



ML í lögfræði

Frádráttur vaxtagjalda með hliðsjón af þunnri eiginfjármögnun Alþjóðlegur skattaréttur

Febrúar 2017

Nafn nemanda: Helga Valdís Björnsdóttir

Kennitala: 011191 – 3209

Leiðbeinandi: Páll Jóhannesson

Formáli

Allt tekur enda um síðir og eftir krefjandi laganám í Háskólanum í Reykjavík er nú komið að leiðarlokum. Lögfræði varð fyrst of fremst fyrir valinu vegna þorsta míns að öðlast meiri þekkingu á öllu mögulegu, að vita hvernig heimurinn virkar. Áhugi minn á skattarétti kom mér þó í opna skjöldu og eftir skiptinám við Bucerius Law School í Hamborg fann ég að áhugi minn lægi einna helst á alþjóðlegu sviði, sem leiddi mig að viðfangsefni þessara ritgerðar.

Þakklæti er mér efst í huga fyrir að hafa fengið tækifæri til þess að stunda háskólanám, bæði héraðs og erlendis, en ég á mörgum að þakka fyrir þetta ævintýri. Það hafa verið þvítík forréttindi að eiga föður sem rekur smur- og hjólbarðþjónustu og er í þokkabót þúsundþjalasmiður. Mömmu sem er alltaf tilbúin að elda mat ofan í svangan námsmann. Unnusta sem í senn þjálfar mig í hnefaleikum og er tölvusnillingur, hæfileikaríka æskuvinkonu sem saumaði á mig útskriftarkjól. Tengdapabba sem gerir við tennurnar mínar og tengdamömmu sem leigir okkur kjallaraíbúð, eins nálægt skólanum og hægt er á meðan Airbnb brjálæðið gengur yfir. Velgengni mín í náminu hefði ekki verið sú sama án ykkar.

Enn fremur vil ég þakka leiðbeinanda mínum, Páli Jóhannessyni, fyrir jákvætt hugarfar og hvatningu á meðan á vinnslu ritgerðar stóð. Að lokum vil ég koma því til skila til meðlima John Finnis að þau hafa gert gráan hversdagsleikann litríkan í gegnum allt námið, þeim vil ég þakka fyrir öll hlátursköstin í bland við kvíðaköstin.

Útdráttur

Nýlega var lögfest ákvæði í tekjuskattslögum um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda fyrirtækja. Reglunni er ætlað að taka á vandamálum er tengjast þunnri eiginfjármögnun. Ákvæðið er margslungið og þarfnast frekari skýringa heldur en veitt eru í lögskýringagögnum. Einhverja skýringu er þó að finna í aðgerðaráætlun BEPS, sem var gefin út af Efnahags- og framfarastofnuninni OECD. En í aðgerð fjögur er að finna leiðbeiningar um bestu framkvæmd til lögfestingar á reglu sem takmarkar vaxtafrádrátt. Ísland er aðili að OECD og í ritgerðinni er farið yfir hvort ákvæði tekjuskattslaga samræmist bestu framkvæmd samkvæmt aðgerðaráætluninni.

En áður en sú umfjöllun hefst er fyrsti og annar kafli ritgerðarinnar tileinkaður mismunandi fjármögnun fyrirtækja og afleiðingu hennar, skattskyldu og frádrátt, hugtökum reikningsskila sem stundum er blandað við tekjuskattslög án þess að sama þýðing liggja á þar að baki. Þá er fjallað um vexti almennt og frádrátt vaxtagjalda í fjórða og fimmta kafla, en nauðsynlegt þykir að fara yfir hvaða þýðingu eigi að leggja í hugtakið vextir við túlkun á nýju ákvæði tekjuskattslaga. Ásamt því að farið er yfir hvaða takmarkanir vaxtafrádráttar hafa áður verið og sérstaklega í sambandi við skuldsettar yfirtökur. Í sjötta og sjöunda kafla er fjallað um alþjóðlegan skattarétt í sambandi við skuldbindingar Íslands og hvort EES-samningurinn setji ákvæði tekjuskattslaga um takmörkun á vaxtafrádrætti mörk áður en farið er nánar út í ákvæði tekjuskattslaga sem taka á skattsvikum og skattasniðgöngu. Síðustu kaflar ritgerðarinnar fara í sérstaka umfjöllun um þunna eiginfjármögnun og hvort ákvæði tekjuskattslaga um takmörkun á vaxtafrádrætti samrýmist bestu framkvæmd aðgerðaráætlunar BEPS. Enn fremur er gerður nokkur samanburður á milli Íslands og Þýskalands, sérstaklega hvað varðar yfirfærslu milli ára á þeim vaxtagjöldum sem koma ekki til frádráttar samkvæmt fyrirnefndu ákvæði. En einnig varðandi þá óvissu sem er uppi í Þýskalandi varðandi hvort ákvæðið geti talist brot gegn jafnræðisreglu stjórnarskrár.

Abstract

Recently, a statutory provision was laid down in the Icelandic Income Tax Act on limiting the deduction of interest payments in entities. The rule is intended to address problems associated with thin capitalization. The provision is extensive and requires further explanation than is provided in legal documents. However, some explanation is contained in the BEPS Action Plan, published by OECD. Action 4 provides guidelines on limiting base erosion involving interest deductions and other financial payments. This thesis deals with whether the Icelandic provision is consistent with the best practice approach provided in Action 4 of the BEPS Action Plan.

In the beginning the thesis reviews different ways of financing, its different consequences and how it effects the way entities are financed, especially when they are a part of multinational corporations. Tax liability compared with deductions in general is addressed before considering the term interest in the Icelandic Income Tax. The term interest is considered important for interpretation of the new provision in the Income Tax Act. Some restrictions have previously been made on deducting interest, regarding indebted acquisitions, and will help understand on what grounds interest deductions have been limited before.

Thereupon, a closer look is taken into international taxation in relation to Iceland's commitments and what provisions in the Income Tax Act confront tax evasion. The EEA-Agreement poses restrictions when introducing new statutory provisions as the internal market may not be effected. This has been proven before European Court of Justice and explains why an exception in the new provision has been taken out regarding creditors that have unlimited tax liability in Iceland.

The author's review of the interest deductions limitation rule revealed that the provision is for the most part in accordance with the best practice laid down in Action 4 of the BEPS Action plan. Although some explanatory guidance is needed on the equity escape clause. The interest deduction limitation rule does not allow to carry forward disallowed interest nor unused interest capacity. In the light of the principle of proportionality the author believes that allowance for carrying forward is in order, in accordance with the best practice laid down in Action 4. However, there is a need to bear in mind the principle of equality if carrying forward will be allowed as the German Constitutional Court will be ruling on that issue in the next few years.

Efnisyfirlit

Myndaskrá.....	vi
Dómaskrá.....	vii
Lagaskrá.....	ix
Lögskýringargögn.....	x
1. Inngangur.....	1
2. Fjármögnun fyrirtækja	5
2.1 Lán og eigið fé.....	5
2.2 Vextir og arður.....	6
2.3 Umbreyting hlutafjár í lánsfé.....	8
3. Skattskylda og frádráttur	9
3.1 Skattskylda.....	9
3.2 Frádráttur.....	11
3.3 Reikningsskil og tekjuskattur.....	12
4. Almenn um vexti	13
4.1 Hugtakið vextir.....	13
4.2 Vaxtahugtakið við lögfestingu á reglum um þunna eiginfjármögnun.....	14
4.2.1 Vextir í tvísköttunarsamningum	17
5. Frádráttur vaxtagjalda	18
5.1 Vaxtagjöld í tekjuskattslögum	18
5.1.1 Vaxtafrádráttur í tengslum við skuldsettar yfirtökur / samruna.....	20
6. Alþjóðlegur skattaréttur	24
6.1 Skattlagningarvald ríkja.....	24
6.2 Tvísköttunar- og upplýsingaskiptasamningar.....	25
6.3 CRS og FATCA.....	26
6.4 Efnahags- og framfarastofnunin (OECD).....	27
6.4.1 Almenn um BEPS.....	29
6.5 Evrópska efnahagssvæðið	30
6.5.1 Dómafrank væmd Evrópudómstólsins	32
6.5.2 Brýtur ák væði 57. gr. b tekjuskattslaga gegn EES-rétti?	34
7. Úrræði tekjuskattslaga vegna skattsvika og skattasniðgöngu.....	35
7.1 Skilgreining skattsvika og skattasniðgöngu.....	35

7.2	<i>Raunveruleikareglan</i>	36
7.2.1	Skattasniðgönguregla 57. gr. tekjuskattslaga.....	37
7.3	<i>Lágskattaríki</i>	39
7.3.1	57. gr. a tekjuskattslaga	41
8.	Þunn eiginfjármögnun	44
8.1	<i>Að hvaða marki er þörf fyrir þunna eiginfjármögnun?</i>	44
8.2	<i>Mismunandi reglur sem tengjast þunnri eiginfjármögnun</i>	46
8.2.1	Armslengdarreglan / reglan um milliverðlagningu.....	47
8.2.2	Vaxtatekjur erlendra aðila.....	49
8.3	<i>Hugtakið þunn eiginfjármögnun</i>	51
9.	Ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga	53
9.1	<i>Beiting 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga</i>	55
9.2	<i>Viðmiðunarmörkin</i>	56
9.3	<i>Tengdir aðilar</i>	57
9.4	<i>Hagnaður / EBITDA</i>	59
9.5	<i>Undanþágur í 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga</i>	61
9.5.1	Lágmarksfjárhæð vaxtagjalda.....	61
9.5.2	Lánveitandi ber ótakmarkaða skattskyldu hérlandis.....	62
9.5.3	Eiginfjárhlutfall samstæðunnar.....	63
9.5.4	Fjármálafélög, váttryggingafélög og félög í svipaðri starfsemi.....	67
9.6	<i>Önnur atriði aðgerðaráætlunar BEPS</i>	68
9.6.1	Yfirfærsla milli ára og tvískattlagning.....	68
10.	Takmörkun á vaxtafrádrætti í Þýskalandi	71
11.	Niðurstöður og samantekt	74
	Heimildaskrá	78

Myndaskrá

Mynd 1: Útskýring á fjármögnun innan samstæðu

Dómaskrá

Hæstiréttur Íslands

Dómur Hæstaréttar frá 28. febrúar 2013 nr. 555/2012
Dómur Hæstaréttar frá 9. febrúar 2006 nr. 321/2005
Dómur Hæstaréttar frá 20. september 2007 nr. 523/2006
Dómur Hæstaréttar frá 18. nóvember 2004 nr. 151/2004
Dómur Hæstaréttar frá 23. janúar 2014 nr. 529/2013
Dómur Hæstaréttar frá 25. janúar 2001 nr. 202/2000
Dómur Hæstaréttar frá 10. apríl 2014 nr. 726/2013

Úrskurðir yfirskattanefndar

Úrskurður yfirskattanefndar nr. 296/2006
Úrskurður yfirskattanefndar nr. 499/2002
Úrskurður yfirskattanefndar nr. 174/2015
Úrskurður yfirskattanefndar nr. 124/2007
Úrskurður yfirskattanefndar nr. 279/2000
Úrskurður yfirskattanefndar nr. 146/2017
Úrskurður Yfirskattanefndar nr. 263/2003

Dómar Evrópudómstólsins

Mál C-324/00 Lankhorst-Hohorst GmbH g. Finanzamt Steinfurt [2002] ECR I-11779
Mál C-324/00 Lankhorst-Hohorst GmbH g. Finanzamt Steinfurt [2002] ECR I-11779
Mál C-279/93 Finanzamt Köln-Altstadt g. Roland Schumacker [1995]
Mál C-80/94 G.H.E.J. Wielockx g. Inspecteur der Directe Belastingen [1995] ECR I-0249
Mál C-264/96 Imperial Chemical Industries plc g. Kenneth Hall Colmer [1998] ECR I-04695
Mál C-141/99 Algemene Maatschappij voor Investering en Dienstverlening NV g. Belgische Staat [2000] ECR I-11619

Dómar EFTA-dómstólsins

Mál E-7/14 Eftirlitsstofnun EFTA g. Noregi [2014] EFTA Ct. Rep. 840

Mál E-14/13 Eftirlitsstofnun EFTA g. Íslandi [2013] EFTA Ct. Rep. 924

Fjármáladómstóll Þýskalands (þ. Bundesfinanzhof)

Bundefinanzhof Beschluss (BVerfG-Vorlage) frá 14. október 2015 í máli nr. I R 20/15

Lagaskrá

Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944

Lög um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl., nr. 112/2016

Lög um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta og gjöld, nr. 124/2015

Lög um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta, tolla og gjöld, nr. 59/2017

Lög um einkahlutafélög, nr. 138/1994

Lög um Evrópska efnahagssvæðið, nr. 2/1993

Lög um gjaldþrotaskipti o.fl., nr. 21/1991

Lög um heimild fyrir ríkisstjórnina til þess að fullgilda fyrir Íslands hönd samning um gagnkvæma stjórnsýsluaðstoð í skattamálum, nr. 74/1996

Lög um hlutafélög, nr. 2/1995

Lög um ráðstafanir í ríkisfjármálum, nr. 70/2009

Lög um tekjuskatt, nr. 90/2003

Reglugerðir

Reglugerðar um frádrátt frá tekjum af atvinnurekstri eða sjálfstæðri starfsemi, nr. 483/1994

Reglugerð um framkvæmd áreiðanleikakannana vegna upplýsingaöflunar á sviði skattamála, nr. 1240/2015

Þjóðréttarsamningar

Samningur milli Íslands og sambandsríkisins Sviss til að koma í veg fyrir tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir

Samningur milli lýðveldisins Íslands og stórhertogadæmisins Lúxemborgar til að komast hjá tvísköttun og koma í veg fyrir undanskot frá skattlagningu á tekjur

Samningur milli Norðurlanda til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir

Samningur um gagnkvæma stjórnsýsluaðstoð í skattamálum

Samningur við Bandaríkin um að bæta alþjóðlega reglufylgni á sviði skattamála og að framfylgja FATCA-lögunum

Evróputilskipanir

Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market [2016] OJ L193/1

Lögskýringargögn

Alpt. 2008-2009, A-deild, þskj. 618 - 366. mál

Alpt. 2009, A-deild, þskj. 176 - 118. mál

Alpt. 2013-2014, A-deild, þskj. 15 - 15. mál

Alpt. 2013-2014, A-deild, þskj. 266 - 204. mál

Alpt. 2013-2014, A-deild, þskj. 921 - 15. mál

Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1204 - 735. mál

Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1346 - 787. mál

Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1774 – 787. mál

Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1775 - 787. mál

Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1820 - 787. mál

Alpt. 2016-2017, A-deild, þskj. 515 - 385. mál

Alpt. 2004-2005, A-deild, 442. mál, Skýrsla starfshóps um umfang skattsvika á Íslandi

Alpt. 2009, A-deild, 118. mál, erindi nr. Þ 137/411

Alpt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268

Alpt. 2015-2016, A-deild, 735. mál, umsögn Viðskiptaráðs Íslands

Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, breytingartillögur við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl.

Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins

Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins um þunna eiginfjármögnun - frumvarpstíllaga.

Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn KPMG

Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn Samtaka atvinnulífsins og Samtaka iðnaðarins

1. Inngangur

Þegar félag¹ hugar að fjármögnun búa ýmsir hvatar að baki þeirri ákvörðun sem tekin er um fjármögnunarleið. Félag getur ákveðið að sú fjármögnunarleið sem farin er sé þess eðlis að það þurfi að greiða sem minnst í skatt af þeim tekjum sem koma í kjölfarið. Það getur verið eðlilegt að skipuleggja fjárhag félags þannig að skattar séu í lágmarki, en yfirleitt verður ákvörðunin að byggjast á öðrum forsendum. Ef sú fjármögnunarleið sem valin er einungis byggð á skattalegum forsendum, og sérstaklega því að komast hjá því að greiða skatta, er ástæða til að staldra við og skoða málið betur.

Í einfaldri mynd lýsir þunn eiginfjármögnun² sér þannig að félag sem vantar fjármagn fær það í formi láns frá tengdum aðila, t.d. móðurfélagi, og er skuldsett að svo miklu leyti að eigið fé þess verður að litlu sem engu. Eiginfjármagnið verður m.ö.o. þunnt. Ýmsar ástæður geta legið að baki fjármögnunar, en þegar um fjölþjóðlegar samstæður er að ræða, og fjármögnunin fer fram yfir landamæri, skapar þunn eiginfjármögnun tækifæri til þess að flytja tekjur í formi vaxtagjalda úr einu ríki yfir í annað.

Á Íslandi er félögum heimilt að draga kostnað frá tekjum sem stafa af atvinnurekstri áður en til skattlagningar kemur.³ Eðlilegt er að heimila félögum slíkan frádrátt, en ef sú væri ekki raunin mætti ætla að flest félög myndu eiga erfitt uppdráttar þar sem skattbyrðin myndi vaxa án nokkurs tillits hvort nægilegt fjármagn væri til að standa straum af henni.

Vaxtagjöld eru hluti af kostnaði fyrirtækja sem almennt eru frádráttarþær skv. 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt (hér eftir tekjuskattslög). Frádráttur vaxtagjalda var aftur á móti takmarkaður í byrjun árs 2017 þegar ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga tók gildi. Með þessu ákvæði er ætlunin að sporna við þeirri þróun sem hefur átt sér stað á alþjóðavettvangi, þ.e. að fjölþjóðlegar samstæður og tengdir aðilar geti hagað fjármögnun með óhóflega háum lánnum í því skyni að færa tekjur á milli landa og jafnvel komast undan skattlagningu.

Í flestum tvísköttunarsamningum milli ríkja er kveðið á um að skattlagning á vaxtatekjum fari fram í ríki þess félags sem fær tekjurnar í hendurnar.⁴ Hægt hefur verið að nýta sér þetta samspil

¹ Í ritgerðinni verður vísað til hugtaksins félag yfir þau félög sem hafa sjálfstæða skattaðild.

² Á ensku: thin capitalization (enska: annar ritháttur thin capitalisation), á dönsku: tynd kapitalisering. Hefur einnig verið nefnd mögur eiginfjármögnun og lág eiginfjármögnun á íslensku.

³ Lög um tekjuskatt nr. 90/2003, 31. gr.

⁴ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2015) M-31 <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264239081-en>> skoðað 11. október 2017.

tekjuskattslaga og tvísköttunarsamninga. Þegar félag í háskattaríki fær fjármögnun frá tengdum aðila erlendis frá sem vill lágmarka skattbyrðina í háskattaríkinu. Tengdi aðilinn hagar þá fjármögnuninni í félaginu þannig að lánsfé sé sem mest en eigið fé sem minnst. Vextir af láninu eru nefnilega frádráttarbærir frá tekjuskattstofni félagsins, skv. tekjuskattslögum og þeir fara síðan óskattlagðir úr landi, skv. tvísköttunarsamningi. Við þessar aðstæður er tekjuskattur venjulega lægri erlendis í ríki tengda aðilans. Tekjuskatturinn getur jafnvel verið það lágur að ríkið sé skilgreint sem lágskattaríki.⁵ Þannig hefur stundum verið talið að vaxtagjöld flytji í raun tekjurnar, sem félagið bjó til, úr landi sem eru síðan skattlagðar lítið eða ekkert í móttökurík inu. Þegar tengdir aðilar skipuleggja flæði fjármagns milli ríkja eingöngu til þess að komast hjá allri skattlagningu stríðir það verulega gegn tilgangi með tekjuskattslögum og skekkir samkeppni fyrirtækja á markaði þar sem það hafa ekki allir tækifæri til slíkrar stórtækrar skattaskipulagningar.⁶

Undanfarin misseri hafa ýmiss konar skattaundanskot, skattasniðgöngur og stórtækar skattaskipulagningar milli tengdra aðila hlotið athygli á Íslandi og um allan heim. Mest fór sennilega fyrir uppljóstrun svo kallaðra Panamaskjala á vormánuðum 2016. Þá kom í ljós að margir vel efnaðir einstaklingar hefðu flutt mikið magn af fjármunum sínum til lágskattaríkja og komið sér þannig undan skattlagningu.⁷ Í nóvember 2017 varð önnur uppljóstrun af svipuðum toga, á svo kölluðum Paradísarskjölum, sem einnig hefur hlotið mikla athygli.⁸

Í fréttaskýringum af tilvikum, sérstaklega tengdri þunnri eiginfjármögnun hér á landi, hefur mest borið á vaxtafrádrætti álfyrirtækja, en sum álfélög á Íslandi greiða lítinn eða engan tekjuskatt af Íslandi, sem má að einhverju leyti rekja til hárra vaxtagjalda.⁹ Í grein frá árinu 2009, sem ber yfirskriftina „Efnahagsleg áhrif erlendra stóriðju á Íslandi“, var fjallað um þær aðstæður þegar erlendir fjármagnseigandi leggur fram fé til starfsemi hér á landi sem beina

⁵ Ragnheiður Snorradóttir, „Þunn eiginfjármögnun“ [2008] Grábrók : tímarit lagadeildar Háskólans á Bifröst 113, 117–118.

⁶ Alþt. 2013-2014, A-deild, þskj. 15 - 15. mál, greinargerð.

⁷ Scilla Alecci, „VIDEO: Twelve Months of Investigations, Impact and Outrage“

<<https://panamapapers.icij.org/20170403-anniversary-fundraising-campaign.html>> skoðað 10. apríl 2017; „ICIJ birtir gagnagrunn með Panamagögnunum 9. maí“ (*Reykjavík Media*, 26. apríl 2016) <<http://rme.is/frettir/icij-birtir-gagnagrunn-med-panamagognunum-9-mai/>> skoðað 6. nóvember 2017.

⁸ Jóhannes Kr. Kristjánsson, „Gögnin spanna rúmlega 60 ár“ (*Reykjavík Media*, 11. maí 2017)

<<http://rme.is/frettir/gognin-spanna-rumlega-60-ar/>> skoðað 6. nóvember 2017.

⁹ Helgi Seljan, „Alcoa greitt Alcoa 60 milljarða í vexti“ (*RÚV*, 19. nóvember 2015)

<<http://www.ruv.is/frett/alcoa-greitt-alcoa-60-milljarða-i-vexti>> skoðað 15. janúar 2017.

fjárfestingu og gerist þ.a.l. eigandi að íslensku framleiðslufyrirtæki eða leggur því til lánsfé.¹⁰ Sýnt var fram á að tvö álver hérlendis greiddu um 9% af tekjum starfseminnar í vexti. Íslenska ríkið fær engan hlut í þessum tekjum og talið var að löggjöf hér á landi ýtti undir skattahagræðingu sem leiða kann til lægri skatttekna af stóriðju.¹¹

Í tilvikum einstakra álfyrirtækja hér á landi fór sennilega mest fyrir fréttaskýringum af vaxtafrádrætti Alcoa Fjarðaráli. Eignarhaldið er þannig sett upp að félag í Lúxemborg er eigandi að Alcoa á Íslandi. En bandarískt félag, sem staðsett er í Delaware, á félagið í Lúxemborg og loks endar eignarhaldið í bandarísku félagi í Pittsburgh.¹² Álver Alcoa á Íslandi voru fjármögnuð með lánum að fjárhæð 220 milljörðum í upphafi, sem hefur skilað rekstri þess tapi frá upphafi vegna afborgana og vaxtakostnaðar. Talsmenn Alcoa hafa þó ítrekað að félagið starfi í einu og öllu eftir lögum landsins.¹³ Hagfræðingur hjá Hagfræðistofnun Háskóla Íslands taldi þó óvenjulegt að stórframkvæmd á borð við álverið á Reyðarfirði, sem er í eigu Alcoa, væri fjármögnuð með háum lánum og litlu af eigin fé, eins og raun ber vitni.¹⁴

Segja má að ofangreind tilfelli ásamt fleiru hafi orðið til þess að opna augu fólks og það sé almennt orðið meðvitað um alvarleika skattasniðgöngu, skattsvika og flæði fjármagns í miklu magni frá landinu ylhýra án nokkurrar skattlagningar. Þjóðarleiðtogar auðugustu ríkja heims, svo kallaðra G20 ríkja, földu Efnahags og framfarastofnuninni (e. Organisation for Economic Co-operation and Development eða OECD) að semja aðgerðaráætlun til að sporna við rýrnun og tilflutning skattstofna (e. Base Erosion and Profit Shifting eða BEPS).¹⁵ Aðgerðaráætlun BEPS kom út árið 2015 og aðgerð númer fjögur er tileinkuð takmörkun á vaxtafrádrætti.¹⁶

Þann 13. október 2016 samþykkti Alþingi lög nr. 112/2016 um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl. sem ætluð eru til breytingar á fimm lögum, en helstu breytingarnar eru á tekjuskattslögum. Meginmarkmið með lögnum er að sporna við skattsvikum og skattasniðgöngu vegna eignarhalds í lágs kattaríkjum. Fyrirgreint ákvæði er varðar takmörkun á frádrætti vaxtagjalda kemur til framkvæmda við álagningu opinberra gjalda 2018 vegna

¹⁰ Indriði H. Þorláksson, „Efnahagsleg áhrif erlendra stóriðju á Íslandi“ 2 <<https://indridith.files.wordpress.com/2015/03/200902-efnahagsleg-c3a1hrif-erlendra-stc3b3ric3b0ju.pdf>> skoðað 6. nóvember 2017.

¹¹ sama heimild 10–11.

¹² Helgi Seljan (n. 9).

¹³ sama heimild.

¹⁴ Hanna G. Sigurðardóttir, „Álverksmiðjur, hagnaður og bókhald“ (RÚV, 19. febrúar 2015) <<http://www.ruv.is/frett/alverksmidjur-hagnadur-og-bokhald>> skoðað 6. nóvember 2017.

¹⁵ Á ensku: Base Erosion and Profit Shifting

¹⁶ „About the Inclusive Framework on BEPS - OECD“ <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>> skoðað 6. nóvember 2017.

rekstrarársins 2017, sbr. 21. gr. laga nr. 112/2016. Lögin bera þess skýr merki um að aðgerðaráætlun BEPS hafi vissulega verið haft til hliðsjónar við samningu þeirra, enda er Ísland aðildarríki OECD.

Ákvæðið um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda er ætlað að taka á vandamálum tengdri þunnri eiginfjármögnun, en ákvæðið er margslungið og snertir mörg óskyld atriði og hugtök. Í þessari ritgerð verður því fjallað um þessi atriði og hugtök til þess að öðlast heildarskilning á ákvæðinu. Í fyrsta lagi verður farið yfir fjármögnun fyrirtækja og rakið hver sé hvatinn að baki fjármögnunar með lánum í stað eigin fjár. Ítarlega verður farið yfir vexti og frádrátt vaxtagjalda í þeim tilgangi að fá niðurstöðu um hvað falli raunverulega undir takmörkunina í 57. gr. b tekjuskattslaga. Síðan verður farið yfir alþjóðlegan skattaréttur, skuldbindingar Íslands og úrræði tekjuskattslaga vegna skattsvika og skattasniðgöngu, en þunn eiginfjármögnun fellur undir hvorug hugtökin í sjálfu sér. Loks kemur að umfjöllun um að hvaða marki sé þörf fyrir þunna eiginfjármögnun og hugtakið þunn eiginfjármögnun. Fjallað verður um ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga og undantekningar á henni í samhengi við aðgerðaráætlun BEPS. Að lokum fer fram samanburður við þýsku regluna og álitamál um regluna sem þar er nú uppi.

2. Fjármögnun fyrirtækja

2.1 Lán og eigið fé

Til þess að félag nái að koma undir sig fótum, eða stækka, verður það að hafa aðgengi að fjármagni. Algengast er að fjármögnun félags sé með lánsfé og/eða eigin fé. Eigið fé er reiknað út með því að draga frá skuldir og skuldbindingar frá eignum.¹⁷ Stundum nægir eigið fé ekki fyrir þeim skuldbindingum sem félag hyggst taka á sig, eða þá að atvinnurekendur vilja einfaldlega sækja í fjármagn annars staðar frá. Þá spilar fjármagnsmarkaður stórt hlutverk, þar sem hann gegnir því hlutverki að veita aðgengi að fjármagni, annaðhvort hjá bönkum eða fjárfestum.¹⁸

Ef félag er nægilega stórt hefur það möguleika á að gefa út verðbréf á skipulegum verðbréfamarkaði og hækka þannig eigið fé.¹⁹ Það er mikilvægt að félag hafi möguleika á fleiri en einni fjármögnunarleið. Fjármögnun með lánsfé og eigið fé er á aðskildum mörkuðum, en samkeppni á fjármagnsmarkaði getur þó aukist ef fjármagnseigendum er gefið tækifæri á að velja milli þess að ávaxta fé sitt í banka eða á verðbréfamarkaði. Virkur verðbréfamarkaður veitir þannig bönkum aðhald í veitingu lána.²⁰

Fyrir eiganda fjármagns felst munurinn milli þess að vera lánveitandi og hluthafi aðallega í ábyrgðinni sem fylgir. Hluthafi ber áhættu af gengi félagsins og fær einungis greiddan arð ef það er til óráðstafað fé í félaginu, sbr. 99. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög. Kjósi fjármagnseigandi að lána fé sitt er það greitt til baka, með vöxtum, óháð því hvort til sé óráðstafað fé í félaginu eða ekki.²¹ Ef félag verður gjaldþrota þá ganga kröfur lánveitanda frammar kröfu hlutafjár.²² Hjá fjölþjóðlegum samstæðum getur mismunandi meðferð vaxta og arðs skipt sköpum.

¹⁷ Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.), *Lögfræðiorðabók með skýringum* (Bókaútgáfan CODEX: Lagastofnun Háskóla Íslands 2008) 92

¹⁸ Aðalsteinn E. Jónasson, *Viðskipti með fjármálagerninga* (Codex 2009) 25.

¹⁹ Samkeppniseftirlitið, „Fjármálaþjónusta á krossgötum“ (Samkeppniseftirlitið, febrúar 2013) 49

<http://www.samkeppni.is/media/skyrslur-2013/skyrsla_01_2013_Fjarmalathjonusta_a_krossgotum.pdf> skoðað 15. apríl 2017.

²⁰ Páll Hreinsson, Sigríður Benediktsdóttir og Tryggvi Gunnarsson, „Aðdragandi og orsakir falls íslensku

bankanna 2008 og tengdir atburðir“ (Rannsóknarnefnd Alþingis 2010) <<https://www.rna.is/eldri-nefndir/addressandi-og-orsakir-falls-islensku-bankanna-2008/skyrsla-nefndarinnar/bindi-4/12.-kafli/>> skoðað 15. apríl 2017.

²¹ Anna Bauer, *Thin Capitalization Rules im Internationalen Steuerrecht und die sich ergebende Problematik bei Anwendung von DBA am Beispiel Österreichs, Deutschlands und der USA* (VDM Verlag Dr. Müller Aktiengesellschaft & Co. KG 2009) 6-7.

²² Lög nr. 21/1991 um gjaldþrotaskipti o.fl., XVII. kafli um réttthæð krafna á hendur þrotabúi.

Í tengslum við þunna eiginfjármögnun kemur upp sú spurning hvað ætli sé eðlilegt hlutfall milli láns og eigin fjár við fjármögnun félags. Reglur um þunna eiginfjármögnun takmarka fjármögnun með lánsfé, með einum eða öðrum hætti. Hvað ætli sé þá eðlilegt að fjármagna félag með háu láni á móti eigin fé þess fyrst alþjóðlega stofnunin OECD og G20-ríkin sáu þörf á að setja fram aðgerðaráætlun, sem inniheldur m.a. reglur sem takmarka frádrátt vaxtagjalda frá skattskyldum tekjum. Augljóslega eru aðildarríki OECD hrædd um að missa tekjur sem vextirnir flytja með sér úr landi. En ekki hafa komið fram leiðbeiningar um það hvað myndi teljast eðlileg fjármögnun.

Lengi hefur verið uppi umræða og deilur hvort almennar milliverðlagningarreglur (e. Transfer pricing), sem þegar er að finna í flestöllum tvísköttunarsamningum milli ríkja, geti varpað ljósi á hvað teljist eðlileg fjármögnun félags sem tæki á vandamálum þunnrar eiginfjármögnunar.²³ Sömu forsendur liggja að baki milliverðlagningarreglum viðskipta milli tengdra og ótengdra aðila. Þannig setja milliverðlagningarreglur fram viðmið um að það sem gengur og gerist milli ótengdra aðila sé eðlilegt, eða í svokallaðri armslengd. Þá er spurning hvort tengdir aðilar eigi að hafa fjármögnun sín á milli á þann veg að sömu forsendur liggi að baki hjá og óháðum aðilum. Um þetta atriði verður frekari umfjöllun í kafla 8.2.1. En fyrst verður vikið að mismunandi meðferð vaxta og arðs í tekjuskattslögum og tvísköttunarsamningum ásamt umbreytingu hlutafjár í lánsfé.

2.2 Vextir og arður

Af eigin fé félags er hægt að greiða út arð til hluthafa. Arður er ekki frádráttabær frá tekjuskattstofni, sbr. 3. mgr. 11. gr. tekjuskattslaga. Arði er einungis úthlutað af óráðstöfuðu eigin fé, sem er í raun afgangurinn af tekjum eftir að tekið hefur verið tillit til frádráttar og skattlagningar. Ef arður er borinn saman við vaxtagjöld félags, þá eru vaxtagjöld frádráttarbær, skv. 1. tl. 31. gr. tekjuskattslaga sem rekstrarkostnaður og koma þ.a.l. til frádráttar áður en til skattlagningar kemur.

Ástæðan fyrir því að bornar eru saman arðgreiðslur og vaxtagjöld er sú, að á milli tengdra aðila er hægt að finna leiðir til þess að færa tekjurnar á milli. Þá getur skiptir máli hvernig fer um skattlagningu á þeim fjármunum sem ætlað er að færa. Sem dæmi þá getur móðurfélag ákveðið að lána dótturfélagi sínu fjármagn til langs tíma í stað þess að hækka hlutafé og þar með eigið

²³ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* (n. 4) M-22 og M26.

fé dótturfélagsins. Það vill reyna að hámarka hagnað dótturfélagsins með því að greiða lítinn eða engan skatt.

Tekjuskattslög geta þannig orðið þess valdandi að tengdir aðilar kjósi að haga fjármögnun með lánsfé, frekar en með því að hækka hlutafé, þrátt fyrir að tilgangurinn sé í raun sá hinn sami á endanum, þ.e. að njóta ágóðans af atvinnurekstrinum. Munurinn á arði og vaxtatekjum er hins vegar ekki svo mikill í hinu venjulegu samhengi. Vaxtatekjur eru nefnilega skattskyldar tekjur hjá þeim sem taka á móti þeim, og myndar tekjuskattstofn, skv. 61. gr. tekjuskattslaga, sbr. C-lið 7. gr. sömu laga. Fenginn arður er aftur á móti frádráttarbær frá tekjum félags, skv. 9. tl. 31. gr. tekjuskattslaga.

Í raun ætti þannig ekki að skipta máli hvort fjármögnun fari fram með herra lánsfjárlutfalli frekar en hækkun á hlutafé, en það er einungis raunin ef báðir aðilar falla undir íslensku tekjuskattslögin.²⁴ Valmöguleikinn milli þessara tveggja leiða, að fá arð eða vexti til baka af fjárfestingu, skiptir mestu máli þegar fjármögnunin fer yfir landamæri í skattaréttarlegu tilliti.²⁵

Segjum sem svo að fjölþjóðleg samstæða hafi í hyggju að fjármagna dótturfélag í ríki A, en ríki A er háskattaríki. Móðurfélagið veltir þá fyrir sér hvernig hægt sé að halda skattbyrði dótturfélagsins í ríki A í lágmarki. Með því að leggja fram t.d. 20% í hlutafjár og 80% í lánsfé þá þarf dótturfélagið að greiða mjög há vaxtagjöld í samanburði við heildareignir þess, og myndi greiða lítinn eða engan arð til móðurfélagsins. Ástæðan fyrir því að móðurfélagið myndi velja að skuldsetja dótturfélagið svona hátt, er til þess að koma í veg fyrir að það myndi skattskyldar tekjur þar sem vaxtagjöldin eru frádráttarbær. Þannig fær móðurfélagið vaxtatekjur til sín óskattlagðar.

Ef eitt félag innan fjölþjóðlegrar samstæðu er staðsett í lágskattaríki er mögulegt að spara verulegar skattgreiðslur. Í flestum tilfellum er félag í lágskattaríki einungis notað sem milliliður til þess að koma fjármagni til annars ríkis án þess að verða fyrir skattlagningu. Félag sem býr til hagnaðinn greiðir þannig vexti til félags sem er staðsett í lágskattaríki. Það greiðir síðan sömu fjárhæð (óskattlagða) til annars ríkis sem er ekki lágskattaríki.

²⁴ „Skýrsla starfshóps umreglur þunnrar eiginfjármögnunar“ (Fjármálaráðuneytið, Jún 2012) 4.

²⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update: Inclusive Framework on BEPS, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project* (OECD 2016) para. 2.

2.3 Umbreyting hlutafjár í lánsfé

Fram að því að ákvæði um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda var lögfest, sbr. 57. gr. b tekjuskattslaga, voru í raun engar hömlur á svigrúmi eigenda fjármagns til að fjármagna félag með lánum frekar en hlutafé. Svo lengi sem rekstrarlegur tilgangur var með láninu og á markaðskjörum, sbr. 1. mgr. 31. gr. og 57. gr. tekjuskattslaga og dómafrankvæmd sem farið verður yfir í kafla 5.1.1.

Ekki virðist heldur vera takmörkun á því að breyta fjármögnun sem gerð er með hlutafé í lánsfjármögnun, t.d. með arðgreiðslu eða hlutafjárlekkun, ef hægt er að sýna fram á rekstrarlegan tilgang.²⁶

Þetta má sjá af *úrskurði yfirskattanefndar nr. 296/2006* þar sem eigandi að félagi fékk úthlutaðan arð. Samkvæmt samkomulagi var síðan ætlunin að lána félaginu strax eftir úthlutunina andvirði arðsútgreiðslunnar að frádregnum fjármagnstekjuskatti. Tilgangurinn hefði verið að skapa félaginu betri samningsstöðu við hugsanlega samruna við önnur félög þar sem of stór eignarhlutur hans í félaginu hefði áður reynst standa því í vegi. Arðsúthlutunin hafði verið í samræmi við lög, en deilt var um frádrátt vaxtagjalda vegna lánsins í félaginu þar sem skattstjóri taldi að vaxtagjöldin væru einungis til að dulbúa greiðslur til eigandans. Skattstjóri boðaði breytingar á gjaldfærslu vaxtagjaldanna, en í bréfum til hans þar sem þessum breytingum var mótmælt fylgdu engin gögn. Í úrskurði yfirskattanefndar var sérstaklega tekið fram að lög settu því ekki skorður að hluthafar veittu félögum lán og viðurkennt væri að þau gætu greitt arð jafnt með reiðufé félagsins, sem og lánsfé sem það kynni að afla í þessu skyni. Hins vegar þótti nefndinni að félaginu hefði borið að gera gleggri grein fyrir lántökunni í ljósi vefengingar skattstjóra. Ekki var talið að félagið hefði sýnt fram á með óyggjandi hætti að í raun hefði verið um lánveitingu að ræða og þess vegna gætu vaxtagjöldin ekki talist frádráttarbær kostnaður, í skilningi 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tekjuskattslaga.

Þannig að þrátt fyrir niðurstöðuna um að vaxtagjöldin voru ekki frádráttabær þá gekk nefndin heldur ekki svo langt að telja að umrædd umbreyting á hlutafé í lánsfé geti ekki talist hafa rekstrarlegan tilgang, annan heldur en eingöngu skattalegt hagræði. Niðurstaðan virðist einungis byggja á því að eigandi félagsins náði ekki að sýna fram á að tilraunir til samruna hefðu misheppnast vegna eignarhluta hans í félaginu.

²⁶ Páll Jóhannesson, „Vaxtafrádráttur - hvar liggja mörkin?“ (2016) 38 (1) FLE Blaðið 13
<<https://www.fle.is/static/files/2016/ymislegt/fle-bladid-2016-fyrir-netid.pdf>> skoðað 15. nóvember 2017.

Rétt er að minnast einnig á *dóm Hæstaréttar frá 9. febrúar 2006 nr. 321/2005* (Íslenska ríkið g. Sundagörðum hf.) þar sem yfirsattanefnd í ofangreindum úrskurði vísaði til hans í rökstuðningi sínum. Deilt var um frádráttarbærni affalla af skuldabréfi vegna lækkunar hlutafjár. En afföll falla undir hugtakið vaxtagjöld, eins og farið verður yfir í kafla 4.1 um vexti. Málsatvik voru þau að hlutafé S var hækkað og síðan lækkað. Lækkunarfjárhæðin var greidd með útgáfu skuldabréfa sem voru vaxta- og afborgunarlaus til 12 ára. Í rekstrarreikningum S voru árleg afföll af skuldabréfunum gjaldfærð, ásamt því að vera skuldfærð í ársreikningum. Talið var að þessi ráðstöfun hefði verið gerð í þeim tilgangi að losa fé til hluthafanna. Einnig var talið ljóst að tilgangurinn með þessari ráðstöfun hafi fyrst og fremst verið skattalegur ávinningur, og til hennar hefði ekki komið milli óskyldra aðila, sbr. 57. gr. tekjuskattslaga. Frádráttur affallanna féll því utan heimildar 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. þágildandi tekjuskattslaga nr. 75/1981 um frádrátt rekstrarkostnaðar.

Það sama er uppi í þessum dómi Hæstaréttar og úrskurði yfirsattanefndar, þ.e. ekki er tekið þvert fyrir að umbreyting á hlutafé í lánsfé sé með einhverju móti óheimil, en ljóst er að færa þarf góðan rökstuðning fyrir umbreytingunni. Af ofangreindum dómi og úrskurði leiðir að það þurfi a.m.k. að sýna fram á rekstrarlegan tilgang lánsins, skv. 1. mgr. 31. gr. tekjuskattslaga og í einhverjum tilvikum gæti þurft að sýna fram á að umbreytingin sé eðlileg, að því leyti að til hennar hefði getað komið milli óskyldra aðila, sbr. 57. gr. tekjuskattslaga.

3. Skattskylda og frádráttur

3.1 Skattskylda

Áður en hægt er að tala um frádrátt af tekjum, er nauðsynlegt að minnast á skattskyldu. Í henni felst að allir sem eru með tekjur á Íslandi þurfa að greiða skatt og skila skattframtali á hverju ári.²⁷ Ríkið sækir heimildir sínar til skattlagningar í lögum, þannig er enginn skattur lagður á tekjur nema heimild sé fyrir því í lögum, skv. 40. og 77. gr. stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944.

Með tekjuskattslögum er kveðið á um skattskyldu einstaklinga, lögaðila og aðila með takmarkaða skattskyldu, sbr. 1., 2., 3. og 7. gr. laganna. Tekjur af atvinnurekstri og sjálfstæðri starfsemi skulu vera skattlagðar skv. b-lið 7. gr. sömu laga. Greiða skal skatt af fjármagnstekjum

²⁷ Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.), *Lögfræðiorðabók með skýringum* (Codex: Lagastofnun Háskóla Íslands 2008) 392.

sem aðila hlotnast aukalega eða til hliðar við meginstarfsemi sína, skv. c-lið 7. gr. tekjuskattslaga.

Alveg eins og skattskyldar tekjur verða að byggjast á lögum, verður sama að ganga um frádrátt frá skattskyldum.²⁸ Við ákvörðun tekjuskattstofns má sjá í 61. gr. tekjuskattslaga að vísað er til 30. og 31. gr. laganna varðandi leyfilegan frádrátt. Þegar vel er að gáð sést að frádráttarheimildirnar eru ekki einungis að finna í þessum tveimur ákvæðum, heldur a.m.k. öllum ákvæðum III. kafla, og í raun enn fleiri ákvæði.²⁹ Stjórnarskráin krefst þess að skattur sé lagður á með lögum, þá verður að gera kröfu til laganna að þau séu skýr og ótvíræð.³⁰ Í því skyni nægir ekki að skattlagningarheimild komi einungis fram í reglugerðum eða lögskýringargögnum.

Undir þetta sjónarmið var tekið undir í *dómi Hæstaréttar frá 20. september 2007 nr. 523/2006*, sem fjallaði um portúgalska starfsmannaleigu, en deilt var um hvort vinnuveitandanum, sem var íslenskur, bæri að halda eftir staðgreiðslu skatta af launum. Lög um staðgreiðslu opinberra gjalda nr. 45/1987 kveða hins vegar á um að launagreiðanda bæri að halda eftir staðgreiðslu tekjuskatts af launum. Í greinargerð með frumvarpi til breytinga á tekjuskattslögum komu fram ummæli þess efnis að notendur starfsmannaleiga skyldu teljast launagreiðendur. Þessari ráðagerð var þó ekki fylgt eftir og var því ekki lögfest og um þetta segir í dómnum:

„Geta þessi ummæli í greinargerð með frumvarpi til breytinga á öðrum lögum en þeim sem gilda um staðgreiðslu opinberra gjalda ekki verið viðhlítandi grundvöllur til að leggja á notendur þjónustu starfsmannaleiga skyldu til staðgreiðsluskila af launum útleigðra starfsmanna. Til þess þarf skýra heimild í lögum.“³¹

Niðurstaðan í málinu var að portúgalska starfsmannaleigan væri launagreiðandi samkvæmt túlkun laganna eftir orðanna hljóðan, en ekki notendur starfsmannaleigunnar á Íslandi. Því bæri notanda hennar ekki að halda eftir staðgreiðslu, heldur portúgalska starfsmannaleigan. Þessi niðurstaða sýnir hversu skýr og ótvíræð heimild í lögum til skattlagningar þarf að vera. Löggjafinn þarf augljóslega að vanda til verka við lögfestingu ákvæða sem tengjast skattlagningu ef þau eiga að duga.

²⁸ Helgi V. Jónsson, „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattstofns“ [1993] (46 (4)) Úlfjótur 319, 321.

²⁹ sama heimild.

³⁰ sama heimild 322.

³¹ *Impregilo SpA, útibú á Íslandi g. íslenska ríkinu*, Hrd. 20. september 2007 í máli nr. 523/2006.

3.2 Frádráttur

Tekjur af atvinnurekstri eru skattlagðar að mestu leyti nettó, þ.e. atvinnurekandi getur almennt dregið heildargjöld frá heildartekjum sínum áður en til skattlagningar kemur. Í tekjuskattslögum er þó ekki nákvæmlega farið eins með tekjur annars vegar og gjöld hins vegar. Það er skylda að gera grein fyrir öllum tekjum, alveg sama hvaðan þær koma skv. b-lið 7. gr. tekjuskattslaga, en það má einungis draga gjöld frá skattskyldum tekjum ef það er hægt að finna heimild fyrir því í lögum.³² Ákvæði 31. gr. tekjuskattslaga er hin almenna regla um frádráttarbæran kostnað atvinnureksturs. Það er því ekki sjálfsgagt að þau heildargjöld sem félag þarf að standa straum af komi til frádráttar frá heildartekjum þegar til skattlagningar kemur. Í skattarétti er eðli frádráttar undantekning frá skattskyldu. Sé heimilt að nýta frádrátt, mildar það skattbyrðina.

Það er engum vafa undiropið að það er almennt á valdi atvinnurekanda hvernig hann rekur félag sitt. Hann ræður þannig til hvaða gjalda er stofnað, auk fjárhæðar þeirra.³³ Tekjuskattslög kveða svo á um hvort þau gjöld sem atvinnurekandi hefur stofnað til séu frádráttarbær frá skattskyldum tekjum. Skilyrðin sem tekjuskattslög setja lúta almennt að stofnun gjaldanna og sambandinu milli tekna og gjalda.³⁴ Annars vegar verður að hafa verið stofnað til gjaldanna á árinu sem þau eru færð til frádráttar og hins vegar verða þau sem færð eru til frádráttar að tengjast tekjum félagsins.³⁵

Skilyrði tekjuskattslaga hvað varðar tengsl sætir rúmri skýringu, þ.e. oftast nægir að efnt hafi verið til gjalda í þeim tilgangi að afla tekna.³⁶ Flest þau vandamál sem koma upp varðandi tengslakröfuna lúta að því hvort útgjöldin séu einkaneysla eða eignaoöflun fremur en rekstrarkostnaður.³⁷ Um skilyrðið sem snýr að stofnun gjalda á árinu, þá getur atvinnurekandi sem færir inn frádrátt á skattframtali of seint, þ.e. ekki á því ári sem til gjaldsins var stofnað, átt von á því að frádrátturinn verði felldur niður, nema það sé heimilt að fresta frádrætti samkvæmt lögum.³⁸ Þannig skiptir ekki máli hvenær gjöldin skila af sér tekjum þegar þau eru lögð til frádráttar. Tekjurnar geta komið til í framtíð eða fortíð sem stafa af tilteknum gjöldum. Gjöld eru þannig færð til frádráttar, óháð því hvenær tekjurnar skila sér.³⁹

³² Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Skattur á fyrirtæki* (Skattvís 2003) 196.

³³ sama heimild 204.

³⁴ sama heimild.

³⁵ Lög um tekjuskatt nr. 90/2003, 31. gr.

³⁶ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Skattur á fyrirtæki* (n. 32) 207.

³⁷ Helgi V. Jónsson (n. 28) 337.

³⁸ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Skattur á fyrirtæki* (n. 32) 204.

³⁹ sama heimild 205.

3.3 Reikningsskil og tekjuskattur

Um frádrátt frá tekjum í atvinnurekstri er fjallað um í 31. gr. tekjuskattslaga. Vaxtagjöld falla þar undir rekstrarkostnað, sbr. 1. tölul. 1. mgr. sömu greinar:

„Frá tekjum lögaðila og þeim tekjum manna sem stafa af atvinnurekstri eða sjálfstæðri starfsemi eða eru tengdar slíkum rekstri má draga:

1. **Rekstrarkostnað**, þ.e. þau gjöld sem eiga á árinu að ganga til að afla teknanna, tryggja þær og halda þeim við, þar á meðal iðgjöld til öflunar lífeyrisréttinda starfsmanna í lífeyrissjóði sem starfa á grundvelli laga um skyldutryggingu lífeyrisréttinda og starfsemi lífeyrissjóða, **vexti af skuldum**, afföll, gengistöp, niðurfærslu og fyrningu eigna, eftir því sem nánar er ákveðið í lögum þessum, og það sem varið er til tryggingar og viðhalds á eignum þeim sem arð bera í rekstrinum [leturbreyting höfundar].“⁴⁰

Orðið „rekstrarkostnaður“ bendir ótvírætt til þess, að miða eigi við rekstrarhagfræði við framkvæmd og notkun 1. tl. 31. gr. tekjuskattslaga. Oftast er það þannig, að frádráttarbærni ýmissa kostnaðarliða er metin eins í reiknings- og skattskilum, enda hefur hugtakið rekstrarkostnaður sömu þýðingu í báðum tilvikum. Aftur á móti er tilgangurinn að baki þessara tveggja þátta ólíkur.

Reikningsskilin hafa þann tilgang að gefa sem réttasta mynd af afkomu og stöðu rekstursins, þannig að stjórnendur, eigendur o.fl. geti vitað hvernig hann gengur. Þegar um skattaskil er að ræða er tilgangurinn að leggja á skatta. Sjónarmiðin sem liggja þar að baki geta verið önnur en rekstrarhagfræðileg, t.d. tekjuöflunarþarfir ríkisins og skattaefirlit. Af þessum mismunandi tilgangi reiknings- og skattskila leiðir, að ekki er alltaf samsvarandi fjárhæð milli frádráttarbærs kostnaðar, skv. tekjuskattslögum og þeim heildargjöldum sem fram koma í bókhaldsgögnum.⁴¹

Reglur um þunna eiginfjármögnun með takmörkun á frádrætti vaxtagjalda er einmitt dæmi um það ósamræmi sem myndast getur vegna mismunandi tilgangs milli reiknings- og skattskila. Í reikningsskilum eru vaxtagjöld almennt færð inn sem kostnaður í rekstri, en samkvæmt nýbreyttum tekjuskattslögum er takmarkað hversu mikil vaxtagjöld má færa til frádráttar frá skattskyldum tekjum, nema einhverjar undantekningar ákvæðisins eigi við, sbr. 57. gr. b tekjuskattslaga. Ekki er séð að nokkur rekstrarhagfræðileg sjónarmið hafi legið að baki lagasetningu þessa ákvæðis, heldur er mun líklegra að þau sjónarmið er varða tekjuöflunarþörf ríkisins, og til að sporna við skattasniðgöngu, hafi ráðið för við lagasetninguna.

⁴⁰ Lög um tekjuskatt nr. 90/2003, 1. tl. 31. gr.

⁴¹ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Skattur á fyrirtæki* (n. 32) 201–202.

Lögskýringargögn við þau frumvörp sem hafa fjallað um þunna eiginfjármögnun bera þess skýr merki.

4. Almennt um vexti

4.1 Hugtakið vextir

Nauðsynlegt er að fjalla um vexti og hvaða gjöld teljast til vaxtagjalda, þar sem ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga takmarkar frádrátt vaxtagjalda í félögum. Vextir geta orðið til vegna margra mismunandi þátta, en oftast eru þeir ákveðnir á grundvelli samninga manna, t.d. láni á peningum eða umlíðun skuldar.⁴² En í sinni einföldustu mynd eru vextir sá kostnaður sem hlýst af því að fá pening lánaðan.⁴³ Í *Lögfræðiorðabók með skýringum* er hugtakið vextir skilgreint svo: „Ákveðinn hundradshluti (prósenta) sem er greiddur af peningaupphæð á ákveðnu tímabili, t.d. einu ári.“⁴⁴ Þessi skilgreining á hugtakinu er mjög víðtæk og ef einungis væri stuðst við hana er líklegt að hugtakið myndi ekki þjóna tilgangi sínum nægilega vel, hvort sem það væri vegna vaxtatekna, vaxtagjalda eða í tengslum við reglur um þunna eiginfjármögnun. Frekari skýringa er þannig þörf.

Hugtakið vextir er ekki skilgreint með beinum hætti í tekjuskattslögum. Það skapar ákveðna óvissu, en einhverja skýringu er þó að finna á hugtakinu í 8. og 49. gr. laganna. Í 8. gr. tekjuskattslaga er að finna upptalningu á því sem telst til tekna sem vextir, afföll og gengishagnaður, en í 49. gr. laganna er fjallað um það sem telst til gjalda sem vextir, afföll og gengistap af skuld, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. sömu laga. Þar sem ekki er að finna sérstaka skilgreiningu á hugtakinu vextir þá ræðst merking þess umfram allt af almennri málvenju, sem er lýst á eftirfarandi hátt í bókinni *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur*:

„Samkvæmt henni er átt nokkurn veginn við greiðslu fyrir afnot af peningum eða umlíðun skuldar og ákvarðast þeir á hverjum tíma sem tiltekinn hundradshluti af láni eða skuld, miðað við almanaksárið, þ.e. tímabilið frá ársbyrjun til ársloka. Vextir af einstökum kröfum teljast í raun allt það sem greitt er umfram afborgun.“⁴⁵

⁴² Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Skattur á félag* (Skattvís 2003) 87.

⁴³ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (Organisation for Economic Co-operation and Development 22. desember 2016) para 34 <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2016-update_9789264268333-en> skoðað 17. janúar 2017.

⁴⁴ Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.) (n. 27) 486.

⁴⁵ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017) 695.

Þessa skilgreiningu á hugtakinu er þannig hægt að hafa til hliðsjónar við túlkun á því hvað fellur undir vexti við beitingu ákvæða tekjuskattslaga um vexti.

4.2 Vaxtahugtakið við lögfestingu á reglum um þunna eiginfjármögnun

Í skýrslu starfshóps um reglur þunnrar eiginfjármögnunar var talið að skilgreining vaxta væri ekki nægileg skýr eins og hún er í tekjuskattslögum.⁴⁶ Niðurstöður skýrslunnar voru að nærtækast væri að vaxtahugtakið myndi „... afmarkast af tekjum, samkvæmt 7. gr. tekjuskattslaga, sem áskildar, fengnar eru eða teknar fyrir *peningalán*.“⁴⁷ Hugmyndin var að þessi skilgreining myndi koma í staðinn fyrir 8. gr. og 1. mgr. 49. gr. tekjuskattslaga. Vaxtahugtakið væri þannig afmarkað af þeim vöxtum sem féllu til vegna lána á peningum en ekki annars konar lánnum. Jafnframt myndi þessi skilgreining ná til hvers kyns tekna af peningalánnum, þ.á.m. affalla, án þess að það þyrfti að taka það sérstaklega fram.

Þessi einfalda skilgreining hugtaksins vextir er víðtæk, en starfshópurinn taldi í skýrslu sinni að áhættan á misskilningi væri mun meiri þegar beitt er upptalningu eins og gert er í 8. og 49. gr. tekjuskattslaga heldur en ef stuðst væri við víðtæka skilgreiningu á vaxtahugtakinu án upptalningar.⁴⁸

Ókosturinn við framlagða breytingu starfshópsins á vaxtahugtakinu er að hún myndi þrengja núgildandi skilgreiningu tekjuskattslaga á vöxtum þar sem ýmsar tekjur falla undir vaxtaákvæði laganna sem eru ekki vextir í raun. Tekjur af stofnsjóðseign í félögum, happadrættisvinningum, gengisbreytingum og af afleiðum myndu þannig falla utan tillögu starfshópsins, og líkur eru á því að óvissa hefði skapast vegna þessa. Hins vegar lagði starfshópurinn til að tekin yrðu upp sérákvæði um tekjurnar sem myndu falla utan vaxtahugtaksins í breyttri mynd og myndu þannig standa sér.⁴⁹ Einnig lagði starfshópurinn mikla áherslu á að ný skilgreining vaxta væri réttarbot, óháð því hvort reglur um þunna eiginfjármögnun yrðu lögfestar eða ekki.⁵⁰

Þrátt fyrir að starfshópurinn um þunna eiginfjármögnun hafi metið í skýrslu sinni, að „...óhjákvæmilegt hafi verið að skilgreina vaxtahugtakið sem slíkt, en ella hefðu hugmyndir um reglur um þunna eiginfjármögnun verið óraunhæfar“⁵¹ var ekki gerð breyting á vaxtahugtakinu

⁴⁶ Alpt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268, 7–9 og 17.

⁴⁷ sama heimild 8.

⁴⁸ sama heimild 8–9.

⁴⁹ sama heimild 9.

⁵⁰ sama heimild.

⁵¹ sama heimild.

samhliða lögfestingu 57. gr. b. tekjuskattslaga. Lögfesting ákvæðisins á sér tiltölulega langt ferli í gegnum Alþingi og breytingar á skilgreiningu á vöxtum voru tíðræddar.

Í frumvarpi sem lagt var fyrir Alþingi árið 2013, í þeim tilgangi að reyna að koma á reglu sem tekur á þunnri eiginfjármögnun í fyrsta sinn, kom fram tillaga að breyttu vaxtahugtaki tekjuskattslaga.⁵² Lögð var til svohljóðandi breyting á 8. gr. tekjuskattslaga:

„8. gr. laganna orðast svo:

Til tekna sem vextir skv. 3. tölul. C-liðar 7. gr. teljast hvers kyns tekjur, sbr. 1. mgr. 7. gr., sem áskildar eru, fengnar eða teknar fyrir peningalán.“⁵³

Framangreind breyting er samhljóða tillögu starfshópsins um þunna eiginfjármögnun. Í athugasemdum frumvarpsins varðandi nýja vaxtaskilgreiningu kom fram að ýmsar tekjur sem venjulega hafa fallið undir vaxtaákvæði tekjuskattslaga myndu koma til með að falla utan ákvæðisins eftir breytinguna. En það myndi ekki koma að sök því aðrar almennar skilgreiningar laganna myndu ná til þessara gjalda og tekna og þannig væri ekki um breytingu á frádráttarbærni viðkomandi gjalda að ræða, þrátt fyrir að þau myndu ekki teljast lengur til vaxta.⁵⁴

Slíkt er þó með öllu ófyrirsjáanlegt, sérstaklega í ljósi þess að í stjórnarskránni eru settar fram skýrar kröfur um skattlagningarheimild sem skuli skipa með lögum, þ.a.l. verða frádráttarheimildir frá skattskyldum tekjum einnig að vera skipaðar með lögum, eins og farið var yfir í kafla 3.1 um skattskyldu, sbr. 40. og 77. gr. stjórnarskrárinnar.⁵⁵ Þá benti starfshópurinn einnig á að setja þyrfti sérákvæði um þau gjöld sem falla myndu utan slíkrar skilgreiningar ef hún væri tekin upp í tekjuskattslögin.⁵⁶

Þó svo að það myndi standa í lögskýringagögnum er mjög sennilegt að eitthvað færi úr skorðum við breytingu sem þessa á vaxtahugtakinu. Ríkisskattstjóri skilaði inn umsögn við frumvarpið og benti á að það væri varhugavert að gera svo róttækar breytingar á vaxtahugtakinu, sem lagt var til að gerðar yrðu, til þess eins að koma að reglum um þunna eiginfjármögnun.⁵⁷

⁵² Alþt. 2013-2014, A-deild, þskj. 15 – 15. mál.

⁵³ Alþt. 2013-2014, A-deild, þskj. 15 – 15. mál, 1. gr.

⁵⁴ Alþt. 2013-2014, A-deild, þskj. 15 – 15. mál, athugasemdir við 1. gr.

⁵⁵ Stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, 40. og 77. gr.

⁵⁶ Alþt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268, 9.

⁵⁷ Alþt. 2013-2014, A-deild, 15. mál, umsögn ríkisskattstjóra við frumvarpið, erindi nr. Þ 143/174.

Frumvarpinu frá 2013 var vísað til ríkisstjórnarinnar til frekari vinnslu vegna lagatæknilegra athugasemda sem gerðar voru. Sérstaklega voru nefndar ástæður eins og skilgreining vaxtahugtaksins, samræming skilgreininga og skýrleiki tiltekinna ákvæða.⁵⁸

Ekkert bólaði á reglum tengdri þunnri eiginfjármögnun fyrir en í breytingatillögu Fjármála- og efnahagsráðuneytisins á frumvarpi til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl. haustið 2016. Þá var gerð önnur tilraun til þess að skýra út hvaða vaxtagjöld ættu að heyra undir takmörkunina á frádrætti þeirra og nýrri málsgrein var bætt við sem hljóðaði svo:

„Með vaxtagjöldum skv. 1. mgr. er átt við hvers konar kostnað vegna lántöku að frádregnum vaxtatekjum vegna lánaviðskipta við tengda aðila“⁵⁹

Þessi skilgreining er í raun í samræmi við skilgreiningu 1. mgr. 2. gr. skattasniðgöngutilskipunar Evrópusambandsins, þótt hún sé einfölduð til muna.⁶⁰ Óvissa um hvað myndi raunverulega falla undir vaxtahugtakið var ennþá til staðar. KPMG taldi m.a. í umsögn sinni við frumvarpið að ekki væri ljóst hvort hér væri um að ræða vexti í þrengri merkingu þess eða hvort jafnframt væri átt við afföll og gengisbreytingar.⁶¹ Samtök atvinnulífsins og Samtök iðnaðarins töldu að ekki væri ljóst hvort gengismunur falli undir skilgreininguna.⁶²

Fjármála- og efnahagsráðuneytið tók tillit til umsagnanna að vissu leyti og breytti ákvæðinu. Vaxtagjöld voru á endanum skilgreind í 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga á eftirfarandi hátt:

„Þrátt fyrir ákvæði 1. tölul. 31. gr. takmarkast frádráttur vaxtagjalda og affalla, sbr. 1. og 2. tölul. 1. mgr. 49. gr., skattaðila skv. 2. gr. vegna lánaviðskipta við tengda aðila skv. 4. mgr. 57. gr. við 30% af hagnaði skattaðilans.“⁶³

Með þessari skilgreiningu er átt við að vaxtagjöld sem þetta ákvæði tekur til séu þau sem koma fram í 1. og 2. tölul. 1. mgr. 49. gr. tekjuskattslaga. Með þessari aðferð eru vextir af stofnsjóðsinnistæðum í váttryggingar- og ábyrgðarfélögum, kaupfélögum, öðrum samvinnufélögum og samvinnufélagasamböndum undanskilin takmörkuninni á frádrætti vaxtagjalda, ásamt gengisbreytingum, sbr. 3. og 4. tölul. 1. mgr. 49. gr. tekjuskattslaga.

⁵⁸ Alpt. 2013-2014, A-deild, þskj. 921 - 15. mál, Nefndarálit með frávísunartillögu.

⁵⁹ Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1346 - 787. mál, breytingatillögur við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl. í kjölfar tillagna starfshóps vegna skattaundanskota og skattaskjóla.

⁶⁰ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market [2016] OJ L193/1, 2. gr.

⁶¹ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn KPMG um tillögur fjármála- og efnahagsráðuneytisins til breytinga á þingskjali 1346.

⁶² Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn Samtaka atvinnulífsins og Samtaka iðnaðarins um frumvarpið.

⁶³ Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1820 - 787. mál, lög um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl., 3. gr.

Segja má að með því að fara þessa leið í skilgreiningu á þeim vaxtagjöldum, sem heyra undir takmörkunina í 57. gr. b. tekjuskattslaga, hafi verið farið þá leið sem myndi raska almennum skilningi á vaxtagjöldum sem minnst, eins og hann hefur þróast í gegnum árin. Lögskýringagögn sýna að reynt hafi verið að breyta tekjuskattslögum þannig að vextir væru frekar skilgreindir án upptalningar og án þess að blanda því með öðrum tegundum af tekjum og gjöldum sem ekki eru vextir í raun, en slíkar tillögur mættu alltaf mótlæti vegna þeirrar óvissu sem gæti fylgt í kjölfarið.

4.2.1 Vextir í tvísköttunarsamningum

Tvísköttunarsamningum milli ríkja er ekki einungis ætlað að koma í veg fyrir tvískattlagningu tekna, heldur einnig tryggja ríkjum samngjarna skiptingu á skattlagningarrétti þeirra. Ákvæði 11. gr. samningsfyrirmyndar OECD gildir um vaxtatekjur sem aðili heimilisfastur í samningsríki fær frá aðila í öðru samningsríki. Samkvæmt ákvæðinu er skattlagningarrétturinn hjá heimilisfestisríkinu, þ.e. hjá viðtakanda vaxtanna. Hins vegar hefur samningsríkið sem vextirnir koma frá rétt á að skattleggja vextina að hámarki 10% af heildarvöxtum, ef þeir eiga uppruna sinn í því ríki, sbr. 2. mgr. 11. gr. samningsfyrirmyndarinnar. Þessi skipting á skattlagningarréttinum grundvallast á málamiðlun ólíkra sjónarmiða í aðildarríkjum OECD.⁶⁴

Vextir eru skilgreindir með beinum hætti í samningsfyrirmynd OECD og í þeim tvísköttunarsamningum sem Ísland hefur gert við önnur ríki, en ákvæðið er venjulega svohljóðandi:

„Hugtakið „vextir“ merkir í þessari grein tekjur af hvers konar skuldakröfum, hvort sem þær eru tryggðar með veði í fasteign eða ekki og hvort sem þeim fylgir réttur til hlutdeildar í hagnaði skuldunautar eða ekki og tekur hugtakið til tekna af ríkisverðbréfum og tekna af skuldabréfum eða skuldaviðurkenningum, þar með talinn gengismunur og vinningar tengdir slíkum verðbréfum, skuldabréfum eða skuldaviðurkenningum. Kostnaður vegna greiðsluráttar telst ekki vextir að því er varðar þessa grein.“⁶⁵

Sjá má af skilgreiningunni að vextir sækja uppruna sinn aðallega til skuldakrafna. Það er að meginstefnu í samræmi við innlendan rétt, sbr. 8. og 49. gr. tekjuskattslaga.

⁶⁴ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (n. 45) 692; OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* (n. 4) M-31.

⁶⁵ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* (n. 4) M-31; Sjá t.d. Samningur milli Íslands og sambandsríkisins Sviss til að koma í veg fyrir tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir (samþykktur 10. júlí 2014, tók gildi 6. nóvember 2015) Stjtd. C, 3/2015, 11. gr.

Í ákveðnum tilvikum eiga lánveitendur hættu á því að vextir af láni geti verið flokkaðir sem arður, á grundvelli 10. gr. samningsfyrirmyndar OECD. En í athugasemdum við ákvæðið kemur fram að þetta eigi við þegar lánveitandi ber í raun hluta af áhættu félagsins.⁶⁶ Þetta á ekki við um venjulega áhættu af lánsfjármögnun, eins og hættuna að fá lánið ekki greitt til baka vegna gjaldþrotaskipta, heldur er hér verið að tala um áhættu sem svipar til þeirrar sem hluthafar bera.⁶⁷ Af þessu leiðir að ríkjum er í rauninni heimilt, skv. 10. gr. samningsfyrirmyndar OECD að ákveða hvert sé efni gjörmingsins, sama í hvaða formi hann er.

5. Frádráttur vaxtagjalda

5.1 Vaxtagjöld í tekjuskattslögum

Um heimild til frádráttar vaxta er að finna í 31. gr. tekjuskattslaga, en vaxtagjöld hafa þó ekki alltaf tilheyrt sama tölulið og rekstrarkostnaður í tekjuskattslögum. Upphaflega var ekki talið að vextir af rekstrarskuldum tengdust útlögðum kostnaði, heldur verðmætarýrnun á eignum sem voru notaðar í þeim tilgangi að afla tekna. Vaxtagjöld tilheyrðu þannig ekki rekstrarkostnaði, eins og í núgildandi tekjuskattslögum, heldur voru þau frádráttarbær samkvæmt sérstöku ákvæði, aðskildu frá rekstrarkostnaði.⁶⁸ Það að löggjafinn hafi felst frádrátt vaxtagjalda undir sama tölulið og rekstrarkostnað má segja að lýsi ekki nógu vel því sem felst í vaxtagjöldum, því rekstrarkostnaður endurspeglar ekki verðmætarýrnun.⁶⁹

Til þess að öðlast betri skilning á því hvað felst í vaxtagjöldum verða vaxtatekjur hafðar til hliðsjónar. Yfirleitt er það þannig, að vaxtagjöld sem greidd eru koma til skattlagningar sem vaxtatekjur hjá móttakanda greiðslunnar. Þannig mætti halda að vaxtahugtakið, sem liggur til grundvallar vaxtagjöldum og vaxtatekjum, væri það sama, en það er ekki alveg svo því vaxtagjöld samkvæmt tekjuskattslögum eru víðtækari heldur en vaxtatekjur.

Þetta sést þegar samanburður er gerður á 8. og 49. gr. tekjuskattslaga. Fyrri lagaákvæðið fjallar um það sem fellur undir vaxtatekjur, en það síðara um það sem fellur undir vaxtagjöld. Í 8. gr. tekjuskattslaga er hvergi að finna að telja megi lántökukostnað, fastakostnað, þóknanir, stimpilgjöld, þinglýsingarkostnað né áfallnar verðbætur til vaxtatekna, en það er í 49. gr.

⁶⁶ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* (n. 4), C(10)-10, para 25.

⁶⁷ Marjaana Helminen, *The International Tax Law Concept of Dividend* (Kluwer Law International 2010) 178.

⁶⁸ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Skattur á fyrirtæki* (n. 32) 203.

⁶⁹ sama heimild 204.

laganna um vaxtagjöld. Vaxtagjöld eru því yfirgrípsmeiri samkvæmt tekjuskattslögum heldur en vaxtatekjur.⁷⁰

Þrátt fyrir rúm gildissvið vaxtagjalda í tekjuskattslögum eru gerðar takmarkanir á því hvað geti fallið þar undir. Í fyrsta lagi verða gjöld sem draga má frá tekjum að tengjast rekstrinum, sbr. 1. mgr. 31. gr. tekjuskattslaga. Tengslakrafan er áréttuð enn frekar í 2. mgr. 49. gr. sömu laga og 1. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 483/1994 um frádrátt frá tekjum af atvinnurekstri eða sjálfstæðri starfsemi. Í öðru lagi má einungis draga þau gjöld frá tekjum sem til urðu á árinu samkvæmt 1. tl. 31. gr. tekjuskattslaga. En það þýðir samt ekki að gjöldin verði að vera greidd á árinu, heldur einungis að krafan hafi stofnast um greiðsluna, þó með því skilyrði að gagnaðilinn hafi látið af hendi gagnjald sitt.⁷¹ Þetta á t.d. við um áfallna vexti í lok uppgjörstímabils. Þess má geta að þessi tvö skilyrði tekjuskattslaga, er varða tengsl og tímamark þeirra gjalda sem draga má frá tekjum, gilda um allan rekstrarkostnað, skv. 31. gr. tekjuskattslaga, eins og fram kom í kafla 3.2 um frádrátt.

Fleiri takmarkanir eru að finna í frádrætti vaxtagjalda í 3. tl. 50. gr. tekjuskattslaga. Í 50. gr. laganna er talið upp hvað telst ekki til rekstrarkostnaðar, og byggir ákvæðið því á neikvæðri skilgreiningu. Í 3. tl. sama ákvæðis kemur fram að arður eða vextir af framlögðu fé manns til atvinnurekstrar eða sjálfstæðrar starfsemi er ekki heimilt að draga frá skattskyldum tekjum. Með þessari takmörkun á vaxtagjöldum er átt við að óheimilt er að draga frá vaxtagjöld vegna lána eiganda til rekstrar sem er á hans eigin ábyrgð eða ef hann er í ótakmarkaðri ábyrgð í sameign með öðrum. Þetta á því ekki við þegar félag með takmarkaðri ábyrgð, eins og t.d. hlutafélag, eiga í hlut. Í 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 483/1994 er áréttað að eigi sé heimilt að draga frá vexti af því fé sem maður hefur sjálfur lagt í atvinnurekstur sinn. Ef félag með takmarkaðri ábyrgð veitir lán til rekstrar sem er á eigin ábyrgð annars manns, eða hefur ótakmarkaða ábyrgð í sameign með öðrum, er slitið og reksturinn tekur yfir lánið þá er ekki heldur leyfilegt að færa vexti af því til frádráttar eftir að lánið er komið í vörslu rekstrarins, sbr. 3. tl. 50. gr. tekjuskattslaga, 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 483/1994 og dóm Hæstaréttar nr. 151/2004.

Í *dómi Hæstaréttar nr. 151/2004* (AM Praxis ehf. gegn íslenska ríkinu) var uppi ágreiningur um hvort gjaldfærð vaxtagjöld á rekstrarreikningi sameignarfélagsins væru frádráttarbær frá tekjum þess, skv. 1. tl. 31. gr. laga nr. 75/1981. Eða hvort um sé að ræða vexti af framlögðu fé

⁷⁰ sama heimild 87.

⁷¹ sama heimild 204; Helgi V. Jónsson (n. 28) 334–335.

sem séu ekki frádráttarbærir, skv. 3. tl. 52. gr. sömu laga (samhljóðandi ákvæði og 3. tl. 50. gr. núgildandi tekjuskattslaga) og 2. mgr. 5. gr. reglugerðar nr. 483/1994.

Málsatvik voru með þeim hætti að tvær málflutningsstofur voru sameinuð í hlutafélag. Eftir að samstarfinu lauk var hlutafélaginu slitið og málflutningsstofan hélt áfram störfum í formi sameignarfélags. Við slitin seldi hlutafélagið sameignarfélaginu hreinar bókfærðar eignir þess og kaupverðið var greitt með sex skuldabréfum til fimm ára á venjulegum bankakjörum sem sameignarfélagið gaf út til hlutafélagsins. Í upphafi starfsemi sameignarfélagsins veitti hlutafélagið því rekstrarlán. Sameignarfélagið greiddi lánið að hluta en gaf út þrjú skuldabréf til fimm ára fyrir eftirstöðvunum. Þegar eignum hlutafélagsins var úthlutað komu öll skuldabréfin í hlut hluthafanna, þeir sömu og voru félagsmenn í sameignarfélaginu. Í reikningum sameignarfélagsins voru vextir af skuldabréfunum gjaldfærðir. Niðurstaða Hæstaréttar var svohljóðandi:

„Í úrskurði yfirséttarnefndar nr. 499/2002 segir um þennan ágreining, að þegar atvik málsins séu virt í heild og sérstaklega haft í huga, sem sé óumdeilt, að í raun hafi tilgangur umræddra ráðstafana verið sá einn að færa rekstur málflutningsstofunnar aftur í það félagsform, sem hann var áður, og jafnframt að fjármagn það sem gekk til sameignarfélagsins í formi lánsfjár fólst í eigin fé þessa rekstrar, verði að virða ætlaðar lánveitingar sem framlagt fé í skilningi 3. tl. 52. gr. laga nr. 75/1981. Fallast verður á þetta álit yfirséttarnefndar.“⁷²

Sjá má af þessum dómi að vanda verður til verka þegar það þarf að endurskipuleggja rekstur og breyta um félagiform. Því það gætu verið takmarkanir á frádrætti í einu félagiformi sem er heimil í öðru.

Ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga ber yfirskriftina „Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda“ og er enginn vafi á því að þarna er enn frekar þrengt að frádrætti. Nánar verður fjallað um ákvæðið í kafla 9 og gerður samanburður við aðgerðaráætlun BEPS.

5.1.1 Vaxtafrádráttur í tengslum við skuldsettar yfirtökur / samruna

Vaxtafrádráttur hefur komið til sögunnar í nokkrum dómum og úrskurðum héraðs, einkum í tengslum við skuldsettar yfirtökur og samruna í kjölfarið. Tekjuskattslög gera ríkari kröfur til samruna heldur en gert er samkvæmt lögum um hlutafélög og einkahlutafélög.⁷³ Nauðsynlegt

⁷² Hrd. 18. nóvember 2004 í máli nr. 151/2004.

⁷³ Lög um hlutafélög nr. 2/1995, XIV. kafli; Lög um einkahlutafélög nr. 138/1994, XIV. kafli.

er að uppfylla allar þær kröfur sem tekjuskattslög gera, sbr. 51. gr. laganna, því annars getur það haft margvíslegar skattalegar afleiðingar.⁷⁴ Í þeim tilvikum þar sem tekist er á um hvort heimilt sé að draga frá vaxtagjöld hefur aðallega skipt máli að gjöldin hafi rekstrarlegan tilgang, þ.e. kostnaður sem ætlast sé til að sé til þess fallinn að afla eða ávaxta fé í rekstri, sbr. umfjöllun hér að ofan um vaxtagjöld í tekjuskattslögum og kafla 3.2 um frádrátt og 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. sömu laga.

Í dómi *Hæstaréttar frá 28. febrúar 2013 nr. 555/2012* (Toyota á Íslandi ehf. g. íslenska ríkinu) voru málsatvik þau að stuttu eftir að B ehf. var stofnað tók félagið lán frá banka og hlutafé félagsins var hækkað umtalsvert. B ehf. keypti síðan P hf. annars vegar með eigin fé og hins vegar með andvirði lánanna frá bankanum. Í sama mánuði var hafinn undirbúningur að samruna þessara félaga með þeim hætti að P hf. myndi yfirtaka B ehf. og hið sameinaða félag hlaut nafnið Toyota á Íslandi ehf. Með þessu yfirtók P hf. eigið fé B ehf. og skuld þess við bankann. Deilt var um hvort heimilt væri að draga vaxtagjöld af skuld B ehf. frá tekjum Toyota á Íslandi ehf. eftir samrunann. Hæstiréttur taldi að markmiðið með lántöku B ehf. hafi verið til þess að gera eiganda þess félags kleift að kaupa P hf., og þess vegna væru lánin ekki tekin í þágu Toyota á Íslandi ehf. og væru rekstri hans óviðkomandi. Þess vegna væru vaxtagjöldin ekki frádráttarbær, skv. 1. tölul. 31. gr. og 2. mgr. 49. gr. tekjuskattslaga. Þá taldi Hæstiréttur að tilgangur samrunans hafi verið að koma skuldum yfir á Toyota á Íslandi ehf., og þ.a.l. hafi skilyrði til frádráttar vaxtagjaldanna brostið.

Í öðrum dómi *Hæstaréttar frá 23. janúar 2014 nr. 529/2013* (Samherji hf. g. íslenska ríkinu) var Fjárfestingafélagið Fylkir ehf. (F) stofnað og skuldsetti sig til þess að kaupa hlut í Samherja hf. (S). Eigendur F voru einnig stærstu hluthafar S. Eftir kaupin voru félögin sameinuð í S, þ.e. S tók yfir F, og þ.a.l. allar skuldir þess. Rekstrartap ásamt vaxtakostnaði og gengismuni af umræddum skuldbindingum var fært til frádráttar í skattaskilum S, sem ríkisskattstjóri taldi síðar að hefði verið óheimilt að nýta. Í héraðsdómi sem Hæstiréttur staðfesti kom fram að félögin hafi sameinast eingöngu til þess að færa eignarhald S í hendur þeirra sem fyrir áttu stærsta hlut í S. Þess vegna hafði F stofnað til umtalsverðra skulda og við samrunann færðust engar eignir yfir til S og eigið fé þess lækkaði verulega. Að þessu virtu var ekki talið að samruninn gæti haft venjulegan eða eðlilegan rekstrartilgang. Af þeirri ástæðu var ekki skilyrðum uppfyllt, skv. 1. mgr. 54. gr. þágildandi tekjuskattslaga, sem eru sambærileg 1. mgr.

⁷⁴ Þegar samruni telst ekki uppfylla skilyrði 51. gr. tekjuskattslaga getur það haft þær afleiðingar í fyrsta lagi að yfirfærsla á eignum getur verið skattlögð eins og sala, í öðru lagi að ekki væri hægt að nota yfirfæranlegt tap í eftirlifandi félagi og í þriðja lagi að hluthafar í yfirtekna félaginu teljast hafa selt hluti sína.

51. gr. nógildandi tekjuskattslaga um samruna til að flytja skattalegt tap frá F til S. Að lokum komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að ákvæði 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tekjuskattslaga, sbr. 49. gr. sömu laga, standa því í vegi að S geti fært til frádráttar vaxtagjöld, af skuldum sem F stofnaði til vegna kaupa á hlutum í S.

Það sem er athyglisvert við þessar skuldsettu yfirtökur er hver niðurstaðan verður í raun hjá eftirlifandi félagi sem endar með himinháum skuldum við lánastofnanir og/eða banka. Þ.a.l. aukast vaxtagjöld og jafnvel gengismunur og lánið er í raun nýtt til þess að eigendur geti keypt stærri hlut í félaginu sjálfu. Það er áhugavert að skoða þessar aðstæður og setja í samhengi við 2. mgr. 104. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélag, og 79. gr. laga nr. 138/1994 um einkahlutafélag þar sem fram kemur að hlutafélag/einkahlutafélag megi ekki veita lán til að fjármagna kaup á hlutum í félaginu. Með því að stofna félag og skuldsetja það eingöngu til þess að kaupa hlut í öðru félagi og sameinast því eftir það, má halda því fram að á endanum hafi verið um að ræða fjármögnun frá félagi til kaupa á hlutum í því sjálfu. Þær aðstæður sem uppi voru í framangreindum dómi verður ekki talið brot gegn gegn hluta- og einkahlutafélagalögum, vegna þess ákvæðin eru í raun sniðgengin með því að stofnað var annað félag til þess að fjármagna kaupin og sameina þau síðan.

En þessi kenning á einungis við þegar félagið sem skuldsetti sig hefur enga aðra starfsemi og eina markmiðið er að kaupa hlut í öðru félagi og sameinast því síðan. Það er nefnilega oftast þannig að félag þarf að skuldsetja sig til að kaupa hluti í öðru félagi, en síðan getur komið í ljós að það sé hagkvæmt að sameina félögin út frá rekstrarlegum sjónarmiðum þar sem bæði félögin eru í skyldum rekstri. Við þær aðstæður þar sem ekki er einungis einblínt á skattalegt hagræði sem hlýst af samruna þá er hann í flestum tilfellum í lagi og samrýmist bæði félaga- og skattarétti, svo lengi sem öll önnur skilyrði laganna eru uppfyllt.

Í dómi *Hæstaréttar frá 25. janúar 2001 nr. 202/2000* (íslenska ríkið g. Samherja hf.) var um að ræða samruna sem hafði gríðarlegt skattalegt hagræði í för með sér og ríkisskattstjóri taldi ekki heimilt að færa rekstrartap til frádráttar í eftirlifandi félagi eftir samruna tveggja félaga í eigu Samherja hf. En í Hæstarétti, sem staðfesti niðurstöðu héraðsdóms, kom fram að:

„Um skyldan rekstur umræddra fyrirtækja hefði verið að ræða, auk þess sem skilyrðum 57. gr. A um eignastöðu og rekstur K, svo og því skilyrði, að hið yfirfærða tap hafi myndast í sams konar rekstri, væri fullnægt. Þá var einnig fallist á það að samruninn hefði verið gerður í eðlilegum og venjulegum rekstrartilgangi, en ekki í þeim eina tilgangi að ná fram skattalegu hagræði“ (leturbr. höfundar).

Þessi niðurstaða sýnir hversu mikilvægt það er að geta sýnt fram á önnur rekstrarleg sjónarmið heldur en skattalegt hagræði þegar kemur að samruna fyrirtækja.

Nokkuð merkileg niðurstaða varð í úrskurði *yfirskattanefndar nr. 174/2015* þar sem sýnt var fram á rekstrarlegan tilgang. Málsatvik voru þau að X hf. var móðurfélag tveggja félaga sem höfðu sameinast. Annað dótturfélagið hafði tekið lán til að fjármagna kaup í systurfélagi sínu og síðan fóru þessi systurfélög í gegnum skuldsetta yfirtöku og loks samruna. Ríkisskattstjóri felldi niður frádrátt sem af þessu hlaut hjá eftirlifandi dótturfélagi og vísaði til sambærilegra málsatvika og voru uppi í dómi Hæstaréttar nr. 555/2012, sem hefur verið reifaður hér að ofan. Þá óskaði móðurfélagið X hf., eftir bindandi áliti ríkisskattstjóra, um hvort X hf. væri heimilt að taka lán í því skyni að borga upp skuldir dótturfélagsins vegna endurákvörðunarinnar. Lán X hf. myndi þannig vera nýtt í að hækka hlutfé dótturfélagsins og greiða þannig niður ófrádráttarbær lán dótturfélagsins. Ríkisskattstjóri taldi það ekki vera heimilt þannig X hf. kærði það til yfirskattanefndar sem komst að gagnstæðri niðurstöðu. Yfirskattanefnd taldi að félög sem hefðu að meginmarkmiði sínu að fjárfesta í og eiga hluti í öðrum félögum og njóta arðs af þeim, yrðu að geta talið vexti af skuldum sem stofnað hefði verið til vegna fjárfestinga í hlutabréfum, frádráttarbær frá tekjum þeirra sem rekstrarkostnaður. Því var fallist á að vaxtagjöld af láni, sem kærandi ráðgerði að nota til kaupa á nýju hlutfé í X hf., væru frádráttarbær.

Niðurstaðan er merkileg að því leyti að hér eru vaxtagjöld frádráttarbær sem rekstrarkostnaður hjá félagi af láni sem tekið var í þeim tilgangi að greiða upp skuld hjá öðru félagi sem hefði verið ófrádráttarbær. Þessi niðurstaða fæst einungis vegna þess að tilgangur félagsins er að fjárfesta í og eiga hluti í öðrum félögum og njóta arðs af þeim. Ef lítið er til lengri tíma er mögulegt að yfirfæranlegt tap safnist upp hjá félagi sem fjármagnað er með lánsfé og þarf að greiða vaxtagjöld nema á móti komi vaxtatekjur. Ef þetta er borið saman við úthlutun arðs þá getur aldrei orðið til yfirfæranlegt tap vegna þess að eingöngu er greiddur arður af óráðstöfuðu fé, sbr. 99. gr. laga nr. 2/1995 um hlutfélög og 74. gr. laga nr. 138/1994 um einkahlutfélög.

Sjá má af ofangreindum dómum og úrskurðum að misjafnt er hvort niðurstaðan er rökstudd með tilliti til 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tekjuskattslaga eða 57. gr. sömu laga, en niðurstaðan er sú sama hvort sem hún byggir á fyrrgreindu atriði eða því seinna þegar sýnt er fram á að eini

tilgangurinn með lántöku hafi verið skattalegur ávinningur. Því um leið og það er gert er ekki taldar vera rekstrarlegar ástæður sem geta legið þar að baki.⁷⁵

Þessi niðurstaða er áhugaverð í ljósi þess að hún virðist snúast frekar um form heldur en efni. Hún útilokar frádrátt rekstrarkostnaðar í tilvikum skuldsettrar yfirtöku þegar rekstrarlegur tilgangur er ekki fyrir hendi. Aftur á móti eru engar lagalegar forsendur fyrir því að félög geti ekki verið samsköttuð ef skilyrði samsköttunar, skv. 55. gr. tekjuskattslaga eru fyrir hendi og komast þannig að sömu niðurstöðu og ætlunin var í upphafi með samrunanum.⁷⁶ Þannig hefðu vaxtagjöld verið frádráttarbær ef félögin hefðu haldið sjálfstæði sínu og sótt um samsköttun.⁷⁷

6. Alþjóðlegur skattaréttur

6.1 Skattlagningarvald ríkja

Vandamál tengd þunnri eiginfjármögnun eru aðallega til komin vegna þeirrar hröðu þróunar viðskipta á alþjóðavettvangi sem hafa reynt á ystu mörk alþjóðlegra skattareglna.⁷⁸ Þannig að þrátt fyrir að það hafi lengi verið til reglur sem taka á alþjóðlegum skattavandamálum þá hefur aukin alþjóðavæðing viðskiptalífsins og aukinn hreyfanleiki fjármagns orðið til þess að vægi þessara reglna hefur aukist til muna undanfarin ár.⁷⁹ Í íslenskum alþjóðlegum skattarétti er stundum talið að um tvær víddir sé að ræða, önnur er innlend þar sem tekjuskattslögin veða þyngst og hin er erlend og þar skipta tvísköttunarsamningar mestu máli.⁸⁰ Segja má að Evrópusambandið bætist við sem þriðja víddin og hafi mest áhrif hérlendis þegar kemur að fjórfrelsinu og banni við ríkisaðstoð.⁸¹

Fyrir þá sem eru heimilisfastir á Íslandi gildir alheimsskattlagning og er skattskyldan ótakmörkuð. Félög teljast heimilisföst hérlendis ef þau eru skráð á Íslandi eða framkvæmdastjórn hefur hér raunverulega aðsetur, sbr. 2. mgr. 2. gr. tekjuskattslaga.⁸² Ótakmörkuð skattskylda felur í sér skyldu til þess að greiða skatt af öllum tekjum, óháð uppruna

⁷⁵ Páll Jóhannesson (n.26) 13.

⁷⁶ Alpt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268, 9.

⁷⁷ Páll Jóhannesson (n.26) 13–14.

⁷⁸ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 3.

⁷⁹ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (n.45) 30.

⁸⁰ sama heimild 29.

⁸¹ sama heimild.

⁸² sama heimild 31.

þeirra. Skattskyldan er því alheimsleg.⁸³ En skattlagningarvaldið gildir ekki einungis um þá sem eru heimilisfastir hér, heldur er einnig talið eðlilegt að ríki geti skattlagt tekjur sem eiga uppruna sinn þar og af eignum sem staðsettar eru í ríkinu, þ.e. takmörkuð skattskylda, sbr. 3. gr. tekjuskattslaga.

Þannig má skipta skattlagningarvaldi ríkja í tvennt, þ.e. annars vegar yfir eigin þegnum og innlendum lögaðilum og hins vegar innan eigin lögsögu. Ef aðili aflar tekna í öðru ríki en því sem hann er heimilisfastur í, eða á þar eignir, getur hann orðið skattskyldur í báðum ríkjunum sem leiðir til tvískattlagningar á fyrrnefndum tekjum. Tvísköttunarsamningar fela í sér reglur um hvernig skattlagningarvaldi er skipt milli ríkja í þessum aðstæðum.⁸⁴

6.2 Tvísköttunar- og upplýsingaskiptasamningar

Tvísköttunarsamningar fela ekki í sér sjálfstætt skattlagningarvald til handa ríkjum, hvert ríki fyrir sig verður að ákveða hvernig tekjur eru skattlagðar með lögum. Tvískattlagning á tekjur virkar hamlandi á viðskiptalíf milli ríkja og þess vegna hafa þau reynt að milda þessa tvískattlagningu og skipta milli sín skattlagningarréttinum með tvísköttunarsamningum. Tvísköttunarsamningum er þannig ætlað að ákveða hvaða ríki fær skattlagningarrétt á hvaða tekjum.⁸⁵

Samningsfyrirmynd OECD að tvísköttunarsamningum hefur haft mikil áhrif á gerð og túlkun þeirra milli ríkja þrátt fyrir að vera ekki alþjóðasamningur, og hafa þeir þ.a.l. ekkert skuldbindingargildi að þjóðarrétti. Nokkur óvissa hefur því verið um túlkunargildi fyrirmyndarinnar, en sú skoðun er ríkjandi að hún eigi að hafa vægi við túlkun tvísköttunarsamninga sem byggðir eru á henni.⁸⁶ Enda tryggir það alþjóðlegt samræmi við framkvæmd þeirra.⁸⁷

Ísland byggir upplýsingaskiptasamninga sína við önnur ríki á upplýsingasáttmála OECD, sbr. lög nr. 74/1996.⁸⁸ Upplýsingaskiptasamningar eru frábrugðnir tvísköttunarsamningum því þeir

⁸³ sama heimild.

⁸⁴ „Tvísköttunarsamningar“ (*Ríkisskattstjóri*)

<<https://www.rsk.is/einstaklingar/skattskylda/tviskottunarsamningar/>> skoðað 21. nóvember 2017.

⁸⁵ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (n. 45) 79–80.

⁸⁶ sama heimild 115–116.

⁸⁷ sama heimild 147.

⁸⁸ Lög nr. 74/1996 um heimild fyrir ríkisstjórnina til þess að fullgilda fyrir Íslands hönd samning um gagnkvæma stjórnsýsluástoð í skattamálum.

veita ekki einstök réttindi til borgara ríkis, heldur gera þeir ríkjum kleift að afla upplýsinga í öðru ríki. Upplýsingaskiptasamningar eru venjulega gerðir við ríki sem eru skilgreind sem lágskatta- eða bankaleyndarríki.⁸⁹ Slíkir samningar veita þó ekki rétt til öflunar á hvaða upplýsingum sem er. Ríki hafa eingöngu rétt á að biðja erlent ríki um sams konar upplýsingar og það hefur sjálft heimild til samkvæmt innlendum lögum.⁹⁰ Enn fremur þarf að taka tillit til verndar sem einstaklingar, félag og ríki eiga rétt á, skv. 21. gr. upplýsingaskiptasáttmála OECD. Þannig er upplýsingaöflun á grundvelli upplýsingaskiptasamnings háð þó nokkrum takmörkunum.

6.3 CRS og FATCA

Í ljósi fjölmargra upplýsingaskiptasamninga sem gerðir hafa verið um allan heim eru skipti á upplýsingum sem um ræðir í slíkum samningum almennt orðin viðurkennd á heimsvísu. Til þess að gera ferlið auðveldara og skilvirkara voru samþykkt lög árið 2010 í Bandaríkjunum (e. Foreign Account Tax Compliance Act eða FATCA), sem skyldar erlendar fjármálastofnanir, sem sjá um fjárfestingar og vörslu á fjármunum fyrir bandaríska aðila, til þess að upplýsa bandarísk yfirvöld um tekjur og eignir bandarískra skattaðila.⁹¹ Markmið FATCA er að stuðla að réttari skattaskilum og koma í veg fyrir skattaundanskot. Þessi skylda um veitingu upplýsinga gildir m.a. um íslenskar fjármálastofnanir, og ef þær sinna því ekki er hætta á því að lagður verði 30% afdráttarskattur á greiðslur sem eiga uppruna sinn í Bandaríkjunum.

Árið 2014 tók Ísland upp alþjóðlegan staðal um regluleg upplýsingaskipti á fjárhagsupplýsingum (e. Common Reporting Standard eða CRS), sem var þróaður af OECD og fleiri ríkjum.⁹² Staðallinn byggir að miklu leyti á FATCA-löggjöfni og þeim samningum sem Bandaríkin hafa gert við önnur ríki.

Til þess að framfylgja þessum alþjóðlegu skuldbindingum Íslands var sett reglugerð nr. 1240/2015 um framkvæmd áreiðanleikakannana vegna upplýsingaöflunar á sviði skattamála.

⁸⁹ „Upplýsingaskiptasamningar“ (*Stjórnarráðið*) <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/efnahagsmal-og-opinber-fjarmal/tekjur-rikissjods/althjodlegir-skattasamningar/upplýsingaskiptasamningar/>> skoðað 23. nóvember 2017.

⁹⁰ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (n. 45) 95.

⁹¹ „FATCA“ (*Ríkisskattstjóri*) <<https://www.rsk.is/fagadilar/fatca/>> skoðað 28. nóvember 2017; Samningur við Bandaríkin um að bæta alþjóðlega reglufylgni á sviði skattamála og að framfylgja FATCA-lögunum (samþykktur 26. maí 2015, tók gildi 22. september 2015) Stjtið. C, 4/2015.

⁹² „Common Reporting Standard“ (*Ríkisskattstjóri*) <<https://www.rsk.is/fagadilar/crs/>> skoðað 28. nóvember 2017; Lög nr. 124/2015 um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta og gjöld, 12. gr.

Reglugerðin leggur þessa skyldu á íslenskar fjármálastofnanir og með henni var CRS-staðallinn innleiddur í íslenska löggiöf, sbr. og 12. gr. laga nr. 124/2015.⁹³ Fyrstu upplýsingaskipti á grundvelli reglugerðarinnar verða á þessu ári (2017).

Í 92. gr. tekjuskattslaga er að finna viðtæka upplýsingaskyldu fjármálastofnanna til ríkisskattstjóra. Með innleiðingu á FATCA og CRS-staðlinum hefur þessi skylda aukist og kemur þannig til viðbótar þeirri upplýsingaskyldu sem áður var samkvæmt ákvæðinu.⁹⁴

Regluleg upplýsingaskipti samkvæmt FATCA og CRS er ætlað að styrkja upplýsingaskipti milli ríkja til að tryggja rétta álagningu skatta og eyða bankaleynd fyrir fullt og allt. Upplýsingar um bankareikninga munu þannig berast til ríkja sjálfkrafa. Þannig mun ríkisskattstjóra berast upplýsingar um bankareikninga Íslendinga erlendis, einnig frá löndum þar sem slíkt var áður hjúpað leynd. Áður þurftu íslensk stjórnvöld að spyrja af fyrra bragði um bankainnistæður ákveðins aðila á grundvelli upplýsingaskiptasamnings eftir að hafa fullreynt aðrar leiðir. Þá hafa Lúxemborg og Sviss verið algerlega undanskilin aðgerðum á grundvelli upplýsingaskiptasamninga. Núna munu hins vegar upplýsingar um bankareikninga Íslendinga í þessum ríkjum berast sjálfkrafa.⁹⁵

Leyndin sem hefur verið allt umlykjandi félaga í lágs kattaríkjum hefur verið þeirra helsti styrkur og er nú á undanhaldi. Ljóst er að upplýsingaskiptin munu hafa mikil áhrif á stofnun félaga í lágs kattaríkjum. Það er meira segja til umræðu í Bretlandi að breyta hinu umdeildu reglum sem varða skattleysi erlendra ríkisborgara sem hafa þar aðsetur en greiða ekki skatta.⁹⁶ Það gæti m.a. haft áhrif á þá Íslendinga sem hafa verið með eignir sínar á Bresku jómfrúareyjunum.

6.4 Efnahags- og framfarastofnunin (OECD)

Ísland var einn af 18 stofnaðilum Efnahagssamvinnustofnunar Evrópu (OECD), sem stofnuð var árið 1947 eftir síðari heimsstyrjöldina. Árið 1961 var OECD breytt í Efnahags- og

⁹³ Lög nr. 124/2015 um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta og gjöld, 12. gr.

⁹⁴ „Leiðbeiningar um áreiðanleikakönnun fjármálastofnana á reikningum og reikningseigendum“ (*Ríkisskattstjóri*) <<https://www.rsk.is/fagadilar/crs/leidbeiningar/leidbeiningar-um-areidanleikakonnun-fjarmalastofnana-a-reikningum-og-reikningseigendum>> skoðað 28. nóvember 2017.

⁹⁵ „Eignir Íslendinga á aflands svæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignausýslu á lágs kattasvæðum“ (Fjármála- og efnahagsráðuneytið 1. júní 2017) 13 <<https://www.stjornarradid.is/gogn/rit-og-skyrslur/stakt-rit/2017/01/06/Eignir-Islandinga-a-aflands-svaedum-og-tekjutap-hins-opinbera-Skyrsla-starfshops/>> skoðað 28. nóvember 2017.

⁹⁶ sama heimild.

framfarastofnunina OECD, og stofnunin var þ.a.l. opin fyrir þátttöku ríkja um allan heim, en ekki einungis í Evrópu.⁹⁷ Hér að neðan er innsýn í tilgang og markmið OECD:

„Tilgangur Efnahags- og framfarastofnunarinnar er að veita ríkjum sameiginlegan vettvang til þess að bera saman stefnumótun aðildarríkjanna og reynslu þeirra í efnahags-, félags- og umhverfismálum. Meðal þess sem stofnunin ber saman milli landa er skólakerfi þeirra, hvernig sköttum er háttað, vinnutími fólks og uppbygging líffeyriskerfisins, auk fjölda annarra þátta sem snerta daglegt líf fólks, bæði beint og óbeint. Þá er reynt að greina hvaða aðferðum er best að beita gegn ýmsum vandamálum sem komið geta upp á þessum sviðum og ríkin móta sameiginlega stefnu gagnvart þessum málefnum. Með þessu móti reynir stofnunin að stuðla að varanlegum hagvexti, háu atvinnustigi, auknum lífsgæðum og almennri efnahagsþróun jafnt innan aðildarríkjanna sem og utan þeirra. Einnig leggur stofnunin sitt af mörkum til vaxtar og þróunar í heimsviðskiptum.“⁹⁸

Hér er því um að ræða alþjóðavettvang til stefnumótunar í ýmsum málaflokkum, sem er ekki fyrir bindandi samninga né lagasetningu. Í þessari ritgerð er eðlilega áhersla lögð á málaflokkinn innan OECD sem snýr að sköttum og það sem mun skipta sköpum fyrir takmörkun vaxtafrádráttar, sbr. 57. gr. b tekjuskattslaga. Í alþjóðlegu samhengi hefur OECD verið einna mest áberandi hvað varðar stefnumótun á sviði skattamála, en ekki einungis í því skyni að sporna við skattaundanskotum og koma á upplýsingaskiptum. Heldur einnig til að komast hjá tvískattlagningu með samningsfyrirmyndinni að tvísköttunarsamningum, eins og fjallað hefur verið um, stefnumótun varðandi milliverðlagsreglur, skattaafbrot o.fl.⁹⁹ Vegna þunnrar eiginfjármögnunar og takmörkunar á frádrætti vaxtagjalda skiptir mestu máli aðgerðaráætlun BEPS ásamt upplýsingaskiptum milli ríkja.

Á tíunda áratug tuttugustu aldarinnar hóf OECD skoðun á því hvernig hægt væri að taka á skaðlegum áhrifum lágskattaríkja.¹⁰⁰ Frá árinu 1996 hefur Ísland verið aðili að samningnum um gagnkvæma stjórnsýsluaðstoð í skattamálum (e. The Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters) sem gildir milli aðildarríkja Evrópuráðsins og OECD.¹⁰¹ Í samningnum felast upplýsingaskipti, sameiginlegar skattrannsóknir, útvegum gagna og skjala,

⁹⁷ „History - OECD“ <<http://www.oecd.org/about/history/>> skoðað 22. nóvember 2017.

⁹⁸ „Hver eru OECD-ríkin og hvað merkir skammstöfunin?“ (*Evrópuvefurinn*, 30. júlí 2012) <<http://www.evropuvefur.is/svar.php?id=29345>> skoðað 22. nóvember 2017.

⁹⁹ „Tax - OECD“ <<http://www.oecd.org/tax/>> skoðað 11. október 2017.

¹⁰⁰ „Better policies for better lives. The OECD at 50 and beyond“ (2011) 12 <<http://www.oecd.org/about/47747755.pdf>> skoðað 22. nóvember 2017.

¹⁰¹ Samningur um gagnkvæma stjórnsýsluaðstoð í skattamálum (samþykktur 5. júní 1996, tók gildi 1. nóvember 1996) Stjtið. C, 13/1996; OECD og Council of Europe, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2011) <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264115606-en>> skoðað 20. október 2017.

sem og aðstoð við innheimtu skatta, ásamt innheimtu og fullnustu skattkrafna. Upplýsingaskipti á grundvelli samningsins byggja á beiðni frá aðildarríki en það hvílir einnig ákveðin frumkvæðisskylda á aðildarríkjum að upplýsa um ákveðin atriði, t.d. ef ríki hefur ástæðu til að ætla að óvenjulegur tilflutningur á hagnaði milli fyrirtækjasamstæðu geti leitt til skattasparnaðar.¹⁰² Hins vegar tryggir samningurinn viðtæka vernd til þess að gæta trúnaðar vegna upplýsinganna sem veittar eru á grundvelli samningsins og virðir þannig fullveldi ríkja og réttindi skattgreiðenda.¹⁰³ Þessi samningur var í raun skref í áttina að reglulegum upplýsingaskiptum milli ríkja sem eru að hefjast núna.

Aðgerðaráætlun BEPS varð til vegna samvinnu ríkja við stefnumótun í málaflokki er varðar tilhögun skattlagningar og verður fjallað nánar um í næsta kafla. Við lögfestingu 57. gr. b tekjuskattslaga kom fram í frumvarpi með lögunum að ákvæðið er í samræmi við aðgerðaráætlun BEPS.¹⁰⁴ Þannig að þrátt fyrir að hún hafi ekkert skuldbindingargildi þá hefur hún vissulega þýðingu við túlkun ákvæðisins hérlandis, fyrst minnst er á hana í lögskýringagögnum. Í kafla 9 verður farið betur yfir hvort 57. gr. b tekjuskattslaganna samræmist í raun aðgerðaráætluninni.

6.4.1 Almennt um BEPS

Alþjóðavæðing hefur stuðlað að því að fjölþjóðlegar samstæður hafa náð að draga úr skattgreiðslum sínum til muna undanfarna áratugi. Fjármálagerningar sem fjölþjóðlegar samstæður hafa nýtt sér til að láta hagnað hverfa frá skattlagningu eða færa hagnað milli ríkja hefur verið kallað „*Base Erosion and Profit Shifting*“ (BEPS)¹⁰⁵, sem gæti verið þýtt á íslensku sem *eyðing á skattstofni og tilfærsla hagnaðar*.

Upphaflega komu alþjóðlegar skattareglur fyrst til skoðunar vegna þeirrar hættu að landsréttur ríkja einn og sér myndi auðveldlega leiða til tvískattlagningar, sem myndi hafa skaðleg áhrif á

¹⁰² „Eignir Íslendinga á afgangssvæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignausýslu á lágskattasvæðum“ (n. 95) 14–15.

¹⁰³ OECD, „Flyer for the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters“ <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ENG_Convention_Flyer.pdf> skoðað 22. október 2017.

¹⁰⁴ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins um þunna eiginfjármögnun - frumvarpstíllaga.

¹⁰⁵ „Taxing Multinational Enterprises – Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) III“ (Organisation for Economic Co-operation and Development október 2015) <[http://www.oecd.org/policy-briefs/PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-\(BEPS-III\)-Oct-2015.pdf](http://www.oecd.org/policy-briefs/PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-(BEPS-III)-Oct-2015.pdf)> skoðað 10. mars 2017.

vöxt og alþjóðlega hagsæld. Þannig voru alþjóðlegar skattareglur í fyrstu miðaðar að því að eyða út þeirri hættu og óvissu, bæði fyrir ríki og félög.¹⁰⁶

Eftir að tæknin gerði mönnum það mögulegt að færa til fjármagn með rafrænum hætti, mætti halda því fram að alþjóðlegu skattareglurnar, sem settar voru í upphafi, hafi virkað í raun alltof vel, þannig að auðvelt var orðið að misnota reglurnar. Fjölpjóðlegar samstæður byrjuðu þá að skipuleggja tilfærslu á hagnaði í gegnum ýmis félög í sinni eigu í mismunandi ríkjum.

Þessi þróun hefur orðið til þess að almenningur hefur orðið meðvitaðri um málefni er varða skattalega sanngirni. Þetta hefur orðið mikilvægt málefni sem snertir alla og getur verið skaðlegt fyrir ríki, einstaklinga og félag, öll á sinn eigin hátt.¹⁰⁷ Árið 2013 gaf OECD því út aðgerðaráætlun BEPS sem felur í sér 15 aðgerðir.¹⁰⁸

Aðgerðaráætlunin felur í sér stóra umbót á umhverfi alþjóðlegra skattareglna. Henni er einkum ætlað að taka á þeim aðstæðum þar sem samspil milli mismunandi skattareglna milli ríkja leiðir til þess að úr verður lítil, eða jafnvel engin skattlagning á hagnaði fjölpjóðlegrar samstæðu. Þá er henni einnig ætlað að taka til þess þegar fjölpjóðlegar samstæður færa til hagnað úr þeirri lögsögu sem hann verður til í, í aðra lögsögu, í þeim tilgangi að ná fram engri eða lítilli skattlagningu.¹⁰⁹ Hið síðarnefnda er það sem ritgerð þessi fjallar um. Hagnaður er þannig færður úr því ríki sem hann verður til í, til annars ríkis í formi vaxtagjalda.

Þannig má segja að aðgerðaráætlun BEPS taki loks á hinum pólnum af stærstu vandamálum alþjóðlegs skattaréttar. Þ.e. hún tekur á því þegar lítil eða engin skattlagning á tekjum á sér stað, á móti fyrra vandamálinu sem var tvískattlagning.

6.5 Evrópska efnahagssvæðið

Ísland hefur verið aðili að Evrópska efnahagssvæðinu síðan janúar 1994, þegar meginmál samnings er gerður var á milli Efnahagssambands Evrópu (ESB) og Kola- og stálbandalags Evrópu, svo og aðildarríkja ESB og Fríverslunarbandalags Evrópu (EFTA) var leiddur í lög nr. 2/1993 (EES-samningurinn). Vegna tvíeðliskenningarinnar sem gildir á hér á landi verður að

¹⁰⁶ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2013) 7 <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264202719-en>> skoðað 10. mars 2017.

¹⁰⁷ sama heimild 8.

¹⁰⁸ OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (n. 106).

¹⁰⁹ sama heimild 10.

lögfesta alla þjóðréttarsamninga sem Ísland gerir við önnur ríki. Þannig öðlast borgarar hér á landi ekki réttindi samkvæmt þjóðréttarsamningi nema hann hafi verið innleiddur í lög.

Samkvæmt 1. gr. EES-samningsins er tilgangur hans að stuðla að stöðugri og jafnri eflingu viðskipta- og efnahagstengsla samningsaðila við sömu samkeppnisskilyrði og eftir sömu reglum.¹¹⁰ Með þennan tilgang að leiðarljósi var komið á einsleitum innri markaði þar sem ríkin skuldbinda sig til þess að tryggja frjáls vöruviðskipti, frjálsa fólksflutninga, frjálsa þjónustustarfsemi og frjálsa fjármagnsflutninga, þ.e. svo kallað fjórfrelsi. Innri markaðurinn samanstendur af öllum aðildarríkjum EES og ESB.

Með EES-samningnum er aftur á móti ekki verið að samræma skattareglur aðildarríkjanna. Þetta sjónarmið má sjá í máli *Eftirlitsstofnunar EFTA (ESA) gegn Noregi frá árinu 2014*, en þá féllst dómstóllinn á að EES-samningurinn hafi ekki að geyma reglur varðandi skattlagningu og EES-ríkjum er því heimilt að beita skattlagningarvaldi sínu, að því gefnu að það samræmist EES-rétti.¹¹¹

Til þess að aðildarríki EES uppfylli skuldbindingar sínar samkvæmt samningnum verður ávallt að horfa til markmiðs hans um einsleitan markað þegar verið er að setja lög, einnig á sviði skattaréttar. Þannig mega skattareglur ekki, né aðrar reglur, brjóta gegn ákvæðum EES-samningsins, eins og t.d. með mismunun eða hindrun á farafrelsinu eða frjálsu flæði fjármagns.¹¹² Þetta hefur verið staðfest í fjölmörgum dómum EFTA-dómstólsins og ef skattareglur hindra fjórfrelsið á nokkurn hátt þá þarf mjög sterka réttlætningu fyrir því ef það á að halda fyrir dómstólum.¹¹³

Í máli *ESA gegn Íslandi fyrir EFTA dómstólnum árið 2013* var 51. gr. tekjuskattslaga um samruna talið hindra frjálsa fjármagnsflutninga, skv. 31. og 40. gr. EES-samningsins.¹¹⁴ Fljótlega eftir niðurstöðu dómstólsins var tekjuskattslögunum breytt og nú felst ekki lengur mismunun í 51. og 52. gr. tekjuskattslaga þegar félög sameinast eða eru slitin yfir landamæri

¹¹⁰ Lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, 1. gr.

¹¹¹ Mál E-7/14 Eftirlitsstofnun EFTA g. Noregi [2014] EFTA Ct. Rep. 840, mgr. 36.

¹¹² Ásmundur G. Vilhjálmsson, *EES-samningurinn og íslenskur skattaréttur* (SkattVís 2014) 19–20.

¹¹³ Sjá t.d. mál C-279/93 Finanzamt Köln-Altstadt g. Roland Schumacker [1995] þar sem hin fræga setning kemur fram (á ensku): „*Although direct taxation does not as such fall within the purview of the Community, the powers retained by the Member States must nevertheless be exercised consistently with Community law.*“. Þetta sjónarmið kom einnig fram í eftirfarandi dómum og fleirum: ECR I-00225, mgr. 21, mál C-80/94 G.H.E.J.

Wielockx g. Inspecteur der Directe Belastingen [1995] ECR I-0249, mál C-264/96 Imperial Chemical Industries plc g. Kenneth Hall Colmer [1998] ECR I-04695, mgr. 19 og mál C-141/99 Algemene Maatschappij voor Investeren en Dienstverlening NV g. Belgische Staat [2000] ECR I-11619, mgr. 19.

¹¹⁴ Mál E-14/13 Eftirlitsstofnun EFTA g. Íslandi [2013] EFTA Ct. Rep. 924.

innan evrópska efnahagssvæðisins. Að því undanskildu að ekki sé um lágskattaríki að ræða, skv. 57. gr. a tekjuskattslaga.

EFTA-dómstólnum ber að túlka úrlausnir sínar í samræmi við úrskurði Evrópudómstólsins um þau ákvæðið EES-samningsins sem eru efnislega samhljóða reglum stofnsáttmála ESB og gerðum sem samþykktar hafa verið vegna beitingar sáttmálans, sbr. 6. gr. EES-samningsins. Í fylgiskjali 1 með EES-samningnum kemur enn fremur fram að aðildarríkin skulu stefna að samræmdri túlkun og beitingu samningsins og þeirra ákvæða í löggjöf ESB sem eru efnislega tekin upp í samning þennan, með fullri virðingu fyrir sjálfstæði dómstólanna. Af þessu leiðir að þegar Evrópudómstóllinn dæmir í málum er varða fjórfrelsið ber EFTA-dómstólnum að hafa þá dóma til hliðsjónar í málum er varða sömu efnisleg ákvæði EES-samningsins og er að finna í löggjöf ESB.

Aðgerðaráætlun BEPS fer aðeins yfir þau vandamál sem tengjast einsleitum innri markaði Evrópusambandsins. Þar kemur fram að einkum þurfi að hafa í huga staðfesturéttinn ásamt frjálsum flæði fjármagns þegar reglur um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda eru settar. Brot á staðfesturéttinum á sér helst stað gegn hluthafa sem hefur töluverð áhrif yfir félagi, en brot á frjálsum flæði fjármagns kemur verst fyrir þá sem fjárfesta í hlutabréfum án þess að taka þátt í ákvörðunartöku innan félagsins.¹¹⁵

Fjórfrelsið er þó ekki algjörlega ósnertanlegt, því stundum er hægt að réttlæta takmörkun á því. Það á einkum við þegar löggjöf ESB gengur of langt á skattlagningarrétt aðildarríkja, eða þegar ákvæði eru sett í þeim tilgangi að hindra skattasniðgöngu og koma í veg fyrir málamyndagerninga.¹¹⁶ Þá verður að fara fram mat á því hvort eigi að veða þyngra, þ.e. skattlagningarréttur ríkja eða löggjöf ESB. Hins vegar hefur sagan sýnt að dómstólar EFTA og ESB mjög langt í dómum sínum til að vernda það sem felst í fjórfrelsinu og einsleita markaðinum.

6.5.1 Dómaframkvæmd Evrópudómstólsins

Í máli *Lankhorst-Hohorst* fyrir Evrópudómstólnum var deilt um hvort ákvæði 8. gr. þágildandi laga um skattlagningu hlutafélaga í Þýskalandi samræmdist 43. gr. stofnsáttmála ESB um

¹¹⁵ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 89.

¹¹⁶ sama heimild.

staðfesturétt, sem er efnislega samhljóða 31. gr. EES-samningsins um staðfesturétt.¹¹⁷ Samkvæmt 8. gr. fyrrgreindra þýskra laga voru endurgreiðslur af láni álitnar sem endurgreiðsla hagnaðar ef lánið kom frá hluthafa sem á ekki rétt á skattaafslætti og á verulegan eignarhluta í hlutafélaginu. Einungis hluthafar sem eiga heimilisfesti í Þýskalandi eiga rétt á skattaafslætti, þ.a.l. er frádráttarbærni vaxtagjalda í dótturfélagi vegna vaxta sem greiddir eru til móðurfélags háð því að móðurfélagið sé heimilisfast í Þýskalandi. Vaxtagjöld sem Lankorst-Hohorst greiddi til móðurfélags síns í Hollandi voru því álitin sem endurgreiðsla hagnaðar og skattlagt eins og arður. Þessi mismunur á meðferð dótturfélaga eftir því hvar móðurfélög þeirra eru staðsett var talið fela í sér hindrun á staðfesturéttinum, skv. 43. gr. stofnsáttmála ESB. Umrædd skattlagning gerði það að verkum að það var minna aðlaðandi fyrir fyrirtæki í öðrum aðildarríkjum að nýta sér staðfesturétt sinn. Vegna þessa gæti fyrirtæki í öðru aðildarríki forðast að eignast, búa til eða viðhalda starfsemi dótturfélags í ríki þar sem slík löggjöf er við lýði.

Í Lankorst-Hohorst málinu var einnig fjallað um réttlætningar fyrir ákvæðinu. Markmið ákvæðisins var að berjast gegn skattasniðgöngu sem fer fram með þunnri eiginfjármögnun. Hins vegar hefur dómafrankvæmd staðfest að slík lækking á skatttekjum ríkis myndar ekki svo mikla almannahagsmuni að það réttlæti brot gegn grundvallarréttindum sem felast í fjórfrelsinu.¹¹⁸

Réttlætningin er varði skattasniðgöngu fékk heldur staðist skoðun þar sem ákvæðið hafði ekki þann sérstaka tilgang að koma í veg fyrir málamyndagerninga, sem gerðir eru til þess að komast hjá skattalögum Þýskalands og ná fram skattalegu hagræði, heldur gildir ákvæðið um alla þá sem eru í eigu móðurfélags utan landsteinana, alveg sama af hvaða ástæðu það er. Slíkar aðstæður í sjálfu sér leiða ekki til hættu á skattasniðgöngu þegar móðurfélagið er skattlagt í sínu ríki.¹¹⁹

Í máli Lankorst-Hohorst var heldur ekki um skattasniðgöngu að ræða, þar sem lánið var veitt í þeim tilgangi að aðstoða fyrirtækið við að lækka vaxtabyrði sína vegna bankaláns. Þá var einnig sýnt fram á að Lankorst-Hohorst hafði verið í miklu tapi þessi ár sem nam mun hærri fjárhæð heldur en vaxtagjöldin sem voru greidd til móðurfélags þess.¹²⁰

Önnur réttlætning fyrir ákvæðinu var þörf til að tryggja samhengi í skattkerfinu. Ákvæðið var talið vera í samræmi við armslengdarreglu 9. gr. samningsfyrirmyndar OECD, þar sem skilmálar lánsins eru bornir saman við þá skilmála sem fyrirtæki hefði getað fengið hjá þriðja

¹¹⁷ Mál C-324/00 Lankorst-Hohorst GmbH g. Finanzamt Steinfurt [2002] ECR I-11779

¹¹⁸ sama heimild, mgr. 34 og 36.

¹¹⁹ sama heimild, mgr. 37.

¹²⁰ sama heimild, mgr. 38.

aðila. En dómstóllinn tók fram í niðurstöðu sinni að í eldri málum dómstólsins nr. C-204/90 (Bachmann) og C-300/90 (Frankvæmdastjórnin g. Belgíu) var um að ræða bein tengsl milli frádráttarbærni lífeyris og líftrygginga og skattlagningu á fjárhæðunum sem berast samkvæmt þessum tryggingasamningum og varðveisla á þessum tengslum var talin nauðsynleg til að vernda samhengi tiltekna skattkerfis. Í máli Lankhorst-Hohorst er hins vegar ekki um bein tengsl að ræða þar sem þýsk stjórnvöld hafa ekki bent á skattalega kosti þess að dótturfélag sem er í eigu erlends móðurfélags fái verri meðferð við skattlagningu.¹²¹

6.5.2 Brýtur ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga gegn EES-rétti?

Það þarf að gæta að þeim réttindum sem felast í EES-samningnum, bæði þegar ný ákvæði eru lögfest og við túlkun innlendra laga. Það er því tilefni til þess að athuga hvort ákvæði tekjuskattslaga um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda gangi gegn ákvæðum EES-samningsins.

Í b-lið 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga er að finna undanþágu frá ákvæðinu um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda ef skattaðili ber ótakmarkaða skattskyldu hérlandis. Með lögum nr. 59/2017 var þessi undanþága felld úr ákvæðinu þar sem talið var að hún gæti verið í andstöðu við 1. mgr. 31. gr. og 34. gr. EES-samningsins, en þau ákvæði fela í sér staðfesturétt innan EES-svæðisins.¹²²

Sú niðurstaða er í samræmi við Lankhorst-Hohorst málið, þegar ákvæðið er hlutlaust að öllu leyti nema þegar það kemur að ríkisfangi félags, þá er það brot gegn einsleitum innri markaði EES-svæðisins.

Samkvæmt 1. mgr. 31. gr. EES-samningsins skulu engin höft vera fyrir ríkisborgara aðildarríki ESB eða EFTA-ríkja til að öðlast staðfestu, setja á stofn umboðsskrifstofu, útibú eða dótturfyrirtæki á yferráðasvæði einhvers annars þessara ríkja.¹²³ Í 34. gr. EES-samningsins er enn fremur ætlast til þess að félög sem stofnuð eru í samræmi við lög aðildarríkja ESB eða EFTA og hafa skráða skrifstofu, yfirstjórn eða aðalstarfsstöð á yferráðasvæði samningsaðila skuli fara með eins og um sé að ræða einstaklinga sem eru ríkisborgarar í aðildarríkjum ESB eða EFTA.¹²⁴

¹²¹ sama heimild, mgr. 39 og 42.

¹²² Lög nr. 59/2017 um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta, tolla og gjöld, 3. gr.; Alþt. 2016-2017, A-deild, þskj. 515 - 385. mál, frumvarp til laga um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta, tolla og gjöld, 4.3. Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

¹²³ Lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, 1. mgr. 31. gr.

¹²⁴ sama heimild, 34. gr.

7. Úrræði tekjuskattslaga vegna skattsvika og skattasniðgöngu

7.1 Skilgreining skattsvika og skattasniðgöngu

Skattsvik eiga sér stað þegar aðili gefur upp rangar eða villandi upplýsingar af ásetningi eða stórkostlegu hirðuleysi sem kunna að hafa þýðingu við skattákvæðanir. Slíkt athæfi er refsivert brot.¹²⁵ Skattasniðganga á við þegar skattaðilar nýta sér annmarka á skattkerfinu og/eða galla í löggjöfni, og á ekki við nema það gangi gegn 57. gr. tekjuskattslag a.¹²⁶ Þegar um þunna eiginfjármögnun er að ræða þá er hvorki að eiga sér stað skattsvik né skattasniðganga.

Þunn eiginfjármögnun er annars eðlis heldur en skattsvik og skattasniðganga. Þunn eiginfjármögnun brýtur í raun ekki gegn neinum lögum. Hér er eingöngu um að ræða eina fjármögnunarleið af mörgum. Ríki út um allan heim reyna nú að sporna gegn slíkri fjármögnun með því að setja lagaákvæði þar sem þessi fjármögnunarleið er látin líta verr út en aðrar. En það er ekki gert að ástæðulausu, eitt sjónarmiðið varðandi lögfestingu á takmörkun vaxtafrádráttar er að vernda skattstofna hér á landi, óháð því hvernig skattlagningu er háttað erlendis. Þannig eru reglur þunnrar eiginfjármögnunar frekar ætlaðar til samngjarnrar skiptingar á tekjum milli ríkja heldur en skattasniðgöngu. Þetta verður að hafa í huga þótt að löggin sem innleiddu regluna um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda hafi yfirskriftina „Aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl.“¹²⁷

Þannig er takmörkun á frádrætti vaxtagjalda, skv. 57. gr. b tekjuskattslaga einungis tilraun til þess að ná að skattleggja hagnað fyrirtækja sem eru þunnt eiginfjármögnuð. Með lögfestingu á ákvæðinu er einnig ætlast til þess að þessum félögum fari fækkandi. Enn er hægt að draga frá vaxtagjöld allt að 30% af heildarhagnaði félags samkvæmt fyrrgreindu ákvæði. Þannig er mögulegt að fjármagna félag með lánsfé og ef það er líklegt að vaxtagjöldin muni ekki verða mikið hærri en 30% af heildarhagnaði. Tengdir aðilar gætu þá metið það sem svo að slík fjármögnun sé hentug, svo lengi sem vaxtagjöldin fari ekki yfir takmarkið. Það myndi ekki teljast skattsvik né skattasniðganga, alveg eins og fyrir lögfestingu 57. gr. b tekjuskattslaga. Þá var það ekki talið skattsvik né skattasniðganga og engin takmörk á því hversu há vaxtagjöldin gætu verið sem draga mætti frá skattskyldum tekjum.

¹²⁵ Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.) (n. 27) 392.

¹²⁶ sama heimild 390.

¹²⁷ Lög nr. 112/2016 um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl.

Því hefur stundum verið haldið fram að almenn skattasniðgönguregla 57. gr. tekjuskattslaga gæti náð yfir þunna eiginfjármögnun að öllum skilyrðum uppfylltum.¹²⁸ Hingað til hefur ekki fallið neinn dómur sem tekur beinlínis á því að þunn eiginfjármögnun fari gegn 57. gr. tekjuskattslaga. Ákvæðið hefur að geyma mörg skilyrði sem erfitt er að uppfylla með tilliti til hennar.

Umfjöllun um þær meginreglur sem gilda í sambandi við skattasniðgöngu er e.t.v. gagnleg til þess að skilja af hverju það hefur ekki enn verið úrskurðað né dæmt að þunn eiginfjármögnun stríði gegn lögum. Þrátt fyrir að undanfarin ár hafi vandamál tengd slíkri fjármagnsskipulagningu verið mörgum hausverkur og mikil barátta hefur farið fram gegn þessari fjármögnunarleið, sbr. t.d. aðgerðaráætlun BEPS, skýrsla starfshóps um reglur þunnrar eiginfjármögnunar, lög nr. 112/2016 o.s.frv.¹²⁹

7.2 Raunveruleikareglan

Í raunveruleikareglunni felst að skattlagning sé byggð á raunverulegum ráðstöfunum, en ekki ekki á grundvelli einhvers konar búnings sem ráðstöfunin hefur verið færð í. Skattyfirvöld þurfa m.ö.o að meta með hlutlægum hætti hvaða ráðstafanir séu eðlilegar og venjulegar og hvað sé eðlilegur rekstrartilgangur andstætt því hvað sé tilbúningur og óvenjulegar ráðstafanir.

Raunveruleikaregluna er ekki að finna með beinum hætti í lögum. Ástæðan er sú að það þarf ekki lagaheimild fyrir því að skattleggja raunveruleikann. Skattkerfið sjálft grundvallast á raunveruleikareglunni. Þannig að þrátt fyrir ákvæði 44. og 70. gr. stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands um að sköttum skuli skipa með lögum væri einnig einkennilegt ef skattlagning gæti byggst á atvikum sem eru hreinn tilbúningur til þess að komast hjá tekjuskattslögum, sem stríðir í raun gegn jafnræðisreglunni, skv. 65. gr. stjórnarskrárinnar.¹³⁰ Samkvæmt tekjuskattslögum hvílir skylda á skattaðilum að greiða skatta af öllum tekjum sínum, sbr. 1. og 2. gr. laganna. Skattaðilar sem færa tekjur sín á milli, í þeim eina tilgangi að lækka skattgreiðslur, er það ekki heimilt samkvæmt raunveruleikareglunni og skattyfirvöld myndu byggja skattlagningu sína á 7. gr. tekjuskattslaga ásamt fyrnefndum ákvæðum 1. og 2. gr. laganna. Þannig verður að telja

¹²⁸ Ragnheiður Snorradóttir (n. 5).

¹²⁹ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43); Alþt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268.; Lög nr. 112/2016 um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl.

¹³⁰ Lög nr. 33/1944 um stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands, 44., 65. og 77. gr.

að það sé ekki heimilt að greiða skatt af tekjum annarra. Skattlagningin sjálf fer síðan eftir eðli teknanna og hvort gjöld séu frádráttarbær.¹³¹

Í þessu skyni þurfa skattyfirvöld að byrja á því að ákveða hver sé raunveruleikinn með tiltekinni ráðstöfun, hverjum tekjurnar tilheyrja og hvers konar tekjur um er að ræða og að lokum heimfæra staðreyndirnar til lagaákvæða. Í öllu þessu ferli er mikilvægt að skattyfirvöld byggi á hlutlægum viðmiðum og meta verður hverja ráðstöfun heildstætt.¹³²

En er þá ekki hugsanlegt að skattyfirvöld geti ákveðið í tilfalli þunnrar eiginfjármögnunar að vaxtagreiðslur af lánnum séu í raun arðgreiðslur? Það gæti reynst erfitt í ljósi einkaréttarlegs samningsfrelsis.¹³³ Síðan er alltaf spurning hvað telst eðlilegt í fjármögnun fyrirtækja og það er eins mismunandi og félögin eru mörg.

7.2.1 Skattasniðgönguregla 57. gr. tekjuskattslaga

Almenna skattasniðgöngureglu er að finna í 1. og 2. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga sem veitir skattyfirvöldum víðtækar heimildir til þess að horfa framhjá óvenjulegum ráðstöfunum og telja skattaðilum til tekna raunveruleg verðmæti sem þeir fá á grundvelli sérstakra samninga eða skilmála.¹³⁴

Segja má að 1. og 2. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga endurspegli það sem felst í raunveruleikareglunni sem farið var yfir í framangreindum kafla og dómstólar hafa staðfest að hún sé almenn skattasniðgönguregla og ekki eigi að túlka ákvæðið eftir orðanna hljóðan. Heldur felst í ákvæðinu meginregla laga sem heimilar skattyfirvöldum að byggja á raunverulegum ráðstöfunum.¹³⁵ Beiting ákvæðisins fyrir dómstólum hefur aðallega beinst gegn ráðstöfunum sem gerðar eru í þeim eina tilgangi að komast hjá skattgreiðslu.¹³⁶

Til viðbótar við raunveruleikaregluna sem felst í 1. og 2. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga, er einnig að finna almennar milliverðlagningarreglur. Með milliverðlagningu (e. Transfer pricing) er átt

¹³¹ Kristján Gunnar Valdimarsson, „Skattasniðganga“ (1999) 49 (3) Tímarit lögfræðinga 219, 237.

¹³² sama heimild.

¹³³ sama heimild.

¹³⁴ sama heimild.

¹³⁵ „Eignir Íslendinga á aflandssvæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignaumsýslu á lágskattasvæðum“ (n. 95) 17; Kristján Gunnar Valdimarsson (n. 131) 237–238.

¹³⁶ „Eignir Íslendinga á aflandssvæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignaumsýslu á lágskattasvæðum“ (n. 95) 17.

við verðlagningu á vöru og þjónustu milli tengdra aðila.¹³⁷ Í milliverðlagningarreglum felst svo umrædd armslengdarregla. Með henni er horft til þess sem ákveðið hefur verið í viðskiptum á markaði, þ.e. eins og um ótengda aðila hafi verið að ræða.¹³⁸ Sé vikið frá markaðsverði án gildra ástæðna er hætt á því að skattstjóri telji mismuninn á markaðsverði og söliverði/kaupverði til tekna hjá þeim sem viðskiptanna njóta.¹³⁹ Ákvæðið felur þannig í sér heimild til leiðréttingar á skattstofni sem er í anda raunveruleikareglunnar og einnig leiðréttingar á skilmálum aðila sem tengjast milliverðlagningarreglum.¹⁴⁰

Samkvæmt *úrskurði yfirskattanevndar nr. 124/2007* eru tvö þýðingarmikil atriði sem byggja á mati skattýfirvalda við beitingu skattasniðgönguákvæðisins. Skattýfirvöldum ber annars vegar að sýna fram á, svo að óyggjandi sé, að skilmálar viðskiptanna séu óeðlileg. Hins vegar að skjóta traustum stöðum undir matsverð, eða það sem þau telja eðlilega skilmála sem þau ákvarða.¹⁴¹ Yfirskattanevnd hefur síðan ítrekað í úrskurðum sínum að þar sem beiting ákvæðisins byggist á svo matskenndum grundvelli leiði það til tekjuviðbótar. Þá sé brýnt að gæta mikillar varfærni við ákvörðun tekna á grundvelli þess. Litlar sem engar viðmiðanir er að finna í lögskýringargögnum um hvernig ákvörðun á matsverði fer fram, eðli máls samkvæmt er venjulega tekið mið af markaðs- eða gangverði við ákvörðun matsverðs. Þannig fer fram ákveðin samanburðagreining sem er í raun hliðstæða þess sem fer fram á grundvelli leiðbeiningarreglna OECD um milliverðlagningu.¹⁴²

Hið almenna skattasniðgönguákvæði 1. og 2. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga gildir áfram fullum fetum þrátt fyrir lögfestingu á öðrum sérstökum skattasniðgöngureglum, eins og 57. gr. a og 57. gr. b tekjuskattslaga segir til um. Þannig verður hægt að beita almennu reglunni til fyllingar hinna sérstöku reglna.

Sjá má í *úrskurði yfirskattanevndar nr. 279/2000* að meginskilyrði fyrir beitingu ákvæðisins setur strax miklar kröfur, þ.e. að ráðstöfun sé verulega frábrugðin því sem almennt gerist. Af úrskurðinum má ráða að það nægir ekki ef ráðstöfunin var framkvæmd einungis í þeim tilgangi

¹³⁷ Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.) (n. 27) 287.

¹³⁸ „Eignir Íslendinga á aflandssvæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignaumsýslu á lágskattasvæðum“ (n. 95) 17.

¹³⁹ Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.) (n. 27) 30.

¹⁴⁰ Stefán Már Stefánsson, *Samstæður hlutafélaga* (Hið íslenska bókmenntafélag 2008) 234.

¹⁴¹ Úrskurður yfirskattanevndar í máli nr. 124/2007, kafli III, mgr. 3.

¹⁴² „Eignir Íslendinga á aflandssvæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignaumsýslu á lágskattasvæðum“ (n. 95) 18; OECD, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2017) <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/tpg-2017-en>> skoðað 11. október 2017.

að spara skatta ef hún er bindandi í lagalegu tilliti og er ekki verulega frábrugðin því sem gerist í slíkum viðskiptum.¹⁴³ Í flestum tilvikum þunnrar eiginfjármögnunar þá eru lánveitingar til slíks félags, oftast á sambærilegum kjörum og frá þriðja aðila. Þá eru lánveitingar milli tengdra aðila almennt bindandi í lagalegu tilliti, að undanskildum lánveitingu félags til hluthafa sinna og lána til að fjármagna kaup á hlutum í félaginu sjálfu eða móðurfélagi þess, sbr. 104. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög og 79. gr. laga nr. 138/1994 um einkahlutafélög. Þannig er t.d. móðurfélagi alveg heimilt að fjármagna rekstur dótturfélags með láni á markaðskjörum.

Síðan er spurning hvort félag sem er ótengdur aðili myndi nokkurn tíman lána félag fjárhæð sem er miklu hærri en eigin fjár félagsins, þar sem erfitt væri að tryggja lánið eða setja veð fyrir því, ef eigið fé er mjög lítið miðað við þá fjárhæð sem lánið væri. Á þessum grundvelli væri hægt að sýna fram á óvenjulega ráðstöfun vegna þunnrar eiginfjármögnunar.

7.3 Lágskattaríki

Fjölpjódlegar samstæður sem nýta sér þunna eiginfjármögnun í þeim tilgangi að færa hagnað milli landa, stofna félag í lágskattaríki til þess að ná því fram án skattlagningar. Hugtakið lágskattaríki er afstætt í þeim skilningi að ríki getur talist lágskattaríki gagnvart einu ríki, en háskattaríki gagnvart öðru. Lágskattaríki getur einnig haft lága eða enga skatta á ákveðnar tegundir tekna, en lagt háa skatta á aðrar tegundir tekna.¹⁴⁴ Venjulega eru ekki gerðir tvísköttunarsamningar við lágskattaríki þannig að félag getur ekki notið þeirrar verndar sem af þeim leiðir. En þegar ríki er lágskattaríki einungis í tilvikum ákveðinna tegunda tekna þá getur verið að tvísköttunarsamningur hafi verið gerður.

Það sem helst einkennir lágskattaríki er notkun þeirra við alþjóðlega skattaskipulagningu. Félög, sjóðir eða stofnanir sem eru stofnuð í lágskattaríkjum eru sjaldnast með eiginlegan atvinnurekstur, heldur eru þau stofnuð í þeim tilgangi að hafa eignarhald og umsýslu með fjármunum. Í lágskattaríkjum ríkir einnig yfirleitt ströng bankaleynd og stjórnvöld eiga erfitt með að afla upplýsinga hjá fjármálastofnunum sem þar eru.¹⁴⁵

Í inngangi þessara ritgerðar var fjallað um hvernig fjölpjódlega samstæðan Alcoa er byggð upp þar sem notast er við félag í Lúxemborg. Sem er sérstakt að því leyti að ríkið tilheyrir

¹⁴³ Ragnheiður Snorradóttir (n. 5) 141.

¹⁴⁴ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (n.45) 52–53.

¹⁴⁵ sama heimild 53.

Evrópusambandinu og lútur því öllum reglugerðum og tilskipunum sem frá sambandinu streymir, en hefur aftur á móti haft lög um bankaleynd lengi í sessi. Fjármálastofnanir í Lúxemborg voru þannig duglegar að stofna reikninga fyrir viðskiptavinum sem áttu rætur að rekja til lágs-kattaríkja. Staðreyndir um slíkt reikningshald má t.d. finna í skýrslu Rannsóknarnefndar Alþingis um aðdraganda og orsakir falls íslensku bankanna árið 2008 og tengda atburði. Kafli 8.10 í skýrslunni ber heitið lánabækur dótturfélaga íslensku bankanna í Lúxemborg. Þar kemur fram að stærð og umfang þessara dótturfélaga hafi verið umtalsvert og bankaleyndin gerði það að verkum að ekki reyndist hægt að afla jafn ítarlegra gagna um starfsemina í Lúxemborg og gert var um bankana sem voru hér á Íslandi.¹⁴⁶

Í dag er orðið mun erfiðara að stofna bankareikninga sem eiga rætur að rekja til lágs-kattaríkja í Lúxemborg og víðar. Nýliðun á þessum svæðum er orðið aðeins brot af því sem áður var og munu þau félög sem halda áfram að vera til falla undir upplýsingaskipti og vera sýnileg skattfyrirvöldum hérlendis innan fárra ára.¹⁴⁷

Vandamál tengd lágs-kattaríkjum eru þó ekki hér með leyst. Ekki er alltaf hægt að rekja vandamálin í gegnum fjármálastofnanir því notkun tiltekinna félagaforma innan Evrópska efnahagssvæðisins eru nýtt í að sniðganga skatta, svokölluð aflandsfélög. Þau falla undir almenna tvísköttunarsamninga Hollands og Lúxemborgar. Tvísköttunarsamningar við þessi tvö ríki hafa gert Íslendingum kleift að flytja eignir sínar í félög sem þar eru skráð. Á grundvelli tvísköttunarsamninganna eru félög í þessum ríkjum undanþegin afdráttarsköttum, m.a. af arði og vöxtum af dótturfélögum á Íslandi. Í Hollandi og Lúxemborg eru síðan ekki greiddir skattar af arði né vöxtum. Tvísköttunarsamningar hafa þ.a.l. í rauninni tapað markmiði sínu sem átti að vera að laða erlenda fjárfestingu til Íslands. En snerist í það að Íslendingar færðu eignir sínar úr landi og í skattaskjól þessara samninga. Í framtíðinni er þannig talið að tekjutap ríkisins muni í auknum mæli stafa af veikum tvísköttunarsamningum við lönd innan Evrópu heldur en af hinum hefðbundnu Tortóla- og Panamafélögum sem umræðan hefur verið mest um.¹⁴⁸ Þannig er ekki hægt að tryggja að fjármunir geti runnið óskattlagðir frá íslensku félagi á grundvelli tvísköttunarsamninga í gegnum félög í Hollandi og Lúxemborg og þaðan í félög skráð í lágs-kattaríkjum. Þannig að þrátt fyrir alla upplýsingaskiptasamningana og strangara eftirlit með

¹⁴⁶ Páll Hreinsson, Sigríður Benediksdóttir og Tryggvi Gunnarsson, „Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir“ (Rannsóknarnefndir Alþingis 12. apríl 2010) <<https://www.ma.is/eldri-nefndir/addragandi-og-orsakir-falls-islensku-bankanna-2008/skyrsla-nefndarinnar/bindi-2-kaflar-7-og-8/8.-kafli/>> skoðað 15. október 2017, kafli 8.10.

¹⁴⁷ „Eignir Íslendinga á aflandssvæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignausýslu á lágs-kattasvæðum“ (n. 95) 14.

¹⁴⁸ sama heimild.

bankaþjónustu við félög í lágskattaríkjum er nauðsynlegt að endurskoða tvísköttunarsamninga.¹⁴⁹

Líklegt er að þessi breytni stórfyrirtækja og ofurríkra einstaklinga til þess að hlaupast undan skattlagningu muni finna aðra leið ef aflandsfélögin hverfa. Af þróun síðustu áratuga má sjá að þegar hagþróun er mjög hröð og sveiflur miklar skapast hættu á því að umgjörð sem spornar við skattaundanskotum dragist aftur úr.¹⁵⁰ Í upphafi alþjóða- og tæknivæðingarinnar var megináherslan lögð á að tryggja að tekjur af viðskiptum milli ríkja yrðu ekki fyrir tvískattlagningu með gerð tvísköttunarsamninga. Eftir því sem tímanum leið fundu menn glufur í þessu kerfi og komust hjá skattlagningu með milligöngu lágskattaríkja. Síðan þá hafa ríki reynt að berjast gegn tekjuskerðingu sem þau verða fyrir vegna þessa. Þá hefur ekki nægt í þessum efnum meginreglur eins og raunveruleikareglan né almennt skattasniðgönguákvæði til þess að ná algjörlega utan um skattaundanskotin.

7.3.1 57. gr. a tekjuskattslaga

Þrjú atriði skipta máli við umfjöllun um skattlagningu vegna eignarhalds í lágskattaríki. Í fyrsta lagi hverjir eru skattlagðir, í öðru lagi hvaða ríki teljast vera lágskattaríki og í þriðja lagi hvernig skattlagningu er háttáð. Þessu er að mestu leyti svarað í 57. gr. a tekjuskattslaga þar sem fjallað er um skattlagningu vegna eignarhalds á lágskattasvæðum.

Ákvæðið nær til þeirra sem eiga beint eða óbeint hlut í félagi í lágskattaríki og þeirra sem stjórna félagi þar og hafa beinan eða óbeinan ávinning af, skv. 1. mgr. 57. gr. a tekjuskattslaga. Á þessu eru gerðar undantekningar, þ.e. ef félagið fellur undir alþjóðasamning milli Íslands og lágskattaríkis og á grundvelli samningsins sé mögulegt að fá allar nauðsynlegar upplýsingar og tekjur félagsins eru ekki að meginstofni eignatekjur, sbr. 1. tölul. 4. mgr. 57. gr. a tekjuskattslaga. Eða félagið er skráð í öðru EES-ríki og stundar þar raunverulega atvinnustarfsemi, og íslensk skattfyrirvöld geta á grundvelli tvísköttunarsamnings eða annars alþjóðasamnings krafist allra nauðsynlegra upplýsinga, sbr. 2. tölul. 4. mgr. 57. gr. a sömu laga. Ef skattaðili fellur ekki undir síðastnefndu undantekningar þá hvílir upplýsingaskylda á þeim sjálfum, sbr. 2. tölul. 4. mgr. 57. gr. a tekjuskattslaga. En eins og áður kom fram þá ríkir oft mikil bankaleynd í lágskattaríkjum og það getur reynst snúið að komast yfir nauðsynlegar

¹⁴⁹ sama heimild.

¹⁵⁰ sama heimild.

upplýsingar ef skattaðilinn einfaldlega kýs að upplýsa ekki um þær. Einmitt af þessum sökum hefur tvísköttunar- og upplýsingaskiptasamningar verið mikilvægt skref í áttina að afhjúpa leyndina.

Ríki eða lögsagnarumdæmi er skilgreint sem lágs kattaríki ef tekjuskattur af hagnaði félags, sjóðs eða stofnunar er lægri en tveir þriðju hlutar af þeim tekjuskatti sem annars hefði verið lagður á félagið, sjóðinn eða stofnunina, hefði hún verið heimilisföst á Íslandi, sbr. 2. mgr. 57. gr. a tekjuskattslaga. Hér sést af hverju ríki getur verið lágs kattaríki gagnvart einu ríki, en háskattaríki gagnvart öðru. Ef tekjuskattur, sem er lagður á félag í einu ríki, er hár þá teljast mun fleiri ríki lágs kattaríki gagnvart því. Sem dæmi má nefna að tekjuskattur hlutafélaga er 20%, skv. 1. mgr. 71. gr. tekjuskattslaga. Ríki sem myndi leggja lægri tekjuskatt á hlutafélag heldur en 13,3% myndi þannig vera lágs kattaríki gagnvart Íslandi. Með þessu er hins vegar ekki einungis átt við skatthlutfallið heldur hinn raunverulega skatt sem reiknaður er eftir sömu reglum og gilda um skattlagningu hér á landi.¹⁵¹

Ef skattaðili hefur haft hagnað vegna eignarhalds í lágs kattaríki þarf hann samkvæmt íslenskum reglum að greiða af honum sambærilegan tekjuskatt og ef um væri að ræða starfsemi á Íslandi, sbr. 1. mgr. 57. gr. a tekjuskattslaga. Nýlega féll *úrskurður yfirskattanefndar nr. 146/2017* vegna eignarhalds á Bresku jómfrúareyrum í félaginu Wintris. Félagið Wintris var í eigu fyrrverandi forsætisráðherra og konu hans, en upp komst um eignarhaldið við uppljóstrun Panama-skjalanna. Forsætisráðherrann fann sig knúinn til þess að segja af sér vegna málsins, og síðar var óskað eftir því að skattframtöl þeirra hjóna yrðu leiðrétt gjaldárin 2011 til og með 2015.

Í *úrskurði Yfirskattanefndar nr. 263/2003* (Röndumálið) er dæmi um félag sem var stofnað í lágs kattaríki og hefur enga eiginlega starfsemi aðra en að hafa eignarhald og umsýslu með fjármunum. Málavextir voru þeir að A hf. hafði fært til frádráttar afföll af skuldabréfum sem félagið gaf út og seldi F Ltd., félagi sem skráð var á Ermasundseyjunni Guernsey. Skuldabréfin voru í suður-afrískri mynt, vaxtalaus og óverðtryggð og án veðs eða ábyrgðar, sem greiða átti í einu lagi 30 árum eftir útgáfudag þeirra. Þetta voru talin óvenjuleg skipti í fjármálum, sérstaklega í ljósi þess að félögin væru í eigu sömu aðila og að sama leið var ekki farin milli ótengdra aðila. Skattstjóri taldi gjaldfærsluna vegna lántökunnar ekki vera réttmætan frádráttarlið frá skattskyldum tekjum, sbr. 1. mgr. 1. tölul. 31. gr. og 2. tölul. 51. gr. þágildandi laga nr. 75/1981 um tekju- og eignarskatt, sbr. 1. mgr. 58. gr. sömu laga þar sem fjallað er um

¹⁵¹ Alpt. 2008-2009, A-deild, þskj. 618 - 366. mál, athugasemdir um 3. gr.

óvenjuleg skipti í fjármálum. Yfirskattanefnd var á sama máli og þótti ekki leika neinn vafi á því að viðskipti þessi væru verulega frábrugðin því sem almennt gerist í slíkum viðskiptum. Ljóst var að ekki hefði komið til þessara viðskipta ef eigna- og stjórnunartengsl fyrirtækjanna hefðu ekki verið til staðar.

Það sem er áhugavert við F Ltd., sem var stofnað í lágs kattaríki, er hversu mikil leynd umlykur félagið. Kærandi í málinu hélt því fram að allar nauðsynlegar upplýsingar hefðu komið fram í framtali og ársreikningi A hf. og því gæti skattstjóri einungis endurákvæðað skatt tvö ár aftur í tímann, sbr. 2. mgr. 97. gr. þágildandi laga nr. 75/1981. Í skýrslutöku hjá skattstjóra hafði kærandi hins vegar neitað að upplýsa um hverjir væru eigendur að F Ltd. Skattstjóri aflaði upplýsinga frá verðbréfafélaginu T hf. og sendi yfirvöldum á Guernsey bréf vegna málsins á grundvelli 94. gr. þágildandi laga nr. 75/1981 sem svipar til 94. gr. núgildandi tekjuskattslaga um upplýsingaskyldu og eftirlitsheimildir. Það var ekki fyrr en upplýsingar bárust frá skattyfirvöldum Guernsey að í ljós kom að eigandi F Ltd. væri kærandi, sem einnig væri eigandi A hf. Þessar upplýsingar skipta máli þegar metið er hvort um óvenjuleg skipti í fjármálum sé að ræða, sbr. 58. gr. þágildandi laga nr. 75/1981, sem svipar til 57. gr. núgildandi tekjuskattslaga. Þar sem fjallað er um óvenjuleg skipti í fjármálum og sérstaklega þær aðstæður þegar aðilar eru tengdir.

Ekki nóg með það að ekkert hafi legið fyrir um eigna- og stjórnunartengsl félaganna A hf. og F Ltd., áður en skattstjóri beitti 94. gr. þágildandi laga nr. 75/1981, þá taldi yfirskattanefnd að efnahagsreikningur kæranda gæfi ekki nægilega glögga mynd af efnahag A hf., sbr. 9. gr. þágildandi laga nr. 144/1994 um ársreikninga, sem svipar til 5. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga. Yfirskattanefnd taldi það hafa þýðingu við mat á ráðstöfun kæranda að í efnahagsreikningi hans var skuld við F Ltd. einungis tilgreind með 108.575.581 kr., þ.e. söluverði skuldabréfanna að viðbættum gjaldfærðum afföllum. Engin grein hafði hins vegar verið gerð fyrir höfuðstól skuldarinnar, sem var óumdeild og nam u.þ.b. 7,1 milljarð króna. Þá gaf umboðsmaður kæranda enga skýringu á þessari tilgreiningu skuldanna í reikningsskilum við munnlegan málflytning fyrir yfirskattanefnd. Upplýsingar um höfuðstól skuldarinnar að fjárhæð 7,1 milljarði króna hefðu ekki fengist nema að T hf. og skattyfirvöld í Guernsey hefðu veitt þær upplýsingar.

Án þeirra upplýsinga sem skattstjóri aflaði frá T hf. og skattyfirvöldum í Guernsey hefði mögulega ekki verið tilefni til endurákvörðunar skatts í þeim mæli sem gert var og viðskiptin milli A hf. og F Ltd. gætu talist eðlileg. Í tilvikum sem þessum eru upplýsingar frá

lágskattaríkjum oft lykillinn að réttri álagningu skatta. Ljóst er að upplýsingastaðlar eins og þeir sem fjallað var um í kafla 6.3 verði mikil hjálp í þessu tilliti.

8. Þunn eiginfjármögnun

8.1 Að hvaða marki er þörf fyrir þunna eiginfjármögnun?

Ein einfaldasta aðferðin við að færa hagnað á milli ríkja er með lánsfjármögnun í alþjóðlegri skattaskipulagningu. Auðvelt flæði fjármagns gerir það tiltölulega einfalt að stýra hlutfalli skulda og eigin fjár í félagi undir yfirráðum annars félags, þrátt fyrir að vera í öðru landi. Flest ríki skattleggja vexti og eigið fé með mismunandi hætti, eins og farið var yfir í kafla 2.2. Þessi mismunur býr til skattalegan hvata til að skuldsetja félag í öðru ríki mjög hátt. Skattaskipuleggjendur sjá tækifæri í slíkum hvötum og geta nýtt sér hann til þess að lágmarka skatta á vaxtatekjur í ríki lánþegans. Fjármögnun af þessu tagi yfir landamæri er einnig skaðleg fyrir samkeppni milli þeirra sem starfa einungis á innlendum markaði og þeirra þar sem starfsemin nær yfir landamæri.¹⁵²

Þetta hefur neikvæð áhrif á hlutleysi hluthafa og veldur því að hægt er að velja hvernig skattlagningu er háttáð af eignum hjá fjölþjóðlegum samstæðum, þegar það er sett í samhengi við innlendar samstæður. Þegar fjölþjóðlegar samstæður notfæra sér tækifæri sem þessi, minnkar það tekjumöguleika ríkisins og hefur áhrif á heiðarleika skattkerfisins. Einnig getur þetta leitt af sér að fleiri aðferðir séu notaðar við eyðingu skattstofna og tilfærslu hagnaðar. Þetta á við um t.d. þegar fjölþjóðleg samstæða notfærir sér vaxtafrádrátt félags í háskattaríki og vaxtatekjurnar eru greiddar til lágskattaríkis, eins og fjallað var um í kafla 7.3.¹⁵³

Fjöldi rannsókna hafa verið gerðar í tengslum við þunna eiginfjármögnun. Þær hafa sýnt fram á að fjölþjóðlegar samstæður hafa tilhneigingu til þess að hafa skuldahlutfall hátt í dótturfyrirtækjum sínum, sem eru staðsett í háskattaríkjum. Þá hafa rannsóknir sýnt að þunn eiginfjármögnun gerist aðallega innan fjölþjóðlegra samstæðna og félög sem eru í eigu erlendra aðila eru með hærra skuldahlutfall heldur en sambærileg félög innanlands. Lánsfjármögnun er talin koma bæði frá félögum innan samstæðu og frá þriðja aðila. Skoðað hefur verið hversu skilvirkar reglur um þunna eiginfjármögnun eru og sýnt hefur verið fram á að reglurnar lækka

¹⁵² OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 19.

¹⁵³ sama heimild 19–20.

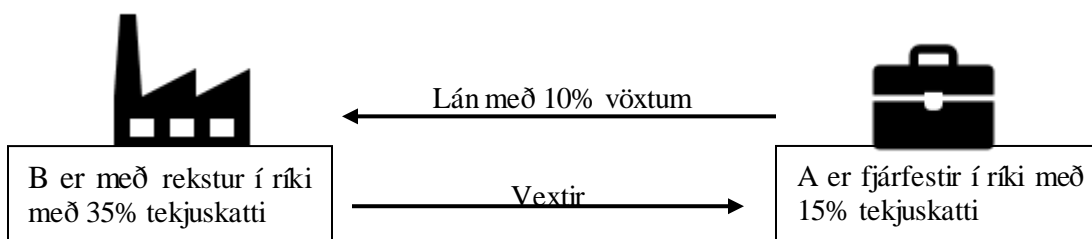
skuldahlutfall dótturfélaga. Í tilvikum þar sem frádráttur vaxtagjalda er einungis takmarkaður við samstæður hafa lán frá þriðja aðila aukist.¹⁵⁴

Regla um takmörkun á vaxtafrádrætti er þó ekki undanskilin gagnrýni. Uppi hafa verið kenningar um að áhrif takmörkunar á vaxtafrádrætti auki raunverulegan heildarfjármögnunarkostnað sem leiðir til fækkunar fjárfestinga almennt. Þessi kenning hefur verið studd af rannsóknum sem gefa til kynna að vægar reglur um þunna eiginfjármögnun hafi verið settar í þeim tilgangi að vernda beinar erlendar fjárfestingar. Rannsóknir byggðar á sönnunargögnum eru fáar, en þær sýna ekki sömu niðurstöðu og fræðikennningar byggja á. Rannsókn um reglur þunnrar eiginfjármögnunar í Þýskalandi sýndi fram á að ekki væri að finna marktækan mun á fækkun fjárfestinga við takmörkun á vaxtafrádrætti. Þó er hugsanlegt að fjölpjódleg fyrirtæki forðist reglur um takmörkun í þessu sambandi með því að notfæra sér glufur í skattalögum eða með því að aðlaga uppbyggingu fjármögnunar hjá sér.¹⁵⁵

Til þess að útskýra enn frekar hvernig fjölpjódlegar samstæður nýta sér skuldsetningu til þess að flytja hagnað verður tekið dæmi.

Fjármögnun innan samstæðu:

A er í ríki með 15% tekjuskatti á lögaðila, en B er í ríki með 35% tekjuskatti á lögaðila. B fær lánað 100.000 kr. frá banka með 10% vexti. B nýtir fjárhæðina í rekstri sínum og býr til umframhagnað upp á 15.000 kr. Eftir frádrátt vaxtagjaldanna hefur B skattstofn upp á 5.000 kr. og hagnað eftir skatt 3.250 kr.



Mynd 1: Útskýring á fjármögnun innan samstæðu

Að öðrum kosti getur A skipt út 50.000 kr. af eigin fé B fyrir láni af sömu fjárhæð með 10% vöxtum, sbr. mynd 1 hér að ofan. Í þessu tilviki myndar B engan hagnað og skattlagning er því 0 kr. A fær vaxtatekjur af láninu og hagnaður A fyrir skatt er þá 5.000 kr. og eftir skatt 4.250

¹⁵⁴ sama heimild 21.

¹⁵⁵ sama heimild.

kr. Samstæðan hefur lækkað heildarskattgreiðslur sínar frá 35% í 15% með því að færa hagnaðinn frá B til A.

Ef dæmið er tekið enn lengra, þá getur A skipt út 100.000 kr. af eigin fé B fyrir láni af sömu fjárhæð. Ef B getur dregið vaxtagjöldin frá öðrum tekjum verður B núna með skattstofn í mínus 5.000 og tap eftir skattlagningu upp á 3.250 kr. í mínus. A fær vaxtatekjur frá B og er með skattstofn upp á 10.000 kr. og hagnaður eftir skatt verður 8.500 kr. Samanlagt eru A og B með hagnað fyrir skatt upp á 5.000 kr. og eftir skatt 5.250 kr. Þegar B er þunnt eiginfjármagnað og flytur hagnað sinn til A myndast neikvætt skatthlutfall.¹⁵⁶

Það eru fyrst og fremst aðstæðurnar sem 57. gr. b tekjuskattslaga tekur á með því að takmarka þann frádrátt sem B getur nýtt sér í hlutfalli við heildarhagnað þess.

8.2 Mismunandi reglur sem tengjast þunnri eiginfjármögnun

Aðgerð fjögur gerir aftur á móti einungis ráð fyrir að ríki velji á milli tveggja aðferða sem eru tilgreindar sem bestu aðferðirnar (e. best practice approach) til að takmarka eyðingu skattstofna og tilfærslu hagnaðar með frádrætti vaxtagjalda. Þær eru annars vegar hámark skulda á móti eigin fé og hins vegar þegar tiltekið hámark frádráttar vaxtagreiðslna er tekið frá skattstofni sem hlutfall af fyrirfram ákveðnu viðmiði.¹⁵⁷ Síðarnefnda leiðin varð fyrir valinu í íslenskum rétti og skýrist það m.a. af því að hún hafi verið talin hlutlæg og einfaldari í framkvæmd.¹⁵⁸

Hins vegar höfðu þó nokkur ríki sett ákvæði sem taka á vandamálum tengd þunnri eiginfjármögnun að einhverju leyti áður en OECD fór af stað með aðgerðaráætlun BEPS. Í aðgerðaráætluninni eru talin upp sex mismunandi ákvæði sem höfðu verið í framkvæmd í mismunandi ríkjum. Sum ríki styðja við fleiri en eina af þessum leiðum, þ.á.m. Ísland.¹⁵⁹ Leiðirnar eru eftirfarandi:

1. Armslengdarreglan, en með henni er hægt að bera saman vexti og skuldir í félagi við þær aðstæður ef félagið hefði samið við þriðja aðila að öllu leyti.
2. Afdráttarskattur á vaxtagjöld, í þeim tilgangi að færa upprunaríki vaxtanna skattlagningarrettinn.

¹⁵⁶ sama heimild 20–21.

¹⁵⁷ sama heimild 41.

¹⁵⁸ Alþt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, breytingartillögur við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl., H.1. liður.

¹⁵⁹ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 23.

3. Reglur sem leyfa ekki frádrátt ákveðins hlutfalls vaxtagjalda í félagi, óháð eðli vaxtanna og hver tekur við þeim.
4. Reglur sem takmarka frádrátt vaxtagjalda í félagi miðað við ákveðið hlutfall hagnaðar.
5. Reglur sem takmarka frádrátt vaxtagjalda í félagi miðað við heildarstöðu samstæðunnar.
6. Markvissar fyrirbyggjandi reglur skattasniðgöngu sem leyfa ekki frádrátt vaxtagjalda í ákveðnum viðskiptum.

Af ofangreindum reglum hefur Ísland lögfest allar að undanskildu reglu númer þrjú. Farið verður yfir armslengdarregluna og afdráttarskatt á vaxtagjöld þar sem slíkar reglur hafa verið í framkvæmd héraðs og hafa þýðingu í sambandi við reglur þunnrar eiginfjármögnunar. Reglur fjögur til sex mynda síðan það sem aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS telur vera bestu framkvæmdina í tengslum við takmörkun á vaxtafrádrætti.¹⁶⁰ Farið verður því yfir þær reglur með ítarlegri hætti í næsta kafla.

8.2.1 Armslengdarreglan / reglan um milliverðlagningu

Armslengdarregluna er að finna í flestum tvísköttunarsamningum milli ríkja, enda er hana að finna í 7. og 9. gr. sammingsfyrirmynd OECD og 57. gr. tekjuskattslaga.

Armslengdarreglan tekur á óvenjulegum skiptum milli tengdra skattaðila. Séu skiptin talin óvenjuleg eða verulega frábrugðin því sem almennt gerist í slíkum viðskiptum skulu verðmætin teljast skattaðilanum til tekna. Með þessu ákvæði er þannig verið að koma í veg fyrir undandrætt frá skatti og um leið er viðurkennt að heimilt sé að byggja skattlagningu á raunverulegum ráðstöfunum, án tillits til þess forms sem liggur að baki gerningnum.¹⁶¹ Þannig eru viðskiptin sem slík samþykkt en skattayfirvöld hafa þá heimild til þess að leiðrétta skilmála þeirra til samræmis við það sem gerist milli ótengdra aðila.¹⁶²

Um fjöllum um armslengdarregluna hefur yfirleitt verið í tengslum við hvernig verðleggja beri þjónustu, vörur, hugverk o.þ.h., en reglan á samt sem áður við um allt það sem afhent er milli eininga innan sömu fyrirtækjasamstæðu. Þannig getur allt sem er einhvers virði og færast á milli tengdra aðila verið athugað með hliðsjón af armslengdarreglunni. Þá verður að skoða hvernig þessum viðskiptum hefði verið háttað milli ótengdra aðila og þau borin saman við skiptin sem urðu í raun, og athugað hvort munur sé þar á milli.

¹⁶⁰ sama heimild 25.

¹⁶¹ Alþt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268, 14.

¹⁶² sama heimild 14–15.

Í aðgerðaráætlun BEPS um takmörkun á vaxtafrádrætti og lögskýringagögnum, með 57. gr. b tekjuskattslaga, er gert ráð fyrir að ákvæðið sé einfalt í framkvæmd. En samanburðurinn sem fer fram í þeim tilgangi að komast að því hvort lán og vextir af láni séu í samræmi við armslengd er erfiður í framkvæmd. Ítarleg rannsókn þarf að fara fram af hálfu skattyfirvalda sem getur verið mjög þyngjandi, bæði fyrir skattgreiðendur og skattyfirvöld. Einnig þarf að meta hvert og eitt tilvik sjálfstætt sem getur skapað óvissu um hver verði útkoman hverju sinni. Aðgerðaráætlun BEPS nefnir sérstaklega að armslengdarreglan sé ekki nægilega örugg leið til þess að tækla sérstaklega þau vandamál sem eru tengd eyðingu á skattstofni og tilfærslu hagnaðar. Þar sem reglan hindrar ekki vaxtafrádrátt félags sem er notaður til að fjármagna fjárfestingar í eignum, eða innkomu sem ekki er hægt að skattleggja.¹⁶³

Í athugasemdum með 9. gr. sammingsfyrirmyndar OECD kemur fram að það sé samspil milli tvísköttunarsamninga og innlendra laga um þunna eiginfjármögnun, sem er viðeigandi fyrir ákvæðið. Þar var sett fram að beiting 9. gr. sammingsfyrirmyndarinnar myndi ekki hindra að settar væru innlendar reglur um þunna eiginfjármögnun. Að því gefnu að þær séu tileinkaðar því að fjárhæð hagnaðar lántakandans samsvari hagnaði sem að öðrum kosti hefði átt sér stað í armslengdaraðstæðum.

Enn fremur kemur fram að ákvæði 9. gr. sammingsfyrirmyndarinnar er ekki einungis viðeigandi við mat á því hvort reiknaðir vextir af láni frá tengdum aðila séu á armslengdarkjörum. Heldur megi skattyfirvöld einnig meta hvort lánið sé í raun lán, eða önnur tegund af greiðslu, t.d. framlag til eigin fjár.¹⁶⁴

Í athugasemdunum er einnig gert ráð fyrir að reglur um þunna eiginfjármögnun skuli ekki hækka skattskyldan hagnað innlenda félagsins umfram það sem nemur hagnaði í armslengd. Þessari meginreglu eigi að fylgja þegar tvísköttunarsamningum er beitt.¹⁶⁵

Þær leiðbeiningar sem hafa verið gefnar út í gegnum tíðina um armslengdarregluna og milliverðlagningu hafa aftur á móti ekki gefið nægilega góða sýn á það hvað teljist vera fullnægjandi fjármögnun. Þ.e. hversu mikið eigið fé þarf að vera til staðar að lágmarki í hlutfalli

¹⁶³ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 24.

¹⁶⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014* (OECD) 183–184.

¹⁶⁵ OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* (n. 4) C(9)-2.

við skuldir, eða hversu mikil frávik megi vera svo lánið eða vextirnir af því teljist óvenjulegir, þegar rannsókn fer fram á vaxtagreiðslum milli tengdra aðila yfir landamæri.¹⁶⁶

Í ljósi ofangreindra athugasemda með 9. gr. samningsfyrirmyndar OECD má ætla að skattyfirvöld þurfi að hafa athugasemdirnar í huga þegar reglu 57. gr. b tekjuskattslaga er beitt um viðskipti tengdra aðila milli ríkja sem hafa gert með sér tvísköttunarsamning.

Fyrirgreindar athugasemdir með 9. gr. samningsfyrirmyndar OECD gefa til kynna að það eigi alltaf að beita armslengdarreglunni samhliða reglum sem taka á þunnri eiginfjármögnun. En telja verður alls óvíst hvort sú verði raunin vegna mismunandi sjónarmiða í aðgerðaráætlun BEPS og lögskýringagögnnum með 57. gr. b tekjuskattslaga annars vegar og athugasemdum með samningsfyrirmynd OECD hins vegar.¹⁶⁷

Þá kemur skýrt fram í aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS að eftir lögfestingu reglna um takmörkun á vaxtafrádrætti sé heimilt að beita armslengdarreglunni og afdráttarskatti á vaxtagjöld. Svo lengi sem þær dragi ekki úr áhrifum framkvæmdar sem ætlað er að tækla eyðingu skattstofna og tilfærslu hagnaðar.¹⁶⁸

8.2.2 Vaxtatekjur erlendra aðila

Með lögum nr. 70/2009 var afdráttarskattur af vaxtagreiðslum til erlendra aðila tekinn upp. Afdráttarskattur þessi byggir á 8. tölul. 1. mgr. 3. gr. tekjuskattslaga og reiknast af þeim 10% skattur, skv. 8. tölul. 1. mgr. 70. gr. sömu laga.¹⁶⁹ Margvíslegar undantekningar eru frá þessari skattlagningarheimild, en sú helsta er e.t.v. að ef Ísland hefur gert tvísköttunarsamning við erlent ríki, þar sem kveðið er á um að ekki skuli haldið eftir afdráttarskatti af vöxtum, eigi ákvæðið ekki við, sbr. i.f. 8. tölul. 1. mgr. 3. gr. tekjuskattslaga. Þannig er þessu háttað í öllum tvísköttunarsamningum sem Ísland hefur gert, þ.e. að skattlagningarrétturinn á vöxtum sé eftirlátinn ríkinu sem móttakandi vaxtanna er heimilisfastur í.¹⁷⁰

¹⁶⁶ Sandra Fernandes, „Arm’s Length Principle and the Issue of Thin Capitalization“ <<http://www.ibdt.org.br/RDTIA/en/01/arms-length-principle-and-the-issue-of-thin-capitalization/>> skoðað 20. nóvember 2017, 2.1.4. Concluding remarks.

¹⁶⁷ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 25.

¹⁶⁸ sama heimild.

¹⁶⁹ Lög nr. 70/2009 um ráðstafanir í ríkisfjármálum, 6. gr.

¹⁷⁰ „Tvísköttunarsamningar“ (n. 84); Sjá t.d. Samningur milli Norðurlanda til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir (samþykktur 23. september 1996, tók gildi 11. maí 1997) Stjtið. C, 11/1997, 1. mgr. 11. gr.

Þrátt fyrir undanþáguna er varðar tvísköttunarsamninga er ekki komist hjá tvísköttun vaxtanna. Vextirnir eru skattlagðir og síðan þarf móttakandi að sækja um endurgreiðslu eða frádrátt í sínu ríki á grundvelli tvísköttunarsamnings. En það dugar ekki til því hér er um að ræða brúttóskattlagningu á vaxtatekjum erlendra aðila, á meðan heimaríki skattleggur vextina nettó. Heildarskattlagning vaxtanna verður þannig hærrí en nettótekjur lánveitandans vegna lánsins. Lögfesting ákvæðisins sætti harðri gagnrýni, en einungis eru um 46 tvísköttunarsamningar í gildi sem Ísland hefur gert við önnur ríki, eða u.þ.b. fjórðungur af öllum ríkjum heimsins. Aðilar margra ríkja hafa þannig ekki einu sinni möguleika á að sækja um undanþágu/frádrátt vegna skattlagningarinnar hér á landi.¹⁷¹

Það er athugavert að ákvæðið hafi verið samþykkt þrátt fyrir að það hafi verið bent á við meðferð málsins að í Evrópusambandinu sé að finna tilskipun nr. 2003/49/EB þar sem markmiðið er að afnema slíka afdráttarskatta á vexti milli félaga innan sambandsins. Svo eru lánveitendur búnir að tryggja sína hagsmuni í lánasamningum með svonefndu „gross-up“ ákvæði. Það felur í sér að greiða þarf lánið til baka með ákveðnu endurgjaldi, án nokkurs konar frádráttar sem upp gæti komið, eins og t.d. afdráttarskatt. Það þýðir að slíkum kostnaði er velt yfir á lántakann. Ljóst er að fjármögnunarmöguleikar innlendra aðila var skertur með lögfestingu þessa ákvæðis.¹⁷²

Í aðgerðaráætlun BEPS er afdráttarskattur á vexti gagnrýndur, þrátt fyrir að reglan hafi þann tilgang að veita upprunaríki vaxtanna skattlagningarréttinn og hún sé tiltölulega einföld í framkvæmd. Þá er ennþá hætt á því að hægt sé að komast undan skatti og flytja hagnað. Hættan er falin í þeim fjölþjóðlegum samstæðum sem ætla sér að komast hjá skattlagningu, sem geta búið til félag í ríki þar sem tvísköttunarsamningur er í gildi og haft félagið sem móttakanda vaxtanna. Félagið sækir síðan um frádrátt vegna afdráttarskatts á vextina. Fjölþjóðlegar samstæður, sem hafa það ekki að markmiði að komast hjá skatti en þurfa að greiða vaxtatekjur til ríkis sem ekki hefur verið gerður tvísköttunarsamningur við, lenda í tvískattlagningu þegar afdráttarskattur er tekinn af vöxtunum. Síðan eru vaxtatekjurnar einnig skattlagðar í móttökuríkíinu. Þessar fjölþjóðlegu samstæður, sem voru ekki í upphafi að leita aðferða til að eyða skattstofni og færa hagnað, gætu fundið þörf til að skipuleggja flæði vaxtateknanna yfir

¹⁷¹ Alpt. 2009, A-deild, þskj. 176 - 118. mál, nefndarálit um ráðstafanir í ríkisfjármálum, um 6. gr.

¹⁷² sama heimild, um 6. gr.

landamæri með það að sjónarmiði að spara þessa tvískattlagningu vaxta. Reglan kemur þannig verst út fyrir þessa aðila.¹⁷³

Ef þetta er tekið saman þá eru afdráttarskattar á vexti í mörgum tilvikum ekki besta leiðin til að tækla algjörlega eyðingu skattstofns og færslu hagnaðar með tilliti til vaxta. Aðgerðaráætlun BEPS gerir þó ráð fyrir að ríki megi halda áfram að beita þessari reglu saman með ákjósanlegustu aðferðinni sem er lögð til í aðgerð fjögur.¹⁷⁴

Við meðferð ákvæðisins um afdráttarskatt á vexti fyrir Alþingi barst sameiginleg athugasemd frá endurskoðendaskrifstofunum Deloitte hf., KPMG hf. og PricewaterhouseCoopers ehf. Þar er að finna tillögu að ákvæði sem svipar til þess ákvæðis sem nú hefur verið lögfest um þunna eiginfjármögnun, þ.e. 57. gr. b tekjuskattslaga. En tillagan var samkvæmt þágildandi dönskum skattalögum sem takmarkar frádrátt vaxtagjalda til tengdra erlendra aðila. Sem í fyrsta lagi væru í lágskattaríki og öðru lagi ef starfsemi erlenda aðilans væri fyrst og fremst fjármálalegs eðlis. Að mati endurskoðendastofanna var þessi regla heldur skárri en sú sem var lögfest sem var lýst þannig að verið væri að slátra hjörðinni vegna fárra svartra sauða.¹⁷⁵ Ákvæðið hefur lítið breyst frá lögfestingu þess, en aðeins nokkrum undantekningum hefur verið bætt við, sem sjá má í 8. tölul. 1. mgr. 3. gr. tekjuskattslaga.

Armslengdarreglan og afdráttarskattur á vaxtagjöld eru ekki taldar vera bestu aðferðirnar til þess að taka nægilega vel á vandamálum sem verða til vegna nýtingu á vöxtum sem tæki til þess að eyða skattstofni og flytja hagnað eins og lýst er í aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS. Ef þær eru ekki styrktar með öðrum reglum um vaxtafrádrátt.¹⁷⁶

8.3 Hugtakið þunn eiginfjármögnun

Við skýringu á þunnri eiginfjármögnun er rétt að taka fram að tilgangur með lögfestingu á takmörkun á frádrætti vaxtagjalda er að reyna að loka leiðum hvað hana varðar. Að skattar séu

¹⁷³ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 24.

¹⁷⁴ sama heimild.

¹⁷⁵ Alþt. 2009, A-deild, 118. mál, erindi nr. Þ 137/411, athugasemdir við frumvarp til laga um ráðstafanir í ríkisfjármálum, 1.4. Tillögur að breytingu á ákvæðinu.

¹⁷⁶ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 25.

greiddir eins og til er ætlast og komið í veg fyrir þessa skekkju á rekstrar- og samkeppnisumhverfi fyrirtækja sem áður hefur viðgengist.¹⁷⁷

Hugtakið þunn eiginfjármögnun var skilgreint með eftirfarandi hætti í greinargerð frumvarps til breytingar á tekjuskattslögum sem innleiddi reglur hvað hana varðar og er því nokkuð ljóst að stuðst verður við þessa skýringu við beitingu ákvæðisins í framtíðinni:

„Hugtakið þunn eiginfjármögnun á við um lánsfjármögnun félags sem fengin er frá tengdum aðilum. Þannig er félag með þunna eiginfjármögnun ef skuldsetning þess er mjög mikil og hátt hlutfall af heildarfjármögnun félagsins eru lán frá tengdum aðilum.“¹⁷⁸

Af þessari skilgreiningu má sjá að þunn eiginfjármögnun er einungis ein aðferð af mörgum til þess að skipuleggja fjármál milli tengdra aðila, en í þessu tilfalli eru markmið og afleiðingar þess skattalegt hagræði. Meginreglu samkvæmt er ekki ólöglegt að skipuleggja fjármál og starfsemi félags með þeim hætti að skattalegt hagræði sé markmiðið. En þær aðgerðir sem eru framkvæmdar til þess að ná því markmiði verða þó að byggjast á viðskiptalegum sjónarmiðum og mega ekki eingöngu þjóna þeim tilgangi að komast hjá skattgreiðslu.¹⁷⁹ Þessi meginregla birtist t.d. í niðurstöðu *úrskurðar yfirskattaneftandnr. 279/2000*. Í því máli taldi skattstjóri eina hag kæranda til kaupa á kvóta hafi verið til þess að eignfæra hann og nýta til frádráttar tekjum.

Ljóst er að það geta ekki allar fyrirtækjasamstæður valið að haga fjármálum sínum á þá leið að möguleiki sé að sniðganga skattgreiðslur með vöxtum. Minni félög sem starfa einungis hér á landi hafa t.d. ekki möguleika á að nýta sér það skattalega hagræði sem felst í þunnri eiginfjármögnun.¹⁸⁰

Á hinn bóginn virðast ýmsar leiðir vera færar fyrir fjölþjóðlegar samstæður til að skipuleggja sig með tilliti til skattsparnaðar. Skattkerfi ríkja eru mismunandi eins og þau eru mörg. Stórar fjölþjóðlegar samstæður eða tengdir aðilar hafa í sumum tilvikum nægilegt mannaforráð til þess að ákveða hvernig fjármögnun skuli háttað þannig að sem minnst sé greitt í skatta. Skattlagning fer eftir því hversu miklar tekjur standa eftir þegar búið er að draga frá allan leyfilegan kostnað.

Þegar hugað er að skattsparnaði kemur þannig tvennt til greina, annaðhvort að láta tekjurnar vera lægri eða kostnaðinn hærri. Yfirleitt er frekar reynt að finna leiðir til þess að búa til

¹⁷⁷ Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1204 - 735. mál, greinargerð.

¹⁷⁸ sama heimild.

¹⁷⁹ Ragnheiður Snorradóttir (n. 5) 134.

¹⁸⁰ Alpt. 2015-2016, A-deild, 735. mál, umsögn Viðskiptaráðs Íslands.

löglegan frádráttarbæran kostnað. Ef aðili í ríki B lánar rekstri í ríki A þá er hægt að reikna vexti ofan á lánsfjárhæðina, sem eru síðan frádráttarbær kostnaður.

Þunn eiginfjármögnun er einungis ein leið af nokkrum sem hægt er að fara, í því skyni að flytja tekjur milli ríkja. En eftir útgáfu aðgerðaráætlun BEPS og lögfestingu 57. gr. b tekjuskattslaga er einungis hægt að draga frá vaxtagjöld upp að vissu marki. Sem gerir yfirfærslu tekna milli ríkja minna heillandi en áður þegar tengdir aðilar huga að skattsparnaði.

9. Ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga

Lagasetning um þunna eiginfjármögnun hefur staðið til í þó nokkurn tíma. Árið 2004 kom fram tillaga í skýrslu starfshóps um umfang skattsvika á Íslandi, um að setja ætti ákvæði um þunna eiginfjármögnun, sem var í þeirri skýrslu nefnd lág eiginfjármögnun.¹⁸¹ Í tillögunni kemur m.a. fram að þegar sami aðili eigi fjármögnunarfélag sem er staðsett í lágskattaríki, eða á skattavildarsvæði og á félag í virkri starfsemi í öðru landi. Þá sé þunn eiginfjármögnun vís leið til að koma tekjum undan skattlagningu, einkum þegar ekki er lagður afdráttarskattur á vexti sem greiddir eru úr landi, eins og var á þeim tíma. Þá kom einnig fram að það væri nokkuð algengt að ákvæði um þunna eiginfjármögnun væru í skattalögum annarra ríkja og að athuga þyrfti því hvort takmarkanir um frádrátt vaxtagjalda gætu hentað hér á landi.

Skýrslan frá árinu 2004 var ekki fyrsta sinnar tegundar. Svokallaðar skattsvikanefndir voru starfandi áður, sú fyrri frá árinu 1984 til ársins 1986, og hin síðari frá árinu 1992 til ársins 1993.¹⁸² Báðar nefndirnar skiluðu af sér skýrslum, en aftur á móti birtist ekki tillaga að ákvæði um þunna eiginfjármögnun ekki fyrr en í skýrslunni sem kom út árið 2004.

Eftir útgáfu skýrslu starfshópsins frá árinu 2004 var lítið gert varðandi þunna eiginfjármögnun þangað til tillaga að ákvæði kom fram í frumvarpi árið 2013, sem náði ekki í gegn.¹⁸³ Málið var því endurflutt í byrjun árs 2016, en ákvæðið þótti ekki nægilega skýrt og gekk því til efnahags- og viðskiptanefndar til að gera úrbætur á því.¹⁸⁴ Síðar á árinu 2016 var lagt fram frumvarp um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl., og upphaflega var ekki að finna reglu um þunna

¹⁸¹ Alpt. 2004-2005, A-deild, 442. mál, Skýrsla starfshóps um umfang skattsvika á Íslandi, kafli 14.5.1.

¹⁸² sama heimild, kafli 5.

¹⁸³ Alpt. 2013-2014, A-deild, þskj. 15 - 15. mál.

¹⁸⁴ Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1204 - 735. mál, greinargerð.

eiginfjármögnun í því frumvarpi, en henni var bætt við í formi breytingartillögu frá fjármála- og efnahagsráðuneytinu, sem var að lokum samþykkt.¹⁸⁵

Með lögum nr. 112/2016 bættist þannig ákvæði 57. gr. b við tekjuskattslögin, sem hljóðar svo í heild sinni:

„Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

(1) Þrátt fyrir ákvæði 1. tölul. 31. gr. takmarkast frádráttur vaxtagjalda og affalla, sbr. 1. og 2. tölul. 1. mgr. 49. gr., skattaðila skv. 2. gr. vegna lánaviðskipta við tengda aðila skv. 4. mgr. 57. gr. við 30% af hagnaði skattaðilans. Þau vaxtagjöld og afföll sem umfram eru koma ekki til frádráttar.

(2) Með hagnaði í 1. mgr. er átt við hagnað samkvæmt ársreikningi að viðbættum tekjuskatti, fjármagnsliðum, afskriftum og niðurfærslum fastafjármuna. Hafi skattaðili fært í rekstrarreikning hlutdeildartekjur frá öðru félagi innan samstæðunnar skal draga þær frá framangreindum hagnaði og bæta við úthlutuðum arði frá sama félagi hafi arðgreiðsla átt sér stað.

(3) Ákvæði 1. mgr. á ekki við ef:

- a. vaxtagjöld og afföll skattaðila, sbr. 1. og 2. tölul. 1. mgr. 49. gr., vegna lánaviðskipta við tengda aðila skv. 4. mgr. 57. gr. eru lægri en 100 millj. kr.,
- b. lánveitandi ber ótakmarkaða skattskyldu hérlandis,*)
- c. skattaðili sýnir fram á að eiginfjárhlutfall hans sé eigi lægra en tveimur prósentustigum undir eiginfjárhlutfalli samstæðu sem hann tilheyrir; undanþágan gildir þó ekki ef eigið fé skattaðila var hækkað innan við sex mánuðum fyrir dagsetningu efnahagsreiknings og lækkað aftur að samsvarandi fjárhæð innan við sex mánuðum eftir dagsetningu efnahagsreiknings; hafi skattaðili bókfært eignarhlut í öðru félag samstæðunnar samkvæmt hlutdeildaraðferð ber við útreikning á eiginfjárhlutfalli að miða við kostnaðarverð eignarhlutans, eða
- d. skattaðili er fjármálafélag samkvæmt lögum um fjármálafélag, váttryggingafélag samkvæmt lögum um váttryggingastarfsemi eða félag í eigu fyrrgreindra aðila sem starfar í sambærilegum rekstri.

(4) Ráðherra er heimilt að setja reglugerð þar sem kveðið er á um nánari skilyrði um framkvæmd þessarar greinar og skilgreiningar hugtaka.]¹⁾

¹⁸⁵ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, breytingartillögur við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl., H.1. liður.

¹⁾Sbr. 3. gr. laga nr. 112/2016. *)*b. liður 3. mgr. 57. gr. b. fellur brott þann 1. janúar 2018, sbr. 3. gr. laga nr.59/2017.*¹⁸⁶

Ákvæðið er regla með föstu hlutfalli (e. fixed ratio rule) eins og hún er nefnd í aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS. Helstu kostir reglunnar er hversu einföld hún er í framkvæmd, bæði fyrir skattfyrvöld og félög. Á hinn bóginn tekur hún ekki tillit til þeirrar staðreyndar að samstæður starfa á mismunandi sviðum sem gætu krafist mismunandi hlutfalls skulda og eigin fjár. Einnig getur verið að samstæður sem starfa á sama sviði þurfi á mismunandi fjármögnun að halda sem skýrist ekki af skattalegum ástæðum.¹⁸⁷ Í aðgerðaráætlun BEPS hefur verið tekið tillit til mismunandi sjónarmiða og búið að meta kosti og galla hvernar aðferðar fyrir sig. Þá er mælt með því að beiting reglunnar sé stöðug, þannig að fasta hlutfallið (30% í tilviki 57. gr. b tekjuskattslaga) nái til allra samstæðna á öllum starfssviðum, þó fyrir utan fjármála- og váttryggingafélög þar sem talið er að aðrar reglur eigi að gilda um slíka starfsemi.¹⁸⁸

Rýnt verður í ákvæðið m.t.t. aðgerðaráætlun BEPS, þannig að fyrst er fjallað um beitingu reglunnar og síðan verður farið yfir viðmiðunarmörkin sem eru 30%, tengda aðila, hagnað og loks verða undantekningarnar útskýrðar. Í fyrri hluta ritgerðarinnar hefur verið fjallað um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda með almennum hætti. Í umfjölluninni hér að neðan fjallað um ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga verður fjallað um þá kosti og galla sem fylgja leiðinni, sem farin hefur verið, og hvort hún sé í samræmi við bestu framkvæmd samkvæmt aðgerðaráætlun BEPS. Umfjöllun um ákvæði þetta er litað af alþjóðlegum upplýsingum, bæði frá útgáfufni OECD og reynslu annarra landa af svipuðu ákvæði, þar sem ekki er komin nein reynsla á það héraendis.

9.1 Beiting 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga

Samkvæmt aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS felast þrjú skref í útreikningi vaxtagjalda til að komast að því hversu mikið af þeim séu óheimil samkvæmt reglunni. Í fyrsta lagi verður að reikna út viðeigandi fjárhæð EBITDA hagnaðar, í öðru lagi þarf að finna út hámark leyfilegs vaxtafrádráttar með því að reikna viðmiðunarmörk (30%) af EBITDA hagnaði félagsins og í

¹⁸⁶ Lög nr. 90/2003 um tekjuskatt, 57. gr. b; „Lög nr. 90/2003 - kafli 4“ (RSK)

<<https://skattalagasafn.rsk.is/?log=90.2003.4>> skoðað 1. desember 2017.

¹⁸⁷ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 51.

¹⁸⁸ sama heimild.

þriðja lagi verður að bera það saman við vaxtagjöld félagsins í raun.¹⁸⁹ Þá fæst niðurstaða um það hvort félag sé með vaxtagjöld umfram viðmiðunarmörkin. Ef það er raunin er tilefni fyrir félag að athuga hvort undantekningarnar, sem er að finna í 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga, eigi við. Ef engin á við verður félagið að lúta þeirri staðreynd að vaxtagjöldin, sem eru umfram viðmiðunarmörkin, komi ekki til frádráttar frá hagnaði og bætast því við tekjuskattstofn.

9.2 Viðmiðunarmörkin

Viðmiðunarmörk 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga eru 30% af hagnaði. Þannig fellur félag ekki undir ákvæðið nema að það greiði vaxtagjöld sem nema hærri fjárhæð en 30% af hagnaði þess. Viðmiðunarmörkin eru mismunandi milli ríkja vegna mismunandi efnahagslegs umhverfis og vegna reglna sem ríki hafa nú þegar sett, í þeim tilgangi að taka sérstaklega á eyðingu skattstofna og tilfærslu hagnaðar með vöxtum. Þá eiga ríki það til að fara í samkeppni til þess að laða til sín fjárfesta með því að hagræða skattalögum. Ákveðin hætta liggur í því að ríki hækka viðmiðunarmörkin til þess að eiga í samkeppni við önnur ríki, en hegðun af þessu tagi myndi minnka skilvirkni reglunnar.¹⁹⁰

Í aðgerðaráætlun BEPS var rannsakað hversu hátt hlutfall fjölþjóðlegra samstæðna myndu falla undir regluna um takmörkun vaxtafrádráttar. Ef viðmiðunarmarkið er 30% þá var áætlað að 87% fjölþjóðlegra samstæðna geti samt dregið frá öll sín vaxtagjöld. Markmiðið með viðmiðunarmarkinu er að leyfa sem flestum félögum að draga frá öll sín vaxtagjöld og takmarka áhættuna á því að samstæður dragi frá það sem er umfram þetta viðmið. Með þetta að leiðarljósi mælir aðgerðaáætlun BEPS með því að viðmiðunarmörkin séu á milli 10% og 30%.¹⁹¹ Til samanburðar setur skattasniðgöngutilskipun Evrópusambandsins viðmiðunarmörkin í allt að 30% fyrir aðildarríkin.¹⁹² Í tekjuskattslögum er miðað við 30% af hagnaði skattaðilans, sbr. 1. mgr. 57. gr. b. En í upphaflegu breytingartillögunni var miðað við 25%, en ekki er að finna sérstakar útskýringar á því af hverju mörkunum var breytt, aðrar en gagnrýni frá umsagnaraðilum. Ekki er heldur að finna skýr sjónarmið um viðmið viðmiðunarmarkna í upphafi.

¹⁸⁹ sama heimild 51–52.

¹⁹⁰ sama heimild 52.

¹⁹¹ sama heimild 53.

¹⁹² Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market [2016] OJ L193/1, 1. mgr. 4. gr.

Í aðgerðaráætlun BEPS eru settar fram nokkrar ástæður sem gætu leitt til þess að ríki setji viðmiðunarmörkin í efri mörk (m.v. 10%-30%). Þ.á.m. ef reglan heimilar ekki yfirfærslu þeirra vaxtagjalda sem ekki voru leyfð til frádráttar milli ára. Enga slíka heimild er að finna í 57. gr. b tekjuskattslaga né í lögskýringagögnum. En einnig mælir aðgerðaráætlun BEPS fyrir að ríki með háa vexti miðað við önnur ríki setji viðmiðunarmörkin í hærra lagi, þ.e. nær 30%.¹⁹³ Það gæti verið nauðsynlegt að endurskoða viðmiðunarmörkin reglulega þar sem margir mismunandi þættir geta haft áhrif, eins og sést í kafla sex í aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS.¹⁹⁴ Sem dæmi var Noregur með viðmiðunarmörkin í 30% fyrst um sinn, en lækkaði síðan mörkin niður í 25%.¹⁹⁵

9.3 Tengdir aðilar

Ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga um þunna eiginfjármögnun á einungis við um lánaviðskipti við tengda aðila. Það er því nauðsynlegt að skoða hvenær aðilar teljast vera tengdir í skilningi 57. gr. b tekjuskattslaga.

Í skýrslu starfshóps um þunna eiginfjármögnun kom fram að nauðsynlegt væri að skilgreina hugtakið félagasamstæður ítarlega í tekjuskattslögum, ef til lagasetningar um þunna eiginfjármögnun kæmi til. Þar sem reglur um þunna eiginfjármögnun beinast að félagasamstæðum.¹⁹⁶ Þegar ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga var lögfest var aftur á móti ekki farin sú leið að fjalla um félagasamstæður í þeim skilningi sem starfshópurinn hafði lagt upp með, heldur var stuðst við hugtakið tengdir aðilar sem hefur áður verið lögfest í tengslum við milliverðlagningarreglur 57. gr. tekjuskattslaga. Hugtakið félagasamstæður er því enn sem komið er ekki skilgreint með beinum hætti í lögum.

Ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga vísar til tengdra aðila, í skilningi 4. mgr. 57. gr. sömu laga. Í því ákvæði kemur fram að lögaðilar teljast tengdir þegar:

„a. þeir eru hluti samstæðu skv. 2. gr. laga nr. 3/2006, um ársreikninga, eða eru undir beinu og/eða óbeinu meirihlutaeignarhaldi eða stjórnunarlegum yfirráðum tveggja eða fleiri lögaðila innan samstæðu, eða

¹⁹³ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 55.

¹⁹⁴ sama heimild 51–59.

¹⁹⁵ PricewaterhouseCoopers, „EU Direct Tax Newsletter“ <<https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/eu-direct-tax-newsalerts/eudtg/eudt-newsalert-27-october-2016.pdf>> skoðað 12. janúar 2017.

¹⁹⁶ Alþt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268, 6.

b. meirihlutaeignarhald eins lögaðila yfir öðrum er til staðar samanlagt með beinum og óbeinum hætti, eða

c. þeir eru beint eða óbeint í meirihlutaeigu eða undir stjórnunarlegum yfirláðum einstaklinga sem eru tengdir sifjaréttarlegum böndum, t.d. einstaklinga í hjónabandi eða staðfestri samvist, systkina og einstaklinga sem eru skyldir í beinan legg.¹⁹⁷

Í þessari skilgreiningu er í raun að finna fjórar mismunandi tegundir tengdra aðila. Í fyrsta lagi teljast lögaðilar innan sömu samstæðu alltaf tengdir. Í öðru lagi þegar lögaðili er undir beinu/óbeinu meirihlutaeignarhaldi eða stjórnunarlegum yfirláðum tveggja eða fleiri lögaðila innan samstæðu, þá telst hann tengdur öllum lögaðilum innan samstæðunnar. Í þriðja lagi þegar óbeint eignarhald fer yfir 50% yfir öðrum lögaðila, þá teljast þeir tengdir. Ef hinn lögaðilinn er hluti af samstæðu telst hann tengdur öllum lögaðilum innan samstæðunnar. Í fjórða og síðasta lagi teljast aðilar tengdir ef eigendur og/eða þeir sem fara með stjórnunarleg yfirláð eru tengdir með sifjaréttarlegum böndum.

Þessi skilgreining á tengdum aðilum var tekin upp árið 2013 í skattasniðgönguákvæði 57. gr. tekjuskattslaga, sem var sett til þess að taka á óvenjulegum innbyrðis viðskiptum milli tengdra aðila.¹⁹⁸ Áður fyrr var yfirlétt stuðst við ákvæði laga um ársreikninga nr. 3/2006 þegar meta þurfti hvort aðilar væru tengdir við beitingu ákvæðis 57. gr. tekjuskattslaga.¹⁹⁹ Hugtakið tengdir aðilar er nokkuð víðtækari en sú skilgreining sem starfshópurinn um reglur þunnrar eiginfjármögnunar lagði upp með. Þá var byggt á því að um félagasamstæðu væri að ræða en ekki tengda aðila og lagt var til að þær yrðu skilgreindar í samræmi við lög um ársreikninga.²⁰⁰ Í ofangreindu ákvæði um tengda aðila er byggt á ákvæðum laga um ársreikninga, en þar er ekki við staðar numið heldur er bætt við tveimur liðum.

Það er alltaf hætta á því að viðskipti milli tengdra aðila verði óeðlileg og geta einnig haft áhrif á fjárhag og árangur félags þar sem aðrir hagsmunir geti legið fyrir heldur en ef um ótengda aðila væri að ræða.²⁰¹ Tengslin geta einnig haft áhrif á viðskipti félags við þriðja aðila í þeim

¹⁹⁷ Lög um tekjuskatt nr. 90/2003, 4. mgr. 57. gr.

¹⁹⁸ Alpt. 2013-2014, A-deild, þskj. 266 - 204. mál, athugasemdir við 11. gr.

¹⁹⁹ Alpt. 2012-2013, A-deild, 468. mál, erindi nr. Þ 141/1268, 7.

²⁰⁰ sama heimild.

²⁰¹ Alpt. 2013-2014, A-deild, þskj. 266 - 204. mál, athugasemdir við 11. gr.; „Áfangaskýrsla starfshóps um milliverðlagningu“ (Fjármála- og efnahagsráðuneytið maí 2013)

<<https://www.stjornarradid.is/media/fjarnaladuneyti-media/media/utgafa/milliverdlagning052013.pdf>> skoðað 13. apríl 2017.

tilvikum sem viðskiptin áttu sér einungis stað vegna tengslanna og komu þannig í veg fyrir viðskipti sem annars hefðu orðið.²⁰²

Ef farið er yfir aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS til samanburðar má sjá að ekki er talið að vandamál um þunna eiginfjármögnun geti eingöngu gerst milli tengdra aðila, eins og 57. gr. b tekjuskattslaga gerir ráð fyrir. Þar er talið að reglur þunnrar eiginfjármögnunar eigi að gilda um þær aðstæður þegar þriðji aðili, tengdur aðili og samstæður eru skuldsettar í þeim tilgangi að ná fram óhóflegum vaxtafrádrætti. Eða til þess að búa til tekjur sem eru undanþegnar skatti eða hægt er að fresta skattlagningu á.

Í aðgerðaráætlun BEPS er því lögð áhersla á að margar mismunandi atburðarásir geti leitt til eyðingar á skattstofni og tilflutning hagnaðar, t.d. innan samstæðu, milli tengdra aðila og í gegnum fyrirfram áætlaðan gjörning við þriðja aðila. Þess vegna eru þær leiðbeiningar sem er að finna í aðgerðaráætlun BEPS hafðar að leiðarljósi, að eyða áhættunni sem felst í ólíkum atburðarásum, jafnvel þótt mismunandi reglum sé beitt til þess að takast á við hverja áhættu. Aðgerð fjögur í aðgerðaráætlunin BEPS gerir aftur á móti einungis ráð fyrir að ríki beiti reglu um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda að lágmarki varðandi fjölpjöldlegar samstæður.²⁰³ Aðildarríkjum OECD er því ekki skylt að láta regluna ná lengra og verður því að telja að íslenska reglan sé í samræmi við aðgerðaráætlun BEPS.

9.4 Hagnaður/EBITDA

Í 57. gr. b tekjuskattslaga kemur fram að frádráttur vaxtagjalda og affalla takmarkast við 30% af hagnaði skattaðilans. En hvað er átt við með hagnaði skattaðilans nákvæmlega? Þessu er svarað í 2. mgr. 57. gr. b sömu laga, sem er svohljóðandi:

„Með hagnaði í 1. mgr. er átt við hagnað samkvæmt ársreikningi að viðbættum tekjuskatti, fjármagnsliðum, afskriftum og niðurfærslum fastafjármuna. Hafi skattaðili fært í rekstrarreikning hlutdeildartekjur frá öðru félagi innan samstæðunnar skal draga þær frá framangreindum hagnaði og bæta við úthlutuðum arði frá sama félagi hafi arðgreiðsla átt sér stað.“

Með allri þessari upptalningu er í grunninn verið að vísa til þess sem á ensku kallast EBITDA (e. earnings before interest, taxes, depreciation, and amortization). Lausleg þýðing á hugtakinu

²⁰² „Áfangaskýrsla starfshóps um milliverðlagningu“ (n. 201) 7.

²⁰³ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 37.

EBITDA getur verið afkoma fyrirtækja áður en tekið er tillit til vaxtagreiðslna og vaxtatekna, skattgreiðslna og afskrifta.²⁰⁴ Í raun er átt við heildartekjur að frádregnum heildarrekrargjöldum.²⁰⁵ Þessi útreikningsaðferð á hagnaði hefur almennt verið notuð til að mæla arðsemi félags og rekstrarafkomu í samanburði við keppinauta sína, þar sem hún útilokar áhrif mismunandi reikningsskilaaðferða. EBITDA er einnig mikið notuð til að meta félag, finna út kaupverð á því og loks vitna lánasamningar oft til útreikningsaðferðarinnar.²⁰⁶ Í tilviki takmörkunar á frádrætti vaxtagjalda hefur EBITDA nú fengið þýðingu í tekjuskattslögum. Ekki er þó um hefðbundna útreikningsaðferð hennar að ræða í 2. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga, heldur er í raun um að ræða skattalega EBITDA.

Við lögfestingu ákvæðisins gagnrýndu KPMG, Samtök Atvinnulífsins og Samtök iðnaðarins í umsögnum sínum hina skattalegu hlið EBITDA. Þau töldu þessa framsetningu nýstárlega og til þess fallin að valda misskilningi.²⁰⁷ Þrátt fyrir að útreikningur á hagnaði eins og honum er lýst í 2. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga gæti valdið misskilningi þar sem hann er ekki nákvæmlega eins í sniði og hin hefðbundna EBITDA. Þá segir beinlínis í aðgerðaráætlun BEPS að útreikningur EBITDA eigi að byggja á gildum sem ákveðin eru undir tekjuskattslögum landsins sem beita reglunni. Með því að tengja saman vaxtafrádrátt við skattskyldan hagnað verður einnig erfiðara fyrir samstæðu að auka við nettó-vaxtafrádrátt hjá sér án þess að hækka einnig skattskyldan hagnað.²⁰⁸

Kerfi ríkisskattstjóra leiða fram þessi gildi, en sama niðurstaða fæst þótt farin sé önnur leið að henni. Fjármála- og efnahagsráðuneytið útskýrði ástæðu hinnar skattalegu EBITDA. Þessi leið er því farin vegna þess að tölurnar eru fengnar úr skattframtölum aðila, en ekki úr ársreikningum þeirra.²⁰⁹

²⁰⁴ Gylfi Magnússon, „Hvað er EBITDA fyrirtækja og hvernig er hún reiknuð út?“ (*Vísindavefurinn*, 31. maí 2007) <<http://www.visindavefur.is/svar.php?id=6662>> skoðað 9. nóvember 2017.

²⁰⁵ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (n. 45) 736.

²⁰⁶ Blanche Zelmanovich og Coral M Hansen, „The Basics of EBITDA“ (2017) 36 (2) *American Bankruptcy Institute Journal*; Alexandria 36, 36.

²⁰⁷ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn KPMG um tillögur fjármála- og efnahagsráðuneytisins til breytinga á þingskjali 1346; Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn Samtaka atvinnulífsins og Samtaka iðnaðarins um frumvarpið.

²⁰⁸ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 52.

²⁰⁹ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins um þunna eiginfjármögnun - frumvarpstillaða., Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

9.5 Undanþágur í 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga

9.5.1 Lágmarksfjárhæð vaxtagjalda

Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda á ekki við þegar vaxtagjöld og afföll félaga vegna lánaviðskipta við tengda aðila eru lægri en 100 milljónir kr., sbr. a-lið 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga. Í bókinni Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur er fjallað um ef fjárhæð láns milli tengdra aðila er lægri en 100 milljónir króna, þá eru vextir af láninu að fullu frádráttarbærir. En ef lánið nemur hærri fjárhæð beri að skerða frádráttarbærni vaxtanna um 30% af hagnaðinum.²¹⁰ Hér er um misskilning að ræða, en lágmarksfjárhæðin á við um vaxtagjöld sem aðili greiðir, en ekki fjárhæð þeirra lána sem vaxtagjöldin eru greidd af. Það er mikilvægt að rugla ekki þessu tvennu saman, en ljóst er að þegar þau eru orðin 100 milljónir eða hærri, þá eru lánin sjálf töluvert hærri. Ef félag greiðir yfir 100 milljónir í vaxtagjöld og þau eru yfir 30% af hagnaði þess fellur það undir ákvæði 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga og vaxtagjöldin sem eru umfram 30% eru ekki frádráttarbær frá tekjum félagsins, nema að aðrar undantekningar eigi við.

Í upphaflegu breytingartillögunni sem kom ákvæðinu um takmörkun vaxtafrádráttar inn í frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl. var undanþágan miðuð við 50 milljónir kr.²¹¹ En fjárhæðin mætti miklu mótletti í umsögnum aðila við meðferð málsins. Lagt var því til af hálfu Samtaka iðnaðarins, Samtaka atvinnulífsins og Viðskiptaráðs Íslands að undanþágan myndi miðast við 160 milljónir kr.²¹² KPMG lagði til að farinn yrði millivegurinn og miða ætti við 100 milljónir kr.²¹³

Í minnisblaði frá Fjármála- og efnahagsráðuneytinu frá 20. september 2016 kom fram að á rekstrarárinu 2014 hafi 295 félög verið með meira en 50 milljónir kr. í vaxtagjöld, og þar af voru 176 félög yfir 25% af EBITDA (upphaflega var miðað við að frádráttur myndi takmarkast við 25% af hagnaði). Einnig var skoðað hversu mörg félög væru með yfir 160 milljónir kr. í vaxtagjöld, en þau voru samtals 122, og þar af voru 67 félög yfir 25% af EBITDA. Þá var litið til nágrannaþjóða við ákvörðun fjárhæðarmarkna og ákveðið að aðlaga norrænar fyrirmyndir að íslenskum aðstæðum. Þess vegna hafi verið lagt til að fjárhæðarviðmiðið yrði 50 milljónir kr., sérstaklega vegna smæðar íslenska markaðarins, þar sem langflest félög teljast til smærri

²¹⁰ Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (n. 45) 735.

²¹¹ Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1346 - 787. mál, breytingartillögur við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl. í kjölfar tillagna starfshóps vegna skattaundanskota og skattaskjóla.

²¹² Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn Samtaka atvinnulífsins og Samtaka iðnaðarins um frumvarpið; Alpt. 2015-2016, A-deild, 735. mál, umsögn Viðskiptaráðs Íslands.

²¹³ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn KPMG um tillögur fjármála- og efnahagsráðuneytisins til breytinga á þingskjali 1346.

félaga.²¹⁴ Eftir þessar umræður kom fram breytingartillaga frá efnahags- og viðskiptanefnd og undanþágan var hækkuð í 100 milljónir kr., og þannig var í raun fallist á millivegin.²¹⁵

Í aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS er ekki lögð fram tillaga að ákveðinni fjárhæð sem miða eigi við, heldur er viðurkennt að lítil áhætti fylgi ákveðnum félögum og þess vegna ætti að útiloka þau við takmörkun á vaxtafrádrætti. Aðgerðaráætlun BEPS miðar við bestu framkvæmd við takmörkun á vaxtafrádrætti. Með því að útiloka áhættulítill félög er hægt að einblína á þau félög sem fela í sér verulega áhættu þegar kemur að eyðingu skattstofna og tilfærslu hagnaðar. Í því skyni er mælt með því að ríki setji fram lágmarksviðmið sem nær til heildarvaxtagjalda allra félaga sem stödd eru í sama ríki innan samstæðu. Ef reglan nær einungis til félagsins sjálfs, en ekki allra sem eru hluti af samstæðu, er hætta á misnotkun reglunnar.²¹⁶ Undanþága c-liðar 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga tekur á því þegar félag er hluti af samstæðu, eins og nánar er útskýrt í kafla 9.5.3.

9.5.2 Lánveitandi ber ótakmarkaða skattskyldu hérlendis

Í meðförum efnahags- og viðskiptanefndar á frumvarpi til laga nr. 112/2016 var gerð sú breyting að ákvæði 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga ætti ekki við um aðila sem bera hér ótakmarkaða skattskyldu. Talið var að megináhætta þunnrar eiginfjármögnunar lægi hjá fjölþjóðlegum samstæðum. Þannig var reynt að afmarka gildissvið reglunnar við fjölþjóðlegar samstæður og viðskipti tengdra aðila milli ríkja.²¹⁷ Ákvæðinu var síðan fljótlega breytt eftir gildistöku þess og undanþágan um ótakmarkaða skattskyldu hérlendis var felld út, þar sem talið var að slík undanþága myndi brjóta gegn EES-rétti, sbr. sérstaklega ákvæði 1. mgr. 31. gr. og 34. gr. EES-samningsins. Á grundvelli þessara ákvæða verður ekki séð að unnt sé að skattleggja aðila með mismunandi hætti eftir því hvort lánveitandi skattaðilans sé innlent eða erlent félag. Slíkt væri mismunun og hamlandi fyrir erlent félag sem gæti hugsað sér að stofna annað félag hérlendis.²¹⁸

²¹⁴ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins um þunna eiginfjármögnun - frumvarpstíllaga.

²¹⁵ Alpt. 2015-2016, A-deild, þskj. 1775 - 787. mál, breytingartillaga við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl.

²¹⁶ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 39.

²¹⁷ Alpt. 2016-2017, A-deild, þskj. 515 - 385. mál, frumvarp til laga um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta, tolla og gjöld, kafli 4.3. Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

²¹⁸ sama heimild, 4. gr. og kafli 4.3. Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda

Í umsögn við frumvarp til laga nr. 112/2016 kom fram tillaga um að bæta við undanþágu sem væri veitt til aðila sem væru samskattaðir.²¹⁹ Samkvæmt 55. gr. tekjuskattslaga getur ríkisskattstjóri heimilað að tvö eða fleiri hlutafélög, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 2. gr. sömu laga, séu skattlögð saman. Í 1. tölul. 1. mgr. 2. gr. tekjuskattslaga er skilyrði að félög séu heimilisföst hérlandis. Slík undanþága myndi þannig brjóta gegn EES-samningnum alveg með sama hætti og að ákveða með beinum hætti að takmörkun vaxtafrádráttar eigi ekki við um aðila sem bera hér ótakmarkaða skattskyldu, og var þessari tillögu þ.a.l. hafnað.²²⁰

Ljóst er að 55. gr. tekjuskattslaga um samsköttun brýtur þ.a.l. gegn EES-samningnum í eðli sínu. En yfirvöld hafa vitað af því í nokkurn tíma, en Eftirlitsstofnun EFTA, ESA, gaf út rökstutt álit þann 7. apríl 2016. Þar sem gagnrýnt var að íslensku reglurnar um samsköttun brytu í bága við 31. og 40. gr. samningsins um staðfesturétt og frjálst flæði fjármagns, með því að leyfa einungis félögum með ótakmarkaða skattskyldu hérlandis að sækja um og fá heimild til samsköttunar. Tillaga um að breyta ákvæðinu kom fram í frumvarpi til laga nr. 59/2017, en var fellt út að ósk fjármála- og efnahagsráðuneytisins sem taldi tilefni til að endurskoða ákvæðið og leggja fram nýja tillögu fyrir Alþingi í haust, en ekkert hefur bólað á nýrri tillögu ennþá.²²¹ Ætla má að ef fjármála- og efnahagsráðuneytið leggi fram tillögu þess efnis að heimilt sé að samskatta félög við önnur félög innan EES-svæðisins að þá sé óhætt að bæta þeirri undanþágu við 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga. Að ákvæði 1. mgr. eigi ekki við um félög sem séu samsköttuð.

Slík undanþága myndi þó ekki samræmast tillögum aðgerðaráætlun BEPS og ætla má að félög sem falla undir ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga muni sækja um samsköttun við önnur félög innan EES-svæðisins til þess að komast hjá takmörkuninni á frádrætti vaxtagjalda.

9.5.3 Eiginfjárhlutfall samstæðunnar

Almenn regla um takmörkun á vaxtafrádrætti kemur sennilega verst út fyrir félög sem hafa sveiflukennda afkomu. Eða tímasetning vaxtagjaldanna stemmir ekki við hagnaðinn sem leiðir til þess að félagið þarf að sæta takmörkun á frádrætti vaxtagjalda, sem annars voru ekki ætluð

²¹⁹ Alþt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn KPMG um tillögur fjármála- og efnahagsráðuneytisins til breytinga á þingskjali 1346.

²²⁰ Alþt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins, 3. Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

²²¹ Alþt. 2016-2017, A-deild, þskj. 515 - 385. mál, frumvarp til laga um breytingu á ýmsum lagaákvæðum um skatta, tolla og gjöld, 4.2. Samsköttun félaga.

til eyðingar á skattstofni eða tilfærslu á hagnaði með neinum hætti. Til að koma til móts við slíkar aðstæður hjá félögum var lagt til í aðgerðaráætlun BEPS að ríki styðjist einnig við einhverja reglu sem tekur tillit til samstæðunnar í heild, eins og t.d. útgöngureglu (e. equity escape clause).²²²

Samkvæmt henni geta félög sýnt fram á að eiginfjárlutfall sé ekki lægra en 2% undir eigin samstæðu sem það tilheyrir, og þá fellur félagið ekki undir 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga. Útgöngureglan er einnig hentug fyrir félög sem lenda í tapi yfir árið ef það getur sýnt fram á að skilyrði reglunnar séu uppfyllt.²²³

Leiðbeiningum um hvernig beita eigi útgöngureglunni á Íslandi er verulega ábótavant. Í lögskýringagögnum með ákvæði tekjuskattslaga er einungis tekið fram hvað sé átt við með samstæðu og eiginfjárlutfalli. Með samstæðu er þannig vísað til a-liðar 4. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga, sbr. 2. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga. Með eiginfjárlutfalli er átt við lutfall eigin fjár félags á móti heildarfjármagni þess. Þá er 2. og 3. málslíð c-liðar 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga ætlað að koma í veg fyrir misnotkun á útgöngureglunni.²²⁴ Þetta eru einu skýringarnar sem gefnar eru í lögskýringagögnum um beitingu hennar.

Í aðgerðaráætlun BEPS er að finna ítarlegri leiðbeiningar, en það vakna samt sem áður upp margar spurningar um hvernig eigi að beita íslensku reglunni, þótt hægt sé að horfa til aðgerðaráætlunar BEPS, upp að vissu marki. Spurningum sem þarf að svara lúta einkum að hvernig eigi að reikna út hvað sé hámark leyfilegs frádráttar vaxtagjalda með tilliti til samstæðunnar í heild. Hvernig EBITDA allrar samstæðunnar er fundin út og svo er einnig nauðsynlegt fyrir félag að vita hvaða gögn þurfi að afhenda til að sýna fram á að eiginfjárlutfall þess sé í samræmi við það sem er hjá samstæðunni. Úr þessu þyrfti að bæta með setningu reglugerðar eða útgáfu leiðbeininga frá ríkisskattstjóra þar sem leiðbeiningar aðgerðaráætlun BEPS býður upp á ýmis frávík sem eru samt sem áður hluti af bestu framkvæmd. Ríki þurfa að ákveða sjálf hvort eitthver þeirra eigi við í þeirra lagaumhverfi.

²²² OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 71.

²²³ sama heimild.

²²⁴ Alþt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, breytingartillögur við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl., H.1. liður.

9.5.3.1 Útgönguregla Þýskalands

Finland og Þýskaland styðjast einnig við útgönguregluna samhliða beitingu reglu um takmörkun á vaxtafrádrætti.²²⁵ Útgöngureglan sem beitt er í Þýskalandi miðar einnig við að eiginfjárlutfall félags sé eigi lægra en 2%. Reglan í Þýskalandi er mjög sambærileg þeirri sem var lögfest í tekjuskattslögum. Í viðauka með aðgerðaráætlun BEPS er að finna útskýringu á því hvað felst í útgöngureglu Þýskalands.²²⁶ Höfundur leyfir sér að setja fram þær útskýringar í þessari ritgerð sem geta gefið vísbendingar um hvernig eigi að beita reglunni á Íslandi.

Í skilningi þýsku útgöngureglunnar er samstæða talin vera til staðar ef félög innan hennar geta skilað samstæðuársreikningi með alþjóðlega reikningsskilastaðlinum IFRS (e. International Financial Reporting Standard). Samstæða er einnig talin vera til staðar þegar fleiri en eitt félag er undir stjórnunarlegum yfirráðum einstaklings eða lögaðila.²²⁷ Þessi skilgreining er nokkurn veginn í samræmi við það sem kemur fram í a-lið 4. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga. Eini munurinn er að í staðinn fyrir að tengja skilgreiningu á samstæðu við alþjóðlega reikningsskilastaðal IFRS þá er 2. gr. laga nr. 3/2006 um ársreikninga látin duga.

Ef félag ætlar að nýta útgönguregluna í Þýskalandi verður það að skila endurskoðuðum samstæðuársreikningi í samræmi við alþjóðlega reikningsskilastaðalinn IFRS. Þetta er þó ekki algilt, en félagi er að öðrum kosti heimilt að leggja fram endurskoðaðan ársreikning í samræmi við lög um ársreikninga í aðildarríki Evrópusambandsins eða reikningsstaðal Bandaríkjanna GAAP (e. Generally Accounting Accepted Principles). Skilyrðið um endurskoðaðan samstæðuársreikning í samræmi við fyrrnefnda staðla gildir einnig fyrir samstæður sem samanstanda af félögum undir stjórnunarlegum yfirráðum einstaklings eða lögaðila.²²⁸

Í útgöngureglu tekjuskattslaga virðist ekki vera gerð krafa um að ársreikningur félags sé í samræmi við alþjóðlega staðla, en almennt verða félög á Íslandi að skila ársreikningum í samræmi við lög nr. 3/2006 um ársreikninga, sbr. 1. gr. laganna.

Samkvæmt þýsku reglunni verður að útbúa ársreikning félags innan samstæðu samkvæmt sömu bókhaldsreglum og samstæðan notar við gerð samstæðuársreikninginn. Ef félag getur ekki haft hann í samræmi við sömu reglur verður það að stemma af ársreikning sinn í samræmi við þá staðla sem samstæðan notar. Þessi afstemming verður að vera endurskoðuð af endurskoðanda.

²²⁵ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 62.

²²⁶ sama heimild 95–96.

²²⁷ sama heimild 95.

²²⁸ sama heimild.

Tilgangurinn með þessu er svo að hægt sé að reikna út eiginfjárlutfall sem byggir á sömu grundvallaraðferðum við útreikninga þegar eignir og skuldir eru metin. En það er ekki nóg í sjálfu sér og þess vegna þarf að gera nokkrar breytingar á útreikningi á eigin fé félagsins og einnig á heildareignum félags.²²⁹

Þær breytingar sem þarf að gera við útreikning eigin fjár eru: Í fyrsta lagi kemur fram viðskiptavild í samstæðuársreikningum og hana þarf að bæta við ársreikning félagsins upp að því marki sem rekja má hana til félagsins. Í öðru lagi þarf að leiðrétta matið á eignum og skuldum í samræmi við samstæðuársreikninginn. Í þriðja lagi þarf að draga frá eigið fé sem hefur ekki atkvæðisrétt. Í fjórða og síðasta lagi þarf að draga frá fjárfestingar eigin fjár í öðrum félögum innan samstæðunnar.²³⁰

Varðandi breytingar á útreikningi á heildareignum félagsins þarf einnig að bæta við rekjanlegri viðskiptavild, leiðrétta mat á eignum og skuldum og draga frá fjárfestingar eigin fjár í öðrum félögum innan samstæðunnar, eins og við útreikning eigin fjár hér að ofan. En einnig þarf að draga frá fjárhagslegar kröfur sem eru ekki innifaldar í samstæðuársreikningnum, en samsvara öðrum skuldum sem eru að lágmarki af sömu fjárhæð.²³¹

Sjá má að það er margt sem þarf að huga að varðandi ársreikning félagsins og samstæðunnar sem hún tilheyrir við beitingu útgöngureglunnar svo að niðurstaðan sé marktæk. Af öllu ofangreindu er einungis eitt sambærilegt atriði að finna í útgöngureglu tekjuskattslaga, þ.e. ef skattaðili hefur bókfært eignarhlut í öðru félagi samstæðunnar samkvæmt hlutdeildaraðferð. Þá eigi að miða útreikning á eiginfjárlutfalli við kostnaðarverð eignarhlutans. Það svipar til fjórða atriðis sem nefnt er við breytingar á útreikningi sem varðar eigið fé félagsins.

Þá er Ísland með sama viðmið og Þýskaland til að sporna við misnotkun á útgöngureglunni, sem er að finna í 2. og 3. málslíð c-lið 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga.

Að lokum er gerð sú krafa í Þýskalandi að félag sem er hluti af samstæðu verður að sýna fram á að vaxtagjöld til tengdra aðila fara ekki yfir 10% af heildarvaxtagjöldum samstæðunnar. Þannig að þrátt fyrir að félag uppfylli öll skilyrði útgöngureglunnar fellur það samt undir takmörkunina á vaxtafrádrætti nema að það geti sannað þetta atriði.²³²

²²⁹ sama heimild 95–96.

²³⁰ sama heimild 95.

²³¹ sama heimild 96.

²³² sama heimild.

Slík regla var hluti af útgöngureglunni upphaflega, en Fjármála- og efnahagsráðuneytið lagði til í minnisblaði sínu að hún yrði tekin út, án nokkurra útskýringar á því.²³³ Samkvæmt bestu framkvæmd aðgerðaráætlun BEPS er mælt með því að byggja á því að heildarvaxtagjöld samstæðu fari ekki yfir 10% til tengdra aðila. Ef reglan er ekki fyrir hendi er mælt með því í aðgerðaráætlun BEPS að ríki séu með sértækar reglur (e. targeted rules) sem gætu tekið á þessum aðstæðum.

Sértækum reglum í þessum skilningi er ætlað að takmarka vaxtafrádrátt á greiðslum sem eru gerðar vegna sérstakra viðskipta eða fyrirkomulags. Sem dæmi um slíka reglu er almenn skattasniðgönguregla og á Íslandi væri það 1. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga. En ekki verður séð að í þeim tilvikum þar sem heildarvaxtagjöld samstæðu færu yfir 10% til tengdra aðila, en eru samt undir 30% viðmiðunarmörkunum, að almenna skattasniðgönguregla tekjuskattslaga gæti takmarkað þann frádrátt. Það er mun líklegra að heimilt verði að draga frá vaxtagjöld sem fara yfir 10% en eru samt undir 30%. Þar sem skattyfirvöld þurfa að sýna fram á að það séu óvenjuleg lánviðskipti við tengda aðila ef vaxtagjöld samstæðunnar í heild eru yfir 10% til þeirra.

Útgönguregla Þýskalands er í samræmi við bestu framkvæmd, eins og henni er lýst í kafla 7 í aðgerð fjögur, aðgerðaráætlun BEPS. Höfundur mælir því með því að fara eftir þeim aðferðum sem Þjóðverjar nota, sérstaklega hvað varðar útreikninga á ársreikningum þannig að áhrif reglunnar verði í takt við það sem ætlast er til. Eins og er þá er ekki byggt á því í íslensku útgöngureglunni að útreikningar í ársreikningum félaga sé breytt til samræmis við samstæðuársreikning, og engar breytingar gerðar á ársreikningum til að fá sem skýrasta mynd af raunverulegu eiginfjárlutfalli.

9.5.4 Fjármálafélög, váttryggingafélög og félög í sviðaþri starfsemi

Fjármála- og váttryggingafélög og félög í sambærilegum rekstri eru undanþegin ákvæði 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga. Undanþága frá takmörkun á frádrætti vaxtagjalda í einni starfsgrein umfram aðra vekur upp spurningar hvort hér gæti verið um að ræða brot á EES-samningnum um ríkisaðstoð.²³⁴ Ljóst er að þessar starfsgreinar fá aðra meðferð heldur en félög í öðrum starfsgreinum þegar kemur að frádrætti vaxtagjalda. En þó er almennt viðurkennt að það þurfi

²³³ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins, 3. Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

²³⁴ Lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið, 2. kafli. Ríkisaðstoð.

sérstakar reglur um takmörkun á frádrætti vaxta vegna félaga sem starfa á þessum sviðum.²³⁵ Í 7. mgr. 4. gr. skattasniðgöngutílskipunar ESB kemur fram að aðildarríkjum sé heimilt að undanskilja fjármálafyrirtæki frá ákvæðinu.²³⁶ Af þessu ákvæði skattasniðgöngutílskipunarinnar má leiða líkur að því að það sé búið að réttlæta þessa undanþágu í EES-rétti. Hlutverk vaxta í þessum geirum er annað heldur en í öðrum félögum. Fjármálagerningar eru þeirra aðal viðskipti og þar að auki þurfa fjármála- og váttryggingafélög að starfa í samræmi við strangar reglur þar sem settar eru takmarkanir á fjármagnsuppbyggingu þeirra. Þá er talið ólíklegt í slíkum félögum að reglur um takmörkun á vaxtafrádrætti í föstu hlutfalli muni hafa áhrif með tilliti til eyðingar á skattstofni og tilfærslu hagnaðar.²³⁷

9.6 Önnur atriði aðgerðaráætlunar BEPS

9.6.1 Yfirfærsla milli ára og tvískattlagning

Það er almennt viðurkennt að félög eru mismunandi eins og þau eru mörg og krefjast þ.a.l. mismunandi fjármögnunar vegna aðstæðna í rekstri. Það getur verið að félag falli undir regluna eingöngu vegna þess að það fjárfestir í stóru verkefni sem gefur ekki af sér hagnað fyrir en á komandi árum. Þannig myndast tímamismunur milli þess hvenær hagnaður kemur inn og hvenær vaxtagjöldin eru greidd. Þá kann einnig að vera að hagnaður félags sé sveiflukenndur án þess að það sé félaginu sjálfu að kenna, t.d. vegna breytinga á markaðsaðstæðum eða vegna vaxandi eða minnkandi fjárhæðar frádráttarbærra vaxtagjalda. Í félagi sem fellur undir undanþágu útgöngureglunnar getur verið að hagnaður sé sveiflukenndur annars staðar í samstæðunni sem kann að lækka frádráttarbær vaxtagjöld hjá félaginu.²³⁸

Þegar ríki útiloka frádrátt vaxtagjalda varanlega skapar það óvissu fyrir samstæður vegna þess að erfiðara verður að gera framtíðaráætlanir til lengri tíma og það gæti gert ríki minna aðlaðandi fyrir fjárfestingar. Útilokun á frádrætti vaxtagjalda til frambúðar getur einnig leitt til tvískattlagningar, ef lánveitandinn er skattlagður vegna sömu vaxta.²³⁹

²³⁵ Alpt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, breytingartillögur við frumvarp til laga um aðgerðir stjórnvalda gegn skattsvikum o.fl., H.1. liður.

²³⁶ Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 laying down rules against tax avoidance practices that directly affect the functioning of the internal market [2016] OJ L193/1, Art. 4, para 7.

²³⁷ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 79.

²³⁸ sama heimild 72.

²³⁹ sama heimild.

Með því að leyfa yfirfærslu á ónotuðum frádráttarbærum vaxtagjöldum eða sem koma ekki til frádráttar vegna takmörkunarinnar í 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga milli ára, með því að færa gjöldin annað hvort fram eða aftur í tíma hefur augljóslega mikla kosti í för með sér fyrir félög. Frá sjónarhorni ríkisins getur slík yfirfærsla verið í samræmi við stefnu ríkisins um að frádráttur vaxtagjalda eigi að vera tengdur við hagnað þess með tímanum.²⁴⁰

Samkvæmt bestu framkvæmd aðgerðaráætlunar BEPS er ekki ætlast til þess að ríki leyfi yfirfærslu á ónotuðum frádráttarbærum vaxtagjöldum eða á umfram vaxtagjöldum sem ekki var heimilt að draga frá á milli ára, heldur eiga þau val um að gera þetta og geta í því skyni valið úr þremur aðferðum. Í fyrsta lagi er hægt að leyfa eingöngu yfirfærslu fram í tímann á umfram vaxtagjöldum sem ekki var heimilt að draga frá. Í öðru lagi er mögulegt að leyfa yfirfærslu fram í tímann, á sama hátt í fyrnefnda valkostinum, en leyfa að auki yfirfærslu á ónotuðum frádrætti vaxtagjalda milli ára. Í þriðja og síðasta lagi er hægt að leyfa yfirfærslu fram og aftur í tímann á umfram vaxtagjöldum sem ekki var heimilt að draga frá.²⁴¹

Yfirfærslur sem þessar myndu ekki koma til skoðunar nema frádráttarbær vaxtagjöld væru umfram viðmiðunarmarkað í 1. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga. Þetta á einnig við í þeim tilvikum þegar útgöngureglunni er beitt, en vaxtagjöldin eru samt umfram viðmiðunarmarkað.²⁴²

Þegar ríki heimila yfirfærslu fram í tímann á ónotuðum frádráttarbærum vaxtagjöldum milli ára er hægt að takmarka fjárhæðina við upphæðina sem fæst þegar hámark leyfilegs frádráttar vaxtagjalda í félagi er dregin frá nettóvaxtagjöldum þess. Þá er hægt að takmarka upphæðina þegar félag fellur undir útgönguregluna á sama hátt, nema útreikningurinn er miðaður við samstæðuna en ekki félagið eitt og sér.²⁴³

Með yfirfærslu milli ára er hætta á eyðingu skattstofna og tilfærslu hagnaðar, einkum í þeim tilvikum þar sem yfirfærslunni er ekki sett nein takmörk. Aðgerðaráætlun BEPS leggur til úrval af takmörkunum við beitingu á yfirfærslu vaxtagjalda milli ára. Fjöldi ára getur verið takmarkaður þar sem hægt er að nýta yfirfærsluna. Þá er hægt að draga úr gildi hennar með því að lækka hana (t.d. um 10% milli ára). Það getur verið sett hámark á upphæð yfirfærslu. Einnig er hægt að draga úr upphæðinni sem fæst með yfirfærslu við prósentu (t.d. einungis heimilt að nota 50% af upphæð hennar). Að lokum er lagt til að hægt sé að fella niður yfirfærsluna eða

²⁴⁰ sama heimild.

²⁴¹ sama heimild.

²⁴² sama heimild.

²⁴³ sama heimild.

færa hana niður í núll kr. í ákveðnum tilvikum (t.d. ef eignarhald félags breytist og eðli starfseminnar með).²⁴⁴

Þegar ríki beitir reglu um takmörkun vaxtafrádráttar með föstu hlutfalli ásamt útgöngureglunni (eins og Ísland hefur gert), þá er mögulegt að setja eitt ákvæði um yfirfærslu fram í tímann, á vaxtagjöldum, sem ekki var heimilt að draga frá, sem nær yfir báðar reglurnar.²⁴⁵

Í umsögn við frumvarpi til laga nr. 112/2016 lagði KPMG til að vaxtagjöld umfram viðmiðunarmarkið yrðu yfirfæranleg milli ára. Þá ætti að haga framkvæmd yfirfærslunnar nokkurn veginn þannig að þau vaxtagjöld sem koma ekki til frádráttar á viðkomandi ári verði yfirfæranleg til næsta árs, og leggjast við vaxtagjöld þess árs og gjaldfærast með þeim allt að 30% af hagnaði þess árs. Einnig taldi KPMG að rétt væri að takmarka tíma yfirfærslu, t.d. við tíu ár, eins og gert er í tekjuskattslögum varðandi yfirfærslu rekstrartaps.²⁴⁶

Þessi tillaga KPMG er í samræmi við aðgerðaráætlun BEPS, en fjármála- og efnahagsráðuneytið svaraði í minnisblaði að breytilegt væri eftir ríkjum hvort slík yfirfærsla vaxtagjalda væri heimil eða ekki. Þrátt fyrir að rök standi með hvoru tveggja þá telur ráðuneytið réttast að heimila ekki slíka yfirfærslu að sinni.²⁴⁷

Höfundur telur að réttast væri að heimila yfirfærslu á vaxtagjöldum milli ára með þeim hætti sem KPMG lagði til vegna þeirra sjónarmiða sem gilda um meðalhófsregluna. Í 8. kafla í aðgerð fjögur í aðgerðaráætlun BEPS er svo að finna enn ítarlegri umfjöllun um mögulegar leiðir við yfirfærslu vaxtagjalda, takmarkanir á yfirfærslu og ástæður fyrir beitingu hennar.²⁴⁸ Af öllum þeim leiðum sem lagðar eru til er augljóslega hægt að veita félögum meiri slaka við beitingu takmörkunar á vaxtafrádrætti án þess að það komi að sök í baráttunni gegn eyðingu á skattstofnum og tilfærslu hagnaðar. Það er því alveg mögulegt að bæta við ákvæði um yfirfærslu vaxtagjalda milli ára, en ná samt fram markmiðinu með lögfestingu 57. gr. b tekjuskattslaga, í samræmi við meðalhófsregluna.

²⁴⁴ sama heimild 73.

²⁴⁵ sama heimild.

²⁴⁶ Alþt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, umsögn KPMG um tillögur fjármála- og efnahagsráðuneytisins til breytinga á þingskjali 1346, Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

²⁴⁷ Alþt. 2015-2016, A-deild, 787. mál, minnisblað Fjármála- og efnahagsráðuneytisins, 4.3 Takmörkun á frádrætti vaxtagjalda.

²⁴⁸ OECD, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (n. 43) 71–73.

10. Takmörkun á vaxtafrádrætti í Þýskalandi

Lög um skattlagningu hlutafélaga í Þýskalandi hefur breyst eftir að mál Lankhorst-Hohorst var fyrir Evrópudómstólnum og í dag ber ákvæðið titilinn vaxtatakmarkanir.²⁴⁹ Það er í meginatriðum eins og íslenska ákvæðið um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda. Mörg ríki tóku upp svipaða reglu og Þýskaland og sú regla varð fyrirmynd að bestu framkvæmd sem aðgerðaráætlun BEPS leggur til í aðgerð fjögur.²⁵⁰ Í dag er reyndar óvissa í Þýskalandi varðandi regluna þar sem 10. febrúar 2016 féll dómur þess efnis að vísa yrði þeirri spurningu til stjórnskipulega dómstóls bandalagsins²⁵¹ hvort ákvæðið um vaxtatakmarkanir brjóti gegn jafnræðisreglu þýsku stjórnarskrárinnar.²⁵²

Í Þýskalandi voru vaxtagjöld almennt talin sem rekstrarkostnaður og var frádráttabær sem slíkur frá tekjum. Ákvæðið um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda var lögfest árið 2008 eins og það er í dag. Það er sambærilegt íslenska ákvæðinu, að undanskildu yfirfærslu milli ára vegna þeirra vaxtagjalda sem eru umfram þess tekjuárs og lágmarksfjárhæð vaxtagjalda er mun hærra, þrjár milljónir evra. Í málinu var um að ræða þýskt fasteignafélag sem er hluti af þýskri samstæðu. Hluti af vaxtagjöldum fasteignafélagsins var ekki frádráttarbær samkvæmt ákvæðinu og var þ.a.l. yfirfæranlegur til næstu ára. Ári seinna var endurskipulagning í fasteignafélaginu sem leiddi til þess að yfirfæranleg vaxtagjöld voru felld niður. Fasteignafélagið kærði ákvörðunina og hélt því fram að ákvæðið væri í andstöðu við 3. gr. stjórnarskrárinnar sem varðar jafnræði.²⁵³

Almennt hefur löggjafarvald Þýskalands verulegt svigrúm við val á skattlagningu og skatthlutfalls. Hins vegar er þetta svigrúm verið veitt á grundvelli stjórnskipulegra meginreglna eins og t.d. meginreglunni um greiðslugetu og meginreglunni um samkvæmni, en þýski dómstóllinn telur ákvæðið brjóta gegn báðum þessum meginreglum. Því var einnig haldið fram að yfirfærsla milli ára nægir ekki til að réttlæta brotið þar sem rétturinn á yfirfærslu vaxtagjalda milli ára veitir ekki endilega rétt til að nýta þessi sömu vaxtagjöld við skattlagningu í framtíðinni.²⁵⁴

²⁴⁹ Á þýsku: Zinsschranke; á ensku: interest barrier rule.

²⁵⁰ Norbert Mueckl, Christian Port og Markus München, „Federal Fiscal Court Challenges Constitutionality of German Interest Barrier Rule and Refers It to the Federal Constitutional Court for Decision“ *Baker & McKenzie* (apríl 2016) <http://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2016/04/federal-fiscal-court-challenges-constitutionality/al_germany_interestbarrierrule_apr16.pdf?la=en> skoðað 13. desember 2017.

²⁵¹ Á þýsku: Bundesverfassungsgericht (BVerfG); á ensku: Federal Constitutional Court.

²⁵² Á þýsku: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland; á ensku: Basic Law for the Federal Republic of Germany.

²⁵³ Norbert Mueckl, Christian Port og Markus München (n. 250).

²⁵⁴ sama heimild.

Brot gegn stjórnarskránni í Þýskalandi eru eingöngu talin réttlæt看leg ef þau fela í sér lögmet markmið og þá mega brotin ekki ganga lengra heldur en þarf, þ.e. það þarf að gæta meðalhófs. Í niðurstöðum dómstólsins kom fram að markmið ákvæðisins um vaxதாகmarkanir í Þýskalandi, þ.e. að fyrirbyggja skattasniðgöngu, auka skatttekjur ríkisins og styrkja eiginfjárgrunn, væri ekki réttlæt看legt fyrir brotum gegn meginreglunum um greiðslugetu og samkvæmni. Því þótti nauðsynlegt að málið færi fyrir stjórnskipulega dómstól bandalagsins, en það er eini dómstóllinn í Þýskalandi sem má dæma á grundvelli stjórnarskrárinnar.²⁵⁵

Ekki er komin niðurstaða frá stjórnskipulega dómstólnum, en það gæti tekið nokkur ár. Þangað til að niðurstaða fæst í málinu geta skattyfirvöld í Þýskalandi enn takmarkað vaxtafrádrátt í samræmi við núgildandi ákvæði. En það verður líklega gert með fyrirvara um breytingar. Ef ákvæðið reynist vera andstætt stjórnarskrá Þýskalands verður að lagfæra skattlagninguna, skattaðilanum í hag. Á hinn bóginn ef ákvæðið reynist vera í samræmi við stjórnarskránna fellur fyrirvarinn niður og skattlagningin telst lögleg.²⁵⁶

Í ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga er ekki heimilt að yfirfæra umfram vaxtagjöld sem ekki koma til frádráttar, til næstu ára. En ekki er útilokað að slík heimild bætist við ákvæðið í framtíðinni. Ef til þess kemur þarf að huga að jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar við lögfestinguna og hvort slík yfirfærsla geti talist andstæð henni, eins og óvissa er um í Þýskalandi þessa stundina.²⁵⁷

Um yfirfærslu milli ára í aðgerðaráætlun BEPS er fjallað um að hægt sé að setja takmörkun sem felur í sér að yfirfærslan fellur niður ef verulegar breytingar verða á eignarhaldi félags og þ.a.l. eðli starfseminnar. Það er nokkuð ljóst að niðurstaða í ofangreindu máli fyrir þýskum dómstólum getur skipt máli fyrir ríki sem áætla að heimila yfirfærslu takmarkaðra vaxtagjalda. Að öðru leyti telur höfundur ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga ekki ganga gegn jafnræðisreglu stjórnarskrárinnar, en löggjafinn hérlandis hefur almennt notið verulegs svigrúms til ákvörðunar á skattlagningu og ber dómafrankvæmdin þess merki.²⁵⁸

Í dómi *Hæstaréttar frá 10. apríl 2014 nr. 726/2013* (Guðrún g. íslenska ríkinu) má finna leiðbeiningar þess hvenær skattalög gætu talist andstæð jafnræðisreglunni. Í málinu var deilt um lögmeti auðlegðarskatts. Talið var að ákvæði stjórnarskrárinnar um friðhelgi eignarréttar og jafnræðisregluna, ásamt 1. mgr. 1. gr. og 14. gr. sammingsviðauka nr. 1 við mannréttindasáttmála Evrópu, setji skattlagningarvaldi löggjafans mörk. En ef þau

²⁵⁵ sama heimild.

²⁵⁶ sama heimild.

²⁵⁷ Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944, 65. gr.

²⁵⁸ Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: mannréttindi* (Codex 2008) 482–484.

grundvallarsjónarmið sem í ákvæðunum felast eru virt, hafa dómstólar játað löggjafanum verulegt svigrúm til að ákveða hvernig skattlagningu skyldi háttáð. Enn fremur var talið að ekki megi ganga svo langt í að skattleggja einstaka menn að þeim sé mismunað á ótilhlýðilegan hátt í samanburði við aðra.

Auðlegðarskatturinn var talinn réttlætanlegur á þeim grunni að staðan í ríkisfjármálum var verulega slæm þegar hann var lögfestur og brýn þörf var á að afla ríkissjóði viðbótartekna. Aftur á móti voru skattleysismörk auðlegðarskattsins hjá hvoru hjóna lægri en hjá einstaklingi sem er ekki í sambúð. Fallist var á að í því gæti falist mismunun ef það myndi styðjast við málefnaleg rök. En þar sem auðlegðarskatturinn væri tímabundinn var ekki talin næg ástæða til að líta svo á að með skattleysismörkunum væri brotið gegn framangreindum ákvæðum. Ljóst er að ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga er ekki tímabundið og staðan í ríkisfjármálum hefur sjaldan verið betri.²⁵⁹ En eftir að b-liður 3. mgr. ákvæðisins var felldur út felst ekki lengur bein mismunun í ákvæðinu og eftir því sem höfundur kemst næst mun ákvæðið ganga jafnt yfir alla, en alltaf er hætta á því að upp komi mismunun við beitingu þess.

²⁵⁹ „Fjármálastöðugleiki 2016/2“ [2016] (19. rit) Seðlabankinn <<https://www.sedlabanki.is/utgefing-efni/rit-og-skyrslur/rit/2016/10/12/Fjarmalastodugleiki-206-2/>> skoðað 12. mars 2017.

11. Niðurstöður og samantekt

Ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga takmarkar frádrátt vaxtagjalda í fyrirtækjum og er ætlað að taka á því vandamáli sem þunn eiginfjármögnun leiðir af sér. Með henni er félagi veitt óhóflegt lánsfjármagn í samanburði við eigið fé þess. Í hinu alþjóðlega samhengi getur slík fjármögnun skipt máli ef markmiðið er að spara skatta hjá tengdu félagi í háskattaríki. Vextir hafa í gegnum tíðina verið frádráttarbærir frá tekjum félags, en arðgreiðslur eru það hins vegar ekki, og er einungis úthlutað af óráðstöfuðu fé. Af lánnum eru alltaf greiddir vextir, sama hvernig fjárhagur félags er staddur. Þessi mismunandi meðferð á vöxtum og arði hefur stundum verið talin hvetja til tilfærslu á hagnaði milli ríkja. En fjölbjóðlegar samstæður hafa í gegnum tíðina náð að færa tekjur af rekstri félags í háskattaríki til lágskattaríkis með því að fjármagna félagið með óhóflegu lánsfé og komast þær þannig hjá skattlagningu á vaxtatekjunum.

Oft hefur verið uppi sú umræða hvort milliverðlagningar- og armslengdarreglan, sem í henni felst, nái utan um þessi vandamál tengd þunnri eiginfjármögnun. Enginn vafi leikur á því að ef sýnt væri fram á að vaxtakjör eða skilmálar lánsins væru ekki í samræmi við það sem hefði gerst milli ótengdra aðila. Þá væri hægt að byggja á milliverðlagningarreglu 57. gr. tekjuskattslaga og 7. og 9. gr. samningsfyrirmyndar OECD, þar sem augljóslega hafi viðskiptin ekki verið í armslengd. Þegar vaxtakjörum sleppir er hins vegar málið ekki alveg jafn skýrt þar sem lögskýringagögnum virðist vera ábótavant um hvernig meta eigi að lánið sjálft sé í armslengd. Í athugasemdum með 9. gr. samningsfyrirmynd OECD kemur a.m.k. fram að það sé heimilt að líta á lánsfjármögnun sem fjármögnun með eigið fé í raun, og skattleggja vaxtagreiðslur sem arðgreiðslur.

Ákvæði 57. gr. b tekjuskattslaga er undirákvæði raunveruleikareglunnar, milliverðlagningarreglunnar og skattlagningu í lágskattaríkjum sem segir ýmislegt um hver raunverulegur tilgangur með lögfestingu ákvæðisins er. Hins vegar er ekki að finna þær skýringar með ákvæðinu að því sé ætlað að tækla skattasniðgöngu, heldur er því ætlað að vernda skatttekjur ríkisins tryggja skattlagningu á tekjum sem eiga uppruna sinn héraðs. Til þess að skilja í hverju skattlagningin felst er nauðsynlegt að fara yfir hvaða gjöld teljist til vaxta, en mikil óvissa ríkti um skilgreininguna á því við lögfestingu ákvæðisins. Að lokum var farin sú leið að vísa beint til ákvæða 1. og 2. mgr. 49. gr. tekjuskattslaga um hvaða gjöld ættu nákvæmlega heima undir takmörkuninni sem sett er í 57. gr. b laganna. Lengst af voru uppi hugmyndir um að setja fram nýtt ákvæði með skilgreiningu á hugtakinu vextir, en slíka skilgreiningu er ekki að finna í tekjuskattslögum, og hefur það þótt fremur bagalegt. Hins vegar er komin mikil reynsla og

dómaframkvæmd í tengslum við þau ákvæði tekjuskattslaga þar sem fjallað er um vexti og þótti því óvarlegt að fara í þær aðgerðir að skilgreina vaxtahugtakið sérstaklega. Höfundur er þó þeirrar skoðunar að slík skilgreining væri til bóta og hægt sé að finna öllum þeim tekjum og gjöldum sem falla undir vaxtaákvæði tekjuskattslaga nýjan stað, ef til sérstakrar skilgreiningar á hugtakinu vextir kæmi til skoðunar. Af dómaframkvæmd í tengslum við vaxtagjöld má ráða að lengi hafi verið uppi sú framkvæmd í íslensku viðskiptalífi að kaupa félag sem býr yfir ógrynni af ónýttu rekstrartapi og nýta það síðan í sínum rekstri, sem oftast er fullkomlega í lagi. En eftir að fjárfestar fóru að ráðast í það að stofna félag sérstaklega í þeim tilgangi að láta það taka lán til kaupa á öðru félagi sem sameinuð væru stuttu síðar. Þá hafi nýting á rekstrartapi verið tekið upp á hærra plan, þar sem ásetningurinn er augljós. Í tilvikum sem þessum má segja að félagið hafi tekið lán til þess að gefa öðrum einstaklingum hlut í sjálfu sér.

Eftir alla tækni- og alþjóðavæðinguna síðustu áratugi hafa viðskipti milli landa aukist til muna og aldrei hefur verið auðveldara að eiga félag í öðru landi og ráða yfir því. Fyrst um sinn fór öll samvinna á alþjóðavísu í það að berjast gegn tvískattlagningu tekna með því að koma á laggirnar tvísköttunarsamningum, sem gerðir eru milli ríkja, og tilgreina ákveðin réttindi fyrir ríkisborgara þeirra ásamt því að skipta skattlagningarréttinum á milli þeirra. Síðar kemur í ljós að margar glufur er í tvísköttunarsamningum sem aðilar hafa nýtt sér í gegnum árin til þess að færa tekjur á milli ríkja, sem leiðir til þess að þau missa af skattlagningu á tekjum sem þar eru búnar til og upprunnar.

Loks sammæltust G-20 ríkin og OECD að næsta skref væri að koma á jafnvægi varðandi skattlagningaréttinn milli ríkja. Árið 2013 kom því út aðgerðaráætlun BEPS sem er ætlað að taka á eyðingu skattstofna og tilfærslu hagnaðar. Aðgerð fjögur er tileinkuð bestu framkvæmd við lögfestingu á ákvæði er varðar takmörkun vaxtafrádráttar. Skattkerfi eru mismunandi eftir ríkjum og því var í raun tilkynnt um tvær leiðir sem hægt væri að fara við takmörkun á vaxtafrádrætti. Reglan á Íslandi er sambærileg þeirri sem er að finna í Þýskalandi og Noregi, en Danmörk valdi að fara hina leiðina. Mismuninn er þannig ekki einungis að finna milli heimshorna, heldur einnig milli nágranna okkar.

Vegna aðildar Íslands að EES-samningnum verður að fylgja markmiðum hans um einsleitan innri markað og fjórfrelsi milli aðildarríkja EES og ESB. Öll lög sem eru sett eiga á hættu að hindra eða takmarka með einum eða öðrum hætti það sem felst í fjórfrelsinu og því verður löggjafarvaldið að vanda til verka. Í b-lið 3. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga er að finna undantekningu frá takmörkun um frádrátt vaxtagjalda ef lánveitandi ber ótakmarkaða skattskyldu hérlendis. Raunar er ótrúlegt að þessi undanþága hafi náð að læðast með inn í lögin

þar sem hægt er að finna fjölda viðvarana vegna hugsanlegra brota gegn EES-samningnum í lögskýringagögnum um þetta atriði. Vandamál tengd þunnri eiginfjármögnun fara nefnilega eðlilega hverfandi ef lánveitandi og lántaki eru bæði með ótakmarkaða skattskyldu hérlandis. Þar sem aðalvandamálið er flutningur á tekjum út fyrir landsteinana án þess að það komi til skattlagningar á þeim. En á síðustu metrunum við lögfestingu á ákvæðinu náði þessi undantekning inn og strax ári seinna var henni fleygt út með breytingarlögum nr. 57/2017.

Dómur Evrópudómstólsins í máli Lankhorst-Hohorst staðfestir að löggjöf í einu aðildarríki sem á einhvern hátt mismunar aðilum einungis á þeim grunni að þeir eigi ríkisfang í öðru aðildarríki sé hindrun á staðfesturétti innan EES og ESB ríkja, sbr. 31. gr. EES-samningsins og 43. gr. stofnsáttmála ESB. Undanþága frá íþyngjandi skattareglu sbr. b-lið 3. mgr. 57. gr. b tekjuskattslaga verður að teljast fremur augljós mismunun og hindrun fyrir aðila á einsleitum innri markaði EES og ESB.

Þegar farið er nánar út í 57. gr. b tekjuskattslaga vakna fljótt spurningar varðandi alls kyns atriði. Ef ekki væri fyrir aðgerðaráætlun BEPS væri einnig erfitt að fá svör við flestum þeirra. En sem betur er hægt að byggja á þeirri vinnu sem farið hefur verið í innan OECD við aðgerðaráætlunina. Í fyrsta lagi er hvergi sagt berum orðum í lögskýringagögnum með ákvæðinu hvernig eigi að beita því nákvæmlega og reikna út niðurstöðurnar. En í aðgerðaráætlun BEPS kemur fram að reikna eigi út viðeigandi fjárhæð EBITDA hagnaðar. Næst skal reikna út hver viðmiðunarmörkin eru með því að finna út hvað 30% af EBITDA hagnaðinum sé. Með því sést hversu mikil vaxtagjöld megi draga frá. Loks er tekið saman hver heildarvaxtagjöld félagsins eru í raun og þá ættu menn að sjá hvort frádráttur vaxtagjaldanna verði takmarkaður, að því gefnu að þau séu yfir 100 milljónir kr.

Höfundur þykir nægilega skýrt hvað felst í vaxtagjöldum, hagnaði (skattalegt EBITDA), tengdum aðilum og undanþágu hvað varðar lágmarksfjárhæð vaxtagjalda og fjármálafélög og váttryggingafélög. Öðru máli gegnir um undanþágu, skv. c-lið 3. mgr. 57. gr. tekjuskattslaga um eiginfjárhlutfall samstæðunnar, þ.e. útgöngureglan. Við fyrstu sýn kann útgöngureglan að þykja einföld. En um leið og á að fara að beita henni flækjast málin. Þannig vantar alveg upplýsingar um hvaða gögnum eigi að skila til skattyfirvalda og hvernig þau eiga að vera útbúin. Nú styttest í að takmörkun á vaxtafrádrætti verði beitt í fyrsta sinn og því er mikilvægt að fá frekari leiðbeiningar um hvernig útgöngureglan virkar, frá skattyfirvöldum til að einfalda vinnuna við álagningu árið 2018 vegna tekjuársins 2017. Hugsanlegt er að engin eða mjög fá félög þurfi að nýta sér hana, en það réttlætir ekki þennan skort á upplýsingum hvernig beita eigi reglunni. Það myndi auðvelda bæði skattaðilum og skattyfirvöldum að hafa slíkar leiðbeiningar reiðubúnar

ef það kæmi upp. Þannig gætu skattyfirvöld ákvæðið fyrirfram hvernig þau ættu að bera sig að. En það er alltaf hættu á því að skattyfirvöld geri félögum annað hvort of erfitt eða létt fyrir ef leiðbeiningarnar eru búnar til á staðnum í tilfellum þar sem félag þarf að nýta sér regluna. Þar sem ekki verður hægt að gæta hlutleysis á þeim tímapunkti.

Til viðbótar við ákvæðið telur höfundur að það sé eðlilegt að bæta við málsgrein sem leyfir yfirfærslu á umfram vaxtagjöldum, sem ekki komu til frádráttar á árinu, yfir til næstu ára. Yfirfærslan þarf þó auðvitað að vera bundin takmörkunum, svo ekki sé hægt að safna upp endalausum frádrátt sem síðan myndi leiða til braks með félög sem eiga inni frádrátt. Lagt er til að öll vaxtagjöld sem eru umfram viðmiðunarmörk verði yfirfæranleg og leggist við vaxtagjöld næsta árs. Samanlögð vaxtagjöld lúta þannig enn viðmiðunarmörkunum sem ákvæðið setur. Rétt er að takmarka yfirfærsluna til 10 ára, eins og gert er í tekjuskattslögum varðandi yfirfærslu rekstrartaps.

Að lokum er rétt að velta fyrir sér ákvæðinu með hliðsjón af jafnræðisreglu 65. gr. stjórnarskrárinnar. Í Þýskalandi féll dómur í febrúar 2016 sem vísaði þeirri spurningu til stjórnskipulegs dómstóls bandalagsins hvort ákvæði um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda fæli í sér brot gegn jafnræðisreglu þýsku stjórnarskrárinnar. Talið er að ákvæðið um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda, brjóti gegn meginreglum stjórnskipunarréttar um greiðslugetu og samkvæmni. Ákvæðið er sambærilegt íslenska ákvæðinu að mestu leyti, fyrir utan yfirfærslu á takmörkuðum vaxtagjöldum. En í málið sem er núna fyrir þýskum dómstólum telja aðallega að mismun felist í því þrátt fyrir að vaxtagjöld séu yfirfæranleg, þýðir það ekki að unnt verði að nýta það í framtíðinni. Til þess að réttlæta brot gegn stjórnarskránni verður að vera lögmætt markmið til staðar og enn fremur má ekki ganga lengra en þörf er á til að ná því fram. Það getur tekið nokkur ár fyrir stjórnskipulegan dómstól bandalagsins að komast að niðurstöðu í málinu. Það er mikilvægt að hafa í huga þýska dómsmálið ef lögfesta á yfirfærslu á takmörkuðum vaxtagjöldum í íslenska ákvæðið.

Svo virðist sem ákvæði um takmörkun vaxtafrádráttar laði að sér mál um mismunun og brot gegn jafnræðisreglu, sbr. fyrrgreind mál fyrir þýskum dómstólum og fyrir Evrópudómstólnum. Höfundur finnst það í raun ekki undarlegt þar sem með takmörkun vaxtafrádráttar er ekki verið að ráðast á rætur vandamálsins. Rætur vandamálsins liggja í því að fjármagn sem er búið til og upprunnið í einu ríki, er fært til annars ríkis án skattlagningar á tekjunum. Takmörkun á vaxtafrádrætti eykur skattbyrði á alla sem undir regluna falla, óháð því hvort aðilar séu í raun að færa tekjur úr landi.

Heimildaskrá

„About the Inclusive Framework on BEPS - OECD“ <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>> skoðað 6. nóvember 2017

Alecci S, „VIDEO: Twelve Months of Investigations, Impact and Outrage“ <<https://panamapapers.icij.org/20170403-anniversary-fundraising-campaign.html>> skoðað 10. apríl 2017

„Áfangaskýrsla starfshóps um milliverðlagningu“ (Fjármála- og efnahagsráðuneytið maí 2013) <<https://www.stjornarradid.is/media/fjarmalaraduneyti-media/media/utgafa/milliverdlagning052013.pdf>> skoðað 13. apríl 2017

Ásmundur G. Vilhjálmsson, *Skattur á fyrirtæki* (SkattVís 2003)

——, *EES-samningurinn og íslenskur skattaréttur* (SkattVís 2014)

——, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017)

„Better policies for better lives. The OECD at 50 and beyond“ (2011) <<http://www.oecd.org/about/47747755.pdf>> skoðað 22. nóvember 2017

Björg Thorarensen, *Stjórnskipunarréttur: mannréttindi* (Codex 2008)

„Common Reporting Standard“ (*Ríkisskattstjóri*) <<https://www.rsk.is/fagadilar/crs/>> skoðað 28. nóvember 2017

„Eignir Íslendinga á aflandssvæðum. Könnun starfshóps á vegum fjármála- og efnahagsráðuneytisins á fjármagnsflutningum og eignamsýslu á lágskattasvæðum“ (Fjármála- og efnahagsráðuneytið 1. júní 2017) <<https://www.stjornarradid.is/gogn/rit-og-skyrslur/stakt-rit/2017/01/06/Eignir-Islandinga-a-aflandssvaedum-og-tekjutap-hins-opinbera-Skyrsla-starfshops/>> skoðað 28. nóvember 2017

„FATCA“ (*Ríkisskattstjóri*) <<https://www.rsk.is/fagadilar/fatca/>> skoðað 28. nóvember 2017

„Fjármálastöðugleiki 2016/2“ [2016] (19. rit) Seðlabankinn <<https://www.seðlabanki.is/utgefid-efni/rit-og-skyrslur/rit/2016/10/12/Fjarmalastodugleiki-206-2/>> skoðað 12. mars 2017

Gylfi Magnússon, „Hvað er EBITDA fyrirtækja og hvernig er hún reiknuð út?“ (*Vísindavefurinn*, 31. maí 2007) <<http://www.visindavefur.is/svar.php?id=6662>> skoðað 9. nóvember 2017

Hanna G. Sigurðardóttir, „Álverksmiðjur, hagnaður og bókhald“ (*RÚV*, 19. febrúar 2015)
<<http://www.ruv.is/frett/alverksmidjur-hagnadur-og-bokhald>> skoðað 6. nóvember 2017

Helgi Seljan, „Alcoa greitt Alcoa 60 milljarða í vexti“ (*RÚV*, 19. nóvember 2015)
<<http://www.ruv.is/frett/alcoa-greitt-alcoa-60-milljarda-i-vexti>> skoðað 15. janúar 2017

Helgi V. Jónsson, „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattsstofns“ [1993] (46 (4))
Úlfjótur 319

Helminen M, *The International Tax Law Concept of Dividend* (Kluwer Law International 2010)

„History - OECD“ <<http://www.oecd.org/about/history/>> skoðað 22. nóvember 2017

„Hver eru OECD-ríkin og hvað merkir skammstöfunin?“ (*Evrópuvefurinn*, 30. júlí 2012)
<<http://www.evropuvefur.is/svar.php?id=29345>> skoðað 22. nóvember 2017

„ICIJ birtir gagnagrunn með Panamagögnunum 9. maí“ (*Reykjavík Media*, 26. apríl 2016)
<<http://rme.is/frettir/icij-birtir-gagnagrunn-med-panamagognunum-9-mai/>> skoðað 6. nóvember 2017

Indriði H. Þorláksson, „Efnahagsleg áhrif erlendra stóriðju á Íslandi“
<<https://indridith.files.wordpress.com/2015/03/200902-efnahagsleg-c3a1hrif-erlendrar-stc3b3ric3b0ju.pdf>> skoðað 6. nóvember 2017

Jóhannes Kr. Kristjánsson, „Gögnin spanna rúmlega 60 ár“ (*Reykjavík Media*, 11. maí 2017)
<<http://rme.is/frettir/gognin-spanna-rumlega-60-ar/>> skoðað 6. nóvember 2017

Kristján Gunnar Valdimarsson, „Skattasniðganga“ (1999) 49 (3) Tímarit lögfræðinga 219

„Leiðbeiningar um áreiðanleikakönnun fjármálastofnana á reikningum og reikningseignum“ (*Ríkisskattstjóri*)

<<https://www.rsk.is/fagadilar/crs/leidbeiningar/leidbeiningar-um-areidanleikakonnun-fjarmalastofnana-a-reikningum-og-reikningseignum>> skoðað 28. nóvember 2017

Norbert Mueckl, Christian Port og Markus München, „Federal Fiscal Court Challenges Constitutionality of German Interest Barrier Rule and Refers It to the Federal Constitutional Court for Decision“ *Baker & McKenzie* (apríl 2016) <http://www.bakermckenzie.com/-/media/files/insight/publications/2016/04/federal-fiscal-court-challenges-constitutionality/al_germany_interestbarrierrule_apr16.pdf?la=en> skoðað 13. desember 2017

OECD, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2013) <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264202719-en>> skoðað 10. mars 2017

——, *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version)* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2015) <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264239081-en>> skoðað 11. október 2017

——, „Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Update“ (Organisation for Economic Co-operation and Development 22. desember 2016) <http://www.keepeek.com/Digital-Asset-Management/oecd/taxation/limiting-base-erosion-involving-interest-deductions-and-other-financial-payments-action-4-2016-update_9789264268333-en> skoðað 17. janúar 2017

——, *OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations 2017* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2017) <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/tpg-2017-en>> skoðað 11. október 2017

——, „Flyer for the Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters“ <http://www.oecd.org/ctp/exchange-of-tax-information/ENG_Convention_Flyer.pdf> skoðað 22. október 2017

OECD og Council of Europe, *The Multilateral Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters* (Organisation for Economic Co-operation and Development 2011) <<http://www.oecd-ilibrary.org/content/book/9789264115606-en>> skoðað 20. október 2017

Organisation for Economic Co-operation and Development, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014* (OECD)

Páll Hreinsson, Sigríður Benediksdóttir og Tryggvi Gunnarsson, „Aðdragandi og orsakir falls íslensku bankanna 2008 og tengdir atburðir“ (Rannsóknarnefndir Alþingis 12. apríl 2010) <<https://www.rna.is/eldri- nefndir/addragandi-og-orsakir-falls-islensku-bankanna-2008/skyrsla- nefndarinnar/bindi-2-kaflar-7-og-8/8.-kafli/>> skoðað 15. október 2017

Páll Jóhannesson, „Vaxtafrádráttur - hvar liggja mörkin?“ (2016) 38 (1) FLE Blaðið <<https://www.fle.is/static/files/2016/yomislegt/fle-bladid-2016-fyrir-netid.pdf>> skoðað 15. nóvember 2017

Páll Sigurðsson o.fl. (ritstj.), *Lögfræðiorðabók með skýringum* (Codex: Lagastofnun Háskóla Íslands 2008)

Ragnheiður Snorradóttir, „Þunn eiginfjármögnun“ [2008] Grábrók : tímarit lagadeildar Háskólans á Bifröst 113

Sandra Fernandes, „Arm’s Length Principle and the Issue of Thin Capitalization“ <<http://www.ibdt.org.br/RDTIA/en/01/arms-length-principle-and-the-issue-of-thin-capitalization/>> skoðað 20. nóvember 2017

Stefán Már Stefánsson, *Samstaður hlutafélaga* (Hið íslenska bókmenntafélag 2008)

„Tax - OECD“ <<http://www.oecd.org/tax/>> skoðað 11. október 2017

„Taxing Multinational Enterprises – Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) III“ (Organisation for Economic Co-operation and Development október 2015) <[http://www.oecd.org/policy-briefs/PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-\(BEPS-III\)-Oct-2015.pdf](http://www.oecd.org/policy-briefs/PB-Base-Erosion-Profit-Shifting-(BEPS-III)-Oct-2015.pdf)> skoðað 10. mars 2017

„Tvísköttunarsamningar“ (*Ríkisskattstjóri*) <<https://www.rsk.is/einstaklingar/skattskylda/tviskottunarsamningar/>> skoðað 21. nóvember 2017

„Upplýsingaskiptasamningar“ (*Stjórnarráðið*) <<https://www.stjornarradid.is/verkefni/efnahagsmal-og-opinber-fjarmal/tekjur-rikissjods/althjodlegir-skattasamningar/upplýsingaskiptasamningar/>> skoðað 23. nóvember 2017

Zelmanovich B og Hansen CM, „The Basics of EBITDA“ (2017) 36 (2) American Bankruptcy Institute Journal; Alexandria 36