

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-12-10

Närvarande: F.d. justitierådet Lennart Hamberg samt justitieråden Kristina Ståhl och Agneta Bäcklund.

Genomförande av avtal mellan Sveriges regering och Amerikas förenta stater regering för att förbättra internationell efterlevnad av skatteregler och för att genomföra FATCA

Enligt en lagrådsremiss den 20 november 2014 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om identifiering av rapporteringspliktiga konton med anledning av FATCA-avtalet,
2. lag om utbyte av upplysningar med anledning av FATCA-avtalet,
3. lag om ändring i inkomstskattelagen (1999:1229),
4. lag om ändring i inkomstskattelagen (1999:1229),
5. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400),
6. lag om ändring i försäkringsrörelselagen (2010:2043),
7. lag om ändring i försäkringsrörelselagen (2010:2043),
8. lag om ändring i skatteförfarandelagen (2011:1244).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av departementssekreteraren Marcus Sjögren och rättssakkunniga Emma Wännström.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Inledning

I remissen föreslås en lagreglering som syftar till att i svensk rätt införa regler som innebär att finansiella institut får skyldighet att identifiera finansiella konton som innehas av amerikanska personer och att lämna uppgifter till Skatteverket om dessa konton. Den föreslagna lagregleringen innebär vidare att Skatteverket får skyldighet att överföra information om kontona till den federala amerikanska skattemyndigheten.

Lagförslagen grundar sig på ett avtal mellan Sverige och USA; Avtal mellan Sveriges regering och Amerikas förenta staters regering för att förbättra internationell efterlevnad av skatteregler och för att genomföra FATCA (FATCA-avtalet).

FATCA är den amerikanska lagstiftningen Foreign Account Tax Compliance Act som antogs i mars 2010. Lagstiftningen är synnerligen omfattande och detaljrik. Syftet med den amerikanska lagstiftningen är att den amerikanska federala skattemyndigheten ska få tillgång till information om amerikanska personers tillgångar och kapitalinkomster som förvaltas av eller betalas till finansiella institut utanför USA. I vissa fall ska de finansiella instituten innehålla skatt för den amerikanska skattemyndighetens räkning.

Finansiella institut som inte utför rapportering och som inte innehåller källskatt enligt FATCA riskerar att 30 procent av alla betalningar till institutet som avser inkomster med källa i USA innehålls som skatt i USA. Det sagda innebär att svenska finansiella institut riskerar att drabbas av en sådan skatt på sina inkomster med källa i USA om inte Sverige inför lagstiftning som skapar förutsättningar för att leva upp till de skyldigheter som följer av den amerikanska lagstiftningen.

Mot den bakgrunden är det ett starkt svenskt intresse att ingå ett avtal med USA och att införa lagstiftning som skapar förutsättningar för att leva upp till de åtaganden som i grunden följer av amerikansk rätt.

FATCA-avtalet bygger på ett modellavtal som presenteras av USA och fem europeiska länder. Under föredragningen har upplysts att USA har haft som ambition att tillämpa ett likalydande modellavtal för samtliga länder som önskat ingå avtal med modellavtalet som grund. Det har inneburit att utrymmet för särskilda nationella avtalslösningar varit ytterst begränsat.

Enligt en samförståndsförklaring med avseende på FATCA-avtalet har regeringen uttalat som sin avsikt att "lägga fram Avtalet i riksdagen för antagande 2014 och lägga fram förslag till genomförandebestämmelser så att Avtalet kan träda i kraft senast den 30 september 2015". USA:s finansministerium har å sin sida, mot den bakgrunden uttalat som sin avsikt att behandla varje svenskt finansiellt institut "som om det uppfyller och därmed inte är föremål för innehållande av källskatt i enlighet med § 1471 i Förenta staternas skattelagstiftning". Om genomförandeprocessen blir försenad kan tiden för ikraftträdande skjutas upp, dock senast till den 30 september 2016. Vid föredragningen har upplysts om att det inte har funnits förutsättningar för Sverige att påverka de tidsgränser som följer av samförståndsförklaringen.

FATCA-avtalet är mycket omfattande och detaljrikt. Det är utformat på ett sådant sätt att det är svårtillgängligt även för dem som är specialister på värdepappers- och kapitalmarknadsfrågor. Avtalet innehåller exempelvis en lång rad komplicerade och detaljrika definitioner för att avgränsa bl.a. kretsen av de finansiella institut och konton som berörs.

Det kan konstateras att förslagen medför omfattande förpliktelser som leder till krav på investeringar i bl.a. IT-system och ökade kostnader för de svenska finansiella institut som omfattas av regleringen. Det har inte varit möjligt att i detalj bedöma förhållandet mellan den föreslagna lagregleringen och åtagandena enligt FATCA-avtalet. Med hänsyn till de åtaganden som regleringen innebär bör tillämpningsområdet begränsas till vad som är nödvändigt med beaktande av de folkrättsliga förpliktelser som följer av avtalet.

Lagförslagen håller sig nära texterna i FATCA-avtalet. Detta har lett till att den föreslagna lagstiftningen på samma sätt som avtalet är omfattande, teknisk och detaljrik. Det innebär att många bestämmelser är svårtillgängliga. De är utformade i nära anslutning till avtalet och använder definitioner och begrepp som återfinns där. Bundenheten till avtalet har medfört vissa ofullkomligheter. Det innebär bl.a. att begrepp som är okända för svensk rätt används, se t.ex. ”myndighetsenhet” (2 kap 1 § och 3 kap. 1 och 4 §§ i förslaget till lag om identifiering av rapporteringspliktiga konton med anledning av FATCA-avtalet), försäkringsavtal med kontantvärde (2 kap. 1, 10, 11, 16 och 21 §§, 4 kap. 2 § och 8 kap. 6 § i samma lag) samt kompensationsinbetalningar och avtalsvärde (3 kap. 6 § respektive 16 § i samma lag). Vissa av begreppen är oklara till sin innebörd, trots de definitioner som föreslås i lagen. Bristen har förklarats med att engelska motsvarigheter till begreppen använts i FATCA-avtalet och att innebörden av de engelska begreppen, eller begreppens bakgrund i amerikansk skattelagstiftning, inte är klara. Vidare görs i vissa fall hänvisningar till amerikansk rätt för att avgränsa skyldigheterna enligt lagen, vilket leder till krav på den enskilde att tillgodogöra sig innehållet i utländsk rätt.

Bundenheten till avtalet har påverkat Lagrådets granskning. Det finns bara ett begränsat utrymme för Lagrådet att ifrågasätta det sakliga

innehållet i lagförslagen. Det kan sättas i fråga om den föreslagna regleringen lever upp till de krav på överskådlighet och tydlighet som normalt ställs på lagstiftning. Det ligger också i öppen dag att det kommer att uppstå oklarheter för dem som ska tillämpa reglerna. Med hänsyn till de särpräglade förutsättningar som gäller för de remitterade förslagen finns emellertid inte skäl att motsätta sig att förslagen läggs till grund för lagstiftning.

Även brådskan i lagstiftningsärendet har påverkat granskningen. FATCA-avtalet undertecknades den 8 augusti 2014. Den 11 augusti 2014 remitterades en promemoria med förslag till lagstiftning för att genomföra avtalet. Remisstiden löpte till den 8 september 2014. Det kan konstateras att remissinstanserna inte haft möjlighet att grundligt analysera de lagförslag som presenterats i remisspromemorian. Å andra sidan har, efter vad som uppgetts vid föredragningen, företrädare för berörda delar av näringslivet genom en referensgrupp varit involverade i det arbete som föregått undertecknandet av avtalet. Det framgår också av remissförfarandet att det är av stort intresse att lagstiftningen genomförs utan fördröjning, eftersom de källskatteuttag som annars kan komma att aktualiseras skulle få besvärande följder. Mot denna speciella bakgrund anser Lagrådet att beredningsprocessen får accepteras.

De tidsramar som influtit i avtalet för identifiering av olika slags konton innebär vidare att de finansiella instituten i vissa fall förutsätts ha vidtagit åtgärder redan före det att den nya lagstiftningen kan träda i kraft. Exempelvis anges i föreslagna 3 kap. 8 § punkten 5 lagen om identifiering av rapporteringspliktiga konton med anledning av FATCA-avtalet att ett finansiellt institut med lokalt kundunderlag senast den 1 juli 2014 ska ha infört vissa riktlinjer och förfaranden för granskning. Om så inte skett får de undantag från rapporteringsplikt som annars gäller för sådana finansiella institut inte tillämpas.

Bestämmelsen innebär att vissa krav ska ha uppfyllts redan före lagens ikraftträdande för att lätnader i rapporteringsskyldigheten ska kunna medges. En sådan reglering är principiellt tveksam med hänsyn till kraven på förutsebarhet och legalitet. Under föredragningen har upplysts att många finansiella institut haft kännedom om att sådana tidsramar kunde komma att ställas upp, och därför kunnat anpassa sig till lagens krav redan före lagens ikraftträdande. Lagrådet konstaterar dock att många institut måste ha saknat kunskap om den föreslagna lagens krav och att de därmed saknat möjligheter att anpassa sina förfaranden och införa riktlinjer i sådan tid att de undgår rapporteringsskyldighet. Det är inte osannolikt att det kan vara fråga om mindre institut. Dessa kommer då att drabbas av den ekonomiska och administrativa börda som rapporteringsskyldigheten innebär. Inom ramen för den fortsatta beredningen bör därför övervägas om det finns möjligheter att undvika eller mildra konsekvenserna av den föreslagna regleringen.

Förslaget till lag om identifiering av rapporteringspliktiga konton med anledning av FATCA-avtalet

1 kap. 1-3 §§

Första kapitlet i den föreslagna nya lagen består av en innehållsförteckning till lagen (1 §) samt bestämmelser om dess tillämpningsområde (2 §) och vilka som ska tillämpa lagen (3 §).

I 3 § anges således att lagen ska tillämpas av rapporteringsskyldiga finansiella institut (dessa definieras i 2 kap. 19 §). Skyldighet att vidta olika åtgärder föreligger emellertid även för andra finansiella institut, närmast för att säkerställa att rapporteringsskyldighet inte föreligger (se närmare 3 kap.). Mot denna bakgrund föreslår Lagrådet att 2 och

3 §§ slås ihop och omformuleras, samtidigt som 1 kap. i övrigt utformas enligt följande:

1 kap. Lagens tillämpningsområde m.m.

1 § Denna lag gäller för sådan identifiering av konton som finansiella institut ska göra, och som avses i avtalet mellan Sveriges regering och Amerikas förenta staters regering för att förbättra internationell efterlevnad av skatteregler och för att genomföra FATCA (FATCA-avtalet).

Lagen gäller också för sådan identifiering av icke-deltagande finansiella institut (icke FATCA-deltagande finansiella institut) och sådant tillhandahållande av information om betalningar till icke FATCA-deltagande finansiella institut som avses i FATCA-avtalet.

2 § I denna lag finns

- definitioner och förklaringar (2 kap. och 3 kap. 4–20 §§),
- bestämmelser om undantagna finansiella institut, faktiska innehavare och konton (3 kap. 1–3 §§),
- bestämmelser om granskning av befintliga finansiella konton som innehas av fysiska personer (4 kap.),
- bestämmelser om granskning av nya finansiella konton som innehas av fysiska personer (5 kap.),
- bestämmelser om granskning av befintliga finansiella konton som innehas av enheter (6 kap. 1–6 och 9 §§),
- bestämmelser om identifiering av icke FATCA-deltagande finansiella institut och tillhandahållande av information om betalningar till sådana (6 kap. 7 och 8 §§),
- bestämmelser om granskning av nya finansiella konton som innehas av enheter (7 kap.), och
- övriga bestämmelser (8 kap.).

2 kap. 3 §

I paragrafen anges vissa enheter som ska behandlas som "aktiv icke-finansiell enhet". Det rör sig bl.a. om enheter som ägnar sig åt välgörenhet. I punkten 1 a nämns att enheten uteslutande ska vara verksam för "ändamål som avser religion, välgörenhet, vetenskap, konstnärlighet, kultur, idrott eller utbildning".

Enligt punkten 4 krävs dessutom att enhetens intäkter eller tillgångar inte delas ut till eller används till föremål för en privatperson eller en

enhet som inte är en välgörenhetsenhet, utöver om detta sker ”som en följd av enhetens välgörenhetsverksamhet...”. Enligt vad som uppgetts vid föredragningen ska dock FATCA-avtalet förstås så att även t.ex. utdelning av stipendier och liknande i sådan verksamhet som avses i punkten 1 är tillåten, oavsett om detta enligt allmänt språkbruk kan ses som välgörenhetsverksamhet eller inte. Bestämmelsen i punkten 4 skulle därför lämpligen kunna omformuleras så att undantag sker för användning ”som en följd av enhetens fullföljande av de ändamål som anges i 1...”

2 kap. 5 §

I paragrafen lämnas en definition av ”deltagande utländskt finansiellt institut”. Med ett sådant institut avses bl.a. ett institut som ska tillämpa ett avtal med den amerikanska federala skattemyndigheten. Med utländsk i detta sammanhang förstås, enligt vad som upplysts vid föredragningen, icke-amerikanska finansiella institut. Även svenska institut kan således omfattas av definitionen. Vid föredragningen har också framkommit att ordet utländskt även på flera andra ställen i lagen används på detta sätt (se t.ex. 2 kap. 20 § och 3 kap. 12 §), synbarligen därför att FATCA-avtalet har en sådan konstruktion. I vissa bestämmelser i lagen (t.ex. 2 kap 19 § tredje stycket) torde dock ordet utländskt användas för att beteckna ett institut som inte är svenskt.

Att använda uttrycket ”utländskt” på detta sätt medför läsbarhetsproblem. I det fortsatta lagstiftningsarbetet bör frågan ses över. En lösning kan vara att i alla de fall där regleringen avses innefatta även svenska institut, ordet utländskt tas bort, alternativt att uttrycket ”icke-amerikanskt” används.

I paragrafens andra stycke punkten 2 hänvisas till "en sådan filial till ett rapporteringsskyldigt amerikanskt finansiellt institut som är behörig förmedlare om inte filialen är ett rapporteringsskyldigt utländskt finansiellt institut enligt modell 1." Vad som avses med avtal enligt modell 1 framgår emellertid först av en definition som lämnas i 20 §. För att öka läsbarheten bör hänvisningen i punkten 2 därför i stället kunna göras till "om inte filialen är ett sådant rapporteringsskyldigt institut som avses i 20 §."

2 kap. 22 §

I paragrafen anges att termer och uttryck som används i lagen ska ha samma betydelse och tillämpningsområde som i inkomstskattelagen (1999:1229), om inte något annat anges. Det är enligt Lagrådets mening inte relevant att tala om tillämpningsområde i detta sammanhang, varför paragrafen och dess rubrik lämpligen kan formuleras enligt följande:

Betydelsen av vissa termer och uttryck

22 § Termer och uttryck som används i denna lag har samma betydelse som i inkomstskattelagen (1999:1229), om inte något annat anges.

3 kap. 16 §

I paragrafen definieras vad som avses med "viss temporär dödsfallsförsäkring". Ett konto avseende en sådan försäkring är enligt 3 § 1 undantaget från rapporteringsplikt. Definitionen avses motsvara den som anges i avsnitt V punkt C i bilaga II till FATCA-avtalet.

Enligt FATCA-avtalet ska det vara fråga om ett försäkringsavtal som löper ut före det att den försäkrade personen har fyllt 90 år ("with a coverage period that will end before the insured individual attains age

90”). Därtill ska försäkringsavtalet bl.a. uppfylla kravet att premierna ska betalas minst årligen under den tid som avtalet löper eller fram till dess att den försäkrade fyller 90 år, beroende på vilken period som är kortast.

Det har vid föredragningen av lagrådsremissen framgått att det är något oklart vad som i FATCA-avtalet avses med försäkringsavtalets löptid, och hur 90-årsgränsen enligt avtalet ska förstås. I den föreslagna bestämmelsen i 3 kap. 16 § har vissa delar av avtalstexten utelämnats. Lagrådet förordar, även med beaktande av tolkningssvårigheterna, att en närmare anpassning av lagtexten till FATCA-avtalet övervägs i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

4 kap. 2 §

I kapitlets första paragraf regleras den granskning som ska ske av befintliga lågvärdekonton som innehas av fysiska personer.

Av 2 § första och andra styckena följer att denna granskning inte behöver omfatta vissa konton med särskilt låga saldon. I tredje stycket finns en bestämmelse som anger att sådana konton som inte omfattas av denna undantagsregel inte ska anses vara rapporteringspliktiga. Om ett sådant konto granskats enligt 1 § och enligt den bestämmelsen befunnits rapporteringspliktigt, får det finansiella institutet välja att ändå inte behandla kontot som rapporteringspliktigt.

Det har vid föredragningen av lagrådsremissen klargjorts att avsikten är att det finansiella institutet, i de fall det visar sig att 2 § är tillämplig, ska ha en valfrihet att behandla kontot som rapporteringspliktigt om detta skulle ha följt av huvudregeln i 1 §. En sådan valfrihet skulle kunna förenkla hanteringen.

Enligt Lagrådets mening bör paragrafens tredje stycke kunna förtydligas genom att utformas t.ex. på följande sätt:

Konton som vid tillämpningen av första och andra styckena inte omfattas av granskning, ska inte anses vara rapporteringspliktiga konton. Om ett sådant konto ändå har granskats enligt 1 § och då identifierats som rapporteringspliktigt, får det rapporteringsskyldiga finansiella institutet välja om det vill behandla kontot som rapporteringspliktigt eller inte.

Motsvarande förtydliganden bör göras i den reglering som, för andra kontoslag, finns i 5 kap. 5 § andra stycket, 6 kap. 6 § andra stycket och 7 kap. 5 § andra stycket.

6 kap. 3-4 §§

I paragraferna regleras vissa förfaranden för identifiering av rapporteringspliktiga konton. 3 § anger hur det ska fastställas om en enhet som inte är en amerikansk person är ett finansiellt institut. 4 § andra stycket anger förfarandet avseende en annan enhet än ett finansiellt institut eller en aktiv icke-finansiell enhet.

4 § andra stycket bör lämpligen placeras som ett andra stycke i 3 §. Uttrycket "en annan enhet än ett finansiellt institut eller en aktiv icke-finansiell enhet" kan också lämpligen ersättas med "passiv icke-finansiell enhet", se definitionen i 2 kap. 21 §.

6 kap. 5 §

Enligt bestämmelsen ska ett rapporteringsskyldigt finansiellt institut som efter granskningen av ett konto får tillgång till ytterligare information som medför att det finns skäl att anta att dokumentation avseende kontot är oriktig på nytt genomföra den föreskrivna granskningsproceduren.

Enligt vad som uppgetts vid föredragningen ska, om denna nya granskning inte skapar klarhet, kontot behandlas som ett rapporteringspliktigt konto, jämför regleringen i 5 kap. 3 § andra stycket. Detta bör komma till klart uttryck, förslagsvis genom följande tillägg:

Kontot är rapporteringspliktigt om det därefter fortfarande finns skäl att anta att intygande eller annan dokumentation är oriktig eller otillförlitlig, eller om ett intygande som ska inhämtas vid den nya granskningen inte kommer in inom 90 dagar från det att det begärts.

8 kap. 4-8 §§

Kapitlet innehåller ett antal bestämmelser med anknytning till olika bestämmelser i övriga kapitel. Lagrådet förordar att ordningsföljden mellan paragraferna justeras enligt följande:

Föreslagna 6 § ges den nya underrubriken Förmånstagare av dödsfallsförmån och införs som 4 § i kapitlet,
föreslagna 8 § införs som 5 § i kapitlet,
föreslagna 7 § införs som 6 § i kapitlet,
föreslagna 4 § införs som 7 § i kapitlet, och
föreslagna 5 § införs som 8 § i kapitlet.

Övergångsbestämmelserna

Enligt punkterna 5 och 7 i övergångsbestämmelserna ska finansiella institut avsluta ett konto, om ett intygande eller annan dokumentation inte inkommit från kontohavaren eller personer med bestämmande inflytande över kontot vid en viss angiven tidpunkt. Regleringen väcker frågor av både principiell och praktisk natur.

En grundläggande utgångspunkt måste vara att kontoinnehavaren inte får riskera att gå miste om sina tillgångar på kontot och inte heller riskera att drabbas av en värdeminskning till följd av att kontot avslu-

tas. Det bör inte heller komma i fråga att en kontohavare drabbas av att ett konto avslutas utan att kontohavaren fått del av en begäran om att komma in med intygande och informerats om att kontot kan komma att avslutas om sådant intygande inte ges in till det finansiella institutet.

Skyldigheten att avsluta konton omfattar även försäkringar. Det väcker ett flertal frågor, bland annat om försäkringsgivarens möjlighet att avsluta en livförsäkring och om bestämmande av värdet på den försäkring som ska avslutas. Även när det gäller t.ex. fondandelar som förvaltas av ett fondbolag har vid remissbehandlingen påtalats problem som kan uppkomma.

I den fortsatta beredningen bör ytterligare övervägas hur rättssäkerheten för den enskilde kan tillgodoses när bestämmelserna om att avsluta konton aktualiseras och hur rättsliga och praktiska problem som uppkommer för de finansiella instituten och kontohavarna ska lösas.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.