

Johanna Dufwa

Utländska investeringsfonder, svensk kupongskatt och EU-rätt

1 Bakgrund

Sedan den 1 januari 2012 är utländska investeringsfonder som utgör fondföretag enligt lagen om investeringsfonder (LIF) inte längre skattskyldiga till kupongskatt på utdelningar från svenska bolag, se 4 § st. 9 kupongskattelagen (KupL). Termen fondföretag tar sikte på utländska investeringsfonder som motsvarar svenska värdepappersfonder och specialfonder (gemensamt ”svenska investeringsfonder”) vad gäller placeringsinriktning, öppenhet och riskspridning.

Undantaget från skattskyldighet till kupongskatt infördes i samband med att beskattningen av svenska investeringsfonder avskaffades. Av fast praxis från EU-domstolen (EUD) framgår att en lättnad i den ekonomiska dubbelbeskattningen som endast gäller för i landet hemmahörande aktieägare kan utgöra en inskränkning av de fria rörligheterna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) som i princip är förbjuden. Enligt regeringen gick det inte att med klarhet avgöra om en lättnad i den ekonomiska dubbelbeskattningen skulle uppkomma för det fall beskattningen av svenska investeringsfonder togs bort och en schablonintäkt istället togs ut av andelsägarna. Regeringen konstaterade dock att det fanns

”en hel del som talade för att en skattskyldighet till kupongskatt skulle utgöra en inskränkning av etableringsfriheten eller den fria rörligheten för kapital om beskattningen av svenska investeringsfonder togs bort”.¹

Undantaget begränsades av ”kontrollskäl” till utländska fonder som motsvarar fondföretag enligt LIF och som hör hemma i en stat inom Euro-

¹ Prop. 2011/12:1 Budgetpropositionen för 2012, s. 409

peiska ekonomiska samarbetsområdet (EES), eller i en stat med vilken Sverige har ingått ett skatteavtal som innehåller en artikel om informationsutbyte eller ett avtal om informationsutbyte i skatteärenden.² Eftersom EU:s handräckningsdirektiv inte gäller mellan medlemsstaterna och tredje land kunde ett sådant krav enligt regeringen inte anses alltför långtgående. Varför undantaget begränsades till utländska investeringsfonder som utgör fondföretag enligt LIF utvecklades inte.

Syftet med denna artikel är dels att kommentera vilka fonder som kommer att omfattas av undantaget beaktat KupL:s ordalydelse och nyligen meddelad underrättspraxis, dels att kommentera bestämmelsens förenlighet med FEUF. Den EU-rättsliga bedömningen tar sikte på kravet att den utländska fonden ska investera i tillgångar som är tillåtna för en svensk investeringsfond och kravet på att fonden ska höra hemma i en stat som Sverige kan utbyta information i skatteärenden med, se vidare avsnitt 3.6 Tredjelandsaspekter.³

2 Skattskyldighet till kupongskatt enligt KupL

2.1 Allmänna kommentarer

Skattskyldighet till kupongskatt föreligger enligt 4 § KupL för *utdelningsberättigad utländsk juridisk person*. Med *utdelningsberättigad* avses enligt 2 § KupL den som är berättigad att lyfta utdelning för egen räkning vid utdelningstillfället.

Uttrycket *utländsk juridisk person* är inte definierat i KupL men anses ha samma innebörd i KupL som inkomstskattelagen (IL). Med utländsk juridisk person avses enligt 6 kap. 8 § IL en utländsk association om, enligt lagstiftningen i den stat där associationen hör hemma,

- den kan förvärva rättigheter och åta sig skyldigheter,
- den kan föra talan inför domstolar och andra myndigheter, och
- enskilda delägare inte fritt kan förfoga över associationens förmögenhetsmassa.

Av 27 § KupL framgår att om kupongskatt innehållits fastän skattskyldighet inte förelegat eller om kupongskatt innehållits med högre belopp

² A prop. s. 409

³ Det kan nämnas att det inte framgår av lagtext vilka tillgångar ett "fondföretag" får investera i. Denna aspekt kommer dock inte att kommenteras i denna artikel.

än vad som ska erläggas enligt avtal för undvikande av dubbelbeskattning, har den *utdelningsberättigade* rätt till återbetalning av vad som innehållits för mycket, se vidare nedan.

Som nämnts är utländska investeringsfonder som utgör *fondföretag* enligt LIF sedan den 1 januari 2012 inte längre skattskyldiga till kupongskatt på utdelningar från svenska bolag enligt 4 § st. 9 KupL.

2.2 Begreppet fondföretag

Med *fondföretag* avses enligt 1 kap. 1 § 8 p. LIF ett utländskt företag

- a) som i sitt hemland har tillstånd för verksamhet där det enda syftet är att göra kollektiva investeringar i sådana tillgångar som anges i 5 kap. 1 § andra stycket eller 6 kap. 2 § andra stycket, med kapital från allmänheten eller från en särskilt angiven och avgränsad krets investerare,
- b) som tillämpar principen om riskspridning, och
- c) vars andelar på begäran av innehavarna återköps eller inlöses med medel ur företagets tillgångar.

Begreppet fondföretag omfattar utländska *kontraktsrättsliga*, *associationsrättsliga* och *trustfonder*. En *kontraktsrättslig* fond utgör inte en självständig juridisk person. I regel är det andelsägarna som äger fondens tillgångar. Tillgångarna i fonden förvaltas av ett fondbolag och förvaras av ett särskilt förvaringsinstitut. Svenska investeringsfonder är organiserade på kontraktsrättslig grund. Luxemburgska FCP (Fonds Commun de Placement) kan nämnas som exempel på utländska fonder med kontraktsrättslig struktur.

Tillgångar i en *trustfond* ägs formellt av en trustee. Andelsägarna har dock fått den ekonomiska rätten till egendomen. Tillgångarna i en *trustfond* förvaras av trusteesn och förvaltas av ett utomstående fondbolag. Precis som kontraktsrättsliga fonder saknar *trustfonder* normalt rättskapacitet. *Trustfonder* är vanliga i Storbritannien och Irland.

Associationsrättsliga fonder är självständiga juridiska personer med rörligt aktiekapital. *Associationsrättsliga* fonder kan antingen vara självförvaltande eller förvaltas av ett utomstående fondbolag. Luxemburgska SICAV:er (Société d'Investissement à Capital Variable) och brittiska OEIC:s (Open-Ended Investment Companies) kan nämnas som exempel på *associationsrättsliga* fonder.

2.3 Kupongskatt på utdelningar till utländska fonder

2.3.1 *Allmänna kommentarer*

Kupongskatt ska innehållas på utdelningar till utdelningsberättigade utländska juridiska personer. Associationsrättsliga fonder utgör normalt utländska juridiska personer i KupL:s mening. Utländska kontraktsrättsliga fonder och trustfonder uppfyller i regel inte kraven för att klassificeras som utländska juridiska personer. Avgörande för beskattningen blir i dessa fall om fonden eller fondandelsägarna ska anses som utdelningsberättigad. Om fonden anses utdelningsberättigad saknas stöd i svensk intern rätt för att innehålla kupongskatt på utdelningar till fonden. Om fondandelsägarna anses utdelningsberättigade blir deras skattemässiga status avgörande för beskattningen.

2.3.2 *Begreppet utdelningsberättigad*

Enligt förarbetena till KupL avses med utdelningsberättigad den som på avstämningsdagen är införd i aktieboken eller förteckningen över andra utdelningsberättigade än aktieägare.⁴ Samtidigt konstateras att denna ordning är av civilrättslig karaktär. Att någon är införd i aktieboken utgör därför endast en presumtion när det gäller skattskyldigheten till kupongskatt.

Svenska investeringsfonder behandlas i princip som utdelningsberättigade ur ett inkomstskatterettsligt perspektiv. I samband med att beskattningen av svenska investeringsfonder avskaffades diskuterades om svenska investeringsfonder även fortsättningsvis skulle utgöra skattesubjekt enligt 2 kap. 3 § andra stycket IL. I prop. 2011/12:1 s. 401 konstaterar regeringen:

”Skulle 2 kap. 3 § andra stycket IL tas bort skulle fonderna varken vara juridiska personer eller skattesubjekt. Den situationen skulle kunna uppkomma att alla inkomster som i dag hanteras inom ramen för fondens beskattning skulle behöva fördelas på delägarna. En sålunda utformad beskattning skulle antagligen kräva synnerligen omfattande administration inte bara från fondernas sida utan också från både andelsägare och Skatteverket. Själva idén med investeringsfonder, det kollektiva ägandet, skulle riskera att gå förlorad. Det kan alltså inte komma i fråga att ta bort alla regler i IL om investeringsfonder.”

⁴ Prop. 1970:134 med förslag till kupongskatteförordningen m.m., s. 41 f.

Istället för att slopa samtliga bestämmelser om investeringsfonder i IL infördes mot denna bakgrund ett generellt undantag till inkomstskatt för inkomst av tillgångar som ingår i fonden nämligen 6 kap. 5 § IL.

2.3.3 Underrättspraxis

I början av år 2011 prövade Kammarrätten i Sundsvall (mål nr 1293-10 från 2011-03-02) om en luxemburgsk FCP hade rätt till återbetalning av kupongskatt som innehållits på utdelningar från svenska bolag. Enligt fonden saknades stöd för att innehålla kupongskatt då fonden inte uppfyllde kraven för att klassificeras som en utländsk juridisk person. Förvaltningsrätten i Falun delade denna bedömning men menade att fonden saknade rätt till återbetalning då den inte kunde anses som utdelningsberättigad; jfr 27 § KupL ovan. Istället menade förvaltningsrätten att det var upp till de enskilda delägarna att ansöka om återbetalning och följaktligen visa att rätt till återbetalning förelåg i deras enskilda fall. I sammanhanget kan nämnas att fonden inte omfattades av UCITS-direktivet.

Målet överklagades till Kammarrätten i Sundsvall som konstaterade att en FCP i princip är organiserad som en svensk kontraktsrättslig fond. Därmed kunde fonden inte anses som en utländsk juridisk person. Eftersom fonden inte kunde utgöra en utländsk juridisk person kunde den heller inte anses skattskyldig till den kupongskatt som innehållits. Frågan om fonden eller andelsägarna skulle anses utdelningsberättigade kommenterades inte särskilt. Fonden medgavs dock återbetalning. I domskälen konstaterar kammarrätten:

”Av utredningen i målet framgår att fonden i princip är organiserad som en svensk kontraktsrättslig fond. Fonden kan därför enligt kammarrättens mening inte anses vara en utländsk juridisk person (se RÅ 2009 not. 38). Eftersom fonden inte utgör en utländsk juridisk person är den inte heller skattskyldig för den kupongskatt som är aktuell i målet.”

Skatteverket överklagade målet till Högsta förvaltningsdomstolen som den 25 april 2012 avlog verkets begäran om prövningstillstånd (mål nr 2747-11).

I mitten av november 2011 medgav Förvaltningsrätten i Falun (mål nr 5839-10, 4408-4409-11 från 2011-11-11) återbetalning av kupongskatt som innehållits på utdelningar till två luxemburgska FCP. Med hänvisning till ovan refererade kammarrättsdom konstaterade förvaltningsrätten att utgångspunkten bör vara att en luxemburgsk FCP är att

betrakta som utdelningsberättigad. Förvaltningsrätten påpekade även att Skatteverket inte ifrågasatt att fonden var utdelningsberättigad avseende de aktuella utdelningarna. Förvaltningsrätten konstaterar i sina domskäl:

”Skatteverket har inte heller ifrågasatt att Fonden är utdelningsberättigad avseende i målen aktuella utdelningar. Vid sådant förhållande och med beaktande av Kammarrättens i Sundsvall avgörande i mål nr 1293-10 anser förvaltningsrätten att Fonden har rätt till återbetalning av aktuell kupongskatt.”

2.3.4 Vem ska anses utdelningsberättigad – fonden eller andelsägarna?

Av ovan refererade underrättspraxis följer att luxemburgska FCP normalt bör anses utdelningsberättigade trots att fonderna inte utgör självständiga juridiska personer. Det kan tyckas något märkligt att en enhet som inte utgör en självständig juridisk person kan lyfta utdelning för ”egen räkning”. Även svenska investeringsfonder behandlas dock som utdelningsberättigade ur ett skatterättsligt perspektiv trots att de inte utgör självständiga juridiska personer.

Mot bakgrund av ovan kan det antas att en utländsk kontraktsrättslig fond som uppvisar större likheter med en svensk investeringsfond än ett enkelt bolag ska anses utdelningsberättigad trots att den inte utgör en självständig juridisk person. På vilka grunder jämförbarhetsbedömningen ska baseras kan dock diskuteras. En lösning kunde vara att behandla de utländska investeringsfonder utgör fondföretag enligt LIF som utdelningsberättigade. Mycket talar dock för att denna jämförelse är för snäv från ett EU-rättsligt perspektiv, se vidare nedan. Det kan vidare noteras att den luxemburgska fonden i målet från Kammarrätten i Sundsvall inte omfattades av UCITS-direktivet. Möjligen talar detta för att jämförbarheten snarare bör bedömas mot bakgrund av fonden som sparform och fondsparandets organisation. Sparandet i en investeringsform inleds, till skillnad mot bildandet av ett enkelt bolag, genom köp av instrument/andelar som utfärdas av fonden. Värdet på dessa instrument/andelar beror i sin tur på marknadsvärdet av de tillgångar som finns i fonden. Som utmärkande för fondsparandets organisation kan nämnas att ägande, förvaltning och förvaring är fördelat på olika subjekt och att verksamheten normalt är tillståndspliktig.

2.4 Sammanfattning

Mot bakgrund av KupL:s ordalydelse och underrättspraxis kan det ifrågasättas om det finns något stöd i intern rätt för att beskatta utdelningar till utländska kontraktsrättsliga fonder. För att utdelningar till dessa fonder ska undantas från kupongskatt skulle det beaktat målet från Kammarrätten i Sundsvall avseende luxemburgska FCP inte krävas att fonden utgör ett fondföretag enligt LIF och hör hemma inom EES etc. Möjligen skulle samma princip kunna tillämpas på trustfonder som inte utgör juridiska personer. Om det är så skulle det nya undantaget till kupongskatt endast vara relevant för utländska associationsrättsliga fonder som t.ex. luxemburgska SICAV:er och brittiska OEIC:s.

3 EU-rättsliga aspekter

3.1 Inledande kommentarer

Utländska investeringsfonder som inte motsvarar svenska investeringsfonder vad gäller placeringsinriktning, öppenhet och riskspridning kommer inte att omfattas av undantaget i 4 § 9 st. KupL. Mot bakgrund av ovan refererade underrättspraxis finns dock mycket som talar för att undantaget endast blir relevant för utländska associationsrättsliga fonder.

Syftet med detta avsnitt är att utreda om det är förenligt med FEUF att innehålla kupongskatt på utdelningar till en utländsk associationsrättslig fond (i det följande ”fonden”) som inte utgör ett fondföretag enligt LIF därför att den bl.a. gör direkta fastighetsinvesteringar (dvs. investerar i tillgångar som inte är tillåtna för en svensk investeringsfond). Slutligen kommer kravet på fonden ska höra hemma i en stat som Sverige kan utbyta information i skatteärenden med att kommenteras.

3.2 Kort om prövningen av nationella reglers förenlighet med FEUF

För att avgöra om innehållandet av kupongskatt utgör en otillåten inskränkning av FEUF måste följande frågor besvaras:

- utgör innehållandet av kupongskatt en restriktion av FEUF?
- befinner sig fonden och en svensk investeringsfond alternativt ett svenskt aktiebolag i en objektivt jämförbar situation?

- kan innehållandet av kupongskatt rättfärdigas och i så fall är inskränkningen proportionerlig?

Det bör noteras att frågorna i vissa avseenden överlappar varandra. Frågan om innehållandet av kupongskatt utgör en restriktion av FEUF är delvis kopplad till frågan om fonden befinner sig i en objektivt jämförbar situation med svenska investeringsfonder. Vidare följer av EUD:s praxis att både jämförbarhet och rättfärdigandegrunder ska prövas med hänsyn till det ändamål som eftersträvas med de nationella reglerna. Som en följd därav kommer även dessa bedömningar i viss mån att sammanfalla.

3.3 Utgör innehållandet av kupongskatt en restriktion av FEUF?

3.3.1 *Etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital*

Med *etableringsfrihet* avses enligt artikel 49 FEUF rätten att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätten att bilda och driva företag, på samma villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för sina egna medborgare. Av praxis från EUD framgår vidare att en medborgare som investerat kapital i ett bolag med hemvist i en annan medlemsstat och som därigenom har fått ett betydande inflytande över bolagets beslut och kan bestämma över bolagets verksamhet ska anses utnyttja sin etableringsfrihet.

Enligt artikel 63 FEUF ska alla restriktioner för *kapitalrörelser* mellan medlemsstater samt mellan medlemsstater och tredje land vara förbjudna. Med restriktioner avses både diskriminerande och icke-diskriminerande restriktioner. En restriktion kan vara både utåt- och inåtriktad. En utåtriktad restriktion kan avskräcka personer som är obegränsat skattskyldiga i en medlemsstat från att investera sitt kapital i bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat. En inåtriktad restriktion kan göra det svårare för bolag med hemvist i en medlemsstat från att anskaffa kapital i en annan medlemsstat.⁵

När det gäller beskattning av utdelningsinkomster kan både etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital aktualiseras. Nationella bestämmelser som endast träffar innehav som ger andelägaren ett bestämmande inflytande över det utdelande bolaget har i praxis prövats mot etableringsfriheten. Nationella bestämmelser som tar sikte på alla typer av innehav kan

⁵ Se t.ex. mål C-35/98 Verkooijen, p. 34–35.

i princip prövas mot båda friheterna. Vilken betydelse innehavets storlek i det enskilda fallet har för valet av tillämplig fördragsfrihet kommer att prövas av EUD i det pågående målet C-35/11 *FII*. Det kan tilläggas att valet av frihet endast får betydelse om fonden är etablerad i tredje land, se vidare avsnitt 3.6 Tredjelandsaspekter.

3.3.2 Svensk intern rätt i förhållande till EUD:s praxis

Eftersom fonden, enligt antagandena ovan, beskattas för utdelningar från svenska bolag samtidigt som svenska investeringsfonder inte beskattas för mottagen utdelning kan det på goda grunder hävdas att innehållandet av kupongskatt utgör en restriktion av FEUF. I princip kan både etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital aktualiseras då de svenska reglerna tillämpas oavsett innehavets storlek. Möjligen ska reglerna endast prövas mot etableringsfriheten om fonden har ett bestämmande inflytande över det utdelande bolaget. Om fonden däremot saknar ett bestämmande inflytande ska bedömningen endast göras mot den fria rörligheten för kapital.

3.4 Befinner sig en utländsk fond och en svensk investeringsfond alternativt ett svenskt aktiebolag i en objektivt jämförbar situation?

3.4.1 Allmänt om jämförbarhetsbedömningen i EUD:s praxis

EUD har i ett flertal mål poängterat att i landet hemmahörande aktieägare som tar emot utdelning inte nödvändigtvis befinner sig i en situation som är jämförbar med den situation som en aktieägare med hemvist i utlandet befinner sig i. EUD har dock i bl.a. C-379/05 *Amurta* p. 38, C-303/07 *Aberdeen* p. 43 och C-487/08 *Kommissionen mot Spanien* p. 51 framhållit att:

”från den tidpunkt då en medlemsstat ensidigt eller i avtal föreskriver att inte bara i landet hemmahörande aktieägare utan även i landet ej hemmahörande aktieägare ska erlägga inkomstskatt på utdelningar som de erhåller från ett i landet hemmahörande bolag närmar sig situationen för dessa i landet ej hemmahörande aktieägare den situation som gäller för i landet hemmahörande aktieägare.”

Vidare har EUD i *Aberdeen* p. 44 (se även *Amurta* p. 39, och *Kommissionen mot Spanien* p. 52 för liknande resonemang) konstaterat att:

”när en medlemsstat har valt att undanta i landet hemmahörande bolag från en kedjebeskattnings av utdelning som lämnas av ett i landet hemmahörande bolag, måste den följaktligen utsträcka detta undantag till att även omfatta i landet ej hemmahörande moderbolag som befinner sig i en objektivt jämförbar situation, eftersom en motsvarande skatt påförs dessa i landet ej hemmahörande bolag när medlemsstaten utövar sin beskattningsrätt på dem.”

Enligt domstolen är det nämligen (se *Amurta* p. 39)

”uteslutande på grund av att källstaten utövar sin beskattningsrätt och oberoende av beskattningen i en annan medlemsstat som det uppstår risk för kedjebeskattnings eller ekonomisk dubbelbeskattnings.”

Av praxis från EUD framgår vidare att jämförbarhetsprövningen ska ske med beaktande av de aktuella reglernas syfte. För att de nationella reglerna ska kunna rättfärdigas på denna grund måste alltså skillnaden i situation motivera skillnaden i behandling.

Medlemsstaterna har i flera fall försökt rättfärdiga skillnaden i behandling av inhemska och utländska fonder med hänvisning till fondandelsägarnas skattesituation, se vidare nedan. Avsikten med följande avsnitt är att bedöma vilken betydelse fondandelsägarnas skattesituation och fondens placeringsriktning har för jämförbarhetsbedömningen.

3.4.2 *Betydelsen av fondandelsägarnas skattesituation*

3.4.2.1 Beskattnings av investeringsfonder och fondandelsägare enligt svensk intern rätt

Svenska investeringsfonder var fram till den 1 januari 2012 skattskyldiga för mottagen utdelning. I praktiken betalade dock inte fonderna någon skatt eftersom de hade rätt till avdrag för lämnad utdelning. Syftet bakom dessa särregler var att undanröja beskattningen i det mellanledet fonden utgör så att skatt endast tas ut i två led.⁶ Beskattnings av svenska investeringsfonder avskaffades med anledning av att UCITS IV-direktivet trädde i kraft. Direktivet möjliggör skattefri utflyttning av svenska investeringsfonder genom exempelvis sammanläggning vilket regeringen

⁶ Prop. 2001/02:1 Budgetpropositionen för 2002, s. 194 f.

befarade skulle leda till att svenska fonder flyttade sin verksamhet till länder med gynnsammare beskattning.

Som en följd av den slopade skattskyldigheten antogs utdelningarna från svenska investeringsfonder upphöra. För att kompensera detta skattebortfall infördes en schablonbeskattning av obegränsat skattskyldiga andelsägare i svenska investeringsfonder och utländska motsvarigheter. Det kan noteras att vissa skattesubjekt inte omfattas av reglerna om schablonintäkt. Exempelvis är allmännyttiga stiftelser, registrerade trossamfund och livförsäkringsföretag inte skyldiga att ta upp någon schablonintäkt. Vidare är begränsat skattskyldiga andelsägare i svenska investeringsfonder inte skyldiga att ta upp någon schablonintäkt.

Frågan om vilka utländska fonder som ska anses motsvara svenska investeringsfonder kommenterades inte i förarbetena utan lämnades till rättstillämpningen. Det kan dock antas att jämförbarhetsbedömningen i praktiken kommer att motsvara den som ska göras enligt 4 § st. 9 KupL. Mot denna bakgrund kan det antas att obegränsat skattskyldiga andelsägare i utländska fonder som inte uppfyller kravet på placeringsinriktning i LIF, inte är skyldiga att ta upp någon schablonintäkt på sina fondandelar.

3.4.2.2 De förenade målen C-338/11 – C-347/11 *Santander*

I *Santander* prövades bl.a. om situationen för andelsägarna ska beaktas tillsammans med situationen för fondföretagen vid jämförbarhetsbedömningen. Enligt fransk intern rätt innehölls källskatt på utdelningar till fondföretag utan hemvist i Frankrike (utländska fondföretag). Utdelningar till fondföretag med hemvist i Frankrike (franska fondföretag) var inte föremål för någon motsvarande beskattning. Mot denna bakgrund yrkade fondföretag med hemvist i Spanien (mål C-338/11 och C-339/11), Tyskland (mål C-340/11, C-341/11, C-343/11 och C-347/11), Belgien (mål C-342/11 och C-346/11) och USA (mål C-344/11 och C-345/11) återbetalning av fransk källskatt som, enligt fondföretagens mening, tagits ut i strid med den fria rörligheten för kapital. Den hänskjutande domstolen ville mot denna bakgrund bl.a. veta om situationen för andelsägarna skulle beaktas tillsammans med situationen för fondföretagen vid jämförbarhetsbedömningen.

EUD konstaterade inledningsvis att ”endast de relevanta åtskillnadskriterier som anges i den nationella lagstiftningen” ska beaktas vid jämförbarhetsbedömningen. EU-domstolen påpekade därefter att den skattefrihet som gäller för franska fondföretag enligt den aktuella lagstiftningen inte förutsätter att de utdelade inkomsterna beskattas hos andelsägarna

(p. 30). EU-domstolen framhöll även att utdelningar till vidareutdelande utländska fondföretag beskattas oberoende av den skattemässiga situationen för andelsägaren. Med hänsyn till att skillnaden i behandling utslutande baserades på var fondföretagen hade sitt hemvist konstaterade EU-domstolen att fondandelsägarnas skattesituation saknade betydelse för jämförbarhetsbedömningen.

3.4.2.3 Svensk intern rätt i förhållande till EUD:s praxis

Vad gäller de svenska reglerna kan det konstateras att skattefriheten för svenska investeringsfonder inte är villkorad av att fondandelsägarna schablonbeskattas. Därmed följer bl.a. av *Santander* att jämförbarhetsbedömningen endast ske på den nivå som fonden befinner sig i.⁷ Att fondens andelsägare inte är skyldiga att ta upp någon schablonintäkt i Sverige saknar därmed betydelse för jämförbarhetsbedömningen.

3.4.3 *Betydelsen av fondens placeringsinriktning*

3.4.3.1 Fastigheter som placeringstillgång för svenska investeringsfonder

Reglerna om placeringsinriktning syftar till att säkerställa en sund risk-spridning och en likviditet som gör det möjligt för fondandelsägarna att få sina andelar inlösta när de önskar. I samband med införandet av LIF diskuterades om fastigheter var lämpliga som placeringstillgång för specialfonder. I prop. 2002/03:150⁸ konstaterar regeringen:

”Några principiella hinder mot att specialfonder skulle få investera i fastigheter har utredningen inte funnit. Fastigheter som placeringstillgång är enligt utredningen en sparform som har många av de egenskaper som värdepapper har. Ett sådant förslag skulle också kunna gynna fastighetsmarknaden. Utredningen har emellertid gjort bedömningen att skatteproblematiken är en avgörande fråga. Att närmare ange lösningar på dessa problem har dock legat utanför utredningens mandat. Enligt utredningen skulle fastighetsfonder fordra relativt omfattande förändringar av fondlagstiftningen, såvitt avser inte bara den grundläggande juridiska konstruktionen utan också avseende placeringsbestämmelser m.m. Utredningen gör bedömningen att det med hänsyn till skatteproblematiken för närvarande saknas tillräckliga skäl att göra sådana förändringar i fondlagstiftningen och i annan lagstift-

⁷ Se C-338/11-C-347/11 *Santander* p. 27

⁸ Prop. 2002/03:150 En ny lag om investeringsfonder, s. 249

ning som skulle fordras för att införa fastighetsfonder. Vi anser i likhet med utredningen att fastighetsfonder skulle kräva omfattande förändringar av både fondlagstiftning och skattelagstiftning. Enligt vår mening saknas skäl att utreda frågan närmare.”

Med ”skatteproblematiken” avsågs bland annat behovet av att skapa neutralitet mellan direkt och indirekt fastighetsägande samt behovet av att skapa neutralitet mellan investeringar i värdepappersfonder och ”fastighetsfonder”.⁹

3.4.3.2 Mål C-303/07 *Aberdeen*

I *Aberdeen* prövades om Finland hade rätt att innehålla källskatt på utdelningar till en luxemburgsk fastighetsfond. Nordic Fund SICAV, en luxemburgsk associationsrättslig fond, hade för avsikt att investera i den finländska fastighetsmarknaden genom ett helägt dotterbolag, Fininvest Alpha OY (Alpha). Nordic Fund SICAV kunde även komma att göra direkta fastighetsinvesteringar.

Enligt finländsk rätt skulle utdelningar från Alpha till Nordic Fund SICAV beläggas med källskatt om 28 procent. Om utdelningar istället lämnats till ett finländskt aktiebolag motsvarande en SICAV eller en finländsk placeringsfond hade utdelningen varken varit föremål för källskatt eller inkomstskatt hos mottagaren. Enligt Alpha utgjorde denna skillnad i behandling en inskränkning av etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital som inte kunde rättfärdigas.

Den finländska regeringen menade att det inte förelåg någon otillåten skillnad i behandling då Nordic Fund SICAV befann sig i en situation som objektivt sett var annorlunda den situation som gällde för i Finland hemmahörande aktiebolag och placeringsfonder. Vad gäller jämförbarheten mellan en luxemburgsk SICAV och ett finländskt aktiebolag, framhöll den finländska regeringen att det i finländsk rätt inte existerade någon bolagsform som var identisk med luxemburgska SICAV:er och att SICAV:er till skillnad från finländska aktiebolag inte beskattades för sina inkomster. Angående jämförbarheten mellan Nordic Fund SICAV och finländska placeringsfonder framhöll den finländska regeringen bland annat att den nationella lagstiftningen under den aktuella perioden innehöll ett förbud för skattebefriade placeringsfonder att investera i fastigheter.

⁹ SOU 2002:56 Investeringsfonder förslag till ny lag, s. 443–446

Att det i finländsk rätt inte existerade någon bolagsform som var identisk med luxemburgska SICAV:er kunde enligt EUD inte i sig rättfärdiga en skillnad i behandling, eftersom

”detta, i avsaknad av en fullständig harmonisering på gemenskapsnivå av medlemsstaternas associationsrätt, skulle leda till att etableringsfriheten helt mister sin ändamålsenliga verkan”.

EUD påpekade även att den finländska regeringen inte angett varför den skattemässiga behandlingen av övriga typer av inkomst i bolag med hemvist i Finland och beskattningen av SICAV, enligt luxemburgsk intern rätt skulle ha betydelse för jämförbarheten när det gäller befrielsen från skyldighet att innehålla källskatt på lämnad utdelning (p. 53).

Sammanfattningsvis konstaterade EUD att de skillnader mellan luxemburgska SICAV:er och finländska aktiebolag som åberopats av den finländska regeringen inte räckte för att påvisa en objektiv skillnad i situation. Därmed saknades enligt EUD skäl att pröva om luxemburgska SICAV:er och finländska placeringsfonder befann sig i en objektivt jämförbar situation.

3.4.3.3 Svensk intern rätt i förhållande till EUD:s praxis

I *Aberdeen* konstaterar EUD att mottagarens rättsliga form och beskattning enligt utländsk intern rätt saknar betydelse för jämförbarheten när det gäller beskattning av utdelningsinkomster. Vidare framgår att beskattningen av i landet hemmahörande aktieägare för andra typer av inkomster saknar betydelse när det gäller befrielsen från skyldighet att innehålla källskatt på lämnad utdelning.

Att utländska fonder har möjlighet att investera i fastigheter för att den utländska fondlagstiftningen och skatterätten medger det bör mot bakgrund av *Aberdeen* inte påverka jämförbarheten när det gäller möjligheten att innehålla kupongskatt på utdelningar till fonden. Liknande resonemang kan antagligen göras gällande i förhållande till andra tillgångsslag. Som EUD framhåller i *Aberdeen* skulle ett krav på fullständig identitet sannolikt innebära att FEUF miste sin ändamålsenliga verkan.

I sammanhanget bör även noteras att EUD i *Aberdeen* valde att jämföra Nordic Fund SICAV med ett finländskt aktiebolag. Vad gäller utländska associationsrättsliga fonder ligger det därför nära till hands att jämföra dem med svenska aktiebolag. Ett svenskt aktiebolag kan under vissa förutsättningar ta emot utdelningar skattefritt enligt reglerna om näringsbetingade andelar.

3.5 Kan skillnaden i behandling rättfärdigas av kontrollskäl, och i så fall, är den proportionerlig?

3.5.1 Allmänt om rättfärdigandebedömningen

För att en inskränkning ska anses motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset måste den aktuella bestämmelsen vara ägnad att säkerställa att det eftersträvade ändmålet uppnås och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta ändamål.¹⁰ Som stöd för att rättfärdiga innehållande av kupongskatt har medlemsstaterna bl.a. anført att de nationella reglerna är motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset då de syftar till att upprätthålla skattesystemets inre sammanhang. Vad gäller undantaget i 4 § st. 9 KupL kunde eventuella inskränkningar av FEUF enligt regeringen motiveras av kontrollskäl, jfr ovan.

3.5.2 Skattesystemets inre sammanhang

När det gäller möjligheten att rättfärdiga inskränkande regler med hänvisning till behovet av att upprätthålla skattesystemets inre sammanhang har EUD bl.a. i *Aberdeen* och *Santander* framhållit att det enligt fast praxis följer att det ska finnas ett direkt samband mellan den berörda skattefördelen och compensationen.

I *Santander* konstaterade EUD att undantaget från innehållande av källskatt på utdelningar till franska fondföretag (skattefördelen) inte förutsatte att utdelning från fonden beskattades i Frankrike (kompensationen). Den franska källskatten kunde därför inte rättfärdigas med hänvisning till behovet av att upprätthålla det franska skattesystemets inre sammanhang.

3.5.3 Kontrollskäl

Möjligheten att rättfärdiga en skillnad i behandling av kontrollskäl har kommenterats av EUD i bland annat mål C-493/09 *Kommissionen mot Portugal*. Enligt portugisisk rätt var utdelningar från portugisiska bolag till pensionsfonder med hemvist i Portugal skattefria, under förutsättning att utdelning lämnats på andelar som innehafts av fonden under en minimiperiod om ett år. Utdelningar till pensionsfonder med hemvist i utlandet beskattades med 20 procent oavsett innehavstid.

¹⁰ Se t.ex. C-470/04 N p. 40

Enligt Portugal kunde denna skillnad i behandling bl.a. motiveras med hänvisning till behovet av att upprätthålla en effektiv kontroll av de krav som portugisiska pensionsfonder skulle uppfylla för att omfattas av undantaget från inkomstskatt. Portugal framhöll i denna del att pensionsfonder med hemvist i Portugal inte bara omfattades av

”de särskilt stränga krav avseende aktsamhet och skydd för investerarna som följer av Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/41/EG av den 3 juni 2003 om verksamhet i och tillsyn över tjänstepensionsinstitut (EUT L 235, s. 10), utan även av kompletterande villkor enligt portugisisk rätt, i synnerhet i fråga om ekonomiskt ansvar.”

Enligt Kommissionen syftade skillnaden i behandling endast till att begränsa skattefriheten till pensionsfonder med hemvist i landet, utan att ge utländska pensionsfonder möjlighet att bevisa att de gav likvärdiga garantier som de portugisiska pensionsfonderna.

Vad gäller möjligheten att rättfärdiga skillnaden i behandling av kontrollskäl konstaterade EUD att nationella bestämmelser som utgör ett absolut hinder för en pensionsfond att visa att den uppfyller de krav som skulle göra det möjligt för fonden att omfattas av undantaget från inkomstskatt, om den hade hemvist i Portugal, inte kan rättfärdigas med hänsyn till behovet av att upprätthålla en effektiv skattekontroll.

EUD framhöll vidare att de utländska fonderna i princip skulle kunna tillhandahålla underlag, som gör det möjligt för de portugisiska skattemyndigheterna att kontrollera om de i hemviststaten uppfyller krav som motsvarar de krav som föreskrivs i den portugisiska lagstiftningen. Vad gäller möjligheten att erhålla information och driva in fordringar hos fonder med hemvist inom EU hänvisade EUD även till rådets direktiv 77/799/EEG av den 19 december 1977 om ömsesidigt bistånd av medlemsstaternas behöriga myndigheter på direktbeskattningens område och rådets direktiv 2008/55/EG av den 26 maj 2008 om ömsesidigt bistånd för indrivning av fordringar som har avseende på vissa avgifter, tullar, skatter. EUD framhöll även att en mindre ingripande åtgärd exempelvis vore att på förhand begära säkerhet för betalning av eventuella skulder.

3.5.4 Svensk intern rätt i förhållande till EUD:s praxis

Eftersom skattefriheten för svenska investeringsfonder inte villkoras av en motsvarande beskattning av fondandelsägarna kan skillnaden i behandling sannolikt inte rättfärdigas med hänvisning till behovet av att upprätthålla skattesystemets inre sammanhang.

Vad gäller möjligheten att rättsfärdiga en skillnad i behandling av kontrollskäl framgår av EUD:s bedömning i *Kommissionen mot Portugal* att medlemsstaterna får kräva att utländska fonder uppfyller motsvarande krav som inhemska fonder måste uppfylla för att medges undantag från källskatt. För att de nationella reglerna ska kunna rättfärdigas på denna grund får dock antas att kraven som ska uppfyllas är relevanta för jämförbarhetsbedömningen eller kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Behovet av att upprätthålla en effektiv kontroll kan inte i sig rättfärdiga en inskränkning.

Som framgått ovan kan det ifrågasättas om kravet på placeringsinriktning, åtminstone vad gäller direkta fastighetsinvesteringar, kan motivera en skillnad i behandling beaktat de svenska reglernas ändamål. Mot denna bakgrund kan det på goda grunder hävdas att de svenska reglerna är oförenligt med FEUF i detta avseende.

3.6 Tredjelandsaspekter

3.6.1 Förhållandet mellan etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital

Den fria rörligheten för kapital gäller, till skillnad från etableringsfriheten, även i förhållande till tredje land. Bestämmelsens tillämplighet i en tredjelandssituation begränsas dock genom artikel 64 FEUF, den s.k. standstill-klausulen. Enligt standstill-klausulen får medlemsstaterna tillämpa inskränkande regler som var i kraft den 31 december 1993 i förhållande till tredje land. Det bör dock noteras att standstill-klausulen inte omfattar mindre innehav s.k. portföljinvesteringar.¹¹

Eftersom Sverige beskattade utdelningar till utländska fonder den 31 december 1993 kommer fonder med hemvist i tredje land som har ett bestämmande inflytande i det utdelande bolaget sannolikt att sakna rätt till likabehandling på EU-rättslig grund. I detta avseende spelar det alltså ingen roll om EUD i *FII* konstaterar att den fria rörligheten för kapital

¹¹ Se exv. målen C-446/04 *Test Claimants* och C-436/08 *Haribo* särskilt p. 137.

kan tillämpas på investeringsfonder etablerade i tredje land som har ett bestämmande inflytande i det utdelande bolaget.

Vad gäller investeringsfonder, etablerade i tredje land, som inte har ett bestämmande inflytande över de bolag de investerat i kan innehållandet av kupongskatt i princip utgöra en otillåten inskränkning av den fria rörligheten för kapital. Vidare bör det återigen noteras att kontraktsrättsliga fonder och trustfonder med hemvist i tredje land, oavsett innehavets storlek, sannolikt kan kräva återbetalning på internrättslig grund, jämför avsnitt 2 Skattskyldighet till kupongskatt enligt KupL.

3.6.2 Möjligheten att rättfärdiga inskränkande bestämmelser i förhållande till tredje land

Medlemsstaterna har i ett flertal mål hävdade att den fria rörligheten för kapital ska ges en snävare innebörd i förhållande till tredje land då det inte finns någon garanterad ömsesidighet. Av *Haribo* framgår dock att bristande ömsesidighet inte i sig kan rättfärdiga en inskränkning i förhållande till tredje land. Även när det gäller tredjelandssituationer måste alltså medlemsstaterna påvisa relevanta rättfärdigande grunder.

Vid införandet av 4 § st. 9 KupL konstaterades att det var nödvändigt att begränsa undantaget till fonder med hemvist i länder som Sverige kan utbyta information i skatteärenden med. Att denna rättfärdigande grund i princip kan motivera en inskränkande bestämmelse framgår bl.a. av *Haribo*. Som nämnts bör dock en förutsättning vara att det som ska kontrolleras är relevant för jämförbarhets- och rättfärdigandebedömningen. Det finns inget stöd för att göra en annan tolkning i förhållande till tredje land. Därmed kan det på goda grunder hävdas att det saknas stöd för att rättfärdiga en skillnad i behandling med hänvisning till behovet av att säkerställa att effektiv skattekontroll om avsikten är att kontrollera att fonden inte gör direkta fastighetsinvesteringar.

4 Avslutande kommentar

Skattskyldighet till kupongskatt föreligger för utdelningsberättigad utländsk juridisk person. Av underrättspraxis framgår att luxemburgska FCP kan anses utdelningsberättigade trots att fonderna, i likhet med svenska investeringsfonder inte utgör självständiga juridiska personer. Mot denna bakgrund kan det ifrågasättas om det finns något stöd i svensk intern rätt för att beskatta utdelningar till utländska kontraktsrättsliga fonder och

möjliga trustfonder. Undantaget i 4 § st. 9 KupL skulle som en följd därav endast vara relevant för utländska associationsrättsliga fonder.

Vad gäller bestämmelsens förenlighet med FEUF kan kravet på placeringsinriktning, åtminstone vad gäller direkta fastighetsinvesteringar, ifrågasättas mot bakgrund av bl.a. *Aberdeen*. Kravet på placeringsinriktning i 4 § st. 9 KupL blir särskilt märkligt då utländska kontraktsrättsliga fonder och trustfonder troligen kan ta emot utdelning skattefritt oavsett placeringsinriktning, jfr ovan.

För att undvika en konflikt med FEUF och skapa en neutral behandling av olika fondtyper bör möjligheten att avskaffa kravet på placeringsinriktning utredas. I detta avseende finns inget stöd för att behandla fonder med hemvist i tredje land mindre förmånligt. Det kan dock noteras att fonder med hemvist i tredje land som har ett bestämmande inflytande i det utdelande bolaget sannolikt saknar rätt till likabehandling på EU-rättslig grund.

