

54

Är utomståenderegeln obsolet?

AV MOA KRYH, NATALIE HIRSH OCH LINA THÖRN

Genom de senaste årens domar från Högsta förvaltningsdomstolen och förhandsbesked från Skatterättsnämnden har tillämpningen av utomståenderegeln blivit en alltmer osäker terräng. Mot bakgrund av den senaste rättsutvecklingen i praxis kan det ifrågasättas om utomståenderegeln fortfarande uppfyller sitt syfte eller om regeln har blivit obsolet.

I. SYFTET MED UTOMSTÅENDEREDELN — NÄR SKÄL FÖR 3:12-BESKATTNING SAKNAS

Utomståenderegeln utgör ett undantag från när en andel i ett fåmansföretag anses kvalificerad. En kvalificerad andel beskattas enligt de s.k. 3:12-reglerna, vilket innebär att kapitalvinst och utdelning beskattas som tjänsteinkomst upp till ett visst takbelopp och överskjutande del som kapitalinkomst.¹ Som utgångspunkt ska en delägare som är verksam i betydande omfattning i företaget anses äga kvalificerade andelar. Utomståenderegeln innebär dock att om utomstående, direkt eller indirekt, i betydande omfattning äger del i ett fåmansföretag och har rätt till utdelning ska den aktive delägarens andelar anses kvalificerade bara om det finns särskilda skäl.² Ett ägande om minst 30 procent av

1. 57 kap. 2 och 4 §§ inkomstskattelagen (1999:1229).

2. 57 kap. 5 § inkomstskattelagen (1999:1229).

andelarna anses i regel utgöra ägande i betydande omfattning. Exempel på särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln som nämns i förarbetena är om det finns inbördes avtal som reglerar fördelning av vinsten mellan aktiva och utomstående delägare, korsvisa äganden eller optionsavtal.³ Vid bedömningen av om utomståenderegeln är tillämplig ska förhållandena under innevarande år samt den föregående femårsperioden beaktas.

Syftet med utomståenderegeln är att motverka ett för högt skatteuttag i situationer då 3:12-beskattning inte är motiverad. En grundläggande tanke bakom 3:12-reglerna är att reglerna ska förhindra att aktiva delägare undviker den progressiva skatten för förvärvsinkomster genom att ta ut arbetsinkomster i form av lägre beskattad utdelning eller kapitalvinst (inkomstomvandling). När utomstående äger en betydande del av företaget anses det däremot inte lönsamt för den aktive delägaren att ta ut arbetsinkomst i form av utdelning då även utomstående delägare, utan arbetsinsats, har rätt till en betydande del av bolagets nettobehållning. Risker för inkomstomvandling är därmed begränsad i dessa situationer, varför skäl för 3:12-beskattning saknas.⁴

Historiskt sett har utomståenderegeln i stor utsträckning varit tillämplig när det funnits utomstående delägare som har rätt till utdelning och äger minst 30 procent av andelarna i bolaget. Bestämmelsen om särskilda skäl har tidigare tillämpats restriktivt och närmast fungerat som en säkerhetsventil i situationer då ett sådant utomstående ägande, med hänsyn till vissa särskilda omständigheter, inte motverkar inkomstomvandling.⁵ Tillämpningen av utomståenderegeln har varit vanligt förekommande i såväl nybildade bolag som mer etablerade bolagsstrukturer. Regeln har haft en stor betydelse för fåmansföretagens möjligheter att tillgodose sina kapitalbehov genom att skapa incitament för aktiva delägare att ta in externt kapital i företaget – vilket i sin tur skapar en hävstång på bolagets utveckling och resultat. Utan utomståenderegeln hade Sverige inte haft det näringsliv som vi har idag.

2. EN OROVÄCKANDE RÄTTsutveckling

I och med de senaste årens praxis ser vi ett skifte i rättstillämpningen som innebär att möjligheterna att tillämpa utomståenderegeln har luckrats upp. Exempelvis meddelade Skatterättsnämnden i juli 2022 ett förhandsbesked där en passiv ägare tillfört kapital i verksamhetsbolaget

3. Prop. 1989/90:110 s. 704.

4. Se t.ex. prop. 1989/90:110 s. 468.

5. Se t.ex. HFD:s resonemang i RÅ 1999 ref. 28 samt uttalandena i prop. 1989/90:110 s. 468.

i samband med en nyemission i verksamhetsbolaget. Den passiva ägaren, ett annat fåmansföretag vars ägares andelar var kvalificerade i det egna fåmansföretaget, ägde mer än 30 procent av andelarna i verksamhetsbolaget och hade rätt till utdelning. Skatterättsnämnden menade dock att genom tillskjutning av kapital till verksamheten i samband med nyemissionen skulle den passiva ägaren anses bedriva samma eller likartad verksamhet som verksamhetsbolaget. Skatterättsnämnden ansåg därför att den passiva ägaren inte utgjorde en utomstående ägare enligt 57 kap. 5 § IL.⁶

Att överföring av kapital kan ”smitta” genom att bolagen efter överföringen anses bedriva samma eller likartad verksamhet är i sig inget nytt. Kapital som utgör upparbetade vinstmedel i en bedriven verksamhet har i praxis ansetts utgöra del av själva verksamheten. Om vinstmedlen överförs till ett nytt fåmansföretag har det i sin tur ansetts medföra att företagen bedriver samma eller likartad verksamhet. Det har i princip saknat betydelse hur vinstmedlen överförs.⁷ Bestämmelsen om samma eller likartad verksamhet infördes i syfte att motverka att delägare i verksamhetsbolag avyttrar andelar i bolaget och ”förpackar” kapitalvinsten i ett trädabolag, för att sedan när karenstiden löpt ut ta ut kapitalet till en lindrigare beskattning samtidigt som kapital från den tidigare verksamheten använts för att bygga upp en ny bolagsstruktur.⁸ Den praxis som har utvecklats i fråga om kapitalsmitta får i sig anses vara rimlig.

Däremot måste det ifrågasättas om samma principer rimligen kan upprätthållas vid överföringar av kapital i investeringssyfte, exempelvis i samband med nyemissioner. I dessa situationer finns det ett tydligt syfte med transaktionen; verksamhetsbolaget ska ta in ytterligare kapital från en extern investerare för att tillgodose sitt kapitalbehov. Detta kan inte likställas med en överföring av upparbetade vinstmedel från ett fåmansföretag till ett annat i syfte att kringgå 3:12-beskattning. Den situation som bestämmelsen om samma eller likartad verksamhet och praxis om kapitalsmitta syftar till att motverka är inte aktuell i dessa fall.

En efterföljande fråga är om det skulle bli någon skillnad i bedömningen om den utomstående ägaren investerade i verksamhetsbolaget genom att köpa befintliga aktier – skulle även det innebära en kapitalsmitta? Av praxis går det inte att uttyda någon gränsdragning av vilka transaktioner som medför kapitalsmitta. Det kan därför inte uteslutas att alla transaktioner, inklusive köp av nya eller befintliga aktier, mellan

6. Skatterättsnämnden, förhandsbesked 59-21/D, 2022-07-05.

7. Se t.ex. RÅ 2010 ref. 11 II, HFD 2011 ref. 75, HFD 2012 not. 62.

8. Prop. 2018/19:54 s. 11–12.

verksamhetsbolaget och en passiv investerare där den passiva investeringen är verksam i det egna fåmansföretaget som investerat i bolagsstrukturen, kan innebära en risk för att utomståenderegeln inte kan tillämpas. Ett sådant rättsläge innebär en stor osäkerhet för delägare som har eller funderar på att ta in utomstående investerare. Om förhandsbeskedet inte ändras av Högsta förvaltningsdomstolen ("HFD") kommer incitamentet för fåmansföretag att ta in externt kapital att gå förlorat. Detta skulle drabba näringslivet hårt, i synnerhet nyetablerade bolag (startups) som i många fall tar hjälp av externa investerare, exempelvis affärsänglar som ofta själva bedriver fåmansföretag, i syfte att utöka verksamhetens möjligheter att växa.

3. RISKKAPITALSTRUKTURER I RISKZON?

Tillämpningen av utomståenderegeln i riskkapitalstrukturer tycks ha blivit en särskilt driven fråga på såväl myndighets- som domstolsnivå, där utfallet oaktat de särskilda omständigheterna ofta blir att utomståenderegeln inte anses tillämplig. Ett tydligt exempel är utfallet i Valedomen,⁹ som Deloitte tidigare har kommenterat,¹⁰ där HFD bortser från omständigheter som talar emot risk för inkomstomvandling. Fallet berörde fåmansföretagen Valedo Fund Partners I och II ("Valedobolagen"), vars vinster bestod av kapitalvinster vid försäljning av portföljbolag (dotterbolag). Valedobolagen hade ett aktiekapital på 500 000 kr vardera, fördelat på A-aktier (stamaktier som ägdes av aktiva ägare) samt B-aktier (preferensaktier som ägdes till 90 procent av externa investerare). I ett inbördes investeringsavtal reglerades A-aktieägarnas löneuttag, vilket begränsades till förmån för B-aktieägarnas förtursrätt till utdelning. B-aktieägarna hade genom avtalet förbundit sig att tillskjuta kapital till bolaget och hade förtur till utdelning motsvarande investerat belopp plus årlig ränta. I den mån det kvarstod något av resultatet efter B-aktieägarnas förtursrätt skulle detta fördelas mellan A-aktieägarna och B-aktieägarna i proportion till ägarandel. I domen förklaras att den "överavkastning" som genererades i verksamheten fördelades på så sätt att 80 procent gick till de passiva investerarna (B-aktieägare) och 20 procent gick till delägare som varit aktiva med att förvalta kapitalet (A-aktieägare). Att större del av bolagets nettovinst de facto tillföll passiva investerare (utomstående) tillmättes ingen betydelse. Domstolen

9. HFD 2021 ref. 40.

10. Franck, Lars, Thörn, Lina, Hirsh, Natalie, Nytt avgörande från HFD – bedömning av hur särskilda skäl ska tolkas vid tillämpning av utomståenderegeln, *Deloitte*, 2021, <https://www2.deloitte.com/se/sv/pages/tax/articles/nytt-avgörande-fran-hfd.html> (hämtad 2022-12-16).

utgick ifrån att fördelningen därmed liknade andra allokeringsscheman inom riskkapitalbranschen och överavkastningen benämndes således som s.k. carried interest.¹¹ HFD beaktade att lönerna till A-aktieägarna inte fick överstiga en viss nivå, men tog inte hänsyn till att lönerna som rymdes inom det avtalade lönetaket var marknadsmässiga. HFD ansåg sammanfattningsvis att inom ramen för den satta strukturen, med olika aktieslag och en avtalskonstruktion som reglerade hur vinsten skulle fördelas, kunde det utomstående ägandet inte anses motverka att arbetsinkomster omvandlades till kapitalinkomster.

Centralt för HFD:s bedömning i Valedo-domen verkar vara att avtalskonstruktionen begränsade de aktiva delägarnas löneuttag. Motiveringen i domskälen är dock mycket kortfattade – det är inte är helt klart vad domstolen tar fasta på och vilken påverkan som avgörandet är avsett att få på rättsläget. Därmed lämnar Valedo-domen flera obesvarade frågor. Den vinst som eventuellt kvarstod efter utomståendes preferensrätt fördelades utifrån ägarandel – en omständighet som tydligt talar emot inkomstomvandling men som HFD inte tycks beakta. Om överavkastningen i stället hade lämnats i asymmetri med ägarandelarna, vore slutsatsen att avtalskonstruktionen och ägarstrukturen inte kunde anses motverka incitamentet för inkomstomvandling mer rimlig. Företrädare för Skatteverket har vid seminarium på Skatterättsligt forum uttalat att den omständighet att aktiva delägare bidrar med arbetsinsats medan passiva delägare bidrar med kapital i sig kan anses utgöra särskilda skäl mot en tillämpning av utomståenderegeln. Vi känner inte till om uttalandet är ett uttryck för Skatteverkets ställning i frågan. Uttalandet strider enligt vår mening tydligt mot den ursprungliga intentionen med utomstående regeln som just syftar att träffa situationer då utomstående (passiva investerare utan arbetsinsats) investerar kapital och därmed har rätt till en större del av bolagets vinst.

Något som ytterligare belyser att Skatteverket synes ogilla att tillämpa utomståenderegeln i riskkapitalstrukturer är Skatteverkets argumentation i Skatterättsnämndens förhandsbesked från juli 2021. I fallet hade aktiva delägare avyttrat sina indirekta innehav i verksamhetsbolaget till en riskkapitalfond. I samband med avyttringen återinvesterade de aktiva delägarna i den nya bolagsstrukturen och blev därmed indirekt ägare till verksamhetsbolaget igen. Efter återinvesteringen hade riskkapitalfonden ett indirekt utomstående ägande som översteg 30 procent med rätt till utdelning. Liknande försäljning med återinvestering genomfördes därefter vid ett antal tillfällen under efterföljande år. Skatteverket anförde i sitt yttrande att ”förvärv gjorts genom fonder

11. HFD 2021 ref. 40.

i riskkapitalstrukturer, där det finns andra incitament och hänsyn att beakta jämfört med förvärv i andra fall”.¹²

Skatteverket tydliggör inte vad återinvestering i en riskkapitalstruktur har för betydelse för den juridiska bedömningen. En tolkning av uttalandet är att den omständighet att bolaget ingår i en riskkapitalstruktur, enskilt eller tillsammans med övriga omständigheter, utgör särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln enligt Skatteverkets mening. Oavsett tycks Skatteverket markera att ägarstrukturer med riskkapitalfonder inte ska behandlas som andra ägarstrukturer vid tillämpning av utomståenderegeln. Ett sådant förhållningssätt utgör ett avsteg från principen om likhet inför lagen som helt saknar legalt stöd. Likhetsprincipen är en grundläggande princip för att lika fall ska behandlas lika vid beskattningen, såvida undantag inte medges i lag. Att utan lagstöd göra avsteg från en grundläggande rättsstatlig princip är allvarligt och får inte förekomma i myndighetsutövning. Något som är positivt är dock att Skatterättsnämnden i förhandsbeskedet uppmärksammar att återinvesteringarna gjorts i riskkapitalstruktur men avfärdar att den omständigheten i sig utgör särskilda skäl mot att tillämpa utomståenderegeln.

4. UPPFYLLER UTOMSTÅENDEREGELN LÄNGRE SITT SYFTE?

Det har blivit alltmer osäkert när utomståenderegeln kan tillämpas. Undantagsregeln tycks inte vara tillämplig i bolag i vilket en utomstående ägare deltagit i en nyemission eller på annat sätt tillfört kapital i investeringssyfte. Regeln verkar inte heller kunna tillämpas i bolag med avtal som reglerar löneuttag för aktiva delägare och fördelning av utdelning av vinster mellan passiva och aktiva delägare, trots att avtalskonstruktionen och ägarstrukturen medför att utomstående ägare får en större del av bolagets nettobehållning. I en sådan situation bör just risken för inkomstomvandling motverkas. Därtill framstår utomståenderegeln tillämplighet i ägarstrukturer med riskkapitalfonder blivit en hårt driven fråga av Skatteverket.

Mot bakgrund av rättsutvecklingen i praxis är det tveksamt om utomståenderegeln längre uppfyller sitt syfte. Regeln har tillkommit för att lindra beskattningen i de fall 3:12-beskattning inte är motiverad på grund av att risk för inkomstomvandling saknas. I en sådan situation ska delägarna beskattas på motsvarande sätt som för övriga onoterade

12. Skatterättsnämndens förhandsbesked 60-20/D, 2021-07-19.

innehav. I och med att utrymmet att tillämpa regeln har luckrats upp, och att omständigheter som tydligt talar emot risk för inkomstomvandling tycks sakna betydelse i rättstillämpningen, kan det ifrågasättas om regeln har blivit obsolet.

Risken med utvecklingen i praxis är att vi står kvar med en tandlös lagstiftning, och att de möjligheter och incitament som utomstående-regeln historiskt har skapat för fåmansföretagare att ta in externt kapital försvinner. Utvecklingen har redan bringat stor osäkerhet för rådgivare vid tolkningen av hur regeln ska tillämpas i praktiken, samt för delägare som tidigare har kunnat tillämpa utomståenderegeln i sina bolag och som nu försöker förhålla sig till ett högst oklart rättsläge. Därtill medför utvecklingen en osäkerhet för nystartade bolag som behöver både incitament och förutsebarhet för att våga ta in externt kapital – en osäkerhet som kan förväntas få allvarliga konsekvenser för näringsliv, entreprenörskap och utveckling. Lagstiftaren måste, med beaktande av utomståenderegeln grundläggande syfte, tydliggöra rättsläget för att återställa rättssäkerheten.

Lina Thörn, Natalie Hirsh och Moa Kryh arbetar som jurister på Deloitte med skatterådgivning för entreprenörer, fåmansföretag, family offices och high net individuals.