



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Victor Schander

Fåmansföretagsreglerna och riskkapitalfonder

- Kan en delägars andelar i ett värdepappersförvaltande företag anses vara kvalificerade?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Peter Nilsson

Termin för examen: HT16

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Kort bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod och material	6
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Forskningsläget	9
1.6 Terminologi	9
1.7 Disposition	10
2 RISKKAPITALFONDER	11
2.1 Riskkapital allmänt	11
2.2 Fondstrukturen och dess aktörer	12
2.2.1 Limited Partnership	13
2.2.2 General partner	14
2.2.3 Initial Limited Partner	15
2.2.4 Rådgivningsbolaget	15
2.2.5 Key Executives	16
2.3 Särskilda avkastningsformer	16
2.3.1 Carried interest	16
2.3.2 PLA-avtal	16
3 SKATTERÄTTSLIG TOLKNING OCH UTGÅNGSPUNKTER	18
3.1 Beskattningens konstitutionella grund	18
3.2 Tolkning av skattelag	19
3.3 Legalitetsprincipen	20

4	VÄRDEPAPPERSFÖRVALTNING KONTRA VÄRDEPAPPERSRÖRELSE	23
4.1	Gränsdragning mellan kapitalförvaltning och värdepappersrörelse	23
4.2	Risikkapitalfonder och handel med värdepapper	25
5	FÅMANSFÖRETAGARBESKATTNING	27
5.1	Inledning och reglernas syfte	27
5.2	Kvalificerad andel	28
5.2.1	Fåmansföretag	28
5.2.2	När är en andel kvalificerad?	29
5.2.2.1	Verksam i betydande omfattning	30
5.2.2.2	Praxis angående verksam i betydande omfattning	32
5.2.2.2.1	Förvaltning av värdepapper	32
5.2.2.2.2	Förvaltning av fastigheter	33
5.2.2.2.3	Arbete i ett annat företag	34
5.2.3	Diskussion kring verksamhetskravet	35
6	DOMARNA I FÖRVALTNINGSRÄTTEN	38
6.1	Andrén och NC-Gruppen	38
6.1.1	Skatteverkets utredning	38
6.1.1.1	Fondernas struktur	38
6.1.1.2	Avtal och prospekt	40
6.1.1.3	Särskilt om rådgivningsbolaget och rådgivningsavtalet	41
6.1.2	Förvaltningsrättens dom	42
6.2	Kommentar till förvaltningsrättens bedömning	44
7	ANALYS	48
7.1	Kort summering	48
7.2	Fåmansföretagsbeskattning och värdepapperförvaltande bolag	49
7.3	Anställning kontra konsultarbete samt betydelsen av uttagandet av lön	50
7.4	Sammanfattande slutsatser	51
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	53
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	59

Summary

Since the beginning of 2010, the Swedish Tax agency has pursued private equity firms and its owners regarding their favorable revenue an asymmetric dividend, carried interest. In the initial legal proceedings the Swedish Tax agency tried to argue that the private equity funds advisory firm was to be considered the true recipient of carried interest, although the funds' investment agreements stated otherwise. The Tax agencies argument was based on the true meaning of legal transactions, a controversial subject. The Tax Agency lost their case in the Administrative Court of Appeal. The Supreme Administrative Court announced that it would not grant them a review permit, thus the Swedish Tax Agency chose a new strategy - supplementary taxation via the framework of close companies.

The Tax Agency now argues that the funds' partners are so active that the increase in value that occurred as a result of their value-added work in the fund management company. This occurred despite the fact that they are not employees in the fund management company, but consultants in an advisory firm that stands outside of the fund structure. Furthermore, earlier court practice indicates that an investment management company's shares can rarely be considered qualified. Hence they fall outside the framework of close companies, since the value growth often depends on external factors that cannot be linked to a shareholder's efforts.

The Administrative Court during the winter of 2015 and the spring of 2016 announced hundreds of trials where the majority of the various private equity funds owners have been taxed under the close company rules. Although the principal, legal issues are often only briefly discussed by the court, have the author chosen to focus on these and investigate whether the Swedish Tax Agency has a basis for its litigation, based on the framework of close companies and its purpose. The principal uses discussed are thus: *“Can the shares of an investment management company, which particular focus on private equity funds, considered to be qualified?”*, *“Is an actually employment in the company required in order to be considered active to a significant extent?”* And *“To what extent does it matter that a market salary has been paid for the work on assessing whether you have been active to a significant extent?”*

Sammanfattning

Skatteverket har sedan 2010 drivit ett antal processer mot riskkapitalfonder och dess ägare gällande den förmånliga, asymmetriska utdelning som de åtnjuter, benämnd carried interest. I de inledande processerna försökte skatteverket styra över inkomsten från ett bolag till ett annat och där man ansåg att fondens rådgivningsbolag skulle anses vara den egentliga mottagaren av ersättningen, trots att fondavtalen stadgade annat. Skatteverket argumenterade då utifrån rättshandlingarnas verkliga innebörd, en mycket kontroversiell linje. Skatteverket förlorade talan i Kammarrätten och när HFD inte meddelade prövningstillstånd valde Skatteverket att gå på en ny linje för att taxera om grundarna och ägarna till riskkapitalfonderna, nämligen genom fåmansföretagsreglerna.

Skatteverket argumenterar nu istället för att ägarna till fonden är så pass verksamma att den värdetillväxt som uppkommit är en följd av deras värdeskapande arbete i det fondförvaltande bolaget. Detta trots att de inte är anställda i fonden utan i ett rådgivningsbolag som står utanför fondstrukturen. Även tidigare praxis och åsikter inom doktrin visar på att ett värdepappersförvaltande bolags andelar sällan kan anses vara kvalificerade, och faller således utanför fåmansföretagsreglerna, då värdetillväxten ofta beror på omvärldsfaktorer som inte går att hänföra till en delägars arbetsinsatser.

Förvaltningsrätten har under vintern 2015 och våren 2016 meddelat ett hundratal domar där majoriteten av ägarna till de olika riskkapitalfonderna har blivit beskattade enligt fåmansföretagsreglerna. Även om de principiella frågeställningarna ofta bara berörs kortfattat i domarna har undertecknad valt att fokusera på dessa och utreda om Skatteverket har någon grund för sin talan utifrån fåmansföretagsreglerna syfte och utformning. De principiella frågorna som berörs är: *”Kan andelarna i ett värdepappersförvaltande bolag, med särskild fokus på riskkapitalfonder, anses vara kvalificerade?”*, *”krävs det en anställning i bolaget för att man ska kunna anses vara verksam i betydande omfattning?”* och *”i vilken mån spelar det någon roll att en marknadsmässig lön har utgått för arbetet i bedömningen om man har varit verksam i betydande omfattning?”*

Förord

11 terminer på universitet är svåra att summera och jag har under resans gång ramlat in i ändlöst många människor som inspirerat mig och förgyllt min vardag. Talesättet "ingen nämnd, ingen glömd" känns som en enkel men ack så orättvis utväg. Vissa personer måste få sitt tack.

Jag vill tacka min handledare, Peter Nilsson. Du har varit ett ovärderligt bollplank och ständigt lett mig in på rätt spår när jag har varit helt ute och cyklat.

Främst vill jag tacka min familj, Anette, Jacob och Therese. Ni har alltid stöttat mig oavsett vad det än har handlat om. Trots era egna kamper så finns ni alltid där med gränslös kärlek.

Sedan måste jag lyfta fram den omåttligt romantiska kulturtanten, Mathilda Tarandi. Vår SMS-konversation fyller fler ungdomsböcker än vad som är rimligt och skulle kunna driva ner vilken förnuftig person som helst i fördärvet. Vi har även den eviga förebilden, Linus Hagman; min danspartner tillika bank, Johanna Bjursmarck (vilka sneakers ville du ha?); och de fem vita riddarna Rasmus Ringström, Henning Rönström, Adam Follin, Carl-Johan Storsten och Svante Karlström för de visat stor lojalitet och vänskap.

Shout-out till N-Gang och Go Bears!

Stockholm, Januari 2017

Victor Schander

Förkortningar

GP	General Partner
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
ILP	Initial Limited Partner
IMA	Investment Management Agreement
KamR	Kammarrätten
LP	Limited Partnership
LPA	Limited Partnership Agreement
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv
PIA	Parallell Investment Agreement
PLA	Participating Loan Agreement
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RF	Regeringsformen (1974:152)
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SRN	Skatterättsnämnden

1 Inledning

1.1 Kort bakgrund

Ur askan efter förlusten i pilotmålet mot riskkapitalbolagen reser sig Skatteverket med en ny strategi för att hårdare beskatta den förmånliga avkastningen, benämnd carried interest, som riskkapitalisterna erhåller. Carried interest är en asymmetrisk vinstfördelning där externa investerare upplåter en del av sin avkastning till förmån för riskkapitalfondens grundare, betecknade Key Executives. Man kan fråga sig vilka incitament investerarna har för att frångå den sedvanliga utdelningsfördelningen där man procentuellt får en lika stor del av avkastningen som man äger andelar i bolaget. Skatteverket menar att investerarna upplåter en del av sina vinster för det arbete och värdeskapande som fondens grundare tillför fonden. En tanke som riskkapitalbranschen och dess ombud inte delar.

I pilotmålet ansåg Skatteverket att den carried interest som betalats ut och som genom fondavtal skulle gå till fondens grundares ägarbolag istället skulle hänföras till ett rådgivningsbolag. Rådgivningsbolaget stod utanför fondstrukturen men grundarna till fonden arbetade heltid i bolaget med att ge rådgivning åt fondens förvaltningsbolag. Genom sin argumentation utifrån doktrinen om handlingars verkliga innebörd och rätt skattesubjekt hoppades Skatteverket kunna visa att den carried interest som nu beskattades hos fondens grundare i det lägre beskattade inkomstslaget kapital istället skulle hänföras till rådgivningsbolaget där personerna skulle beskattas i inkomstslaget tjänst. Kammarrätten delade inte Skatteverkets bedömning utan ansåg att det rådgivningsarvode rådgivningsbolaget fått ta del av är den enda inkomst de hade rätt till.

När HFD inte meddelade prövningstillstånd kunde man få intrycket av att frågan var avklarad. Den carried interest som har betalats ut skulle beskattas i inkomstslaget kapital. I ett pressmeddelande förklarade Skatteverket att de dragit slutsatsen att de istället kommer att låta domstolarna pröva om delägarna ska beskattas enligt fåmansföretagsreglerna såsom ägare av fondens förvaltande bolag för de belopp de fått ut.¹

I och med detta väcks många principiella frågor rörande fåmansföretagsbeskattningen och kvalificerade andelar. Tidigare praxis har gett indikationer på att ägare till värdepappersförvaltande bolag, vilket nu är föremålet för bedömningen, inte kan få sina andelar kvalificerade. Mycket för att den värdeutveckling som har skett i dessa bolag är beroende av omvärldsfaktorer som inte är en följd av delägarens arbetsinsatser. Andelsägarna kan då inte sägas ha varit verksamma i betydande

¹ Skatteverkets Pressmeddelande, *Skatteverket fortsätter granska riskkapitalbranschen*, 2014-11-14.

omfattningen, ett av rekvisiteten för att andelarna ska anses vara kvalificerade.

Vidare väcks frågor då delägarna inte är anställda i det fondförvaltande bolaget utan dess tjänster blir inköpta såsom konsulttjänster. För detta får de en marknadsmässig lön av rådgivningsbolaget. Vad säger praxis och doktrinen vid bedömningen om andelarna är kvalificerade när en marknadsmässig ersättning utgått då syftet med lagstiftningen är att förhindra omvandling av lön till avkastning?

Under december månad 2015 och under den följande våren kom en rad rättsfall från förvaltningsrätten i Stockholm där utgången ofta blev att mottagarna av carried interest blev beskattade enligt fåmansföretagsreglerna - även de personer som tidigare låg för prövning i pilotmålet. Det finns därför anledning att analysera ovan nämnda frågor och se om förvaltningsrätten har en rättslig grund för sin bedömning.

1.2 Syfte och frågeställning

Det har avgjorts ett hundratal rättsfall av förvaltningsrätten angående riskkapitalfonder och carried interest där domstolen har bedömt om det finns utrymme att beskatta dess grundare enligt fåmansföretagsreglerna. Syftet med uppsatsen är att med grund i aktuella mål om carried interest analysera de principiella frågor som väcks i och med detta.

Den övergripande frågan är om det finns utrymme, i och med mottagandet upptagandet av carried interest, för att beskatta Key Executives enligt fåmansföretagsreglerna. För att kunna utreda denna fråga kommer utredningen att beröra frågeställningarna:

- Kan andelarna i ett värdepappersförvaltande bolag, med särskild fokus på riskkapitalfonder, anses vara kvalificerade?
- Krävs det en anställning i bolaget för att man ska kunna anses vara verksam i betydande omfattning?
- I vilken mån spelar det någon roll att en marknadsmässig lön har utgått för arbetet i bedömningen om man har varit verksam i betydande omfattning?

1.3 Metod och material

Syftet med uppsatsen är att utreda gällande rätt och lämpligen används då den rättsdogmatiska metoden. Den rättsdogmatiska metoden innebär att allmänt accepterade rättskällor tillämpas för att lösa ett rättsligt problem. Dessa får

anses utgöras av lagar, praxis, förarbeten och doktrin.² Jarleborg beskriver rättsdogmatik som *en rekonstruktion av rättsystemet*.³ Rättskällorna får anses besitta olika dignitet vilket i sin tur skapar en inbördes hierarki. Ur ett allmänrättsligt perspektiv kan Peczeniks uppdelning av rättskällorna få utgöra grunden för den hierarkiska ordningen där nationell lagtext *ska* beaktas, rättspraxis och förarbeten *bör* beaktas och slutligen att doktrinen *får* beaktas.⁴ Särskilt inom skatterätten är det viktigt att beakta rättskällornas inbördes hierarki då det rör sig om en offentlig tvångsmakt. Det är av särskild vikt att den enskilda kan förutspå de skatterättsliga konsekvenserna utan att det ställs orimliga krav på juridisk kompetens.⁵

Lagtexten *ska* beaktas och den viktigaste lagen för utredningen är IL. I arbetet analyseras begrepp som ”verksam i betydande omfattning”, ”värdepappersförvaltning” och ”värdepappersrörelse”. Lagen ger i dessa fall sällan en god vägledning om begreppens innebörd utan tidigare praxis och förarbeten måste konsulteras för att kunna ge ett bättre svar.

Genom att använda sig av rättspraxis, som är en rättskälla som *bör* beaktas, kan flera av begreppen förklaras närmare. Det finns omfattande rättspraxis kring de begrepp som beskrivits ovan. Avseende gränsdragningen mellan värdepappersförvaltning och värdepappersrörelse får flertalet frågor, relevant för arbetet, anses vara besvarade genom rättspraxis för att kunna göra en generell bedömning om var gränsen går.⁶ Vidare har begreppet ”verksam i betydande omfattning” som kan avgöra om en delägars andelar är kvalificerade återkommande varit under HFD:s mikroskop. Det bör kort sägas här att förvaltningsrättens domar inte kan anses bära något prejudicerande värde, men kan ändå vara intressanta för att finna det juridiska resonemanget som förts. Då omständigheterna ofta skiljer sig åt, exempelvis delägarnas formella position i bolaget, aktivitetsgrad, bolagets verksamhet, var bolagets vinster härrör ifrån etc. är det svårt för domstolen att utveckla prejudicerande rättsfall för skatteverket och underdomstolarna. Däremot har HFD i vissa fall utvecklat en rättspraxis som kan ge vägledning för att besvara frågeställningarna varav en genomgång av dessa är befogat. För att försöka utröna begreppets betydelse har domstolarna regelbundet återgått till förarbetena för att fastställa lagens motiv och tillämpningsområde varav en genomgång av reglernas ursprung och syfte inleder avsnitt 4 som behandlar reglerna kring fåmansföretagsbeskattning.⁷

Den sista rättskällan, doktrin, har visserligen lägst dignitet av rättskällorna men kan ändå vara vägledande genom den argumentation och inre logik som förs av författaren.⁸ I arbetet har nästan uteslutande svensk doktrin använts.

² Kleineman, 2013, s. 21.

³ Jarleborg, 2004, s. 4.

⁴ Peczenik, 1995, s. 35 f.

⁵ Se mer om detta i avsnitt 3.

⁶ Se avsnitt 4.

⁷ Dessa är främst prop. 1989/90:110 och SOU 2002:52.

⁸ Kleinmann, 2013, s. 33.

Viss utländsk doktrin har använts för att hämta information om riskkapitalfonder.

1.4 Avgränsningar

Som ovan nämnt har förvaltningsrätten avgjort hundratalet mål sedan december 2015.⁹ Utgången i målen skiljer sig åt men den stora majoriteten av domarna fick utgången att personerna delvis ska beskattas i tjänst, det vill säga enligt fåmansföretagsreglerna, istället för fullt ut i kapital för sin utdelning av carried interest. Eftersom bolagen och fondernas struktur till viss del skiljer sig åt och även att personerna har haft olika funktioner i bolagen har utgången varierat. Däremot är den rättsliga utgångspunkten och bedömningen i stort sett densamma i samtliga rättsfall. En grundlig genomgång av ett rättsfall ger tillräcklig med information för att kunna utröna de rättsliga frågor domstolen ställs inför och för att kunna besvara frågeställningarna. En genomgång av samtliga personers funktioner i bolagen och fondernas struktur och hur detta har påverkat utgången ligger utanför arbetets syfte. Frågan om förvaltningsrättens bedömning i ett enskilt fall är korrekt eller inte kommer därför inte besvaras utan det exempel som tas upp är för att ge en inblick och ökad förståelse för riskkapitalbranschen och dess verksamhet. En granskning av hur den formella positionen *kan påverka* utgången kommer att göras i genomgången av fåmansföretagsreglerna för att öka läsarens förståelse för reglernas tillämpningsområde.

I och med att det i målen handlar om eftertaxering ställs högre beviskrav på Skatteverket. Då detta berör utgången i enskilda mål och inte ovan principiella frågeställningar kommer det ämnet och hur det kan påverka utgången inte att behandlas.

I vissa mål har skatteverket diskuterat frågan om det rör sig om samma eller likartad verksamhet.¹⁰ Detta är ett ämne som av utrymmesskäl inte kan behandlas i uppsatsen. Vidare har det ingen påverkan om personen kan anses vara verksam i betydande omfattning som är en självständig prövning oberoende av om det rör sig om samma eller likartad verksamhet. Däremot kan den senare bedömningen avgöra om andelarna ska vara kvalificerade, detta ligger dock utanför arbetets avgränsning.

Aktuella rättsfall berör även frågor av processuell beskaffenhet, exempelvis *litis pendis* och ändring av talan, då målen tidigare har varit för bedömning gällande klassificering av inkomsten. Även dessa frågor ligger utanför uppsatsens syfte och kommer inte behandlas.

⁹ Den 17 november 2015 var antalet uppe i 120 stycken för cirka 20 personer och gällde fonderna Litorina, Segulah och Triton. Ytterligare 460 mål med anknytning till riskkapitalfonder avgjordes under våren 2016 varav det i uppsatsen genomgångna målet för André och fonden Nordic Capital som avgjordes den 20 april. Se Infotorg, 2015-12-17.

¹⁰ Exempelvis förvaltningsrätten i Stockholms dom meddelade den 17 december 2015, mål nr. 62-64-14.

1.5 Forskningsläget

Flertalet rättsvetenskapliga uppsatser, särskilt tidigare examensarbeten, har behandlat frågan om beskattning av carried interest. Författarna har då diskuterat den fråga som väcktes i samband med pilotmålet om hur carried interest ska klassificeras och rättshandlingars verkliga innebörd där Skatteverket försökte styra över inkomsten från ett bolag till ett annat. Detta skulle få följden att inkomsten skulle beskattas i inkomstslaget tjänst istället för kapital. Det finns även arbeten som till viss del behandlat frågan om fåmansföretagsbeskattning för riskkapitalbolagen men författaren har då valt att begränsa denna del för att kunna ge större utrymme för försträmnda frågeställning. De har inte heller brutit ner ämnet i de frågeställningarna undertecknad har valt. Vidare har förvaltningsrättens domar meddelats vilket ger mer underlag att behandla ämnet med.

För att besvara den övergripande frågeställningen och för att uppfylla arbetes syfte har ämnet brutits ned i flera frågeställningar av generell karaktär. Avseende den första frågeställningen om kvalificerade andelar för värdepappersförvaltande bolag får ämnet anses vara vitt kommenterat i artiklar och doktrin. Detta i anslutning till den stora mängd praxis som har utvecklats på ämnet. Däremot har omständigheterna i målen som berör frågan skilt sig åt från nu aktuella fall varav det får anses vara intressant att diskutera ämnet vidare.

Avseende den andra frågan om det krävs anställning i bolaget har frågan inte berörts närmare i doktrinen utan mer bestått av ett konstaterande av den utvecklade praxis som finns i och med HFD:s avgörande från 2013. Anledningen till frågeställningens förekomst i arbetet är att det kort berörs i förvaltningsrättens domar. Det har även i viss mån kritiserats av andra arbeten som behandlat denna fråga.

Den sista frågeställningen om vilken hänsyn som ska tas till att en marknadsmässig lön har tagits ut har inte diskuterat i någon större mån i doktrinen vilket enligt undertecknad förefaller märkligt då syftet med lagstiftningen är att förhindra att upparbetad lön tas ut som avkastning.

1.6 Terminologi

Vid en beskrivning av riskkapitalbranschen används till stor del engelska termer då marknaden präglas av stora internationella aktörer. Detta får följden att termerna i den svenska doktrinen, rättsfallen och förarbetena kan skilja sig åt. För exempelvis uttrycket Key Executives används sporadiskt uttryck som nyckelpersoner, key men, partners, principals m.m. Undertecknad försöker vara konsekvent i terminologin med begrepp som på ett internationellt plan får anses vara allmänt accepterade. I viss mån går det att översätta de engelska termerna till en någorlunda rättvis svensk översättning men ibland skapar det en begreppsförvirring och det har av denna anledning undvikits.

1.7 Disposition

Det inledande avsnittet, avsnitt 2, kommer kortsiktigt att behandla riskkapitalmarknaden och fondernas struktur men även den avkastning, carried interest, som ligger för prövning. Denna del är av övergripande natur och får anses utgöra ett allmänt ramverk för hur en riskkapitalfond ser ut och hur branschen fungerar. Avsnittet är ingen nödvändighet för att besvara de tre frågeställningarna som ämnet har brutits ner i men syftet är att sätta in läsaren i en kontext där frågeställningarna aktualiseras vilket förhoppningsvis gör läsningen mer intressant.

Avsnitt 3 behandlar skatterättsliga utgångspunkter. Det kan tyckas att ämnet behandlas väldigt kort i den senare analysdelen och för att besvara frågeställningarna. Det är däremot av vikt att ständigt bära med sig de skatterättsliga tolkningsmodellerna vid bedömningen av skatterättsliga frågor. Även legalitetsprincipen, likhetsprincipen och neutralitetsprincipen förekommer återkommande i uppsatsen.

Avsnitt 4 behandlar frågan om gränsdragningen mellan ett värdepappersförvaltande bolag och en värdepappersrörelse. Det har i doktrinen diskuterats flitigt om delägare i värdepappersförvaltande bolag kan få sina andelar kvalificerade varav många anser att detta enbart är möjligt om bolaget anses bedriva en värdepappersrörelse. Det finns även här utrymme att diskutera skillnaden mellan de värdepappersförvaltande som tidigare legat för prövning för fåmansföretagsbeskattning och de förvaltningsbolag i riskkapitalfonderna som nu ligger för prövning.

Avsnitt 5 inleds med att behandla fåmansföretagsreglerna och dess syfte på ett övergripande plan. Allteftersom bryts reglerna ner för att sedan behandla frågan om vad som gör en andel kvalificerad. Avsnittet avslutas med hur diskussionen som berör arbetets frågeställningar ser ut.

Det sista avsnittet innan analysen, avsnitt 6, går in på djupet av ett aktuellt rättsfall. Många av de överväganden förvaltningsdomstolen gör har sin grund i det gedigna granskningsarbetet som har arbetats fram av Skatteverket. I avgränsningen framgår att en bedömning av ett enskilt fall inte kommer att behandlas, däremot ger djupdykningen ytterligare förståelse för de bedömningar förvaltningsrätten gör av de principiella frågorna samt ger en tydligare bild av det värdeskapande arbetet Key Executives och övriga anställda i rådgivningsbolaget gör för och i förvaltningsbolaget.

I det sista avsnittet analyseras riskkapitalbranschen och frågeställningarna kommer att besvaras.

2 Riskkapitalfonder

2.1 Riskkapital allmänt

Inledningsvis kan det vara klargörande att utreda några begrepp inom riskkapitalbranschen. Även om Sverige har många internationella aktörer och kan anses vara en av de större aktörerna på marknaden i Europa så präglas den svenska riskkapitalmarknaden starkt av utvecklingen i USA och Storbritannien och därmed även terminologin.¹¹ Till att börja med görs en gränsdragning mellan lånekapital och riskkapital. Det förstnämnda innebär att ett bolag kan finansiera sin verksamhet med lånat kapital och där utlånanen får avkastning i form av ränta på det utlånade kapitalet.¹² Riskkapital är däremot en investering i ett bolag som innebär att investeraren erhåller en ägarandel i bolaget, eller en möjlighet till detta. Således är riskkapital alla investeringar som placeras i ett bolags eget kapital – publika som privata bolag. Anledningen till att det benämns riskkapital är att investeraren ofta tar en större risk än andra finansiärer.¹³ Bolaget måste alltid betala sina räntor till långivaren, oavsett om det är vinstgenererande eller inte. Däremot kan bolagets ägare endast få avkastning vid eventuell avyttring eller vid utdelning om det är möjligt med hänsyn till bolagets ekonomiska ställning.¹⁴

För att särskilja investeringar i noterade och onoterade bolag används begreppen public equity och private equity, där den sistnämnda avser investeringar i onoterade bolag och som är föremålet för uppsatsen. Private equity delas vidare in i venture capital och "buy-out". Venture capital¹⁵ hänförs till investeringar i bolag i tidigare utvecklingsfaser medan investeringar i bolag i senare utvecklingsfaser oftast brukar hänföras till "buy-out".¹⁶

Utöver att tillföra just finansiering, som portföljbolagen behöver för att överkomma vissa ekonomiska hinder, kan private equity-bolag bidra med kompetens, nätverk, ägarstyrning samt kredibilitet genom styrelsearbete, rådgivning och löpande kontakter med företagsledningen. Kredibiliteten är ofta vid stor betydelse när man söker vidare investering. Vid just private equity-fonder är de största ägarna passiva, externa investerare som enbart bidrar med fritt kapital.¹⁷ De passiva, externa ägarna bidrar därför sällan med

¹¹ Svenska private equity-bolag tillfördes 2011 ca 5,6 miljarder euro och placerade sig på tredje plats i Europa. Se EVCA. Yearbook 2012. Activity Data on fundraising, Investments and Divestments by Private Equity and Venture Capital Firms in Europa.

¹² Nyman m.fl., 2012, s. 15.

¹³ Vid bl.a. obestånd är det investeraren i aktiekapitalet som har sämsta rätt.

¹⁴ Nyman m.fl., 2012, s.16.

¹⁵ Även kallad såddfinansiering eller uppstartsfinansiering.

¹⁶ Nyman m.fl., 2012, s. 16 f.

¹⁷ De externa investerarna brukar stå för ungefär 99% av det totala investeringsåtagandet. Se vidare Skatteverkets beslut 2010-12-21, s. 6.

förvaltning utan detta lämnas oftast till det fondförvaltande bolaget. Avsikten är att de onoterade bolagen under en begränsad till ska omstruktureras och verksamheten ska effektiviseras. Efter en period om cirka 10-12 år för venture capital-fonder och 3-8 år för buyout-fonder avyttras portföljbolagen, en s.k. exit sker, och avkastningen fördelas mellan investerarna.¹⁸

2.2 Fondstrukturen och dess aktörer

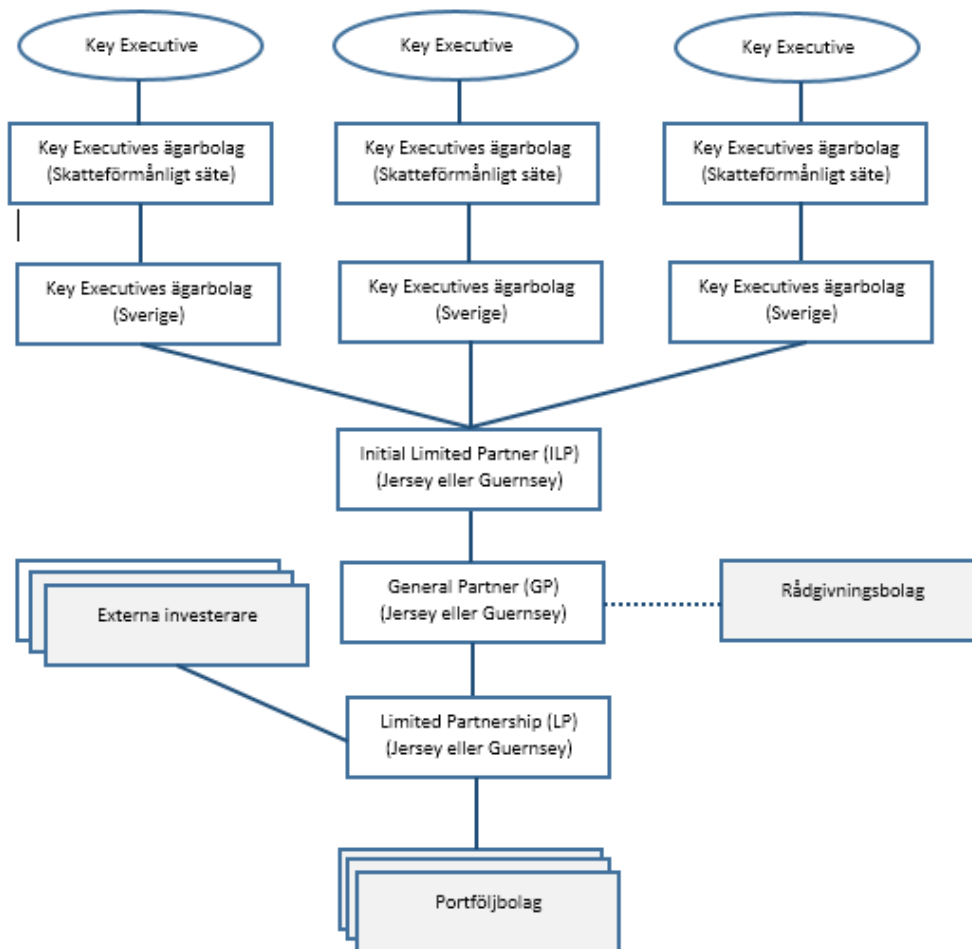
En private equity-fond är i allmänhet stängd vilket innebär att investerare blir inbjudna till rätten att få finansiera i fonden. Investerarna är ofta stora, och av varandra oberoende, institutioner som exempelvis pensionsfonder, försäkringsbolag, banker och universitet.¹⁹

Nedan redovisas för hur en private equity-fond kan vara strukturerad. Även om strukturerna kan skilja sig åt, exempelvis genom associationsform, kan strukturen nedanför ge en god förståelse för hur en sedvanlig private equity-fond kan vara utformad. I de nyligen avgjorda förvaltningsrättsdomarna kring carried interest följer fondstrukturerna vanligtvis nedan redovisade struktur. Vanligtvis brukar de europeiska fonderna ha Guernsey eller Jersey som bas av skattemässiga skäl. Private equity-fonden har som mål att minimera skatteavbränningen från vinst som uppstår vid avyttring av dess portföljbolag fram till dess att vinsterna kommer i investerarnas besittning. Med andra ord är målet att beskattning ska ske där investeraren har sin hemvist.²⁰ Skattereglerna i Guernsey och Jersey har fördelaktiga skatteregler i förhållande till länderna där investeringen görs.

¹⁸ Finansdepartementets promemoria, *Beskattning av vissa delägare i riskkapitalfonder*, s. 38.

¹⁹ Dessa institutioner brukar, utifrån sina initiala tillgångar, ha en relativt liten del av sina medel investerade i riskkapitalfonder. Vanligtvis brukar det röra sig om 10 procent av sitt totala kapital. Se vidare Landström, 2007, s. 160.

²⁰ Nyman m.fl., s. 37.



2.2.1 Limited Partnership

Vanligtvis brukar fonden utgöras av ett på Jersey eller Guernsey registrerat Limited Partnership (LP)²¹ som består av en General Partner (GP), limited partners och Initial Limited Partner (ILP).²² En LP är att likna vid en kontraktuell överenskommelse om ett investeringsåtagande där en General Partner via fullmakt företräder investerarna genom ett Limited Partnership Agreement (LPA). LP är således inte en egen juridisk person, utan ett mellanting mellan ett enkelt bolag och ett kommanditbolag, men får ändå kännetecknas som att det utgör själva private equity-fonden.²³ LP och dess utformning fyller två syften – finansiering av fonden och kontraktsförhandlingar.²⁴ Avseende finansieringen brukar de externa investerarna åta sig att stå för omkring 97-99% av fondens kapital. Genom

²¹ Bildandet av Limited Partnerships i Storbritannien följer reglerna i Limited Partnership Act 1907.

²² Vanligtvis är limited partnerships registrerade på Jersey eller på Guernsey för att hålla strukturen skattemässigt transparent. D.v.s. strukturen möjliggör undvikande av dubbelbeskattning av investerare med olika hemvist. Se Skatteverkets eftertaxeringsbeslut, 2012-06-06, s. 8.

²³ Finansdepartementets promemoria, *Beskattnig av vissa delägare i riskkapitalfonder*, s. 38.

²⁴ Landström, 2007, s. 160.

sin finansiering erlärer inte investerarna allt kapital på en gång, utan fondförvaltaren avropar finansiering över tid när kapital behövs för nya investeringar. Det kan ta några år innan finansiären når sitt fulla, finansiella åtagande.²⁵ En riskkapitalfond har oftast ingen överskottslikviditet som ska förvaltas genom placeringar i likvida tillgångar utan enbart innehav i olika onoterade bolag. Angående LP:s andra syfte, kontraktsförhandlingarna, bestäms bl.a. ersättningsformerna. Här behandlas GP:s management fee men även carried interest.

LP har tre fördelar ur ett juridiskt perspektiv. För det första hindrar, eller åtminstone mildrar, det den dubbelbeskattning som istället skulle kunnat ske om fonden i detta skede hade varit en juridisk person. Investerarna beskattas vid en avyttring av fondens investeringar på samma sätt som om de hade ägt portföljbolagen direkt. Fondens vinster hänförs istället till dess delägare och beskattas där.²⁶ En försäljning av andelarna i LP ses som en inkråmsförsäljning och inte som en andelsförsäljning.²⁷ För det andra går det att bestämma parternas enskilda ansvar där fondförvaltaren, GP-bolagen, ofta har ett obegränsat ansvar och de externa investerarna har ett begränsat ansvar. Detta kan liknas vid ett kommanditbolag där GP är komplementär och limited partners är kommanditdelägare.²⁸ Detta med fördel då det är GP som sköter och bestämmer över den löpande förvaltningen utan de externa investerarnas inblandning. För det tredje står det parterna friare att förhandla deras inbördes roller och ta tillvara sina intressen.²⁹

2.2.2 General partner

GP-bolaget ägs indirekt av fondens grundare och är förvaltare av fonden. Bolaget tar alla beslut om köp och försäljning, etablering, upplåning och avveckling av fonden m.m. Då LP enligt engelsk lag inte kan äga tillgångar eller vara part i domstolar så agerar GP-bolaget för fondens räkning i LP:s namn. För detta får bolaget en årlig förvaltningsersättning, management fee, vanligtvis 1–3 procent av investerat kapital.³⁰

GP, som ägs av grundarna till fonden, brukar investera egna medel i fonden, vanligtvis 1–3 procent av det tillskjutna kapitalet. GP har ofta en aktiv styrelse som har en nära kontakt med företagsledningen i portföljbolagen för att förbättra rörelseresultaten och kassaflöde för att öka portföljbolagens värde.³¹ Avkastningen till investerarna är beroende av resultatet av GP:s förvaltning och administration av portföljbolagen. Det bör dock tilläggas att det inte finns några anställda i bolaget som jobbar med att ta fram förslag till förvärv, förädling och avyttring av portföljbolagen. Detta arbete sköts av ett rådgivningsbolag som GP-bolaget har ingått ett rådgivningsavtal med.

²⁵ Landström, 2007, s. 162.

²⁶ Von Bahr, 2014, s. 157.

²⁷ Se Barenfeldt, 2005, s. 303 f. och Staberg, 2006, s. 115 ff.

²⁸ Bergqvist m.fl., 2011, s. 333.

²⁹ Landström, 2007, s. 162 f.

³⁰ Se Skatteverkets eftertaxeringsbeslut, 2012-06-05, s. 7 ff.

³¹ Finansdepartementets promemoria, *Beskattning av vissa delägare i riskkapitalfonder*, s. 37.

Styrelsen i GP-bolaget består av erfarna investeringskunniga personer som är oberoende, med andra ord inte närstående, till de externa investerarna, Key Executives eller de anställda i rådgivningsbolaget.³²

Den verksamhet som GP-bolaget företar är tillståndspliktig i det land, vanligen Jersey eller Guernsey,³³ där det är registrerat och står under tillsyn av denna jurisdiktions finansinspektion.³⁴

2.2.3 Initial Limited Partner

Moderbolaget till GP-bolaget är vanligtvis en Initial Limited Partner (ILP). En ILP upprättas vid fondens bildande för att finansiera fondetableringen och de första investeringarna. Ägare till ILP-bolaget är de s.k. nyckelpersonerna, fortsättningsvis Key Executives, som äger bolaget antingen direkt eller indirekt genom bolag registrerade i olika länder. Genom dessa olika ägarbolag äger Key Executives samtliga andelar i ILP. Genom att själva investera kapital i fonden visar de dem externa investerare att även de har ett intresse av att fonden går med vinst.³⁵

2.2.4 Rådgivningsbolaget

Vid sidan av fondstrukturen finns ofta ett rådgivningsbolag som inte ingår i fondens koncernstruktur tillsammans med LP, GP och ILP. Vanligtvis ägs inte rådgivningsbolaget av Key Executives eller andra investerare utan det ägs av, ur fondens perspektiv, oberoende personer eller bolag vilket kommer framgå av redogörelsen av rättsfallet nedan.³⁶ Rådgivningsbolaget har ett rådgivningsavtal med GP-bolaget om att ge råd kring investeringar och avyttringar samt bevakning av investeringar till fonden. För detta arbete får rådgivningsbolaget en marknadsmässig ersättning.³⁷ Rådgivningsbolaget har ingen möjlighet att förvalta eller ta faktiska beslut i fonden, utan det är GP-bolaget som har ett obegränsat ansvar för beslut och förvaltning. I rådgivningsbolagen finns personal och team med kompetens om portföljbolagen och den lokala marknaden. Personalen i rådgivningsbolagen kan även sitta i portföljbolagens styrelser för att lättare genomföra den strategi som tagits fram för att skapa värdetillväxt.³⁸

³² Bergqvist m.fl., 2011, s. 334.

³³ Vanligtvis har bolaget säte på Jersey och lyder under Companies (Jersey) Law 1991.

³⁴ Bergqvist m.fl., 2011, s. 333.

³⁵ Landström & Mason, 2012, s. 47 ff.

³⁶ Det finns fondstrukturer där ägarna till ILP-bolagen, Key Executives, även äger, direkt eller indirekt, rådgivningsbolagen. Dessa strukturer kommer inte behandlas närmare i avhandlingen mer än i en diskussion i analysen om vad det kan ha för betydelse att ägarna sitter på dubbla stolar. D.v.s. de äger både det fakturerade och fakturerande bolaget gällande rådgivningsverksamheten.

³⁷ För Nordic Capital-gruppens Fond III och Fond IV har det aktuella rådgivningsbolaget fakturerat GP ett rådgivningsarvode om 66 223 700 kronor respektive 64 408 184 kronor.

³⁸ Finansdepartementets promemoria, *Beskattnings av vissa delägare i riskkapitalfonder*, s. 39.

2.2.5 Key Executives

Som ovan nämnt är det grundarna till fonden som gemensamt äger ILP-bolagen genom olika bolag och bolagsstrukturer. Key Executives är alltså indirekta ägare till ILP-bolagen och tillika GP-bolagen. De har vid fondens bildande en affärsidé om en investeringsstrategi de åtar sig att genomföra och tar fram ett prospekt. Prospektet skickas sedan till utvalda externa finansiärer som ges möjlighet att investera i fonden. De arbetar heltid i rådgivningsbolaget och sitter ofta i styrelsen eller företagsledande positioner i portföljbolagen.

2.3 Särskilda avkastningsformer

2.3.1 Carried interest

Carried interest, även kallad särskild vinstandel, är i riskkapitalbranschen en internationellt väletablerad ersättning som innebär att grundarna till private equity-fonden erhåller en särskild del av vinsten. Det sker således en asymmetrisk vinstfördelning som inte stämmer överens med ägarandelen i fonden. Vinstfördelningen brukar vanligtvis se ut enligt följande.³⁹ Investerarna erhåller sitt insatta kapital jämte viss garanterad avkastning, kring 8 procent av investerat kapital, efter att förvaltningsavgifter har betalats till GP-bolaget (s.k. hurdle rate). Efter investerarna har fått sin garanterade avkastning brukar vinstfördelningen ändras till 80/20. Det innebär att 20 procent av avkastningen går till GP-bolaget, och slussas vidare till ILP, som enbart har investerat 1–3 procent av kapitalet. De externa investerarna får 80 procent av avkastningen istället för 97–99 procent som motsvarar deras ägarandel.⁴⁰ I praktiken krävs en avkastning på mer än 10–15 procent för att carried interest ska utgå. Det är denna carried interest som är för prövning och som Skatteverket anser inte ska beskattas enbart i kapital.⁴¹ Då GP-bolaget får en management fee för förvaltningen brukar den ersättning som förhandlas fram i LP kallas för ”the 2 and 20 rule”, d.v.s. 2 procent i management fee och 20 procent i carried interest.⁴²

2.3.2 PLA-avtal

Ett PLA-avtal, Participating Loan Agreement, innebär att den anställde i rådgivningsbolagen lånar ut pengar till ILP-bolagen. Det lånade kapitalet används sedan till investeringar i särskilda projekt, oftast direktinvesteringar i portföljbolagen. Om investeringen är framgångsrik erhåller den anställde en

³⁹ Den redovisade fördelningen är den som brukar användas. Landström och Mason diskuterar faktorer som kan spela in på ersättningens storlek; såsom erfarenhet, branscher, storlek på fonden etc. Se vidare Landström & Mason, 2012, s. 55.

⁴⁰ Finansdepartementets promemoria, *Beskattning av vissa delägare i riskkapitalfonder*, s. 40.

⁴¹ Bergqvist m.fl, 2011, s. 334.

⁴² Landström, 2007, s. 162 f.

del av carried interest. Vinst eller förlust på en investering, profit on shares, uppgår till ett belopp som är direkt hänförligt till den realiserade investeringen som görs i portföljbolaget. Utöver detta får den anställda en ”interest” vars modell är snarlik den ovan beskrivna carried interest.

Av PLA-avtalen framgår att syftet är att den anställda ska få en möjlighet att delta i fondens investering och erhålla en andel av carried interest. Om den anställda inte kan arbeta med rådgivningen, exempelvis p.g.a. sjukdom, har ILP-bolagen rätt att återköpa hela eller en del av investeringen som skett genom PLA-avtalet.⁴³

⁴³ Se Skatteverkets eftertaxeringsbeslut, 2012-06-05, s. 40 ff.

3 Skatterättslig tolkning och utgångspunkter

3.1 Beskattningens konstitutionella grund

Skatter utgår mellan de som betalar skatt och stat och kommun med tvångsbidrag på grundval av lag. Annorlunda uttryckt rör det sig om en offentlig tvångsmakt. Vid en tillämpning och tolkning av skattelag ställs det rimliga krav på rättssäkerhet.⁴⁴ Former av fri lagtolkning där en domare efter eget skön separerar sig från lagtexten och finner den orimlig, obsolet etc. är inte acceptabelt på skatterättens område. Det finns således en relativt klar uppfattning om rättskällornas inbördes förhållande och hur en domstol ska förhålla sig till dessa vid val av tolkningsmetoder.⁴⁵

Regeringsformen stadgar i 8 kap. 2 § att föreskrifter ska meddelas via lag om de avser förhållandet mellan enskilda och det allmänna under förutsättningar att föreskrifterna gäller skyldigheter för enskilda eller i övrigt avser intrång i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden. I 8 kap. 3 RF stadgas vidare att riksdagen kan bemyndiga regeringen att meddela föreskrifter, dock inte gällande skatt. Med undantag för tull på införsel av varor.

Vad som är en skatt och på vilka grunder denna får utkrävas regleras inte vidare. Reglerna och utrymmet för beskattning är alltså vidsträckt.⁴⁶ Men ovan nämnda lagrum gör inte regeringsformen uddlös, snarare tvärtom. Riksdagen är det enda organ som får stifta lagar kring beskattning och detta mandat kan inte delegeras vidare. Vidare måste en skatt vara generell för att särskiljas från expropriation som riktas mot en eller flera bestämda personer.⁴⁷ I sitt arbete har myndigheterna en skyldighet att beakta allas likhet inför lagen så att inte grupper åtnjuter skatteprivilegier eller diskrimineras.

Nämnda två krav, likhetsprincipen respektive legalitetsprincipen, får anses utgöra bärande balkar i de krav som kan ställas på en rättsstat vid utövandet av offentlig tvångsmakt.⁴⁸

⁴⁴ Pahlsson, 2011, s. 85 f.

⁴⁵ Lodin m.fl., 2013, s. 707.

⁴⁶ Lodin m.fl., 2013, s. 15.

⁴⁷ I Prop. 1984/85:18 s.49 gällande den nya fastighetskatten aktualiserade lagrådet frågan och skrev ”hur långt det kan anses försvarligt att gå när det gäller att genom rader av begränsningar och undantag samt valet av kriterier för sådana avgränsningar ange en krets av personer som ska belastas med särskilda åligganden”.

⁴⁸ Lodin m.fl., 2013, s. 720.

3.2 Tolkning av skattelag

Som nämndes inledningsvis av detta kapitel har staten en stark ställning mot den enskilda skattebetalaren och debatten kring rättssäkerhetsfrågor blir särskilt aktuell när det gäller tolkning av skattelag. En domstol har inte lika stora möjligheter till en fri tolkning av lagtexten. Som bekant kan kort sägas att en klar lagtext ska följas. Finner man ej ett direkt svar i lagtexten kan man vända sig till prejudicerade domar från HFD. Finner man ingen ledning däri kan man söka svar i förarbeten och andra rättskällor.⁴⁹

Lagtexten har givetvis företräde framför andra rättskällor vid lagtolkning. Genom en läsning av lagtexten krävs även här en tolkning, i första hand en semantisk analys, för att fastställa betydelse av de uttryck och begrepp som lagtexten ställer upp. Detta ger inte alltid klara besked, som det för avhandlingen aktuella begreppet ”verksam i betydande omfattning”. Man får då söka sig vidare till andra metoder för att utröna vilka konkreta situationer bestämmelsen ska tillämpas på. I aktuella fall där det inte av lagtexten framgår vilka situationer som ska omfattas vänder sig istället rättstillämparen till förarbetena för att finna svar. I förarbetena finner man ofta syftet och motiv som förts i samband med bestämmelsernas tillkomst. Av förutsebarhetsskäl är denna tolkningsmetod för skattelagstiftning begränsad till motiven av lagen. Det material som används vid tolkningen måste vara lättillgängligt och inte alltför omfattande.⁵⁰

Det görs en distinktion mellan objektiv och subjektiv tolkning. Väljer man att lägga vikt vid ordalydelsen använder man sig av en objektiv lagtolkningsmetod. Frågan ska lösas med de objektiva omständigheter som framgår av lagtexten och obundet av syftet med föreskrifterna.⁵¹ Den mest rimliga tolkningen bör tillämpas. Att en objektiv tolkningsmetod ska användas i första hand får anses vara en allmän grundsats och är allmänt accepterad.⁵² Men ofta är denna metod otillräcklig för att finna svar på rättsfrågan och ger sällan vägledning i svårare fall.⁵³

Finner man inget svar genom en objektiv tolkning kan man vända sig till den subjektiva lagtolkningsmetoden. Vid subjektiv lagtolkningsmetod används ofta förarbetena för att fastställa motiven bakom lagstiftningen. Genom att vända sig till förarbeten vari man kan finna en motivering utröner man lagstiftningens syfte i sin tolkning.

Dessa två metoder kan komplettera varandra. Om texten inte är klar genom en objektiv tolkning använder man sig av den subjektiva och konsulterar förarbeten. Däremot kan lagtexten ibland strida mot lagstiftarens syfte. Som huvudregel har domstolarna då valt att hålla fast vid lagtexten om inte

⁴⁹ Lodin m.fl., 2013, s. 707.

⁵⁰ Lodin m.fl. 2013, s. 710.

⁵¹ Strömholm, 1996, s.454 f.

⁵² Lodin m.fl., 2013, s. 715.

⁵³ Detta kan få konsekvenserna att domstolen kan bli nödgade att argumentera utifrån subjektivt val av för sig lämpade objektiva argument, se Strömholm, 1996, s. 454 f.

innebörden av lagtexten framstår som orimlig eller uppenbarligen inte är avsedd.⁵⁴

Kort kan också den teleologiska tolkningen nämnas. Denna kan ses som en förening av de objektiva och subjektiva tolkningsmetoderna. Den teleologiska lagstiftningsmetoden söker efter lagstiftnings syfte och ändamål, samtidigt som den inte erkänner en hypotetisk lagstiftarvilja. Metoden försöker utröna vilka värderingar som ligger till grund för en bestämmelse för att klargöra dess ändamål.⁵⁵

3.3 Legalitetsprincipen

Som nämnts framgår det av regeringsformen att skatt endast får påföras med stöd av lag och följer den allmänna rättsatsen *nullum tributum sine lige*.⁵⁶ Rättsatsen har stadgas i regeringsformen till skydd för den enskilda med grundsatsen om rättssäkerhet genom förutsägbarhet.⁵⁷ Legalitetsprincipen ska tas hänsyn till oavsett vad som kan anses vara skäligt av en beskattande part.⁵⁸ Detta innebär inte nödvändigtvis att skattelagstiftningen ska tolkas snävt och till den enskildes fördel.⁵⁹ Legalitetsprincipen får anses utgöra ett uttryck för förutsebarhet och att den skatteskyldig på förhand kan bedöma sina skatterättsliga konsekvenser. Domstolarnas val av tolkningsmetoder ska i största möjliga utsträckning möjliggöra detta för den enskilde och får inte leda till oväntade resultat. Klar lagtext och förarbeten är även här av essentiell vikt.⁶⁰

Legalitetsprincipen har varit föremål för en omfattande debatt gällande dess betydelse och ställning. Som en av de största förespråkarna för legalitetsprincipen finner vi Hultqvist som ser legalitetsprincipen som absolut. Den uttolkade normen måste finnas inom föreskriften för att kunna tillämpas. Till stöd för detta hänvisar Hultqvist i sin avhandling till de kompetens- och normgivningsfördelningsavvägningar som finns i RF och till 1 kap. 1 § 3 st. RF om att den offentliga makten utövas under lagarna.⁶¹ Hultqvist anser att föreskriftkravet är det centrala navet i legalitetsprincipen men att man även ska ta hänsyn till tre andra aspekter: analogiförbudet, retroaktivitetsförbudet och bestämdhetskravet.⁶² Vid tolkning av beskattningsföreskrifter råder ett absolut och grundlagsstadgat förbud mot analogier.⁶³ Analogier är till sin natur en direkt motsats till

⁵⁴ Se exempelvis, RÅ 1961 ref. 26, RÅ 1974 A 850 och RÅ 1992 ref.60

⁵⁵ Peczenik, Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning s. 150.

⁵⁶ Redan 1881 skrev Rydin i ett yttrande till en för riket gemensam Överskattnämnd att den enskilda inte ska betungas av mer skatt än vad skattelagen säger, se Hultqvist, 1995 som hänvisar vidare till Reservation i skatteregleringskommitténs betänkande, del I, 1881 s. 165.

⁵⁷ Tikka, 2004, s. 658.

⁵⁸ Lodin m.fl., 2013, s. 721.

⁵⁹ Se exempelvis HFD 2011 ref 69.

⁶⁰ Lodin m.fl., 2013, s 721.

⁶¹ Hultqvist, 1995, s 73 ff.

⁶² Hultqvist, 2016, s. 732 f.

⁶³ Hultqvist, 2016, s. 731.

legalitetsprincipen.⁶⁴ Hultqvist menar dock att det kan vara svårt att i praktiken att avgöra vad som är en analogi och vad som är ett tillämpande i föreskriftens ytterkanter.⁶⁵

Tikka ser det däremot som paradoxalt att Hultqvist finner ett analogiförbud i beskattningsrätten utan stöd i ett speciellt lagstadgande då det finns ett lagstadgat analogiförbud inom straffrätten.⁶⁶ Han hävdar att man kan förstå att analogiförbudet är mer övertygande inom straffrätten än inom skatterätten då det inom straffrätten handlar om sanktioner medan att skatterätt handlar om fördelning mellan skatteskyldiga. Lagstiftarens har trots detta valt att lagstifta det straffrättsliga analogiförbudet för att göra det absolut. Något som inte hänt inom skatterätten.⁶⁷ Med avstamp i förarbetena till det lagstiftade straffrättsliga analogiförbudet finner Tikka att det absoluta analogiförbudet i skatterätten inte går att finna i regeringsformen.

Påhlsson har med hjälp av nyare praxis från HFD visat att legalitetsprincipen inte har den konstitutionella styrka som den brukar tillerkännas.⁶⁸ Han har analyserat om legalitetsprincipen, ur ett skatterättsligt perspektiv, är en rättsregel med den absoluta innebörden som en regel tillerkänns eller om det bara är en rättsprincip. En rättsprincip ser Påhlsson som ett värde som skjuter eller drar i en viss riktning men som inte ensamt avgör frågan.⁶⁹ Han finner okontroversiellt att legalitetsprincipen, i betydelsen av att uttag av skatt ska ha stöd i lag, är reglerade i svensk rätt genom föreskriftskravet, med komplettering av delegationsförbudet samt av retroaktivitetsförbudet. Frågan är då om det är att anse som en rättsregel eller ett värde som skjuter på.⁷⁰ Med en analys av två rättsfall finner Påhlsson att det står klart att legalitetsprincipen är mer en princip än en regel. Dess lagreglering ger sig mest tillkänna som en formalitet och dess funktion utgör ett värde som

⁶⁴ Jfr. NJA 2016 s. 3 där Högsta domstolen skriver: ”När innebörden av en lagbestämmelse ska fastställas får den tolkas i ljuset av ett flertal olika förhållanden. Ordalydelsen är självfallet det viktigaste tolkningsdatumet. Men också syftet med lagstiftningen, som kan framgå av förarbetena, kan ge viktiga hållpunkter liksom avgöranden i praxis samt uttalanden i den juridiska doktrinen. Att ordalydelsen av lagtexten är det viktigaste underlaget för en tolkning av en lagregels innebörd betyder, att de valda orden sätter en gräns för det genomslag som motivuttalanden kan få. För att det ska kunna göras gällande att det är fråga om en tolkning av en lagbestämmelse måste det krävas, att den tänkta tillämpningen på ett rimligt sätt kan inordnas under lagtexten. Kan den inte det så rör det sig om en analogisk rättstillämpning eller om en rättstillämpning vid sidan av lagen.” Viktigt att poängtera är att fallet gäller straffrätt och inte beskattningsrätt.

⁶⁵ Hultqvist, 1995, s. 127 där han hänvisar till de svårigheterna lagstiftaren hade med gränsdragningen avseende det lagreglerade analogi förbudet på straffrättens område. Se vidare prop. 1993/94:130 s. 18 f.

⁶⁶ Tikka hänvisar till regeringens proposition till analogiförbudet, prop. 1993/94:130 s. 15 där man beskriver rättsläget att det inte finns konstaterat hur svensk rätt ställer sig till analogisk tillämpning av straffbud.

⁶⁷ Tikka, 1996, s. 55.

⁶⁸ Påhlsson, 2014, s. 554.

⁶⁹ Påhlsson, 2014, s. 556 f.

⁷⁰ Påhlsson, 2014, s. 558.

framhäver behovet av en systematisk eller språklig anknytning till lagstiftningen.⁷¹

⁷¹ De två rättsfall Pålsson har diskuterat är HFD 2011 ref.79 där en majoritet (3 mot 2) ansåg att ett skogsavdrag var tvungen att göras trots avsaknad av uttryckliga regler genom en systematisk lagtolkningsmetod. Det andra rättsfallet är HFD 2011 ref. 42 som avser frågan om återföringar av periodiserings- och expansionsfond som aktualiserade av en överlåtelse skulle reducera räntefördelningsutrymmet. I målet var tolkningsfrågan kring uttrycket ”verksamheten upphör” och om detta skulle anses omfatta situationen där den skatteskyldige upphörde med verksamheten, men framledes skulle komma att bedrivas av en annan. HFD fann att bestämmelsen bara kunde läsas så att det räckte med att den skatteskyldige upphörde med verksamheten och att det inte spelade roll att den skulle drivas vidare genom annan. Den ”begränsning” som fanns i motivet hade inte kommit till uttryck i lagtexten.

4 Värdepappersförvaltning kontra värdepappersrörelse

Som det kommer att klargöras nedan kan det för fåmansföretagsreglernas tillämplighet vara avgörande om ett bolag bedriver värdepappersförvaltning eller värdepappersrörelse. Det kan därför vara av intresse att föra en kortare diskussion om var gränsdragningen går. Därefter kommer riskkapitalfondernas förvaltningsbolags arbete diskuteras för att se hur dessa står i förhållande till detta.

4.1 Gränsdragning mellan kapitalförvaltning och värdepappersrörelse

Definitionen av värdepappersrörelse, eller handel med värdepapper som det också kallas, är inte reglerad i IL.⁷² Frågan har till stor del lämnats över till domstolarna för att lösas där.⁷³ Det saknas även preciserade bestämmelser över vilka sorts bolag som kan anses bedriva värdepappersrörelse.⁷⁴

Juridiska personer beskattas enbart i inkomstslaget näringsverksamhet oavsett om inkomsterna härrör från rörelse eller från kapital.⁷⁵ Däremot sker i aktuella fall en avgränsning inom inkomstslaget mellan rörelseinkomster och andra inkomster. Beskattningen för samma inkomst kan därför variera där värdepapperna antingen beskattas som en lagertillgång (vid rörelseinkomster) eller som en kapitaltillgång (vid kapitalinkomster).

Definitionen av en rörelse anges i 2 kap 24 § IL där det anges att "[m]ed rörelse avses annan näringsverksamhet än innehav av kontanta medel, värdepapper eller liknande tillgångar. Om kontanta medel, värdepapper eller liknande tillgångar innehas som ett led i rörelsen räknas innehavet dock till rörelsen." Av nämnda lagrum framgår att förvaltning av värdepapper inte utgör en del av rörelsen.⁷⁶ Däremot anges inte hur en gränsdragning mellan värdepappersrörelse och förvaltning av värdepapper ska ske.⁷⁷

Melz menar att betecknande för en rörelseverksamhet är ett värdeskapande.⁷⁸ Detta är enligt Melz tydligast vid tillverkning och distribution. Verksamheten kan anses rikta sig mot allmänheten, eller annorlunda uttryckt, verksamheten

⁷² SOU 2008:80, s. 378.

⁷³ SOU 2005:99, bilaga 3, s. 415.

⁷⁴ SOU 2008:80, s. 378.

⁷⁵ 13 kap. 2 § IL.

⁷⁶ Se vidare prop. 1999/2000:2 s. 44 f.

⁷⁷ Melz, 2001, s. 475.

⁷⁸ Melz, 2001, s. 477.

kan anses ha kunder. Om verksamheten består av att värdepapper köps och säljs på en börs med egna medel saknas detta värdeskapande moment då det saknas kunder och ägaren till värdepappren inte kan påverka värdet genom sin verksamhet. Däremot kan han påverka avkastningen på investeringen.⁷⁹ Melz summerar situationen så att kundrelationen är ett grundläggande rekvisit för en rörelse men att det i praxis finns undantag. Exempel på ett sådant undantag är att bolag kan bedriva värdepappersrörelser.⁸⁰

Med anledning av utvecklad praxis kan inledningsvis sägas att finansiella företag som bedriver värdepappershandel med FI:s tillstånd och erbjuder dess kunder kapitalförvaltning (exempelvis värdepappersbolag, försäkringsföretag och kreditinstitut) alltid är att anse som en värdepappersrörelse.⁸¹ Man kan förenklat säga att ett bolag som med vinstsyfte utför kapitalförvaltning åt sina kunder alltid anses bedriva en rörelse.⁸² Däremot blir det svårare vid bedömningen av om ett icke-finansiellt bolag bedriver värdepappersrörelse.

Även om en icke-finansiell, juridisk persons handel med värdepapper i normalfallet anses vara kapitalförvaltning kan handeln anses utgöra värdepappersrörelse om den bedrivs i sådan omfattning att den är självständig och yrkesmässig.⁸³ I korthet kan sägas att för bolag som gör värdepappersplaceringar med sitt egna kapital är det ofta aktivitetsgraden av omplaceringar som varit avgörande i bedömningen.⁸⁴ Tidigare har en omsättning kring en och tre gånger per år på sina värdepapper varit tillräckligt för att värdepappersrörelse ska anses föreligga.⁸⁵

Skatteverket har ett ställningstagande från 2016 uttalat sig kring gränsdragningen mellan värdepappersförvaltning och värdepappersrörelse för aktiebolag.⁸⁶ De inleder med att konstatera att ett aktiebolags handel med värdepapper brukar utgöra kapitalförvaltningen. Bedrivs handeln i sådan omfattning att den får anses vara yrkesmässig och självständig kan den däremot anses utgöra en värdepappersrörelse.⁸⁷ Skatteverket har här ansett att det föreligger en presumtion om att ett bolag bedriver värdepappersrörelse om omsättningshastigheten uppgår till tre eller mer per år, omsättningen är minst sju miljoner kronor, antalet transaktioner är minst 50 och att det finns en viss kontinuitet i handeln. Särskilt vikt har lagts vid om affärerna varit

⁷⁹ Melz uppmärksammar däremot att en påverkan ska ske genom arbete i aktiebolaget och hänvisar till regelpaketet i 57 kap. IL, se Melz, 2001, s. 477, fotnot 7.

⁸⁰ Melz, 2001, s. 478.

⁸¹ Skatteverkets vägledning, *Gränsdragning mellan kapitaltillgång och lagertillgång*. Se även 1 kap. 5 28 punkten LVPM där det stadgas att en värdepappersrörelse är en ”verksamhet som består i att yrkesmässigt tillhandahålla investeringstjänster eller utföra investeringsverksamhet”.

⁸² Gunne, 2008, s. 489 f.

⁸³ Se näringsrekvisitet i 13 kap. 1 § IL.

⁸⁴ Gunne, 2008, s. 490.

⁸⁵ Arvidsson och Gunne går i sin artikel igenom en rad rättsfall som stödjer detta. Se Arvidsson & Gunne, 2001, s. 551 ff.

⁸⁶ Skatteverkets förhandsbesked, dnr 131 137580-16/111 – Handel med värdepapper i aktiebolag – kapitalförvaltning eller värdepappersrörelse?

⁸⁷ Skatteverkets förhandsbesked, dnr 131 137580-16/111 – Handel med värdepapper i aktiebolag – kapitalförvaltning eller värdepappersrörelse?

kortfristiga. Omständigheterna måste däremot beaktas i varje enskilt fall och några exakta siffermässiga gränser kan inte anges.⁸⁸ Vid bedömningen har syftet med verksamheten betydelse och bör vara utgångspunkten. Högsta förvaltningsdomstolen har vid bedömningen ansett att de viktigaste kriterierna är värdepappernas omsättningshastighet, handelns omsättning, antal transaktioner och kontinuitet.⁸⁹

Av ovan nämnda kriterier anser Skatteverket att den viktigaste faktorn är omsättningshastigheten.⁹⁰ Innehavets omsättningshastighet beräknas genom att dividera omsättningen med det genomsnittliga värdet på innehavet. Det genomsnittliga värdet på innehavet beräknas genom att summan av ingående och utgående värde på innehavet divideras med två.⁹¹ Avseende kontinuitet på handeln bör denna ske under varje enskilt år. Om handel bara bedrivs under en kortare period föreligger normalt förvaltning.

När ett aktiebolags handel enbart består av handel med obligationer och fonder bör presumtionen vara förvaltning då sådana transaktioner kännetecknas av låg risk. Vidare brukar sådana värdepapper inte vara tillräckligt inriktade på kortsiktiga affärer för att det ska anses vara yrkesmässigt bedriven handel.⁹²

4.2 Riskkapitalfonder och handel med värdepapper

En riskkapitalfond handlar med värdepapper. De köper, i aktuellt hänseende, andelar i onoterade bolag och säljer sina andelar efter ett visst antal år. Om man utgår från Skatteverkets ställningstagande och presumtioner angående omsättningskravet för att ett aktiebolag ska bedriva värdepappersrörelse är inte riskkapitalfondens förvaltningsbolag i närheten av att uppnå de krav som ställts. De uppnår visserligen omsättningskravet då denna markant överstiger 7 miljoner. Däremot finns det ingen kontinuitet i handeln, och antalet transaktioner understiger 50 stycken. Ser man det som att riskkapitalfonden enbart förvaltar sina egna medel, och inte medel för andras räkning, kan man snabbt utesluta att det skulle röra sig om en värdepappersrörelse.

GP-bolagets arbete kan visserligen liknas vid en banks diskretionära förvaltning mellan en kund och en bank där banken genom avtal sköter kundens värdepappersportfölj. Detta utan att banken för en diskussion om aktuella placeringar med kunden. Då banken utför kapitalförvaltning åt annan

⁸⁸ Skatteverkets förhandsbesked, dnr 131 137580-16/111 – Handel med värdepapper i aktiebolag – kapitalförvaltning eller värdepappersrörelse?

⁸⁹ Se exempelvis RÅ 1986 ref. 53, RÅ 1988 ref. 45 och RÅ 1988 not. 270.

⁹⁰ Se Skatteverkets förhandsbesked, dnr 131 137580-16/111 – Handel med värdepapper i aktiebolag – kapitalförvaltning eller värdepappersrörelse?

⁹¹ Se bl.a. RÅ 2002 ref. 52.

⁹² Skatteverkets förhandsbesked, dnr 131 137580-16/111 – Handel med värdepapper i aktiebolag – kapitalförvaltning eller värdepappersrörelse?

utgör detta en rörelse.⁹³ Riskkapitalfondens grundare utlovar sina andelsägare placering i en bransch, en tidsram och vilka personer som kommer arbeta med rådgivningen till investeringsbesluten. Besluten tas av fondens förvaltare, GP-bolaget, kring vilka investeringar som ska göras och administrering av transaktionerna och innehavet. För detta arbete får GP-bolaget en ersättning. De externa andelsägarna behöver inte tillfrågas innan en investering görs. Verksamheten har därför vissa likheter med en banks diskretionära arbete.

Det rör det sig inte heller om ren förvaltning av värdepapper i form av passiva kapitalplaceringar. De aktiva Key Executives och rådgivningsbolagen kan, i den mån det går att bevisa, anses jobba med förädling av företag genom bl.a. omstruktureringar av, och arbete i, portföljbolagen. Frågan är om detta arbete kan göra att handeln med värdepapper är att anse som en rörelse. Det är inte helt klart då man i praxis, som ovan visat, vid bedömningen om icke-finansiella bolag, och finansiella bolag som hanterar sitt eget kapital, främst tagit hänsyn till ett omsättnings- och aktivitetskrav i själva handeln. Däremot har man påpekat att syftet med handel är av betydelse. I vilket mån detta påverkar bedömningen om ett bolag som förädlar portföljbolagen bedriver värdepappersrörelse eller inte, är inte klarlagt

Även om frågan inte aktualiseras i de aktuella rättsfallen och även om riskkapitalfonder får anses bedriva förvaltning av värdepapper, skiljer sig denna förvaltning från vad som anses vara ”klassisk” värdepappersförvaltning. I avsnitt 2 beskrevs hur riskkapitalisterna arbetar aktivt i bolagen de investerat i. Det är här den stora gränsdragningen mellan en passiv förvaltning och den förvaltning riskkapitalbolagen arbetar med går. Det är enbart den passiva förvaltningen av värdepapper som prövats tidigare avseende fåmansföretagsreglernas tillämplighet.

⁹³ Gunne, 2008, s. 491.

5 Fåmansföretagarbeskattning

5.1 Inledning och reglernas syfte

De regler som gäller för bolag i allmänhet gäller i princip också för bolag som ägs av en eller ett fåtal fysiska personer. Såsom juridisk person är fåmansbolaget ett eget rättssubjekt och beskattas således självständigt för sina inkomster. I fåmansföretag utövar ägarna full kontroll över bolaget men trots detta föreligger ett tvåpartsförhållande som ger möjlighet till rättshandlingar som har skatterättslig verkan. Ett exempel på detta är att en ägare kan vara anställd i företaget och med kontroll över vinsten välja att ta ut denna i lön. Alternativet är att denna väljer att tillgodogöra sig vinsten genom utdelning även om denna har genererats genom ägarens arbetsinsatser.⁹⁴ Det huvudsakliga syftet med reglerna är alltså att förhindra omvandling av arbetsinkomster till lägre beskattade kapitalinkomster.⁹⁵

För att förhindra att ägarstyrda bolag ska få omotiverade fördelar genom sin styrning av vinsten från bolaget till ägarna har regler för beskattning av dessa typer av bolag och dess ägare införts. Reglerna syftar alltså till att bibehålla en neutralitet i beskattningen. Neutralitetsprincipen innebär att en person som står inför olika handlingsalternativ ska beskattas lika oavsett vilket val personen väljer.⁹⁶ I och med 1990 års skattereform kom arbetsinkomster och kapitalinkomster att beskattas separat, ett s.k. dualt inkomstskattesystem. Ursprungligen beskattades då kapitalvinster och utdelningar i inkomstslaget kapital med en skattesats i regel på 30 procent medan löneuttag beskattades med cirka 32–57 procent. När denna beskattningsskillnad infördes kom utnyttjades denna för att omvandla arbetsinkomst till kapitalinkomst.⁹⁷ Det infördes därför regler för utdelning och kapitalvinster på aktier i fåmansföretag för aktiva aktieägare. Dessa regler återfinns idag i 57 kap. IL. Reglerna innebär att bolagets ägare har rätt till en ”skälig” utdelning och ”skälig” kapitalvinst som då beskattas i inkomstslaget kapital medan överskjutande belopp beskattas i inkomstslaget tjänst.⁹⁸ Utan reglerna skulle det uppstå bristande neutralitet i beskattningen mellan olika företagsformer och i förhållandet till övriga löntagare.⁹⁹ Motsatsvis ska inte ägare i fåmansbolag beskattas högre än ägare i andra bolag och inte vara mer betungande än för andra skattesubjekt.¹⁰⁰ Reglerna kan däremot kritiseras då de är schablonmässigt konstruerade och inte tar hänsyn till bransch, risk eller behovet av kapital.¹⁰¹

⁹⁴ Lodin m.fl., 2013, s. 447.

⁹⁵ Prop. 1989/90:110 s. 3 & 467.

⁹⁶ Rabe & Melbi, 2008, s. 38.

⁹⁷ Tiveus, 2014, s. 13 ff.

⁹⁸ Lodin m.fl., 2013 s. 448.

⁹⁹ Tjernberg, 2013, s. 2.

¹⁰⁰ Rydin & Båvall, 2012, s. 57.

¹⁰¹ Tjernberg, 2013, s. 2.

Något förenklat kan sägas att reglerna innebär att en beräknad del av kapitalvinster och utdelningar på s.k. kvalificerade aktier och andelar ska beskattas i inkomstslaget tjänst. Resterande andel ska hänföras till inkomstslaget kapital och beskattas då med 20 procent.¹⁰² Övriga onoterade andelar skall beskattas med 25 procent (5/6 av 30 procent), förutsatt att vissa förutsättningar är uppfyllda.¹⁰³ De gränsbelopp som finns har till syfte att endast den del som motsvarar uppskattad normal kapitalavkastning, inklusive riskersättning, ska hänföras till kapital.¹⁰⁴ De kapitalvinster och utdelningar som hänför sig till arbetsprestationer ska tas upp som en särskild intäktspost i inkomstslaget tjänst. Viktigt att poängtera här är att de fortfarande i alla andra hänseenden fortfarande är att ses som en utdelning eller kapitalvinst. För exempelvis bolagets del betraktas således fortfarande hela beloppet som utdelning och avdrag medges inte. Det rör sig inte om en omklassificering av inkomsten.

5.2 Kvalificerad andel

5.2.1 Fåmansföretag

56 kap 2 IL.

Med fåmansföretag avses aktiebolag och ekonomiska föreningar där

1. fyra eller färre delägare äger andelar som motsvarar mer än 50 procent av rösterna för samtliga andelar i företaget, eller

2. näringsverksamheten är uppdelad på verksamheter som är oberoende av varandra och där en fysisk person genom innehav av andelar, genom avtal eller på liknande sätt har den faktiska bestämmanderätten över en sådan verksamhet och självständigt kan förfoga över dess resultat.

För att reglerna ska tillämpas krävs det att bolaget är ett fåmansföretag.¹⁰⁵ Ett fåmansföretag är ett aktiebolag eller en ekonomisk förening där fyra eller färre delägare äger andelar som motsvarar mer än 50 procent av rösterna för samtliga andelar i företaget. Med delägare avses en fysisk person som direkt eller indirekt äger andelar i företaget. Ett exempel på ett indirekt ägande är en situation där ägandet sket genom ett holdingbolag som äger alla andelar i ett dotterbolag. Här anses även dotterbolaget vara ett fåmansföretag. Ett ytterligare, mer relevant exempel är i vissa fondstruktur där det förekommer att ägare till ett bolaget har överlåtit bolagets andelar till ett försäkringsbolag som då formellt äger företaget. Utdelning och vinst vid avyttring av andelarna i fåmansföretaget tillförs försäkringens värde och därmed försäkringens ägare eller förmånstagare.¹⁰⁶ Även i dessa tillämpas reglerna.

¹⁰² 57 kap 20 § IL.

¹⁰³ Onoterade andelar är aktier i bolag som inte är marknadsnoterade.

¹⁰⁴ Tjernberg, 1999, s. 241.

¹⁰⁵ Av 57 kap. 3 § IL framgår att definitionen i 56 kap IL ska användas.

¹⁰⁶ Tiveus, 2014, s. 26 f.

Enligt bestämmelsens andra punkt finns det en subsidiär regel till vad som avses med fåmansföretag. Ett fåmansföretag kan även vara ett bolag med flera ägare om verksamheten är uppdelad på oberoende verksamhetsgrenar och en person genom sitt ägande eller på liknande sätt har den faktiska bestämmanderätten över en sådan verksamhet och självständigt kan förfoga över situationen. Syftet är att träffa företag som ägs av många delägare men där verksamheten är uppdelad så att de olika verksamheterna fungerar som självständiga bolag.¹⁰⁷

Vid bedömningen av om ett företag är ett fåmansföretag ska en person och hans närstående anses som en delägare.¹⁰⁸ Varje sådan ägargrupp läggs ihop och betraktas som ett enda ägande. Även alla delägare som under beskattningsåret eller under något av de fem föregående beskattningsåren, själva eller genom närstående, varit verksamma i betydande omfattning i bolaget eller i ett annat bolag inom samma företagsgrupp, räknas som en enda person, den s.k. buntningsregeln. Reglerna innebär att bolag som drivs gemensamt av många delägare som arbetar i företaget och som inte annars skulle klassificeras som ett fåmansföretag ändå kan omfattas av reglerna, detta är särskilt förekommande vid konsultföretag.¹⁰⁹

Till fåmansföretag räknas också utländska juridiska personer som beskattas på ett likartat sätt som svenska aktiebolag. Även ett indirekt ägande genom en utländsk juridisk person kan likställas med direkt ägande. Detta gäller om den utländska, juridiska personen skulle ha räknats som ett fåmansföretag om den varit en svensk, juridisk person. Däremot räknas inte noterade bolag som fåmansföretag, varken på en svensk eller utländsk börs. Det finns undantag från detta och börsnoterade företag kan omfattas av fåmansreglerna om utdelning och kapitalvinst. Detta gäller då ett fåmansföretag nyligen har övergått till att bli börsnoterat.

5.2.2 När är en andel kvalificerad?

Med kvalificerad andel avses andel i eller avseende ett fåmansföretag under förutsättning att

1. andelsägaren eller någon närstående under beskattningsåret eller något av de fem föregående beskattningsåren varit verksam i betydande omfattning i företaget eller i ett annat fåmansföretag eller i ett fåmanshandelsbolag som bedriver samma eller likartad verksamhet, eller

2. företaget, direkt eller indirekt, under beskattningsåret eller något av de fem föregående beskattningsåren har ägt andelar i ett annat fåmansföretag eller i ett fåmanshandelsbolag och andelsägaren eller någon närstående under beskattningsåret eller något av de fem föregående beskattningsåren varit verksam i betydande omfattning i detta fåmansföretag eller fåmanshandelsbolag.

¹⁰⁷ I prop. 1989/90:110 lämnas flera exempel.

¹⁰⁸ 56 kap. 5 § IL. Närståendebegreppet framgår av 2 kap. 22 § IL.

¹⁰⁹ I RÅ 1993 ref. 99 ansågs alla 150 delägare som en ägare och verksamma i betydande omfattning. Att ägarandelen understeg 1 procent per person ansågs vara utan betydelse.

Då bestämmelserna endast ska träffa sådan inkomst som till sin natur utgör arbetsinkomst ska reglerna inte tillämpas på passiva ägare, utan enbart aktiva delägare. För passiva delägare gäller vanliga regler om kapitalvinster. Men viktigt att ha i beaktande är att närståendes aktivitet smittar ägarens innehav. Det är även så att om en aktiv delägare upphör med sin verksamhet i bolaget är aktierna kvalificerade fem år framåt i tiden.

Lagstiftaren har ansträngt sig för att utforma regelsystemet så att inte skatteskyldiga kommer runt regleringen genom olika bolagsstrukturer eller genom en anpassning av ägarförhållandena. Reglerna har således ett vidsträckt område. Viktigt att påpeka är däremot att reglerna är uttömmande och situationer som inte faller inom tillämpningsområdet ska lämnas utanför – även om man kan tycka att en situation borde falla inom reglerna med hänsyn till dess syfte.¹¹⁰

Avgörande om en andel är kvalificerad är om andelsägaren eller någon närstående varit verksam i företaget i betydande omfattning. Det är tillräckligt att verksamheten bedrivits under beskattningsåret eller den föregående femårsperioden av delägaren eller någon som vid verksamhetstidpunkten var närstående.¹¹¹ Reglerna tillämpas också om man varit verksam i ett annat fåmansföretag som bedriver samma eller likartad verksamhet.

Enligt bestämmelsens andra punkt är en andel också kvalificerad om fåmansföretaget äger andelar i ett annat fåmansföretag i vilket fåmansdelägaren eller närstående varit aktiv i betydande omfattning. Ett krav är däremot att ägarbolaget är ett fåmansföretag.

För att få en klarare bild av vad som anses med verksam i betydande omfattning kommer begreppet att noggrannare klargöras nedan.

5.2.2.1 Verksam i betydande omfattning

Med kvalificerad andel avses främst en andel i ett fåmansföretag där andelsägaren, eller närstående till andelsägaren, varit verksam i betydande omfattning. Detta för att, som ovan nämnt, bara träffa aktiva andelsägare. Enligt förarbetena ska en person alltid anses vara verksam i betydande omfattning om personens arbete har haft en betydelse för vinstgenereringen i bolaget.¹¹² Om termen betydande ska vara av kvantitativ eller kvalitativ art har diskuterats flitigt.¹¹³ Inom skatterättslagstiftning är det vanligt förekommande med kvantitativa begrepp såsom väsentlig, betydande och övervägande. Den utredning som gjordes kom fram till att verksamhetskravet ska fokusera på den kvalitativa insatsen.¹¹⁴

¹¹⁰ Lodin m.fl. 2013, s. 454. Se även RÅ 2001 ref. 5 och RÅ 2005 ref. 3.

¹¹¹ Se exempelvis RÅ 2007 ref. 81.

¹¹² Prop. 1989/90:110 s. 468 och 703.

¹¹³ Se SOU 2002:52 s.277.

¹¹⁴ SOU 2002:52 s.307. Se även Lodin m.fl., 2013, s. 450.

Det behöver inte vara ett heltidsarbete, utan arbetsinsatsen måste ses i relation till företagets omfattning och övriga omständigheter. En styreledamot som inte arbetar kontinuerligt kan inte utan vidare anses som kvalificerat verksam, även om personen i fråga gjort enstaka insatser som är av stor betydelse, t.ex. skaffa en stor order till företaget.¹¹⁵ En företagsledare liksom andra högre befattningshavare vars arbetsinsatser har eller har haft betydelse för vinstgenereringen i företaget anses som regel verksam i betydande omfattning. Det räcker däremot inte att delägaren har haft en företagsledande ställning utan delägaren måste ha varit verksam i sådan betydelse att insatsen har haft en påtaglig betydelse för vinstgenereringen.¹¹⁶ Även anställda utan arbetsledande befattning kan anses vara verksamma i betydande omfattning.¹¹⁷ I mindre företag kan anställda utan någon ledarbefattning räknas till samma kategori som arbetsledare, särskilt i sådana fall där delägarna anses bedriva en gemensam verksamhet.¹¹⁸ Detta gäller när deras arbetsinsatser, med hänsyn till företagets organisation och verksamhet, har stor betydelse för vinstgenereringen, exempelvis i konsult- och kunskapsföretag.

Frågan kring om en delägare måste ta ut en lön ur fåmansföretaget och hur stor denna måste vara har inte besvarats i förarbeten eller praxis. Tiveus skriver att faktorer som spelar in är vad det är för slags verksamhet som bolaget bedriver och hur aktiv delägaren är. Enbart stora löneuttag bör inte automatiskt medföra att extrabeskattning inte ska göras. Däremot bör inte heller enbart små löneuttag presumera att arbetsinkomster har sparats i företaget.¹¹⁹ Tiveus menar att en hög lön i ett bolag som förvaltar kapitaltillgångar kan vara en indikation på att delägare varit aktiv medan en hög lön i ett annat företag kan visa att delägaren inte har försökt omvandla arbetsinkomst. Vanligtvis är det rekommendabelt att ta ut en marknadsmässig lön. Om delägare kan visa att dennas insatser i företaget inte har haft någon betydelse för vinstgenereringen borde uttaget av lön vara av sekundär betydelse.¹²⁰

Rydin och Båvall anser att uttag av lön är en viktig omständighet. Vid en marknadsmässig lön och om värdetillväxten kan kopplas till omständigheter som inte är hänförliga till delägares arbetsinsatser bör delägaren inte anses som verksamma i betydande omfattning. Sådana omständigheter kan exempelvis vara anställdas arbete, marknadsbedömningar av köparen etc.¹²¹ De utvecklar resonemanget vidare med att om inte en marknadsmässig lön har utbetalats samtidigt som företagsledande arbetsinsatser har utförts bör delägaren anses vara verksam i betydande omfattning. En bedömning av den

¹¹⁵ Se exempelvis RÅ 2000 not 164.

¹¹⁶ Jfr. prop. 1989/90:110 s. 703. Se även RÅ 2002 ref 21.

¹¹⁷ RÅ 1993 ref. 99, RÅ 2002 ref. 2 och RÅ 2007 not. 94.

¹¹⁸ Prop. 1989/90:110 s. 703.

¹¹⁹ Prop. 1989/90:110 s. 469.

¹²⁰ Tiveus, s. 42.

¹²¹ Rydin & Båvall, 2012, s. 70.

faktiska relationen mellan kapital- och arbetsinkomster behöver då inte göras.¹²²

Då begreppet om verksam i betydande omfattning är vagt får man söka vägledning i praxis. Nedan följer en mängd aktuella rättsfall för att försöka ge klarhet av betydelsen.

5.2.2.2 Praxis angående verksam i betydande omfattning

Av **RÅ 2002 ref. 21** framgår att det inte räcker med att en delägare har haft en företagsledande ställning utan delägaren måste även ha varit verksam i en sådan omfattning att dennas arbetsinsats har haft en påtaglig betydelse för vinstgenereringen.

Omständigheterna i fallet var sådana att personen i fråga, en revisor, bildade ett aktiebolag i syfte att förvärva aktierna i en koncern. Koncernen bestod av ett moderbolag samt det rörelsedrivande dotterbolaget. I och med förvärvandet blev revisorn den enda ordinarie styrelseledamoten i koncernens bolag. Revisorn var även ensam aktieägare i det förvärvande bolaget. Revisorn hade enbart deltagit i ledningen i fyra månader och ägt koncernen en kort tid innan ett annat företag visade intresse av att köpa koncernen. Detta resulterade i en realisationsvinst för revisorn om cirka 3 miljoner kronor. Revisorn hade under sin verksamma tid i koncernen tagit ut en lön om 120 000 kronor.

Mot bakgrund med syftet bakom lagstiftningen – att motverka att arbetsinkomster tas ut i form av lägre beskattad realisationsvinst istället för lön – fann Regeringsrätten att omständigheterna inte vara sådana att revisorn var att anse som verksam i betydande omfattning. Enbart den omständigheten att han haft den ovan beskrivna ställningen i koncernen föranledde ingen annan bedömning.

5.2.2.2.1 Förvaltning av värdepapper

Frågan kring om enbart ett förvaltande av värdepapper kan leda till att personen varit aktiv i betydande omfattning finns det främst två klagande rättsfall.

I **RÅ 2004 ref 61** var omständigheterna följande. X ägde ett flertal aktier i Y AB och hade för avsikt av avyttra samtliga sina aktier till Z AB som han skulle vara ensam ägare i. X skulle vara en av tre styrelseledamöter i Z AB, vara ensam firmatecknare och hans insatser skulle enbart röra förvaltningen av aktierna i Y AB. Hans roll i Z AB skulle vara begränsad och exempelvis enbart beröra frågan om Z AB ska besluta om att förvärva fler aktier i Y AB.

¹²² Rydin & Båvall, 2012, s. 77.

SRN gjorde bedömningen att andelarna inte var kvalificerade. De tog i motiveringen hänsyn till den planerade verksamheten, X:s arbetsinsatser i Z AB samt med X förväntade arbetsinsatser och fann att omständigheterna inte är sådana att han kan anses vara verksam i betydande omfattning i Z AB. HFD delade SRN uppfattning.

Kort därpå kom ytterligare ett avgörande, **RÅ 2004 not 162**. Omständigheterna var som sådana att S-O.J. ägde 75 procent av aktierna i ett fåmansföretag och hans fru C.F.J. ägde resterande 25 procent. Både makarna var styrelseledamöter i bolaget och S-O.J. var även VD. Deras arbetsinsatser i fåmansbolaget bestod av normalt styrelsearbete. S-O.J. var även verksam som VD i ett börsnoterat fastighetsbolag.

Verksamheten av bolaget bestod av förvaltning av nämnda börsnoterade fastighetsbolag, aktier i icke-noterade bolag, handel med värdepapper genom förvaltningsuppdrag hos fondmäklare, förvaltning av aktier i ett icke-noterade dotterbolag vars verksamhet var av ytterst begränsad omfattning och till inköp av fyra bilar. Dotterbolaget hade inte genererat någon vinst. Den vinst som hade genererats i fåmansföretaget avsåg förvaltningen av aktierna i det börsnoterade bolaget men även förvaltningen av kapitalplaceringsaktier och aktiehandeln. Makarnas arbetsinsats i fåmansföretaget var ungefär 10–20 timmar per år.

SRN fann att makarna inte ansågs vara verksamma i betydande omfattning med hänsyn till makarnas arbetsinsats och uppgifterna i övrigt. Att bolaget bedrev värdepappershandel spelade ingen roll, eftersom den bedrevs genom diskretionär förvaltning av tre fondmäklare. HFD fastställde SRN:s beslut.

5.2.2.2 Förvaltning av fastigheter

I fastighetsförvaltande bolag har utgången varit en annan än den gällande värdepappersförvaltande bolag. I frågan kring kvalificerade andelar och förvaltning av fastigheter så finns det två ledande rättsfall.

Först har vi utgången i **RÅ 2007 ref. 15**. Målet rör en ägare av ett fastighetsförvaltande bolag. Delägaren hade utfört 2,5 timmes arbete i bolaget per år. Värdeutvecklingen på fastigheterna hade varit god under delägaren innehavstid och realisationsvinsten skulle därför beskattas i kapital. Andelarna var alltså inte kvalificerade. Motsvarande bedömning gjorde i Skatterättsnämndens förhandsbesked den 13 juni 2013. Delägarens arbetsinsats uppgick då till cirka 10 timmar per år.

Ett av uppsatsen mest relevanta rättsfall är **HFD 2013 ref 11 I**. I målet ägde aktieägaren ett bolag vars verksamhet bestod i att äga och förvalta bostadsfastigheter. Den huvudsakliga tillgången var en fastighet i Stockholm. Aktieägaren var styrelseordförande och hade utfört sedvanligt styrelsearbete motsvarande högst 5 timmar per år. Aktieägarens bror hade varit VD och styrelseledamot i bolaget och ansvarat för strategiska affärsbeslut och beslut

om investeringar samt skött administrativt arbete motsvarade 200 timmar genom sitt konsultbolag.

HFD fann att det är tidigare har visats att verksamhet i fåmansföretag som förvaltar värdepapper inte medför att andelarna i bolaget är kvalificerade. De hänvisar även till ovan nämnda mål, RÅ 2007 ref 15. I sin bedömning finner domstolen att gemensamt för förvaltning av värdepapper och fastigheter är att de vinster som uppkommer vid avyttring av tillgångar eller andelar i bolaget ofta är en följd av värdestegringar på marknaden. Men domstolen konstaterar att förvaltning av fastigheter ofta kräver andra arbetsinsatser än förvaltning av värdepapper. Den praxis som utvecklats på frågan om andelar i värdepappersförvaltande bolag kan inte utan vidare tillämpas på fastighetsförvaltande bolag. Motiveringen var den att vinst som uppkommer vid avyttring av fastighetsförvaltande bolag ofta kan hänföras till värdeutvecklingen på fastigheter men det utesluter inte att de arbetsinsatser som utförts i den förvaltande verksamheten kan medföra att andelarna är kvalificerade. Hänsyn måste även tas till det utförda arbetets omfattning och betydelse för bolagets verksamhet. Andelarna ansågs vara kvalificerade genom aktieägarens brors arbete.

5.2.2.2.3 Arbete i ett annat företag

I målen kring carried interest och riskkapitalfonderna har Key Executives varit anställda i rådgivningsbolagen. Ibland har de även varit ägare till rådgivningsbolagen och har då suttit på dubbla stolar. Det vill säga att de har ägt det fakturerande och det fakturerade bolagen. Frågan uppstår då i vilken mån man ska bedöma det arbete den skatteskyldiga utfört i bolaget när den formella anställningen har varit i ett annat bolag vid bedömningen om delägaren har varit verksam i betydande omfattning.

Inledningsvis kan nämnas **kammarrättens i Göteborgs dom, målnummer 3627–05**. En konsult ägde, under åren 1989 till 2000, 40 procent av företaget Gallerix International AB som i sin tur ägde två dotterbolag. År 1994 bildade konsulten sitt konsultbolag Franmark AB. Via detta bolag har konsulten fakturerat Gallerix-koncernen för sina tjänster. Mellan 1999–2003 fakturerade konsulten årligen koncernen mellan 595.000 kr och 780.000 kr. Detta motsvarade cirka 30 procent av konsultföretagets omsättning. Konsulten avyttrade sina andelar i Gallerix till Stedjan AB vars ägarstruktur är densamma som i Gallerix International. Båda bolagen var fåmansbolag och konsulten var ledamot i båda företagens styrelse. Frågan rörde om konsultens andelar var att anse kvalificerade.

Kammarrätten fann att det med ett så stort antal arbetstimmar och stora fakturerade summor fick anses att konsulten utfört kontinuerligt arbete i Gallerix-koncernen. Andelarna i koncernen ansågs därför vara kvalificerade. Att han formellt ansåg vara utomstående konsult föranledde ingen annan bedömning.

I **HFD 2013 ref. 11 I**, där omständigheterna beskrevs ovan, ansågs aktieägarens andelar vara kvalificerade genom sin brors arbete. Brodern hade delvis utfört arbetet som konsult genom sitt helägda bolag motsvarande 200 timmar per år. HFD fann att brodern hade varit verksam i betydande omfattning. Att arbetet delvis hade utförts av brodern som konsult påverkade inte bedömningen.

Domslutet HFD 2013 ref. 11 I låg till grund för **SRN:s förhandsbesked, dnr 15-14/D**. En delägars arbete i ett företag beaktades i hans egenskap av anställd i ett annat bolag. SRN menade på att något krav på anställning i det företag där arbetet utförs inte ställts upp. Ordalydelsen i lagrummet kan inte sägas utesluta att en delägars arbete i ett företag, vars omfattning ska bedömas, utförs av delägaren i egenskap av anställd i ett annat företag.

5.2.3 Diskussion kring verksamhetskravet

Rättsfallen ovan har visat att förvaltning av värdepapper inte inneburit att delägaren har varit verksam i betydande omfattning. Andelarna har då inte ansetts vara kvalificerade. Detta betyder däremot inte att det skulle gälla för alla situationer gällande värdepappersförvaltning. I de aktuella rättsfallen för fåmansföretag som bedriver värdepappershandel har det ofta rört sig om ett fåtal nedlagda arbetstimmar och det uppstår då svårigheter att avgöra om arbetsinsatser har haft stor betydelse för vinstgenereringen.¹²³ I de flesta fallen har det mest handlat om ett långsiktigt innehav av värdepapper och ett fåtal transaktioner. Men även i fall där det rört sig om mer frekvent handel har det visat sig att andelarna inte har varit kvalificerade.¹²⁴

Lodin m.fl. skriver att det står klart att delägare i värdepappersförvaltande bolag inte är verksamma i betydande omfattning om de enbart ingår i ledningen för bolaget.¹²⁵ De gör en liknelse med fysiska personer som förvaltar värdepapper där de fysiska personerna blir beskattade i kapital oberoende av arbetsinsatser.¹²⁶ Tivéus varnar däremot för en situation där andelarna kan anses bli kvalificerade. Det är om handeln med värdepapper i bolaget är så pass omfattande att den klassas som rörelse och aktieägaren själv är aktiv i en mer betydande omfattning.¹²⁷

Söderlund och Grosskopf anser att värdepappersförvaltande bolag inte ska träffas av fåmansföretagsbeskattningen.¹²⁸ De gör jämförelsen med en fysisk person som förvaltar värdepapper och som alltid beskattas i kapital oberoende

¹²³ Rydin, 2006, s. 77.

¹²⁴ Se exempelvis RÅ 2009 not. 68. Sandström och Bokelund Svensson går igenom en rad rättsfall med varierad handel. Se Sandström & Bokelund Svensson, 2016, s. 65 ff.

¹²⁵ Lodin m.fl., s.451.

¹²⁶ Lodin m.fl., s. 383f och s. 451.

¹²⁷ Tiveus, s.46, se även SOU 2002:52 s. 307.

¹²⁸ Söderholm & Grosskopf, 1993, s. 94 f.

av sin egen arbetsinsats.¹²⁹ Även Burmeister är av åsikten att arbetsinsatsen betydelse i förhållande till kapitalinsatsen är begränsad vid kapitalförvaltning. Burmeister menar på att ett direkt innehav av aktieportföljen hade medfört en lägre beskattning än den som uppkommer genom ett indirekt ägande. Delägare och bolag som ägnar sig åt värdepappersförvaltning bör därför undantas från fördelningsreglerna.¹³⁰ I kontrast till detta är Tjernberg av motsatt åsikt.¹³¹ Tjernberg ser en problematik kring var ett bolags medel kan härröra ifrån. De kapitalplaceringar som bolaget använder kan bestå av vinstmedel som uppstått till följd av arbetsinsatser. Det nuvarande systemet undantar de värdepappersförvaltande bolagen i de fall där delägaren inte har varit verksam i betydande omfattning.¹³² Grosskopf har senare uttryckt att det finns en presumtion för att värdepappersförvaltande bolags andelar inte är att anse som kvalificerade. Att kapitalförvaltande verksamhet däremot alltid ska anses som passivt ägande är enligt Grosskopf en för långdragen slutsats.¹³³ Till detta ansluter sig Gunne.¹³⁴ Förvaltning av värdepapper i ett bolag torde inte ensamt medföra att ägaren har varit verksam i betydande omfattning. Däremot anser hon att en direkt liknelse inte kan göras med en fysisk person och att denna alltid beskattas i kapital, oavsett omsättningen. Hon menar på att det finns utrymme för att en delägars andelar kan anses som kvalificerade. Särskilt då fåmansföretaget bedriver värdepappersrörelse.

Summerat kan sägas att det idag inte finns ett fall där andelarna i ett värdepappersförvaltande bolag har ansetts vara kvalificerade. Frågan om detta även gäller företag som bedriver värdepappersrörelse får anses vara obesvarad. Rydin och Båvall summerar situationen så att delägaren inte kan vara verksam i betydande omfattning om arbetsinsatserna är begränsade i förhållande till kapitalinsatsens betydelse för vinstgenereringen.¹³⁵

Skatteverket skriver att gränsdragningen mellan värdepappersförvaltning och värdepappersrörelse inte ska sammanblandas med om en delägare i ett fåmansföretag anses vara verksam i betydande omfattning.¹³⁶

Aktuellt för riskkapitalfonder är att Von Bahr påpekar att riskkapitalfonders vinster hänför sig till avyttringen av portföljbolagen. Vanligtvis uppkommer sådana vinster genom ett värdeskapande i portföljbolagen och personer som är verksamma där.¹³⁷ Hans uttalande tolkas så att det bör vara svårt att beskatta riskkapitalfonderna och värdepappersförvaltande bolag enligt fåmansföretagsreglerna.

¹²⁹ De hänvisar till de uttalanden som finns i 1990/91:54.

¹³⁰ Burmeister, 1998, s.750.

¹³¹ Tjernberg, 1999, s.284 f

¹³² Tjernberg, 1999, s. 284f.

¹³³ Grosskopf, Göran, 2005, s.296.

¹³⁴ Gunne, 2010, s. 364

¹³⁵ Rydin & Båvall, 2008, s. 72.

¹³⁶ Skatteverkets förhandsbesked, dnr 131 137580-16/111 – Handel med värdepapper i aktiebolag – kapitalförvaltning eller värdepappersrörelse?

¹³⁷ Von Bahr, 2015, s. 47.

När det kommer till fastighetsförvaltande företag kan kort sägas att situationen är likartad, värdeökningen kan till stor del hänföras till värdeutveckling på marknaden. Men omfattningen och förvaltningen skiljer sig åt mellan fastighets- och värdepappersförvaltning och situationerna ska därför bedömas olika. Men att värdeutvecklingen till stor del kan hänföras till värdeutvecklingen på marknaden utesluter inte enligt HFD att de arbetsinsatser som utförts kan medföra att andelarna är kvalificerade.

Av största intresse är bedömningen gällande arbete som utförts från ett konsultbolag åt ett förvaltande bolag där utrymmet för att man faktiskt måste vara anställd i fåmansföretaget har ifrågasatts. SNR har utifrån HFD:s uttalande gjort tolkningen att det inte ställs upp något krav på anställning i det företag där bedömningen görs. Werkell som var skiljaktig i SRN:s dom gjorde en annan bedömning än resten i nämnden. Hon utgår från att syftet med lagstiftningen är att utan regleringen kan en ägare i företaget undvika den progressiva skatten för förvärvsinkomster genom att ta ut arbetsinkomster i kapital. I SNR:s bedömning låg i att avgöra om arbete som skett inom ramen för en anställning i ett annat företag än där arbetet utförs ska tas med i bedömningen. Hon anser, mot bakgrund av bestämmelsens syfte, att endast arbetsinsatser i det bolag man också är anställd i ska beaktas och att det enbart i undantagsfall bör göras en annan bedömning.¹³⁸ Vid bedömningen om en person varit verksam i betydande omfattning ska därför endast dennas arbete i egenskap av anställd i det bolag som ligger för prövning beaktas, och inte arbetsinsatser som utförts för det andra bolagets räkning. Under förutsättning att prissättningen för de tjänster som konsultbolaget utför åt fåmansbolaget är marknadsmässiga kommer den vinstgenerering som personens arbetsinsatser bidragit med att beskattas hos konsultbolaget.

Klart kan sägas att genom HFD 2013 ref. 11 I kan en persons arbetsinsats genom sitt egna konsultbolag kvalificera andelarna i det fåmansföretaget där tjänsterna har utförts, det fakturerade företaget. Frågan är däremot i vilken utsträckning detta gäller. I nyss nämnda rättsfall och kammarrättens dom avseende Gallerix-koncernen har den fakturerade konsulten suttit på dubbla stolar, det vill säga att personen har varit ägare i både det fakturerande konsultbolaget och det fakturerade fåmansföretaget. Av vikt är också att personen varit ensam ägare och anställd i sitt konsultbolag.

Men domarna lämnar många frågor obesvarade. Vilken roll behöver konsultens sitta på i det konsulterade företaget? Spelar det någon roll om han är eller inte är ägare till det fakturerande konsultföretaget? Påverkas bedömningen i någon grad av om det betalas ut en marknadsmässig ersättning för det utförda arbetet? Frågor som nu är aktuella i den pågående rättsprocessen mellan Skatteverket och berörda riskkapitalister.

¹³⁸ Med en hänvisning till HFD 2013 ref. 11 I.

6 Domarna i förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten i Stockholm har i december 2015 och våren 2016 avgjort ett hundratal mål angående beskattning av personer verksamma i riskkapitalfonder. Målen har haft olika utgångar där vissa personer har ombeskattas enligt fåmansföretagsreglerna och mål där skatteverket inte lyckats visa att delägarnas andelar varit kvalificerade.

Nedan kommer det att redogöras grundligt för omständigheterna i ett rättsfall där förvaltningsdomstolen ansåg att andelarna var att se som kvalificerade. Skatteverket har gjort en omfattande utredning kring fondernas struktur, avtal och ersättningar. Av själva domen framgår inte omständigheterna som legat till grund för bedömningen varav en djupdykning får anses vara befogad för att delvis få en större förståelse för branschen och delvis kunna göra en närmare analys av förvaltningsdomstolens bedömning.

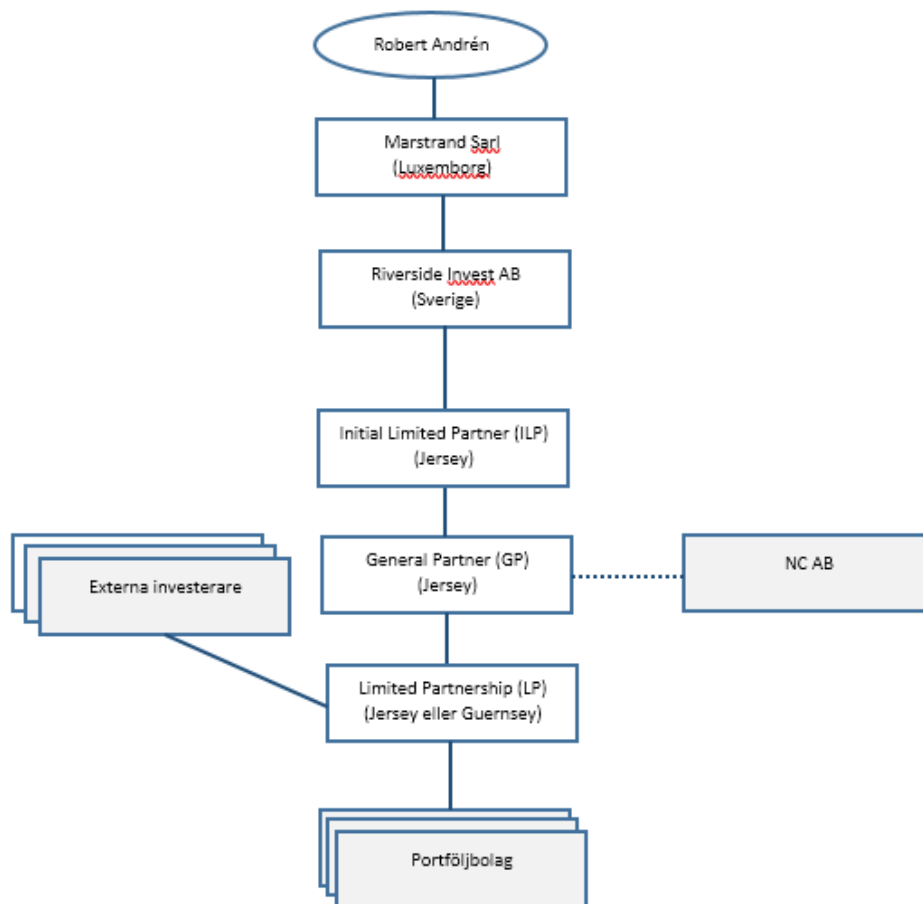
6.1 Andrén och NC-Gruppen

6.1.1 Skatteverkets utredning

6.1.1.1 Fondernas struktur

Nordic Capital-Gruppen (NC-gruppen) har vid skatteverkets bedömning bestått av sju olika fonder varav Fonderna III – V är de som varit för bedömning hos förvaltningsrätten avseende inkomstären 2006 – 2007. Fonderna III – V har liknande fondstrukturer och ser ut enligt nedan¹³⁹:

¹³⁹ Fondstrukturerna framgår av Skatteverkets eftertaxeringsbeslut, 2012-06-05, och har inte ifrågasatts av berörda parter.



Fonderna är organiserade med ett limited partnerships (LP) belägna på Jersey och som inte utgör en juridisk person enligt svensk rätt utan verkar genom avtal.¹⁴⁰ I och med att fondens upprättas får potentiella investerare ett prospekt med möjlighet att ingå en överenskommelse om ett investeringsåtagande. Genom sitt investering blir de limited partners i LP och får därigenom en ideell andel i LP. Som nämnt är inte LP en juridisk person så fondens alla transaktioner sker genom ett limitedbolag, General Partner (GP), på Jersey som har fullmakt att företräda LP.

Varje fond har sin struktur med ett LP och ett GP-bolag. GP-bolaget ägs i sin tur av en Initial Limited Partner (ILP) som, precis som GP-bolaget, är ett limitedbolag beläget på Jersey. ILP ägs i sin tur indirekt av Nordic Capital-gruppens Key Executives via helägda bolag. ILP investerar cirka 1 % av fondens totala investeringsåtagande. Däremot går inte deras investering via LP utan sker direkt i portföljbolagen.¹⁴¹

¹⁴⁰ Fonderna definieras enligt avtal på ett liknande sätt. Fond III består av "each Direct Investor's rights and obligation under its respective Investment Management Agreement, the Alpha Partnership and the Beta partnership". Fond IV uppges som "the Partnership, any Parallel Partnership and the Direct investors' rights and obligations under their respective Investment Management Agreements (if any)". Fond V definieras som "the Partnership".

¹⁴¹ En möjlighet för externa investerare att göra direktinvesteringar i respektive portföljbolag, utan att gå via LP, har funnits i Fond III och Fond IV. Förvaltningen av direktinvesteringarna har skötts av GP i egenskap av investment manager.

Från det att fonden har nått sitt investeringsåtagande har GP fem år på sig, med möjlighet att förlänga perioden med högst ett år, att genomföra investeringar. För detta arbete får GP årligen en management fee motsvarande 1,75 % av investeringsåtagandet. Detta utgår oberoende av om någon investering har gjorts eller ej. Efter femårsperioden utgår management fee enbart på de då genomförda investeringarna. Vid fondens avveckling avyttras samtliga portföljbolag och alla tillgångar likvideras och utdelas bland investerarna. Efter detta avslutas fonden vanligtvis 10-12 år från det att fonden har stängts.

Avseende ersättning kan kort sägas att de externa investerarna erlägger carried interest i upp till 20 % av sin eventuella nettovinst till ILP-bolagen. ILP-bolagen erlägger inte någon carried interest, management fee eller andra avgifter för sitt innehav i fonden. Av nedan nämnda avtal framgår att den carried interest som blir tillgänglig för lyftning till GP ska allokeras för betalning till ILP-bolagen. Skatteverket utläser att som riskfaktor framhålls för de externa investerarna den omständigheten att carried interest baseras på utvecklingen av respektive fond. Detta skapar incitament för rådgivningsbolaget att lämna investeringsråd till fonden som är mer spekulativa än som annars vore fallet. Vidare framgår av nedan nämnda prospekt att fondens framgång är beroende av rådgivningsbolagets förmåga att identifiera, utveckla och realisera investeringar och är alltså beroende av Key Executives verksamhet. Genom att en Key Executive skulle lämna sitt uppdrag finns en risk att detta skulle kunna leda till en negativ inverkan på fonden. Investerarna kommer inte ha möjligheter att bevaka investerings- och disponeringsbeslut i fonderna och måste således lita på Key Executives engagemang att sköta och leda fondens affärer.

6.1.1.2 Avtal och prospekt

Investerares, förvaltares, rådgivares och Key Executives rättigheter och skyldigheter i respektive fond regleras via avtal.¹⁴² Prospektet utgör en del av avtal. Då dessa avtal till stor del kan ha varit avgörande i förvaltningsrätten för att bedöma Key Executives arbete och skyldigheter i fonderna görs här en genomgång av de relevanta avtalen.¹⁴³

Ett ”Investment Management Agreement” (IMA) upprättas i varje fond mellan GP och investerarna. I IMA så behandlas hur investeringar ska gå till, det totala investeringsåtagandet för fonden samt att GP är ensamt ansvarig för förvaltning av fonden och val av investeringar. Vidare framgår att investerare i fonden är medvetna om och godkänner att de bär all ekonomisk risk.

I IMA-avtalet stadgas att ett ”Parallell Investment Agreement” (PIA) ska ingås mellan GP, ILP, LP och direktinvesterarna. PIA-avtalet berör samma punkter som IMA-avtalet men förordnar att ILP-bolagen ska investera

¹⁴² Skatteverket har fått ta del av dessa avtal genom tredjemansrevisioner.

¹⁴³ Avtalen behandlas i Skatteverkets eftertaxeringsbeslut, 2012-06-05, s.10-13. Om inget annat följer av den fortlöpande avhandlingen så får innebörden av dessa avtal anses vara ostridiga.

motsvarande 0,5-1,25 % av fondens totala investeringsåtagandet. Här stadgas även att GP ska följa råd från rådgivningsbolaget enligt rådgivningsavtalet men GP kan avvika från denna om en Review Committee eller Advisory Committee är av annan åsikt.¹⁴⁴ Advisory Committee består av representanter för fondens limited partners.

I avtalen lämnas förutsättningarna för investeringarna. Vidare bygger avtalen på det vid fondens skapade prospektet som är en del av avtalen. Uppgifterna i prospektet kan inte ändras, eller endast ändras efter investerarnas godkännande.¹⁴⁵ Avtalen äger företräde om de skulle skilja sig från prospektet.¹⁴⁶ Av prospektet framgår respektive fonds placeringsfilosofi och rådgivarens ”track-record”. Av stor betydelse, som kommer framgå av förvaltningsrättens beslut, beskrivs rådgivarens betydelse för fondens möjligheter till avkastning, och då särskilt Key Executives.

Av avtalen framgår att NC AB är rådgivningsbolag.¹⁴⁷ Key Executives för fonderna är Robert Andrén m.fl. som äger och kontrollerar ILP-bolagen. Key Executives leder även rådgivningsbolagens arbete.

6.1.1.3 Särskilt om rådgivningsbolaget och rådgivningsavtalet

Andrén, tillsammans med andra Key Executives, bildade NC-gruppen 1989 och var ansvariga för NC-gruppens samtliga förvärv. Initialt var NC-gruppen en investeringsstruktur med ledning av Key Executives och dess Management Team. I och med fond III:s etablering 1998, då även etableringar med LP och bolag på Jersey genomfördes, övergick Management Team att bli anställda i det nybildade rådgivningsbolaget, NC AB. Andrén var ägare av NC AB, genom ett schweiziskt bolag fram till december 2005 då rådgivningsbolaget överläts till ett annat schweiziskt bolag som i sin tur ägs av en stiftelse. Andrén och övriga Key Executives är sedan 2005 inte ägare av rådgivningsbolaget NC AB men sitter i dess styrelse och är heltidsanställda.

NC AB har etablerat två av fonderna och en av fonderna har etablerats av fondens GP.¹⁴⁸ Rådgivningsbolaget har ingått rådgivningsavtal med GP i

¹⁴⁴ Även detta skiljer sig åt lite mellan fonderna. Av PIA-avtalet för Fond IV framgår att GP ska följa dessa vid exitbeslut. En liknande bestämmelse saknas beträffande Fond V.

¹⁴⁵ I Fond III kan inte uppgifterna ändras alls, och i Fond IV och V kan uppgifterna ändras efter godkännande.

¹⁴⁶ Detta framgår av Fond V:s LPA-avtal. Vidare framgår det att de externa investerarna vid investeringsbeslutet enbart ska förlita sig på avtalen (och likaså prospektet). Vare sig annan skriftlig eller muntlig information ska de bortse ifrån.

¹⁴⁷ I avtalen har termen för rådgivningsbolaget skiljt sig åt. Begreppen ”The Advisor”, ”Management Team”, ”the firm” och ”Nordic Capital” har använts. Skatteverket har uppfattat dessa begrepp som synonymier eftersom de personer som ingår i Management Team (i uppsatsen används termen rådgivningsbolaget) är densamma oberoende av vilken term man har valt att använda sig av.

¹⁴⁸ Fond III och IV har etablerats av NC AB. Fond V har fondens GP etablerat.

respektive fond.¹⁴⁹ Avtalen är likalydande och ersättning ska utgå efter överenskommelse. Innehållet stadgar att NC AB ska vara investeringsrådgivare som ska tillhandahålla råd och rekommendationer för avyttringar och investeringar samt bevaka dessa. Enligt avtal ska NC AB följa GP instruktioner och det är således respektive GP som har den exekutiva bestämmanderätten. NC AB är enbart rådgivare och endast ansvarig för skada som orsakats p.g.a. vårdslöshet eller uppsåt.

Av prospektet framgår rådgivningsbolagets värdefulla egenskaper såsom deras erfarenhet av att analysera, förhandla och genomföra komplexa transaktioner. Vid genomförda investeringar kommer rådgivningsbolaget implementera strategier genom styrelsearbete och informella arbetskontakter med företagsledningen. De kommer nominera personer till styrelser i portföljbolagen och trycker på sitt goda rykte och omfattande nätverk.

Rådgivningsbolagets ”Senior Executives” kommer vara ansvariga för väsentliga förhandlingar och nyckelbeslut i samband med investeringarna i respektive fond. Det dagliga ansvaret ligger på medlemmar i rådgivningsbolagets Management Team. I prospektet till fonderna framgår att investerarnas åtagande att delta i nya investeringar kan upphöra om Key Executives med Management Team upphör med att ägna hela sin arbetstid åt fondens affärer.¹⁵⁰

Rådgivningsbolagets Management Team utgörs till största del av personal från NC AB och dess arbete leds av Key Executives. Management Team utarbetar förslag till investeringar, genomför dessa och lämnar förslag till avyttringar. Skatteverket menar att deras insatser är en förutsättning för portföljbolagens värdetillväxt.

6.1.2 Förvaltningsrättens dom

Förvaltningsrätten inleder kort med att konstatera att ILP-bolagen samt GP-bolagen utgör fåmansföretag enligt 56 kap. 2 § IL då ILP-bolagen indirekt har ägts till mer än 50% av Andrén och två andra personer och att GP-bolagen har ägts av ILP-bolagen.

Domstolen går sedan vidare till frågan om andelarna är kvalificerade genom att andelsägaren eller någon närstående under beskattningsåret eller något av de fem föregåendebeskattningsåren varit verksam i betydande omfattning, 57

¹⁴⁹ Rådgivningsavtalet kallas för ”investment Advisory Agreement”. Respektive GP är placerat på Jersey och har namnen Nordic Capital III Ltd, Nordic Capital IV samt Nordic Capital V Ltd.

¹⁵⁰ Under den tid GP uppstår management fee åligger det GP att övervaka rådgivningsbolaget så att Key Executives och Management Team använder sin arbetstid till respektive fonds affärer. Av IMA-avtalen till Fond III och IV framgår att GP ska meddela investerarna om så inte är fallet.

kap. 4 § första stycket 2 IL. Det rör sig alltså inte om samma eller likartad verksamhet.

Förvaltningsrätten konstaterar att Andrén, utöver indirekt ägande i ILP-bolaget, tecknat PLA-avtal. Dessa ska ses som vinstandelslån och ska anses utgöra delägar rättigheter i ILP-bolaget. Enligt 57 kap. 2 § andra stycket IL ska dessa likställas med andelar.

Förvaltningsrätten inleder sin bedömning om Andréns andelar är kvalificerade genom en teleologisk tolkning av ”verksam i betydande omfattning”. Domstolen hänvisar till förarbetena om att reglerna endast ska tillämpas om den skattskyldiga, eller närstående, har varit verksam i sådan omfattning att deras arbetsinsats har haft en påtaglig betydelse för vinstgenereringen.¹⁵¹ Förvaltningsrätten lägger också som grund till sin bedömning att även om värdetillväxten i fonderna kan vara hänförliga till exempelvis marknaden och andra omvärldsfaktorer, utesluter detta inte att arbetsinsatserna kan medföra att andelarna är kvalificerade.¹⁵²

Det är arbetsinsatsen, oavsett delägarrollen, som är av betydelse. Domstolen finner att Andrén är grundare till NC-gruppen, inklusive rådgivningsbolaget. De finner även att han varit Key Executive samt arbetat heltid i verksamheten. Detta inkluderar att leda Management Team för fonderna och att vara ansvarig vid förhandlingar och nyckelbeslut. Arbetet har även inkluderat styrelsearbete i portföljbolag och ibland även arbete som VD. Andrén har ägnat allt sin arbetstid åt nu aktuella investerings- och rådgivningsverksamhet.

Förvaltningsrätten finner att Andrén har haft en ledande roll för fonderna i egenskap av grundare till Nordic Capital och genom sin ställning som Key Executive och partner. Hans arbete är ett resultat av det existerande rådgivningsavtalet mellan GP och rådgivningsbolaget. Även om hans arbete har skiftat är syftet vinstgenerering genom förvärv och avyttringar av portföljbolag. Rådgivningsbolaget har varit ansvariga för förslag till investeringar, analysera branscher och nominera lämpliga personer till styrelser i portföljbolagen där de anställda själva innehaft flera poster. Domstolen finner att Andren har varit en sådan central nyckelperson, Key Executive, som fonden har beskrivit sig själva vara beroende av. Av prospektet framgår att utan hans, och andra Key Executives, arbete skulle fonden påverkas negativt.

Avseende carried interest till ILP-bolagen anser domstolen att vinsterna är ett resultat av det arbete som utförts i GP-bolagen och att det enligt avtalen framgår att den ska överföras från GP-bolagen till ILP-bolagen, och sedermera Key Executives. Utan GP-bolagens arbete hade det inte utgått några vinster till ILP-bolagen. Att GP-bolagen har avstått från denna vinst och att den allokeras till ILP-bolagen innebär inte att GP-bolagen inte har haft en stor del till att generera vinsten. Domstolen finner att Key Executives

¹⁵¹ Med hänvisning till prop. 1989/90:110 s. 468 och 703.

¹⁵² Förvaltningsrätten gör här en hänvisning till HFD 2013 ref. 11 I.

arbete har haft stor betydelse för de uppkomna vinsterna och att detta inte kan hänföras till GP-bolagets styrelse. 57 kap IL lämnar även utrymme till att flera, olika aktörer kan vara delaktiga i vinstgenereringen. De av praxis redovisade, och av Andrén åberopade, rättsfallen avseende prövningen av kapitalförvaltande bolag och kvalificerade andelar utgör inte en liknande situation med de omständigheterna som nu ligger för prövning.¹⁵³

Slutligen finner domstolen att eftersom GP- och ILP-bolagen har saknat en egen intjäningsförmåga är de beroende av Key Executives arbete. GP-bolagen har fått management fee för Key Executives arbete. Mot det ovan redovisade finner förvaltningsrätten att fonderna, inklusive GP-bolagets arbete, bygger på Key Executives, med Management Team, insatser. Robert Andrén har haft en påtaglig betydelse för vinstgenereringen i GP-bolagen och har således varit verksam i betydande omfattning i GP-bolagen som han även varit indirekt delägare i. Hans anställning i rådgivningsbolaget är utan betydelse. Hans andelar är att anse kvalificerade och ska beskattas enligt reglerna i 57 kap. IL.

6.2 Kommentar till förvaltningsrättens bedömning

Domstolen inleder med att konstatera att andelarna kan anses vara kvalificerade även om värdetillväxten kan vara hänförliga till andra omvärldsfaktorer och marknaden. Det finns anledning att kommentera detta närmare. Nyss nämnda ställningstagande från HFD har sin grund i ett fall rörande fastighetsförvaltning och där andelarna ansågs vara kvalificerade. Någon motsvarande utgång har inte tidigare varit aktuell rörande värdepappersförvaltning.

Förvaltningsdomstolen konstaterar kort att situationen i tidigare praxis rörande kvalificerade andelar och värdepappersförvaltning inte är liknande med de omständigheter som nu ligger för prövning. Undertecknad håller här med domstolen. Riskkapitalfondens, och rådgivningsbolagens, verksamhet skiljer sig markant på många sätt från tidigare prövade mål, främst då det i de åberopade rättsfallen har rört sig om en passiv förvaltning av värdepapper. Key Executives har, med sitt management team, förädlat de portföljbolag, genom styrelsearbete och företagsledande positioner, som fonden har investerat i. Denna situation är, enligt undertecknad, mer snarlik ett fastighetsförvaltande bolag som arbetat med fastigheterna än ett rent passivt värdepappersförvaltande bolag. Det finns därför, trots tidigare praxis, utrymme för att pröva om en delägars andelar för ett värdepappersförvaltande bolag är kvalificerade.

Domstolen går sedan vidare till att bedöma arbetsinsatsen. Att Andrén har arbetat heltid i, eller åtminstone åt, fonderna får anses vara klart. Han är grundare till fonderna och har en ledande roll för de Management Team som

¹⁵³ RÅ 2004 ref.61 och RÅ 2004 not. 162.

arbetar med rådgivning åt fonderna. De prospekt, och sedermera avtal som ingåtts med externa investerarna, styrker att han ska arbeta heltid med rådgivning vilket innefattar att lämna förslag till investeringar och avyttringar samt att analysera aktuell marknad. Han har även suttit i styrelser och som VD för de portföljbolag som fonden har investerat i.

Av de hundratals fall som har varit för prövning har personernas insatser, i mer eller mindre utsträckning, varit av betydande omfattning. De personerna uppfyller oftast, i den mån det finns, ett kvantitativt krav på arbetstid för att deras andelar skulle kunna vara kvalificerade. Detta är däremot inte avgörande för prövningen. Det är av större intresse att se om de har haft en påtaglig betydelse för vinstgenereringen, vilket är kravet enligt förarbetena, genom kvalitativt arbete och om deras arbetsinsatser för rådgivningsbolaget ska tas i beaktande vid bedömningen av deras arbetsinsatser i fonden.

Syftet med personernas arbete i rådgivningsbolaget har varit att ge råd för att kunna generera vinster genom förvärv och avyttringar och förädla portföljbolagen genom styrelse- och VD-arbete. Av prospekt och avtal framgår att fonden är beroende av Key Executives och deras teams arbete för att nå framgång. Utifrån den praxis som har utvecklats att andelarna kan vara kvalificerade trots att detta kan bero på utomstående faktorer så är det inte orimligt att domstolen finner att delägarnas arbetsinsats är av sådan kvalitativ art att de har haft en påtaglig betydelse för vinstgenereringen. Detta särskilt då omständigheterna gör så att situationen är mer snarlik den praxis som utvecklats för fastighetsförvaltande bolag.

Avseende Von Bahrs kritik om att det värdeskapande arbetet sker i portföljbolagen och inte i förvaltningsbolaget kan följande sägas. Förvaltningsbolagets vinster är en följd av de avyttringar som sker. Bolagets investering bär avkastning på grund av en rad omvärldsfaktorer och det arbete som det anlitate rådgivningsbolaget bistår med, bl.a. styrelsearbete i portföljbolagen. Genom att analysera potentiella investeringsobjekt, sälja i rätt tid och anlita personer/låta anställda arbeta i enskilda portföljbolag sker ett värdeskapande i och av förvaltningsbolaget. Därmed är det värdeskapande arbete i portföljbolag som finansieras av fonden att betrakta som sådant arbete som är avsett att höja fondens, och förvaltningsbolagets, värde. I detta värdeskapande arbete spelar Key Executives och deras Management Team en stor roll. Huruvida deras arbetsinsats har varit av betydande omfattning får bedömas in casu.

Förvaltningsrättens sista bedömning är frågan kring omständigheten att Key Executives inte har varit anställda i GP-bolagen utan i rådgivningsbolaget. Domstolen lämnar omständigheten utan hänseende med en hänvisning till ovan redovisade rättsfall HFD 2013 ref. 11 I och SRN:s förhandsbesked dnr 15-13/D. Det är olyckligt att domstolen snabbt åsidosätter de motargument som anförts att rådgivningsbolagen och det förvaltande bolaget ägnar sig åt olika verksamheter samt att omständigheterna skiljer sig åt. I nuvarande fall sitter inte andelsägaren på dubbla stolar, d.v.s. är delägare i de fakturerade

och fakturerande bolagen. Det finns här utrymme att se tillbaka på lagstiftningens utformning och syfte.

Av lagtexten framgår att en andel är kvalificerad om andelsägaren varit ”verksam i betydande omfattning i företaget eller i annat fåmansföretag [...] som bedriver samma eller likartad verksamhet” eller att ”företaget, direkt eller indirekt [...] har ägt andelar i ett annat fåmansföretag [...] och andelsägaren [...] varit verksam i betydande omfattning i detta fåmansföretag” (anm. kursivering). Jag finner det, varken i en subjektiv eller objektiv lagtolkningsmetod, strida mot lagtextens utformning eller syfte att arbete som anställd i ett annat bolag kan beaktas vid bedömningen. Ser man på bestämmelsens utformning ska delägarens arbetsinsats ha skett ”i” företaget. Vid konsultarbete kan anställningen måhända vara i ett annat företag, men det fakturerade företaget hyr in en konsult för att skapa ett värde ”i” sitt egna företag. Varvid betalningen sedan går, till konsultbolaget eller konsulten/den anställda, är inte av betydelse vid bedömningen om var personen i fråga har varit verksam utan det är för vem det faktiska arbetet sker hos som är relevant, det vill säga förvaltningsbolaget. Ser man till förarbetena så diskuteras det inte i vilken mån en anställning i ett annat företag ska beaktas, detta är däremot inte ett hinder för att personens arbete ska beaktas. Det kan ifrågasättas ur ett legalitetsperspektiv då frågan inte berörs i förarbetena men undertecknad anser att det delvis faller inom lagtextens utformning och delvis enligt dess syfte. Förarbetena trycker på betydelsen av det värdeskapande arbete i fåmansföretaget, inte var personen är anställd.

Skatteverket har fått stor kritik i tidigare mål när de försökt styra över inkomsterna från GP-bolaget och ILP-bolagen till rådgivningsbolaget och att de då saknade stöd i lagen för detta.¹⁵⁴ Hultqvist skrev bl.a. att detta kunde anses vara en slags rättsfallsbaserade analogi utifrån Fader Gunnar-målet.¹⁵⁵ Undertecknad kan, utan att närmare diskutera saken, förstå att Skatteverket kritiserades för sitt yrkande i pilotmålet. Däremot anser inte undertecknad att Skatteverkets nuvarande linje står i strid mot legalitetsprincipen utan att Skatteverket har en grund, på ett principiellt plan, för sin nuvarande talan.

Summerat kan sägas att det som är relevant för bedömningen är om delägaren genom arbete bidragit till bolagets vinst och i vilken utsträckning. Med ett sådant generellt ställningstagande, som enligt undertecknad ligger i linje med lagstiftningen, skulle flertalet uppkomna frågor kring vilken grad en anställning i ett annat bolag påverkar bedömningen besvaras. Det vill säga inget alls.

Utän att besvara om bedömningen är korrekt gällande om Andrén och övriga Key Executives har varit verksamma i betydande omfattning är min uppfattning i linje med förvaltningsrättens bedömning av frågorna på ett mer principiellt plan. Det finns möjlighet för delägare att vara verksamma i betydande omfattning i värdepappersförvaltande bolag, att arbete i ett annat bolag kan beaktas vid bedömningen (oavsett om personen i fråga sitter på

¹⁵⁴ Se bl.a. DN, 2013-01-16

¹⁵⁵ Se Dagens Juridik, 2014-03-0

dubbla stolar, d.v.s. äger båda bolagen, eller inte) samt att ett värdeskapande arbetet sker i förvaltningsbolaget, inte enbart portföljbolagen.

7 Analys

7.1 Kort summering

Summerat om en riskkapitalfond kan följande sägas. En riskkapitalfonds syfte är att låta fysiska och juridiska personer investera i bolag och få ut en så hög avkastning som möjligt. Fondens struktur lämnar utrymme åt ett fåtal personer i ett förvaltande bolag att förvalta investerarnas ekonomiska insatser i värdepapper. Till sin hjälp anlitar fondens förvaltare ett rådgivningsbolag utanför fondens bolagsstruktur som bistår med förslag till investeringar och analyser. Rådgivarna arbetar även till stor del i portföljbolagens styrelser och har även ibland en företagsledande roll i bolagen. För detta arbete betalas det ut rådgivningsarvode från fonden till rådgivningsbolaget. Personer med företagsledande positioner i rådgivningsbolaget har ibland även investerat ett stort kapital i fonden och är således andelsägare i fonden. Rådgivarna äger indirekt, genom andelar eller PLA-avtal, även det fondförvaltande bolaget. Den övergripande frågan för domstolen att besvara är om dessa rådgivare ska beskattas enligt fåmansföretagsreglerna för sin avkastning, inkluderat carried interest, de fått såsom ägare av det fondförvaltande bolaget.

På ett principiellt plan väcker detta många frågor då det enligt tidigare praxis inte har varit aktuellt att beskatta ägare till värdepappersförvaltande bolag efter fåmansföretagsreglerna. Delägarna har i dessa fall inte ansetts vara verksamma i betydande omfattning. Har tidigare praxis utvecklat ett rättsläge där värdepappersförvaltandes delägare aldrig anses som verksamma i betydande omfattning då värdeökningen på värdepapper till så stor del är beroende av omvärldsfaktorer?

Även andra frågor aktualiseras i och med skatteverkets taxeringsbeslut. Bland annat att förvaltningsbolagets ägare faktiskt inte har haft en ledande ställning i det förvaltande bolaget utan haft anställning i ett annat bolag som har bedrivit en annan verksamhet, d.v.s. investeringsverksamhet kontra rådgivningsverksamhet. Ska deras arbetsinsats i detta bolag beaktas vid bedömningen? Och vad spelar det för roll att de fått en marknadsmässig lön för detta arbete då lagstiftningens syfte är att förhindra att lön omvandlas till avkastning.

För att återgå till lagens syfte med fåmansföretagsreglerna kan kort sägas att de tillkom för att förhindra att tjänsteinkomster skulle beskattas i det lägre beskattade inkomstslaget kapitel. Reglerna kan anses vara ett schabloniserat utformat förbud mot omvandling av inkomster. För att förhindra att reglerna skulle träffa passiva ägare som inte kan anses arbeta i företaget ställdes det upp ett krav på att andelarna skulle vara kvalificerade. En andel anses vara kvalificerad om andelsägaren eller någon närstående varit verksam i företaget i betydande omfattning. För att avgöra om en person varit verksam i betydande omfattning har det i förarbetena påpekats att det är av stor betydelse om personens arbete har haft betydelsen för vinstgenereringen i

företaget. Personens roll i företaget, exempelvis som styrelseledamot, företagsledare eller anställd utan en företagsledande position, är inte ensamt avgörande om personens andelar ska vara kvalificerade utan en helhetsbedömning måste göras. Det behöver inte heller vara frågan om ett heltidsarbete utan arbetsinsatser måste ses i relation till företagets omfattning och övriga omständigheter.

7.2 Fåmansföretagsbeskattning och värdepappersförvaltande bolag

Avseende nyligen redovisade rättsfall avseende carried interest och värdepappersförvaltande bolag kan följande sägas. I doktrinen har ett stort fokus legat på om en andel är kvalificerad beroende på om verksamheten består av förvaltning av värdepapper eller en värdepappersrörelse. Diskussionen har förts av Tiveus, Grosskopf och Gunne. Undertecknad anser att denna diskussion är lite felfokuserad med ett för stort fokus på företagets kvantitativa insats avseende bolagets omsättning av värdepapper som är relevant för bedömningen om det rör sig om förvaltning eller rörelse. Vid bedömningen om en delägare har varit aktiv i betydande omfattning ser man till dennas individuella arbetsinsats i bolaget där delägarinslag kan påverka den kvalitativa bedömningen. Jag håller här med Skatteverket att bolagets aktivitetsgrad rörande handel med värdepapper inte ska sammanblandas med delägarinslag och betydelse för vinstgenereringen.

Däremot har flertalet personer, däribland Söderlund, Grosskopf, Burmeister och Lodin m.fl., en viktig poäng i sin jämförelse med att en fysisk person som handlar med värdepapper alltid beskattas i kapital oavsett mängden handel och att det då bör ligga en presumtion om att så är fallet vid värdepappersförvaltande bolag. Utifrån ett neutralitetsperspektiv ska det inte skilja sig åt om en person väljer att handla med värdepapper genom direkt ägande eller indirekt ägande via ett aktiebolag. Utvecklad praxis får här anses gå i linje med detta, även om den inte är direkt uttalad. Utöver Tjernbergs kritik mot detta ställningstagande då det finns en problematik kring vad bolagets medel härrör ifrån kan även följande sägas. Fondens förvaltare, GP-bolaget, får en management fee, alltså en betalning, för sin förvaltning av fondens kapital. Om en fysisk person handlade med värdepapper för egen del, men även för andra fysiska personer och fick ett arvode för detta skulle personen i fråga givetvis anses bedriva näringsverksamhet. Utöver en betalning i form av en management fee avstår även de externa finansiärerna en del av sin utdelning i form av carried interest. Man kan då ställa sig frågan för vad? Neutralitetsaspekten är en viktig poäng men bara i de hänseenden situationerna är direkt jämförbara, vilket inte borde vara fallet här. Ytterligare en omständighet som talar för att situationerna skiljer sig åt är ägarnas aktiva ägande, genom sina arbetsinsatser i det onoterade bolaget. Detta är något som

inte varit aktuellt vid bedömningen om en fysisk person anses bedriva näringsverksamhet i och med sin stora omsättning av värdepapper.

I kommentaren till förvaltningsrättens dom fann undertecknad att det sker ett värdeskapande arbete i det förvaltande GP-bolaget och inte enbart i portföljbolagen. Här finns det anledning att återgå till HFD:s ställningstagande att andelarna kan vara kvalificerade även om värdetillväxten kan vara hänförlig till andra omvärldsfaktorer och marknaden. Rydin och Båvall summerade situationen för kapitalförvaltande bolag så att delägaren inte kan anses vara verksam i betydande omfattning om arbetsinsatserna är begränsade i jämförelse med kapitalinsatsens betydelse för vinstgenereringen. Med den utgångspunkten som står sig väl mot utvecklad praxis och ovan nämnda uttalande från HFD måste det understrykas att det är Key Executives kapitalinsats från sina ILP-bolag genom GP-bolaget och den avkastning de får tillbaka, d.v.s. avkastning genom ägande och carried interest, som ska stå för bedömningen, inte fondens totala kapitalinsats och avkastning.

Kammarrätten har tidigare i pilotmålet, som Andrén påpekade i sin talan, funnit att rådgivningsbolaget inte haft rätt till den carried interest som har utbetalats utan enbart till rådgivningsarvodet. Däremot är Key Executives arbetsinsats även aktuell vid bedömningen om andelarna ska vara kvalificerade p.g.a. deras arbetsinsatser i fondbolaget och deras värdeskapande arbete där. Är det på grund av arbetsinsatsen de fått en avkastning i form av carried interest eller är avkastningen en följd av deras kapitalinsats? Givetvis är det inte antingen eller utan avkastningen kan vara beroende av båda. Om det hade rört sig om ren passiv värdepappersförvaltning får det däremot stå klart att arbetsinsatsen presumeras vara begränsad i jämförelse med kapitalinsatsen och dess betydelse för vinstgenereringen. Däremot bör deras arbetsinsats vara av större betydelse i nu aktuella fall då det rör sig om förädling av bolag, precis som vid bedömningen av fastighetsförvaltande bolag. Särskilt då Key Executives i och med upprättandet av fonden själva påpekar sin betydelse för fondens utveckling och därmed kräver en del av investerarnas avkastning.

7.3 Anställning kontra konsultarbete samt betydelsen av uttagandet av lön

Som ovan visat i kommentaren till förvaltningsrättens dom är det även självklart enligt undertecknad att det inte bör spela någon roll om delägaren är anställd i företaget eller arbetat där som inhyrd konsult. Utöver att det skulle vara ett enkelt kringgående av lagstiftningen, så sker ett värdeskapande i bolaget där delägaren är inhyrd och det är detta som ska ligga till grund för bedömning. Det kan tyckas olyckligt att, som skiljaktiga i skatterättsnämndens dom anmärker, ta med detta i bedömningen då det har betalats ut en marknadsmässig lön och syftet med lagstiftningen är att förhindra att lön omvandlas till avkastning. Så är även i situationen i ett

fåmansföretag där delägarens andelar anses vara kvalificerade där denna varit anställd i företaget och en marknadsmässig lön har betalats ut. I och med reglernas schabloniserade utformning, som inte tar hänsyn till bransch eller risk, så har man oftast enbart sett till om delägaren har bidragit till det värdeskapande arbetet och inte till om denna har tagit ut en marknadsmässig lön. Det är enligt undertecknad ett resultat av lagtextens utformning som inte står i linje med lagens syfte. Frågan behandlas inte heller av domstolarna där man enbart ser på delägarens betydelse för vinstgenereringen. Detta till följd av att man valt en schabloniserad lagstiftning och det är inget man kan kritisera domstolarna för. Som ett konkret exempel kan situationen nämnas där en person tar ut 70% i marknadsmässig lön och där denna har varit verksam i betydande omfattning. Delägarens andelar kommer då anses vara kvalificerade och hela underlaget för avkastning träffas av reglerna utan hänsyn till att en del av lönen tagits ut. En sådan gränsdragning där man bedömer när och om marknadsmässig lön har utgått och om detta står i relation till arbetsinsatsens värde samtidigt som man ska ta med omvärldsfaktorer, såsom andra personers arbetsinsatser i beaktande, går inte att bedöma. Att enbart se på om delägaren har haft en stor betydelse för vinstgenereringen leder då istället till tydligare gränsdragningar och praxis. Utan att vidare kritisera lagstiftningens utformning så är det dessa regler och utarbetade praxis riskkapitalisterna och fåmansföretagare har att förhålla sig till.

7.4 Sammanfattande slutsatser

Sammanfattningsvis kan sägas att trots den utveckling som har utvecklats för värdepappersförvaltande bolag anser undertecknad att det finns utrymme för att reglerna om kvalificerade andelar kan träffa värdepappersförvaltande bolag. Särskilt i riskkapitalistbranschen då de får anses jobba aktivt i de företag som fonden och förvaltningsbolaget har investerat i. I prospekt och avtal framgår Key Executives betydelse för fondens utveckling och även deras skyldighet att ägna ett heltidsarbete med att skapa värdetillväxt i portföljbolagen. Utan deras arbete existerar inte längre någon fondverksamhet. GP-bolagets styrelse får en management fee för att förvalta fonden och en stor del av denna går till rådgivningsbolagets arvode. Vidare betalas carried interest ut till GP-bolaget som sedan slussas vidare till ILP-bolagen. Denna bör enligt undertecknad inte ses enbart som en följd av ILP-bolagens kapitalinsats. Värdeutvecklingen hos ILP-bolagen, som består av "vanlig" avkastning och carried interest, kan inte anses vara enbart hänförlig till andra omvärldsfaktorer och marknaden.

Om Key Executives och övriga PLA-innehavares andelar ska anses vara kvalificerade får bedömas från fall till fall. Viktigt att poängtera är att inte bedöma om de varit verksamma i betydande omfattning i rådgivningsbolaget, som kan ha flera uppdrag och uppåt hundra anställda, utan för det arbete som skett i och för förvaltningsbolaget.

De hundratals rättsfall som nu ligger för bedömning kommer, om de går hela vägen till HFD, att ge ny vägledning för vad som gäller värdepappersförvaltande bolag och kvalificerade andelar. Jag har svårt att se att det finns en situation för värdepappersförvaltande bolag där bolagets ägare är mer aktiva och betydelsefulla för värdeutvecklingen än i nuvarande situation, detta gäller inklusive bolag som bedriver värdepappersrörelse. Förhoppningsvis besvaras även frågan om vad det spelar för roll att en marknadsmässig lön har betalats ut och hur det förhåller sig till de schabloniserat utformade reglerna då hela syftet med lagstiftningen är att förhindra omvandling av inkomster. Något som verkar ha tappats bort på vägen.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Departementspromemoria

Finansdepartementets promemoria, Beskattning av vissa delägare i riskkapitalfonder, 2012-03-29

Författningar

Inkomstskattelag (1999:1229)

Regeringsformen (1974:152)

Rättegångsbalk (1942:740)

Propositioner

Regeringens proposition 1984/85:18, om statlig fastighetsskatt

Regeringens proposition 1989/90:110, om reformerad inkomst- och företagsbeskattning

Regeringens proposition 1999/2000:2, Inkomstskattelagen

Regeringens proposition 1993/94:130, Ändringar i brottsbalken m.m. (ansvarsfrihetsgrunder m.m.)

Statliga utredningar

SOU 2002:52, *Beskattning av småföretag*

SOU 2008:80, *Beskattningstidpunkten för näringsverksamhet*

SOU 2005:99, *Vissa företagskattefrågor*

Skatteverkets förhandsbesked

Skatteverkets förhandsbesked, dnr 131 137580-16/111, Handel med värdepapper i aktiebolag – kapitalförvaltning eller värdepappersrörelse

Inlagor från Stockholms förvaltningsrätt

Målnr 14723-12 m.fl.

- Skatteverkets beslut, 2010-12-21, dnr 410 796528-10/527 m.fl.
- Skatteverkets eftertaxeringsbeslut, 2012-06-05, dnr 410 795675-11/5472 m.fl.
- Allmänna ombudet hos skatteverkets överklagande, 2012-07-06, dnr 410-484022-12/5481

Doktrin

Litteratur

Barenfeld, Jesper: Taxation of Cross-Border. Double Tax Relief in Hybrid and Reverse Hybrid Situations, Amsterdam: IBFD Publications BV, 2005

Hultqvist, Anders: Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattningen, Stockholm: Juristförlaget, 1995.

Kleineman, Jan: Rättsdogmatisk metod, I: Juridisk metodlära (red.: Korling, Fredric; Zamboni, Mauro), Lund: Studentlitteratur, 2013

Landström, Hans: Handbook of Research on Venture Capital, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007

Landström, Hans & Mason, Colin: Handbook of Research on Venture Capital: Volume 2 – A Globalizing Industry, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012

Lodin, Sven-Olof, Lindencrona, Gustaf, Melz, Peter, Silfverberg, Christer, Simon-Almendal Teresa: Inkomstskatt – en läro- och handbok i skatterätt, 14 uppl., Lund: Studentlitteratur, 2013

Nyman, Michael & Lundgren, Jonatan & Rösiö, Carl Christian: Riskkapital. Private equity- och venture capital-investeringar, 2 uppl., Visby: Norstedts Juridik AB, 2012

Peczenik, Aleksander: Juridikens teori och metod, Stockholm: Fritze, 1995

Påhlsson, Robert: Konstitutionell skatterätt, 2 uppl., Uppsala: Iustis, 2011

Rabe, Gunnar & Melbi, Ingrid: Det svenska skattesystemet, 21 uppl., Norstedts juridik, 2008

Rydin, Urban, Beskattning av ägare till fåmansföretag, Norstedts juridik, 2006

Rydin, Urban & Båvall, Bertil: Beskattning av ägare till fåmansföretag, 3 uppl., Norstedts juridik, 2012

Sandström, Kjell & Bokelund Svensson, Ulf: Fåmansföretag. Skatteregler och skatteplanering. 11 uppl., Näsvisen: Björn Lundén information AB, 2016

Strömholm, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära, 5 uppl., Stockholm: Norstedts juridik, 1996

Söderholm, Ulf & Grosskopf, Göran: Den nya fåmansföretagsbeskattningen, Beyrond, 1993

Tivéus, Ulf: Tretolv. Skatt på kvalificerade andelar. Stockholm: Norstedts juridik, 2014

Tjernberg, Mats: Fåmansaktiebolag – en skatterättslig studie av alternativen särreglering och allmän reglering för beskattning av fåmansaktiebolag och dess ägare m.fl., Uppsala: Iustus, 1999.

Vetenskapliga artiklar

Arvidsson & Gunne, Cecilia: Om stiftelser och handel med värdepapper, Svensk Skattetidning: 2001:6-7 s. 551 – 587

Bergqvist, Sven-Åke, Nilsson, Martin, Hagbard, Niklas & Beyer, Carl: Skatteverkets offensiv mot riskkapitalbranschen, Svensk Skattetidning 2011:4, s. 332 – 341

Burmeister, Jari: Jämförelse av de svenska s.k. 3:12-reglerna med utländska dito samt vissa ändringsförslag, Skattenytt 1998 s. 739 – 752

Grosskopf, Göran: A6 Beskattning av fåmansföretag och dess ägare, Skattenytt 2000 s. 324 – 330

Gunne, Cecilia: A6 Beskattning av fåmansföretag, Skattenytt 2010, s. 356 – 367

Gunne, Cecilia: Vad är kapitalförvaltning, Svensk Skattetidning 2008:6-7 s. 489 – 495

Hultqvist, Anders: Om bestämdhetskravet i legalitetsprincipen, Skattenytt 2016, s. 730 – 748

Jareborg, Nils: Rättsdogmatik som vetenskap, Svensk Juristtidning 2004, 1, s. 1 – 10

Melz, Peter: Handel med värdepapper – ett problem för ideella föreningar och stiftelser, Skattenytt 2001, s. 475 – 488

Påhlsson, Robert: Principer eller regler? Legalitet och likabehandling i beskattningen, Skattenytt 2014 s. 554 – 570

von Bahr, Stig: Nordic Capital i Kammarrätten, Skattenytt 2014 s. 156 – 164

von Bahr, Stig: Nordic Capital och Segulah i HFD, Skattenytt 2015 s. 45 – 53

Staberg, Lennart: Behandling av engelska handelsbolagsliknande sammanslutningar från ett svenskt skatterättsligt perspektiv, Skattenytt 2006, s. 115 – 126

Tikka, Kari: Om principer vid tolkning av skattelag, Skattenytt 2004 s. 656 – 663

Tikka, Kari: Anmälan av Anders Hultqvist Legalitetsprincipen vid inkomstbeskattning, Skattenytt 1996 s. 52 – 57

Tjernberg, Mats: Beskattning vid utdelning och beskattning. i Beskattning av fåmansföretag, s. 1 - 49, 2013

Otryckta källor

Elektroniska källor

Dagens juridik, Beskattning av riskkapitalister i Sverige - Nordic Capital först ut bland private equity-målen, publicerad 2014-03-04

<http://www.dagensjuridik.se/2014/03/beskattning-av-riskkapitalister-i-sverige>

(hämtad 2016-12-22)

DN, Skatteverket saknar lagstöd i korståget mot riskkapitalet, 2013-01-16

<http://www.dn.se/debatt/skatteverket-saknar-lagstod-i-korstaget-mot-riskkapitalet/>

(hämtad 2016-12-22)

Infotorg, Domar om carried interest, 2015-12-17

<https://www5-infotorg-se.ludwig.lub.lu.se/rb/premium/skatteratt/inkomstskatt/article221701.ece?q=%2522domar%2522%2BAND%2B%2522om%2522%2BAND%2B%2522carried%2522%2BAND%2B%2522interest%2522%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFSA02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFRR02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ASFST02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AREGR02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKKV102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AEPDF02%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253ATRD103%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AHRD102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AFRD102%2B%2BANDNOT%2Bmeta.collection%253AKRD102&id=221701&start=1&filter=&rID=1483450287819&index=2&desc=Fria+s%C3%B6kord+%28domar+om+carried+interest%29&sf=QD&fhe=-1&docType=plar&db=ALLA&sw=carried&sw=domar&sw=interest&sw=om>

(Hämtad 2016-12-02)

Skatteverkets Pressmeddelande, Skatteverket fortsätter granska riskkapitalbranschen, 2014-11-14

<https://www.skatteverket.se/omoss/press/pressmeddelanden/riks/2014/2014/skatteverketfortsattergranskarriskkapitalbranschen.5.3f4496fd14864cc5ac9bec.html>

(hämtad 2016-11-13)

Skatteverkets vägledning, Gränsdragning mellan kapitaltillgång och lagertillgång, publicerad 2015-05-01

<https://www4.skatteverket.se/rattsligvagledning/edition/2015.5/331521.html>

(Hämtad 2016-11-24)

Rättsfallsförteckning

Förvaltningsrätten i Stockholm, meddelad 2015-12-17, mål nr. 62-64-14

Förvaltningsrätten i Stockholm, meddelad 2016-04-20, mål nr. 14732-12
m.fl.

HFD 2011 ref. 42

HFD 2011 ref.79

HFD 2013 ref 11 I

Kammarrätten i Göteborg, meddelad 2007-02-19, mål nr. 3672-05

NJA 2016 s. 3

RÅ 1961 ref. 26

RÅ 1974 A 850

RÅ 1986 ref. 53

RÅ 1988 ref. 45

RÅ 1988 not. 270

RÅ 1992 ref. 60

RÅ 1993 ref. 99

RÅ 1993 ref. 99

RÅ 2001 ref. 5

RÅ 2002 ref. 2

RÅ 2002 ref 21

RÅ 2002 ref. 52

RÅ 2004 ref. 61

RÅ 2004 not. 162

RÅ 2005 ref. 3

RÅ 2007 ref. 15

RÅ 2007 ref. 81

RÅ 2007 not. 94

RÅ 2009 not. 68

Skatterättsnämnden, meddelad 2013-11-05, dnr 15-14/D