

Särskilt yttrande

av experterna Kerstin Nyquist, Ingrid Melbi, Annika Fritsch, Dick Lundqvist och Pär Ekengren

Utredaren har haft som uppdrag att föreslå konkurrenskraftiga regler för att öka möjligheterna att attrahera och behålla nyckelkompetens samt främja tillväxt. Skatteregler ska förbättras samtidigt som grundläggande skatterättsliga principer beaktas.

Utredarens förslag rörande kvalificerade personaloptioner har klara fördelar för vissa mindre och nystartade företag. Regelverket kommer dock att kunna användas av ett begränsat antal företag. Det innebär ingen egentlig lösning vad gäller behovet av konkurrenskraftiga skatteregler på det här området. Det är dock ett steg i rätt riktning och i linje med direktiven. Förslaget bör genomföras. En generell sänkning av marginalskatten på högre inkomster vore en mer effektiv och hållbar lösning, men sådant uppdrag har inte ingått i utredarens direktiv.

En ändring av värdepappersregeln enligt förslaget skulle kraftigt försämra möjligheterna att attrahera och behålla nyckelkompetens – i stället för att förbättra. Möjligheterna att använda ABL-instrument i incitamentsprogram för att knyta nyckelpersoner till företaget under tillräckligt lång tid skulle minska betydligt. Redan av det skälet bör förslaget inte genomföras. Till det kommer komplikationerna vad gäller förhållandet till villkor i aktieägaravtal. Utanför fåmansföretagskretsen skulle konsekvenserna i vissa fall kunna bli att delägarna skulle framtas möjligheten att avtala om sina mellanhavanden. För företag inom fåmansföretagskretsen skulle mycket stor osäkerhet råda om vad som är att betrakta som aktieägaravtal eller incitamentsavtal. Förslaget bör således inte genomföras. De omfattande krav på dokumentation och kontrolluppgiftslämnande, som är nära kopplade till ändringen av värdepappersregeln, bör inte heller genomföras.

Kvalificerade personaloptioner

Utredaren föreslår att personaloptioner under vissa förutsättningar ska vara kvalificerade och därmed skattegynnade. Syftet med förslaget är att underlätta för mindre och nystartade företag att rekrytera anställda som behövs för att utveckla företaget.

Våra synpunkter

Förslaget till regler rörande kvalificerade personaloptioner anser vi bör genomföras. Utifrån svårigheterna med ett regelverk som måste hanteras i förhållande till EU:s statsstödsregler och de s.k. 3:12-reglerna anser vi att utredaren ändå lyckats ta fram ett förslag som har klara fördelar för vissa mindre, nystartade företag. Det är dock ett förslag som endast kommer att kunna användas av ett begränsat antal företag och det innebär ingen egentlig lösning vad gäller behovet av konkurrenskraftiga skatteregler på det här området.

Mot denna bakgrund är det särskilt viktigt att värna de incitamentsprogram som fungerar enligt dagens regelverk. Personaloptioner, som tjänstebesattas med beskattningstidpunkt då optionen utnyttjas och för vilka arbetsgivaravgift tas ut, fungerar inte och har blivit allt mer ovanliga naturligt nog. Vad som fungerar i dag är framför allt teckningsoptioner som tillsammans med aktier och konvertibler utgör s.k. ABL-instrument. Här finns ett viktigt verktyg för ägarstyrning.

Värdepappersregeln

Den nuvarande värdepappersregeln innebär att en skattskyldig som på grund av sin tjänst förvärvar värdepapper på förmånliga villkor ska ta upp förmånen som intäkt det beskattningsår som förvärvet sker. Det betyder att förmånen beskattas i inkomstslaget tjänst vid förvärvet och att den värdeökning som därefter uppkommer beskattas i inkomstslaget kapital.

Utredaren anger att han inte har några principiella invändningar mot värdepappersregeln. Han anser dock att praxis är osäker och att det sannolikt gäller en princip för när beskattningstidpunkten inträffar för ABL-instrument och mycket snarlika utländska motsvarigheter och en åtminstone delvis avvikande princip för andra instrument. För de förstnämnda påverkas beskattningstidpunkten sannolikt inte alls av att det finns förfoganderättsinskränkningar som leder till att möjligheterna att tillgodogöra sig förmånsvärdet är villkorade av fortsatt anställning. För de sistnämnda är det möjligt eller till och med troligt att det gör det. Han anser att det finns två problem med värdepappersregeln och dess tillämpning. Det leder till att lika fall behandlas olika och att den för ABL-instrumenten innebär konsekvenser som är svåra att förena med allmänna principer för när en tjänsteinkomst ska tas upp till beskattning.

Mot den här bakgrunden föreslår utredaren att värdepappersbestämmelsen ändras genom att nya bestämmelser som kompletterar huvudregeln införs. Beskattningstidpunkten skjuts fram om det finns villkor i förvärsavtalet eller i annat avtal som har samband med förvärvet som hindrar den skattskyldige från att tillgodogöra sig värdet genom avyttring efter två år från tillträdet. Förmånen ska då tas upp som intäkt först när villkoren inte längre gäller. I övrigt ska inskränkningar i möjligheterna att förfoga över värdepapperet inte påverka bedömningen av om instrumentet är ett värdepapper eller om det har förvärvats.

Även om avtalet inte ger rätt till marknadspris vid hembud eller återköp ska beskattningstidpunkten inte skjutas fram om det är frågan om villkor om hembud eller liknande i ett avtal mellan delägare i ett sådant fåmansföretag som avses i 57 kap. 3 § inkomstskattelagen som ingåtts i syfte att reglera företagets styrning. Som ytterligare förutsättningar gäller att det med hänsyn till storleken på förvärvarens ägarandel eller övriga engagemang i företaget är sannolikt att förvärvet blir bestående.

Våra synpunkter

Vi delar utredarens uppfattning att ABL-instrumentets beskattningstidpunkt sannolikt inte påverkas av villkor i förvärsavtalet som hindrar den skattskyldige från att tillgodogöra sig förmånsvärdet under kvalifikationstiden. I HFD:s notismål RÅ 2009 not. 206 finns förfoganderättsinskränkningar av denna typ under sex år. I de här aktuella HFD-avgörandena har tidsaspekten över huvud taget inte berörts. I Skatteverkets Vägledning 2015 – ”När ska inkomster tas upp” konstaterar Skatteverket att det förhållandet att värdepapper, t.ex. aktier, är villkorade med förfoganderättsinskränkningar inte hindrar att aktierna ska anses förvärvade redan vid den tidpunkt då den anställde förvärvat dem oavsett om han eller hon kan disponera värdepapperen. Detta gäller även överlåtbara teckningsoptioner.

Det är mot denna bakgrund som ABL-instrument är de incitamentsprogram som fungerar tämligen väl i Sverige. Det är möjligt att med dessa instrument attrahera och behålla nyckelkompetens i företagen. De är ett verksamt medel för att minska det s.k. principal-agent-problemet som uppstår mellan de anställda och företagets ägare.

Utredarens förslag innebär att det inte längre ska vara möjligt att med ABL-instrument åstadkomma incitament för ägarstyrning på så sätt att arbetstagaren genom villkor knyts till företaget för längre tid än två år. Att som utredaren föreslår låta villkor som gäller för längre tid leda till att

tjänstebesättning och arbetsgivaravgifter tas ut vid tidpunkten när villkoren upphör gör det ointressant att använda instrumenten. I konsekvensanalysen utgår också utredaren ifrån att sådana villkor inte längre kommer att användas.

Vad som återstår är det andra alternativet, dvs. att den anställde får rätt att lösa in ABL-instrumentet till marknadsvärdet om han eller hon väljer att sluta sin anställning efter tvåårsperiodens utgång. Detta är inte ett alternativ i praktiken för rekrytering av nyckelpersoner till ett projekt. Det finns ett stort behov av att nyckelpersoner ska kunna knytas till företaget under den tid som behövs för att projektet ska lyckas. Det handlar oftast om betydligt längre tid än två år. De överväganden som då görs grundas på affärsmässiga bedömningar i första hand och inte på skattemässiga sådana. Det förhållandet att denna typ av avtalsvillkor oftast inte behöver utlösas innebär inte att villkoren inte ger effekt. I själva verket är sådana klausuler nyckeln till att minska det s.k. principal-agent-problem som uppstår mellan de anställda i ett företag och företagets ägare. Det är genom att villkoren finns med i avtalen som ABL-instrumenten fungerar som incitamentsprogram. Utredarens uttalande att man istället för förfoganderättsinskränkningar skulle kunna avtala om skadeståndsskyldighet i s.k. bad-leaver-situationer är inte heller realistiskt, eftersom en arbetsgivares möjlighet att kräva skadestånd eller vite av sina anställda är föremål för en rad begränsningar.

I utredarens förslag blir det helt avgörande till vilket värde instrumentet kan återköpas. Värdet styr beskattningstidpunkten. Det leder till en rad problem eftersom värdering är en bevisfråga. Det lär knappast räcka med att det i avtalet anges att återköp sker till "marknadsvärde". Det får antas att beskattningstidpunkten kommer att vara beroende av hur avtalet tillämpas – eller rättare sagt hur Skatteverket anser att det tillämpas. Förvärvet blir svävande under avtalets hela löptid och frågan är hur utdelningar ska beskattas. En värderingsfråga bör inte styra beskattningstidpunkten.

Utredaren menar vidare att lika fall behandlas olika enligt dagens värdepappersregel. Visst är det en bra princip att behandla lika fall lika inom skatterätten. ABL-instrumenten går dock bra att identifiera och skilja ut från andra liknande instrument. Någon risk för hopblandning och missförstånd behöver inte uppkomma. Vi ser inte heller att det är några andra större problem med den här typen av olika behandling. Däremot är det naturligtvis önskvärt med tydligare praxis rörande instrument utanför ABL.

Utredaren anser även att beskattningen av ABL-instrumenten med denna typ av villkor innebär konsekvenser som är svåra att förena med allmänna principer för när en tjänsteinkomst ska tas upp till beskattning, eftersom avtalsvillkoren innebär att inkomsten inte kommer till del vid förvärvstidpunkten. Oavsett om förvärvet skett till marknadsvärdet eller inte anser han att beskattningstidpunkten, och därmed tidpunkten för förmånsvärderingen, ska skjutas fram tills villkoret upphör.

Även om det finns inskränkande villkor av det slag som det här är fråga om anser vi att beskattning ska ske vid förvärvstidpunkten, dvs. när den anställde civilrättsligt blivit ägare till värdepapperen. Om förvärv till marknadsvärdet ska omfattas av regeln om förmånliga förvärv därför att det får anses ligga en förmån i att ha förfoganderättsinskränkningar under en längre tid än två år uppstår en märklig situation som innebär att en anställd som köper aktier i företaget till samma pris som utomstående och som samtidigt ingår avtal med förfoganderättsinskränkningar ska anses ha gjort ett förmånligt förvärv. Om förfoganderättsinskränkningen ska anses ha någon betydelse borde värdet i så fall påverkas åt motsatt håll. Med förslaget uppkommer en beskattningssituation som starkt avviker från grundläggande principer i det svenska skattesystemet. Avkastningen på en kapitaltillgång som förvärvats till marknadsvärde skulle beskattas såsom lön.

Eftersom aktieägaravtal regelmässigt innehåller samma slags villkor vad gäller förfoganderättsinskränkningar som de incitamentsavtal som förslaget avser att reglera har utredaren

försökt skilja dessa två avtalstyper åt för att inte omöjliggöra användande av förfoganderättsinskränkningar i aktieägaravtal. Det har skett genom en undantagsbestämmelse i förslaget som innebär möjlighet att undanta villkor i aktieägaravtal i fåmansföretag från en längst villkorstid på två år. Men även dessa aktieägaravtal ska enligt förslaget prövas utifrån sitt syfte. I författningskommentaren uttalar utredaren att det finns en risk för att behovet av att dra en gräns kommer att leda till problem i rättstillämpningen. Det sägs vidare att det finns exempel på gränsfall där det inte alls är klart vilken karaktär avtalet egentligen har – gränserna kommer att få utvecklas i praxis.

Utredarens förslag innebär att vissa aktieägaravtal utanför fåmansföretagskretsen med villkor på längre tid än två år leder till framskjuten beskattning i inkomstslaget tjänst den dag villkoret upphör. Aktieägaravtal som kan leda till sådana konsekvenser frångår delägarna möjligheten att i vissa fall avtala om sina mellanhavanden. Även för företag inom fåmansföretagskretsen skulle mycket stor osäkerhet råda om vad som är att betrakta som aktieägaravtal eller incitamentsavtal. Exempelen nedan belyser konsekvenserna av utredarens förslag.

Exempel 1. Tre fåmansbolagsdelägare i ett tekniskt avancerat bolag lyckas få en extern investerare intresserad. Det behövs ytterligare kompetens i bolaget och en fjärde person rekryteras samtidigt. Han går in som delägare i bolaget med samma andel som de ursprungliga ägarna och betalar till marknadsvärdet. Investeraren går in med ett 45-procentigt ägande. I direkt anslutning till de båda aktieförvärven och anställningen av den fjärde personen ingår ägarna ett aktieägaravtal med ömsesidiga villkor om förfoganderättsinskränkningar i 5 år. Eftersom det rör sig om ett aktieägaravtal i ett fåmansbolag finns det utrymme för att tolka avtalet som att den fjärde delägaren inte ska beskattas när villkoren efter 5 år upphör. Beskattning ska då ske i inkomstslaget kapital när aktierna en gång avyttras. Likaså ska även den löpande utdelningen beskattas i kapital. Den fjärde delägaren och bolaget kommer dock att sväva i osäkerhet om formuleringarna blivit helt rätt för att avtalet ska uppfattas som ett aktieägaravtal som det avser att vara. För det fall Skatteverket och domstolarna kommer till en annan slutsats riskerar den fjärde delägaren att tjänstebeskattas för värdeökningen på sin andel när villkoren efter 5 år upphör samt att efter 5 år tjänstebeskattas för utdelningen under tiden fram tills dess. Till detta kommer att bolaget ha att betala arbetsgivaravgift på värdeökningen.

Exempel 2. Även här är det fråga om tre fåmansbolagsdelägare i ett tekniskt avancerat bolag som lyckas få en extern investerare intresserad. I det här fallet går investeraren in med ett 55-procentigt ägande. Övriga omständigheter är desamma som i Exempel 1 förutom att det här, på grund av investerarens större ägarandel, inte längre är fråga om fåmansbolag. Detta leder till att aktieägaravtalet per automatik får till följd att den fjärde delägaren tjänstebeskattas för värdeökningen när villkoren upphör efter 5 år och tjänstebeskattas för utdelningen under tiden fram tills dess. Till detta kommer att bolaget ha att betala arbetsgivaravgift på värdeökningen.

I praktiken är det mycket svårt att skilja aktieägaravtal från andra avtal, och än svårare att utröna syftet med ett aktieägaravtal. Gränserna är glidande. Att skilja ut incitamentsavtal från aktieägaravtal på det sätt som utredaren föreslår leder till slumpmässig beskattning och bristande förutsebarhet för de företag som tillhör fåmansföretagskretsen. Även utredaren anser att problem kommer att uppstå och att det kommer att finnas gränsfall där avtalets karaktär inte alls är klart. Vi anser att det kommer att finnas ett stort antal gränsfall. Många fåmansföretag och dess delägare kommer att vara osäkra på om Skatteverket ska betrakta deras avtal som aktieägaravtal eller som incitamentsavtal. För företag som faller utanför fåmansföretagskretsen, såsom i Exempel 2, kommer det i vissa fall inte längre att vara möjligt att ingå aktieägaravtal utan stora konsekvenser för såväl delägare som bolag.

Dokumentationsskyldighet och kontrolluppgifter

Enligt dagens regler finns en allmän dokumentationsskyldighet för uppgiftsskyldiga i skatteförfarandelagen liksom krav på kontrolluppgiftslämnande för skattepliktiga förmåner. Utredaren föreslår nu att det i skatteförfarandelagen införs en regel att den som överlåter värdepapper till annan på grund av dennes tjänst ska dokumentera nödvändiga uppgifter för bedömning av värdet. Skyldigheten ska gälla lika för förmånliga och icke-förmånliga förvärv. I skatteförfarandeförordningen delegeras till Skatteverket att meddela närmare föreskrifter samt att medge undantag från dokumentationskravet. Utredaren föreslår även att kontrolluppgift om förvärv av värdepapper på grund av tjänsten ska lämnas för både förvärv som skett på förmånliga villkor och sådana som skett på icke-förmånliga villkor. Förslagen avses även omfatta förvärv enligt aktieägaravtal där någon form av koppling till tjänst ingår.

Våra synpunkter

Enligt vår uppfattning är *nödvändiga uppgifter* ett alltför vidsträckt begrepp som ger ett för stort utrymme för regeringen och Skatteverket att utforma de närmare kraven. Området att delegera normgivningsmakten på skatteområdet är väldigt litet. Enligt förarbetsuttalandena till regeringsformen får de inte innehålla något som kan upplevas som ett nytt åliggande för enskilda, eller ett tidigare ej föreliggande ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden, se prop. 1973: 90 s. 211 samt prop. 2009/10:80 s. 219. Som förebild till förslaget har utredaren haft de s.k. dokumentationskraven för internprissättning – krav som kritiserats för att vara alltför långtgående. Särskilt allvarligt anser vi det vara att villkor i aktieägaravtal kommer att omfattas av kravet och detta även om inga förmåner uppkommit. Även kontrolluppgiftslämnarskyldigheten föreslås komma att omfatta villkor i aktieägaravtal, vilket vi anser är alltför långtgående. Vi anser att förslagen inte bör genomföras.