

HFD 2018 ref. 61

Fråga om tillämpning av undantaget från kapitalvinstbeskattning vid fusion mellan fonder när utländska alternativa investeringsfonder fusioneras. Förhandsbesked om inkomstskatt.

48 kap. 18 § inkomstskattelagen (1999:1229)

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 30 oktober 2018 följande dom (mål nr 457-18).

Bakgrund

På inkomstbeskattningens område finns bestämmelser om fusion av värdepappersfonder och specialfonder som innebär att en kapitalvinst inte ska tas upp hos fondens andelsägare när sådana fonder fusioneras.

D.T. är andelsägare i den i Luxemburg etablerade Carnegie Fund of Funds International (FOFI) som är en delfond till Carnegie Fund II.

D.T. ansökte om förhandsbesked hos Skatterättsnämnden för att få veta om en sammanläggning av FOFI med en delfond (Carnegie Wealth delfond) till den i Luxemburg etablerade Carnegie Wealth Management Fund SICAV (Carnegie Wealth) skulle leda till att han ska ta upp en kapitalvinst (fråga 1). Om en kapitalvinst ska tas upp enligt den svenska lagstiftningen ville han också veta om en sådan beskattning är förenlig med EU-rätten (fråga 2).

Av lämnade förutsättningar framgår följande.

FOFI omfattas inte av det s.k. UCITS-direktivet (2009/65/EG) utan är en s.k. alternativ investeringsfond. Den är en kontraktsrättslig fond och motsvarar en svensk specialfond vid tillämpningen av bestämmelserna i 42 kap. 43 och 44 §§ inkomstskattelagen (1999:1229), IL, om schablonintäkt för fondandelsägare.

Carnegie Wealth delfond är en associationsrättslig fond. Om fonden hade varit kontraktsrättslig hade den motsvarat en svensk specialfond. En sammanläggning planeras av FOFI och Carnegie Wealth delfond som enligt lagstiftningen i Luxemburg i allt väsentligt motsvarar en fusion och som innebär att tillgångarna och skulderna i FOFI förs över till Carnegie Wealth delfond varefter FOFI upplöses. Andelsägarnas ekonomiska rättigheter och skyldigheter påverkas inte på annat sätt än att de kommer att äga andelar i en delfond tillhörig Carnegie Wealth i stället för en delfond tillhörig Carnegie Fund II.

Skatterättsnämnden fann att sammanläggningen medför att D.T. ska ta upp en kapitalvinst till beskattning och att detta inte strider mot EU-rätten.

Yrkanden m.m.

D.T. yrkar att förhandsbeskedet ska ändras på så sätt att han inte ska ta upp en kapitalvinst när tillgångarna och skulderna i FOFI förs över till Carnegie Wealth delfond eftersom det skulle strida mot EU-rätten.

Skatteverket yrkar att förhandsbeskedet ska fastställas.

Skälen för avgörandet

Frågor i målet

En fråga i målet är om undantaget från kapitalvinstbeskattning vid fusioner är tillämpligt när en utländsk fond som motsvarar en svensk specialfond fusioneras med en utländsk alternativ investeringsfond som är en juridisk person. Om undantaget inte är tillämpligt uppkommer frågan om det är förenligt med EU-rätten att en kapitalvinst ska tas upp av andelsägarna i den överlåtande fonden vid en sådan fusion.

Rättslig reglering

Av 4 kap. 1 § lagen (2004:46) om värdepappersfonder och 12 kap. 1 § lagen (2013:561) om förvaltare av alternativa investeringsfonder följer att värdepappersfonder och specialfonder inte är juridiska personer. Dessa fonder är bildade på kontraktsrättslig grund.

Lagen om värdepappersfonder genomför direktivet om samordning av lagar och andra författningar som avser företag för kollektiva investeringar i överlåtbara värdepapper (fondföretag), UCITS-direktivet. Bestämmelserna om värdepappersfonder är således harmoniserade på EU-nivå.

En specialfond är en alternativ investeringsfond enligt definitionen i direktivet om förvaltare av alternativa investeringsfonder, AIFM-direktivet (2011/61/EU).

Direktivet syftar till att harmonisera bestämmelserna om förvaltare av alternativa investeringsfonder. Direktivet reglerar dock inte alternativa investeringsfonder som sådana. AIFM-direktivet har genomförts genom lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder.

Av 12 kap. 16 § lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder följer att specialfonder får läggas samman eller fusioneras. Vid fusion ska reglerna i bl.a. 8 kap. 1 § lagen om värdepappersfonder tillämpas vilket innebär att samtliga tillgångar

och skulder i en fond överförs till en annan fond mot vederlag till andelsägarna i den eller de överlåtande fonderna (fusion). En överlåtande fond upplöses vid fusionen.

Av 48 kap. 18 § första stycket IL framgår att fusioner av värdepappersfonder enligt 8 kap. 1 § lagen om värdepappersfonder eller specialfonder enligt 12 kap. 16 § lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder inte ska leda till att kapitalvinster tas upp hos andelsägarna. Enligt fjärde stycket omfattas utländska värdepappersfonder, när respektive fond hör hemma i en stat inom EES om fusionen eller den gränsöverskridande fusionen har skett i enlighet med lagstiftningen i berörd stat.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Inledningsvis har Högsta förvaltningsdomstolen att ta ställning till om undantaget från beskattning i 48 kap. 18 § IL är tillämpligt.

Bestämmelsen i första stycket är enligt sin ordalydelse tillämplig bara i fråga om fusioner av värdepappersfonder eller specialfonder som genomförs enligt lagen om värdepappersfonder respektive lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder. Det aktuella förfarandet genomförs inte enligt dessa regelverk och omfattas därför inte av bestämmelsen. Den kompletterande bestämmelsen i fjärde stycket gäller bara utländska värdepappersfonder och är inte tillämplig.

En sammanläggning av fonderna omfattas därför inte av bestämmelsen och kapitalvinsten som sammanläggningen kan ge upphov till ska därför tas upp av D.T.

Återstår så frågan om en sådan beskattning är förenlig med EU-rätten.

Av EU-domstolens praxis framgår att det föreligger diskriminering om skilda regler tillämpas på jämförbara situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer (se t.ex. Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, p. 45 och där anmärkta rättsfall).

De svenska skattereglerna för fonder har ursprungligen tillkommit på grund av att fonderna inte var juridiska personer och när det gäller svenska fonder omfattar reglerna fortfarande endast fonder som inte är juridiska personer.

Den övertagande fonden Carnegie Wealth delfond är en alternativ investeringsfond bildad på associationsrättslig grund och därmed en juridisk person. Även vissa juridiska personer kan utgöra alternativa investeringsfonder i den mening som avses i lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder (se prop. 2012/13:155 s. 192 och 195 f.). Alternativa investeringsfonder av det slaget har emellertid inte inordnats i den beskattningsordning som gäller för specialfonder och andelsägarna i sådana fonder.

Anledningen till att alternativa investeringsfonder bildade på associationsrättslig grund och dess andelsägare inte beskattas på

samma sätt som specialfonder och dess andelsägare beror alltså inte på om fonderna är svenska eller utländska utan på fondernas rättsliga form. Med hänsyn härtill föreligger det enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening inte någon jämförbar situation som medför att en beskattning på grund av den aktuella fondsammanläggningen skulle vara oförenlig med EU-rätten.

Förhandsbeskedet ska således fastställas.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen fastställer Skatterättsnämndens förhandsbesked.

I avgörandet deltog justitieråden *Knutsson, Saldén Enérus, Classon, Svahn Starrsjö* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitiesekreterarna Johanna Ekbäck och Birgitta Fors Almassidou.

Skatterättsnämnden (2018-01-18, Eng, ordförande, *Pettersson, Jönsson* och *Sundin*):

Förhandsbesked

Fråga 1 och 2: Sammanläggningen som innebär att tillgångarna och skulderna i FOFI förs in i Carnegie Wealth medför att D.T. ska ta upp en kapitalvinst till beskattning. Beskattningen strider inte mot EU-rätten.

Motivering

Fråga 1

Den planerade sammanläggningen, som enligt Skatterättsnämnden är att jämställa med sådana fusioner som behandlas i 48 kap. 18 § IL, medför att D.T. ska ta upp en kapitalvinst om inte undantaget från beskattning i den bestämmelsen är tillämpligt. Paragrafens första stycke omfattar bara fusion av värdepappersfonder som genomförs enligt lagen om värdepappersfonder eller fusion av specialfonder enligt lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder. Det nu aktuella förfarandet genomförs inte med stöd av de lagarna.

Regelns fjärde stycke rör endast fusioner av utländska värdepappersfonder vilket inte är fallet här. Den avsedda sammanläggningen omfattas således inte av undantaget i bestämmelsen. Att en sådan sammanläggning inte heller är tänkt att omfattas framgår dessutom klart av förarbetena. D.T. ska därför enligt svenska regler ta upp en kapitalvinst med anledning av sammanläggningen.

Fråga 2

Den fråga Skatterättsnämnden därefter har att bedöma är om de svenska reglerna är förenliga med EU-rätten.

Enligt EU-domstolens praxis föreligger en diskriminering när skilda regler tillämpas på jämförbara situationer eller när samma regel tillämpas på olika situationer (se t.ex. domar i Schumacker, C-279/93, EU:C:1995:31, punkt 30, och Royal Bank of Scotland, C-311/97, EU:C:1999:216, punkt 26).

FOFI motsvarar enligt förutsättningarna för ansökan en svensk specialfond. Det kan ifrågasättas om det är förenligt med EU-rätten att utsluta utländska specialfonder som motsvarar svenska sådana fonder från undantaget i 48 kap. 18 § IL eftersom sådana fonder i och för sig bör kunna vara parter i en fusion som omfattas av lagrummet.

Carnegie Wealth är dock en alternativ investeringsfond som är en juridisk person. Med hänsyn till Högsta förvaltningsdomstolens bedömning i HFD 2016 ref. 22 är inte fonden att anse som en specialfond vid tillämpningen av reglerna om schablonintäkt i IL. Enligt Skatterättsnämnden bör bedömningen bli densamma oavsett vilken regel i IL som aktualiseras. Fonden är därför inte heller att betrakta som en specialfond i detta sammanhang.

Som Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar i HFD 2016 ref. 22 kan, sedan lagen om förvaltare av alternativa investeringsfonder infördes och begreppet alternativ investeringsfond introducerades i fondlagstiftningen, även vissa juridiska personer utgöra fonder i den lagens mening. Alternativa investeringsfonder av det slaget har dock inte inordnats i den beskattningsordning som gäller för specialfonder och för andelsägarna i sådana fonder. De beskattas i stället utifrån sin juridiska form och undantaget från beskattning i 48 kap. 18 § IL är inte tillämpligt vid en fusion av sådana fonder. En situation som den aktuella med en sammanläggning där en av fonderna likt Carnegie Wealth inte är en specialfond är således inte jämförbar med den när två specialfonder fusioneras. Om sammanläggningen skulle omfattas av undantaget skulle olika situationer behandlas lika vilket inte är meningen. En beskattning enligt huvudregeln kan därför inte anses oförenlig med EU-rätten.

Dahlberg, Pahlsson och Werkell var skiljaktiga vad gäller svaret på fråga 2 och anförde:

Vi delar majoritetens uppfattning att undantag från kapitalvinstbeskattning enligt 48 kap. 18 § IL inte är aktuellt, eftersom det i detta ärende inte är fråga om utländska värdepappersfonder. Konsekvensen är att D.T. ska ta upp en kapitalvinst till beskattning som följd av sammanläggningen av FOFI och Carnegie Wealth.

Enligt vår mening strider detta mot fria rörligheter i EUF-fördraget, nämligen etableringsfriheten enligt artikel 49, det fria tillhandahållandet av tjänster enligt artikel 56 och fria kapitalrörelser enligt artikel 63 i EUF-fördraget.

Diskriminering föreligger när jämförbara situationer behandlas olika eller olika situationer behandlas på samma sätt. En otillåten hindrande restriktion kan också föreligga om en regel på annat sätt hindrar eller försvårar gränsöverskridande rörligheter.

För det nu aktuella fallet innebär beskattningen i Sverige att den som vill etablera detta slags mellanhandsägare i Luxemburg kommer att tvingas erbjuda andelar i fonder som hos fondens investerare beskattas hårdare än andelar i sådana fonder som omfattas av skattelättnaden. Denna omständighet är ägnad att göra det mindre attraktivt att etablera sådana fonder i Luxemburg. På motsvarande sätt kommer de tjänster som dessa fonder erbjuder – i form av möjliga kapitalplaceringar – att vara mindre attraktiva för svenska investerare än i förhållande till sådana fonder som omfattas av skattelättnaden.

Det är visserligen så att den form av mellanhandsägare som D.T. har investerat i skiljer sig något från de mellanhandsägare som omfattas av skattelättnaden i 48 kap. 18 § IL. Av EU-domstolens rättspraxis framgår emellertid klart att jämförelseobjekten i en diskriminerings- eller restriktionsanalys inte behöver vara identiska. Det är tillräckligt att de är jämförbara i en EU-rättslig mening.

Regleringen i IL medför således att investeringar gjorda av vissa mellanhandsägare försvåras i jämförelse med andra mellanhandsägare, hemmahörande i Luxemburg och andra medlemsstater, som utgör värdepappersfonder enligt UCITS-direktivet, specialfonder eller andra mellanhandsägare.

Detta innebär att jämförbara gränsöverskridande situationer behandlas olika vilket utgör en restriktion av de fria kapitalrörelserna och även av etableringsfriheten, se EU-domstolens dom i mål C-303/07 Aberdeen, EU:C:2009:377.

Av EU-domstolens praxis framgår att det inte behöver ha någon betydelse vilket slags juridisk person som har använts för en etablering. I exempelvis Royal Bank of Scotland gjordes en jämförelse mellan ett utländskt bolags filialetablering i Grekland och juridiska personer hemmahörande i Grekland (aktiebolag).

Någon rättfärdigandegrund kan inte anses tillämplig, jfr EU-domstolens överväganden i Aberdeen.

Det förhållandet att en luxemburgsk SICAV inte kan anses utgöra en specialfond vid tillämpning av 42 kap. 43 och 44 §§ IL förändrar inte den EU-rättsliga bedömningen. I HFD 2016 ref. 22 gjorde Högsta förvaltningsdomstolen en prövning av hänvisningen i IL till motsvarande utländska företeelser. Referensramen i den bedömning som Högsta förvaltningsdomstolen gjorde i 2016 års fall var således den skatterättsliga jämförbarheten mellan svenska och utländska fonder vid tillämpning av 2 kap. 2 § IL. I detta fall avser emellertid bedömningen om 48 kap. 18 § IL medför en diskriminering i förhållande till etableringsfriheten, det fria tillhandahållandet av tjänster och de fria kapitalrörelserna.

Enligt vår mening medför kapitalvinstbeskattningen i detta fall att jämförbara gränsöverskridande situationer behandlas olika beroende på vilket slags utländsk mellanhandsägare som en i Sverige skattskyldig person har investerat i.