

# Vad är en kapitalförsäkring?

AV ANDERS HULTQVIST

## I. INLEDNING

När jag i min artikel i Skattenytt i höstas analyserat och kommenterat de s.k. kapitalförsäkringsdomarna, bl.a. Regeringsrättens dom den 30 juni 2008, där försäkringen underkändes som liv- och kapitalförsäkring,<sup>1</sup> avslutade jag den med att konstatera att vi tills vidare hade fått en intressant uppgift, nämligen att diskutera vad som karaktäriserar en kapitalförsäkring.<sup>2</sup> Och så har det varit i höst, där denna fråga diskuterats fram och tillbaka.<sup>3</sup> Om någon trodde att det fanns ett enkelt svar, så har han eller hon blivit besviken. Redan Daniel Starbergs artikel i Svensk Skattetidning visar på en rad svårbemästrade konsekvenser av en alltför rigid tolkning av domen.<sup>4</sup> Frågan vad en kapitalförsäkring är har visat sig vara en i allra högsta grad svår tolkningsfråga som ställer metodologiska spörsmål och färdighet i tolkning och tillämpning på sin spets. Parallellt härmed har frågan också varit aktuell vid revisionen av EU:s sparandedirektiv, där man önskat få in livförsäkringar med låg biometrisk risk under direk-

1. Mål nr 3014–3015-05, 3017-05.

2. Se Anders Hultqvist, Några kapitalförsäkringsdomar – omkaraktärisering i stället för genomsyn, Skattenytt 2008 s. 627.

3. Jag vill passa på att tacka för alla de synpunkter som välvilligt framförts till mig och som därmed bidragit till denna artikels tillkomst.

4. Se Daniel Starberg, Regeringsrätten om livförsäkring – en kritisk rättsfallskommentar, Svensk Skattetidning 2008 s. 480 f, särskilt s. 484 ff.

tivet, varför det kan finnas anledning att jämföra med diskussionen som där förts. Likaså har frågan berörts vid reformeringen av mervärdesskattedirektivet.

Min utgångspunkt är som tidigare att skatt endast får tas ut med stöd av lag och att det således är lagbestämmelserna som skall tolkas och tillämpas även i den här frågan.<sup>5</sup> Jag skall börja med svensk inkomstskatterätt, sedan säga något om försäkringsrätten och slutligen behandla EU:s sparande- och mervärdesskattedirektiv, innan jag övergår till slutsatser.

## 2. SVENSK INKOMSTSKATTERÄTT

Den enda tillstyrkelse till definition av termen kapitalförsäkring som vi har i inkomstskattelagstiftningen är 58 kap. 2 § 2 st. inkomstskattelagen (1999:1229, IL), där det anges att med kapitalförsäkring avses en livförsäkring som inte är en pensionsförsäkring samt pensionsförsäkringar som bestämts ändå vara kapitalförsäkringar eller som avskattats (3 st.). En försäkring är enligt 58 kap. 2 § 1 st. IL en pensionsförsäkring om den uppfyller i lagen angivna villkor.

Således vet vi så mycket av lagtexten, att det finns något som kallas *livförsäkringar*, vilka i skattesammanhang delas in i *pensionsförsäkringar* och *kapitalförsäkringar*. Nina Ewalds konstaterar på liknande sätt i sin nyligen publicerade avhandling att ”den skatterättsliga termen *kapitalförsäkring* avser en livförsäkring som inte är en pensionsförsäkring”.<sup>6</sup>

Vad är då en livförsäkring? Termen definieras inte i lagtexten. Där emot bestäms i 39 kap. 2 § IL vad som avses med *livförsäkringsföretag*, varvid det hänvisas till försäkringsrörelselagen (1982:713), FRL. Här är det tydligt att skatterätten knyter an till försäkringsrätten och det behövs inga längre resonemang om att rättssystemet antas vara *koherent* (sammanshängande) för att dra slutsatsen att de termerna måste bestämmas (få sitt begreppsliga innehåll) i detta civil- och näringsrättsliga sammanhang.<sup>7</sup> På ett liknande sätt resonerar Ewalds:

”Försäkringsrättsligt utgör en kapitalförsäkring en försäkring där försäkringsgivaren fullgör sin förpliktelse genom att utbetala ett visst fastställt kapitalbelopp. Den försäkringsrättsliga motsvarigheten till pensionsförsäkring utgör *liv-*

5. Se vidare Anders Hultqvist, Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen, Juristförlaget (numera Norstedts Juridik) 1995 s. 331 ff. om Föreskriftskravet och lagtolkning.

6. Se Nina Ewalds, Internationell beskattning av pensionsförsäkringar – det svenska skattesystemet i gränsöverskridande situationer, Norstedts Juridik 2008, s. 29.

7. Jfr Hultqvist, Rättshandlingars verkliga innebörd, Skattenytt 2007, s. 697.

*ränteförsäkring*. En livränteförsäkring i försäkringsrättslig mening, som inte omfattas av inkomstskattelagens definition av pensionsförsäkring, är dock skatterettsligt en kapitalförsäkring.<sup>8</sup>

Efter att ha diskuterat termen *tjänstepensionsförsäkring* i skatterettsligt och försäkringsrättsligt hänseende konkluderar Ewalds sedan att ”både pensions- och kapitalförsäkringar utgör i skatte- och försäkringsrättslig mening *livförsäkringar*, som försäkringsrättsligt hänförs till kategorin personförsäkringar”. Livförsäkringarna indelas i olika livförsäkringsklasser (2 kap. 3 b § FRL), som motsvarar indelningen i livförsäkringsdirektivet 2002/83/EG. Finansinspektionen har sedan meddelat ytterligare föreskrifter om vilka försäkringar som hänförs till kategorin livförsäkringar.<sup>9</sup>

Därmed kan följande slutsatser dras. Termerna kapital- och livförsäkring har *inte* ett för skatterätten autonomt innehåll, det vill säga de är inte skatterättsliga begrepp, som kan bestämmas med utgångspunkt enbart i inkomstskattelagen. Begreppen avser *rättshandlingar* som är kapital- eller livförsäkringar och får sålunda sitt innehåll i civilrätten, närmare bestämt dels den del som avser avtalstypen livförsäkring, dels vad som inom näringsrätten avses med livförsäkringsverksamhet (livförsäkringsbolag). Däremot är termen *pensionsförsäkring*, om än nära släkt med vad som inom försäkringsrätten benämns livränteförsäkring, definierad i skatterätten, för den speciella särbehandlingen i avdrags- och inkomstskattehänseende.

Som jag uppfattar det är det också så Regeringsrätten resonerar i domskälen i domen den 30 juni (se ovan), när det sägs att det framstår som ”uppenbart att avtalet helt saknar betydelse från försäkringsmässiga utgångspunkter” och att ”avtalet kan därför inte anses avse en livförsäkring”. Regeringsrätten gör en bedömning av vad avtalet har för civilrättslig karaktär. Det finns inte något spår av att detta skulle vara en ”skatterättslig” klassifikation eller att skatterätten skulle ha en egen definition eller ens en tillämpning som avvek från civilrätten.<sup>10</sup>

8. Se Ewalds a.a. s. 29. Jfr Jan Hellner, Försäkringsrätt, 2:a omarb. uppl., Stockholm 1965 s. 523 f. Att gränserna, definitionsproblemen och därmed karakteriseringen kan diskuteras i olika gränsfall illustreras med Hellners diskussion på s. 522 f. där han nämner att individuella pensionsförsäkringar, enligt den dåvarande lydelsen av försäkringsavtalslagen, borde behandlas som kapitalförsäkringar.

9. Se Ewalds a.a. s. 30.

10. Detta är enligt min mening dessutom den naturliga utgångspunkten i ett rättssystem som antas vara sammanhängande (koherent), om det inte finns särskilda skäl för andra antaganden i enskilda fall. T.ex. har sådana problem diskuterats i fråga om bl.a. gåvobegreppet och utdelningsbegreppet. Se Christer Silverberg, Gåvobeskattningen i nordiskt perspektiv, Stockholm 1992 (kap. 2) och Peter Melz, När föreligger utdelning skatterettsligt? Skattemytt 2008, s. 225 ff, där utdelningsbegreppet diskuteras i aktiebolagsrättsligt och inkomstskatterettsligt perspektiv, varvid Melz drar slutsatsen att det skatterättsliga utdelningsbegreppet på grund av långvarig praxis utan explicit hänvisning till ABL kanske har uppfattats som *autonomt* från ABL:s vinstutdelningsbegrepp (se s. 230).

Därmed är det också, enligt min mening, en bedömning av civilrätten, en *deskriptiv utsaga*,<sup>11</sup> som kan göras till föremål för diskussion och analys, det vill säga om den har stöd i civilrätten.

### 3. SVENSK FÖRSÄKRINGSRÄTT

Hur är det då med dessa begrepp i civilrättsligt hänseende? Det problem som visat sig under höstens diskussioner med skatte- och försäkringsrättslig expertis är att det saknas en preciserad definition av vad som avses med livförsäkring. En del försöker genom begreppet *försäkring* åtminstone utifrån ett allmänt förnuftsresonemang utesluta ett antal företeelser som inte har tillräckligt inslag av försäkringsmässig risk. Emellertid finns inga sådana kvantitativa begränsningar i några civilrättsliga definitioner.

Problemet är inte nytt. I Försäkringsverksamhetskommitténs betänkande (SOU 1983:5) diskuterades begreppet *försäkringsrörelse* och frågan om en legaldefinition. Ett sakkunnigutlåtande inhämtades även från professor Carl Martin Roos, vilket återfinns i en bilaga i betänkandet. Roos inleder med att citera professor Jan Hellner:<sup>12</sup>

”...one goal of the following study is to show that far from assuring theoretical clarity and practically suitable rules, the approach through a formal definition leads to innumerable difficulties and, if taken seriously, unfortunate results.”

I Försäkringsrätt (1965) hade Jan Hellner också påtalat detta problem:

”Många framställningar av försäkringsrätten börjar med en definition, eller ett försök att finna en definition, av begreppet ’försäkring’. Det är emellertid svårt att finna en sådan. Mot de flesta försök kan man invända, att det finnes någon mer eller mindre vanlig och betydelsefull företeelse som bör betraktas som försäkring men som icke motsvarar definitionen. Viktigare är dock att det ofta icke klart framgår, vad vederbörande författare själv menar att uttrycka med definitionen.”<sup>13</sup>

Försäkringsverksamhetskommittén hade enligt direktiven att utreda om en legaldefinition borde införas, sedan departementschefen i direktiven konstaterat att gränsen mellan vad som är försäkring och vad som inte är det var oklar och att någon legaldefinition av försäkring eller försäkringsrörelse inte fanns i den svenska lagstiftningen.<sup>14</sup>

11. Jfr Hultqvist, Skattenytt 2008 s. 623, 624.

12. Se SOU 1983:5 s. 197 (jfr Jan Hellner, The scope of insurance regulation 1963, se nedan).

13. Se Hellner, Försäkringsrätt s. 6 f.

14. Se SOU 1983:5 s. 30.

Kommittén redovisade många uppfattningar som framförts om begreppens oklarheter, bl.a. att det var otillfredsställande från legalitetssynpunkt, att det straffbara området för otillåten försäkringsverksamhet blev oklart, varför det borde fordras att det åtminstone var uppenbart att sådan verksamhet bedrivits. Samtidigt kunde kommittén konstatera att det varken inom EG eller i andra länder fanns någon definition av vad som utgör försäkring eller försäkringsrörelse:<sup>15</sup>

”Det kan således konstateras att inget land lyckats med att i sin försäkringslagstiftning införa en entydig och praktiskt användbar definition av försäkringsrörelsebegreppet”<sup>16</sup>

Följaktligen fann inte heller kommittén det möjligt att åstadkomma en klar, entydig och praktiskt användbar legaldefinition av begreppet försäkringsrörelse. Däremot lämnade den en rad riktlinjer – en framställning som uttryckligen byggde på Hellners monografi om Försäkringsrätt från 1965 – för vad som är och vad som inte är försäkringsrörelse, men gränsen för vad som är livförsäkring behandlades inte.

Man kommer troligen inte mycket längre än till Carl-Martin Roos' karaktäristik i försäkringsrörelselagens förarbeten, att en försäkringsrörelse karaktäriseras av att verksamheten skall vara yrkesmässig och gå ut på att ge utfästelser om att mot vederlag utge ekonomisk ersättning eller utföra en bestämd prestation vid ovissa händelser. Att någon dör är inte ovisst, men däremot när.<sup>17</sup>

### 3.1 LIVFÖRSÄKRING

Men hur är det med risken vid livförsäkringar? Hellner nämner att livförsäkringar med tiden har kommit att omfatta både dödsfall och ”livsfall”, t.ex. att man uppnår en viss ålder.<sup>18</sup> Till och med den omständigheten att försäkringsfallet orsakats av den försäkrade (själv mord) kan omfattas av en livförsäkring.<sup>19</sup> Livförsäkringen är emellertid enligt Hellner också en form av *organiserat sparande*, varvid risken även i sin klassiska form var ringa då försäkringstagaren var ung och steg först med till-

15. Se SOU 1983:5 s. 35–36.

16. Se SOU 1983:5 s. 39.

17. Se Roos i bilaga till SOU 1983:5 s. 203. Jfr kommitténs återgivande av den maltesiska definitionen (s. 38) och sin egen diskussion om vad som avses med ”risk” (s. 39): ”Risk’ innebär att något är ovisst, t.ex. om en händelse kommer att inträffa eller inte. Ibland – som t.ex. vid livförsäkring för dödsfall – är det bara tidpunkten för en händelse som är osäker.” Jfr även s. 42.

18. Se Hellner, Försäkringsrätt s. 520. Jfr s. 8 f.

19. Se Hellner, Försäkringsrätt s. 533.

tagande ålder. Även skatteskal har motiverat att livförsäkringen (pensionssparandet) varit en form av kapitalplacering.<sup>20</sup>

I en tidigare studie konstaterade Hellner dessutom att det ("in rather sweeping language") hade ifrågasatts huruvida många vanliga livförsäkringar, t.ex. pensions- och livränteförsäkringar, egentligen var försäkringar.<sup>21</sup> Enligt Hellner var en sådan terminologisk fråga inte särskilt intressant och argumentationen var byggd på dåliga skäl. Det var snarare den omständigheten huruvida det finns ett behov av särskild reglering – pensionsplaner inkluderade – som borde vara avgörande för om de skulle falla in under försäkringsrätten.

Möjligheterna att differentiera livförsäkringsavtal är stora, även om det från tid till annan förekommer vissa standardlösningar på marknaden, men i vart fall tidigare var det vanligt att de individuella önskemålen kunde variera vid individuellt bestämda livförsäkringsavtal.<sup>22</sup> Att variationsrikedomen fortfarande är stor bekräftas av Starberg.<sup>23</sup>

Skillnaden mellan kapitalförsäkring och livränteförsäkring är att medan kapitalförsäkringen är fixerad till ett visst belopp, oavsett om detta skall betalas på en gång eller i flera terminer, är livränteförsäkringen en försäkring där betalningen skall fortgå under viss tid och dessutom beroende av att en eller flera personer lever.<sup>24</sup>

Hellner diskuterar sedan återbäringen vid olika former av livförsäkringar och återköpsrätten. Han redogör också för vad som var brukligt vid den tiden, men konstaterar samtidigt att grunderna (för försäkringen) bestämmer efter vilka principer återbäring skall utgå. Under vissa tider, fortsätter han, t.ex. då försäkringsbolagens ränteinkomster sjönk under trettioalet, hade ingen återbäring alls utgått, medan den "numera" uppgick till betydande belopp. Detta kunde förvisso vara glädjande, men det medförde också att försäkringstagaren själv fick en mycket osäker uppfattning om förmånerna av och priset för sitt försäkringsavtal.<sup>25</sup>

Frågan huruvida det föreligger en dödsfallsrisk, hur stor denna är och liknande "riskfrågor" förefaller således vara – och har varit – av underordnad betydelse för försäkringsrättens utveckling på livförsäkringsom-

20. Se Hellner, Försäkringsrätt s. 16.

21. Se Hellner, The Scope of Insurance Regulation: What is Insurance for Purposes of Regulation, American Journal of Comparative Law 1963 s. 510 f. (artikeln också tryckt i J. Hellner, Selected Essays on Insurance Law, Försäkringsjuridiska Föreningens publication nr 22, 1977, s. 118 ff. (se särskilt s. 134 f.)). Hellner anmärker att en omständighet till de terminologiska diskussionerna i amerikansk rätt faller tillbaka på det klassiska amerikanska dilemmat mellan federal och delstatlig rätt.

22. Se Hellner, Försäkringsrätt s. 517.

23. Starberg, Svensk Skattetidning 2008 s. 484.

24. Hellner, Försäkringsrätt s. 522.

25. Hellner, Försäkringsrätt s. 530.

rådet. Snarare har diversifieringen fortsatt.<sup>26</sup> Inom ramen för försäkringslagstiftningen kan det förekomma allt från rena ”riskförsäkringar”, utan några större moment av sparande, av typen olycksfallsförsäkringar, till mer renodlat pensionssparande med en mycket låg livs- eller olycksfallsrisk och vars främsta drivkraft varit den skattemässiga fördelen. Jämför följande beskrivning i 2000 års förändring av försäkringsrörelsereglerna:

”Livförsäkringsverksamheten ansågs vid tillkomsten av 1948 års lag ha ett i grunden socialpolitiskt syfte, vilket påverkade utformningen av rörelsereglerna och uppgifterna för tillsynen. Den utveckling som därefter skett gör att ett sådant synsätt knappast kan upprätthållas i dag. ATP-systemet har infört och den allmänna pension har förbättrats vilket innebär att ett pensionsskydd tillhandahålls. Livförsäkringsområdet har öppnats för större konkurrens bl.a. genom fondförsäkringssparandet. Det individuella pensionssparandet utan försäkringsinslag har införts under senare år. *Livförsäkringarna har i många fall blivit mer utpräglade instrument för sparande.* Man kan därför inte utforma regleringen med utgångspunkt i att all livförsäkringsverksamhet har ett i grunden socialt syfte.”  
(kurs. här)<sup>27</sup>

Man har inte varit beredd att med hjälp av definitioner utesluta vissa former av försäkringsavtal, utan låtit marknaden vara flexibel och snarare fokuserat på avtalsparternas behov av kontraktsrättsligt skydd – men även skydd mot utmätning och konsekvenser vid arv m.m. – samt skydd och tillsyn i näringsrättsligt avseende (försäkringsrörelselagstiftningen). Något stöd för en sådan slutsats som att det inte är en liv- eller kapitalförsäkring, om liv- eller olycksfallsrisken uppgår till den ena eller andra procentsatsen, har jag inte funnit i den försäkringsrättsliga litteraturen.<sup>28</sup> Det är inte heller utan att försäkrings- och sparandeprodukterna glider in i varandra, vilket även den fortsatta framställningen om EG-rätten är ett exempel på.

26. Ett grundläggande syfte med reformen med livförsäkringar med värdepappersfondsanknytning var också att skapa förutsättningar för en väsentligt ökad konkurrens inom livförsäkringsområdet (se prop. 1989/90:34 s. 43).

27. Se prop. 1998/99:87 s. 138.

28. I prop. 1989/90:34 s. 42 diskuterades riskmomentet, men det konstaterades att samma regler som för konventionell livförsäkring skulle gälla och att frågan om storleken på riskmomentet fick prövas mot sundhetskravet. Efter att dåvarande försäkringsinspektionen uppställt ett krav om 5 procent (märk väl p.g.a. sundhetskravet, inte försäkringsbegreppet), vilket upphävdes i ett regeringsbeslut 1992-09-10 (dnr 4484/91), gällde heller inget krav om riskinnehåll. Ärendet avsåg förmedling av utländska försäkringar med 1 procents riskinnehåll, vilka ansågs vara försäkringar i försäkringsgivarnas hemländer.

## 4. EU:S SPARANDEDIREKTIV OCH MOMSDIREKTIVET

Varken de nationella lagstiftarna i Europa eller EU har velat – eller kunnat – ge en bättre preciserad definition av de här diskuterade termerna.<sup>29</sup> Det beror sannolikt på att man vill hålla det öppet för att marknaden skall kunna vara flexibel och utveckla nya produkter som efterfrågas.<sup>30</sup> Det har fått till följd att t.ex. gränsen mellan sparande och försäkring är flytande, vilket t.ex. visat sig vid tillämpningen av det s.k. sparandedirektivet (EUSD),<sup>31</sup> där ränta på banktillgodohavanden räknas med, men inte avkastning på livförsäkringar.<sup>32</sup> Detta var ett medvetet val, men har varit föremål för diskussion vid översynen av direktivets tillämpning, i synnerhet eftersom vissa livförsäkringar närmar sig och har påtagliga likheter med sådant sparande som direkt omfattas av direktivet.

I Expertgruppens rapport diskuterades olika lösningar, även en ”substance over form”-lösning eller en lista med liknande produkter för att bl.a. få med pensions- och andra livränteförsäkringar med låg försäkringsrisk.<sup>33</sup> Kommissionen valde emellertid i sin rapport till Rådet att i stället föreslå *en regel som utvidgar* sparandedirektivets tillämpningsområde till att även omfatta förmåner från livförsäkringar (inklusive pensionsavtal) med låg biometrisk risk.<sup>34</sup> I förslaget till ändringar i sparandedirektivet (EUSD) återfinns följaktligen en regel i artikel 6.1 (e) som jämställer ”*benefits from a life insurance contract*”, där den biometriska risken är lägre än 5 %, med ränta under vissa förutsättningar.<sup>35</sup>

I stället för att försöka diskvalificera vissa försäkringar som icke-försäkringar, och omkaraktisera dem som någonting annat, väljer EU-Kommissionen således att utvidga tillämpningsområdet för direktivet så att vissa livförsäkringsprodukter snarlika sparande – ”*certain life insu-*

29. I Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/83/EG av den 5 november 2002 om livförsäkring (livförsäkringsdirektivet) artikel 2. 1 a) sägs följande om livförsäkring: ”Livförsäkring, dvs. försäkring som omfattar särskilt kapitalförsäkring för livsfall och/eller dödsfall, livförsäkring med återbetalning av erlagda premier, tontiner, försäkring som utfaller vid äktenskaps ingående och försäkring som utfaller vid födelsen.”

30. Jfr preambeln (46) i livförsäkringsdirektivet: ”Inom ramen för en inre marknad ligger det i försäkringstagarnas intresse att ha tillgång till bredast möjliga utbud av försäkringsprodukter som finns att tillgå inom gemenskapen så att de kan välja vad som bäst motsvarar deras behov.”

31. Rådets direktiv 2003/48/EG av den 3 juni 2003 om beskattning av inkomster från sparande i form av räntebetalningar (EU:s sparandedirektiv, EUSD).

32. Se preambeln (13) EUSD samt Commission Staff Working Document, Brussels, 29.4.2008 SEC(2008) 559 s. 10, där det också anges att detta var ett medvetet val av rådet vid direktivets införande.

33. Se a.st.

34. Se Report from the Commission to the Council, Brussels 15.9.2008 COM(2008) 552 final, s. 7, 8.

35. Se Proposal for a Council Directive amending Directive 2003/48/EC on taxation of savings income in the form of interest payments, COM(2008) 727 s. 20.



rance products that are comparable to debt claim products” – också omfattas.<sup>36</sup>

På samma sätt har tillämpningen av artikel 13 B a i EG:s sjätte moms-direktiv 77/388/EEG – numera artikel 135 i det nya mervärdesskattedirektivet 2006/11/EG – vållat problem om vad som avses med *försäkrings-transaktioner*. I praxis har det diskuterats vad som avses med detta begrepp och begreppet *till försäkringstransaktioner närstående tjänster*.<sup>37</sup> Det framhålls, som alltid, att dessa begrepp är *autonoma* i EG-rätten (för att förhindra att medlemsstaterna tillämpar dem olika) och att de ska tolkas *restriktivt* (eftersom det är fråga om undantag från eljest gällande allmän mervärdesskatteplikt). Begreppet definieras emellertid inte i direktivet.<sup>38</sup> Vid tillämpningen har en mycket vag och allmän definition använts. Med en försäkringstransaktion avses

”att en försäkringsgivare åtar sig att, mot förskottsbetalning av en premie, tillhandahålla försäkringstagaren den prestation som parterna kom överens om när avtalet ingick för det fall att försäkringsrisken skulle förverkligas”.<sup>39</sup>

Hur långt detta sedan sträcker sig när verksamheten organiserats i olika bolag och hur långt man kan gå vid outsourcing diskuteras också i de nämnda domarna.

Icke oväntat har detta enligt Kommissionens utvärdering lett till skillnader i tolkning och tillämpning mellan medlemsstaterna, vilket medfört att Kommissionen nu föreslagit Rådet att dels ändra direktivtexten, dels anta en förordning som förtydligar begreppen och undantaget. I direktivtexten förlås följande formulering:<sup>40</sup>

”(1) *försäkring och återförsäkring*: ett åtagande, genom vilket en person till en annan person, som motprestation för betalning, är skyldig att, om en risk förverkligas, överlämna ersättning eller förmån enligt villkoren för åtagandet.”

Därmed vore emellertid inget vunnet, i förhållande till tidigare, men genom en ytterligare precisering i en EG-förordning hoppas man att nå

36. Se COM(2008) 727 s. 3. Jfr preambeln på s. 13: ”(7) Similarly, certain categories of life insurance contracts providing very limited biometric risk coverage and whose performance is fully linked to income from debt claims or equivalent income covered by Directive 2003/48/EC are generally regarded as substitute retail investment products to undertakings for collective investment.”

37. Se bl.a. Card Protection Plan Ltd (CPP) och Commissioners of Customs & Excise (mål C-349/96), Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) (mål C-240/99) och Staatssecretaris van Financiën och Arthur Andersen & Co. Accountants c.s. (mål nr C-472/03).

38. Se t.ex. Skandia-domen p. 22.

39. Se domarna i CPP-målet p. 17 och Skandiamålet p. 37 (jfr p. 41).

40. Se sidorna 3 och 11 i Förslag till Rådets Direktiv om ändring av direktiv 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt i fråga om behandling av försäkring och finansiella tjänster, Bryssel den 28.11.2007 KOM(2007) 747 slutlig, 2007/0267 (CNS), med förslag till ny artikel 135a.

målet att säkra en enhetligare tillämpning. I förslaget (artikel 2) sägs bl.a. följande:<sup>41</sup>

”Definitionen av ’försäkring och återförsäkring’ i led 1 i artikel 135a i direktiv 2006/112/EG ska omfatta minst följande:

- (1) Livförsäkring, såväl privat försäkring som grupplivförsäkring, pensioner och livräntor enligt försäkringsavtal, om försäkringen, pensionen eller livräntan täcker mortalitets- eller livsfallrisker, däribland diagnos av dödlig sjukdom, diagnos av allvarlig sjukdom, arbetsoförmögenhet till följd av sjukdom, bestående arbetsoförmögenhet, dödsfall genom olyckshändelse och behov av långtidsvård.
- (2) Invaliditets- och arbetslöshetsförsäkring.....” osv.

I EG-förordningen, vilken kommenteras och diskuteras i TAXUD:s promemoria från mars 2008, kan man således se att man avser att åstadkomma en högre grad av precision i de autonoma EG-skatterättsliga begreppen i framtiden.<sup>42</sup>

Jämfört med de i svensk rätt förekommande definitionerna (ovan) är det emellertid inte särskilt stor skillnad mot vad Hellner skrev 1965 och jag låter det vara osagt om domstolarna kommer att kunna undanta kapitalförsäkringar med låg biometrisk risk från försäkringsverksamhet *vid mervärdesbeskattningen* med detta förslag. Någon viss storlek på mortalitets- eller livsfallrisken, som i förslaget till ändringar i sparandedirektivet (ovan), återfinns ju inte här. Vidare är EG-domstolen inte benägen att överföra olika direktivs innebörder till varandra.<sup>43</sup>

För min del håller jag det inte för osannolikt att omsättningen av ”låg-risk”-försäkringar därför utgör försäkringstransaktioner vid mervärdesbeskattningen. Måhända uppstår inte problemet med att klassificera produkten i mervärdesskatterättsligt hänseende i praktiken, eftersom både försäkringstransaktioner och finansiella transaktioner (bl.a. sparande) är undantagna från mervärdesskatt och det därför kan saknas anledning att ställa frågan på sin spets.

41. Se sidan 9 i Förslag till Rådets förordning om tillämpningsföreskrifter för direktiv 2006/112/EG om ett gemensamt system för mervärdesskatt i fråga om behandling av försäkring och finansiella tjänster, Bryssel den 28.11.2007, KOM(2007) 746 slutlig.

42. Se vidare TAXUD/2414/08, Byssel 05/03/08, Background Paper Requested by the Council Presidency, March 2008, Financial and Insurance Services.

43. Se t.ex. resonemanget i Skandiamålet (C-240/99 punkterna 25–29) om möjligheten att använda försäkringsdirektivets definition vid tillämpning av mervärdesskattedirektivet.

## 5. KONKLUSIONER

Med anledning av det ovanstående är följande förhållanden viktiga att ha i beaktande vid en analys. Inkomstskatterätten saknar en egen definition av termerna *försäkring*, *livförsäkring* och *kapitalförsäkring*. För skatteändamål är dock termen *pensionsförsäkring* bestämd i IL. Det är också klarlagt att termerna i övrigt relaterar till försäkrings- och försäkringsrörelselagstiftningen, vilket också är rimligt, eftersom rättsordningen paradigmiskt antas vara sammanhängande (koherent), när något annat inte anges. De har sålunda ingen autonom betydelse i inkomstskattesammanhang och bör då heller inte ges en sådan.

I försäkringsrätten, till vilken alltså skatterätten anknyter, finns emellertid inte samma behov av att avgränsa begreppet för att det inte skall svälla över i mer sparandelika former – vilket det med lagstiftarens goda minne inte minst gjorts på pensionsförsäkringsområdet – utan snarare har problemet varit det motsatta, att inventera och få med fler försäkringslika utfästelser under regleringen av försäkringsverksamhet.<sup>44</sup> Så diskuterar också Hellner när han i stället för teoretiska begreppsdefinitioner argumenterar ur ett skydds- och tillsynsperspektiv (se ovan). Det förefaller därför inte ha förelegat något större behov av att utesluta något från försäkringssammanhang. Både i Sverige och internationellt är det därför ett känt faktum att försäkrings-, bank- och värdepappersverksamhet har viss överlappning.

Om det är en korrekt slutsats, att termerna liv- och kapitalförsäkring i inkomstskatterätten avser de civilrättsliga begreppen, innebär det således att de i skattesammanhang inte har större precision än i civilrätten. Då är det också osäkert var gränsen går för att ett avtal, som *ges av en försäkringsgivare* och *benämns försäkring* (alltså enligt parterna är en försäkring), ändå *inte* är en försäkring.

### 5.1 HUR SKALL MAN DÅ GÖRA I TVEKSAMMA FALL?

Ingår en kapitalförsäkring i ett förfarande för att undvika eller minska skatt – i jämförelse med ett annat handlingsätt, bör väl tilläggas – kan man kanske tänka sig att utnyttja oklarheten mot den skattskyldige. Ett sådant resonemang rimmar emellertid illa med Regeringsrättens ståndpunkt i RÅ 2004 ref. 27 och Lagrådets uppfattning, att det är självklart

44. Jfr t.ex. diskussionen om Volvos garantiåtaganden i SOU 1960:11 och s.k. captive-verksamhet i SOU 1983:5. Se även ovan nämnda Background Paper, TAXUD/2414/08, Byssel 05/03/08, s. 19 där det diskuteras att även reglera "extension of the warranty claim period for supplied goods" (i punkten 8).

att den enskilde räknar på skatteutfallet när han eller hon skall genomföra en affär och väljer det alternativ som är fördelaktigast.<sup>45</sup> Tolkningsutrymmet bör således inte användas för att nå ett eftersträvanvärt (fiskalt) resultat, s.k. slutfasstyrd argumentation eller tolkning.<sup>46</sup>

Bör bedömningen vara oberoende av resultatet eller t.o.m. försiktig? Ett liknande problem ställdes Högsta domstolen inför i fråga om gärningen att smygfilma och brottet ofredande (dom den 23 oktober 2008, mål nr 2669-07). Trots att goda skäl talade för att gärningen *borde* vara kriminaliserad undvek HD av legalitetshänsyn *tolkningar som framstod som pressade* och ansåg att det ankom på lagstiftaren att avgöra *om* och i så fall *hur* en kriminalisering borde utformas

Om parterna påstår och utgår från att det är – eller det inte är – en försäkring, torde det vara rimligt att låta det vara det parterna påstår, om det inte är uppenbart att det inte förhåller sig så.<sup>47</sup> Vagheten i definitionen medför då ett handlingsutrymme, vilket, som jag ser det, av rätts-säkerhetsskäl inte bör vändas emot den enskilde som på goda grunder handlar inom det utrymmet – även om förfarandet motiverats av att det är skattemässigt fördelaktigt.

Det är ju klart att någonstans går gränsen. Regeringsrätten säger i sin ovan nämnda dom den 30 juni 2008 att för att ett avtal om livförsäkring (kapitalförsäkring) skall föreligga krävs ett moment av risktagande från försäkringsgivarens sida. I praxis hade 1 procents riskinnehåll godtagits, men i det aktuella målet var det bara fråga om 0,1 procents riskinnehåll. Oavsett var man sätter gränsen lär gränsfall uppkomma. Gränsen kan alltid passeras med 0,1 procent. Så frågan är om det inte räcker med en viss (0,1 procents) risk eller om det fordras större risk, för att det ska vara fråga om en försäkring eller skall sådana produkter kunna säljas utan tillstånd att bedriva försäkringsrörelse?

Enligt Regeringsrättens resonemang förefaller det vara kombinationen med den årliga avgiften som fällt avgörandet i detta fall. Skall denna typ av jämförelser tillmätas avgörande betydelse kan naturligtvis produkter med än högre riskinnehåll hamna i farozonen för att utgöra försäkring. Problemet är hur man ska veta det, om det varken finns någon säker definition eller klara riktlinjer i praxis för hur detta ska avgöras. Som

45. Se Lagrådets yttrande 2008-10-06 angående lagrådsremissen med förslag om ränteavdragsbegränsningar i syfte att förhindra viss skatteplanering inom en intressegemenskap, s. 5 (och i prop. 2008/09:65 s. 115). Se även Regeringsrättens dom 2008-12-08 (mål nr 54-05), där det framhålls att inte heller den omständigheten, att beskattningen av övervärdet eventuellt inte skulle äga rum i Sverige och att detta kunde ha varit *den väsentliga avsikten* med transaktionerna, kunde tillmätas betydelse vid bedömningen av rättshandlingarnas egentliga innebörd. (Domen kommenteras på s. 106 ff. i detta häfte.)

46. Se vidare Hultqvist, Skattenytt 2007 s. 698.

47. Jfr diskussionen i SOU 1983:5 s. 35 om gränserna för otillåten försäkringsverksamhet (se ovan).

Starberg framhåller blir det med Regeringsrättens ”risk- och förvaltningsavgiftsrelation” som kriterium – om man läser och tillämpar det strikt – sannolikt så, att många svenska ”vanliga” pensionsförsäkringar faller utanför försäkringsbegreppet,<sup>48</sup> för att inte tala om alla varianter som förekommer internationellt, inte minst inom EU, under samma försäkringsdirektiv.<sup>49</sup>

Det kanske visar sig att det inte var så bra att omkaraktisera avtalet, om man inte samtidigt ger besked om var gränsen går. Det fordrar i sin tur en definition antingen av termen försäkring eller åtminstone av termen livförsäkring.

I det läge där vi nu hamnat är väl detta vad som fordras, nämligen att lagstiftaren sätter ned foten och drar en klar gräns, åtminstone för skatterätten, där kanske andra skäl motiverar en annan gräns än den civilrättsliga, särskilt som problemet i första hand är att regleringen utnyttjats för skatteanpassade förfaranden.<sup>50</sup> Så har, som framgår ovan, också skett i fråga om EU:s sparanddirektiv (EUSD), där man efter att ha diskuterat olika möjligheter valt att inordna sådana livförsäkringar som har en biometrisk risk under 5 % under direktivet under vissa omständigheter, men inte – märk väl – genom att påstå att de inte utgör försäkringar.

Frågan om hur de s.k. kapitalförsäkringsuppläggen skall bedömas har, som jag avslutningsvis konstaterade i min ovan nämnda artikel,<sup>51</sup> knappast fått sin lösning med Regeringsrättens domar från i somras, utan dessa får sannolikt ses i ljuset av de speciella omständigheter som förelåg i de fallen.<sup>52</sup> Frågan hur rättshandlingarna i ett förfarande skall karaktäriseras i civilrättsligt hänseende är ju en uppgift och bevisfråga i varje enskilt fall.

Slutligen: Domen ger inte lösningen på det av Skatteverket beskrivna förfarandet ”Kapitalförsäkringsupplägg med egna bolag”, där försäkringsbolaget köpt aktierna i eller bildat det svenska aktiebolaget.<sup>53</sup> Även om avtalet mellan försäkringsbolaget och privatpersonen inte skulle vara en kapitalförsäkring, utan omkaraktiseras till något annat, löser det inte problemet vem som äger det svenska bolaget och därmed har rätt till utdelning. Är det försäkringsbolaget som äger det har privatpersonen

48. Se vidare Starberg, Svensk Skattetidning 2008 s. 480 ff., särskilt s. 484 f. som konstaterar att hans egna tjänstepensionsförsäkringar i sådant fall inte utgör livförsäkringar.

49. Se vidare Nina Ewalds, Olika villkor för samma pension – hinder för fri rörlighet och flytträtt av pensionsförsäkringar inom EU? Nordisk Försäkrings-tidskrift 2008 s. 309 ff., särskilt s. 315 ff.

50. Se Hultqvist, En Tättningskommission istället för genomsyn och skatteflyktslag, Svensk Skattetidning 2007, s. 229 ff.

51. Se Hultqvist, Skattenytt 2008 s. 627.

52. Jfr Starberg, Svensk Skattetidning 2008 s. 488.

53. Se vidare <http://www.skatteverket.se/skatter/skatteupplagg/kapitalforsupplagg>.

(”försäkringstagaren”) bara en fordringsrätt mot försäkringsbolaget, som på ett eller annat sätt anknyter till värdet av bolaget, men han eller hon blir inte därigenom ägare eller utdelningsberättigad, varför det således finns fler problem att lösa innan vi sett slutet på diskussionen om dessa skatteanpassade förfaranden.

*Anders Hultqvist är adjungerad professor i finansrätt vid juridiska institutionen vid Stockholms universitet.*