

Blendow Lexnova Expertkommentar - Skatterätt, januari 2014

Nordic Capital - först ut bland private equity-målen

Strax före jul kom Nordic Capital-domen från kammarrätten i Stockholm (mål nr [8755—64-12](#), meddelad 2013-12-19), säkerligen som en lättnad och efterlängtd julklapp för de anställda i NC Advisory AB. Domen väckte också åter liv i debatten om beskattningen av "riskkapitalister" i Sverige, och det är nog nyttigt, men jag har ett mer begränsat syfte med denna kommentar, nämligen upprätthållandet av en sund skattejuridik och att med kammarrättens dom visa hur viktigt det är att skilja på faktumsidan och rättsregelsidan av ett skatterättsligt problem.

Det var mycket pengar som stod på spel, ca 700 Mkr enligt uppgift, och det är mångdubbelt mer i potten om man lägger ihop alla ärenden och mål som rör de s.k. private equity-fonderna och deras förvaltare samt rådgivare. I juridiskt hänseende är det egentligen inte svårare än om det varit fråga om 100 kr, men det fordras måhända mer "is i magen" när de belopp som står på spel är skyhögt stora.

Enkelt uttryckt var frågan om den formella ägande- och uppdragsstrukturen skulle upprätthållas vid beskattningen eller om den vinstdelningspremie som kallas "carried interest" och utbetalts till vissa av investeringsbolagen, vars ägare tillika var verksamma i ett svenskt rådgivningsbolag, skulle klassificeras som arbetsinkomst och beskattas hos dem personligen (som inkomst av tjänst) via rådgivningsbolaget, som således skulle påföras arbetsgivaravgifter. Skatteverket ville se det på det sistnämnda sättet.

I korthet är strukturen i målet följande: Fonder och i fonderna involverade bolag bildades på Jersey. Det förklaras med affärsmässiga skäl, såsom ett på Jersey stabilt regelsystem och kontrollfunktioner som investerarna känner till och litar på samt att fondernas avkastning då endast beskattas i investerarnas hemländer. Ett antal svenska personer ägde genom sina respektive egna bolag några investeringsbolag (ILP-bolagen). Till dessa hade de tillskjutit medel som sedan investerades i fonderna. ILP-bolagen grundade också dotterbolag, GP-bolagen, som förvaltade fonderna och hade som uppgift att tillse att investeringarna följde de avtal som reglerar investeringar genom fonderna. Merparten av medlen i fonderna tillsköts dock av externa investerare. Fondernas medel hade sedan placerats i olika onoterade bolag ("portföljbolag") med förhoppningen att de efter några år skulle kunna säljas vidare med en god vinst. (Se vidare i domen för alla detaljer i fondstrukturen.)

Frågan som blivit så omstridd (i detta och många andra liknande ärenden och mål) var sålunda hur den merersättning (benämnd "carried interest"), som ILP-bolagen fick utöver den andel som proportionerligt i övrigt utgick till alla investerare, skulle klassificeras i skattehänseende. Skatteverket (SKV) ville se det som arbetsinkomst för de i rådgivningsbolaget verksamma personerna (via inkomst till rådgivningsbolaget), som också varit verksamma i fondförvaltningen och portföljbolagen, medan rådgivningsbolaget hävdade att det inte hade rätt till någon ersättning utöver de rådgivningsarvoden som det fått av GP-bolagen, utan att vinstdelningen, som enligt avtal utbetalts till ILP-bolagen var att hänföra dit. Skatteverket (SKV) menade dock att det var rådgivarnas investeringsråd som var avgörande för framgången, varvid de tilldelats carried interest på sina investeringar på grund av rådgivningsverksamheten. Därför ville SKV se den till ILP-bolaget utbetalda carried interest som "arbetsinkomst", dock inte direkt för de ifrågavarande personerna, utan först för NC Advisory AB och sedan till dess anställda som erhållen ersättning för arbete. (Så frågan i målet gällde i första hand arbetsgivaravgiftsskyldighet på lön.)

Det svenska rådgivningsbolaget, å andra sidan, motsatte sig denna beskrivning av förhållandena och rätten att beskatta på detta sätt. Carried interest var, enligt deras uppfattning, en vedertagen och rimlig ersättning för den risk som de tog i egenskap av initiativtagare till att bilda en fond, utan att i förväg veta hur det skulle gå (en del sådana projekt lyckas inte och uppstartskostnaderna uppgår till många miljoner kronor – ett belopp om 40 Mkr nämns i domen). Inkomsten av riskkapital (även när den är stor p.g.a. hög risk) är också traditionellt att hänföra till inkomst av kapital, dvs. den kapitalavkastning som utbetalades till ILP-bolagen på det satsade kapitalet.

SKV:s och Advisory-bolagets beskrivningar av de faktiska omständigheterna skiljer sig åt en hel del, inte så mycket i den formella strukturen eller de formella avtalen – om dem är de tämligen ense – men i fråga om vad de innebär och vem som bestämmer vad och i vilken egenskap. När jag skrev om målet för ett år sedan (se [Rätt skattesubjekt](#), Blendow Lexnova Expertkommentar, februari 2013) hade vi fått förvaltningsrättens dom och det pågick redan då en omfattande debatt i media.

Förvaltningsrätten hade *först* klassificerat carried interest (som arbetsinkomst) och *sedan* sökt och fastställt det skattesubjekt hos vilket en sådan arbetsersättning skulle beskattas (dvs. som SKV också gjort), dock utan att visa hur detta subjekt haft rätt till ersättningen. För min del framhöll jag att detta var något okänt för svensk skatterätt, en innovation. Vi har en över ett hundra år samlad doktrin avseende grundläggande inkomstskatterätt att falla tillbaka på i de fall vi är tveksamma och, enkelt sammanfattat, gäller det enligt denna att först fastställa vem som är rätt skattesubjekt (har inkomstkällan eller, i fråga om tillfälliga förvärv, har avyttrat egendom eller utfört ett uppdrag mot ersättning) och sedan hur den beskattas hos det ifrågavarande subjektet (eller t.o.m. är skattefritt för det subjektet).

När förvaltningsrätten resonerade i andra riktningen fann den i stället att prestationen utförts "inom ramen för anställning i rådgivningsbolaget" och sedan, genom att de också "leder och kontrollerar fondstrukturen och Nordic Capital-gruppen" kunnat styra ersättningen i form av carried interest från rådgivningsbolaget till ILP-bolaget.

Resonemanget var snarlikt "Fader Gunnar-doktrinen" (RÅ 1962 ref. 46), att beskattning ska ske hos den som i princip har rätt till och styr över ersättningen (en doktrin som också kan läggas till grund för Sipano II-målet, när aktieägarna får ses som förmånstagare – utdelning – när värden förs ut ur ett aktiebolag, utan att rätt till underprisöverlåtelser föreligger), men med den stora skillnaden att det aldrig redogjorts för hur rådgivningsbolaget någonsin haft rätt till ersättningen (kunnat styra över den).

Därför ställde jag frågan om resonemanget byggde på någon sorts rättsfallsbaserad analogi eller om man bara blandat ihop rättsregelsidan med faktumsidan och jag efterlyste en allsidig och djupgående argumentationsstruktur, så att vi förstår hur domstolen ser på de faktiska omständigheterna och de skatterättsliga normerna. Detta har vi nu fått med kammarrättens dom.

Kammarrätten inleder med att redogöra för att det i målen är ostridigt att fondstrukturerna ser ut som bolaget beskrivit dem och att alla avtal är civilrättsligt giltiga (s. 19 i domen). När kammarrätten sedan noggrant ska gå igenom frågorna om *rådgivningsbolaget haft en annan roll än vad avtalen och fondstrukturerna ger uttryck för och om carried interest utgått för det värdeskapande arbete* som de i rådgivningsbolaget aktuella personerna utfört, dvs. närmast om de faktiska förhållandena avviker från de (formella, skriftliga) avtalen, betonar kammarrätten först att *bevisbördan* för detta ligger på SKV och att *beviskraven* är högre i eftertaxeringsmål än i den ordinarie taxerings- och beskattningsprocessen.

Rådgivningsbolagets roll har enligt bolagets egen uppfattning endast varit rådgivande (till GP-bolaget, som haft den beslutande rollen), för vilket också en marknadsmässig ersättning utgått.

SKV hävdade att det skulle ha varit mer än så, varför det fanns skäl att bortse från avtalen och fondstrukturerna och att den beslutande funktionen egentligen legat hos rådgivningsbolaget.

Efter att ha gått igenom argumenten, handlingarna och förhör finner emellertid kammarrätten (KamR) att SKV inte visat att rådgivningsbolaget eller dess anställda skulle ha någon möjlighet att genomdriva beslut emot GP-bolagens vilja eller skulle ha utövat ett dolt inflytande över GP-bolagen och på så sätt styrt deras agerande. GP-bolagen hade även anlitat flera andra konsulter, vilket enligt KamR med styrka talade emot SKV:s påstående att rådgivningsbolaget i realiteten haft den beslutande funktionen i fonderna.

Inte heller i den andra delen – att carried interest skulle ha utgått för det värdeskapande arbete som de i rådgivningsbolaget verksamma personerna utfört – fann kammarrätten att utredningen gav stöd för SKV:s påståenden. Tvärtom har vinstdelningen med carried interest varit grundad på affärsmässiga överväganden med utgångspunkt i den risk som dessa personer tagit i förhållande till andra investerare samt att värdeutvecklingen i fonderna har påverkats, inte bara av rådgivningen, utan också av andra rådgivares arbete och en rad omvärldsfaktorer som rådgivningsbolaget inte haft något inflytande över.

Sammanfattningsvis konstaterade KamR därför att utredningen i målen inte gav stöd för SKV:s påståenden om att den verkliga innebörden av avtalen i fondstrukturerna var en annan än den de ger uttryck för och att carried interest utgör ersättning för arbetsprestationer som de anställda i rådgivningsbolaget utfört.

Domen är således väl strukturerad, förklarande och tar oss steg för steg igenom alla de frågor som rests i målen. Domen är också klagörande i meningen att den inte leder in i några svårtolkade resonemang, där fakta och skatterättsliga normer blandas eller rent av sammanblandas, så att man inte förstår var problemen eller rättens överväganden hör hemma, utan tvärtom visar kammarrätten att det är på faktumsidan problemet ligger och att det är SKV som har att visa att det förhåller sig på ett annat sätt än vad de skattskyldiga påstår. Det är välgörande att se att KamR behandlar frågan om verklig innebörd i avtalen som en prejudiciell rättsfaktum-fråga i och med att den i det närmaste gör en stegvis analys om det finns några andra omständigheter som tyder på att parterna i fondstrukturen avsett eller agerat på något annat sätt, än som de formella avtalen ger uttryck för.

Vad får då domen för betydelse för framtiden? Min bedömning är att den genom sin noggranna, väl strukturerade och klagörande utformning kommer att få stor betydelse för andra liknande mål, och då menar jag inte bara private equity-fonder och eventuella rådgivningsbolag/-anställda. Frågan om "verklig innebörd" är i första hand en för skatterätten prejudiciell (civilrättslig) faktumfråga, där SKV har bevisbördan för att de faktiska förhållandena avviker från dem som följer av de formella (många gånger skriftligt upprättade) avtalen, men där det också är viktigt att de skattskyldiga gör sitt till för att förklara hur de affärsmässiga förhållandena fungerar.

Slutligen, hur det förhåller sig i andra private equity-fonder och dito ärenden och mål vet jag inte, så vad domen kan få för betydelse för dem, utöver det nyss nämnda, är svårt att säga. Är förhållandena likadana eller åtminstone liknande går nog luften ur dessa mål, om inte SKV kan presentera andra faktiska omständigheter. Likaså är det osäkert om HFD får anledning att pröva målet, dvs. om SKV överklagar domen och, i så fall, om HFD meddelar prövningstillstånd, eftersom det i huvudsak, enligt kammarrättens dom, varit en fråga om de faktiska förhållandena (bevisomständigheter), inte en principiell rättsfråga.



Anders Hultqvist

Adjungerad professor i finansrätt vid Stockholms universitet.