissioner inte var ett svenskt initiativ utan har sina rötter i EG-rätten och är följaktligen inte med nödvändighet helt i paritet med systematiken i inkomstskattelagen. De andra omstruktureringsformerna i svensk skatterätt är underprisöverlåtelse, fissioner, fusioner, verksamhetsavyttringar, andelsbyten och Lex ASEA. Det är min ambition med detta kapitel att jämföra effekterna av en partiell fission med de andra omstruktureringsformerna för att på så sätt utröna huruvida ett liknande resultat kan uppnås eller om partiella fissioner tillför den svenska skatterätten något unikt ur ett resultatperspektiv.

5.2 Andra omstruktureringsalternativ

5.2.1 Underprisöverlåtelse

Underprisöverlåtelsen bygger på realisationsprincipens tillkortakommande vid koncernförhållanden. Realisationsprincipen innebär att det övervärde som kan knytas till en tillgång skall beskattas vid avyttring. Övervärdet består i den positiva skillnaden mellan verkligt och skattemässigt värde. En brist med realisationsprincipen kan exemplifieras med en kedja förädlingsföretag inom en och samma koncern. För varje steg en produkt vandrar längs förädlingskedjan så måste således skatt inbetalas eftersom den avyttras. Resultatet av att ha all förädling inom ett och samma företag skulle följaktligen bli helt annorlunda.¹⁵⁸ Realisationsprincipen kan i detta fall anses bryta mot neutralitetsprincipen. Med underprisöverlåtelse kommer man runt den problematiken genom att tillåta bolag att överlåta tillgångar till ett värde som motsvarar det skattemässiga värdet. Någon beskattning vid liknande transaktioner blir således inte

¹⁵⁶ Jmf SOU 1998:1 s. 101 där regeringen menar att skattereglerna inte ska motverka omstruktureringar

¹⁵⁷ Se ovan 1.5.1

¹⁵⁸ SOU 1998:1 s. 133

aktuell så länge tillgångarna och därmed de obeskattade övervärdena stannar inom sfären för näringsverksamheten.¹⁵⁹ Underprisreglerna syftar inte endast till att komma tillrätta med den ovan beskrivna situationen, utan verkar i övrigt som ett verktyg för att kunna genomföra ekonomiskt motiverade omstruktureringar generellt.¹⁶⁰

Reglerna om underprisöverlåtelser är formulerade som undantag från uttagsbeskattningen i 22 kap IL.¹⁶¹ Uttagsbeskattning skall normalt ske bland annat när en skattskyldig överlåter en tillgång mot ersättning som understiger marknadsvärdet utan att detta är affärsmässigt motiverat.¹⁶² Effekten av en underprisöverlåtelse blir att det överlåtande och förvärvande bolaget tar upp minst det skattemässiga värdet även om någon ersättning inte lämnas alls.¹⁶³ Det överlåtande bolaget redovisar således ingen vinst och det förvärvande bolaget övertar då det överlåtande bolagets skattemässiga situation, vilket innebär att den skattemässiga kontinuiteten bibehålls.

5.2.2 Fissioner och Fusioner

Fissioner och fusioner behandlas i 37 kap IL. En fission definieras som att ett bolags tillgångar, skulder och andra förpliktelser övertas av ett eller flera andra bolag. Vidare skall det överlåtande bolaget upplösas utan likvidation.¹⁶⁴ Fission innebär alltså en delning av bolaget medan fusion är en sammanslagning. I en fusion tas samtliga tillgångar, skulder och andra förpliktelser över av ett annat bolag. Det överlåtande bolaget skall liksom vid fission upplösas utan likvidation.¹⁶⁵ Det finns två typer av fusioner; absorption och kombination. Vid absorption upptas ett bolags tillgångar och skulder av ett annat bolag och vid kombination överförs två eller flera bolag sina tillgångar och skulder till ett nybildat bolag.¹⁶⁶ Att flera bolag kan upplösas genom fusionen framgår av 37:7 § IL. För att fusioner och fissioner ska kunna dra nytta av reglerna i 37 kap IL krävs att de är kvalificerade.¹⁶⁷ Kvalificeringskriterierna är de samma för fusioner och fissioner och innebär i korthet att bolaget eller bolagen som skall upplösas skall ha varit skattskyldiga för en del av näringsverksamhet och den får inte vara undantagen genom skatteavtal. Bolaget eller bolagen som övertar tillgångar och skulder skall omedelbart efter omstruktureringen vara skattskyldiga såsom det överlåtande bolaget direkt efter transaktionen. Det finns även krav på att om det finns andra andelsägare i det överlåtande bolaget än det övertagande bolaget skall vederlag endast lämnas till de andra andelsägarna.¹⁶⁸ Den skatterättsliga effekten av en fusion respektive fission är även här ett uppskov med beskattningen. Det överlåtande bolaget beskattas inte efter en

¹⁵⁹ Lodin m fl. s. 442

¹⁶⁰ Wiman s. 121

¹⁶¹ 23:9 § IL

¹⁶² 22:3 § IL

¹⁶³ 23:10 § IL

¹⁶⁴ 37:5 § IL

¹⁶⁵ 37:3 § IL

¹⁶⁶ Wiman s. 185ff

¹⁶⁷ Jmf 37:4,6,16 §§ IL

¹⁶⁸ 37:11-13 §§ IL

omstrukturering och det övertagande bolaget övertar det överlåtande bolagets skattemässiga situation.¹⁶⁹

5.2.3 Verksamhetsavyttringar

Som nämnts ovan i 3.3.1 har reglerna om verksamhetsavyttringar tjänat som förebild för partiella fissioner och det finns av den anledningen stora likheter i reglerna. En verksamhetsavyttring innebär att ett bolag överlåter samtliga tillgångar i sin näringsverksamhet eller i en verksamhetsgren till ett annat bolag. Ersättningen till bolaget skall vara marknadsmässig och bestå i andelar samt övertagande av eventuella skulder och förpliktelser det överlåtande bolaget har.¹⁷⁰ Liksom för de flesta andra omstruktureringsformer finns krav på skattskyldighet för de inblandade parterna. För verksamhetsavyttringar gäller även att ersättningens storlek inte får understiga de skattemässiga värdena för tillgångarna.¹⁷¹ Den skattemässiga effekten av en verksamhetsavyttring motsvarar de för partiella fissioner, det vill säga att bolaget inte skall ta upp den marknadsmässiga ersättningen utan istället det skattemässiga värdet.

Följden av detta blir att bolaget gör ett nollresultat och någon beskattning blir således inte aktuell. Reglerna om verksamhetsavyttring är väldigt lika de avseende partiella fissioner. Den avgörande skillnaden är att vederlaget utges till det överlåtande bolaget i verksamhetsavyttringar och till andelsägarna i det överlåtande bolaget när det gäller partiella fissioner. En annan intressant avvikelse är att reglerna om verksamhetsavyttringar till skillnad från de om partiella fissioner är frivilliga och tillämpas endast om både det överlåtande och det övertagande bolaget begär det.¹⁷² Ytterligare skillnader i förhållande till partiella fissioner är att vid partiella fissioner måste en verksamhetsgren behållas samt att man har möjlighet att överlåta tillgångar till mer än ett bolag.

5.2.4 Andelsbyten

Andelsbyten innebär att en person avyttrar aktier i ett bolag mot aktier i ett annat samt eventuellt kontanter. Det finns två kapitel som reglerar andelsbyten. För fysiska personer som avyttrar aktier som är kapitaltillgångar gäller 48 a kap IL. Är aktierna inte kapitaltillgångar utan lageraktier går transaktionen, liksom för juridiska personer, under 49 kap IL. I båda kapitlen är resultatet av ett andelsbyte att den säljande personen får uppskov med eventuell vinst. I 48 a kap gäller att ersättning i pengar skall tas upp till beskattning när andelsbytet sker. Eventuell kapitalvinst på de avyttrade andelarna skall däremot inte tas upp till beskattning. Istället skall de mottagna andelarna åsättas det värde som motsvarar omkostnadsbeloppet på de avyttrade andelarna.¹⁷³ Säljaren hamnar således i precis samma skattemässiga situation före som efter andelsbytet. I 49 kapitlet har man valt ett annat upplägg. Enligt 14 § skall eventuell kapitalvinst fördelas på de

¹⁶⁹ 37:17-18 §§ IL

¹⁷⁰ 38:2 § IL

¹⁷¹ 38:6-8 §§ IL

¹⁷² 38:5 § IL

¹⁷³ 48 a:9-10 §§ IL

mottagna andelarna. Beskattning av kapitalvinsten sker då vid det tillfälle andelarna senare överläts eller upphör.¹⁷⁴ Ett vanligt fall av andelsbyten är när ett bolag övertar aktierna i ett annat bolag och utger ersättning som består i aktier i det egna bolaget.¹⁷⁵ Det kan även vara värt att notera att det även för andelsbyten enligt 49 kap föreligger en frivillighet vad gäller tillämpning av uppskavsreglerna.¹⁷⁶

5.3 Konsekvensanalys

Det finns som ovan beskrivits en rad olika omstruktureringsformer som alla medför uppskov med beskattningen. Reglerna om partiella fissioner är väldigt speciella såtillvida att de endast är tillämpliga på en ganska smalt avgränsad skara förutsättningar. Av den anledningen finns det ett värde i att granska de förutsättningarna samt effekten av en partiell fission och undersöka huruvida liknande effekter kunnat uppnås genom en annan form eller en kombination av andra omstruktureringsformer med samma eller snarlika förutsättningar. De förutsättningar som är vid handen är således att ett bolag skall överlåta en eller flera verksamhetsgrenar till ett annat bolag. Ersättningar skall vara marknadsmässiga och tillfalla andelsägarna i det överlåtande bolaget. Kvar i det överlåtande bolaget skall finnas minst en verksamhetsgren. Andelsägarna i det överlåtande bolaget skall inte beskattas omedelbart för erhållna andelar och skattekontinuitet skall råda bolagen emellan.

Kravet på att minst en verksamhetsgren skall vara kvar i det överlåtande bolaget torde rimligtvis kunna betraktas som en inskränkande regel och innebär inte med nödvändighet att detta är något önskvärt för de inblandade parterna. Inte heller kravet på att ersättningen skall vara marknadsmässig torde utgöra en förutsättning för jämförelsen så länge de skattemässiga fördelarna kan uppnås på alternativt sätt.

Oavsett likheter i benämning finns stora skillnader mellan fission och partiell fission. Fusioner och fissioner kan omedelbart räknas bort eftersom det vid dessa omstruktureringsformer är en förutsättning att minst ett bolag skall upplösas utan likvidation, vilket omöjliggör överensstämmelse med ovan angivna kriterier. Även andelsbyten faller utanför ramen för denna jämförelse eftersom det förutsätts att de avyttrar andelar i utbyte mot andra andelar. Vid en partiell fission skall andelsägarna i det överlåtande bolaget behålla dessa aktier samtidigt som man erhåller andelar i det övertagande bolaget. Rimligtvis borde detta förhållande innebära att effekterna av en partiell fission inte kan uppnås med ett andelsbyte.

Verksamhetsavyttringar kan däremot utgöra ett intressant alternativ. Reglerna för de två formerna är som ovan beskrivits väldigt lika. Effekten blir dock att andelarna i det övertagande bolaget tillfaller det överlåtande bolaget. Kvar är således att överföra andelarna från det överlåtande bolaget till dess aktieägare utan att dessa behöver beskattas för utdelningen. För juridiska personer vars innehav i det överlåtande bolaget är

¹⁷⁴ 49:19 § IL

¹⁷⁵ Lodin m fl s. 450

¹⁷⁶ 49:6 § IL

näringsbetingat torde detta inte vara ett problem då utdelning på näringsbetingade aktier är undantaget beskattning.¹⁷⁷ Det överlåtande bolaget drabbas heller inte av några beskattningskonsekvenser eftersom det inte uppkommer någon vinst i bolaget till följd av verksamhetsavyttringen.¹⁷⁸ För att ett innehav skall betraktas som näringsbetingat krävs dock bland annat att det ägda bolaget inte är marknadsnoterat alternativt att innehavet överstiger 10 % av röstetalet i bolaget.¹⁷⁹ Effekten av detta är precis de samma som för partiella fissioner, utan att behöva använda de bolagsrättsliga reglerna om partiella delningar. Det förutsätter dock att ägarstrukturen är så pass enkel att reglerna om näringsbetingat innehav är uppfyllt samt att utdelningen av aktierna kan göras till avsedd mottagare. För det fall att det överlåtande bolaget är marknadsnoterat finns dock en alternativ lösning nämligen reglerna om Lex ASEA. Uppfyller man villkoren i övrigt är det möjligt att utdela aktierna i det övertagande bolaget utan att detta utlöser beskattning. Vare sig för aktieägarna eller för bolaget. Denna lösning kommer då närmast reglerna om partiella fissioner samtidigt som den, till skillnad från reglerna om näringsbetingat innehav, även kan tillämpas när fysiska personer är aktieägare. De marknadsnoterade bolagen utgör dock en överväldigande minoritet och regelkombinationen utgör därför inget generellt gångbart alternativ till partiella fissioner.

Reglerna om underprisöverlåtelse kan även de vara intressanta ur ett jämförelseperspektiv. Aktieägarna till ett bolag kan bilda ytterligare ett bolag och sedan låta överlåta tillgångar ur det gamla bolaget till det nya. På ägarnivå blir konsekvensen då likartad med den som följer av en partiell fission i det att någon beskattning på ägarnivå inte aktualiseras. På bolagsnivån finns dock ett antal saker att beakta. För att situationen skall bli likartad den för partiella fissioner kan inte det övertagande bolaget lämna ersättning för de tillgångar som överförs eftersom aktieägarna redan äger andelarna i det övertagande bolaget.

Underprisöverlåtelser kan genomföras även om ersättningen för tillgångarna är noll. För det överlåtande bolaget blir följden av detta att tillgången anses avyttrad för det skattemässiga värdet och ett nollresultat skapas således. För det övertagande bolaget gäller att tillgångarna anses förvärvade till det värde det överlåtande bolaget tar upp, det vill säga det skattemässiga värdet.¹⁸⁰ Så långt skiljer sig således inte alternativen åt. I det fall aktieägarna är fysiska personer bildar bolagen en oäkta koncern och koncernbidragsrätt saknas således.¹⁸¹ Detta innebär att tillgångarna som överlåts måste utgöra en verksamhetsgren. Kravet är dock det samma som för partiella fissioner. En följd av detta blir att om aktieägaren är en juridisk person vars innehav kvalificeras enligt 35 kap IL så kan även tillgångar som inte utgör en verksamhetsgren överlåtas och underprisöverlåtelse blir följaktligen mer flexibel än en partiell fission. Den stora skillnaden mellan partiell fission torde bli att den kostnad som ett bolagsbildande innebär belastar aktieägarna till skillnad från det överlåtande bolaget vid en partiell fission.

¹⁷⁷ Jmf 24:13-14,17 §§ IL

¹⁷⁸ Jmf 38:9 § IL

¹⁷⁹ 24:14 § IL

¹⁸⁰ 23:10 § IL

¹⁸¹ 35:2 § IL

Det kan även tilläggas att så länge reglerna om partiell delning i ABL inte tillämpas är utdelningen underkastad allmänna regler om att utdelning skall rymmas inom ramen för utdelningsbara tillgångar. Detta kan utgöra ett problem genom att flexibiliteten blir lidande beroende på vilka tillgångar och marginaler bolaget har.

5.4 Sammanfattande synpunkter

Även om partiella fissioner är den senaste i raden av omstruktureringsformer så verkar den inte medföra särskilt stora nyheter. Genom andra omstruktureringsförfaranden går det att framkalla näst intill identiska resultat. En verksamhetsavyttring i kombination med ett förfarande enligt Lex ASEA skapar för marknadsnoterade bolag en för bolaget och aktieägarna snarlik skattemässig situation. Det skall dock noteras att de marknadsnoterade bolagen är i synnerlig minoritet och alternativet är således begränsat vad gäller användningsområde. Underprisöverlåtelse framstår som ett mer gängse gångbart alternativ och erbjuder mer flexibilitet. Den mest uppenbara skillnaden i resultat är till synes kostnaden för aktieägarna att bilda ytterligare ett bolag. Det skall dock understrykas att de bolagsrättsliga konsekvenserna av omstruktureringsalternativen inte faller inom ramen för denna uppsats och kan innebära att tillämpningen stöter på patrull. Skattemässigt torde dock alternativen erbjuda så pass stora likheter med partiella fissioner att slutsatsen är att de nya reglerna inte erbjuder någon större nyhet. Någon regelkonkurrens kan dock inte inträda eftersom reglerna om partiella fissioner som ovan beskrivits är tvingande. Uppfyller en transaktion kraven för en partiell fission skall dessa regler tillämpas oavsett om liknande resultat kan uppnås genom andra omstruktureringsformer. Den klarhet ett sammanhållet regelsystem innebär kan emellertid bidra till att attraktionskraften förhöjs.

6 Andra tillämpningsfrågor

6.1 Inledning

Det är min ambition att utöver regelgenomgången och analysen av omstruktureringsalternativ belysa andra frågor som kan aktualiseras vid tillämpning av partiella fissioner. Detta kapitel syftar inte till att ge en fullständig genomgång av samtliga tillämpningsfrågor som kan uppkomma vid partiella fissioner. Det kan dock vara av intresse att lyfta fram ett par frågeställningar och kapitlet gör således inte anspråk på att vara uttömmande. Även om reglerna om partiella fissioner inte uppenbart inneburit några större förändringar jämfört med tidigare omstruktureringsformer kan det finnas tillämpningsfrågor som kan bidra till att användbarhetsvågen tippar åt ett eller annat håll. Förhåller det sig exempelvis så att partiella fissioner lämpar sig synnerligen väl vad gäller ett visst område eller en viss transaktionstyp innebär detta att de nya reglerna kan få om inte generellt genomslag så stor användbarhet. Det kan finnas intresse i att reglerna inte bidrar till mer eller mindre oöverskådliga konsekvenser. Vidare så är det av vikt att uppmärksamma omstruktureringsformers, och i detta fallet partiella fissioner, rättsföljder även på andra områden.

6.2 Skalbolag

6.2.1 Övertagande bolag som skalbolag

I ett relativt färskt, icke överklagat, förhandsbesked från skatterättsnämnden framgår att det övertagande bolaget vid en partiell delning kan falla under skalbolagsbestämmelser.¹⁸² Frågan som ställdes till nämnden var om ett nybildat bolag kan anses utgöra ett skalbolag efter det att man genom en partiell fission överfört två fastigheter till det nya bolaget. Till saken hör även att syftet var sedan att överlåta bolaget till en bostadsrättsförening som i sin tur skulle överföra fastigheterna från bolaget till föreningen. Den stora frågan var huruvida fastigheterna kunde betraktas som likvida tillgångar och därmed skapa förutsättningar för skalbolagsbeskattning.

6.2.2 Förutsättningar för skalbolag

Enligt inkomstskattelagen räknas utöver kontanter, värdepapper och liknande tillgångar även andra tillgångar som uppfyller tre krav. Tillgångarna skall ha anskaffats tidigast två år före avyttringen. De ska sakna affärsmässigt samband med verksamheten som bolaget bedrev intill två år före avyttringen. Det ska heller inte framgå att anskaffningen har skett

¹⁸² Skatterättsnämndens förhandsbesked den 6 juli 2007

i annat syfte än att tillgångarna lätt skall kunna avyttras efter avyttringen av andelen.¹⁸³ Både lagstiftare och regeringsrätten anser att tillämpningen av dessa rekvisit skall göras mekaniskt, det vill säga att om tillgångar uppfyller dessa kriterier skall de alltid räknas som skalbolagstillgångar.¹⁸⁴ Enligt min mening blir en mekanisk tillämpning på kvasimekaniska rekvisit en otillfredsställande lösning. Det första och det andra rekvisitet kan med god vilja sägas ha en tillräckligt mekanisk natur. Det tredje rekvisitet är å andra sidan så öppen och subjektiv att en mekanisk tillämpning riskerar att bli mer godtycklig än som ursprungligen var tanken. I förarbeten skriver regeringen att tillgångar som kan betraktas som likvida tillgångar enligt reglerna om skalbolag är tillgångar som är främmande för egentlig verksamhet, till exempel lagerbevis på metallager och tillgångar som redan sålts på termin.¹⁸⁵ Redan när lagen kom stod det klart för många att rekvisiten skulle vålla stora bekymmer vid tillämpningen.¹⁸⁶

6.2.3 Tillämpning av skalbolagsreglerna avseende partiella fissioner

Den mekaniska tillämpningen avseende i detta fall två fastigheter faller rätt långt från de uttalanden i förarbetena som ger exempel på vad som avses. Eftersom omstruktureringsformen kan innebära, och utgör en av de praktiska fördelarna, att ett nytt bolag bildas i och med transaktionen så blir effekten att tillgångarna i det övertagande bolaget automatiskt uppfyller de två första rekvisiten. Kvar att bedöma är således huruvida det framgår att syftet med avyttringen inte är att tillgångarna skall vara lätt att avyttra. Detta rekvisit kan knappast anses mekaniskt. Lagtexten är vagt formulerad, förmodligen i syfte att ge myndigheter större svängrum vid tillämpningen. Enligt min mening innebär en snar avyttring dock inte med automatik att syftet med transaktionen varit att tillgångarna skall vara lättrealiserade. Det kan då svårligen betraktas som en mekanisk tillämpning av bestämmelsen. Exempelvis reglerna om skattefrihet vid avyttring av näringsbetingade andelar medför att placering av tillgångar i bolag för försäljning inte är en ovanlig företeelse utan ett vedertaget verktyg för omstruktureringar.

6.2.4 Andra tillämpningsfrågor

Konsekvensen av skalbolagsreglerna, att hela ersättningen skall tas upp som kapitalvinst¹⁸⁷, har inte med själva partiella fissionen att göra och kommer således inte vidare att beröras inom ramen för denna uppsats. Istället avser jag att belysa en annan problematisk situation som uppkommer på grund av skalbolagsreglerna. Ett upplägg som ovan beskrivits torde innebära att ett köpeavtal undertecknas långt innan den partiella fissionen genomförs. För att undvika skalbolagsbeskattning skall en skalbolagsdeklaration upprättas.¹⁸⁸ Skalbolagsdeklarationen skall lämnas in inom 30 dagar från det att andelen avyttrats.¹⁸⁹ Avyttringen bör rimligtvis beräknas från dess att

¹⁸³ 25 a:14 § IL

¹⁸⁴ SOU 2001:11 s. 165, Prop 2002/03:96 s. 124 samt RÅ 2004 ref 137

¹⁸⁵ SOU 2001:11 s. 165

¹⁸⁶ Melbi SvSkT 2003 s. 253

¹⁸⁷ 25 a:9 § IL

¹⁸⁸ 25 a:11 § IL

¹⁸⁹ 10:8b § Skattebetalningslagen, SFS 1997:483

köpeavtalet upprättats. Det nya bolaget, till vilket skalbolagsdeklarationen hör, får dock inte verkan före det registrerats.¹⁹⁰ Registrering sker i samband med att den partiella fissionen genomförs. Effekten av detta blir att en skalbolagsdeklaration skall upprättas för ett bolag som inte finns och inte kommer att finnas på flera månader. Skatteverket har dock i sin kommentar till förhandsbesked skrivit att ventilen¹⁹¹ normalt kan tillämpas på dessa situationer.¹⁹² Att Skatteverket skriver att ventilen normalt kan tillämpas ger knappast en adekvat garanti. Bolaget torde rimligtvis lämna in en skalbolagsdeklaration i alla fall. Inte minst för att tidsfristen för inlämnandet inte kan repareras i det fall Skattemyndigheten inte anser att ett visst fall skall falla under ventilen.¹⁹³

6.3 Stämpelskatt

6.3.1 Uttag av stämpelskatt

Skattskyldighet avseende stämpelskatt uppkommer bland annat vid köp eller byte av fast egendom.¹⁹⁴ Frågan uppkommer då huruvida en partiell fission kan sorteras under någon av dessa kategorier. När det gäller fission skall inte uttas någon stämpelskatt av eventuella fastigheter som ingår i delningen enligt stämpelskattelagen 22 § andra stycket.¹⁹⁵ Partiell fission skiljer sig dock från fission eftersom det överlåtande bolaget inte upphör genom delningen. Det kan därför finnas anledning att titta närmare på den partiella fissionen och utröna huruvida transaktionen kan utgöra ett köp eller ett byte. En partiell fission som bygger på de bolagsrättsliga reglerna är en universalsuccession¹⁹⁶, vilket innebär att det övertagande bolaget övertar samtliga rättigheter och förpliktelser som följer med tillgångarna.¹⁹⁷

Förutsättningarna för uttag av stämpelskatt var att förvärvet utgjordes av köp eller gåva. Dessa former av fång tillhör singularfång som skiljer sig från universalsuccession där övertagaren inträder i den gamla ägarens ställning.¹⁹⁸ Enligt legalitetsprincipen är tillämparen, i detta fall Inskrivningsmyndigheten i första hand, bunden att följa ordalydelsen i lagtexten.¹⁹⁹ Det torde således inte att finnas utrymme att utta stämpelskatt vid partiella fissioner eftersom universalsuccessioner skiljer sig från de fång som finns uppräknade i lagtexten. Situationen blir dock annorlunda i det fall då en eventuell partiell fission genomförs utan att tillämpa bestämmelserna om partiell delning. Förvärvet, grundat på avtal, bör rimligtvis inte betraktas som en universalsuccession²⁰⁰ och transaktionen torde i så fall kunna ligga till grund för uttag av stämpelskatt.

¹⁹⁰ Prop. 2004/05:85 s. 487-488

¹⁹¹ 25 a:13 § IL

¹⁹² Se länk i källförteckning

¹⁹³ Jmf Tivéus SN 2003 s. 293

¹⁹⁴ 4 § p.1 Lag om stämpelskatt vid inskrivningsmyndigheter SFS 1984:404

¹⁹⁵ Tivéus SN 2006 s. 53

¹⁹⁶ Ståhl s. 180

¹⁹⁷ Jmf Ibid s. 270

¹⁹⁸ Håstad s. 48

¹⁹⁹ Pahlsson s. 59

²⁰⁰ Ståhl s. 39

6.3.2 Andra regler om fast egendom av intresse

Det kan vara besvärligt att vid omstruktureringar tänka på allt som kan inverka på transaktionen. Vad gäller fast egendom finns dock ett par lagar som vid underlåtet uppfyllande kan leda till ogiltighet gällande förvärvet och således skapa svårlösta situationer. En av dessa lagar är jordförvärvslagen²⁰¹ som är tillämplig på lantbruksegendom. Universalsuccessioner omfattas rimligtvis inte eftersom det inte uttryckligen är medtaget i lagtexten.²⁰² Bygger delningen inte på reglerna i ABL kan det dock föreligga skyldighet att agera. Effekten av lagen är att om inte ansökan om förvärvstillstånd beviljas eller ansökan underlåtit att inlämnas blir förvärvet ogiltigt.²⁰³ Vid en fission, där det överlåtande bolaget upplösts, kan konsekvenserna av detta bli ödesdigra.

En annan lag vars innehåll liknar jordförvärvslagen är hyresfastighetsförvärvslagen²⁰⁴. Denna lag omfattar köp och byte, men även delningar enligt 24:1 § ABL och därmed även partiella fission.²⁰⁵ Lagen innefattar således partiella fissioner som genomförts med eller utan reglerna om partiell delning. Vid förvärv av hyresfastighet måste detta anmälas till kommunen. För det fall att anmälan underlåtit eller inte godkänns innebär det att förvärvet blir ogiltigt med de konsekvenser som följer.²⁰⁶

6.4 Effekten av att inte uppfylla kraven för partiell fission

6.4.1 Kravet på verksamhetsgren

För det fall att en transaktion inte lever upp till kravet på att det är en verksamhetsgren som skall överföras, alternativt behållas, är det inte en partiell fission och allmänna regler skall således tillämpas. Reglerna om underprisöverlåtelse är definitionsmässigt inte tillämpliga om kravet på marknadsmässig ersättning är uppfyllt. Transaktionen mellan bolagen torde således inte föranleda några skatteeffekter utöver den intäkt som eventuellt blir följden av inkråmsförsäljningen till marknadsmässigt pris. Själva upplägget bör betraktas som att det överlåtande bolaget förvärvar andelar i det övertagande bolaget i utbyte mot de tillgångar som överförs. Det överlåtande bolaget delar sedan ut de mottagna andelarna till sina aktieägare. Denna syn stämmer överens med lagstiftarens skattemässiga konstruktion.²⁰⁷ Utdelningen till aktieägarna är dock inte undantagen omedelbar beskattning, vilket innebar utdelningsbeskattning för aktieägarna och uttagsbeskattning för det överlåtande bolaget. Är innehavet näringsbetingat inträder dock inga beskattningseksekvenser som redogjorts för ovan.

²⁰¹ SFS 1979:230

²⁰² 2 § jordförvärvslag

²⁰³ Ibid 11 §

²⁰⁴ SFS 1975:1132

²⁰⁵ Ibid 2 §

²⁰⁶ Ibid 3,5 §§

²⁰⁷ Jmf 24:3a § IL

6.4.2 Kravet på marknadsmässig ersättning

Uppfyller transaktionen inte kravet på marknadsmässig ersättning blir situationen en aning mer invecklad. Eftersom partiella fissioner, som ovan beskrivits, har stora likheter med verksamhetsavyttring kan vägledning tas från dessa regler. Är ersättningen inte marknadsmässig föreligger istället en sammansatt transaktion.²⁰⁸ Det torde således röra sig om en marknadsmässig transaktion upp till ersättningen och en underprisöverlåtelse upp till det belopp som anses marknadsmässig. Den marknadsmässiga transaktionen innebär följaktligen ingen uttagsbeskattning, men situationen med underprisöverlåtelsen kan bli besvärligare. Så länge kravet på att den överförda tillgången utgör en verksamhetsgren är uppfyllt är det dock inte så allvarligt. Själva underprisöverlåtelsen kan ske utan särskilda beskattningskonsekvenser förutom för det överlåtande bolaget i det fall att ersättningen understiger det skattemässiga värdet. Bolaget måste i så fall ta upp det skattemässiga värdet som ersättning. Utdelningsbeskattning och uttagsbeskattning blir aktuell vid överföring av andelarna till aktieägarna.

6.4.3 Varken verksamhetsgren eller marknadsmässig ersättning

För det fallet att en transaktion underlåter att uppfylla båda kraven på marknadsmässig ersättning och kravet på verksamhetsgren kan konsekvenserna bli allvarliga. Inledningsvis bör en sådan transaktion återigen betraktas som en sammansatt transaktion. Den marknadsmässiga transaktionen innebär på bolagsnivå inget större bekymmer. Vad gäller underprisöverlåtelsen kan effekterna bli allvarliga både på bolags- och ägarnivå. Det finns ett krav på att rätt till koncernbidrag måste föreligga för det fall de överförda tillgångarna inte utgör en verksamhetsgren. Uppfyller man inte kravet på att den behållna tillgången är en verksamhetsgren men väl den överförda kan reglerna tillämpas. Den avvikande effekten blir då att aktieägarna blir utdelningsbeskattade, förutsatt att innehavet inte är näringsbetingat, och det överlåtande bolaget blir uttagsbeskattat för utdelningen till aktieägarna.

Är den överlåtna egendomen däremot inte en verksamhetsgren blir avgörandet svårare. Vid transaktionstillfället när det överlåtande bolaget överför tillgångar till det övertagande bolaget i utbyte mot andelar kan således inte något koncernförhållande föreligga. Reglerna om underprisöverlåtelse är således inte tillämpliga och uttagsbeskattning för det överlåtande bolaget kan inte underlåtas vare sig för överföringen av tillgångar eller för utdelningen. Än värre kan det bli om det är fysiska personer som är aktieägare i det överlåtande bolaget och reglerna kring Sipano II kan bli tillämpliga.²⁰⁹ Vad som talar mot en tillämpning av de reglerna är att aktieägarna i det överlåtande bolaget inte är ägare av det övertagande bolaget vid den tidpunkt då transaktionen bolagen emellan äger rum. Det som talar för en tillämpning av reglerna är dock att det är aktieägarna i det överlåtande bolaget som kontrollerar skeendena och därmed förfogar över egendomarna. För aktieägarna över tillgångar från det överlåtande

²⁰⁸ Prop. 1998/99:15 s. 286

²⁰⁹ Jmf RÅ 2004 ref 1

bolaget till det övertagande bolaget utan ersättning så torde förfogandet kunna likställas med den situation att de från början äger båda bolagen. Effekten av Sipano II-reglerna kan i värsta fall bli att aktieägarna kan beskattas två gånger. Första gången för förfogandet då det överlåtande bolaget för över tillgångar till det övertagande bolaget och andra gången som utdelningsbeskattning för andelarna i det övertagande bolaget.

7 Sammanfattning

Partiella fissioner är sitt sena införande till trots inte någon särskild nyhet bland de skattemässiga omstruktureringsalternativen. Liknande resultat kan uppnås genom andra alternativ och det kanske är på grund av reglernas tvingande karaktär som tillämpningen av reglerna över huvud sker. Alternativ till partiella fissioner vid ett näringsbetingat innehav kan vara verksamhetsavyttring, eftersom utdelningen till aktieägarna är skattefri. I de fall bolaget är marknadsnoterat kan liknande utdelning uppnås genom Lex ASEA. En möjlig förklaring till partiella fissioners ringa nyhetsvärde kan vara att omstruktureringsformen inte är ett svenskt initiativ utan härstammar från ett EG-direktiv. Det finns således ingen naturlig koppling till den svenska skatterätten och det system rätten bygger på. Även om lagstiftaren vid införandet försökt införliva systemet lämnar det en del övrigt att önska vad gäller nyhetsvärde och användbarhet eftersom en naturlig plats för verktyget inte förefaller självklar. En avvikelse som kan vara värd att notera är att det räcker med att det överlåtande bolaget är skattskyldigt för en del av de överförda tillgångarna i näringsverksamhet. Detta skiljer sig exempelvis från reglerna om underprisöverlåtelser där skattskyldigheten sträcker sig till att omfatta samtliga tillgångar.

Den bolagsrättsliga grunden för partiella fissioner är inte en helt okomplicerad rättsfråga. I propositionen till införandet av partiella fissioner skriver regeringen att ett motsvarande förfarande i ABL kallas partiella delningar. De två regelkomplexen är dock inte med varandra helt överensstämmande. Reglerna om partiella fissioner är strängare än de för partiella delningar, vilket innebär att om man uppfyller kraven för partiella fissioner uppfyller man med automatik de om partiella delningar. Det gör heller inte saken enklare att partiella fissioner kunde genomföras redan innan reglerna om partiella delningar infördes genom vanliga avtal mellan parterna. Det finns dock en situation när endast reglerna om partiella fissioner kan bli aktuella; gränsöverskridande transaktioner. Reglerna i ABL är nämligen endast tillämpliga på svenska bolag. Är det övertagande bolaget ett utländskt bolag, genom bildande eller dubbelbeskattningsavtal, kan endast reglerna om partiella fissioner tillämpas. Den främsta vinsten med att undvika att tillämpa reglerna om partiella delningar är betalningsansvaret för det överlåtande bolagets skulder, som eventuellt kan få svåröverskådliga effekter.

Tillämpas inte reglerna om partiell delning är transaktionen inte att betrakta som en universalsuccession, vilket innebär en skillnad. En av dessa är att stämpelskatt kan bli aktuell om en fastighet överförs. Reglerna om stämpelskatt bygger på köp eller byte. En universalsuccession är ett annat typ av fång och omfattas således inte av stämpelskatt. Är transaktionen inte ett universalsuccession utan ett upplägg med avtal kan detta ses som köp eller byte och stämpelskatt kan då uttas. Att stämpelskatt inte blir aktuell vid en partiell fission som bygger på en partiell delning kan vara ett område där omstruktureringsformen kan bli aktuell. Att vid en omstrukturering överföra en fastighet till ett annat bolag utan stämpelskatt för att sedan sälja andelarna skattefritt i enlighet med reglerna om näringsbetingat innehav kan vara ett lockande alternativ. Vid

fastighetsaffärer med tydligt avgränsade tillgångar finns det även möjlighet att lindra effekterna av betalningsansvaret i ABL genom en refinansiering av lånen, något som kan vara betydligt svårare vid andra typer av verksamheter.

De skattemässiga konsekvenserna av att inte uppfylla kraven på en partiell fission kan vara omfattande. Brister det i verksamhetsgrensrekvisitet blir effekterna inte så allvarliga utan transaktionen beskattas enligt vanliga regler med uttags- och utdelningsbeskattning. För de fall då marknadsmässighetsrekvisitet inte är uppfyllt blir dock följderna allvarliga. Reglerna om underprisöverlåtelser kan då bli tillämpliga och uppfyller man dessutom inte kravet på verksamhetsgren kan tillämpning av Sipano II bli aktuell. Detta innebär att aktieägarna blir dubbelt beskattade. Först för förfogandet vid överföringen av tillgångar och sedan för utdelningen.

Källförteckning

Författningar

SFS 1975:1132
SFS 1979:230
SFS 1984:404
SFS 1997:483
SFS 1998:1600
SFS 1999:1229
SFS 2005:551
SFS 2006:1422

Litteratur

Bernitz, U. och Kjellgren, A., Europarättens Grunder, Tredje upplagan., Nordstedts Juridik 2007.

Craig, P. och de Búrca, G., EU Law, Tredje upplagan, Oxford University Press 2003.

Dahlberg, M, Internationell beskattning, Andra upplagan, Studentlitteratur, 2007.

Håstad T, Sakrätt avseende lös egendom, Sjätte uppl. Norstedts Juridik 2000.

Höglund, M, Handelsbolag, Andra upplagan, Tholin & Larsson, 2003.

Lodin,S-O, Lindencrona, G, Meltz, P, Silfverberg, C, Inkomstskatt del 1, Tionde upplagan, Studentlitteratur, 2005.

Lodin,S-O, Lindencrona, G, Meltz, P, Silfverberg, C, Inkomstskatt del 2, Tionde upplagan, Studentlitteratur, 2005.

Påhlsson, R. Inledning till skatterätten, Tredje upplagan, Iustus förlag 2003

Ståhl, C., Fusionsdirektivet, Första upplagan, Iustus förlag 2005.

Wiman, B. Beskattning av företagsgrupper Norstedts Juridik AB, 2002.

Artiklar

Von Bahr, S, Skatteflykt i EG-rättslig belysning. Skattenytt 2007 s. 644-651.

Melbi, I, Slopåd Kapitalvinstbeskattning, Svensk Skattetidning 4/2003 s. 247-257.

Ståhl, C, EG-rätt och skatteflykt, Skattenytt 2007 s. 575-594.

Tivéus, U, Skattefrihet för utdelning och kapitalvinster på näringsbetingade andelar, Skattenytt 2003 s. 277-298.

Tivéus, U, Följändringar med anledning av ny aktiebolagslag m.m., Skattenytt 2006 s. 50-55.

Rättsfall

EGD

26/62 Van Gend en Loos

6/64 Costa mot ENEL

11/70 Internationale Handelsgesellschaft

41/74 Van Duyn

43/75 Defrenne

106/77 Simmenthal

148/78 Ratti

14/83 Von Colson

C-322/88 Grimaldi

C-106/89 Marleasing

C-91/92 Faccini Dori

C-334/92 Wagner-Miret

C-129/94 Wallonie

C-28/95 Leur Bloem

C-456/98 Centrosteeel

C-43/00 Andersen og Jensen

C-118/00 Larsy

C-397–403/01 Peifer

C-255/02 Halifax

C-196/04 Cadbury-Schweppes

Regeringsrätten

RÅ 1990 ref. 70

RÅ 1990 ref. 115

RÅ 1995 ref. 83

RÅ 2000 ref. 23

RÅ 2000 ref 40

RÅ 2004 ref 1

RÅ 2004 ref 137

Kammarrätten

Mål 622-05

Skatterättsnämnden

Skatterättsnämndens förhandsbesked den 21 maj 2007

Skatterättsnämndens förhandsbesked den 6 juli 2007

Förarbeten

Propositioner

Prop. 1953:28

Prop. 1990/91:167

Prop. 1998/99:15

Prop. 1999/00:23

Prop. 2002/03:96

Prop. 2004/05:85

Prop. 2006/07:2

Offentligt tryck

SOU 1998:1

SOU 2001:1

SOU 2001:11

SOU 2005:19

Skatteverket, Handledning för beskattning av inkomst och förmögenhet m.m. vid 2007 års taxering, Del III, SKV 336 utgåva 6, Fritzes förlag, 2007.

Direktiv

Rådets tredje direktiv 78/855/EEG av den 9 oktober 1978 grundat på artikel 54.3 g i fördraget om fusioner av aktiebolag

Rådets direktiv 82/891/EEG av den 17 december 1982 grundat på artikel 54.3 g i Romfördraget om delning av aktiebolag.

Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater

Rådets direktiv 2005/19/EG om ändring av direktiv 90/434/EEG om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/56/EG av den 26 oktober 2005 om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar.

Internetkällor

<http://www.skatteverket.se/rattsinformation/rattsfall2007/2007/rattssammanstallning200719.4.383cc9f31134f01c98a80005790.html#31.383cc9f31134f01c98a80006028>

Intervjuer

Intervju med Gordon Bäck och Joacim Brage, Skatteverket, 2007-11-01.