

ULF TIVÉUS

## Särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln i fondstruktur

*Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2021 ref. 40 prövat frågan om det i ett visst fall vid tillämpning av den s.k. utomståenderegeln finns särskilda skäl att anse att en andel är kvalificerad trots tillräckligt utomstående ägande. Målet gällde en svensk private equity-fond i form av ett svenskt aktiebolag i vilket de verksamma ägde A-aktier och investerarna B-aktier. I denna artikel kommenteras domen.*

### 1 INLEDNING

En andel i ett fåmansföretag som ägs av en i företaget verksam person är inte kvalificerad om utomstående i betydande omfattning äger del i företaget. Vid bedömningen ska förhållandena under beskattningsåret och de fem föregående beskattningsåren beaktas. Med utomstående avses någon som inte själv är eller har varit verksam i betydande omfattning i företaget, dvs. den utomstående ska inte själv kunna träffas av 3:12-reglerna.<sup>1</sup> För att kravet på att utomståendes ägande ska anses vara av betydande omfattning förutsätts att denne/dessa, direkt eller indirekt, äger minst 30 procent av andelarna och dessutom har rätt till utdelning.<sup>2</sup> Detta motiveras av att det då inte anses lönsamt att välja utdelning eller kapitalvinst i stället för lön eftersom utdelningen eller kapitalvinsten också tillfaller de icke verksamma delägarna. Någon ändring av 30-procentsnivån har inte gjorts, varken i lagstiftning eller i förarbeten i samband med de olika reformeringar av 3:12-reglerna som skett under årens lopp. Utan något nytt uttalande från lagstiftaren bör därför enligt min mening den anvisade nivån ligga fast.

1 57 kap. 5 § inkomstskattelagen (IL). Som utomstående räknas enligt tredje stycket 1 och 2 inte fysiska personer som äger kvalificerade andelar i företaget eller indirekt äger andelar i företaget som hade varit kvalificerade om de ägts direkt. Bedömningen under denna femårsperiod grundas således på om andelarna är kvalificerade, inte om ägaren är/varit verksam. En person vars andel är kvalificerad på grund av denna karenstid är därmed inte utomstående ägare (HFD 2014 ref. 2). Detta medför således en total karenstid på tio år, eftersom en tidigare aktiv ägares andelar anses vara kvalificerade i fem år och först när dessa fem år har passerat kan ägaren betraktas som utomstående.

2 Prop. 1989/90:110 s. 468.

Högsta förvaltningsdomstolen synes inte heller ha ansett att nämnda reformeringar påkallat en förändring av nivån. I RÅ 2007 not. 1 berördes frågan i överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen där Skatteverket anförde bland annat följande:

”Skatterättsnämnden får anses ha gjort bedömningen att ett utomstående ägande om lägst 30 procent är tillräckligt för att rekvisitet ’betydande omfattning’ i 57 kap. 5 § IL ska anses uppfyllt. För det fall Högsta förvaltningsdomstolen finner att nivån numera är högre bör detta klargöras.”

Av processuella skäl lämnade dock Högsta förvaltningsdomstolen inte något svar på denna fråga.

I RÅ 2009 ref. 53 ägdes drygt 33 procent av aktierna i ett bolag av utomstående.<sup>3</sup> Högsta förvaltningsdomstolen uttalade därvid:

”Med betydande omfattning avses enligt uttalanden i de ursprungliga förarbetena ett innehav om minst 30 % (prop. 1989/90:110 del 1 s. 468 och 704, jfr SKV A 2006:12). Det har ansetts att risken för omvandling av arbetsinkomster blir mindre vid ett utomstående ägande av denna omfattning eftersom utdelning och reavinst tillfaller också de utomstående ägarna. Den angivna nivån, som bör ligga till grund vid bedömningen av om L-E. B:s aktier är kvalificerade, överskrids i detta fall.”

Eftersom domen beslutades efter de ovan nämnda reformeringarna torde uttalandet tolkas så att Högsta förvaltningsdomstolen anser att kravet på minst 30 procents utomstående ägande alljämt äger tillämplighet.<sup>4</sup> Det är ägandet i företaget som måste uppgå till den nämnda nivån. Att utomstående har rätt till utdelning motsvarande minst 30 procent utan att andelsinnehavet samtidigt uppgår till minst 30 procent accepteras inte. Även detta har bekräftats av praxis.<sup>5</sup>

Av utomståenderegeln framgår att den utomstående måste ha rätt till utdelning för att regeln ska kunna tillämpas. Därför har utomstående-

3 Aktierna var lagertillgångar och på denna grund räknades innehavet som utomståendeägt (reglerna i 57 kap. IL gäller bara kapitaltillgångar). Domstolen konstaterade att utomståenderegeln var tillämplig då det inte fanns någon anledning att vidga tillämpningsområdet för vad som ska anses utgöra särskilda skäl i förhållande till vad som framkommer av förarbetena.

4 Detta bekräftas även av Högsta förvaltningsdomstolens dom den 19 juni 2018 (mål nr 6458–17). Mats Tjernberg anser dock att denna gräns inte bör gälla. Se Tjernberg, M., Utomståenderegeln funktion som undantagsregel behöver stärkas, SN 2018, s. 209 f. Samma uppfattning finns även i Rydin, U., Båvall, B., Bartels, K., Beskattning av ägare till fåmansföretag, s. 95 f.

5 HFD 2018 not. 24.

regeln inte kunnat tillämpas på andelar i fåmanshandelsbolag, eftersom delägarbeskattade subjekt inte lämnar utdelning.<sup>6</sup>

Om särskilda skäl föreligger gäller inte undantagsregeln, och andelarna ska således anses kvalificerade trots utomstående ägande. De särskilda skäl som man tar sikte på är enligt förarbetena situationer där de faktiska omständigheterna är sådana att inte minst 30 procent av aktieutdelningarna går till utomstående, trots att dessa utomstående formellt sett äger 30 procent av andelarna.<sup>7</sup> Exempel på sådana särskilda skäl kan vara successiv utförsäljning av aktier, aktier som ger olika utdelning, inbördes avtal som reglerar vinsten, korsvisa äganden<sup>8</sup> eller optionsavtal.

Bevisbördan att utomstående äger mer än 30 procent ligger enligt allmänna bevisbörderegler på den skattskyldige. Andelsägaren måste således visa att utomstående ägt minst 30 procent av andelarna och erhållit motsvarande andel av den avkastning företaget lämnat. Med avkastning bör enligt Skatteverket inte avses vinster i företaget som tagits ut i form av lön, tantiem eller annan tjänsteinkomst.<sup>9</sup>

Även bevisbördan för att det inte föreligger särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln synes vila på den skattskyldige, se kammarrättens domskäl i avsnitt 3 nedan.

Den nya domen avser frågan om det finns särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln, trots att det finns utomstående som äger minst 30 procent av kapitalet i fåmansföretaget och har rätt till minst 30 procent av bolagets vinst.

## 2 FÖRUTSÄTTNINGARNA I MÅLET

Valedo Partners Fund I AB ("Bolaget") var ett fåmansföretag som bedrev fondverksamhet genom att investera i bolag främst i Sverige och i resten av Norden med tydlig tillväxt- och utvecklingspotential. Bolaget ägdes av dels grundare, styrelseledamöter och ett antal anställda, dels utomstående investerare. Bolaget hade ett aktiekapital om 500 000 kr fördelat på 500 000 aktier, varav 100 000 A-aktier (stamaktier) och 400 000 B-aktier (preferensaktier). A-aktierna ägdes av bolagets grundare, styrelseledamöter

6 Se HFD 2015 ref. 52.

7 Prop. 1989/90:110 s. 468.

8 Se RÅ 1999 ref. 28. Utgången motiverades av att det korsvisa ägandet i de två bolagen inte motverkar att uttag sker i form av utdelning i stället för lön, varför det fanns skäl att tillämpa 3:12-reglerna på de aktiva ägarnas innehav i respektive bolag.

9 Se Skatteverkets allmänna råd i SKV A 2015:9.

och ett antal av de anställda. B-aktierna ägdes till ca 90 procent av externa investerare. Resterande ca 10 procent ägdes av A-aktieägarna och deras anhöriga. Den skattskyldige i målet, som var en av grundarna till och styrelseledamot i Bolaget, ägde A-aktier i Bolaget via ett eget holdingbolag (i vilket han inte var verksam).

Resultatet i Bolaget bestod av kapitalvinster vid försäljningar av portföljbolag. Hur resultatet skulle fördelas reglerades i ett investeringsavtal. Bolagets investerare (B-aktieägarna) förband sig genom detta avtal att tillskjuta kapital i form av aktieägartillskott för att i första hand finansiera driftkostnader och investeringar men en mindre del av det totalt utfästa beloppet (max. 2,5 procent) var avsatt för allmänna verksamhetskostnader, såsom löner och administrativa avgifter. Om A-aktieägarna skulle ta ut högre löner än vad som rymdes inom utrymmet för de allmänna verksamhetskostnaderna utgjorde detta enligt avtalet grund för B-aktieägarna att lösa ut A-aktieägarna.

Av investeringsavtalet framgick bland annat även följande. Vid försäljning av portföljbolag skulle först samtliga B-aktieinnehavare erhålla ett belopp motsvarande investerat kapital, tillsammans med kompensation för beräknade underskott samt sin andel av betalade etablerings- och driftkostnader. Slutligen skulle B-aktieinnehavarna erhålla en årlig ”preferred return” om 10 procent. I den mån det kvarstod något resultat skulle det fördelas mellan A-aktieägarna och B-aktieägarna, innebärande att 80 procent av resultatet gick till B-aktieinnehavarna och 20 procent till A-aktieinnehavarna.

Frågan i målet var om utdelning på den skattskyldiges<sup>10</sup> A-aktier skulle beskattas enligt vanliga regler med beaktande att utomstående ägde mer än 30 procent av kapitalet i bolaget, och hade rätt till mer än 30 procent av utdelningen, eller om särskilda skäl medförde att utomståenderegeln inte skulle tillämpas.

---

10 Det bör noteras att den skattskyldige bara var vanlig styrelseledamot i Bolaget med en arbetsinsats som var begränsad till enstaka möten per år under några få timmar men ändå ansågs verksam i betydande omfattning förmodligen på grund av att beslut om investeringar och avyttringar fattades av styrelsen och dessa beslut antogs ha medverkat till vinstgenereringen i Bolaget.

### 3 UNDERINSTANSEBESLUTS BEDÖMNINGAR

Förvaltningsrätten ansåg att situationen hade varit en helt annan om avtalen reglerat vinsterna på så vis att B-aktieägarna endast fått del av utdelning i förhållande till satsat kapital samt en årlig ränta om 10 procent eller på något annat sätt med ett i förväg bestämt fast belopp, det vill säga om B-aktieägarna inte fått del av överavkastningen. Förvaltningsrätten synes inte lägga någon vikt vid att A-aktieägarnas löneuttag begränsades i avtalen. Vidare ansåg domstolen att det är A-aktieägarna som står risken att det finns någon överavkastning kvar att dela ut efter det att B-aktieägarna fått utdelning motsvarande investerat kapital. Förvaltningsrätten fann mot den bakgrunden att utomståenderegeln var tillämplig och att den skattskyldige visat att det inte fanns särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln. Enligt förvaltningsrättens mening utgjorde den omständigheten att A-aktieägarna fick utdelningar som var mycket större än B-aktieägarna i förhållande till insatt kapital inte i sig skäl mot att tillämpa utomståenderegeln.

Kammarrätten ändrade förvaltningsrättens dom och ansåg att fördelningen av överavkastningen var asymmetrisk genom att den tillämpade vinstfördelningen innebar att de verksamma delägarnas A-aktier fick en i förhållande till insatt kapital större del av vinsten än de passiva delägarnas B-aktier och att överavkastningen därmed inte grundade sig på investerat kapital utan på deras arbetsinsatser i Bolaget. Vidare kunde A-aktieägarna enligt avtalet inte själva disponera hur mycket som skulle betalas ut till dem i lön respektive utdelning, eftersom löneutbetalningarna enligt avtalet inte fick överstiga ett visst belopp utan negativa konsekvenser. Mot bakgrund av dessa omständigheter ansåg kammarrätten att den skattskyldige inte hade visat att B-aktieägarnas ägande i Bolaget motverkade att A-aktieägarna kunde ta ut arbetsinkomster som lägre beskattad utdelning. Eftersom den avtalade fördelningen av utdelning i Bolaget enligt kammarrättens mening stred mot syftet med reglerna i 57 kap. IL fanns det särskilda skäl att inte tillämpa utomståenderegeln. Det förhållandet att A-aktieägarna tog ut och redovisade höga löner föranledde ingen annan bedömning.

### 4 HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Högsta förvaltningsdomstolen, som meddelade prövningstillstånd, fastställde kammarrättens beslut.<sup>11</sup>

<sup>11</sup> Högsta förvaltningsdomstolens dom den 24 juni 2021 (mål nr 6276--6278-19, nu publicerad som referatmål i HFD 2021 ref. 40).

I domen konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen inledningsvis att parterna genom investeringsavtalet hade kommit överens om att ersättningen till A-aktieägarna skulle bestå av två delar. Dels en del som skulle rymmas inom de allmänna verksamhetsomkostnaderna och som skulle lämnas oberoende av hur verksamheten i Bolaget går. Denna del skulle lämnas i form av lön. Dels en rörlig del som skulle lämnas först om vinsten i Bolaget överstiger en viss nivå. Denna del skulle lämnas i form av utdelning.<sup>12</sup>

Högsta förvaltningsdomstolen instämde i och för sig i klagandens invändning att det utomstående ägandet, när bolagsstrukturen väl var på plats och avtalen mellan parterna var ingångna, skulle motverka att det som enligt investeringsavtalet kunde tas ut som lön i stället skulle tas ut som utdelning. Enligt domstolens mening måste dock beaktas att avtalskonstruktionen som sådan begränsade hur stor del av ersättningen till klaganden och övriga arbetande delägare som kunde tas ut i form av lön, eftersom lönerna inte fick överstiga en viss nivå. Den valda konstruktionen förutsatte således att den rörliga delen av ersättningen skulle lämnas som utdelning och inte som lön. Inom ramen för den satta strukturen, med aktier av olika slag och avtal som reglerar hur vinsten skulle fördelas, kunde det utomstående ägandet därför inte anses motverka att arbetsinkomster kunde omvandlas till kapitalinkomster. Tvärtom ansågs den valda konstruktionen just kunna åstadkomma detta.

## 5 MINA KOMMENTARER

Utomståenderegeln innebär som nämnts att utomstående ska äga betydande del i ett fåmansföretag, vilket kräver ett ägande om minst 30 procent av andelarna som också ger rätt till utdelning motsvarande minst 30 procent av bolagets vinst.

Att vissa aktieägare arbetar i ett fåmansföretag och andra endast bidrar med kapital är inte i sig ett skäl mot tillämpning av utomståenderegeln utan snarare en förutsättning för att den ska bli aktuell att tillämpa. Förhållandet att hela eller delar av de upparbetade vinstmedlen i Bolaget hade genererats på grund av de verksamma aktieägarnas arbetsinsatser är således inte något som bör påverka bedömningen, vilket Skatteverket gjorde gällande. De utomstående får ju inte vara verksamma i företaget om undantagsregeln ska bli tillämplig.

<sup>12</sup> Jfr SKV:s uppfattning (se not 9) att vinster som lyfts som lön inte bör påverka kravet att utomstående ska ha rätt till minst 30 procent av vinsten.

När det finns flera aktieslag med olika rätt till utdelning anmäler sig frågan om kravet på minst 30 procent av vinsten ska beräknas totalt sett eller för varje aktieslag för sig. Svaret på frågan torde vara att beräkningen ska göras utifrån samtliga aktier, vilket även stöds av domen (i annat fall hade det ju inte förelegat något utomstående ägande). En mer intressant fråga är dock om bedömningen huruvida det föreligger särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln ska göras för respektive aktieslag. I det aktuella fallet fanns det särskilda skäl mot att tillämpas utomståenderegeln beträffande A-aktierna, men frågan är om detsamma gäller för B-aktierna. Inom detta aktieslag sker det ju ingen särskild fördelning av vinsten. Enligt min uppfattning torde svaret vara att en bedömning måste göras för varje enskilt aktieslag (systematiken i 57 kap. utgår också från att man ska bedöma om en viss andel är kvalificerad). Om verksamma delägare i Bolaget hade ägt enbart B-aktier är det således svårt att finna särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln på deras innehav.

Vad gäller frågan om det föreligger särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln kan noteras att förekomsten av olika aktieslag vid tillämpningen av utomståenderegeln har varit föremål för prövning tidigare. I den i not 5 nämnda domen från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD 2018 not. 24), där domstolen ansåg att utomståenderegeln inte var tillämplig på grund av för lågt innehav, uttalade de skiljaktiga justitieråden bland annat:

”I det nu aktuella bolaget finns aktier som medför olika rätt till utdelning, varav ett aktieslag ger rätt till utdelning endast med ett fast belopp. En sådan aktie motsvarar i detta sammanhang snarast en obligation som löper med fast ränta. Lika lite som när obligationer med fast ränta ägs av utomstående, förhindrar aktier med denna egenskap att arbetsinkomster omvandlas till kapitalinkomster. Det innebär enligt vår bedömning att när det finns aktier som ger rätt till utdelning endast med ett fast belopp och det utomstående ägandet avser sådana aktier kan det finnas anledning att se det som särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln.”

I nu föreliggande mål kan preferensaktien (B-aktien) sägas delvis ha en likhet med en obligation med fast ränta, eftersom B-aktieägarna först skulle få del av Bolagets vinst motsvarande lämnade tillskott plus 10 procent medan resterande vinst skulle delas lika mellan dessa aktieägare och A-aktieägarna. Emellertid är det här inte fråga om aktier som endast ger rätt till utdelning med ett fast belopp utan även rätt till den rörliga s.k. över-

utdelningen. Dessutom ägde de utomstående B-aktieägarna 80 procent av kapitalet och hade därmed alltid rätt till betydligt mer än 30 procent av avkastningen, vare sig man beaktar preferensutdelningen eller inte. De omständigheter som de två justitieråden ansåg utgöra särskilda skäl i HFD 2018 not. 24 är således inte tillämpliga i nu aktuellt fall.

Högsta förvaltningsdomstolen pekar på två omständigheter som tillsammans medförde att det förelåg särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln i det aktuella fallet. Den ena omständigheten var förekomsten av olika aktieslag och att den rörliga ersättningen lämnades som utdelning, och den andra var avtalsbestämmelsen att lönen till de verksamma inte fick överstiga en viss nivå.

Det kan konstateras att konstruktionen med två aktieslag, som medför att de aktiva A-aktieägarna fick rätt till 20 procent av överavkastningen, i princip ger samma fördelningsresultat som den carried interest som rådgivare i utländska fondstrukturer uppbär. Av alla skatteprocesser som förekommit i sådana fondstrukturer vet vi att carried interest, som mottagits av GP-bolaget och sedan slussats till fåmansföretag som ägts av rådgivarna, beskattas enligt 3:12-reglerna. Detta har motiverats med att rådgivarna har ansetts verksamma i betydande omfattning i GP-bolaget genom anställningen i rådgivningsbolaget.<sup>13</sup> I dessa fall har dock utomståenderegeln inte kunnat tillämpas eftersom det inte funnits något utomstående ägande i GP-bolaget.

Det är möjligt att Högsta förvaltningsdomstolen haft detta för ögonen och ansett att de svenska fondstrukturerna inte ska behandlas mer fördelaktigt. Genom att även motivera utgången med förekomsten av ett beloppstak på de aktivas löneuttag, som medför att den rörliga delen av ersättningen måste lämnas som utdelning och inte som lön, är det dock inte givet att en svensk fondstruktur utan sådant lönevillkor kommer att behandlas på samma sätt.

Vi lär därför få leva i ytterligare ovisshet innan en sådan struktur blir föremål för prövning i högsta instans.

*Ulf Tivéus är delägare i och verksam hos Unum Tax.*

<sup>13</sup> Se HFD 2018 ref. 31.