



ML í lögfræði

**Styrking CFC-reglna á Íslandi og mikilvægi
raunveruleikaundanþágunnar innan EES**

Með hliðsjón af BEPS aðgerðaráætlun OECD

Desember 2019

Nafn nemanda: Fanney Margrét Hafþórsdóttir

Kennitala: 061191-2599

Leiðbeinandi: Páll Jóhannesson

Útdráttur

Hugtakið alþjóðlegur skattaréttur felur í sér vissa þversögn, en eðli máls samkvæmt er skattaréttur landsréttur þar sem heimildir ríkja byggja ýmist á tengslum þeirra við skattgreiðanda eða þeirra verðmæta sem skattleggja á. Alþjóðleg skattavandamál eru ekki ný af nálinni en vegna aukinnar alþjóðavæðingar viðskiptaumhverfis og aukins hreyfanleika fjármagns hafa þau þó líklega aldrei verið jafn ofarlega á baugi og þau eru í dag. Veikleikar í núgildandi löggjöf ríkja skapa tækifæri til alþjóðlegrar skattaskipulagningar en það krefst djarfra aðgerða yfirvalda til að stemma stigu við þeim skattaflótta sem á sér stað. CFC-reglur eru liður í þeirri baráttu, en tilgangur þeirra er að koma í veg fyrir að alþjóðlegar fyrirtækjasamstæður geti fært hagnað sinn til lágskattaríkja og halda skattlagningarrétti ríkja þar sem hagnaðurinn myndast í raun. Með ritgerð þessari er því leitast við að svara þeirri spurningu hvort styrkja þurfi gildandi CFC-löggjöf hér á landi og ef svo er, þá að hvaða leyti. Í fyrsta hluta ritgerðarinnar er fjallað um skattarétt og alþjóðlega skattaskipulagningu. Í öðrum hluta hennar er farið ítarlega yfir áhrif meginreglna Evrópuréttar á skattalöggjöf aðildarríkja og mikilvægi raunveruleikaundanþágunnar innan EES með hliðsjón af dómaframkvæmd Evrópu- og EFTA-dómstólsins. Í þriðja hluta ritgerðarinnar er varpað ljósi á hið íslenska CFC-ákvæði 57. gr. a. tekjuskattslaga og áform ríkisstjórnarinnar um lagasetningu til breytinga á því. Að lokum eru dregnar ályktanir um hvernig ætti að haga CFC-löggjöf hér á landi þannig að hún samræmist BEPS aðgerðaráætlun OECD með hliðsjón af ATAD tilskipun Evrópusambandsins og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins.

Abstract

One might claim that international tax law is a paradox as the power to impose taxes is generally recognized as a right of governments. Can a country simply decide to tax nonresidents on foreign-source income? The nationality of corporations is a difficult issue when it comes to international taxation. In general, corporations are considered nationals based on the country in which they are incorporated, the country from which they are managed and controlled, or both. The interesting aspect of nationality jurisdiction for corporations in tax law is the gradual adoption of a rule that permits countries to tax „controlled foreign companies“ (CFCs), that is, corporations controlled by nationals, as if they were nationals themselves. Due to the increase of national economies and markets in recent years, it has become easier for international companies who have foreign source income to avoid taxation on such income by shifting it to a company incorporated in another country, preferably a tax haven, where it can accumulate tax free. The goal of CFC rules is to respond to that risk. Without such rules, CFCs provide opportunities for profit shifting and long-term deferral of taxation. The main objective of this thesis is to shed light on the question whether or not existing CFC-legislation in Iceland needs to be reviewed and if so, in what way. A close look is also taken into the limits imposed by EU law as it has been argued that the landmark decision of the European Court of Justice in *Cadbury Schweppes* implies that there is little room for the application of CFC rules in the EU/EEA context. Finally, the thesis proposes amendments to the current Icelandic CFC legislation to the provision that complies with BEPS action 3 along with ECJ precedents.

Formáli

Ritgerð þessi er unnin sem 30 eininga lokaverkefni mitt til meistaraþrófs í lögfræði við lagadeild Háskólans í Reykjavík, haustið 2019. Leiðbeinandi minn í ritgerðinni er Páll Jóhannesson hdl., sérfræðingur í innlendum og alþjóðlegum skattarétti og kann ég honum bestu þakkir fyrir örugga handleiðslu og gagnleg ráð. Einnig langar mig að þakka móður minni fyrir alla þá aðstoð sem hún hefur veitt mér í gegnum laganámið, en sérstakar þakkir fá dætur mínar tvær sem hafa verið hvatinn fyrir þessu öllu og ljósin í lífi mínu, Aría Rós og Eva Lív.

Ritgerð þessi er að lokum tileinkuð ömmu minni, nöfnu og fyrirmynd, Fanneyju Guðbjörnsdóttur. Takk fyrir að hafa óbilandi trú á mér og fyrir skilyrðislausan stuðning. Án þín hefði þetta ekki hafist.

Efnisyfirlit

Mynda- og töfluskrá	vi
Dómaskrá.....	vii
Lagaskrá	viii
1. Inngangur, uppbygging & afmörkun.....	1
2. Skattskylda	2
2.1. Skattlagning fyrirtækja.....	3
2.2. Skattlagning arðs.....	4
3. Alþjóðleg skattaskipulagning.....	5
4. Takmörkunarreglur	6
4.1. Raunveruleikareglan	7
4.2. Milliverðlagsreglur	7
4.3. Reglur um þunna eiginfjármögnun	8
4.4. Raunverulegur eigandi (e. Beneficial owner)	9
4.5. CFC-reglur	10
4.5.1 Lágskattaríki og skattaskjól	11
4.5.2 CFC-reglur innan EES	12
5. Tengsl Evrópuréttar við íslenskan skattarétt.....	13
5.1. Dómar Evrópudómstólsins.....	14
5.2. Frjálst flæði fjármagns	14
5.3. Stofnsetningarrétturinn	15
5.4. Bann við mismunun	16
5.4.1. Óbein mismunun	17
5.4.2. Sjónarmið sem réttlæta mismunun.....	18
5.5. Meðalhófsreglan	19
6. Samanburðargreining á Cadbury Schweppes og Olsen-málunum	20
6.1. Mál Evrópudómstólsins C-196/04 (<i>Cadbury Schweppes</i>).....	20
6.2. Sameinuð mál EFTA-dómstólsins E-3/13 & E-20/13 (<i>Olsen g. norska ríkinu</i>).....	21
6.3. Réttlættingarástæður	21
6.4. Meðalhófsreglan í framkvæmd	23
6.5. Hið huglæga skilyrði.....	24
6.6. Hið hlutlæga skilyrði.....	26
6.7. Getur hin raunverulega starfsemi átt sér stað utan búseturíkisins?	29
6.8. Samantekt á Cadbury-Schweppes og Olsen-málunum	29
7. 57. gr. a. tsl. – Skattlagning vegna eignarhalds á lágskattasvæðum	30

7.1. Breytingar á íslensku reglunni eftir álit ESA	33
8. BEPS.....	34
8.1. Tilgangur og forsaga	34
8.2. BEPS aðgerðirnar - samantekt	35
9. Aðgerð 3 – Styrking CFC reglna	36
9.1. Almenn sjónarmið.....	36
9.1.1. Varnaðaráhrif	36
9.1.2. Samspil CFC reglna og milliverðlagsreglna	36
9.1.3. Jafnvægið milli huglægari og hlutrænni reglna	37
9.1.4 Að koma í veg fyrir tvísköttun.....	37
9.2 Sérstök sjónarmið.....	38
9.2.1. Áhrif CFC-reglna á samkeppnishæfi	38
9.2.2. CFC-löggjöf og Evrópska efnahagssvæðið	38
9.3. Skilgreining á CFC-félagi og stjórnunarlegum yfirráðum.....	39
9.4. Viðmiðunarmörk og undanþágur	44
9.5. Skilgreining á CFC-tekjum	46
9.6. Ákvörðun á hlutdeild skattaðila í CFC-tekjum.....	46
9.7. Reglur til að koma í veg fyrir tvísköttun.....	47
10. ATAD	47
10.1. Samantekt.....	49
11. CFC löggjöf í Noregi – NOKUS.....	51
11.1. Raunveruleikaundanþága NOKUS reglnanna	53
12. Fyrirhugaðar breytingar á íslensku CFC-reglunum.....	54
12.1. 593/149 stjórnarfrumvarp	54
12.2. Brot á EES-samningnum?.....	60
13. Niðurstaða.....	61
13.1. Tillögur höfundar að breytingum.....	62
13.2. Lokaorð	66
Viðauki 1 – Tillaga að ákvæði.....	67
Heimildaskrá	69

Mynda- og töfluskrá

Mynd 1: Mat á yfiráðum á grundvelli samræmdrar ákvarðanatöku	41
Mynd 2: Mat á yfiráðum á grundvelli tengsla aðila	42
Mynd 3: Útskýring á hlutdeild í yfiráðum	44

Dómaskrá

Ákvarðandi bréf ríkisskattstjóra

Ákvarðandi bréf ríkisskattstjóra nr. 001/2012.

Evrópudómstóllinn

Mál C-264/96 *Imperial Chemical Industries plc (ICI) g. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [1998] ECR I-4695

Mál C-110/99 *Emsland-Stärke BmbH g. Hauptzollamt Hamburg-Jonas* [2000] ECR I-11569

Mál C-324/00 *Lankhorst-Hohorst GmbH og Finanzamt Steinfurt* [2002] ECR I-11779

Mál C-385/00 *F.W.L. de Groot og Staatssecretaris van Financiën* [2002] ECR I-11819

Mál C-234/01 *Arnoud Gerritse og Finanzamt Neukölln-Nord* [2003] ECR I-5933

Mál C-255-02 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd g. Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609

Mál C-196/04 *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd g. Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-7995

Mál C-524/04 *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation g. Commissioners of Inland Revenue* [2007] ECR I-2107

Mál C-105/07 *NV Lammers & Van Cleeff g. Belgische Staat* [2008] ECR I-173

Mál C-303/07 *Aberdeen Property Fininvest Alpha* [2009] ECR I-5145

Mál C-282/12 *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda g. Fazenda Pública* [2013] EU:C:2013:629

EFTA dómstóllinn

Sameinuð mál E-3/13 og E-20/13 *Fred Olsen and Others and Petter Olsen and Others g. The Norwegian State Represented by the Central Tax Office for Large Enterprises and the Directorate of Taxes* [2014]

Álit aðallögsögumanna

Mál C-255-02 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd g. Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609, Opinion of Advocate General Poiares Maduro, 7. apríl 2005

Mál C-196/04 *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd g. Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-7995, Opinion of Advocate General Léger, 2 maí 2006

Lagaskrá

Íslensk lög

Lög um tekjuskatt nr. 90/2003

Lög um Evrópska efnahagssvæðið nr. 2/1993

Íslensk stjórnvaldsfyrirmæli

Reglugerð um skattlagningu vegna eignarhalds í lögaðilum á lágskattasvæðum nr. 1102/2013.

Evrópureglur

Tilskipun Evrópuráðsins nr. 2006/1164/ESB frá 12. júlí 2016 um reglur gegn skattasniðgönguaðgerðum

Lögskýringargögn

Alþt. 1992-1993, A-deild, þskj. 1 – 1. mál, athugasemdir við frumvarp

Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 508 – 325. mál, athugasemdir við frumvarp

Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 1031 – 404. mál, svar fjármálaráðherra við fyrirspurn Ármanns Kr. Ólafssonar um aðgerðir gegn skattsvikum

Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 618 – 366. mál, athugasemdir við frumvarp

Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 1093 – 629. mál, athugasemdir við frumvarp

Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 593 – 433. mál, athugasemdir við frumvarp

Alþt. 2018-2019, A-deild, 433. mál, umsögn KPMG ehf. við frumvarpið, erindi nr. Þ 149/2519

Alþt. 2019-2020, A-deild, þskj. 298 – 269. mál, athugasemdir við frumvarp

Norsk löggjöf og lögskýringargögn

Lov om skatt av formue og inntekt (skatteloven)

Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2008
- lovendringer

1. Inngangur, uppbygging & afmörkun

Í kjölfar aðildar Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu urðu flutningar á fjármagni milli aðildarríkja frjálsir. Gaf þetta mönnum og fyrirtækjum kost á að flytja eignir úr landi og staðsetja þær í löndum þar sem skattur af afrakstrinum var afar lágur eða jafnvel enginn. CFC-reglum var ætlað að leysa þennan vanda. Í þeim felst að ef innlent fyrirtæki á ráðandi eignarhlut í fyrirtæki sem staðsett er í lágskattaríki, þá megi skattleggja þær tekjur sem myndast í hinu erlenda dótturfélagi með tekjum móðurfélagsins í heimaríkinu.

Alþjóðleg skattamál hafa þó líklega aldrei verið jafn ofarlega á baugi og þau eru í dag. Veikleikar í núgildandi löggjöf ríkja skapa tækifæri til alþjóðlegrar skattaskipulagningar en þetta krefst djarfra aðgerða yfirvalda til að stemma stigu við þeim skattaflóttu sem á sér stað og tryggja að hagnaður sé skattlagður þar sem atvinnustarfsemi fer fram og verðmæti skapast. Skattundanskot alþjóðlegra fyrirtækja fara ört vaxandi en umfang þeirra er talið nema 100-240 milljörðum Bandaríkjadala árlega. Á haustmánuðum 2013 tóku OECD- og G20 ríkin því höndum saman um að berjast gegn alþjóðlegri skattasniðgöngu með sameiginlegri aðgerðaráætlun sem í daglegu tali nefnist BEPS aðgerðaráætlunin (e. *Base Erosion and Profit Shifting*). Um var að ræða eina umfangsmestu aðgerð á sviði alþjóðlegs skattaréttar í um þrjá áratugi. Markmið hennar var að koma í veg fyrir að skattaðilar gætu nýtt sér misræmi í skattalöggjöf ríkja til að koma skattstofnum undan skattlagningu í heimaríki sínu og takmarka með þeim hætti áhrif skaðlegrar skattaskipulagningar. Endanleg aðgerðaráætlun var lögð fram í október 2015 og frá þeim tíma hafa fjölmörg aðildarríki OECD, þar á meðal Ísland, endurskoðað og bætt löggjöf sína og eftir atvikum lögfest ný lagaákvæði til að bregðast við hættunni á rýrnun skattstofna. Bættar reglur um skattlagningu CFC-félaga (e. *Controlled foreign companies*) eru meðal þeirra áhersluatriða sem fram koma í BEPS aðgerðaráætluninni.

Markmið ritgerðarinnar er að svara þeirri spurningu hvort styrkja þurfi gildandi CFC-löggjöf hér á landi og þá að hvaða leyti, en jafnframt verður farið ítarlega yfir mikilvægi þess að lögaðilar innan EES sem hafa með höndum raunverulega atvinnustarfsemi séu undanþegnir slíkri skattlagningu. Áður en ráðist verður í meginefni ritgerðarinnar verður fjallað um almenn atriði varðandi skattarétt og skattskyldu lögaðila hér á landi í þeim tilgangi að kynna nokkur grunnhugtök og sjónarmið sem gilda á þessu sviði. Einnig verður farið yfir alþjóðlega skattaskipulagningu og aðrar takmörkunarreglur sem ætlað er að koma í veg fyrir skattasniðgöngu.

Næst verður litið til þess hvaða áhrif reglur EES-samningsins hafa á frelsi löggjafans til að setja slíkar reglur, en ljóst er að meginreglur Evrópuréttar hafa umfangsmikil áhrif á skattalöggjöf aðildarríkja, enda takmarka reglur um fjórfrelsið, stofnsetningarréttinn og bann við mismunum skattlagningarheimildir stjórnvalda. Markmiðið er því að fjalla um hvað felst í banni við takmörkunum auk þess sem skoðað verður til hvaða sjónarmiða líta þurfi til svo reglurnar samræmist EES-réttinum, m.a. með samanburðargreiningu á niðurstöðum í máli Evrópudómstólsins C-196/04 (*Cadbury Schweppes*) og sameinuð mál EFTA-dómstólsins E-3/13 & E-20/13 (*Olsen g. norska ríkinu*) enda stendur Noregur í sömu sporum gagnvart Evrópusambandinu og EES-svæðinu og Ísland.

Þá verður farið yfir núgildandi CFC-reglu 57. gr. a. laga um tekjuskatt nr. 90/2003¹ og reynt að laða fram markmið og tilgang löggjafans við setningu ákvæðisins. Þar á eftir verður skýrsla BEPS aðgerðar 3 krufin til mergjar, en í skýrslunni má finna ítarlegar leiðbeiningar og tilmæli um mótun skilvirkra CFC-reglna. Til samanburðar verður einnig stuttlega vikið að tilskipun 2016/1164/ESB (e. Anti Tax Avoidance Directive)² enda var tilskipunin viðbragð Evrópusambandsins við BEPS aðgerðaráætluninni. Því næst verður rýnt í fyrirhugaðar breytingar á íslensku CFC-reglunni en Fjármála- og efnahagsráðuneytið hefur skipað starfshóp sem vinnur nú að endurskoðun reglnanna.

Að lokum verða dregnar ályktanir um hvernig best væri að haga íslenskum CFC-reglum með hliðsjón af BEPS aðgerðaráætlun OECD, ATAD og dómaframkvæmd Evrópu- og EFTA-dómstólsins.

2. Skattskylda

Á Íslandi skiptist skattskyldan í tvennt, takmarkaða og ótakmarkaða skattskyldu. Ótakmarkaða skattskyldu bera allir þeir aðilar sem heimilisfastir eru hér á landi og ber þeim að greiða skatt af öllum tekjum sem þeim hlotnast, óháð uppruna teknanna, sbr. 1. og 2. gr. tsl. Slík skattskylda byggir á alheimstekjureglunni (*d. globalintektsprinsippet*), en sjónarmiðið að baki þeirri reglu er að ná fram jafnræði meðal skattaðila, því hæfi manna til að greiða skatta veltur á fjárhæð heildartekna þeirra en ekki hvar þeirra er aflað.³ Takmörkuð skattskylda tekur hins vegar til þeirra aðila sem ekki eru hér heimilisfastir en afla hér ákveðinna tekna eða eiga hér eignir sem heimilt er að skattleggja samkvæmt lögum á grundvelli upprunareglunnar (*d. territorialprinsippet*). Slík skattskylda byggir á tengslum tekna við landið er ákvarðar

¹ Hér eftir skammstafað tsl.

² Hér eftir skammstafað ATAD

³ Ingibjörg Þorsteinsdóttir, „Skattaréttur og EES-samninurinn“ [2007] Bifröst Journal of Social Science 74.

forsendurnar fyrir tekjuöfluninni, s.s. náttúruauðlindir vinnuafli o.s.frv.⁴ Líkt og hugtakið gefur til kynna nær skattskyldan aðeins til tiltekinna tekna og eigna, sbr. 3. gr. tsl. og er hún því takmörkuð í bókstaflegri merkingu.⁵

Reglurnar um ótakmarkaða og takmarkaða skattskyldu eru í mörgu ólíkar, en í mörgum tilvikum er um mismunandi skattlagningu að ræða á grundvelli ríkisfangs skattaðila. Þó ríkjum sé heimilt að haga skattamálum sínum *ad libitum*, takmarkast skattlagningarrétturinn, eins og áður segir, við skuldbindingar þess að þjóðarrétti en eins og sjá má af þróun undanfarinna ára er augljóst að skattareglur ríkja fela æ oftast í sér brot á ákvæðum þjóðréttarsamninga.

2.1. Skattlagning fyrirtækja

Félög sem heimilisföst eru hér á landi bera ótakmarkaða skattskyldu skv. 2. mgr. 2. gr. tsl., þ.e. ef það er stofnað og skráð hér á landi. Félag getur hins vegar einnig öðlast ótakmarkaða skattskyldu ef raunveruleg framkvæmdastjórn félagsins hefur hér aðsetur. Ef félag fullnægir þessum skilyrðum ber því að greiða skatt af öllum tekjum sínum óháð því hvaðan þær stafa. Félag sem ekki eru skráð né hafa aðsetur hér á landi, þurfa því ekki að greiða tekjuskatt nema það stundi hér atvinnurekstur á fastri starfsstöð, sbr. 4. tl. 3. gr. tsl. eða njóti ákveðinna greiðslna frá innlendum aðilum, s.s. vegna þjónustu og starfsemi, sbr. 3. tl. 3. gr. tsl., tekna vegna útleigu og hagnaðar af sölu lausafjár og fasteigna, sbr. 5. og 6. tl. 3. gr. tsl., arðs og hagnaðar af sölu eignarhluta í innlendum félögum, sbr. 7. tl. 3. gr. tsl. sem og vaxta, sbr. 8. tl. 3. gr. tsl., en er þá talað um að félagið beri takmarkaða skattskyldu.

Yfir heildina litið er þó óverulegur munur á skattlagningu þessara tekna eftir því hvort viðtakandinn er ótakmarkað skattskyldur eða takmarkað skattskyldur aðili, enda skatthlutföllin í flestum tilvikum hin sömu. Munurinn liggur hins vegar í ákvörðun skattstofnsins, en í ákveðnum tilvikum greiða innlendir aðilar, einkum fyrirtæki, þannig nettóskatt en erlendir aðilar hins vegar brúttóskatt og mætti því deila um hvort þessi tilhögun brjóti gegn EES-samningnum, sbr. mál Evrópudómstólsins nr. C-234/01 (Gerritse)^{6,7} Allar tekjur af atvinnurekstri og sjálfstæðri starfsemi teljast skattskyldar tekjur sbr. B-lið 7. gr. tsl, en tekjuskattur skráðra hlutafélaga, einkahlutafélaga og samlagshlutafélaga sem eru sjálfstæðir

⁴ Páll Jóhannesson, „Hugtakið „föst atvinnustöð“ samkvæmt alþjóðlegum skattarétti“ (2002) 55. árgangur Úlfjótur, tímarit laganema 7.

⁵ Ásmundur G Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017) 31–32.

⁶ Málavextir voru þeir að Gerritse sem búsettur var í Hollandi, starfaði sem trommari hjá sjónvarpsstöð í Þýskalandi. Eitt árið hlotnaðist hann einnig tekjur frá Hollandi og Belgíu, en deilt var um hvort hið frjálssa þjónustuflaði meinaði þjóðverjum að beita lögum, sem gerðu takmarkað skattskyldum mönnum skatt af heildartekjum án nokkurs frádráttar meðan ótakmarkað skattskyldum aðilum var gert að svara skatti af nettótekjum. Taldi dómstóllinn svo vera.

⁷ Ásmundur G Vilhjálmsson, *EES-samningurinn og íslenskur skattaréttur* (SkattVís 2014) 341–342.

skattaðilar, er 20%, sbr. 1. mgr. 71. gr. tsl. Frá tekjum lögaðila má hins vegar draga frá rekstrarkostnað, þ.e. þau gjöld sem eiga á árinu að ganga til að afla teknanna og halda þeim við.

2.2. Skattlagning arðs

Almennt er talað um að félög sæti annaðhvort ein- eða tvískattlagningu. Þannig þurfa sameignarfélög, sem eru sjálfstæðir skattaðilar, einungis að greiða 37,6% skatt af rekstrarhagnaði félagsins en úthlutun hagnaðarins til eigendanna er skattfrjáls. Af hagnaði af rekstri hlutafélaga og samvinnufélaga ber á hinn bóginn að greiða skattinn tvisvar, fyrst 20% skatt hjá félaginu og svo 22% skatt hjá hluthöfum þess eða samtals 37,6%. Ljóst er að eignarhald hlutafélaga á öðrum félögum geti verið með ýmsum hætti, móðurfélag getur átt dótturfélag, dótturfélagið átt annað dótturfélag o.s.frv. Ef arðurinn væri skattlagður í hvert skipti sem hann félli til myndi allur hagnaðurinn á endanum fara í skatt. Þar sem ekki er talið æskilegt að yfirvöld hafi afskipti af því hvernig menn haga atvinnurekstri sínum, er í lögum því reynt að milda slíka margskattlagningu. Af evrópskri fyrirmynd er hér á landi beitt svokallaðri þátttakendaundanþágu (*e. participation exemption*) sem felur í sér að fenginn arður er almennt séð undanþegin skatti hjá hlutafélögum og samvinnufélögum.⁸ Samkvæmt 9. tl. 31. gr. tsl má því draga frá þá fjárhæð sem hlutafélög hafa fengið greidda í arð af hlutum og hlutabréfum í félögum, sbr. 1. tl. 1. mgr. 2. gr. Sömu reglur gilda um úthlutaðan arð til sömu félagforma og eru heimilisföst á EES-svæðinu, í EFTA ríki eða í Færeyjum. Sama á einnig við um arð frá hlutafélögum sem skráð eru erlendis ef það félag sem arðinn fær sýnir fram á að hagnaður hins erlenda félags hafi verið skattlagður með sambærilegum hætti og gert er hér á landi, en bundið því skilyrði að það skatthlutfall sem lagt er á hagnað hins erlenda félags sé ekki lægra en almennt skatthlutfall í einhverju aðildarríkja OECD eða EES.

Eins og áður segir er megintilgangur arðsfrádráttarreglunnar að koma í veg fyrir að hagnaður af atvinnurekstri yrði skattlagður þegar um væri að ræða viðskipti milli tveggja aðila sem báðir eru í atvinnurekstri. Slíkur hagnaður á því einungis að skattleggja í hendi þess fyrirtækis þar sem hann myndast og síðan hjá einstaklingnum sem telst endanlegur eigandi hlutafjárins, sem nýtur hans í formi arðs. Einnig var reglunum ætlað að auðvelda flutning arðs af starfsemi hlutafélaga í eigu íslenskra aðila inn í landið án þess að til tvísköttunar kæmi. Felur reglan í sér að arður myndar ekki skattstofn sé hann greiddur milli hlutafélaga eða sambærilega félagforma heldur er móttakanda hans heimilt að draga hann frá rekstrartekjum sínum áður en

⁸ sama heimild 343–344.

til skattlagningar kemur. Er meginreglan því sú að hagnaður hlutafélags er skattlagður í því hlutafélagi þar sem hann myndast upphaflega og síðan með fjármagnstekjuskatti er hann er greiddur út sem arður til hluthafa sem er einstaklingur, sameignarfélag eða starfar í öðru félagiformi þar sem úttekt úr félaginu er skattfrjáls.⁹

Arðsfrádráttarregluna má rekja til Móður- og dótturfélagstilskipunarinnar 90/435/EB (e. *EC Parent-Subsidiary Directive*) en hún fjallar um skattlagningu arðs sem greiddur er frá dótturfélagi til móðurfélags sem heimilisföst eru í sitt hvoru aðildarríki innan ESB. Markmið tilskipunarinnar var að tryggja jöfnuð við skattlagningu þannig að móður- og dótturfélög sem heimilisföst eru í sitt hvoru aðildarríkinu verði skattlögð til jafns við móður- og dótturfélög sem heimilisföst eru í sama aðildarríki. Hefur tilskipunin áhrif á skattlagningu bæði í því ríki þar sem dótturfélagið er heimilisfast og í heimaríki móðurfélagsins, en felur enn fremur í sér að óheimilt er að heimaríki dótturfélags skattleggi móðurfélagið af arði sem móðurfélagið fær greiddan frá dótturfélaginu. Með öðrum orðum má heimaríki dótturfélags ekki halda eftir afdráttarskatti af arðgreiðslum sem greiddar eru frá dótturfélaginu til móðurfélagsins, sbr. 5. gr. tilskipunarinnar.¹⁰

3. Alþjóðleg skattaskipulagning

Alþjóðleg skattaskipulagning gengur út á það að reynt er að skipuleggja fjárstreymi skattaðila þannig að skattarnir í þeim ríkjum sem hann gengur um séu sem lægstir. Í sumum ríkjum er til að mynda tekjuskattur lægri, arður og söluhagnaður skattfrjáls sem og vextir og þóknanir. Þannig geta alþjóðlegar fyrirtækjasamstæður nýtt sér ákveðnar glufur í alþjóðlega skattkerfinu og sniðganga skattalagningu í þeim tilgangi að ná fram skattalegu hagræði. *Skattaskipulagning* er í raun lögmæt ráðstöfun, en einkennist gjarnan af því að regluverkið er teygt alveg að ystu mörkum hins löglega og koma því oft upp álitamál um skattasniðgöngu. Skiptir því sköpum að unnt sé að nýta innlendar leiðréttingarheimildir, s.s. 57. gr. tsl., til að endurákvarða opinber gjöld af alþjóðlegum viðskiptum.¹¹ Slíkar ráðstafanir geta þó einnig verið ólögmætar, jafnvel refsiverðar, og nefnast þá *skattundanskot* eða *skattsvik*. Í þeim tilvikum er litið fram hjá ráðstöfuninni við álagningu, endurgreiðslu krafist og þegar við á, refsing ákvörðuð.¹² Vafi getur þó ríkt um leiðréttingarheimildir ríkja þegar viðskiptin stjórnað af

⁹ Alpt. 2007-2008, A-deild, þskj. 508 – 325. mál, athugasemdir við frumvarp

¹⁰ Ragnheiður Snorradóttir og Stefán Már Stefánsson, *Tvísköttunarsamningar og evrópskar skattareglur* (Bókaútgáfan Codex 2011) 179–180.

¹¹ Ásmundur G Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017) 47.

¹² Kristján Gunnar Valdimarsson, „Skattasniðganga“ (1999) 49. árgangur Tímarit lögfræðinga 220.

tvísköttunarsamningum, en flestir fræðimenn eru þó sammála um að innlendu leiðréttingarreglurnar séu hagnýtar þegar svo stendur á.

Á hliðstæð álitamál reynir þegar EES-samningurinn er annars vegar. Evrópudómstóllinn hefur margsinnis komist að þeirri niðurstöðu að réttlæta megi innlend lagaákvæði eða reglur sem fela í sér mismunun eða hindrun á grundvelli sjónarmiða um skattundanskot og jafnrar skiptingar á skattlagningarréttinum milli aðildarríkja. Um það gilda hins vegar strangar kröfur, en verða ríki að sýna fram á að fyrir liggja alger sýndargerningur (e. *wholly artificial arrangements*) sem ekki er unnt að berjast gegn með öðru móti. Með sérstakri tilkynningu árið 2007 lýsti framkvæmdarstjórn ESB afstöðu sinni til þessara álitamála og telur þar upp ýmis atriði sem að mati framkvæmdarstjórnarinnar duga ekki ein og sér til að valda ómerkingu ráðstöfunar. Má þar fyrst nefna skatthlutfallið, en sú staðreynd ein að eitt aðildarríki skattleggi fyrirtæki hagstæðar en annað, getur ekki valdið ómerkingu. Hið sama á við um stofnun fyrirtækis í öðru aðildarríki þar sem móðurfélaginu sé í lófa lagið að stunda viðskiptin frá heimaríki. Staðsetningu starfsemi sinnar eiga menn og fyrirtæki að fá að ákveða sjálf. Svo unnt sé að ómerkja ráðstöfun á grundvelli almennra skattsniðgöngusjónarmiða verður misnotkun að liggja fyrir, svo sem þegar lagalegt heiti félags endurspeglar ekki efnahagslegan raunveruleika. Dótturfélög verða því að stunda raunverulegan atvinnurekstur (e. *genuine economic activities*) og geta rökstutt að ráðstöfun sé gerð á viðskiptalegum grundvelli en ítarlega verður farið í þessi skilyrði hér að neðan.¹³

4. Takmörkunareglur

Tvísköttunarsamningar og skattkerfi ríkja hafa að geyma ýmsa hvata til fjárfestinga og samstarfs milli þjóða. Slíku fylgir einnig ríkur fjárhagslegur hvati almennt hjá skattaðilum til að lækka skattbyrði, ýmist með skattafyrirhyggju, skattasniðgöngu eða skattsvikum. Í þeim tilgangi að koma í veg fyrir að skattaðili geti nýtt sér þetta ósamræmi milli skattkerfa ríkja, tvísköttunarsamninga eða landsréttar, hafa ríki víðsvegar um heiminn gripið til ýmissa úrræða. Í því samhengi má helst nefna svonefndar takmörkunareglur (e. *anti-abuse rules*) sem innleiddar hafa verið í skattalöggjöf ríkjanna, en verður því næst litið til þeirra helstu sem innleiddar hafa verið hér á landi.

¹³ Ásmundur G Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017) 47-50.

4.1. Raunveruleikareglan

Raunveruleikareglan veitir skattyfirvöldum heimild til að virða ráðstafanir að vettugi sem annars gætu talist venjulegar og eðlilegar, ef þær eru ekki í samræmi við raunveruleikan en reglan felur í sér að litið er til þess hvort fjárhagsráðstöfun skattaðila sé raunveruleg ráðstöfun sem byggir á mati á því hvort forsendur ráðstöfunarinnar séu raunverulega fjárhagslegir og viðskiptalegir. Þetta mat er oft vandkvæðum bundið en svo hægt sé að beita reglunni er nauðsynlegt að til staðar sé einhver samiburðargrundvöllur varðandi þær ráðstafanir sem til skoðunar koma. Raunveruleikareglan er því háð mati hverju sinni, enda geta ráðstafanir sem falla undir regluna í vissum kringumstæðum, fallið utan hennar í öðrum tilvikum. Reglan veitir því tilefni til ítarlegrar skoðunar á ráðstöfunum milli tengdra aðila. Þessi óskráða meginregla er í raun forsenda skattkerfisins, en þar sem það getur reynst erfitt að orða reglu af þessu tagi í lagatexta er því ekki hentugt að lögfesta hana.¹⁴ Hin almenna sniðgönguregla 1. mgr. 57. gr. tsl. á þó rætur sínar að rekja til raunveruleikareglunnar, en í ákvæðinu segir að ef skattaðilar semja um skipti sín í fjármálum á hátt sem er verulega frábrugðinn því sem almennt gerist í slíkum viðskiptum skulu verðmæti, sem án slíkra samninga hefðu runnið til annars skattaðilans en gera það ekki vegna samningsins, teljast honum til tekna.

4.2. Milliverðlagsreglur

Milliverðlagsreglur eru lagaákvæði sem heimila skattaðilum að gera leiðréttingar á skattskilum tengdra aðila þegar milliverðlagning er frábrugðin því sem ætla má að samið hefði verið um í sambærilegum viðskiptum óháðra aðila. Milliverðlagning hefur verið skilgreint sem „það verð sem aðili selur, efnislega eða óefnislega eign eða veitir þjónustu, til tengds aðila á, þ.e. viðskipti milli hagsmunatengdra aðila.“¹⁵ Aðal munurinn á raunveruleikareglunni og milliverðlagsreglum er að hin fyrrnefnda felur í sér ráðstöfunarleiðréttingu, þ.e. yfirvöld hafna skattaréttarlegu gildi ráðstöfunar, þó hún haldi einkaréttarlegu gildi sínu. Milliverðlagsreglur fela hins vegar í sér skilmálaleiðréttingu, þannig að raunverulegt inntak ráðstöfunarinnar er leiðrétt. Skattyfirvöld samþykkja viðskiptin sem slík en draga skilmála þeirra í efa, yfirleitt verðið, sem þá er leiðrétt.¹⁶ Hina almennu milliverðlagsreglu má finna í 3. mgr. 57. gr. tsl. en hún byggir á meginreglunni um armslengd sem felur í sér að mat er lagt á viðskipti milli tengdra aðila og skoðað er hvernig sambærilegum viðskiptum væri hagað milli ótengdra aðila. Í 3. mgr.

¹⁴ Ágúst Karl Guðmundsson, „Milliverðlagning (Transfer Pricing)“ (2006) 59. árgangur Úlfjótur, tímarit laganema 258.

¹⁵ sama heimild 149.

¹⁶ sama heimild 260.

57. gr. tsl. segir að ef verðlagning og/eða skilmálar í viðskiptum milli tengdra lögaðila eða milli íslensks lögaðila og lögaðila í lágs kattaríki eru ekki sambærileg því sem almennt gerist í viðskiptum milli ótengdra aðila skal meta og eftir atvikum leiðréttta verðlagninguna og ákvarða skattstofn eða skattstofna að nýju eftir því hvort verð reynist of- eða vanmetið.

4.3. Reglur um þunna eiginfjármögnun

Með hugtakinu þunnri eiginfjármögnun (*e. thin capitalisation*) er átt við fjármögnun félags sem fengið er frá tengdum aðilum. Skuldsetning félags með þunnri eiginfjármögnun er því mikil og hátt hlutfall heildarfjármögnun félagsins eru í raun lán frá tengdum aðilum, þ.e. móður- og dótturfélögum og eigið fé félagsins lítið eða ekkert. Slíkt fyrirkomulag er ætlað að koma í veg fyrir myndun skattstofnar með því að hagnaður fer í vaxtagreiðslur á lánun. Til þess að geta tekið sem stærstan hluta hagnaðar dótturfélags til sín, lánar móðurfélag þannig dótturfélaginu háar fjárhæðir sem síðan eru greiddar til baka með háum vöxtum sem felur í raun í sér greiðslu á hagnaði dótturfélagsins, sem annars væri greiddur út sem arður til móðurfélagsins, í formi vaxtagreiðslna. Ef ekki væri fyrir reglur um þunna eiginfjármögnun kæmu þessar vaxtagreiðslur síðan ekki til skattlagningar þar sem vaxtagreiðslur teljast til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar, sbr. 1. tl. 31. gr. tsl. Reglur um þunna eiginfjármögnun fela þannig í sér takmörkun á frádráttarbærum rekstrarkostnaði.

Með lögum 112/2016 var lögfest ákvæði 57. gr. b. tsl., en samkvæmt ákvæðinu takmarkast frádráttur vaxtagjalda skattaðila vegna lánaviðskipta við tengda aðila við 30% af hagnaði skattaðilans. Þau vaxtagjöld og afföll sem umfram eru koma ekki til frádráttar. Með hagnaði er í ákvæðinu 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 ekki átt sér stað. Frá ákvæðinu eru fjórar undanþágur. Í fyrsta lagi ef vaxtagjöld vegna lánaviðskipta milli tengdra aðila er lægri en 100 millj. kr. Í öðru lagi ef vaxtagjöld eru greidd vegna lánaviðskipta sem nýtur heimildar til samsköttunar skv. 55. gr., eða uppfyllir skilyrði til samsköttunar, þegar öll félög samstæðu eru heimilisföst á Íslandi. Í þriðja lagi ef skattaðili sýnir fram á að eiginfjárhluftall hans sé ekki lægra en 2% undir eiginfjárhluftalli samstæðu sem hann tilheyrir. Þessi undanþága á hins vegar ekki við 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. Í fjórða og síðasta lagi ef skattaðili er fjármálafyrirtæki samkvæmt lögum um fjármálafyrirtæki, váttryggingafélag

samkvæmt lögum um váttryggingastarfsemi eða félag í eigu fyrrgreindra aðila sem starfar í sambærilegum rekstri.¹⁷

4.4. Raunverulegur eigandi (e. Beneficial owner)

Í flestum, ef ekki öllum tvísköttunarsamningum má finna það skilyrði að aðeins raunverulegur eigandi tekna getur nýtt sér ívilnandi skattalega meðferð tvísköttunarsamninga, þ.e. vegna vaxta, arðs og þóknana sbr. 10., 11. og 12 gr. samningsfyrirmyndar OECD. Hugtakið kom fyrst fram í fyrirmyndinni árið 1977, en í breyttum skýringum við samningsfyrirmyndina 2003 kom fram að ekki ætti að túlka hugtakið í þröngum og tæknilegum skilningi heldur bæri að skýra það í samhengi við tilgang og markmið tvísköttunarsamninga sem er að koma í veg fyrir skattsvik og skattasniðgöngu. Var þar m.a. tekið fram að ákvæðið ætti ekki að eiga við ef móttakandi greiðslu væri aðeins milliliður eða umboðsaðili, s.s. gegnumstreymisfélag sem hefur þann eina tilgang að fleyta tekjum áfram, án þess að hafa heimild til ráðstöfunar. Í skýringargreinum við hugtakið frá árinu 2014 var enn fremur lagt áherslu á að móttakandi greiðslunnanna hefði ákvörðunarvald um eign sína og væri ekki aðeins viljalaust verkfæri sem fleytti tekjunum áfram til hins raunverulega eiganda.¹⁸ Ekki er að finna nákvæma skilgreiningu á hugtakinu raunverulegur eigandi og eru skoðanir fræðimanna um túlkun á hugtakinu skiptar. Einn helsti sérfræðingur á sviði skattaréttur, Klaus Vogel, hefur skilgreint hugtakið með eftirfarandi hætti:

The beneficial owner is someone who (i) is free to decide whether or not the capital or other assets should be used or made available for use by either; (ii) is free to decide on how the yields therefrom should be used; or (iii) has both of the previously referred powers.¹⁹

Samkvæmt skilgreiningunni þarf raunverulegur eigandi ekki að vera skráður eigandi heldur er hugtakið bundið við umráðavald einstaklingsins á tekjunum. Helst þetta enn fremur í hendur við skýringar OECD á hugtakinu.

Í úrskurði YSKN nr. 13/2001 var m.a. fjallað um sjónarmið við túlkun á hugtakinu raunverulegur eigandi í norræna tvísköttunarsamningnum. Var þar sérstaklega tekið fram að raunverulegur eigandi eða *beneficial owner* vísi til raunverulegra yfirráða, og sé hugtak sem sprottið er frá grunnreglu alþjóðlegs skattaréttar um skattasniðgöngu, sem á ensku er kölluð *the doctrine of substance over form*. Samkvæmt þessu er það ekki hin formlega umgjörð

¹⁷ Alþt. 2013, A-deild, þskj. 100 – 38. mál, athugasemdir við frumvarp.

¹⁸ Kristján Gunnar Valdimarsson, „Hugtakið raunverulegur eigandi í alþjóðlegum skattarétti“ (2016) 69. árgangur Úlfjótur, tímarit laganema 266–267.

¹⁹ Klaus Vogel, *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions* (4. útg., Wolters Kluwer 2015) 562.

milligöngumanns sem skiptir máli heldur efnisleg staða hans gagnvart tengdum aðilum. Var einnig bent á að samkvæmt ritum OECD um málið í skýrslunni *Double taxation conventions and the use of conduit companies* sé yfirleitt ekki hægt að líta á gegnumstreymisfélög sem raunverulegan eiganda þó það sé formlegur eigandi tiltekinna eigna ef það hefur takmarkað vald og gegnir aðallega vörslu- og umsýsluhlutverki fyrir hagsmunaaðilann.

Hér hefur aðeins verið stiklað á stóru, en af öllu ofangreindu er ljóst að skýring á hugtakinu er háð mati hverju sinni, og ætti ávallt að vera skýrt í samræmi við markmið og tilgang slíkra reglna, sem er að koma í veg fyrir skattsvik og skattasniðgöngu.

4.5. CFC-reglur

Að lokum má nefna viðfangsefni ritgerðarinnar, CFC-reglur. CFC stendur fyrir *controlled foreign company*, en þar undir falla m.a. erlend félög, sjóðir eða stofnanir sem staðsett eru í lágskattaríkjum. Í kjölfar aðildar Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu urðu flutningar á fjármagni milli aðildarríkja og þriðju landa frjálsir. Þetta gaf mönnum og fyrirtækjum einnig kost á að flytja eignir úr landi og staðsetja þær í löndum þar sem skattur af afrakstrinum var mjög lágur eða jafnvel enginn. CFC-reglum var ætlað að leysa þennan vanda.

CFC-reglur voru í fyrsta sinn lögfestar á Íslandi árið 2009 með nýju ákvæði 57. gr. a. tsl., en tilgangur þeirra var fyrst og fremst að draga úr skattasniðgöngu. Ákvæðið var mótað eftir norskum lögum enda standa Norðmenn í sömu stöðu gagnvart Evrópusambandinu og EES-svæðinu og Íslendingar.²⁰ Fela reglurnar í sér að ef innlent fyrirtæki á ráðandi eignarhlut í fyrirtæki sem staðsett er í ríki þar sem skattlagning fyrirtækja er verulega lægri en í heimaríki, þá megi skattleggja þær tekjur sem myndast í erlenda dótturfélaginu með tekjum móðurfélagsins í heimaríkinu.²¹ Segir í 1. mgr. ákvæðisins að skattaðili sem á beint eða óbeint hlut í hvers kyns félagi, sjóði eða stofnun sem telst heimilisföst í lágskattaríki skal greiða tekjuskatt af hagnaði slíkra aðila í hlutfalli við eignarhluta sinn án tillits til úthlutunar. Hið sama á við um skattaðila sem stjórnar félagi, sjóði, stofnun eða eignasafni í lágskattaríki sem skattaðili hefur beinan eða óbeinan ávinning af. Þessar tekjur eru skattskyldar með sambærilegum hætti og um væri að ræða starfsemi hér á landi.

²⁰ Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 618 – 366. mál, athugasemdir við frumvarp.

²¹ Alþt. 2007-2008, A-deild, þskj. 1031 – 404. mál, svar fjármálaráðherra við fyrirspurn Ármanns Kr. Ólafssonar um aðgerðir gegn skattsvikum.

4.5.1 Lágskattaríki og skattaskjól

Hugtakið lágskattaríki er þó frekar afstætt, en ljóst er að ríki getur verið lágskattaríki gagnvart einu ríki en háskattaríki gagnvart því hinu.²² Samkvæmt 2. mgr. 57. gr. a. tsl. telst ríki lágskattaríki þegar tekjuskattur af hagnaði félags er lægri en tveir þriðju hlutar af þeim tekjuskatti sem hefði verið lagður á félagið hefði það verið heimilisfast hér á landi. Þegar meta skal hvort ríki teljist skattaskjól er þó ekki nægjanlegt að líta aðeins til skatthlutfalla. Samkvæmt skýrslu OECD teljast ríki skattaskjól þegar þar er engin eða mjög lág skattlagning, skortur er á upplýsingum frá viðkomandi ríki, skortur er á gagnsæi laga og stjórnsýslufráfarir eða ekki eru gerðar kröfur um virka starfsemi í ríkinu.²³

4.5.1.1. Samningar um upplýsingaskipti við lágskattaríki

Til að koma í veg fyrir alþjóðleg skattsvik og skattaundanskotum er því almennt séð mikilvægt að ríki skiptist á upplýsingum. Slík upplýsingaskipti geta verið af ýmsum toga. Í fyrsta lagi er í mörgum tvísköttunarsamningum að finna ákvæði um upplýsingaskipti, sbr. 26. gr. samningsfyrirmyndar OECD. Þannig hafa flestir tvísköttunarsamningar sem Ísland er aðili að, að geyma ákvæði um upplýsingaskipti. Slíkum ákvæðum er þó ekki til að dreifa í Norðurlandasamningnum né tvísköttunarsamningi Íslands við Grænland, enda er í gildi sérstakur samningur á milli Norðurlanda um aðstoð í skattamálum sem lúta m.a. að gagnkvæmri aðstoð við öflun upplýsinga og innheimtu skatta. Í öðru lagi má nefna upplýsingasamninga (e. *Tax Information Exchange Agreements*) sem styðjast við samningsfyrirmynd OECD, sem kveða á um skipti á upplýsingum sem máli geta skipt fyrir framkvæmd og fullnustu að því er varðar tekjuskatt. Ekki er um að ræða sjálfvirka upplýsingagjöf, heldur fara upplýsingaskiptin fram samkvæmt beiðni samningsríkis. Ísland hefur á árunum 2008-2015 gert samtals 44 tvíhliða upplýsingaskiptasamninga við ríki sem hægt er að skilgreina sem lágskatta- eða bankaleyndarríki. Í þriðja lagi hefur Ísland verið aðili að samningi OECD og Evrópuráðsins um gagnkvæma stjórnsýsluástoð í skattamálum frá árinu 1996. 115 ríki eru aðilar að samningnum í dag en á grundvelli hans hafa aðildarríkin komist að samkomulagi um skipti á upplýsingum á sviði fjárhagsupplýsinga og svokallaðar ríki fyrir ríki skýrslur.²⁴

²² Ásmundur G Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017) 52–53.

²³ OECD (ritstj.), *Harmful Tax Practices- 2018 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*. (OECD Publishing 2018) 41.

²⁴ Fjármála- og efnahagsráðuneytið, „Upplýsingaskiptasamningar“ (Stjórnarráð Íslands) <www.stjornarradid.is/verkefni/efnahagsmal-og-opinber-fjarmal/tekjur-rikissjods/althjodlegir-skattasamningar/upplýsingaskiptasamningar/> skoðað 6. september 2019.

Upplýsingaskipti eru einkum mikilvæg þegar kemur að 57. gr. a. tsl., en í 4. mgr. ákvæðisins má finna tvær undantekningar frá reglunni. Í fyrsta lagi kemur ekki til skattlagningar ef félag, sjóður eða stofnun fellur undir samning milli Íslands og lágs kattarríkis til að koma í veg fyrir tvísköttun eða annan alþjóðasamning, enda sé unnt á grundvelli sammingsins að fá allar nauðsynlegar upplýsingar og tekjur félags, sjóðs eða stofnunar eru ekki að meginstofni til eignatekjur. Hins vegar er gert ráð fyrir því að ákvæðið eigi ekki við ef félag, sjóður eða stofnun er stofnsett og skráð í öðru EES-ríki, aðildarríki stofnsammings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum og hefur þar með höndum raunverulega atvinnustarfsemi, og íslensk skattfyrvöld geta á grundvelli tvísköttunarsammings eða annars alþjóðasammings krafist allra sömu upplýsinga. Þar sem ekki er fyrir hendi slíkur samningur, hvílir upplýsingaskyldan á skattaðilanum.

4.5.2 CFC-reglur innan EES

Réttur ríkja til skattlagningar einskorðast yfirleitt við landfræðilegt yfirráðasvæði þess, en svo að ríki geti skattlagt verður skattaðili þannig annaðhvort að vera heimilisfastur í ríkinu, eða tekjur sem hann aflar, að eiga uppruna sinn þar. Sé þessum skilyrðum ekki fullnægt, er skattfyrvöldum því almennt óheimilt að leggja á hann skatt. Með CFC-skattlagningu er í raun verið að útvíkka þennan skattlagningarrétt og skattaðilar með heimilisfestu í öðru ríki þannig gerðir skattskyldir í landinu að ákveðnum skilyrðum fullnægðum.

Hefur því gjarnan verið haldið fram að CFC-skattlagning stríði gegn alþjóðlegri skattframkvæmd, en í því samhengi koma einkum tvær reglur til greina. Í fyrsta lagi 7. gr. sammingsfyrirmyndar OECD, sem kveður svo á um að hagnað af atvinnurekstri megi einungis skattleggja í því ríki þar sem fyrirtæki á heima nema fyrirtækið stundi atvinnurekstur á fastri starfsstöð í hinu ríkinu. Hafi maður eða fyrirtæki stofnað félag í lágs kattarríki liggur í augum uppi að þessu skilyrði er ekki fullnægt. Hefur nú þegar reynt á þetta álitamál í nokkrum ríkjum en almenna skoðunin er sú að CFC-skattlagning brjóti ekki gegn 7. gr. fyrirmyndarinnar. Í öðru lagi hefur því verið haldið fram að skattlagningin stríði gegn stofnsetningarrétti ESB/EES-sammingsins. Þykir því tilefni til að skoða stöðu EES-sammingsins gagnvart CFC-löggjöf með ítarlegum hætti, sem og hvaða skilyrði löggjöfin þurfi að uppfylla til að standast kröfur EES-réttar.

5. Tengsl Evrópuréttar við íslenskan skattarétt

Hugtakið alþjóðlegur skattaréttur felur í sér vissa þversögn, en eðli máls samkvæmt er skattaréttur landsréttur þar sem heimildir ríkja byggja ýmist á tengslum þeirra við skattgreiðanda eða þeirra verðmæta sem skattleggja á. Eru þar af leiðandi afar fá ákvæði Evrópuréttar er varða beina skatta, en í EES-samningnum er t.a.m. hvergi fjallað með beinum hætti um skattlagningu. Meginreglur Evrópuréttar hafa engu að síður umfangsmikil áhrif á skattalöggjöf aðildarríkja, en reglur um fjórfrelsið, stofnsetningarréttinn og bann við mismunun á grundvelli ríkisfangs eða þjóðernis takmarka skattlagningarheimildir stjórnvalda. Til eru fjölmörg dæmi þess að Evrópudómstóllinn og EFTA-dómstóllinn hafi komist að þeirri niðurstöðu að skattalög aðildarríkja hafi falið í sér brot á þessum meginreglum með beinum eða óbeinum hætti. Með lögum nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið er Alþingi skuldbundið til að haga löggjöf okkar í samræmi við reglur Evrópska efnahagssvæðisins og Evrópusambandsins. Þó EES-samningurinn hafi ekki bein réttaráhrif í íslenskum rétti, var meginmál hans lögfest í heild sinni og geta einstaklingar og lögaðilar því byggt rétt á honum fyrir dómstólum og borið skyldur á grundvelli hans.²⁵

Eins og slegið var föstu með dómi Evrópudómstólsins í máli C-6/64 Costa gegn ENEL, hefur ESB-réttur forgangsáhrif gagnvart landsrétti, en þessi regla hefur verið margsinnis ítrekuð í niðurstöðum dómstólsins. Felur reglan í sér að ákvæði Rómarsáttmálans, sem hefur bein réttaráhrif, gengur framur andstæðri reglu landsréttar og skiptir þar engu hvort regla landsréttar sé yngri eða eldri en ESB reglan. Í samningaviðræðum um EES-samninginn gátu EFTA ríkin ekki fallist á slíka reglu þar sem þau töldu hana fela í sér framsal lagasetningarvalds sem samrýmdist ekki fullveldi þeirra. Var því farin nokkurs konar millivegur með bókun 35 við samninginn, en samkvæmt henni skuldbinda EFTA-ríkin sig til að setja lagaákvæði þess efnis að vegna tilvika þar sem kemur til árekstra milli EES-reglna sem komnar eru til framkvæmdar og annarra laga, skulu EES-reglur gilda. Ákvæði 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið átti að uppfylla efni bókunar 35, en þar segir að skýra skuli lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.²⁶ Í bókun 35, er sérstaklega tekið fram að hún eigi við reglur sem „komnar eru til framkvæmdar“ (e. „*implemented EEA rules*“), og tekur því eingöngu til þeirra EES-reglna sem hafa þegar verið innleiddar í landsrétt. Eins og áður segir hefur meginmál EES-

²⁵ Margrét Einarsdóttir og Stefán Már Stefánsson, „Um valdmörk og valdheimildir stofnana Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“ (2018) 68. árgangur Tímarit lögfræðinga 369.

²⁶ Margrét Einarsdóttir, „Forgangsáhrif EES-réttar í íslenskum rétti“ [2014] (1. tbl.) Tímarit Lögréttu 76.

samningsins lagagildi hér á landi og fellur því undir gildissvið bókunar 35.²⁷ Þó skattaréttur sé ekki beint hluti af EES-rétti má af framangreindu leiða í ljós að einstökum aðildarríkjum er ekki í sjálfsvald sett hvernig þau beita skattlagningarvaldi sínu, heldur verða að framkvæma það með þeim hætti að það samræmist skuldbindingum þeirra að ESB/EES-rétti.

5.1. Dómar Evrópudómstólsins

Markmið EES-samningsins er að koma á sameiginlegum markaði með sömu leikreglum aðildarríkja Evrópusambandsins. Til að tryggja samræmi voru margar greinar Rómarsáttmálans teknar inn í EES-samninginn og gerðir sem byggja á honum teknar inn í viðauka hans. Með undirritun EES-samningsins skuldbundu samningsaðilar sig þannig til þess að beita þeim ákvæðum eins og þau hafa verið túlkuð af Evrópudómstólnum.²⁸ Reglur ESB-réttar um fjórfrelsið hafa áhrif á skipan skattamála í aðildarríkjunum enda mega skattareglur aðildarríkja ekki brjóta í bága við þær. Þar sem fjórfrelsisreglurnar gilda einnig innan EES, hafa þær sambærileg áhrif og í ESB-rétti, enda er kjarni EES-samningsins, eins og áður segir, stofnun einsleits Evrópsks efnahagssvæðis sem einkennist af því að sömu skilyrði varðandi fjórfrelsið og samkeppni ríki á öllu svæðinu, þ.e. aðildarríkja Evrópusambandsins annars vegar og EFTA-ríkjanna hins vegar. Kemur þetta fram í 6. gr. EES-samningsins þar sem kveðið er á um að við framkvæmd og beitingu ákvæða hans beri að túlka þau í samræmi við dóma Evrópudómstólsins, varði þeir ákvæði sem eru efnislega samhljóða samsvarandi reglum EES-samningsins.²⁹ Er af þessu ljóst að dómsúrlausnir Evrópudómstólsins hafa mikla þýðingu við túlkun EES-samningsins. Verður því næst gert grein fyrir þeim frelsisþáttum sem í þessu samhengi skipta máli og skoðað hvernig þær takmarkanir hafa þróast í niðurstöðum Evrópu- og EFTA-dómstólsins.

5.2. Frjálst flæði fjármagns

Með frjálsum flæði fjármagns er átt við að innan ramma ákvæða EES-samningsins skulu engin höft vera milli samningsaðila á flutningum fjármagns í eigu þeirra sem búsettir eru í aðildarríkjum Evrópusambandsins eða EFTA-ríkjunum né nokkur mismunur, byggð á ríkisfangi eða búsetu aðila eða því hvar féð er notað til fjárfestingar, sbr. 40. gr. EES-samningsins. Með hugtakinu *fjármagn* er átt við bæði verðmæti í reiðufé sem og í öðrum fjármunum. Er í þessu samhengi yfirleitt ekki átt við fjármagn sem á að nota til neyslu, heldur

²⁷ sama heimild 77.

²⁸ Alþt. 1992-1993, A-deild, þskj. 1 – 1. mál, athugasemdir við frumvarp

²⁹ Páll Hreinsson, „Samræmd EES-túlkun“ (2014) 64. árgangur Tímarit lögfræðinga 275–276.

til að ná fram einhvers konar ávinningi eða árangri síðar. Slíkir fjármagnsflutningar fara oftast nær fram í formi gjaldeyrisyfirfærslna. Hugtakið *frjálsir fjármagnsflutningar* tekur ekki aðeins mið af hreyfingu fjármagnsins sjálfs heldur einnig hvernig það er notað.³⁰ Hvað varðar greiðslur segir í 41. gr. EES-samningsins að gengnar greiðslur í tengslum við þjónustustarfsemi, vöruflutninga, fólksflutninga eða fjármagnsflutninga milli samningsaðila samkvæmt ákvæðum samningsins, skulu vera lausar við öll höft.

43. gr. samningsins kveður á um þær verndarráðstafanir sem grípa má til, en þær verða samkvæmt ákvæðinu að hafa eftirfarandi grundvöll: 1) til verndar fjármagnsflutningum til og frá þriðja ríki ef munurinn milli gjaldeyrisreglna aðildarríkja ESB og EFTA verður til þess að menn færi sér í nyt rýmri yfirfærslureglur í einu aðildarríki til að komast fram hjá strangari reglum í öðru ríki, 2) ef fjármagnsflutningar leiða til röskunar á starfsemi fjármagnsmarkaðar í ríkinu, 3) ef gengisskráningu er breytt í aðildarríki sem veldur alvarlegri röskun á samkeppni og 4) ef aðildarríki á í örðugleikum með greiðslujöfnuð eða alvarleg hætta er á að örðugleikar skapist.

5.3. Stofnsetningarrétturinn

Ákvæði 31. gr. EES-samningsins mælir jafnframt fyrir um rétt til að hefja og stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi og til að stofna og reka fyrirtæki í öðru aðildarríki með sömu skilyrðum og gilda um ríkisborgara og félög þess ríkis. Samsvarandi ákvæði má einnig finna í 49. gr. Rómarsáttmálans. Stofnsetningarréttinum³¹ má skipta niður í tvo þætti, þ.e. réttinum til frjálsrar farar annars vegar og rétt einstaklinga og fyrirtækja til aðgangs að markaði hins vegar. Felur fyrrnefndi þátturinn í sér rétt til að ferðast til aðildarríkis, dvelja þar og ferðast þar um. Hvað síðarnefnda þáttinn varðar eiga sömu skilyrði að gilda um ríkisborgara og fyrirtæki í viðkomandi ríki en þar er einkum um að ræða skilyrði til að hefja og stunda starfsemi innan einstakra starfsgreina svo og til að gera löggæringa. Felur reglan í sér að bannað er að beita einstaklinga eða lögaðila misrétti á grundvelli þjóðernis þegar slík leyfi eru veitt. Er miðað við að ýmis skilyrði til atvinnurekstrar geta verið í lögum ef þau ganga jafnt yfir alla, en samkvæmt þessu felur rétturinn í sér að einstaklingum og fyrirtækjum í einu aðildarríki er heimilt að hefja og stunda atvinnustarfsemi í öðru aðildarríki með sömu skilyrðum og gilda um einstaklinga og fyrirtæki í því ríki.³² Hafa ber í huga að afleiddur ESB réttur varðandi stofnsetningarrétt er

³⁰ Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (Bókaútgáfa Orators 2000) 503.

³¹ Í Rómarsáttmálanum er talað um stofnsetningarrétt, en staðfesturétt skv. EES-samningnum. Til hægðarauka verður í ritgerðinni aðeins notast við hugtakið *stofnsetningarrétt*.

³² Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (Bókaútgáfa Orators 2000) 459–462.

tekinn inn í EES-samninginn með 31. gr. þar sem skírskotað er til VIII.-XI. viðauka EES-samningsins. Samkvæmt því má fullyrða að réttareglur innan ESB og EES varðandi stofnsetningarréttinn eru sambærilegar.³³

Í máli Evrópudómstólsins C-324/00 (*Lankhorst-Hohorst*), var deilt um þýskar reglur um þunna eiginfjármögnun. Málavextir voru þeir að hollenskt móðurfélag veitti þýsku dótturfélagi sínu lán upp á 3.000.000 þýsk mörk sem átti að styrkja eigið fé dótturfélagsins. Vaxtagreiðslur á láninu töldust í kjölfarið frádráttarbær rekstrarkostnaður. Þýsk yfirvöld litu hins vegar svo á að fyrrgreindar vaxtagreiðslur af láninu væru í raun duldar arðgreiðslur í skilningi þýskra skattalaga og ætti Lankhorst-Hohorst því að greiða 30% skatt af fjárhæðinni. Evrópudómstóllinn velti því upp þremur álitafnum. Það fyrsta snerist um meinta ólögmæta mismunun, þ.e. að sömu reglu um skattlagningu vaxtagreiðslna væri ekki beitt milli innlendra fyrirtækja, en um það sagði dómstóllinn að staðreyndin væri sú að umrætt ákvæði þýsku skattalaganna væru einungis beitt gegn erlendum móðurfélögum en innlendu félögin fengju skattaívilnanir vegna slíkra vaxtagreiðslna. Þetta taldi dómstóllinn hindrun á stofnsetningarréttinum þar sem reglurnar gerðu það síður ákjósanlegt fyrir félög að nýta sér réttinn. Kom þar einnig fram að reglurnar hefðu takmarkandi áhrif á reglur um frjálst flæði fjármagns þar sem það væri óhjákvæmileg afleiðing takmörkunar á stofnsetningarréttinum. Í kjölfarið kannaði dómstóllinn því hvort til staðar væru einhver sjónarmið sem réttlætti mismununina. Af þýska ríkinu var því haldið fram að löggjöfin hefði þann tilgang að hindra skattsvik með svonefndri þunnri eiginfjármögnun. Um þetta atriði sagði dómstóllinn að ákvæðið fæli ekki í sér sérstaka ráðstöfun til að taka á skattsvikum heldur tæki almennt á öllum tilvikum þar sem móðurfélag ætti heimili utan Þýskalands, en sú staðreynd að móðurfélag ætti heimili utan Þýskalands fæli í sjálfu sér ekki í sér hættu á skattundanskotum þar sem slíkt félag væri í öllum tilvikum háð lögum þess lands þar sem það væri stofnsett. Einnig var því haldið fram að ákvæðið væri leyfilegt til að tryggja samræmi í skattalöggjöf en dómstóllinn féllst ekki á þá röksemd á þeim grundvelli að óheimilt væri að meðhöndla skattgreiðslur á vexti á óhagstæðari hátt ef þeir voru greiddir til erlendra félaga heldur en til innlendra.

5.4. Bann við mismunun

Í 4. gr. EES-samningsins kemur fram að hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs sé bönnuð á gildissvæði samningsins nema annað leiði af einstökum ákvæðum hans. Í 18. gr. Rómarsáttmálans má finna samhljóða ákvæði. Hugtakið mismunun er í þessu samhengi skýrt

³³ sama heimild 479.

með þeim hætti að sambærileg atriði hafi fengið mismunandi afgreiðslu án gilda efnisraka eða að ósambærileg atriði hafi hlotið sömu afgreiðslu án gilda efnisraka. Eru það því þau efnisrök sem liggja til grundvallar tiltekinni ákvörðun sem úrslitum ráða en ekki heiti ákvörðunar eða form hennar, og er nauðsynlegt að meta þau í ljósi þeirra markmiða sem að er stefnt með viðkomandi reglu.³⁴ Ákvæðið er frekar almennt orðað en af þeim ástæðum hefur það í raun lítið sjálfstætt gildi. Evrópudómstóllinn hefur því yfirleitt látið það nægja að vísa í fjórfrelsisákvæðin. Einkum reynir á ákvæðið þegar svo stendur á að hin frelisisákvæðin taka ekki á úrlausnarefninu, beint eða óbeint, og er því eins háttáð hjá EFTA-dómstólnum. Er þó hægt að ganga út frá því að öllu samtöldu að niðurstaða máls verði hin sama hvort sem gengið er út frá mismunun eða hindrun við úrlausn þess. Er þetta meðal annars afleiðing þess að hinn *þverlandamæralegi* þáttur í hindruninni sætir öllu jöfnu strangari mati en hinn *þjóðernislegi* þáttur í mismununinni. Að auki er ekki greinarmunur á því hvort dómstóllinn gengur út frá málefnalegum sjónarmiðum við réttlætingu á mismunum eða brýnum efnislegum ástæðum, að teknu tilliti til meðalhófs, við réttlætingu á þverlandamæralegi hindrun. Í grundvallaratriðum eru ákvæðin um mismunun og hindrun náskyld og ætti því að túlka þau með sama hætti. Þar að auki hefur Evrópudómstóllinn greint frá því að hið almenna ákvæði um bann við mismunun sé ein af hinum ólögfestu grundvallarreglum ESB-réttar og má því álykta að hið sama eigi við um EES-rétt.³⁵

5.4.1. Óbein mismunun

Það getur verið vandkvæðum háð að skilgreina hugtakið óbeina mismunun, en að öllu jöfnu fela tilvik óbeinnar mismununar í sér meiri byrðar fyrir erlenda en innlenda aðila. Þróun reglunnar hefur verið á þann veg að sambandsreglur eru ekki aðeins taldar setja aðildarríkjum skorður þegar um er að ræða beina og óbeina mismunun heldur einnig í öðrum tilvikum þar sem frelisisákvæðin eru skert. Af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins má sjá að bann við skerðingu frelisisákvæðanna taki ekki aðeins mið af beinni og óbeinni mismunun heldur er aðildarríkjum settar enn þengri skorður við skerðingu á frelisisákvæðunum. Á þann hátt hefur dómstóllinn komist að þeirri niðurstöðu í tilvikum sem fólu ekki í sér neina eiginlega mismunun gagnvart erlendum ríkisborgurum en var samt sem áður talin koma verr niður á þeim, að um brot á frelisisákvæðunum væri að ræða, sbr. mál C-385/00 (*De Groot*). Í málinu var deilt um persónufrádrátt De Groot sem búsettur var í Hollandi en starfaði einnig í öðrum

³⁴ Ragnheiður Snorradóttir og Stefán Már Stefánsson, *Tvísköttunarsamningar og evrópskar skattareglur* (Bókaútgáfan Codex 2011) 134.

³⁵ Ásmundur G Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017) 775-777.

ríkjum. Með tilliti til skattasamninga sem lágu fyrir, áttu ríki þar sem De Groot vann, skattlagningarréttinn vegna þeirra tekna sem þar var aflað. Af þeim sökum var persónufrádráttur hans sem og frádráttur vegna meðlagsgreiðslna frá skatttekjum í Hollandi færður niður sem varð til þess að hann varð verr settur en hann hefði verið hefði hann aflað allra tekna sinna í Hollandi. Niðurstaða Evrópudómstólsins var sú að um væri að ræða hindrun sem gerði hann verr settan heldur en þá sem eingöngu aflaði tekna í Hollandi og var af þeirri ástæðu talinn andstæður réttinum til frjálstrar farar launþega.³⁶

5.4.2. Sjónarmið sem réttlæta mismunun

Eins og hér hefur komið fram setja fjórfrelsisákvæðin því skorður að hægt sé að setja upp hindranir eða beita mismunun í skattamálum sem varðar starfsemi innan EES. Slíkar hindranir geta þó verið réttlætanlegar undir vissum kringumstæðum. Í fyrsta lagi geta ríki réttlætt hindranir eða mismunun á grundvelli óhjákvæmilegra þjóðfélagsþarfa í almannapágu, s.s. til að halda uppi allsherjarreglu í þjóðfélaginu. Í öðru lagi má nefna sjónarmið um öflugt skatteftirlit, innheimtu skattkrafna og aðgerðir til að koma í veg fyrir skattundanskot til varnar innlendum reglum sem kunna að hindra stofnsetningarréttinn eða aðra frelispætti. Í þessu samhengi þarf þó ávallt að gæta að meginreglunni um meðalhóf, en í því felst að aðildarríki verði ætíð að ganga úr skugga um hvort mögulegt sé að ná sama markmiði með vægari úrræðum³⁷, sbr. mál Evrópudómstólsins nr. C-524/04 (*Thin Cap Group*). Í kjölfar Lankhorst-Hohort tók hópur breskra félaga sig saman og fóru í mál við skattyfirvöld í Bretlandi til að fá úr því skorið hvort breskar reglur um þunna eiginfjármögnun stæðust ESB-rétt. Í niðurstöðu sinni benti dómstóllinn á að sú staðreynd að innlent félag fengi lán frá erlendu félagi fæli ekki í sér að hægt væri að draga þá almennu ályktun að slíkt fæli í öllum tilvikum í sér skattasniðgöngu. Slík takmörkun í lögum þyrfti að fela í sér markmið um að koma í veg fyrir algera sýndargerninga sem ekki endurspegluðu efnahagslegan raunveruleika, til að geta talist réttlætanleg. Eftir að armslengdarsjónarmiðum hafði verið bætt inn í löggjöfina taldi dómstóllinn það vera markvisst og sannanlegt viðmið til að greina sýndargerninga frá eðlilegum viðskiptalegum gerningum. Þó þyrfti að gæta að fleiri skilyrðum til að reglurnar gengju ekki of langt. Sagði dómstóllinn m.a. að í þeim tilvikum þegar ekki væri hægt að útiloka að um sýndargerning væri að ræða ætti stjórnvöld að veita skattaðilanum tækifæri til að færa sönnur á að viðskiptalegar forsendur hefðu ráðið för, án þess að gera honum erfitt fyrir að

³⁶ Snorradóttir og Stefánsson (n. 8) 137–139.

³⁷ sama heimild 159–163.

ástæðulausu. Jafnframt ætti að gæta þess, í þeim tilvikum er álitíð væri að um sýndargerning væri að ræða, að aðeins þeir vextir sem væru hærrí en armslengdarviðmiðið skyldu teljast ófrádráttarþærir en með því væri ekki gengið lengra en þörf kræfi.

5.5. Meðalhófsreglan

Með fjölgun þeirra sjónarmiða sem réttlætt geta mismunun eða hindrun á fjórfrelsinu, hefur mikilvægi meðalhófsreglunnar (e. *rule of reason*) aukist. Í reglunni felst annars vegar sú krafa að reglan sem um ræðir, sé til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt, en hins vegar að þær ráðstafanir sem reglan mælir fyrir um gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði. Við mat á því skiptir höfuðmáli hvort unnt sé að hin íþyngjandi eða síður ívilnandi skattlagning geti farið fram með vægari hætti.³⁸ Svigrúm aðildarríkjanna er fremur takmarkað hvað þetta varðar, en þetta er til dæmis greinilegt þegar litið er til dóma Evrópudómstólsins um CFC-reglur og reglur um þunna eiginfjármögnun, sbr. mál Evrópudómstólsins C-105/07 (*Lammers & Van Cleeff*) þar sem deilt var um reglur um þunna eiginfjármögnun í Belgíu. Í niðurstöðu sinni sagði dómstóllinn að jafnvel í þeim málum þar sem um algera sýndargerninga væri að ræða mætti einungis endurskilgreina vaxtagjöld sem arðgreiðslur þegar vextirnir væru ekki ákvarðaðir í samræmi við armslengdarviðmiðið. Þyrftu yfirvöld að gefa skattgreiðandanum tækifæri til að sýna fram á að rekstrar- og viðskiptalegar ástæður lægju að baki ráðstöfuninni. Enn fremur væri ekki heimilt að leggja of miklar byrðar á þá aðila við að sýna fram á slíkt, né að hafa kröfurnar þannig að þungt sé í vöfum að uppfylla þær. Það eitt og sér að lán sé veitt á milli tengdra aðila innan sömu samstæðu yfir landamæri og að farið sé fram úr viðmiðunarhlutfalli skulda á móti eigið fé þýði ekki í sjálfu sér að ráðstöfunin hafi eingöngu verið til málamynda með skattasniðgöngu að markmiði.

Helsta málið er varðar CFC-skattlagningu er mál Evrópudómstólsins C-196-04 (*Cadbury Schweppes*), þar sem dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að ensk lög um CFC-skattlagningu væru að meginstefnu til andstæð 49. gr., sbr. 56. gr. Rómarsáttmálans um stofnsetningarréttinn. Eigi að síður taldi dómstóllinn að réttlæta mætti hindrunina á grundvelli sjónarmiða um rétt ríkja til að koma í veg fyrir að menn og fyrirtæki misnotuðu skattalög í því skyni að sleppa við greiðslu eðlilegra skatta til ríkisins með hvers konar gerviráðstöfunum sem ekki byggðu á neinum efnahagslegum raunveruleika, og stefndu þannig jafnvægi í skattlagningu ríkja á milli í hættu. Í framhaldi lagði dómstóllinn mat á það hvort reglurnar gengu lengra en nauðsyn krefði, en við mat á því sagði dómstóllinn að til þess að reglurnar

³⁸ Ásmundur G Vilhjálmsson, *Íslenskur alþjóðlegur skattaréttur* (SkattVís 2017) 562-563.

samræmdust sambandsrétti þyrfti raunveruleg atvinnustarfsemi að vera undanskilin gildissviði þeirra. Gilti í því sambandi einu máli þótt stofnsetning fyrirtækis í hlutaðeigandi lágskattalandi hefði skattatilgang eða hefði ekki skattatilgang. *Cadbury Schweppes*-málið markaði tímamót í Evrópu hvað CFC-löggjöf varðaði, en löggjöf ófárra ríkja tóku breytingum eftir að úrskurður Evrópudómstólsins féll árið 2008. Þykir því tilefni til að rannsaka þau skilyrði CFC-reglna sem dómstóllinn gerði grein fyrir í *Cadbury Schweppes* en til samanburðar verður einnig litið til sameinaðra mála EFTA dómstólsins E-3/13 & E-20/13 (*Olsen*-málið), er varðaði sambærileg álitamál um CFC-löggjöf í Noregi, enda gæti reynst áhugavert að skoða hvort EFTA-dómstóllinn túlki þessi atriði á annan hátt en Evrópudómstóllinn, sérstaklega í ljósi þeirrar staðreyndar að Noregur stendur í sömu sporum gagnvart Evrópusambandinu og EES-samningnum og Ísland.

6. Samanburðargreining á *Cadbury Schweppes* og *Olsen*-málunum

6.1. Mál Evrópudómstólsins C-196/04 (*Cadbury Schweppes*)

Málsatvik voru þau að Cadbury Scweppes var breskt félag sem átti óbeint allt hlutfé í tveimur írskum félögum sem stofnuð voru í þeim tilgangi að nýta sér hagkvæmari skattlagningu, en skatthlutfall í Írlandi var lægra heldur en á Bretlandi. Samkvæmt CFC-reglum í Bretlandi mátti í slíkum tilvikum horfa framhjá írsku félögunum og skattleggja breska móðurfélagið beint vegna hagnaðar írsku félaganna. Í málinu var í fyrsta lagi deilt um það hvort stofnun dótturfélags í öðru ríki innan EES með hagræðingu skattgreiðslna að leiðarljósi stæðist stofnsetningarréttinn, og þá sérstaklega hvort um væri að ræða misnotkun á réttinum. Eins og kom fram hér að framan, komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að aðildarríki gætu ekki reynt að notfæra sér frelsisákvæði Rómarsáttmálans til að sniðganga innlenda löggjöf. Engu að síður væri ekki unnt að takmarka frelsi aðila af þeirri ástæðu einni að hann hafi sóst í ívilnandi skattareglur annars aðildarríkis. Sú staðreynd að félag sé stofnað í öðru ríki með skattahagræðingu að leiðarljósi gæti ekki í sjálfu sér svipt aðila þeim réttindum sem honum er tryggt með sáttmálanum. Í öðru lagi var um það deilt hvort bresku CFC-reglurnar brytu í bága við stofnsetningarréttinn. Niðurstaða dómstólsins var sú að svo væri. Þriðja og þýðingarmesta álitafnið var hvort slík takmörkun væri réttlætunleg á grundvelli almannahagsmuna. Dómstóllinn svaraði því einnig neitandi.

6.2. Sameinuð mál EFTA-dómstólsins E-3/13 & E-20/13 (*Olsen g. norska ríkinu*)

Í Olsen-málinu var aðallega um það deilt hvort heimilt væri að skattleggja norska rétthafa í erlendum vörslusjóð, skv. NOKUS reglunum og þá eftir atvikum hvort þeir skyldu sæta hátekjuskattlagningu. Vörslusjóðurinn sem um ræddi, Ptarmigan Trust, var stofnaður í 1980 og átti að gæta hagsmuna Olsen-fjölskyldunnar í fjölda annarra fyrirtækja. Ptarmigan Trust átti meðal annars hlut í Eagleville Group BV, sem var móðurfélag stórrar fyrirtækjasamstæðu með dótturfélög út um allan heim. Með eignarhaldi í Ptarmigan annaðist Olsen fjölskyldan stjórnunarstörf í þessum erlendu félögum, en starfinu var ekki sinnt í stofnríkinu Liechtenstein. Því var um það deilt hvort umræddur vörslusjóður nyti verndar stofnsetningarréttarins sem og hvort norsku CFC-reglurnar, NOKUS reglurnar, takmörkuðu sömu réttindi. Var niðurstaða dómstólsins sú að tilteknir aðilar innan EES stóðu illa að vígi samkvæmt þágildandi CFC-löggjöf, sem fól jafnframt í sér brot á stofnsetningarréttinum. Spurningin var því hvort brotið væri réttlætjanlegt á grundvelli sömu hagsmuna og í Cadbury Schweppes-málinu. Niðurstaða dómstólsins var sú að slíkt brot væri réttlætjanlegt á grundvelli sjónarmiða um skattasniðgöngu sem og til að koma í veg fyrir eyðingu skattstofna ríkisins. Reglunum var ætlað að ná því markmiði en gæta yrði meðalhófs þannig að þær tækju aðeins til sýndargerninga.

6.3. Réttlættingarástæður

Er dómstóllinn hefur komist að þeirri niðurstöðu að um brot á stofnsetningarréttinum sé að ræða, tekur hann næst til skoðunar hvort til staðar séu sjónarmið sem réttlætt geta hindrunina. Dómstóllinn hefur ítrekað slegið því föstu að rýrnun skattstofna geti eitt og sér ekki verið lögmætur grundvöllur fyrir takmörkunum á fjórfrelsinu, en um þetta segir m.a. í Cadbury Schweppes-málinu að:

The need to prevent the reduction of tax revenue is not one of the grounds listed in Article 46(1) EC or a matter of **overriding general interest which would justify a restriction on a freedom** introduced by the Treaty.^{39 40}

Samsvarandi ummæli má finna í Olsen-málinu en þar segir að:

The need to prevent loss of tax revenue is not a matter of **overriding general interest that would justify a restriction on a freedom** guaranteed by the EEA Agreement.⁴¹

³⁹ Allar feitletranir í kafla þessum eru höfundar.

⁴⁰ Mál C-196/04 Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd g. Commissioners of Inland Revenue [2006] ECR I-7995, mgr. 51. (Hér eftir *Cadbury Schweppes*)

⁴¹ Sameinuð mál E-3/13 og E-20/13 *Fred Olsen and Others and Petter Olsen and Others g. The Norwegian State Represented by the Central Tax Office for Large Enterprises and the Directorate of Taxes* [2014], mgr. 166. (Hér eftir *Olsen*)

Ástæðan sé sú að það myndi veita aðildarríkjum of rúmar heimildir til að gera verndarráðstafanir sem ekki samræmast innri markaðnum. Enn fremur segir í *Cadbury Schweppes* að stofnsetningarrétturinn komi í veg fyrir að yfirvöld geri sjálfkrafa ráð fyrir því að um skattsníðgöngu sé að ræða af þeirri ástæðu einni, að stofnað sé dótturfélag í öðru aðildaríki með lægra skatthlutfalli. Segir þar jafnframt að:

a national measure restricting freedom of establishment may be justified where it specifically relates to **wholly artificial arrangements** aimed at circumventing the application of the legislation of the Member State concerned⁴²

Um hið sama segir í Olsen-málinu að:

in order for a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of **wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality**, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory⁴³

Það sem einna helst einkennir slíkt fyrirkomulag er að félagið stundar enga raunverulega atvinnustarfsemi í búseturíkinu, heldur er það eingöngu stofnað til þess að komast hjá skattlagningu tekna sem aflað er í heimaríki móðurfélagsins. Má af framangreindu sjá að dómstólarnir taka svipaða afstöðu til úrlausnarefnisins, en svo unnt sé að réttlæta takmörkun á stofnsetningarréttinum á grundvelli sjónarmiða um skattundanskot, mega reglurnar einungis ná til algerra sýndargerninga. Er því mikilvægt að gæta að því að löggjöfin sé ekki of almennt orðuð, sbr. mál Evrópudómstólsins C-264/96 (*ICI*), þar sem m.a. sagði að:

As regards the justification based on risk of tax avoidance, suffice it to note that the legislation at issue in the main proceedings does not have the specific purpose of preventing **wholly artificial arrangements**, set up to circumvent United Kingdom tax legislation.⁴⁴

Í kjölfarið af *Cadbury Schweppes* vaknaði sú spurning hvort hægt væri að réttlæta takmarkandi skattareglur á grundvelli annarra sjónarmiða en vegna skattasníðgöngu. Þróun dómaframkvæmdar hefur sýnt að svo sé, en eins og segir má í raun rekja það til *Cadbury Schweppes* þar sem fram kom að:

the type of conduct described in the preceding paragraph [*sýndargerningar*] is such as to undermine the right of the Member States to exercise their tax jurisdiction in

⁴² *Cadbury Schweppes*, mgr. 51.

⁴³ Olsen, mgr. 167.

⁴⁴ Mál C-264/96 *Imperial Chemical Industries plc (ICI) g. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* [1998] ECR I-4695, mgr. 26.

relation to the activities carried out in their territory and thus to jeopardise a **balanced allocation between Member States of the power to impose taxes.**⁴⁵

Dómstólinn virðist gefa hér til kynna að bæði skattasniðgöngusjónarmið og sjónarmið um jafna dreifingu á skattlagningarréttinum milli aðildarríkja teljist til lögmætra réttlættingarsjónarmiða.

Í Olsen-málinu kom hið sama fram:

a restriction on the freedom of establishments or, where applicable, the free movement of capital resulting from national CFC legislation such as applicable in the main proceedings may be justified on grounds of overriding public interest, in particular on considerations of preventing tax avoidance or maintaining the **balanced allocation of taxing powers between EEA States.**⁴⁶

6.4. Meðalhófsreglan í framkvæmd

Eins og áður segir felst í reglunni um meðalhóf annars vegar sú krafa um að reglan sé til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt og hins vegar að þær ráðstafanir sem reglan mælir fyrir um gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði. Hvað fyrra atriðið varðar var markmiðið með reglunum í báðum málum að koma í veg fyrir að félög gætu forðast skattlagningu á tekjum sem í raun hafi myndast í heimaríkinu. Í *Cadbury Schweppes* sagði um þetta atriði að:

By providing for the inclusion of the profits of a CFC subject to very favourable tax regime in the tax base of the resident company, **the legislation on CFCs makes it possible to thwart practices which have no purpose other than to escape the tax normally due on the profits generated by activities carried on in national territory.** As the French, Finnish and Swedish Governments stated, such legislation is therefore **suitable to achieve the objective for which it was adopted.**⁴⁷

Í Olsen-málinu sagði með samsvarandi hætti að:

In providing for the taxation in the tax base of the resident taxpayer of benefits such taxpayers receive from a CFC not pursuing genuine economic activities and subject to a very favourable tax regime in another EEA State, **the CFC legislation makes it possible to thwart practices which have no other purpose than to escape the tax normally due on the benefits generated by activities carried on in the national territory.** Such legislation is therefore **suitable to achieve the objective for which it was adopted.**⁴⁸

Komast dómstólarnir í báðum málum að þeirri niðurstöðu að með CFC-reglum sé mögulegt að koma í veg fyrir ráðstafanir sem ekki hafa annan tilgang en að forðast skattlagningu sem annars

⁴⁵ Cadbury Schweppes, mgr. 56.

⁴⁶ Olsen, mgr. 181.

⁴⁷ Cadbury Schweppes, mgr. 59.

⁴⁸ Olsen, mgr. 172.

kæmi til í heimaríkinu. Með þessu eru reglurnar með þeim hætti að ná því markmiði sem að er stefnt.

Að lokum taka dómstólarnir afstöðu til þess hvort reglurnar gangi lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði. Bresku CFC-reglurnar í *Cadbury Schweppes* innihéldu nokkrar undantekningar frá CFC-skattlagningu sem átti að stilla henni í hóf, en engu að síður komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að reglurnar væru of víðtækar:

In order to find that there is such an arrangement there must be, in addition to a subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage, objective circumstances showing that, despite formal observance of the conditions laid down by Community law, the objective pursued by freedom of establishment ... **has not been achieved**.⁴⁹

Sömu niðurstöðu finnum við nánast orðrétt í Olsen-málinu:

In order to find that there is such an arrangement there must be, in addition to a subjective element consisting in the intention to obtain a tax advantage, objective circumstances showing that, despite formal observance of the conditions laid down by EEA law, the objective pursued by freedom of establishment **has not been achieved**.⁵⁰

Segir hér að við ákvörðun á algerum sýndargerningum verður, auk huglæga skilyrðisins, þ.e. þann ásetning að öðlast skattalegt hagræði, að sýna fram á að hið hlutlæga skilyrði sé fullnægt, en hér næst verður því gerð tilraun til að gera grein fyrir því hvað í þessum skilyrðum felst.

6.5. Hið huglæga skilyrði

Dómstólarnir skilgreina báðir hið huglæga skilyrði sem þann ásetning skattaðila að öðlast skattalegt hagræði án þess að skilgreina það nánar. Í máli Evrópudómstólsins C-110/99 (*Emsland-Starke*), er því lýst með svipuðum hætti:

subjective element consisting in the intention to obtain an advantage from the Community rules by creating artificially the conditions laid down for obtaining it.⁵¹

Í máli dómstólsins C-255/02 (*Halifax*) kemur hins vegar fram að líta verði til fjölda þátta við mat á því hvort ásetningurinn sé að sniðganga skattgreiðslur. Í rökstuddu álitni Poiares Maduro aðallögsögumans segir enn fremur að:

In *Emsland* the Court linked that subjective element to the finding that the situation giving rise to the application of a certain Community rule was purely artificial. In my view, **that finding of artificiality should not be based on an assessment of the subjective intentions** of those claiming the Community right. The artificial nature

⁴⁹ Cadbury Schweppes, mgr. 64.

⁵⁰ Olsen, mgr. 174.

⁵¹ Mál C-110/99 *Emsland-Stärke* BmbH g. Hauptzollamt Hamburg-Jonas [2000] ECR I-11569, mgr. 53.

of certain events or **transactions must certainly be determined on the basis of a set of objective circumstances verified in each individual case.**⁵²

Samkvæmt Poiares Maduro er nauðsynlegt að leggja mat á hvert mál fyrir sig, en hið huglæga mat verður á sama hátt að byggja á sjálfri ráðstöfuninni og þeirri starfsemi sem um ræðir í hvert skipti en ekki aðeins hugarástandi skattaðilans. Vaknar því upp sú spurning hvort hið huglæga skilyrði sé í raun huglægt, þar sem það virðist grundvallast á hinu hlutlæga. Burtséð frá því þá nefnir dómstóllinn þetta með berum orðum huglægt atriði og verður því að gera ráð fyrir því sem gildandi rétti. Í *Olsen*-málinu virðist þetta skýrast betur en í mgr. 175 vísar dómstóllinn í ummæli Poiares Maduro í *Halifax*-málinu og mótar skilyrðið í samræmi við hlutlægari viðmið. Kemur þar fram að ásetningurinn um skattalega hagræðingu nægir ekki eitt og sér við skilgreiningu á hugtakinu sýndargerningi. Segir þar framleiðis að:

The intention to benefit from a tax advantage is not in itself sufficient to constitute an artificial arrangement and neither is the fact that the activities of the foreign entity could have been carried out by an entity established in the home State. The artificial nature of certain events or transactions **must be determined on the basis of a set of objective circumstances verified in each individual case.** Accordingly, **the intentions to improperly obtain an advantage** from EEA law are to be **inferred from the circumstances.** What is decisive is the fact that the activity, from an objective perspective, has no other reasonable explanation but to secure a tax advantage. If this is the case, the arrangement is purely artificial⁵³

Dómstóllinn virðist hér fjarlægjast sjónarmiðum um ásetning skattaðila enn frekar og leggur áherslu á hlutlæga þátt skilyrðisins og þær ytri aðstæður sem liggja að baki þeirri fyrirbyggjandi viðskiptaráðstöfun. Er því við hæfi að velta upp þeirri spurningu hversu þröngt skuli túlka þetta skilyrði. Í *Emsland-Stärke* sagði að liggja þurfi fyrir „*intention to obtain an advantage*“⁵⁴ og í *Halifax* var því lýst með þeim hætti að sniðganga skattaðila yrði að vera „*the essential aim*“⁵⁵ en af máli C-282/12 (*Itelcar*) mætti ætla að skilyrðið skyldi túlka með enn þröngri hætti, en þar sagði að það þurfi að hafa verið „*sole purpose*“ skattaðila að öðlast skattahagræðingu.⁵⁶ Þessi krafa um „*sole purpose*“ virðist einkum endurspeglast í *Olsen* málinu, þar sem fram kom að „*what is decisive is the fact that the activity, from an objective perspective, has no other reasonable explanation but to secure a tax advantage*“.⁵⁷

⁵² Mál C-255-02 *Halifax plc, Leeds Permanent Development Services Ltd, County Wide Property Investments Ltd g. Commissioners of Customs & Excise* [2006] ECR I-1609, Opinion of Advocate General Poiares Maduro, mgr. 70. (Hér eftir *Halifax*)

⁵³ Olsen, mgr. 175.

⁵⁴ *Emsland-Stärke*, mgr. 53.

⁵⁵ *Halifax*, mgr. 75.

⁵⁶ Mál C-282/12 *Itelcar – Automóveis de Aluguer Lda g. Fazenda Pública* [2013], mgr. 34.

⁵⁷ Olsen, mgr. 175.

Hið huglæga skilyrði virðist heilt yfir litið sambærilegt í *Cadbury Schweppes* og *Olsen*-málinu, en í þeim báðum eru hinar hlutlægu aðstæður lagðar til grundvallar við matið. Verður enn fremur að gera ráð fyrir að beita þurfi nokkuð ströngu mati um skilyrðið, þar sem gert er ráð fyrir að skattundanskot verði að hafa verið eini tilgangur skattaðila með ráðstöfuninni.

6.6. Hið hlutlæga skilyrði

Í *Cadbury Schweppes* er hlutlæga skilyrðinu lýst með vísan í tilvist þeirra hlutlægu aðstæðna sem fyrir liggja og að nauðsynlegt sé að sýna fram á að markmiði stofnsetningarréttarins sé ekki náð þrátt fyrir að formleg skilyrði réttarins séu fullnægð.⁵⁸ Markmið stofnsetningarréttarins er því afgerandi atriði í hinu hlutlæga skilyrði. Vísar dómstóllinn til eigin ákvörðunar því til stuðnings og tekur afstöðu til innihalds réttarins og hvað í honum felst:

Having regard to that objective of integration in the host Member State, the concept of establishment within the meaning of the Treaty provisions on freedom of establishment involves the actual pursuit of an **economic activity** through a **fixed establishment** in that State for an **indefinite period** [...] Consequently, it presupposes actual establishment of the company concerned in the host Member State and the pursuit of **genuine economic activity** there.⁵⁹

Tekur dómstóllinn hér fram að atvinnustarfsemi skuli fara fram á föstum stað og um óákveðinn tíma. Er einnig sett sú krafa að félagið sé þar raunverulega stofnsett og að þar fari fram raunveruleg atvinnustarfsemi. Er því mikilvægt að komast að því hvað dómstóllinn eigi við með hugtökunum „*raunverulega stofnsett*“ og „*raunveruleg atvinnustarfsemi*“, en samkvæmt dómstólnum er það byggt á hlutlægum atriðum sem hægt er að sannreyna af þriðja aðila. Hvaða þættir það séu er dómstóllinn hins vegar tregur til að tjá sig um. Við mat á raunverulegri atvinnustarfsemi verði að líta til þess hvort til staðar sé eigið húsnæði, starfsmenn og búnaður. Þessi skilgreining dómstólsins á hinu hlutlæga skilyrði er hins vegar athyglisverð að því leyti að hún samræmist að mestu leyti skilyrði stofnsetningarréttarins. Þegar stofnun félags í lágskattaríki hefur öðlast verndar réttarins með raunverulegri stofnun og raunverulegri atvinnustarfsemi, er ekki hægt að skattleggja það á grundvelli CFC-reglna. Félag sem aðeins er ytri skel eða póstkassi nýtur því ekki verndar stofnsetningarréttarins.

Eins og áður segir er dómstóllinn í *Cadbury Schweppes* tvíráður við að varpa ljósi á skilyrðið, en verður því litið til þess hvort sérálit Léger, aðallögsögumanns sé eitthvað ítarlegra hvað þetta varðar. Samkvæmt Léger koma þrjú atriði til skoðunar við mat á hinu hlutlæga skilyrði:

⁵⁸ Cadbury Schweppes, mgr. 64.

⁵⁹ Cadbury Schweppes, mgr. 54-55.

First, the degree of **physical presence** of the subsidiary in the host State, secondly, the **genuine nature of the activity** provided by the subsidiary and, finally, the **economic value of that activity** with regard to the parent company and the entire group.⁶⁰

Um hið fyrsta matsatriði segir hann að spurningin sé hvort dótturfélagið hafi raunverulega staðfestu í búseturíkinu. Verður því að leggja mat á hvort dótturfélagið hafi yfir að ráða húsnæði, starfsfólk og nauðsynlegan búnað til að raunverulega framkvæma þá þjónustu sem það veitir móðurfélaginu og sem leitt hefur til lækkunar skatta sem greiddir eru í heimaríki móðurfélagsins. Ef dótturfélagið hefur ekki fjármagn til að veita þessa þjónustu er gert ráð fyrir að viðskiptin séu hluti af tilbúnu fyrirkomulagi sem eingöngu er ætlað að flytja tekjur frá heimaríki móðurfélagsins.⁶¹ Er þetta álit áþekkt því sem fram kemur í *Cadbury Schweppes*.⁶²

Annað matsatriðið snýr að eðli þjónustunnar sem dótturfélagið veitir. Það er því nauðsynlegt að huga að því hvort starfsfólk sé hæft til að veita þá þjónustu sem það veitir auk athugunar á því stigi sem ákvarðanir um að veita þjónustuna eru teknar. Ef dótturfélagið er ekkert annað en „*a mere tool of execution*“ vegna ákvarðana sem í raun eru teknar af móðurfélaginu, bendir allt til þess að dótturfélagið hafi ekki raunverulega sjálfsstjórn og feli í sér sýndarfyrirkomulag.⁶³

Þriðja og síðasta matsatriðið hefur að geyma mat á því hvort dótturfélagið auki virði samstæðunnar, en spurningin er þá hvort til dæmis þjónusta frá dótturfélaginu til móðurfélagsins hefur eitthvert fjárhagslegt gildi. Ef þjónustan hefur ekki fjárhagslegt gildi fyrir móðurfélagið gerir aðallögsögumaður ráð fyrir að lýsa megi fyrirkomulaginu sem tilbúning. Ástæðan fyrir þessu er sú, að móðurfélagið greiðir í raun fyrir þjónustu sem þau þurfa ekki á að halda og notar sem leið til að flytja hagnað frá heimaríki til lágs-kattaríkis.⁶⁴

Í *Cadbury Schweppes* tekur dómstóllinn afstöðu til fyrsta atriðisins í 64. mgr. en um hið annað og þriðja er ekki getið í dómnum.

Líkt og í *Cadbury Schweppes* gerir dómstóllinn í *Olsen*-málinu hins vegar ráð fyrir að það hljóti að vera hlutlægar aðstæður sem sýna að markmiði stofnsetningarréttarins hafi ekki verið náð þrátt fyrir formlega uppfyllingu skilyrða réttarins. Á grundvelli þessa kemur þar fram að fyrirkomulag teljist ekki tilbúningur þegar réttarskipan þess endurspeglar efnahagslegan veruleika í búseturíkinu sem hægt er að staðfesta á grundvelli hlutlægra og sannanlegra þátta

⁶⁰ Mál C-196/04 *Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd g. Commissioners of Inland Revenue* [2006] ECR I-7995, Opinion of Advocate General Léger, 2 maí 2006, mgr. 111. (Hér eftir *Álit Léger*)

⁶¹ *Álit Léger*, mgr. 112.

⁶² *Cadbury Schweppes*, mgr. 67.

⁶³ *Álit Léger*, mgr. 113.

⁶⁴ *Álit Léger*, mgr. 114.

sem settir eru fram í 96.-99. mgr. dómsins sem eru afgerandi til nánari skilgreiningar á hinu hlutlæga skilyrði.⁶⁵ Í 97. mgr. segir líkt og í Cadbury-Schweppes, 54. mgr., að afgerandi sé hvort reksturinn sé stundaður um óákveðinn tíma og á varanlegri starfsstöð (e. *fixed establishment*).

Enn fremur segir að:

A fixed establishment may be gained and maintained by such activities as **settling personally in the host State, establishing the seat of management there and/or recruiting staff to perform the services that may be required from the establishment there.**⁶⁶

Hefur Olsen-málið að geyma nokkur sömu matsatriði og í Cadbury-Schweppes sem og í áliti aðallögsögumanns. Í málinu segir framvegis að:

Whether the entity in question conducts a real and genuine economic activity **cannot be answered in the abstract.** It depends on the **actual terms of the entity's statutes.**⁶⁷

Máli skiptir hvort félagið stundi þann rekstur sem því var ætlað með stofnun þess. Má af þessu einnig ætla að raunveruleg þátttaka dótturfélags í öðrum félögum innan samstæðunnar geti fullnægt kröfunni um fjárhagslegt gildi dótturfélags gagnvart móðurfélagi. Því má færa rök fyrir því að hugtakið *raunveruleg atvinnustarfsemi* sé ekki skilgreint mjög þröngt. Eignarhaldsfélög gætu t.a.m. þannig fullnægt þeirri kröfu. Lykilatriðið er þó, eins og birtist í 99. mgr. að fram þurfi að fara sérstakt mat á því hvort reksturinn og starfsstöðin séu raunveruleg. Af orðalagi dómsins má ráða að þeir þættir sem þar eru nefndir séu ekki ætlaðir sem annað en dæmi um það sem komið getur til greina. Fyrirnefnd matsatriði í *Olsen*-málinu, sem og í *Cadbury Schweppes*, geta því hvorki talist tæmandi né algild. Er þetta rökstutt með hliðsjón af frekari dómaframkvæmd, en í máli C-524/04 (*Thin Cap Group*) komst dómstóllinn t.a.m. að þeirri niðurstöðu að alþjóðlega meginreglan um armslengd samanstæði af hlutlægum og sannanlegum atriðum í samræmi við samningsfyrirmynd OECD. Svipaða niðurstöðu má draga frá máli C-303/07 (*Aberdeen*) þar sem deilt var um finnskar reglur um skattlagningu hagnaðar SICAV-sjóðs sem stofnaður var í Lúxemborg. Tilgangur slíkra sjóða var að fjárfesta í fasteignum en til álita kom hvort sjóðurinn heyrði undir stofnsetningarréttinn þegar hvorki voru til staðar starfsmenn né eigið húsnæði. Með vísan í *Cadbury Schweppes* var því haldið fram að slíkir sjóðir gætu varla uppfyllt skilyrði stofnsetningarréttarins, en þetta var þó ekki niðurstaðan. Komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að SICAV-sjóðurinn nyti verndar

⁶⁵ Olsen, mgr. 176.

⁶⁶ Olsen, mgr. 98.

⁶⁷ Olsen, mgr. 99.

stofnsetningarréttisins sem sýnir að krafan um eigið húsnæði, starfsmenn og búnað er ekki algild heldur háð heildarmati hverju sinni.

6.7. Getur hin raunverulega starfsemi átt sér stað utan búseturíkisins?

Tiltölulega nýtt álitamál hefur þó litið dagsins ljós eftir niðurstöðu EFTA-dómstólsins í *Olsen* málinu, en það varðar þá spurningu hvort hin raunverulega atvinnustarfsemi geti farið fram utan búseturíkisins. Í *Cadbury Schweppes* kemur aðeins fram að:

such a tax measure must not be applied where it is proven, on the basis of objective factors which are ascertainable by third parties, that despite the existence of tax motives that CFC is actually established in the host Member State and carries on genuine economic activities **there**.⁶⁸

Í *Olsen*-málinu tekur dómstóllinn þó betri afstöðu til þessa atriðis:

The **essential feature** of real and genuine business activities that constitute establishment is that a person or an entity **carries on a business**, such as by offering services, which are effected for consideration, for an **indefinite period** through a **fixed establishment**.⁶⁹

Í framhaldi þess kveður dómstóllinn frekar á um hvar þessi starfsemi megi fara fram:

As the Commission stated in response to a question from the bench, **it is not required that the economic activities take effect in the EEA State of establishment**. It suffices that they **take effect in the EEA**.⁷⁰

Þessi yfirlýsing er svo skýr í orðalagi sínu að fyrirætlun dómstólsins getur ekki valdið miklum vafa. Ljóst er að dómstóllinn telur að hin raunverulega atvinnustarfsemi geti farið fram hvar sem er innan EES en sé ekki bundin við búseturíkið. Niðurstaðan hlýtur því að vera sú að hvorki EES- né ESB-rétturinn setji kröfu um að atvinnustarfsemin sé bundin við búseturíkið. Lykilatriðið er hvort raunveruleg atvinnustarfsemi hafi farið fram í félaginu í óákveðinn tíma og er því háð mati hverju sinni.

6.8. Samantekt á Cadbury-Schweppes og Olsen-málunum

Af öllu framantöldu má leiða í ljós að *Olsen*-málið er að mestu leyti byggt upp á sama hátt og *Cadbury Schweppes*, en lykilatriðin í *Cadbury Schweppes* eru í meginefnum endurtekin í *Olsen*-málinu. Takmarkanir á stofnsetningarréttinum þurfa að vera réttlætunarlegar á grundvelli tiltekinna sjónarmiða, en rýrnun skattstofna getur eitt og sér ekki talist lögmætur grundvöllur

⁶⁸ Cadbury Schweppes, mgr. 75.

⁶⁹ Olsen, mgr. 97.

⁷⁰ Olsen, mgr. 99.

fyrir svo víðtækum takmörkunum á fjórfrelsinu. Yfirvöld mega ekki gera ráð fyrir því að um skattasniðgöngu sé að ræða, af þeirri ástæðu einni að skattaðili stofni dótturfélag í lágskattaríki. Af málunum tveimur má ráða að takmarkandi skattareglur, svo sem CFC-reglur, geta verið réttlætanagerar á grundvelli skattasniðgöngusjónarmiða, en einnig sjónarmiða um jafna dreifingu á skattlagningarréttinum milli aðildarríkja.

Þó lögmatar réttlætningarástæður séu til staðar, þarf með setningu reglnanna ætíð að gæta meðalhófs. Reglan verður þannig að vera til þess fallin að ná því markmiði sem að er stefnt, og að þær ráðstafanir sem reglan mælir fyrir um gangi ekki lengra en nauðsynlegt er til að ná því markmiði. CFC-reglur mega því aðeins taka til algerra sýndargerninga með skattasniðgöngu að leiðarljósi, en það sem einna helst einkennir slíkt fyrirkomulag er þegar félag stundar enga raunverulega atvinnustarfsemi í búseturíkinu. Matið á því á að grundvallast á hinu huglæga og hlutlæga skilyrði, en í því felst að það þarf að vera ásetningur skattaðila að öðlast skattalegt hagræði, sem hægt er að rökstyðja með vísan í tilvist hlutlægra aðstæðna sem hægt er að sannreyna af þriðja aðila. Í því samhengi er sett sú krafa að félag sé raunverulega stofnsett í búseturíkinu og fari þar með raunverulega atvinnustarfsemi. Til að standast kröfur EES/ESB-réttarins verður CFC-löggjöf að uppfylla ofangreind skilyrði, en ljóst er að þetta gæti haft áhrif á skilvirkni reglnanna. Verður því næst litið til núgildandi CFC-reglu 57. gr. a. tsl. og í kjölfarið skoðað hvernig hægt sé að tryggja skilvirkni hennar með hliðsjón af leiðbeiningum BEPS aðgerðaráætlunar OECD og ATAD tilskipuninni.

7. 57. gr. a. tsl. – Skattlagning vegna eignarhalds á lágskattasvæðum

Fram til 1985 voru strangar gjaldeyrishömlur í gildi hér á landi og stofnun erlendra félaga þar af leiðandi nánast óþekkt. Í kjölfar aðildar Íslands að Evrópska efnahagssvæðinu urðu flutningar á fjármagni milli aðildarríkja og þriðju landa frjálsir og þar með fór stofnun fyrirtækja í öðrum aðildarríkjum ört vaxandi. Þetta gaf mönnum og fyrirtækjum kost á að flytja eignir úr landi og staðsetja þær í löndum þar sem skattur af afrakstrinum var mjög lágur eða jafnvel enginn. CFC-reglum var ætlað að leysa þennan vanda en slíkar reglur voru í fyrsta sinn lögfestar á Íslandi árið 2009 með nýju ákvæði 57. gr. a. tsl. Tilgangur reglnanna var fyrst og fremst að draga úr skattasniðgöngu.⁷¹

⁷¹ Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 618 – 366. mál, athugasemdir við frumvarp.

57. gr. a. tsl. hljóðar svo:

Skattaðili sem á beint eða óbeint hlut í hvers kyns félagi, sjóði eða stofnun sem telst heimilisföst í lágskattaríki skal greiða tekjuskatt af hagnaði slíkra aðila í hlutfalli við eignarhluta sinn án tillits til úthlutunar. Hið sama á við um skattaðila sem stjórnar félagi, sjóði, stofnun eða eignasafni í lágskattaríki sem skattaðili hefur beinan eða óbeinan ávinning af. Tekjur þessar eru skattskyldar með sambærilegum hætti og um væri að ræða starfsemi hér á landi.

Ríki eða lögsagnarumdæmi telst lágskattaríki þegar tekjuskattur af hagnaði félags, sjóðs eða stofnunar, sem um ræðir, er lægri en tveir þriðju hlutar af þeim tekjuskatti sem hefði verið lagður á félagið, sjóðinn eða stofnunina hefði hún verið heimilisföst á Íslandi.

Ákvæði 1. mgr. á við þegar minnst helmingur eignarhalds í aðilum, sbr. 1. mgr., er beint eða óbeint í eigu íslenskra skattaðila eða stjórnunarleg yfirráð hafa verið til staðar innan tekjuárs.

Ákvæði 1. mgr. á ekki við ef:

1. félag, sjóður eða stofnun fellur undir samning milli Íslands og lágskattaríkis til að koma í veg fyrir tvísköttun eða annan alþjóðasamning, enda sé unnt á grundvelli samningsins að fá allar nauðsynlegar upplýsingar og tekjur félags, sjóðs eða stofnunar eru ekki að meginstofni til eignatekjur; eða

2. félag, sjóður eða stofnun er stofnsett og skráð í öðru EES-ríki, aðildarríki stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum og hefur þar með höndum raunverulega atvinnustarfsemi, og íslensk skattfyrirvöld geta á grundvelli tvísköttunarsamnings eða annars alþjóðasamnings krafist allra nauðsynlegra upplýsinga, sbr. 1. tölul. Þar sem ekki er fyrir hendi samningur, sbr. 1. málsl., hvílir upplýsingaskyldan á skattaðilanum.

Tekjur skattaðila með beina eignaraðild miðast við samsvarandi hlutdeild í hagnaði félags, sjóðs eða stofnunar eins og hagnaður yrði ákveðinn hér á landi ef aðilinn væri íslenskur skattaðili. Sé um óbeina eignaraðild að ræða skal miða við sameiginlegt eignarhald á þeirri starfsemi sem skattlagningin tekur til. Tap færirst eingöngu á móti hagnaði félags, sjóðs eða stofnunar og er því aðeins frádráttarbært skv. 8. tölul. 31. gr. að skattaðili geti, að ósk skattfyrvalda, lagt fram fullnægjandi gögn er liggja að baki útreikningi á tapi.

Hafi félag, stofnun eða sjóður úthlutað hagnaði til skattaðila, sem skattlagður hefur verið skv. 1. mgr., skal úthlutunin ekki talin til skattskyldra tekna hjá honum nema hún sé hærri en þær tekjur sem skattlagðar eru skv. 5. mgr.

Ráðherra skal með reglugerð setja ákvæði um nánari framkvæmd þessarar greinar og meðal annars skilgreina hvað felst í hugtakinu raunveruleg atvinnustarfsemi o.fl

Gildissvið ákvæðisins má finna í 1. mgr. þess, en þar segir að ákvæðið taki til einstaklinga eða lögaðila sem bera fulla og ótakmarkaða skattskyldu hér á landi og eiga beint eða óbeint hluti í félögum, stofnunum og sjóðum sem heimilisföst eru í lágskattaríki. Í greinargerð með frumvarpi segir þó að reglurnar taki einnig til aðila sem hafa tekjur af sjálfstæðri starfsemi eða eignasöfnum í sömu ríkjum þó ekki sé um skráðan aðila að ræða. Skattskyldan felst í því að íslenskur skattaðili skal greiða tekjuskatt af hagnaði slíkra lögaðila í hlutfalli við eignaraðild, sem reiknast án tillits til úthlutunar úr félaginu. Þó skattaðili geti sýnt fram á að formlegt eignarhald hans sé undir 50%, kemur einnig til skattlagningar fari hann með raunveruleg eignarráð yfir félaginu eða á rétt til hagnaðar af starfsemi þess í lágskattaríki. Eru slíkar tekjur skattlagðar sem atvinnurekstrartekjur, skv. B-lið 7. gr. tsl.⁷²

⁷² Alþt. 2008-2009, A-deild, þskj. 618 – 366. mál, athugasemdir við frumvarp.

Í 2. mgr. má finna skilgreiningu á hugtakinu lágs kattaríki, en samkvæmt því telst ríki lágs kattaríki ef tekjuskattur á félög skv. 1. mgr. er minni en $\frac{2}{3}$ af þeim skatti sem annars yrði lagður á félagið hér á landi. Er í því samhengi ekki eingöngu gengið út frá skatthlutfalli, heldur raunverulegan skatt eins og hann er reiknaður skv. reglum um skattlagningu hér á landi. Þarf því að leiða fram skattstofn samkvæmt íslenskum skattalögum hvað varðar skattskyldu tekna og frádráttarbærni rekstrarkostnaðar, þegar hagnaður félagsins er ákvarðaður. Að lokum er gert ráð fyrir að fjármálaráðuneytið setji nánari reglur um framkvæmd ákvæðisins.⁷³

Í 3. mgr. fá finna skilgreiningu á því hvenær eignarhald og stjórnunarleg yferráð leiða til skattlagningar samkvæmt reglunum. Er í því samhengi miðað við að minnsta kosti helming hluta í félagi, sjóði eða stofnunar í eigu íslenskra aðila, en með því er átt við sameiginlega eignaraðild allra íslenskra aðila sem eiga hlut í félaginu. Er þannig nægilegt að íslensk eign sé yfir 50% hluta innan tekjuársins, en hið sama á við um stjórnunarleg yferráð þó sýnt sé fram á að formlegt eignarhald sé undir þeim mörkum. Í almennum athugasemdum með frumvarpinu er tekið fram að markmiðið með þessu sé að sporna gegn því að skattaðili geti falið eignarhald sitt og komist þannig undan því að falla undir gildissvið ákvæðisins.⁷⁴

Í 4. mgr. má finna tvær undantekningar frá 1. mgr., en í fyrsta lagi á ákvæðið ekki við um félög, sjóði og stofnanir sem njóta verndar tvísköttunarsamninga sem Ísland hefur gert við önnur ríki að því tilskyldu að tekjurnar stafi frá raunverulegri atvinnustarfsemi og viðkomandi tvísköttunarsamningur hafi að geyma upplýsingaákvæði sambærilegt 26. gr. samningsfyrirmyndar OECD. Í öðru lagi eru félög sem stofnsett eru og skráð í öðru EES-ríki og hefur þar með höndum raunverulega atvinnustarfsemi. Skilyrði undantekningarinnar er eins og með hina fyrri, að félagið njóti verndar tvísköttunarsamnings sem Ísland er aðili að sem inniheldur sambærilegt upplýsingaákvæði. Í þeim tilvikum þar sem ekki sé í gildi tvísköttunarsamningur milli ríkjanna, getur skattaðili sjálfur aflað nauðsynlegra upplýsinga til sönnunar á starfsemi félagsins.⁷⁵

Í 5. mgr. er því næst kveðið á um hvernig skuli reikna út skattskyldar tekjur hins íslenska skattaðila. Ef um beint eignarhald er að ræða er miðað við eignarhlutdeild hans í hagnaði félagsins og er hagnaðurinn ákveðinn með sama hætti og ef erlenda félagið væri íslenskur skattaðili. Ef um óbeint eignarhald sé að ræða, þ.e. ef eignarhaldið er í gegn um annað félag, eitt eða fleiri, er miðað við samanlagt eignarhald á starfseminni sem skattlagningin tekur til. Ef hluti hagnaðar erlenda lögaðilans hefur verið skattlagður hér áður, s.s. hjá millilið, er

⁷³ sama heimild.

⁷⁴ sama heimild.

⁷⁵ sama heimild.

tekið tillit til þess við útreikning. Um nýtingu taps gilda sömu skilyrði og fram koma í 8. tl. 31. gr. laganna, geti skattaðili sýnt fram á hvernig tap er reiknað út. Að því skilyrði uppfylltu er heimilt að færa tap á móti tekjum hins erlenda félags á síðari árum við ákvörðun á tekjuskattstofni vegna hagnaðar hins erlenda félags, sem kemur til skattlagningar hjá eigendum félagsins. Tap er þó ekki heimilt að færa beint á móti rekstrartekjum eigandans.⁷⁶

Að lokum er í 6. mgr. mælt fyrir um frádrátt hagnaðar en þar segir að hafi félag, sjóður eða stofnun úthlutað íslenskum skattaðila af hagnaði sínum skuli sá hagnaður ekki sæta skattlagningu hafi skattaðili sætt skattlagningu skv. 1. mgr. Er þetta ákvæði sett með það að markmiði að koma í veg fyrir tvísköttun þar sem ákvörðun skattskyldra tekna skv. 1. mgr. er tekin án tillits til úthlutunar fjármuna.⁷⁷

7.1. Breytingar á íslensku reglunni eftir álit ESA

Eftirlitsstofnun EFTA barst á árinu 2010, kæra vegna CFC-ákvæðis 57. gr. a. tsl. og lýsti í kjölfarið þeirri skoðun sinni að hún teldi ákvæðið í ljósi dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins vera andstætt staðfesturéttinum skv. 31. gr. EES-samningsins, þar sem í 2. tl. 4. mgr. 57. gr. a. væri ekki að finna skilgreiningu á „raunverulegri atvinnustarfsemi“. Skilgreining hugtaksins í greinargerð með frumvarpi því er varð að lögum nr. 46/2009, taldi ESA enn fremur vera of þröng, en þar kom fram að með raunverulegri atvinnustarfsemi væri átt við starfsemi sem fælist í framleiðslu eða sölu á vörum eða þjónustu. ESA taldi hins vegar rétt að fjárfestingarstarfsemi (e. *Passive income*) ætti að falla undir skilgreininguna á hugtakinu. Við skilgreiningu á hugtakinu ætti þannig ekki að líta eingöngu til þess að um vörusölu og þjónustu sé að ræða. Var þar sérstaklega tekið fram að reglurnar ættu einungis að taka til þess þegar raunverulega sé verið að skjóta tekjum undan skattlagningu og gera þurfi fyrirtækjum sem falla undir ákvæðið og stunda hvorki vörusölu né þjónustu, kleift að sýna fram á að starfsemi þeirra teljist til raunverulegrar atvinnustarfsemi, sbr. mál Evrópudómstólsins C-196-04 (*Cadbury Schweppes*). Samkvæmt orðalagi greinargerðarinnar voru félög sem stunda fjárfestingarstarfsemi útilokið frá því að geta sýnt fram á að með starfsemi sinni væru þau ekki að reyna að komast hjá skattlagningu.⁷⁸ Með frumvarpi því er varð að breytingarlögum nr. 45/2013 var því lögð til breyting á hinu íslenska CFC-ákvæði 57. gr. a. tsl. og lagt til að hugtakið „raunveruleg atvinnustarfsemi“ yrði skilgreint í reglugerð.

⁷⁶ sama heimild.

⁷⁷ Ákvarðandi bréf Ríkiskattstjóra nr. 001/2012.

⁷⁸ Alþt. 2012-2013, A-deild, þskj. 1093 – 629. mál, athugasemdir við frumvarp.

Í 1. mgr. 6. gr. reglugerðar um skattlagningu vegna eignarhalds í lögaðilum á lágskattasvæðum nr. 1102/2013 má því finna skilgreiningu á hugtakinu „raunveruleg atvinnustarfsemi“, en þar segir að starfsemi CFC-félags teljist til raunverulegrar atvinnustarfsemi skv. 4. mgr. 57. gr. a. tsl., enda stundi félagið atvinnurekstur og afli tekna af sjálfstæðri starfsemi í þeim mæli að starfsemi þess teljist til virkrar þátttöku í almennu atvinnulífi heimilisfestisríkisins. Við matið kemur til skoðunar hvort félagið hafi yfir að ráða eigin húsnæði, birgðum og tækjum, að til staðar sé föst yfirstjórn og starfsmenn í heimilisfestisríkinu sem annast þar rekstur þess og hvort starfsmenn og stjórnendur í heimilisfestisríki hafi nægjanlegt umboð til þess að taka ákvarðanir ásamt fullnægjandi þekkingu og hæfni til þess að reka félagið. Einnig kemur til skoðunar hvort félagið hafi sterk efnahagsleg tengsl við heimilisfestisríkið meðal annars með hliðsjón af því hvort það hafi sannanlegar tekjur af starfsemi sinni þar. Ef viðskipti félagsins fara aðallega fram innan fyrirtækjasamstæðu þarf að sýna fram á að þjónusta þess skapi í raun verðmæti fyrir önnur félög í samstæðunni og sé gerð í eðlilegum rekstrartilgangi.⁷⁹ Er þetta orðalag í samræmi við þær hlutlægu kröfur sem fram komu í *Cadbury-Schweppes* og *Olsen*-málunum.

Í 2. mgr. er að lokum kveðið á um upplýsingaskyldu CFC-félaga, en þar segir að ef ekki er fyrir hendi alþjóðasamningur sem veitir ríkisskattstjóra heimild til að krefjast allra nauðsynlegra upplýsinga um starfsemi CFC-félags, hvílir upplýsingaskyldan á skattaðilunum. Sama á við ef ekki er unnt að afla fullnægjandi upplýsinga á grundvelli slíkra alþjóðasamninga. Skuli skattaðilum enn fremur gert kleift að sýna fram á að CFC-félagið hafi með höndum raunverulega atvinnustarfsemi óski þeir þess, hvort sem CFC-félag er stofnsett innan EES-ríkis aðildarríkis EFTA eða Færeyjum. Með þessu er skattaðila gefinn kostur á að sýna fram á að raunveruleg atvinnustarfsemi fari fram í félaginu, og kröfunni um meðalhóf fullnægt.

8. BEPS

8.1. Tilgangur og forsaga

Eins og áður segir hafa skattaundanskot alþjóðlegra fyrirtækja hafa farið ört vaxandi um árabil, en umfang þeirra er talið nema um 100-240 milljörðum bandaríkjadala árlega.⁸⁰ Haustið 2013 tóku Efnahags- og framfarastofnunin (*OECD*) og þjóðarleiðtogar tuttugu auðugustu ríkja heims (*G20*) því höndum saman um að berjast gegn alþjóðlegri skattasniðgöngu með svokallaðri BEPS aðgerðaráætlun. BEPS stendur fyrir *Base Erosion and Profit Shifting* sem

⁷⁹ Reglugerð um skattlagningu vegna eignarhalds í lögaðilum á lágskattasvæðum nr. 1102/2013.

⁸⁰ OECD (ritstj.), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. (OECD Publishing 2013) 4.

mætti þýða sem eyðing skattstofnar og tilfærsla hagnaðar. Um var að ræða eina umfangsmestu samhæfðu aðgerð á sviði alþjóðlegs skattaréttar í um þrjá áratugi. Þessi vinna tók tvö ár en í október 2015 voru lokadrög aðgerðaráætlunarinnar gefin út og þar lagðar til 15 mismunandi aðgerðir til að útrýma eyðingu skattstofnar og tilfærslu hagnaðar. Aðgerðirnar fela m.a. í sér tillögur að nýjum eða breyttum lagaákvæðum í innlendum lögum, tillögur að nýjum eða breyttum sammingsákvæðum í tvísköttunarsamningum milli aðildarríkja OECD, sem og breytingar á tvísköttunarsammingsfyrirmynd samtakanna.

8.2. BEPS aðgerðirnar - samantekt

BEPS aðgerðaráætlunin samanstendur eins og áður segir, af 15 mismunandi aðgerðum sem allar eiga það sameiginlegt að vera ætlað að koma í veg fyrir eyðingu skattstofnar og tilfærslu hagnaðar. Samkvæmt aðgerð 1 ættu ríki að greina helstu vandkvæði sem stafa af hinu stafræna hagkerfi á gildandi alþjóðlegum skattareglun og þróa ítarlega valkosti til að bregðast við þeim heildrænt með tilliti til beinnar og óbeinnar skattlagningar. Aðgerð 2 kveður á um eyðingu á áhrifum svokallaðra blendingsaðila (*e. hybrids*) sem gefur kost á ólíkri meðferð tekna og gjalda, eigna og skulda. Aðgerð 3 mælir fyrir um styrkingu CFC-reglna, en aðgerð 4 um takmörkun skattaundanskota með vaxtafrádrætti, t.d. með veitingu láns til tengds aðila. Aðgerð 5 ávarpar skaðlegar skattavenjur og leggur áherslu á aukið gegnsæi, þ.á.m. lögboðna miðlun úrskurða varðandi ívilnunarumdæmi og kröfu um umtalsverða starfsemi í ívilnunarumdæmi. Aðgerð 6 fjallar um misnotkun á tvísköttunarsamningum og aðgerð 7 er ætlað að koma í veg fyrir að hægt sé að beita sýndargerningum til að koma í veg fyrir myndun fastrar starfstöðvar. Aðgerðir 8, 9 og 10 fela í sér breyttar leiðbeiningar um milliverðlagningu á óefnislegu eignum og nýtt áhættugreiningarferli. Með aðgerð 11 er gert ráð fyrir að tekið verði upp eftirlit og mælingar með BEPS hegðun og aðgerð 12 mælir fyrir um lögboðnar reglur um upplýsingagjöf. Aðgerð 13 kveður á um svokallaðar ríki-fyrir-ríki skýrslur (*e. CbC reporting*) í þeim tilgangi að skapa grunn fyrir áhættugreiningu við skatteftirlit. Samkvæmt aðgerð 14 eiga ríki að þróa með sér lausnir til að gera úrlausn ágreiningsmála skilvirkari, s.s. á grundvelli gagnkvæmra gerðardómsákvæða, þar með talið vegna skorts á gerðardómsákvæðum í tvísköttunarsamningum. Aðgerð 15 felur í sér samþykkt ríkja á marghliða samningi, svokölluðum MLI (*e. Multilateral Instrument*) sem hefur að geyma tiltekna breytingar á gildandi tvísköttunarsamningum hvað varðar ákveðnar lágmarkskröfur til að stemma stigu við skattaflóttu.

9. Aðgerð 3 – Styrking CFC reglna

Eins og áður hefur fram komið er tilgangur CFC reglna að koma í veg fyrir að alþjóðlegar fyrirtækjasamstæður geti fært hagnað sinn til lágskattaríkja og halda skattlagningarrétti ríkja þar sem hagnaðurinn myndast í raun. Frá því að Bandaríkin lögfestu fyrstu CFC reglurnar árið 1962, hafa fjölmörg önnur ríki gert hið sama. Raunin er hins vegar sú að gildandi CFC löggjöf flestra ríkja hefur ekki náð að halda í við hraða þróun alþjóðlega viðskiptaumhverfisins og er þar af leiðandi ekki nægilega skilvirk. Til að bregðast við þeim áskorunum mælir BEPS aðgerð 3 fyrir um styrkingu CFC-reglna.⁸¹

9.1. Almenn sjónarmið

Líkt og áður hefur komið fram fela CFC-reglur í sér að móðurfélag ber að borga skatt af hagnaði sem myndast í erlendum dótturfélögum að ákveðnum skilyrðum uppfylltum, án tillits til þess hvort honum hafi verið úthlutað til hluthafa. Reglurnar eru mismunandi eftir ríkjum, en hafa yfirleitt sameiginleg sjónarmið að leiðarljósi;

9.1.1. Varnaðaráhrif

CFC reglum er í raun ekki ætlað að afla skatttekna, heldur er hlutverk þeirra fyrirbyggjandi. Markmiðið er að vernda skattstofn heimaríkis. Líkt og með öðrum reglum sem ætlað er að breyta hegðun skattaðila, hafa CFC reglur þó ekki endilega aðeins þau áhrif sem þeim er ætlað að hafa, þ.e. að veita heimilisfestisríki móðurfélagsins skattlagningarvaldið. Ef slíkt skatthlutfall er hins vegar nægilega hátt, minnka líkurnar á því að fjölþjóðlegar fyrirtækjasamstæður færi hagnað sinn til lágskattaríkja, og skapast þannig tækifæri fyrir skattlagningu hjá öðrum ríkjum.⁸²

9.1.2. Samspil CFC reglna og milliverðlagsreglna

Milliverðlagsreglur kveða á um mikilvægi þess að verð í viðskiptum tengdra lögaðila séu ákveðin í armslengd, en með því er átt við að verð séu sambærileg því verði sem hefði myndast á markaði milli ótengdra lögaðila. Þar sem CFC-reglur taka eingöngu til tengdra lögaðila, eru þær einnig hagnýtar til að halda niðri milliverðlagningu. Með öðrum orðum geta CFC reglur orðið til þess að heimaríki⁸³ geti skattlagt þær tekjur erlends dótturfélags sem hefðu e.t.v. ekki

⁸¹ OECD (ritstj.), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. (OECD Publishing 2015) 9.

⁸² sama heimild 13.

⁸³ Með hugtakinu heimaríki er átt við heimilisfestisríki móðurfélags og hugtakinu búseturíki er átt við heimilisfestisríki dótturfélags (CFC-félags)

orðið til hefði verið verið ákveðið í armslengd. Mætti því líta á CFC-reglur sem nokkurskonar öryggisnet fyrir milliverðlagsreglur.⁸⁴

Milliverðlagsreglur eru þó yfirleitt huglægar og leggja einungis áherslu á greiðslur milli tengdra aðila og kemur því ekki í veg fyrir þörfina á CFC reglum. CFC reglur eru á hinn bóginn almennt hlutrænni og markvissari og eiga margar hverjar aðeins við um hreyfanlegar tekjur sem auðvelt er að færa til lágskattaríkja, óháð því hvort þeirra sé aflað frá tengdum aðila. Gegna þær því einstöku og mikilvægu hlutverki í alþjóðlega skattkerfinu.⁸⁵

9.1.3. Jafnvægið milli huglægari og hlutrænni reglna

Þriðja sjónarmiðið varðar þá spurningu um hvernig skuli koma upp löggjöf sem er ekki of fjárfrek og heldur stjórnunarbyrðum í skefjum. Ljóst er CFC-reglur sem eru of vélrænar í eðli sínu eru ekki eins skilvirkar og sveigjanlegri CFC-löggjöf. Ef reglurnar eru hins vegar of sveigjanlegar, getur skapast óvissa um beitingu þeirra en slík óvissa getur verið kostnaðarsöm við beitingu og framfylgni reglnanna. Því er mikilvægt að finna jafnvægið milli einfaldari hlutrænna reglna og skilvirkni huglægari reglna. Sjónarmið þetta endurspeglast allra helst við skilgreiningu tekna CFC-félags. Þó að nálgun sem skilgreinir tekjur einungis eftir hlutrænum skilyrðum getur dregið úr stjórnunarbyrðum, kann slík aðferð að vera síður árangursrík. Ríki sem hafa nú þegar innleitt CFC-löggjöf hafa yfirleitt valið að skilgreina tekjur með huglægu mati, þ.e. tryggja að rekja megi tekjurnar sem um ræðir til svokallaðra sýndargerna. Ef reglurnar fela hins vegar í sér markvissar undanþágur, svo sem undanþágur fyrir fyrirtæki sem sæta ekki lægri skatthlutfalli, geta reglur sem byggja aðeins á hlutlægu mati einnig verið árangursríkar án þess valda auknum kostnaði og aukinni stjórnunarbyrði.⁸⁶

9.1.4 Að koma í veg fyrir tvísköttun

Við mótun CFC-reglna þarf einnig að huga að því hvernig forðast skuli tvísköttun. Þar sem CFC reglur fela í sér að tekjur erlends dótturfélags eru skattlagðar í heimaríki móðurfélags þess, geta þær leitt til tvísköttunar, s.s. þegar dótturfélagið er einnig háð skattlagningu í lágskattaríkinu. Vegna þessa er mikilvægt að reglurnar feli í sér einhverskonar undanþágu frá skattskyldu eða ákvæði um skattaafslátt, skuli erlenda ríkið eiga skattlagningarréttinn, en um það verður fjallað með ítarlegri hætti hér að neðan.⁸⁷

⁸⁴ OECD (ritstj.), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. (OECD Publishing 2015) 14.

⁸⁵ sama heimild 14.

⁸⁶ sama heimild 14-15.

⁸⁷ sama heimild 15.

9.2 Sérstök sjónarmið

CFC-löggjöf flestra ríkja hafa ofangreind sjónarmið að leiðarljósi, en sum þeirra hafa einnig önnur markmið. Þetta litast einkum af mismunandi skattkerfum ríkja, en einnig í forgangs röðun þessara sjónarmiða. Það sem hefur mestu áhrifin hér eru aðallega tvö grunnatriði, annars vegar hvort ríki sé aðili að Evrópusambandinu og hins vegar hvort skattkerfi ríkis styðjist við alheimstekjuregluna eða upprunaregluna. Yfirleitt styðjast ríki þó ekki einungis við aðra hvora regluna heldur blöndu af þeim báðum. Getur þetta haft umtalsverð áhrif á hvernig ríki móta CFC-löggjöf sína með tilliti til þess hvernig þeim er ætlað að takast á við alþjóðlega samkeppni og eyðingu skattstofna.⁸⁸

9.2.1. Áhrif CFC-reglna á samkeppnishæfi

Við mótun CFC reglna er því mikilvægt að finna jafnvægi milli skilvirkrar skattlagningu tekna erlendra dótturfélaga og þeirrar skerðingu á samkeppnishæfi sem slík skattlagning getur haft í för með sér. Ljóst er að neikvæð áhrif á samkeppnishæfi ríkja er líkleg til að hafa áhrif á hvar stærri fyrirtæki ákveða að staðsetja höfuðstöðvar sínar og eykur því hættu á skattasniðgöngu sem og temprun á raunverulegri atvinnustarfsemi. Geta of víðtækar CFC-reglur því haft neikvæð áhrif á samkeppnishæfi alþjóðlegra fyrirtækja þar sem skattbyrði þeirra er töluvert hærri en samkeppnisaðila þeirra sem staðsettir eru í ríki með engri CFC-löggjöf, jafnvel þó dótturfélög þeirra séu staðsett í sama landi. Til að takast á við þennan vanda er mikilvægt að löggjöfin taki aðeins til sýndargerninga en ekki til tekna sem rekja má til raunverulegrar starfsemi í erlenda dótturfélaginu. Slík nálgun kann þó að draga úr skilvirkni en er nauðsynleg til að ná jafnvægi milli skattlagningar og samkeppnishæfi. Farsælasta leiðin til að tryggja samkeppnisstöðu ríkja væri þó sjálfsagt að sem flest lönd myndu innleiða svipaða löggjöf, en BEPS aðgerðaráætluninni er ætlað að vera liður í því markmiði.⁸⁹

9.2.2. CFC-löggjöf og Evrópska efnahagssvæðið

Af dómaframkvæmd Evrópudómstólsins má sjá að CFC-reglur sem gilda innan EES-svæðisins sæta ákveðnum takmörkunum. Af þeirri ástæðu þurfa þær að vera sveigjanlegar svo þær brjóti ekki gegn þjóðréttarlegum skuldbindingum aðildarríkja Evrópusambandsins. Í *Cadbury Schweppes*-málinu lýsti Evrópudómstóllinn því m.a. yfir að CFC-reglur og önnur skattaákvæði

⁸⁸ sama heimild 15.

⁸⁹ sama heimild 15-16.

sem taka til viðskipta yfir landamæri og sem ætluð er að koma í veg fyrir skattasniðgöngu, séu aðeins réttlætunleg taki þau eingöngu til algerra sýndargerninga (*e. wholly artificial arrangements, which do not reflect economic reality and whose only purpose would be to obtain a tax advantage*). Í skýrslu BEPS aðgerðar 3, er því mælt fyrir um tvær mögulegar leiðir til að koma í veg fyrir að CFC-reglur brjóti í bága við fjórfrelsisákvæði Evrópuréttar. Annars vegar að reglurnar feli í sér raunveruleikaundanþágu (*e. substance analysis*) þannig að lögaðilar falli utan gildissvið reglnanna ef starfsemi félags í lágskattaríki innan EES teljist raunveruleg atvinnustarfsemi, en hins vegar að láta CFC-reglurnar gilda jafnt um innlenda sem erlenda aðila.⁹⁰

9.3. Skilgreining á CFC-félagi og stjórnunarlegum yferráðum

Svo hægt sé að slá því föstu hvort CFC-reglur eigi við um tiltekið félag þarf að skilgreina hugtakið CFC-félag og hvenær eignarhald og yferráð leiða til skattlagningar. Í skýrslu BEPS aðgerðar 3 kemur m.a. fram að hugtakið ætti að skilgreina svo víðtækt að reglurnar nái einnig til sjóða, stofnana og fastra starfsstöðva til að tryggja að ekki væri hægt að komast hjá skattlagningu með því að breyta um félagafarm eða starfshætti. Almennt ætti þó ekki að fara með ósjálfstæða skattaðila (*e. transparent entities*), líkt og sameignarfélög, sem CFC félög þar sem tekjur þeirra eru alla jafna skattlagðar í heimaríki. Ef slíkt félag aflar hins vegar tekna sem ekki sætir skattlagningu í heimaríkinu þarf að sjá til þess að félagið gæti fallið undir gildissvið laganna og tekjur þess skattlagðar sem tekjur CFC-félags. Markmiðið með þessu er að koma í veg fyrir að félög geti komist hjá skattlagningu vegna ólíkrar meðferðar félagafarma í lágskattaríkinu, t.d. ef félag væri sjálfstæður skattaðili samkvæmt lögum heimaríkis, en ósjálfstæður skattaðili samkvæmt lögum í lágskattaríkinu.⁹¹

Við mat á því hvort yferráð séu til staðar, leggur BEPS til að litið sé til lagalegra og fjárhagslegra yferráða. Með lagalegum yferráðum er átt við raunverulegt eignarhald skattaðila, þ.e. hlutafjäreign þeirra og atkvæðisrétt í dótturfélaginu. Mat á lagalegum yferráðum er tiltölulega vérlænt próf sem sem auðvelt er fyrir bæði skattaðila sem og skattyfirvöld að beita og endurspeglar þá staðreynd að ákveðið hlutfall atkvæðisréttar gerir hluthafa kleift að kjósa stjórn félags sem hagar sér í samræmi við tilmæli hluthafans. Lög ríkja veita þó oft mikinn sveigjanleika við myndun og skipan félaga sem endurspeglar ekki alltaf raunverulegt eignarhald. Eignarhald getur þannig verið falið og formlegt eignarhald gefur því ekki alltaf

⁹⁰ sama heimild 17.

⁹¹ OECD (ritstj.), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. (OECD Publishing 2015) 21.

réttta mynd að raunverulegum áhrifum eða réttindum skattaðila yfir félaginu. Áhersla á lagaleg yfirráð væri því líklega of þröng skilgreining og styðjast því flest ríki einnig við fjárhagsleg yfirráð.⁹²

Fjárhagsleg yfirráð beinast að réttindum til hagnaðar, svo og fjármagni og eignum félagsins við vissar kringumstæður svo sem við slit félagsins. Felur það í sér að skattaðili geti stjórnað félaginu með rétti til undirliggjandi verðmæti félagsins jafnvel í þeim tilvikum þar sem hann á ekki meirihluta hlutafjár. Mat á fjárhagslegum yfirráðum er einnig tiltölulega vélrænt mat sem beinist að staðreyndum sem unnt er að leggja hlutlægt mat á. Er þó enn möguleiki á að komast hjá því að falla undir slíka skilgreiningu svo sem með endurskipulagningu á samstæðu sem felur í sér stofnun nýs eignarhaldsfélags. Í slíkum aðstæðum geta lagaleg og fjárhagsleg yfirráð breyst þó að lítil eða engin breyting sé á undirliggjandi starfsemi eða ákvarðanatöku og stjórnunarlegum yfirráðum hjá móðurfélaginu. Til að tryggja að félög geti ekki komist hjá því að falla undir gildissvið löggjafarinnar með fyrrgreindum hætti, er því einnig hægt að líta til raunverulegra yfirráða (*e. de facto control*), þ.e. hver hafi í raun æðsta ákvörðunarvald yfir starfsemi félagsins. Enn önnur nálgun felur í sér að litið sé til sérstakra samningsbundna tengsla við CFC-félag sem heimila skattaðila að hafa ríkjandi áhrif á félagið. Eins og áður segir ætti mat á raunverulegum yfirráðum þó ætíð að vera beitt sem varnagla, enda felur það í sér huglægt mat á staðreyndum og aðstæðum hverju sinni. Að styðjast við raunveruleg yfirráð í öllum tilvikum myndi leiða til aukins kostnaðar, flækjustigs og óvissu fyrir skattaðila.⁹³

Ofangreindar aðferðir eru þó gjarnan sameinaðar til að koma í veg fyrir sniðgöngu og til að tryggja skilvirkni CFC-reglna. Samsett nálgun þessara aðferða, þ.e. sem felur í það minnsta í sér mat á lagalegum og fjárhagslegum yfirráðum, væri ákjósanleg enda hvor tveggja nokkuð vélrænar og ættu því ekki að vera íþyngjandi fyrir skattyfirvöld sem og skattaðila.⁹⁴

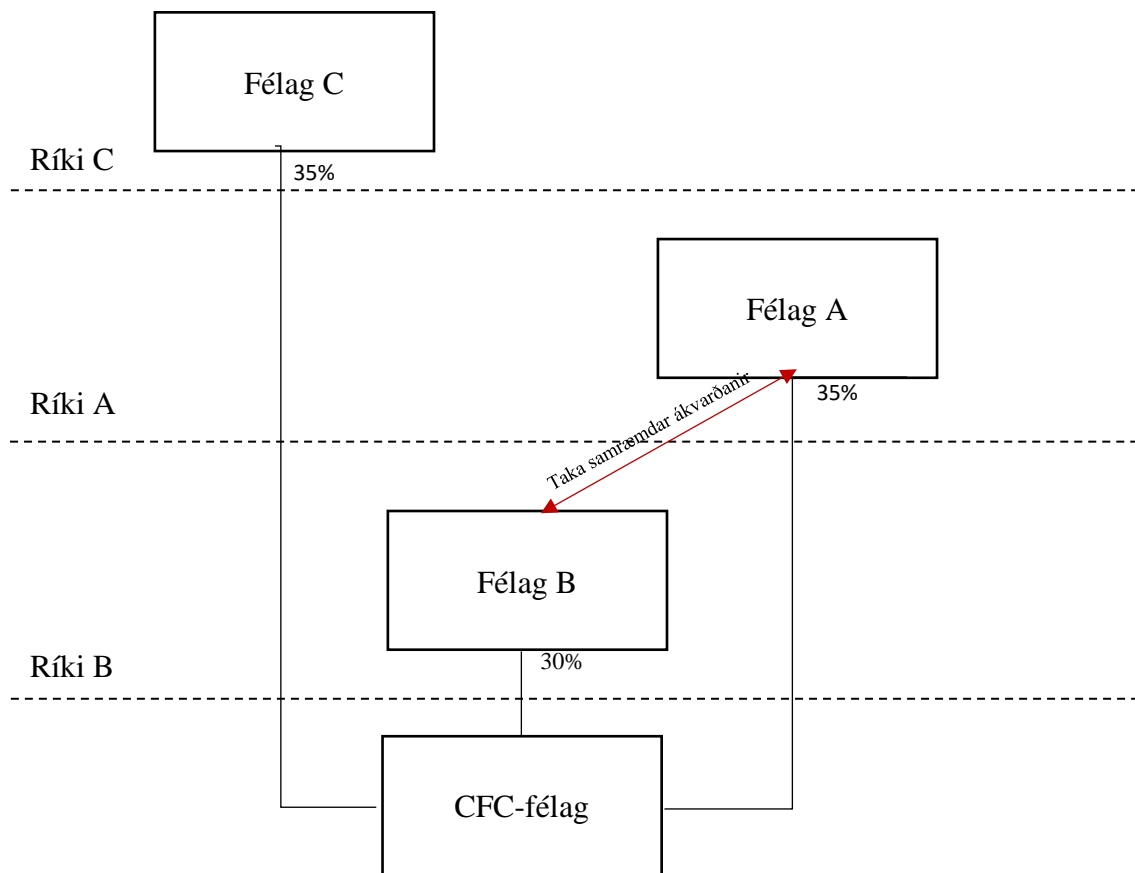
Í BEPS aðgerð 3 er enn fremur mælt með að samanlögð yfirráð séu a.m.k 50%. Við mat á því er í fyrsta lagi hægt að líta til þess hvort aðilar taki samræmdar ákvarðanir (*e. acting-in-concert*) sem felur í sér greiningu á staðreyndum í þeim tilgangi að ákvarða hvort hluthafar hafi í sameiningu áhrif á CFC-félagið. Ef svo er, verða samanlagðir hagsmunir þeirra lagðir til grundvallar. Þessi aðferð felur þó í sér umtalsverðar stjórnsýslubyrðar og getur verið íþyngjandi fyrir skattaðila, en einn af kostum hennar er að hún kann betur að greina hvenær

⁹² sama heimild 21.

⁹³ sama heimild 23-24.

⁹⁴ sama heimild 25.

hluthafar eru í raun að vinna saman en önnur vélrænni próf. Hér að neðan má sjá dæmi þess hvernig CFC-reglur geti náð til ótengdra aðila sem taka samræmdar ákvarðanir.⁹⁵



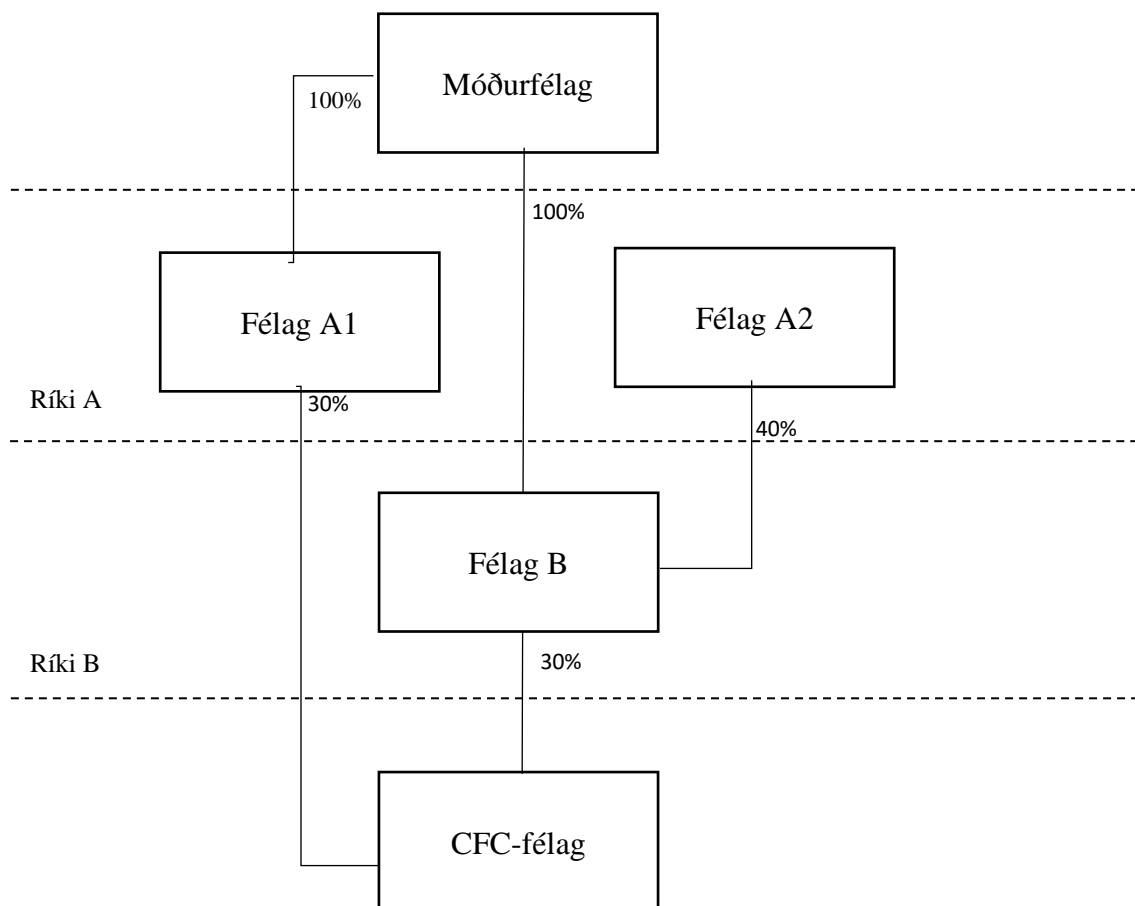
Mynd 1: Mat á yferráðum á grundvelli samræmdrar ákvarðanatöku

Félag C, Félag A, og Félag B eru ótengdir aðilar. CFC-reglur Ríkis A krefjast a.m.k. 50% yferráða svo hægt sé að beita CFC-reglum. Aðeins Félag A er heimilisfast í Ríki A, svo að ef CFC-reglur Ríkis A fela ekki í sér að litið sé til sameiginlegrar ákvarðanatöku innlendra og erlendra aðila, verða tekjur CFC-félagsins ekki taldar til CFC-tekna Félags A. Eins og áður segir getur þessi aðferð verið íþyngjandi fyrir bæði stjórnvöld og skattaðila, en væri jafnframt árangursrík leið til að koma í veg fyrir sniðgöngu.

Í öðru lagi má horfa til þess hvort aðilar séu tengdir. Ef CFC-reglur taka eingöngu til tengdra aðila þegar sameiginleg yferráð eru ákvörðuð, myndi það útiloka þörfina fyrir fyrstu aðferðina. Þar sem algengast er að flutningur hagnaðar á milli ríkja eigi sér stað milli félaga í fullri eign tengdra aðila, gæti þessi aðferð náð til flestra tilvika.⁹⁶

⁹⁵ sama heimild 25
⁹⁶ sama heimild 26.

Í dæminu hér að neðan eru Félag A1 og A2 ótengdir aðilar í Ríki A. Móðurfélagið skiptir hagsmunum sínum í CFC-félaginu milli Félags A1 og Félags B í þeim tilgangi að komast undan þessum kröfum CFC-reglna Ríkis A um sameiginleg yfirráð. Þar sem CFC-reglur í Ríki A kveða á um 50% sameiginleg yfirráð tengdra aðila eða aðila sem taka samræmdar ákvarðanir reynist Félag A1 hins vegar ráðandi hluthafi vegna sameiginlegs eignarhalds Félags A1 og Félags B, sem bæði eru í eigu Móðurfélagsins. Þannig væri hægt að rekja 30% af tekjum CFC-félagsins til Félags A1, á meðan Félag A2 fellur ekki undir gildissvið löggjafarinnar þrátt fyrir 40% eignarhlut í CFC-félaginu. Hvort hægt væri að rekja tekjur CFC-félagsins til Félags B færi eftir CFC-löggjöf Ríkis B, en ef ákvæðið væri sambærilegt í því ríki væri einnig hægt að rekja 30% af tekjum CFC-félagsins til Félags B.



Mynd 2: Mat á yfirráðum á grundvelli tengsla aðila

Í þriðja lagi mætti líta til dreifingar á eignarhaldi, en í því felst að litið er til sameiginlegs eignarhalds minnihlutaeigenda. Sem dæmi má nefna bandarísku CFC-reglurnar þar sem eignarhald allra aðila í CFC-félagi er lagt saman svo framarlega sem hver aðili eigi a.m.k. 10% hlut í CFC-félaginu. Þessi nálgun leiðir til þess að samantlagðir hagsmunir tiltekins hóps aðila eru teknir til greina og útilokar því þörfina fyrir sérstakar reglur um rekjanleika CFC-tekna þar

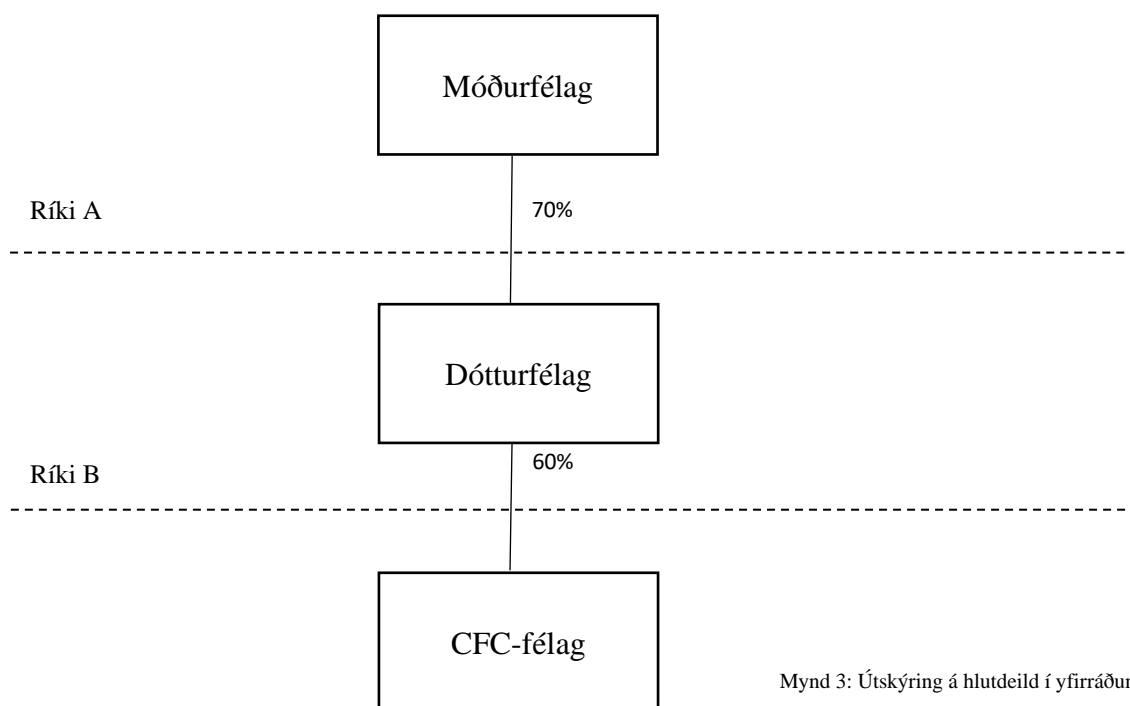
sem einnig er hægt að nota 10% viðmiðið fyrir mat á yferráðum til að ákvarða skattskyldar tekjur skattaðila. Væri að öðrum kosti hægt að krefjast þess að eignarhaldi yrði skipt milli ákveðins fjölda hluthafa, t.d. 5 eða færri, óháð eignarhlutfalli en slíkt gæti leitt til aukinna stjórnslubyrða. Þessi aðferð kann einnig að bera með sér ónákvæma greiningu á því hvort skattaðilar séu í raun og veru með sameiginleg yferráð, og gæti því leitt til þess að tekjur CFC-félags séu taldar til tekna hjá eignaraðila án þess að hann hafi nokkur áhrif eða yferráð í félaginu.⁹⁷

Þó það geti reynst árangursríkt að telja yferráð erlendra aðila með í þessum þremur aðferðum, myndi það auka flækjustigið umtalsvert og gæti leitt til tvísköttunar. Eru tilmæli BEPS aðgerðar 3 því að erlendir aðilar séu ekki teknir með í reikninginn við ákvörðun á yferráðum. Enn fremur ætti að skilgreina yferráð þannig að þau taki bæði til beinna og óbeinna yferráða. Það segir sig nokkurn veginn sjálft að annars væri afar auðvelt að komast hjá reglunum, einfaldlega með milligöngu eignarhaldsfélags.⁹⁸

Í dæminu hér að neðan má sjá 70% eignarhlut Móðurfélags í Dótturfélaginu, sem á svo aftur 60% hlut í CFC-félaginu. Bæði félögin uppfylla því skilyrðið um 50% yferráð í hverri höfn, en Móðurfélagið sjálft á aðeins 42% hlut í CFC-félaginu ($70\% \times 60\%$). Þrátt fyrir takmörkuð lagaleg yferráð Móðurfélagsins í CFC-félaginu, hefur Dótturfélagið nægileg fjárhagsleg yferráð til að hafa áhrif á CFC-félagið og Móðurfélagið nægileg fjárhagsleg yferráð til að hafa áhrif á Dótturfélagið. Tilmæli BEPS aðgerðar 3 eru því þau að yferráð ættu að teljast til staðar, þar sem viðmiðunarmarkið er uppfyllt á hverju stigi í keðjunni. Þeirri fjárhæð tekna sem rekja má til Móðurfélagsins ætti þó að takmarka við raunveruleg eignarráð, sem væri 42%. Þrátt fyrir að slíkt fyrirkomulag gæti mögulega aukið hættu á tvísköttun ef sem flest ríki myndu innleiða CFC-löggjöf, væri hægt að taka á þeim vanda með því að bæta við reglum til að draga úr eða afmá tvísköttun.

⁹⁷ sama heimild 27-28.

⁹⁸ sama heimild 28.



Mynd 3: Útskýring á hlutdeild í yferráðum

Ákvörðun á stjórnunarlegum yferráðum félags í heimaríki krefst jafnframt reglu sem ákvarðar við hvaða tímamark skuli miða. Í fyrsta lagi mætti miða við hvernig yferráðum var háttað í lok tekjuárs, en til að koma í veg fyrir að félög geti sniðgengið þessa reglu með því t.d. að eignarhald eða yferráð séu rofin fyrir árslok, getur ákvæðið einnig falið í sér reglu sem kemur í veg fyrir misnotkun með þeim hætti að litið sé til þess hvort móðurfélag hafi haft téð yferráð á einhverjum tímapunkti innan tekjuársins.⁹⁹

9.4. Viðmiðunarmörk og undanþágur

Hægt er að takmarka gildissvið CFC-reglna með því að undanþiggja aðila og/eða tilvik sem ólíkleg eru til að skapa áhættu og leggja áherslu á þau tilvik sem líklegri eru til flutnings hagnaðar og eyðingar á skattstofni. Slík ákvæði eru einnig líklegri til að gera reglurnar markvissari og árangursríkari. BEPS aðgerð 3 leggur til þrenns konar aðferðir til að tryggja að reglurnar taki aðeins til félaga sem sæta engri eða töluvert lægri skattlagningu en í heimaríki. Fyrsta tillagan felur í sér að sett séu ákvæðin lágmarksviðmið (*e. de minimis threshold*), þar sem tekjur sem annars yrðu meðhöndlaðar sem CFC-tekjur, sæti ekki skattlagningu ef þær falla undir ákvæðna lágmarksupphæð eða lágmarkshlutfall af heildartekjum félagsins. Slíkt lágmarksviðmið gæti dregið úr stjórnsýslubyrðum og gert CFC-reglurnar markvissari og

⁹⁹ sama heimild 29.

áhrifaríkari með því að tryggja að tiltekin félög heyri ekki undir reglurnar. Félög geta þó sniðgengið slík lágmarksviðmiðunarmörk með því að skipta tekjum sínum milli fjölda dótturfélaga (e. *fragmentation*), þannig að hvert þeirra falli undir viðmiðunarmörkin. Er því hægt að innleiða verndarráðstafanir til að koma í veg fyrir slíka sniðgöngu með því að leggja saman tekjur tveggja eða fleiri CFC-félaga við mat á því hvort lágmarksviðmiðinu sé náð, eins og gert er í Bandaríkjunum. Sum ríki hafa enn fremur innleitt reglur sem fela í sér aðskilið viðmið sem ná aðeins yfir ákveðnar tegundir tekna sem einfaldara er að flytja milli ríkja.¹⁰⁰

Önnur tillagan snýr að því að aðeins ráðstafanir sem fela í sér sniðgöngu falla undir gildissvið laganna. Slíkt fyrirkomulag gæti takmarkað skilvirkni reglnanna og aukið stjórnsýslubyrðar, en auk þess ætti slík takmörkunarregla ekki að vera nauðsynleg ef rétt er staðið að skilgreiningu CFC-tekna. Þriðja og síðasta, og jafnframt einfaldasta tillagan mælir fyrir um að CFC-reglur taki aðeins til félaga sem heimilisföst eru í ríkjum með lægra skatthlutfall en móðurfélagið. Hægt er að beita mismunandi leiðum til að ákvarða hvort ríki teljist lágskattaríki, en meðal annars geta ríki metið hvert tilvik fyrir sig eða gefið út annað hvort svartan eða hvítan lista til að einfalda ferlið. Að nota slíkan lista gæti komið í veg fyrir þörfina á að meta hvert og eitt tilvik, en myndi einnig auðvelda skattaðilum að ákvarða hvenær CFC-reglur eiga við og mælir BEPS aðgerð 3 því með notkun á hvítum lista, þ.e. listi yfir ríki sem teljast ekki lágskattaríki. Í Bretlandi hefur til dæmis verið stuðst við hvítan lista yfir ríki sem falla utan gildissvið CFC-löggjafar þar sem skattlagning er nægilega sambærileg og í Bretlandi, að því tilskyldu að önnur skilyrði séu einnig uppfyllt. Í Finnlandi er hins vegar gefin út svartur listi yfir lönd sem teljast lágskattaríki miðað við skatthlutfall og skattaívilnanir, en þarlendur CFC-reglur taka því einungis til félaga sem staðsett eru í þeim ríkjum. Er þar miðað við að ríki sé lágskattaríki ef félag greiðir þar minna en 3/5 af þeim skatti sem hefðu annars verið greiddir í Finnlandi.¹⁰¹

Undanþáguaðferðin krefst þess að skatthlutfall CFC-félags sé undir ákveðnu viðmiði, en hægt er að miða annars vegar við tiltekið fast skatthlutfall sem telst of lágt og hins vegar er hægt að bera saman skatthlutfall í CFC-ríkinu við hlutfall eða prósentu af sambærilegri skattlagningu í heimaríkinu.¹⁰²

¹⁰⁰ sama heimild 33.

¹⁰¹ sama heimild 34.

¹⁰² sama heimild 36.

9.5. Skilgreining á CFC-tekjum

Þegar búið er að slá því föstu hvaða félög falla undir hugtakið CFC-félag, þarf að skilgreina hvaða tekjur skuli skattleggja samkvæmt reglunum. Samkvæmt tilmælum BEPS ættu aðeins tekjur sem rekja má til ráðandi hluthafa móðurfélagsins að falla undir hugtakið CFC-tekjur, s.s. arður, vextir, tekjur af tryggingum, þóknanir og hugverkatekjur, og söluhagnaður og aðrar sambærilegar tekjur.¹⁰³ Í þessu samhengi er sérstaklega tekið fram að greining á efni ráðstöfunar geti verið þýðingarmikil við ákvörðun á því hvaða tekjur teljist CFC-tekjur (*e. substance analysis*). Slík tilhögun felur í sér mat á því hvort tekjurnar eigi rót sína að rekja til raunverulegrar starfsemi og er þar gott að líta til þess hvort til staðar sé vinnuafli, húsnæði, eignir og áhætta. Grundvallaratriðið liggur í því hvort CFC-félagið hafi getu til að afla tekna upp á eigin spýtur.¹⁰⁴

Við ákvörðun tekna CFC-félags þarf einnig að taka afstöðu til þess hvort miða eigi við löggjöf búseturíkis eða heimaríkis sem og hvernig eigi að meðhöndla rekstrartap CFC-félagsins. Tilmæli BEPS eru þau að miða ætti við löggjöf heimaríkis við ákvörðun tekna. Hvað seinna atriðið varðar er mælt með að takmarka heimildir til ráðstöfunar taps á móti hagnaði að því marki sem lög leyfa, þannig að einungis sé hægt að nýta tap gegn hagnaði sama félags.¹⁰⁵

9.6. Ákvörðun á hlutdeild skattaðila í CFC-tekjum

Þegar búið er að gera grein fyrir því hvaða tekjur teljist CFC-tekjur, þarf því næst að ákveða hvernig skuli reikna út tekjur hins innlenda skattaðila, en flestar núgildandi CFC-reglur ríkja binda þessa ákvörðun við fyrri ákvörðun um eignarhald og yferráð. Tilmæli BEPS eru þau að viðmiðið sé bundið við lágmarks yferráð (*e. minimum control threshold*), en það tryggir einfaldari framfylgni og eftirliti með reglunum sem og að skattaðilinn sem um ræðir hafi nægt vald til að afla upplýsinga um starfsemi og tekjur CFC-félagsins. Í ríkjum sem beita aðferðinni um dreifingu á eignarhaldi, eru CFC-tekjur almennt ekki aðeins raknar til þeirra skattaðila sem uppfylla heildarviðmiðunarmarkið heldur til allra þeirra skattaðila sem hafa þau lágmarksyferráð (t.d. 10%) sem miðað er við. Fjárhæð þeirra tekna sem rakin er til hvers hluthafa eða aðila með yferráð, ætti að miðast bæði við hlutdeild og raunverulegt eignarhald þeirra eða annarra áhrifa á stjórnun félagsins. Við mat á áhrifum væri til dæmis hægt að miða við eignarhlutdeild í lok árs ef það endurspeglar raunveruleg áhrif skattaðila. Ríki geta að öðru

¹⁰³ sama heimild 43.

¹⁰⁴ sama heimild 47.

¹⁰⁵ sama heimild 43.

leyti ákveðið hvaða tímamark skuli miðað við sem og skattalega meðferð CFC-tekna í samræmi við gildandi löggjöf þeirra, en miða ætti við skatthlutfall heimaríkis.¹⁰⁶

9.7. Reglur til að koma í veg fyrir tvísköttun

Samkvæmt BEPS ættu reglurnar að lokum að innihalda ákvæði sem tryggja að beiting reglnanna leiði ekki til tvísköttunar, en það eru a.m.k. þrjár aðstæður þar sem til tvísköttunar getur komið. Í fyrsta lagi í aðstæðum þar sem sömu tekjur eru einnig háðar erlendum sköttum, í öðru lagi þar sem CFC-reglur í fleiru en einu ríki eiga við um sömu CFC-tekjur og í þriðja lagi þar sem CFC-félag hefur úthlutað arði sem hefur þegar verið skattlagður hjá móttakanda þess. Tilmæli BEPS eru því þau að reglurnar heimili skattaafslátt vegna erlendra skatta sem þegar hafa verið greiddir af sömu tekjum og að úthlutaður arður sé undanþeginn CFC-skattlagningu, en nánari útfærsla liggur í höndum einstakra ríkja.¹⁰⁷

10. ATAD

Í kjölfar BEPS aðgerðaráætlunar OECD var með tilskipun 2016/1164/ESB komið á fót nýjum samræmdum reglum gegn skattasniðgöngu (e. Anti Tax Avoidance Directive). Tilskipunin inniheldur fimm mismunandi fyriræli sem ætlað er að koma í veg fyrir skattasniðgöngu. Reglurnar um takmörkun á frádrætti vaxtagjalda og útgönguskatt eru áberandi í tilskipuninni, sjá 4. og 5. gr. en að auki er í 9. gr. að finna reglu sem ætlað er að eyða áhrifum blendingsgerninga og blendingsaðila (e. *hybrid mismatches*), s.s. tví-ekkisköttun, tvöfaldur frádráttur, langtímabrestun skattlagningar o.s.frv. ATAD mælir fyrir um lágmarkskröfur sem reglurnar þurfa að uppfylla og geta aðildarríki þannig ákveðið að innleiða víðtækari reglur sem í kjölfarið fela í sér meiri vernd fyrir skattstofna þeirra.¹⁰⁸ Ef innlend yfirvöld nýta sér þennan möguleika gæti það hins vegar grafið undan samræmissjónarmiði reglnanna.

Í 7. og 8. gr. tilskipunarinnar er kveðið á um lögfestingu CFC-reglna:

Article 7

Controlled foreign company rule

1. The Member State of a taxpayer shall treat an entity, or a permanent establishment of which the profits are not subject to tax or are exempt from tax in that Member State, as a controlled foreign company where the following conditions are met:
 - (a) in the case of an entity, the taxpayer by itself, or together with its associated enterprises holds a direct or indirect participation of more than 50 percent of the voting rights, or owns

¹⁰⁶ sama heimild 61.

¹⁰⁷ sama heimild 65.

¹⁰⁸ 3. gr. ATAD tilskipunarinnar.

directly or indirectly more than 50 percent of capital or is entitled to receive more than 50 percent of the profits of that entity; and

(b) the actual corporate tax paid on its profits by the entity or permanent establishment is lower than the difference between the corporate tax that would have been charged on the entity or permanent establishment under the applicable corporate tax system in the Member State of the taxpayer and the actual corporate tax paid on its profits by the entity or permanent establishment. For the purposes of point (b) of the first subparagraph, the permanent establishment of a controlled foreign company that is not subject to tax or is exempt from tax in the jurisdiction of the controlled foreign company shall not be taken into account. Furthermore the corporate tax that would have been charged in the Member State of the taxpayer means as computed according to the rules of the Member State of the taxpayer.

2. Where an entity or permanent establishment is treated as a controlled foreign company under paragraph 1, the Member State of the taxpayer shall include in the tax base:

(a) the non-distributed income of the entity or the income of the permanent establishment which is derived from the following categories:

- (i) interest or any other income generated by financial assets;
- (ii) royalties or any other income generated from intellectual property;
- (iii) dividends and income from the disposal of shares;
- (iv) income from financial leasing;
- (v) income from insurance, banking and other financial activities;
- (vi) income from invoicing companies that earn sales and services income from goods and services purchased from and sold to associated enterprises, and add no or little economic value;

This point shall not apply where the controlled foreign company carries on a substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises, as evidenced by relevant facts and circumstances.

Where the controlled foreign company is resident or situated in a third country that is not party to the EEA Agreement, Member States may decide to refrain from applying the preceding subparagraph.

or

(b) the non-distributed income of the entity or permanent establishment arising from non-genuine arrangements which have been put in place for the essential purpose of obtaining a tax advantage.

For the purposes of this point, an arrangement or a series thereof shall be regarded as non-genuine to the extent that the entity or permanent establishment would not own the assets or would not have undertaken the risks which generate all, or part of, its income if it were not controlled by a company where the significant people functions, which are relevant to those assets and risks, are carried out and are instrumental in generating the controlled company's income.

3. Where, under the rules of a Member State, the tax base of a taxpayer is calculated according to point (a) of paragraph 2, the Member State may opt not to treat an entity or permanent establishment as a controlled foreign company under paragraph 1 if one third or less of the income accruing to the entity or permanent establishment falls within the categories under point (a) of paragraph 2.

Where, under the rules of a Member State, the tax base of a taxpayer is calculated according to point (a) of paragraph 2, the Member State may opt not to treat financial undertakings as controlled foreign companies if one third or less of the entity's income from the categories under point (a) of paragraph 2 comes from transactions with the taxpayer or its associated enterprises.

4. Member States may exclude from the scope of point (b) of paragraph 2 an entity or permanent establishment:

- (a) with accounting profits of no more than EUR 750 000, and non-trading income of no more than EUR 75 000; or
- (b) of which the accounting profits amount to no more than 10 percent of its operating costs for the tax period.

For the purpose of point (b) of the first subparagraph, the operating costs may not include the cost of goods sold outside the country where the entity is resident, or the permanent establishment is situated, for tax purposes and payments to associated enterprises.

Article 8

Computation of controlled foreign company income

1. Where point (a) of Article 7(2) applies, the income to be included in the tax base of the taxpayer shall be calculated in accordance with the rules of the corporate tax law of the Member State where the taxpayer is resident for tax purposes or situated. Losses of the entity or permanent establishment shall not be included in the tax base but may be carried forward, according to national law, and taken into account in subsequent tax periods.
2. Where point (b) of Article 7(2) applies, the income to be included in the tax base of the taxpayer shall be limited to amounts generated through assets and risks which are linked to significant people functions carried out by the controlling company. The attribution of controlled foreign company income shall be calculated in accordance with the arm's length principle.
3. The income to be included in the tax base shall be calculated in proportion to the taxpayer's participation in the entity as defined in point (a) of Article 7(1).
4. The income shall be included in the tax period of the taxpayer in which the tax year of the entity ends.
5. Where the entity distributes profits to the taxpayer, and those distributed profits are included in the taxable income of the taxpayer, the amounts of income previously included in the tax base pursuant to Article 7 shall be deducted from the tax base when calculating the amount of tax due on the distributed profits, in order to ensure there is no double taxation.
6. Where the taxpayer disposes of its participation in the entity or of the business carried out by the permanent establishment, and any part of the proceeds from the disposal previously has been included in the tax base pursuant to Article 7, that amount shall be deducted from the tax base when calculating the amount of tax due on those proceeds, in order to ensure there is no double taxation.
7. The Member State of the taxpayer shall allow a deduction of the tax paid by the entity or permanent establishment from the tax liability of the taxpayer in its state of tax residence or location. The deduction shall be calculated in accordance with national law.

10.1. Samantekt

Tilskipunin veitir aðildarríkjum nokkurn sveigjanleika við innleiðingu CFC-reglna sem miða annað hvort við tiltekna flokka tekna (Aðferð A) eða sem takmarkast við tekjur sem stafa af sýndargerningum og fluttar eru til CFC-félags (Aðferð B).

Hvað varðar skilgreiningu á CFC-félagi, þá leggur tilskipunin til að félag þurfi að uppfylla tvö skilyrði til að teljast CFC-félag. Annars vegar að það sé háð yferráðum móðurfélags og hins vegar að það sé háð lágri skattlagningu í búseturíki. Yferráð skulu fela í sér að aðili fari beint eða óbeint með yfir 50% atkvæða, réttar til hlutdeildar við úthlutun fjármuna eða eigi rétt á meira en 50% af hagnaði erlenda félagsins. Skattlagning félags í búseturíki ætti að vera lægri en 50% af þeim skatti sem félagið hefði greitt af hagnaði þess hefði það verið heimilisfast í aðildarríki móðurfélagsins. Þetta eru aðeins lágmarksviðmið en það þýðir að aðildarríki geta innleitt strangari reglur svo framarlega sem þær eru í samræmi við ESB-rétt. Ávallt þarf þó að gæta meðalhófs og að reglurnar beinist aðeins að algerum sýndargerningum.

Samkvæmt aðferð A skal skattlagning miðuð við tiltekna flokka tekna, s.s. eignatekjur, tekjur af bankastarfsemi og annarri fjármálastarfsemi (e. *Passive Income*). Í samræmi við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins krefst ATAD að slíkar reglur eigi ekki við um CFC-félög í aðildarríkjum ESB/EES í þeim tilvikum þar sem hægt er að staðreyna með hlutrænu mati, að þar fari fram raunveruleg atvinnustarfsemi. Aðildarríki geta þó ákveðið að þessi undanþága eigi ekki við um ríki utan EES, en í þeim tilgangi að takmarka kostnað við framfylgni reglnanna geta aðildarríki kosið að þau félög séu einnig undanþegin skattlagningu ef tekjur samkvæmt ofangreindri skilgreiningu nema ekki meira en þriðjungur af heildartekjum félagsins. Einnig geta aðildarríki innleitt undanþágur vegna fjármálafyrirtækja ef tekjur sem stafa af viðskiptum milli tengdra aðila nema minna en þriðjungur af heildartekjum þess.¹⁰⁹ Skattskyldar tekjur skal reikna í samræmi við skattalöggjöf heimaríkis og hlutdeild hans í CFC-félaginu.

Aðferð B felur í sér að tekjur CFC-félags eru skilgreindar sem tekjur sem stafa af sýndargerningum eða tilbúnu fyrirkomulagi með skattasniðgöngu að leiðarljósi. Verður litið á fyrirkomulag sem tilbúning að því marki að CFC-félag hefði ekki átt þær eignir eða hefði ekki tekið þá áhættu ef það væri ekki undir yfirráðum félags þar sem veigamiklar aðgerðir manna, sem máli skipta fyrir þessar eignir og áhættutöku, eru framkvæmdar og eiga sinn þátt í að afla tekna CFC-félagsins. Þessi aðferð býður einnig upp á að aðildarríki innleiði undanþágur. Í fyrsta lagi fyrir CFC-félög eða fastar starfsstöðvar þar sem skráður hagnaður þess nemur ekki meira en 750.000 evrum og aðrar tekjur en rekstrartekjur þess eru lægri en 75.000 evrur. Í öðru lagi fyrir CFC-félög þar sem skráður hagnaður félagsins nemur minna en 10% af rekstrarkostnaði þess á reikningsárinu.¹¹⁰

Í samræmi við armlengdarregluna verða skattskyldar tekjur skattaðila, takmarkaðar við fjárhæðir sem stafa af þeim veigamiklu aðgerðum manna, sem máli skipta fyrir eignir þess og áhættutöku.

Tilskipunin hefur einnig að geyma reglur til að koma í veg fyrir tvísköttun, en sá skattur sem CFC-félag hefur þegar greitt í búseturíki skal vera frádráttarbær frá skatti skv. reglunum. ATAD hefur þó ekki að geyma ákvæði sem koma í veg fyrir keðjuskattlagningu, s.s. í þeim tilvikum þegar móðurfélag er einnig skattlagt á grundvelli CFC-löggjafar annarra ríkja eða á grundvelli milliverðlagsreglna.

Efnislegu skilyrði undanþágunnar í 2. mgr. 7. gr. tilskipunarinnar eru frekar áhugaverð, en í b-lið er kveðið á um „*non-genuine arrangements*“ og „*essential purpose of obtaining a*

¹⁰⁹ Sem dæmi um ríki sem styðjast við Aðferð A má nefna Danmörku, Finnland, Þýskaland og Bretland.

¹¹⁰ Sem dæmi um ríki sem styðjast við Aðferð B má nefna Frakkland, Írland, Lúxemborg og Möltu.

tax advantage“, en um er að ræða hugtök sem eru bæði þekkt í dómaframkvæmd Evrópudómstólsins sem og almennu sniðgöngureglunni í 6. gr. tilskipunarinnar. Óljóst er hvernig ákvæðið tengist undantekningarreglunni í a-lið og almennu sniðgöngureglunni í 6. gr. en þetta gæti valdið vandkvæðum í framkvæmd.¹¹¹

Í a-lið er kveðið á um aðra undantekningu frá CFC-skattlagningu vegna „*substantive economic activity supported by staff, equipment, assets and premises*“. Orðalagið minnir óumdeilanlega á íslensku skilgreiningu hugtaksins „*raunveruleg atvinnustarfsemi*“ í reglugerð, sem kann að setja of strangar kröfur um líkamlega nærveru og starfsfólk miðað við dómaframkvæmd Evrópudómstólsins, enda ræðst þetta af starfsemi félags og er háð mati hverju sinni.¹¹² Undantekningin í 7. gr. gerir ekki kröfu um að hvatinn sé skattasniðganga. Það er yfirhöfuð óljóst hvernig beri að skilja og framkvæma undantekningu a-liðar, 2. mgr. 7. gr. og um þetta eru deildar skoðanir. CFC-reglur eru í eðli sínu andstæðar stofnsetningarrétti EES-réttar og eru sem slíkar aðeins réttlætningar á grundvelli tiltekinna réttlætningarsjónarmiða.

Sumir benda á málfræðilegan mun á hugtökunum „*genuine*“ og „*substantive*“ og telja að rétt sé að túlka allar undantekningar í samræmi við núgildandi dómaframkvæmd til að forðast óvissu.¹¹³ Aðrir telja að Evrópudómstóllinn muni aðlaga sig nýju tilskipuninni og dæma þannig ekki ríki sem beita reglum sem byggja á henni vegna brota á Evrópuréttinum.¹¹⁴ Enn fremur eru aðrir sem einblína á þau vandamál sem upp geta komið þar sem undantekningarnar eru beittar vegna fjármálastarfsemi sem ekki uppfyllir skilyrði a-liðar 2. mgr. 7. gr. Að öðru leyti fer merking skilyrðisins eftir því hvernig það verður útfært og túlkað í komandi framtíð.¹¹⁵

11. CFC löggjöf í Noregi – NOKUS

Norsku CFC-reglurnar má finna í skatteloven § 10-60 til 10-68 og eru í daglegu tali kallaðar NOKUS reglurnar. NOKUS stendur fyrir „norsk kontrollert utenlandsk selskap“ eða „erlent félag undir norskri stjórn“. Í reglunum felst að félög undir norskri stjórn sem heimilisföst eru í lágskattaríki eru háð skattheimtu fyrir hlut sinn af tekjum erlenda félagsins, óháð því hvort arði hafi verið úthlutað. Þetta á aðeins við ef norskri aðilinn á hlut í eða stjórnar félagi með beinum

¹¹¹ Guglielmo Ginevra, „The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level“ (2017) 45 (2) Intertax 128.

¹¹² Sameinuð mál E-3/13 og E-20/13 *Fred Olsen and Others and Petter Olsen and Others g. The Norwegian State Represented by the Central Tax Office for Large Enterprises and the Directorate of Taxes* [2014]

¹¹³ Jens Schönfeld, „CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive“ [2017] EC Tax Review 150.

¹¹⁴ Guglielmo Ginevra, „The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level“ (2017) 45 (2) Intertax 129.

¹¹⁵ Gianluigi Bizzioli, „Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?“ [2017] EC Tax Review 174.

eða óbeinum hætti. Markmið reglnanna er að tryggja jafnræði milli aðila sem fjárfesta í Noregi og þeirra sem fjárfesta í fyrirtækjum með heimilisfesti í lágskattaríki. Ólíkt almennum reglum í Noregi um skattlagningu hlutafélaga, fellur skattskyldan á einstaklinginn en ekki á félagið sjálft. Skattskyldan er ákvörðuð eins og fyrirtækið væri sjálfstæður skattaðili en er síðan dreift á viðeigandi einstaklinga, sem verða að útbúa sameiginleg skattskil samkvæmt norskum lögum.

Í § 10-60 segir að ákvæði § 10-60 til 10-68 eigi við um *þátttakendur* (n. *deltakere*) í hlutafélögum eða sambærilegum félögum undir norskri stjórn sem heimilisföst eru í lágskattaríki. Segir þar jafnframt að reglurnar taki til skattaðila sem einir eða ásamt öðrum, fari með bein eða óbein yferráð yfir öðrum sjálfstæðum stofnunum eða sjóðum heimilisföstum í lágskattaríki, og sem skattaðili nýtur góðs af, beint eða óbeint.

Í § 10-61 er kveðið á um hlutdeild skattaðila í skattskyldum tekjum félagsins, en samkvæmt ákvæðinu er eigandi sem beint eða óbeint á hlut í eða fer með yferráð yfir félagi eða stofnun sem nefnd eru í § 10-60, skattskyldur fyrir hlutdeild í hagnaði félagsins, ákvarðað í samræmi við ákvæði § 10-65, án tillits til úthlutunar verðmæta úr félaginu, sbr. þó § 10-64. Tap félagsins sem ákvarðað er samkvæmt sama ákvæði, kemur til frádráttar tekjum síðara ára

Ákvæði § 10-62 fjallar um stjórnunarleg yferráð, en þar segir að erlent félag eða stofnun er talið vera undir norskri stjórn þegar að minnsta kosti helmingur hlutafjár félagsins eða stofnunarinnar er beint eða óbeint í eigu eða undir stjórn norskra skattaðila bæði við upphaf og lok tekjuársins. Stjórnunarleg yferráð teljast enn fremur til staðar ef félag eða stofnun var talið undir norskri stjórn tekjuárið á undan nema ef minna en helmingur hlutafjár er stjórnað beint eða óbeint af norskum skattaðilum bæði í upphafi og lok tekjuársins. Ef norskir skattaðilar eiga eða stjórna meira en 60% hlutafjár í lok tekjuársins teljast þeir með yferráð óháð því sem segir hér á undan. Að sama skapi teljast yferráð ekki vera til staðar ef norskir skattaðilar eiga eða stjórna minna en 40% hlutafjár í lok tekjuársins.

Lágskattaríki er í § 10-63 skilgreint sem ríki þar sem venjulegur tekjuskattur á heildarhagnað félagsins eða stofnunarinnar nemur minna en tveimur þriðju hlutum skattsins sem félagið eða stofnunin hefði lagt á það hefði það verið heimilisfast í Noregi.

Í § 10-64 má finna tvær undanþágur frá skattlagningu, en þar segir að skattlagning fari ekki fram ef, í fyrsta lagi, félagið eða stofnunin fellur undir samning sem Noregur hefur gert við annað ríki til að koma í veg fyrir tvísköttun og tekjur félags eða stofnunar eru að meginstofni til ekki *passívar* tekjur. Í öðru lagi, ef skattaðili skráir að félag eða stofnun sé *raunverulega stofnsett* í EES-ríki og stundi þar *raunverulega atvinnustarfsemi* og Noregur getur krafist upprunaríki um upplýsingar á grundvelli tvísköttunarsamnings eða annars

alþjóðasamnings. Ef enginn slíkur samningur er fyrir hendi, skal það sama gilda þegar skattaðili leggur fram yfirlýsingu frá skattyfirvöldum í upprunaríki þar sem réttmæti skjalanna er staðfest.

Um ákvörðun tekna er síðan fjallað um í § 10-65, en í meginatriðum eru tekjur skattaðila ákvarðaðar samkvæmt hlutdeild hans í hagnaði eða tapi félags eða stofnunar í samræmi við reglur norskra skattalaga eins og félagið eða stofnunin væru skattaðilinn. Skattaðili sem óbeint á eða fer með yferráð yfir hlut í félagi eða stofnun, sbr. § 10-60 skal skattleggja beint fyrir hlut sinn í hagnaði eða tapi félagsins eða stofnunarinnar. Slík skattlagning skal aðeins eiga sér stað þegar óbeint eignarhald eða yferráð fer fram í gegn um erlent félag eða stofnun undir norskri stjórn þar sem hagnaður er ekki háður stöðugri skattlagningu í Noregi.

Tap færist einungis á móti hagnaði félagsins eða stofnunarinnar, og er því einungis frádráttarbært geti skattaðili, að ósk skattyfirvalda, lagt fram fullnægjandi gögn er liggja að baki útreikningi á tapi, sbr. § 10-66.

11.1. Raunveruleikaundanþága NOKUS reglnanna

Í kjölfar *Cadbury-Schweppes* komst norska Fjármálaráðuneytið að þeirri niðurstöðu að þeirri niðurstöðu að NOKUS reglurnar uppfylltu ekki kröfur EES-réttarins og var reglunum því breytt í lok árs 2007. Fólu breytingarnar í sér að CFC-félag er undanþegið skattlagningu ef það er *raunverulega stofnsett* (n. *reelt etablert*) í EES-ríki og stundar þar *raunverulega atvinnustarfsemi* (n. *reell økonomisk aktivitet*), ef yfirvöld geta krafist upplýsinga til að sýna fram á að svo sé samkvæmt upplýsingasamningi eða öðru fyrirkomulagi. Ef enginn slíkur samningur eða fyrirkomulag er fyrir hendi hvílir sönnunarbyrðin á skattaðilanum sem þarf að geta lagt fram yfirlýsingu frá skattyfirvöldum í lágskattaríkinu sem síðan staðfestir réttmæti skjalanna. Orðalagið *raunverulega stofnsett* og *raunveruleg atvinnustarfsemi* má rekja beint til Cadbury-Schweppes, og var ætlað að tryggja að reglurnar næðu aðeins til algerra sýndargerninga.

Í lögskýringargögnum kemur einnig fram að svo stofnun félagsins og starfsemi þess teljist raunveruleg verður gerð sú krafa að félagið með venjulegri starfsemi sinni taki fastan og varanlegan þátt í viðskiptalífi upprunaríkisins. Fram verður að fara heildstætt mat á aðstæðum hverju sinni. Kemur þar jafnframt fram að við matið skuli taka tillit til þess hvort félagið hafi yfir að ráða húsnæði, birgðum og tækjum, að til staðar sé föst yfirstjórn og starfsmenn í búseturíkinu sem annast þar rekstur þess og hvort starfsmenn og stjórnendur í búseturíki hafi nægjanlegt umboð til þess að taka ákvarðanir ásamt fullnægjandi þekkingu og hæfni til þess að

reka félagið og taka viðeigandi ákvarðanir vegna þess. Einnig verði að meta hvort eðli starfseminnar sé fjárhagsleg og hvort hægt sé að sýna fram á tekjur af eigin rekstri þess.¹¹⁶

12. Fyrirhugaðar breytingar á íslensku CFC-reglunum

12.1. 593/149 stjórnarfrumvarp

Í lok árs 2018 lagði fjármála- og efnahagsráðuneytið fram frumvarp til laga um breytingu á ýmsum lögum vegna skattlagningar tekna erlendra lögaðila í lágskattaríkjum, samsköttunar félaga, takmörkunar á frádrætti vaxtagjalda og skattlagningar útsendra starfsmanna (samsköttun, CFC-félög o.fl.). Í frumvarpinu er að finna endurskoðun á núgildandi CFC-ákvæði 57. gr. a. tsl., en í greinargerð með frumvarpinu kemur fram að í kjölfar BEPS aðgerðaráætlunarinnar þætti nauðsynlegt að skerpa á og styrkja núgildandi löggjöf, m.a. til að tryggja að Ísland fylgdi þeirri þróun sem á sér stað meðal nágrannalandanna með hliðsjón af alþjóðlegri þróun í málaflokknum. Markmið breytinganna er að tryggja rétta dreifingu skatttekna og skapa varnaðaráhrif gegn skattaflóttu. Í 2. gr. frumvarpsins segir:

57. gr. a laganna orðast svo, ásamt fyrisögn:

Skattlagning tekna erlendra lögaðila í lágskattaríkjum.

CFC-félag er hvers konar lögaðili, svo sem félag, sjóður, stofnun eða föst starfsstöð, sem er heimilisfastur eða skráður í erlendu ríki eða svæði innan ríkis þar sem í gildi eru ívilnandi skattareglur þannig að raunskattlagning í hinu erlenda ríki er almennt lægri en ²/₃ skattlagningar samkvæmt íslenskum reglum.

Skattskyldur aðili, skv. 1. og 2. gr., sem á beint eða óbeint hlut í CFC-félagi, sbr. 1. mgr., skal í samræmi við raunverulegt eignarhald sitt í félaginu greiða tekjuskatt af skattskyldum tekjum þess, sbr. 6. mgr., án tillits til úthlutunar, fari hann sjálfur eða hann ásamt innlendum aðilum og/eða aðilum honum tengdum, sbr. 7. mgr., með meira en helming eignarhalds eða stjórnunarleg yfirráð yfir CFC-félaginu. Það á einnig við ef hann sjálfur eða hann sjálfur ásamt innlendum og/eða tengdum aðilum á samtals rétt til meira en helmings hlutdeildar við úthlutun fjármuna og/eða eigna frá CFC-félaginu.

Ákvæði 2. mgr. á við hafi eitt eða fleiri skilyrði hennar verið uppfyllt á einhverjum tímapunkti innan tekjuársins og skal við skattlagningu tekið mið af tímabili eignarhalds, eignarhlutfalls og stjórnunarlegra yfirráða.

Til grundvallar mati á því hvort skilyrði 2. mgr. séu uppfyllt skal skattaðili árlega skila upplýsingum, þ.m.t. ársreikningum, um CFC-félag á því formi sem ríkisskattstjóri ákveður. Upplýsingar skulu veittar óháð rekstrarniðurstöðu CFC-félags.

Tekju- og kostnaðarliðir samkvæmt ársreikningi skulu ákvarðaðir og eftir atvikum leiðréttir í samræmi við íslenskar reglur um ársreikninga, eftir því sem við á. Ársreikningur skal unninn í gjaldmiðli skráningarlands eða aðalstarfrækslugjaldmiðli CFC-félags. Liggi ekki fyrir ársreikningur CFC-félags skal hann útbúinn í samræmi við framangreint. Umreikningur erlends gjaldmiðils yfir í íslenskar krónur fer eftir ákvæði 2. mgr. 91. gr. Skattalegar ráðstafanir ráðast af skattalegri stöðu skattaðila og eru tekjurnar skattskyldar sem tekjur af atvinnurekstri eða sjálfstæðri starfsemi skv. B-lið 7. gr. óháð tegund tekna.

Við ákvörðun á hlutdeild skattaðila í skattskyldum tekjum, og eftir atvikum samsvarandi tapi á móti tekjum CFC-félags, skal miða við raunverulegt eignarhald skattaðila í félaginu. Við mat á raunverulegu eignarhaldi skal m.a. horft til beins og/eða óbeins eignarhalds,

¹¹⁶ Ot. prp. nr. 1 (2007-2008) Innstilling fra finanskomiteen om skatte- og avgiftsopplegget 2008 - lovendringer

atkvæðisréttar eða annarra áhrifa á stjórnun félagsins, réttar til hlutdeildar við úthlutun fjármuna eða eigna frá CFC-félaginu sem og annarra fjárhagslegra réttinda. Ef skattaðili heldur því fram að formlegt eignarhald gefi ekki rétta mynd af raunverulegu eignarhaldi ber honum að sýna fram á slíkt svo óyggjandi sé.

Með tengdum aðilum skv. 2. mgr. er átt við eftirfarandi:

1. Aðila þar sem annar aðilinn fer beint og/eða óbeint með a.m.k. fjórðung eignarhalds eða atkvæðisréttar í hinum aðilanum eða hefur tilkall til a.m.k. fjórðungs fjármuna og/eða eigna hins aðilans.

2. Einstaklinga sem tengjast sifjaréttarlegum böndum, svo sem þá sem eru í hjúskap, staðfestri samvist eða óvígðri sambúð, systkini og einstaklinga sem eru skyldir í beinan legg.

3. Aðila sem standa saman í fjárfestingum eða eiga í öðru nánu samstarfi sem þeir hafa sameiginlega fjárhagslega hagsmuni af.

4. Lögðila sem eru beint og/eða óbeint í meirihlutaeigu eða undir stjórnunarlegum yfirráðum tengdra aðila skv. 1., 2. eða 3. tölul.

Tekjur sem stafa af raunverulegri atvinnustarfsemi CFC-félags teljast ekki til skattskyldra tekna skv. 2. mgr., enda sýni skattaðili fram á svo óyggjandi sé að um raunverulega atvinnustarfsemi sé að ræða. Eftirfarandi tekjur CFC-félags eru þó alltaf skattskyldar að frádregnum beinum kostnaði við öflun þeirra:

- a. vextir og aðrar tekjur af fjáreignum;
- b. þóknanir og aðrar tekjur af hugverkaréttindum;
- c. arður og söluhagnaður hlutabréfa;
- d. tekjur af trygginga- og bankastarfsemi og annarri fjármálastarfsemi;
- e. tekjur vegna viðskipta þegar CFC-félagið leggur lítið eða ekkert af mörkum til að auka verðmæti hins selda eða leigða; og/eða

Sé CFC-félag heimilisfast eða skráð í ríki innan aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum á 2. mgr. ekki við ef starfsemi CFC-félagsins telst til raunverulegrar atvinnustarfsemi og skattskyldar tekjur skv. a–e-liðum 8. mgr. nema minna en þriðjungur af heildartekjum félagsins.

Hlutdeild skattaðila í sannanlegu tapi CFC-félags er einungis heimilt að færa til frádráttar skv. 8. tölul. 31. gr. á móti hlutdeild hans í síðar reiknuðum hagnaði sama CFC-félags. Tap verður að hafa myndast við öflun skattskyldra tekna samkvæmt ákvæði þessu. Ekki er heimilt að nýta tap sem myndaðist fyrir rekstrarárið 2010 og tap yfirfærast að hámarki í tíu ár frá því ári þegar það myndaðist. Hverjum skattaðila er eingöngu heimilt að færa til frádráttar hlutdeild sína í tapi sem myndaðist á eignarhaldstíma hans í CFC-félaginu.

Hafi CFC-félag úthlutað fjármunum til skattaðila skal úthlutunin ekki talin til skattskyldra tekna hjá honum nema að því marki sem hún er hærri en þær tekjur félagsins sem skattlagðar hafa verið á grundvelli ákvæðis þessa.

Skattaðila er heimilt að draga frá skatti sannanlega greiddan sams konar skatt erlendis af sömu tekjum félagsins fyrir sama tímabil. Frádráttur þessi getur aldrei orðið hærri en sem nemur þeim skatti sem lagður er á tekjurnar hér á landi.

Ráðherra setur reglugerð um nánari framkvæmd þessarar greinar.

Í 1. mgr. 57. gr. a. er CFC-félag skilgreint víðtækt sem hvers konar lögðili, s.s. félag, sjóður, stofnun, eignasafn eða föst starfsstöð með heimilisfesti eða skráningu í erlendu ríki eða innan svæðis þar sem í gildi eru ívilnandi skattareglur þannig að raunskattlagning í hinu erlenda ríki eða svæði er almennt lægri en 2/3 skattlagningar skv. gildandi reglum.¹¹⁷ Er slíkri víðtækri skilgreiningu á CFC-félagi ætlað að koma í veg fyrir að unnt verði að komast hjá reglum með því að breyta féлагаformi þess í samræmi við tilmæli BEPS aðgerðar 3.

¹¹⁷ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 593 – 433. mál, athugasemdir við frumvarp.

Í 2. mgr. er síðan mælt fyrir um skattlagningu einstaklinga og lögaðila vegna tekna CFC-félaga í þeirra eigu, en á það við hvort sem eignarhaldið er beint eða óbeint, í formi stjórnunarlegra yferráða eða réttinda við úthlutun fjármuna eða eigna félagsins. Skilyrðið er bundið við a.m.k. helmings eignarhalds í CFC-félagi, með stjórnunarleg yferráð í því eða eigi samtals rétt til meira en helmings hlutdeildar við úthlutun fjármuna. Ef skattaðili uppfyllir einhverra þessa skilyrða er hann skattskyldur á grundvelli ákvæðisins, en skattlagningin er ekki háð því hvort úthlutun fjármuna eða eigna frá CFC-félaginu hafi átt sér stað eða ekki. Enn fremur er skattskylda fyrir hendi ef skattaðili fer einn eða ásamt öðrum innlendum aðilum og/eða aðilum honum tengdum með meira en helming eignarhalds yfir CFC-félagi beint og/eða óbeint, en sameiginlegt eignarhald þarf þá að vera meira en 50%. Með óbeinu eignarhaldi er átt við þegar skattaðili á ekki beinan hlut í sjálfu CFC-félaginu heldur fer eignarhaldið í gegnum annan lögaðila í hans eigu. Er með þessu reynt að koma í veg fyrir að skattaðili komist hjá reglum með því að fela formlegt eignarhald sitt á CFC-félaginu. Eins og áður segir er innlendir eigandi skattskyldur samkvæmt ákvæðinu, fari hann einn eða ásamt öðrum innlendum aðilum eða aðilum honum tengdum með stjórnunarleg yferráð þótt eignarhlutdeild hans nái ekki lágmarkinu sem í ákvæðinu greinir. Við mat á þessu er horft á raunveruleg tengsl viðkomandi skattaðila við erlenda lögaðilann en ekki einungis á formlegt eignarhald. Með þessum hætti getur skattaðili sem fer með helmings eignarhalds eða lægra í CFC-félagi, fallið undir ákvæðið ef hann fer með stjórnunarleg yferráð yfir því, og getur jafnvel fallið undir ákvæðið þrátt fyrir að hann eigi hverfandi hlut í félaginu, svo lengi sem hann eða hann ásamt öðrum innlendum aðilum eða tengdum innlendum og erlendum aðilum fari með stjórnunarleg yferráð í félaginu.¹¹⁸

Í greinargerð með frumvarpinu kemur fram að með stjórnunarlegum yferráðum sé m.a. átt við þegar aðili fer beint eða óbeint með meiri hluta atkvæða í viðkomandi félagi, hefur rétt til að tilnefna eða víkja frá meiri hluta stjórnar eða framkvæmdastjórn félagsins, fer með ákvörðunarvald eða fer með yferráð í formi óbeins eignarhalds. Einnig teljist stjórnunarleg yferráð vera til staðar hvort heldur ráðandi staða byggist á einstaklingsbundnum yferráðum, nánnum fjölskylduböndum eða í krafti annarra dreifðra yferráða tengdum sameiginlegum hagsmunum um tiltekið eignarfyrirkomulag í CFC-félaginu. Réttur til hlutdeildar við úthlutun fjármuna frá CFC-félagi, svo sem við arðsúthlutun eða slit, getur jafnframt gefið til kynna að aðili fari með stjórnunarleg yferráð, en í ákvæðinu er gert ráð fyrir að þótt ekki sé sýnt fram á að skilyrði um formlegt eignarhald eða stjórnunarleg yferráð séu til staðar sé skattskylda eigi

¹¹⁸ sama heimild.

að síður fyrir hendi standi samanlagður réttur skattaðila til meira en helmings hlutdeildar við úthlutun fjármuna úr félaginu eða eigna þess. Með þessu sé verið að horfa til raunverulegra áhrifa sem viðkomandi skattaðili hefur yfir CFC-félagi án þess að formlegt eignarhald hans eða yferráð gefi slíkt til kynna. Í greinargerð er enn fremur tekið fram að meginreglan yrði sem fyrr, að skattlagningin væri í samræmi við formlegt eignarhald skattaðila, en með því að fara þessa leið væri hægt að hindra að skattaðili gæti komist hjá löggjöfinni með duldu eða dreifðu eignarhaldi. Í þeim kringumstæðum verði að leggja heildstætt mat á öllum aðstæðum við ákvörðun á því hvert sé raunverulegt eignarhald skattaðila.¹¹⁹

Er með frumvarpinu lagt til að beitt sé samsett nálgun þeirra aðferða sem mælt er með í BEPS, þ.e. að miðað sé við lagaleg og fjárhagsleg yferráð, með heimild til að líta til raunverulegra yferráða (e. *de facto control*) í vissum tilvikum. Í BEPS leiðbeiningunum er greint frá þremur aðferðum til að meta hvort sameiginleg yferráð séu til staðar, þ.e. hvort aðilar taki samræmdar ákvarðanir, hvort aðilar séu tengdir eða að horft sé til dreifingar á eignarhaldi. Í leiðbeiningunum er þó hvergi talað um að sameina þessar aðferðir, en sérstaklega er tekið fram að sú síðastnefnda, þ.e. að horft sé til dreifingar á eignarhaldi, geti leitt til skattlagningar eignaraðila án þess að hann hafi nokkur áhrif eða yferráð í félaginu og er því ekki mælt með að þessi aðferð sé notuð.

Samhljóða leiðbeiningum BEPS er með 3. mgr. 57. gr. a. er með frumvarpinu lagt til að til skattlagningar komi hafi eitthvert efnisatriði þeirrar málsgreinar verið til staðar á einhverjum tímapunkti innan tekjuársins, þannig að ekki er unnt að komast undan skattlagningu með því að eignarhald eða yferráð séu rofin t.a.m. fyrir áramót. Það liggur þó í augum uppi að slíkt ákvæði myndi auka verulega á lagalega óvissu, einkum varðandi hvernig skattskyldar tekjur skuli ákvarðaðar þegar eignarhald varir aðeins hluta úr ári.

Í 4. mgr. 57. gr. a. má finna reglu um ársreikningsskil skattaðila vegna eignar í CFC-félagi, en samkvæmt athugasemdum við ákvæðið í greinargerð skal miðað við að raunverulegt eignarhald skattaðila sé lagt til grundvallar við ákvörðun um hlutdeild í skattskyldum tekjum CFC-félagsins. Er þar vísað í 6. mgr. þar sem segir að horfa skuli til raunverulegs eignarhalds við skattlagningu sé það annað en formlegt eignarhald segir til um og að fram skuli fara heildstætt mat þar sem m.a. sé horft til formlegs beins eða óbeins eignarhalds, atkvæðisréttar, annarra áhrifa á stjórnun félags og réttar til hlutdeildar við úthlutun fjármuna, eigna og annarra fjárhagslegra réttinda úr félaginu. Þessi nálgun sé ólík þeirri nógildandi þar sem skattlagning miðast nú aðeins við formlegt eignarhald. Enn fremur má í athugasemdum við frumvarpið finna

¹¹⁹ sama heimild.

almenna umfjöllun um raunverulegan eiganda, en ekki er auðskilið hvað ætlast er fyrir með þessari umfjöllun í greinargerð enda er ákvæðinu ætlað að ná yfir raunveruleg yferráð skattaðila en ekki eignarhald og ætti hún í raun betur heima í athugasemdum við 2. mgr. þar sem kveðið er á um „raunverulegt eignarhald“.

Ákvæði 5. mgr. fjallar um skattalega meðferð tekna CFC-félags, en þar kemur fram að í samræmi við hlutfall raunverulegs eignarhalds skattaðila í viðkomandi CFC-félagi skuli færa hjá honum hlutfall tekna og kostnaðar félagsins samkvæmt ársreikningi. Í athugasemdum við ákvæðið segir jafnframt að tekjur skattaðila skulu taldar fram sem atvinnurekstrartekjur, sbr. B-lið 7. gr. tsl. og ákvarðast skattaleg réttindi og skyldur af skattalegri stöðu hvers eiganda. Ef eigandi er einstaklingur, eru tekjur skattlagðar sem atvinnurekstrartekjur og samkvæmt því er rekstrarkostnaður heimilaður til frádráttar, en ef eigandi er lögaðili er skatthlutfall eitt og hið sama óháð tegund tekna, þrátt fyrir að heimilaður sé sérstakur frádráttur, svo sem á móti arði og söluhagnaði hlutabréfa að uppfylltum ákveðnum skilyrðum. Meginmunurinn liggur í því að skatthlutfall einstaklinga og lögaðila er ekki hið sama og ólíkar reglur gilda um frádráttarbæran kostnað.¹²⁰

Samkvæmt 6. mgr. skal við ákvörðun á hlutdeild skattaðila í skattskyldum tekjum, og eftir atvikum samsvarandi tapi á móti tekjum CFC-félags, miða við raunverulegt eignarhald skattaðila í félaginu. Við mat á því skal m.a. horft til beins og/eða óbeins eignarhalds, atkvæðisréttar eða annarra stjórnunarlega áhrifa í félaginu, réttar til hlutdeildar við úthlutun fjármuna eða eigna frá CFC-félaginu sem og annarra fjárhagslegra réttinda. Þessi ákvörðun virðist því bundin við fyrri ákvörðun um eignarhald og yferráð. Í athugasemdum við ákvæðið virðist þó einhver villa hafa átt sér stað þar sem þar er fjallað um 3. mgr. en ekki 6. mgr.

Í 7. mgr. 57. gr. a. er síðan fjallað um tengsl aðila, en samkvæmt ákvæðinu eru tengsl óháð heimilisfesti og skráningu aðila og geta því verið innlend og erlend. Er þetta ekki í samræmi við BEPS þar sem skýrt er tekið fram að það myndi auka flækjustigið töluvert sem og hættu á tvísköttun. Í ákvæðinu segir enn fremur að við mat á tengslum, skuli litið til tengsla á grundvelli beins eða óbeins eignarhalds, atkvæðisréttar eða réttar til hlutdeildar við úthlutun fjármuna og eigna, sifjatengsla og hvort aðilar eigi í samstarfi (e. *acting in concern*^[sic]) sem þeir hafa sameiginlega fjárhagslega hagsmuni af.¹²¹ Má ætla að hér verið sé að vísa í leiðbeiningar BEPS varðandi ákvörðun á yferráðum, þar sem fjallað er um aðila „*acting-in-concern*“. Þar er þó aðeins talað um það þegar aðilar taka samræmdar ákvarðanir varðandi

¹²⁰ Alþt. 2018-2019, A-deild, þskj. 593 – 433. mál, athugasemdir við frumvarp.

¹²¹ sama heimild.

rekstur, en hvergi er fjallað um aðila sem standa saman í fjárfestingum. Þó slíkt eigi sjálfsgagt við þegar aðilar eiga báðir hlut í sama lögaðila, er ekki sjálfkrafa hægt að ætla að aðilar teljist taka samræmdar ákvarðanir í þessum skilningi, þó þeir standi saman í fjárfestingum eða eigi í öðru nánu samstarfi sem þeir hafa sameiginlega fjárhagslega hagsmuni af. Eins og fram kom í umsögn KPMG við frumvarpið, gæti svo víðtæk skilgreining á tengdum aðilum leitt til þess að alþjóðlegar fyrirtækjasamstæður í eðlilegum viðskiptarekstri falli ranglega undir ákvæðið og myndi jafnframt skerða samkeppnishæfi þeirra.¹²²

Í 8. mgr. 57. gr. a. má finna skilgreiningu á CFC-tekjum og undanþágu vegna raunverulegrar atvinnustarfsemi, en þar segir m.a. að tekjur sem stafa af raunverulegri atvinnustarfsemi CFC-félags teljist ekki til skattskyldra tekna skv. 2. mgr. enda sé sýnt fram á slíkt á óbyggjandi hátt. Í þeim tilvikum þarf skattaðili því að leggja fram fyrir skattyfirvöldum fullnægjandi sönnunargögn og upplýsingar um að tekjurnar stafi af raunverulegri atvinnustarfsemi. Í a.-e. liðum eru sérstaklega taldar upp ákveðnar eignir og tekjur sem einkennast af því að vera auðfluttar yfir landamæri, en umræddar tekjur CFC-félags eru ávallt skattskyldar skv. 2. mgr. ákvæðisins, sbr. þó 9. mgr. frumvarpsins. Í almennum athugasemdum með ákvæðinu kemur þó fram að ekki sé um tæmandi talningu að ræða, enda sé tekjuhugtakið almennt skilgreint mjög rúmt. Vert er að nefna að BEPS er ekki með sérstök tilmæli varðandi að sumar tekjur ættu ávallt að vera skattskyldar, en nefnir þó þessa leið sem ýrtruðu aðferð til skilgreiningar á CFC-tekjum. Einnig leggur ATAD til að fjármagnstekjur séu ekki skattskyldar ef félagið getur sýnt fram á að þær stafi af raunverulegri atvinnustarfsemi (e. *substantive economic activity*), en þá eru allar tekjur þess undanþegnar. Samkvæmt frumvarpinu væru þær tekjur sem taldar eru upp í a.-e. lið þó alltaf skattskyldar, og skiptir þar engu hvort félagið sýni fram á að um raunverulega atvinnustarfsemi sé að ræða. Ákvæðið er því afar víðtækt og íþyngjandi og gengur í raun mikið lengur en bæði BEPS og ATAD leggja til.

Ákvæði 9. mgr. kveður á um undanþágu félaga innan EES-svæðisins vegna raunverulegrar atvinnustarfsemi, en samkvæmt því á ákvæði 2. mgr. ekki við ef starfsemi CFC-félagsins telst til raunverulegrar atvinnustarfsemi og tekjur skv. a.-e. liðum 8. mgr. nema ekki meira en þriðjung af heildartekjum félagsins. Ef tekjur félags skv. a.-e. liðum nema meira en þriðjung af heildartekjum félagsins, er því gengið sjálfkrafa út frá því að skilyrðið um raunverulega atvinnustarfsemi sé ekki uppfyllt.

Í 10. mgr. má finna reglu um meðferð taps CFC-félags. Yfirfæranlegt tap CFC-félags, sem stafar frá öflun CFC-tekna, er einungis heimilt að færa til frádráttar þeim hagnaði CFC-

¹²² Alþt. 2018-2019, A-deild, 433. mál, umsögn KPMG ehf. við frumvarpið, erindi nr. Þ 149/2519

félagsins sem síðar kemur til skattlagningar hjá eigendum félagsins. Ekki er því heimilt að færa tapið á móti öðrum tekjum skattaðila.

Að lokum má í 11. og 12. mgr. 57. gr. a. finna reglur sem hafa það að markmiði að koma í veg fyrir tvísköttun. Hafi CFC-félag úthlutað fjármunum til skattaðila skal úthlutunin því ekki talin til skattskyldra tekna hjá honum nema að því marki sem hún er hærri en þær tekjur félagsins sem skattlagðar hafa verið á grundvelli ákvæðisins. Við skattákvörðun er einnig heimilt að færa sannanlega greiddan skatt erlendis of sömu tekjum CFC-félags og koma til skattlagningar hér á landi til frádráttar á móti sams konar skatti skattaðila hérlendis á sama tímabili.

12.2. Brot á EES-samningnum?

Eins og kom fram í upphafi ritgerðarinnar, hefur Evrópudómstóllinn margsinnis komist að þeirri niðurstöðu að skattalöggjöf aðildarríkja sem felur í sér mismunun eða takmörkun á fjórfrelsinu sé aðeins réttlæt看leg á grundvelli tiltekinna sjónarmiða og sé meðalhófs gætt, en í því felst að reglurnar megi aðeins beinast að algerum sýndargerningum sem endurspegla ekki viðskiptalegan veruleika (e. *wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality*). Af dómaframkvæmd má einnig sjá að slíkar reglur mega ekki ganga sjálfkrafa út frá því að um skattasniðgöngu sé að ræða (e. *presumption of tax evasion*), en það virðist einmitt vera tilfellið með 9. mgr. frumvarpsins. Í greinargerð með frumvarpinu segir hreint út að skilyrðið um raunverulega atvinnustarfsemi sé bundið því að minna en þriðjungur tekna félagsins falli undir a.-e. lið 8 mgr. Annars verði gengið út frá því að félagið hafi ekki undir höndum raunverulega atvinnustarfsemi. Liggur í augum uppi að ákvæðið eins og það stendur í frumvarpinu myndi fela í sér brot á EES-samningnum, en dómaframkvæmd er skýr varðandi þá staðreynd að CFC-reglur megi ekki undir neinum kringumstæðum taka til lögaðila innan EES sem hafa sannanlega með höndum raunverulega atvinnustarfsemi. Sjónarmið þetta kom einkum fram í umsögn KPMG ehf. við frumvarpið, þar sem því var ítrekað haldið fram að um væri að ræða skýrt brot á EES-skuldbindingum.¹²³ Þess má geta að þrátt fyrir þennan veigamikla annmarka á frumvarpinu, lagði Fjármála- og efnahagsráðuneytið frumvarpið fram að nýju nú í lok október síðastliðinn, ennþá haldið öllum sömu annmörkum og fyrr. Hvað varð til þess að frumvarpið var lagt fram óbreytt er óljóst, sérstaklega í ljósi þess að í samantekt sinni við umsagnir við fyrra frumvarpið tók ráðuneytið undir fjölda framkomna ábendinga,

¹²³ Alþt. 2018-2019, A-deild, 433. mál, umsögn KPMG ehf. við frumvarpið, erindi nr. Þ 149/2519

þ.m.t. vegna EES-undanþágunnar, og lagði til ýmsar breytingar. Verður því áhugavert að fylgjast með framgangi mála á komandi misserum.

13. Niðurstaða

Aukið frjálsræði í flutningi fjármagns á milli landa hefur orðið til þess að skattundanskot alþjóðlegra fyrirtækja hafa farið ört vaxandi um árabil, en ljóst er að skattalegar ráðstafanir sem hafa þann eina tilgang að komast undan eðlilegri skattlagningu grefur undan innlendum skattstofni. CFC-löggjöf, ef rétt er staðið að henni, getur verið afar áhrifarík í þeim tilgangi að draga úr slíkum ráðstöfunum.

Fyrsta CFC-löggjöfin hér á landi tók gildi í byrjun árs 2010 með lögfestingu 57. gr. a. tsl., en meginatriði ákvæðisins voru þau að ef íslenskur skattaðili átti eða hafði umráð yfir félagi sem staðsett var á lágskattasvæði var við skattlagningu litið svo á að tekjur þess félags væru í reynd tekjur hins íslenska skattaðila og þær skattlagðar með öðrum tekjum hans. Einnig var í ákvæðinu kveðið á um frávik sem sneru að félögum í virkum atvinnurekstri á EES-svæðinu. Ákvæðið hefur í raun lítið breyst frá lögfestingu þess, en á árinu 2010 barst ESA kæra vegna löggjafarinnar og lýsti stofnunin í kjölfarið þeirri skoðun sinni að í ljósi dómaframkvæmdar Evrópudómstólsins teldi hún ákvæðið andstætt staðfesturétti 31. gr. EES-samningsins. Í ákvæðinu mætti hvergi finna skilgreiningu á hugtakinu „*raunveruleg atvinnustarfsemi*“ og skilgreining þess í greinargerð með frumvarpi fæli í sér takmörkun á stofnsetningarréttinum, þar sem fjárfestingarstarfsemi (e. *Passive Income*) ætti einnig að falla þar undir.

Með tilkomu BEPS-aðgerðaráætlunar OECD var markmiðið að koma í veg fyrir að skattaðilar gætu nýtt sér misræmi í skattalöggjöf ríkja til að koma skattstofnum undan skattlagningu í heimaríki sínu og takmarka þannig áhrif skaðlegrar skattaskipulagningar. Styrking reglna um skattlagningu CFC-félaga var meðal áhersluatriða sem fram komu í aðgerðaráætluninni, en í skýrslu aðgerðar 3 mátti finna leiðbeiningar og tilmæli OECD að mótun skilvirkra CFC-reglna. Í kjölfarið skipaði Fjármála- og efnahagsráðuneytið starfshóp sem vinnur nú að endurskoðun reglnanna. Í lok árs 2018 lagði ráðuneytið fram frumvarp til laga um breytingu á ýmsum lögum vegna skattlagningar tekna erlendra lögaðila í lágskattaríkjum, samsköttunar félaga, takmörkunar á frádrætti vaxtagjalda og skattlagningar útsendra starfsmanna (samsköttun, CFC-félög o.fl.) Í frumvarpinu mátti finna tillögur að breytingum á núgildandi CFC-ákvæði 57. gr. a. tsl. Frumvarpið var lagt fram óbreytt í lok október 2019.

Í skýrslu BEPS aðgerðar 3 eru settar fram tillögur í formi svonefndra „byggingareininga“. Ráðleggingarnar eru ekki lágmarkskröfur, en gerðar til að tryggja að ríki sem kjósa að hrinda þeim í framkvæmd geti innleitt reglur sem koma raunverulega í veg fyrir tilfærslu hagnaðar í erlend dótturfélög. Í skýrslunni eru settar fram eftirfarandi sex byggingareiningar við mótun skilvirkra CFC-reglna. Með hliðsjón af þeim leiðbeiningum og tilmælum, ásamt ATAD-tilskipuninni og dómaframkvæmd Evrópudómstólsins verður því hér að lokum vikið að þeim breytingum á CFC-ákvæðinu sem með frumvarpinu hafa verið lagðar til, sem mætti allra helst ráða bót á og af öllu framangreindu dregnar ályktanir um hvernig best væri að haga ákvæðinu.

13.1. Tillögur höfundar að breytingum

Í fyrsta lagi þarf að skilgreina hugtakið CFC-félag, en CFC-reglur eiga almennt við um innlend félög sem eiga ráðandi eignarhlut í félagi sem staðsett er í ríki þar sem skattlagning fyrirtækja er verulega lægri en í heimaríki. Í skýrslunni má finna tillögur um hvernig eigi að ákvarða hvenær hluthafar hafi nægjanleg áhrif á erlent félag til að það teljist CFC-félag, en einnig ráðleggingar um hvernig ætti að fara með tekjur annarra sjóða og fastra starfstöðva samkvæmt CFC-reglum.

Í 1. mgr. 2. gr. breytingarfrumvarpsins segir orðrétt:

„CFC-félag er hvers konar lögaðili, svo sem félag, sjóður stofnun eða föst starfsstöð, sem er heimilisfastur eða skráður í erlendu ríki eða svæði innan ríkis þar sem í gildi eru ívilnandi skattareglur þannig að raunskattlagning í hinu erlenda ríki er almennt lægri en 2/3 skattlagningar samkvæmt íslenskum reglum.“

Þessi skilgreining á CFC-félagi er í grófum dráttum í samræmi við tilmæli BEPS, en þar kemur fram að skilgreina ætti hugtakið með svo víðtækum hætti að reglurnar nái einnig til sjóða, stofnana og fastra starfstöðva svo hægt sé að tryggja að félög geti ekki komist undan skattlagningu með því að breyta um félagiform eða starfshætti.

Í 2. mgr. 2. gr. frumvarpsins segir:

„Skattskyldur aðili, skv. 1. og 2. gr., sem á beint eða óbeint hlut í CFC-félagi, sbr. 1. mgr., skal í samræmi við raunverulegt eignarhald sitt í félaginu greiða tekjuskatt af skattskyldum tekjum þess, sbr. 6. mgr., án tillits til úthlutunar, fari hann sjálfur eða hann ásamt innlendum aðilum og/eða aðilum honum tengdum, sbr. 7. mgr., með meira en helming eignarhalds eða stjórnunarleg yfirráð yfir CFC-félaginu. Það á einnig við ef hann sjálfur eða hann sjálfur ásamt innlendum og/eða tengdum aðilum á samtals rétt til meira en helmings hlutdeildar við úthlutun fjármuna og/eða eigna frá CFC-félaginu.“

Við mat á því hvort yferráð séu til staðar, er í skýrslu BEPS aðgerðar 3 mælt með að litið sé til lagalegra og fjárhagslegra yferráða, en með því er átt við raunverulegt eignarhald skattaðila og réttindi hans til hagnaðar eða úthlutunar úr félaginu. Mælt er með að samanlögð yferráð séu a.m.k. 50%, en í leiðbeiningunum er einnig greint frá þremur leiðum til að meta hvort yferráð séu sameiginleg. Í fyrsta lagi hvort aðilar taki samræmdar ákvarðanir, í öðru lagi sé hægt að horfa til þess hvort aðilar séu tengdir og í þriðja lagi mætti líta til dreifingar á eignarhaldi. Sem dæmi um hina síðastnefndu er bandarísk regla þar sem eignarhald allra aðila í CFC-félagi er lagt saman svo framfarlega sem hver aðili eigi a.m.k. 10% hlut í CFC-félaginu. Í útskýringum með aðgerð 3 er þó sérstaklega tekið fram að þessi aðferð kunni að bera með sér ónákvæma greiningu á því hvort skattaðilar fari í raun og veru með sameiginleg yferráð, og gæti leitt til þess að tekjur CFC-félags séu taldar til tekna hjá eignaraðila án þess að hann hafi nokkur áhrif eða yferráð í félaginu. Auk þess felst í orðalaginu „*hann ásamt innlendum aðilum og/eða aðilum honum tengdum*“ að nægilegt sé að samanlögð yferráð einhverra innlendra aðila sé umfram viðmiðunarmörkin, óháð því hvort aðilar séu tengdir. BEPS leggur hvergi til að þessi aðferð sé notuð og er hana ekki heldur að finna í ATAD. Réttast væri að miða við tengda aðila eða aðila sem taka samræmdar ákvarðanir. Samkvæmt framangreindu mætti ákvæðið að mati höfundar hljóða með eftirfarandi hætti:

„Skattskyldur aðili, skv. 1. og 2. gr., sem á beint eða óbeint hlut í CFC-félagi, sbr. 1. mgr., skal í samræmi við raunverulegt eignarhald sitt í félaginu greiða tekjuskatt af skattskyldum tekjum þess, sbr. 6. mgr., án tillits til úthlutunar, fari hann sjálfur eða hann ásamt innlendum aðilum honum tengdum, sbr. 7. mgr., með stjórnunarleg yferráð yfir CFC-félaginu. Stjórnunarleg yferráð teljast til staðar fari skattaðili eða hann ásamt innlendum aðilum honum tengdum með meira en helming beins eða óbeins eignarhalds, atkvæðisrétt eða eiga samtals rétt til meira en helmings hlutdeildar við úthlutun fjármuna og/eða eigna frá CFC-félaginu.“

Í 3. mgr. 2. gr. frumvarpsins segir:

„Ákvæði 2. mgr. á við hafi eitt eða fleiri skilyrði hennar verið uppfyllt á einhverjum tímavarki innan tekjuársins og skal við skattlagningu tekið mið af tímabili eignarhalds, eignarhlutfalls og stjórnunarlegra yferráða.“

Í útskýringum BEPS aðgerðar 3 kemur fram að ríki geti kosið að hafa sérstakt ákvæði til að koma í veg fyrir sniðgöngu þannig að það nægi að fara yfir viðmiðið einhvern tímann innan tekjuársins, en slíkt ákvæði er þó ekki hluti af tilmælum BEPS og er heldur ekki til að dreifa í ATAD. Ákvæðið gæti vakið upp álitaeftir um framkvæmd þess, sér í lagi hvernig tekjur skuli ákvarðaðar þegar eignarhald varir aðeins hluta úr ári. Ef áhyggjuefnið er að losað sé um eignarhald þannig að farið sé undir viðmiðunarmörkin í lok árs, væri mögulega hægt að fara svipaða leið og gert er í norsku NOKUS-reglunum með eftirfarandi orðalagi, enda þarf skattaðili, sem losar tímabundið um eignarhald í þeim tilgangi að sneiða hjá reglunum, að sama

skapi að geta endurheimt stöðu sína. Væri því eðlilegast miða þessa ákvörðun við yferráð, eignarhald eða réttar til úthlutunar hjá innlendum aðilum honum tengdum:

„Ákvæði 2. mgr. á við hafi eitt eða fleiri skilyrði hennar verið uppfyllt við upphaf og lok tekjuárs. Ákvæði 2. mgr. á einnig við ef yferráð teljast skv. 2. mgr. yfir 60%, í höndum innlends aðila honum tengdum, sbr. 7. mgr. í lok tekjuárs. Ákvæði 2. mgr. á ekki við ef yferráð eru skv. 2. mgr. undir 40% í höndum innlends aðila honum tengdum, sbr. 7. mgr. í lok tekjuárs.“

Ákvæði 6. mgr. 2. mgr. segir orðrétt:

„Við ákvörðun á hlutdeild skattaðila í skattskyldum tekjum, og eftir atvikum samsvarandi tapi á móti tekjum CFC-félags, skal miða við raunverulegt eignarhald skattaðila í félaginu. Við mat á raunverulegu eignarhaldi skal m.a. horft til beins og/eða óbeins eignarhalds, atkvæðisréttar eða annarra áhrifa á stjórnun félagsins, réttar til hlutdeildar við úthlutun fjármuna eða eigna frá CFC-félaginu sem og annarra fjárhagslegra réttinda. Ef skattaðili heldur því fram að formlegt eignarhald gefi ekki rétta mynd af raunverulegu eignarhaldi ber honum að sýna fram á slíkt svo óyggjandi sé.“

Ákvörðun um hlutdeild í tekjum CFC-félags er hér bundin við fyrri ákvörðun um stjórnunarleg yferráð í 2. mgr., en fyrir skýrleika mætti orða það með eftirfarandi hætti:

„Við ákvörðun á hlutdeild skattaðila í skattskyldum tekjum, og eftir atvikum samsvarandi tapi á móti tekjum CFC-félags, skal miða við ákvörðun á yferráðum skv. 2. mgr. Ef skattaðili heldur því fram að formlegt eignarhald gefi ekki rétta mynd af raunverulegu eignarhaldi ber honum að sýna fram á að svo sé.“

Í ákvæði 7. mgr. 2. gr. breytingarfrumvarpsins segir:

„Með tengdum aðilum skv. 2. mgr. er átt við eftirfarandi:

1. Aðila þar sem annar aðilinn fer beint og/eða óbeint með a.m.k. fjórðung eignarhalds eða atkvæðisréttar í hinum aðilanum eða hefur tilkall til a.m.k. fjórðungs fjármuna og/eða eigna hins aðilans.
2. Einstaklinga sem tengjast sifjaréttarlegum böndum, svo sem þá sem eru í hjúskap, staðfestri samvist eða óvígðri sambúð, systkini og einstaklinga sem eru skyldir í beinan legg.
3. Aðila sem standa saman í fjárfestingum eða eiga í öðru nánu samstarfi sem þeir hafa sameiginlega fjárhagslega hagsmuni af.
4. Lögaðila sem eru beint og/eða óbeint í meirihlutaeigu eða undir stjórnunarlegum yferráðum tengdra aðila skv. 1., 2. eða 3. tölul.“

Með ákvæðinu er gert ráð fyrir að aðilar sem standa saman í fjárfestingum eða eiga í öðru nánu samstarfi sem þeir hafa sameiginlega fjárhagslega hagsmuni af, taki samræmdar ákvarðanir varðandi rekstur. Með vísan í umfjöllun í kaflanum hér á undan væri eðlilegast að fella 3. málsl. á brott. Í 8. mgr. 2. gr. frumvarpsins segir:

„Tekjur sem stafa af raunverulegri atvinnustarfsemi CFC-félags teljast ekki til skattskyldra tekna skv. 2. mgr., enda sýni skattaðili fram á svo óyggjandi sé að um raunverulega atvinnustarfsemi sé að ræða. Eftirfarandi tekjur CFC-félags eru þó alltaf skattskyldar að frádrögnum beinum kostnaði við öflun þeirra:

- a. vextir og aðrar tekjur af fjáreignum;
- b. þóknanir og aðrar tekjur af hugverkaréttindum;
- c. arður og söluhagnaður hlutabréfa;
- d. tekjur af trygginga- og bankastarfsemi og annarri fjármálastarfsemi;
- e. tekjur vegna viðskipta þegar CFC-félagið leggur lítið eða ekkert af mörkum til að auka verðmæti hins selda eða leigða; og/eða“

Ákvæðið virðist eiga rætur að rekja til ATAD, aðferðar A, þar sem skattlagning er miðuð við tiltekna flokka tekna (e. *Passive Income*). Reglunni virðist þó hafa verið snúið við þar sem þær tekjur sem tilgreindar eru í a.-e. lið eru ávallt háðar skattlagningu, þrátt fyrir að félag geti sýnt fram á að þar fari fram raunveruleg atvinnustarfsemi. Í ATAD segir hins vegar að reglan ætti að fela í sér að þessir nánar tilgreindu flokkar tekna, teljist til CFC-tekna nema félagið geti sýnt fram á að það hafi undir höndum raunverulega atvinnustarfsemi. Að auki er ákvæðið takmarkað við aðstæður þar sem félagið leggur lítið eða ekkert af mörkum til að auka verðmæti hins selda eða leigða, en ákvæðið mætti vera víðtækara þannig að það næði einnig yfir þær aðstæður þar sem verðmætasköpun er önnur en vegna sölu eða leigu.

Mætti ákvæðið að mati höfundar frekar hljóða svo:

„Eftirfarandi tekjur CFC-félags, skv. 1. mgr. eru einnig skattskyldar að frádregnum beinum kostnaði við öflun þeirra:

- a. vextir og aðrar tekjur af fjáreignum;*
- b. þóknanir og aðrar tekjur af hugverkaréttindum;*
- c. arður og söluhagnaður hlutabréfa;*
- d. tekjur af trygginga- og bankastarfsemi og annarri fjármálastarfsemi;*
- e. tekjur vegna viðskipta þegar CFC-félagið leggur lítið eða ekkert af mörkum til verðmætasköpunar;*

Ákvæði 8. mgr. á ekki við geti skattaðili sýnt fram á svo óyggjandi sé að um raunverulega atvinnustarfsemi sé að ræða.“

Í ákvæði 9. mgr. 2. gr. segir orðrétt:

„Sé CFC-félag heimilisfast eða skráð í ríki innan aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum á 2. mgr. ekki við ef starfsemi CFC-félagsins telst til raunverulegrar atvinnustarfsemi og skattskyldar tekjur skv. a.-e.-liðum 8. mgr. nema minna en þriðjungur af heildartekjum félagsins.“

Eins og kom fram í kafla 12.2.1. er ljóst að ákvæðið ber með sér brot á EES-samningnum og er því rík þörf á breytingum. Með vísan í framangreinda umfjöllun um kröfur EES-réttarins til CFC-reglna, mætti haga orðalagi ákvæðisins með eftirfarandi hætti. Felur tillaga þessi í raun í sér óverulegar breytingar á núgildandi ákvæði, en með 6. gr. reglugerðar nr. 1102/2013 um skattlagningu vegna eignarhalds í lögaðilum á lágskattasvæðum er tryggt að ákvæðið nái eingöngu til sýndargerninga og skilyrðið um meðalhóf því fullnægt:

„Ákvæði 2. mgr. á ekki við ef CFC-félag er heimilisfast eða skráð í ríki innan aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum og hefur þar með höndum raunverulega atvinnustarfsemi, og íslensk skattfjörvöld geta á grundvelli tvísköttunarsamnings eða annars alþjóðasamnings krafist allra nauðsynlegra upplýsinga. Þar sem ekki er fyrir hendi samningur hvílir upplýsingaskyldan á skattaðilanum.“

13.2. Lokaorð

Óþarflega íþyngjandi og óskilvirkar CFC-reglur geta haft í för með sér umfangsmikla skerðingu á samkeppnishæfi alþjóðlegra fyrirtækja. Er CFC-reglum fyrst og fremst ætlað að vernda skattstofn heimaríkis og því ætlað að hafa varnaðaráhrif fremur en að mynda tekjur fyrir ríkissjóð. Í BEPS aðgerðaráætlun OECD kemur enn fremur fram hversu mikilvægt sé að finna jafnvægi milli skilvirkra CFC-reglna og þeirrar skerðingu á samkeppnishæfi sem slík skattlagning getur haft í för með sér. Eigi að tryggja samkeppnishæfi íslenskra fyrirtækja og starfsemi þeirra hér á landi er því afar mikilvægt að Alþingi hugi vel að lagasetningu slíkra reglna.

Viðauki 1 – Tillaga að ákvæði

Skattlagning tekna erlendra lögaðila í lágs kattaríkjum.

CFC-félag er hvers konar lögaðili, svo sem félag, sjóður, stofnun eða föst starfsstöð, sem er heimilisfastur eða skráður í ríki eða svæði innan ríkis þar sem raunskattlagning er lægri en $\frac{2}{3}$ skattlagningar samkvæmt íslenskum reglum.

Skattskyldur aðili, skv. 1. og 2. gr., sem á beint eða óbeint hlut í CFC-félagi, sbr. 1. mgr., skal í samræmi við raunverulegt eignarhald sitt í félaginu greiða tekjuskatt af skattskyldum tekjum þess, sbr. 6. mgr., án tillits til úthlutunar, fari hann sjálfur eða hann ásamt innlendum aðilum honum tengdum, sbr. 7. mgr., með stjórnunarleg yferráð yfir CFC-félaginu. Stjórnunarleg yferráð teljast til staðar fari skattaðili eða hann ásamt innlendum aðilum honum tengdum með meira en helming beins eða óbeins eignarhalds, atkvæðisrétt eða eiga samtals rétt til meira en helmings hlutdeildar við úthlutun fjármuna og/eða eigna frá CFC-félaginu.

Ákvæði 2. mgr. á við hafi eitt eða fleiri skilyrði hennar verið uppfyllt við upphaf og lok tekjuárs. Ákvæði 2. mgr. á einnig við ef yferráð teljast skv. 2. mgr. yfir 60%, í höndum innlends aðila honum tengdum, sbr. 7. mgr. í lok tekjuárs. Ákvæði 2. mgr. á ekki við ef yferráð eru skv. 2. mgr. undir 40%, í höndum innlends aðila honum tengdum, sbr. 7. mgr. í lok tekjuárs.

Til grundvallar mati á því hvort skilyrði 2. mgr. séu uppfyllt skal skattaðili árlega skila upplýsingum, þ.m.t. ársreikningum, um CFC-félag á því formi sem ríkisskattstjóri ákveður. Upplýsingar skulu veittar óháð rekstrarniðurstöðu CFC-félags.

Tekju- og kostnaðarliðir samkvæmt ársreikningi skulu ákvarðaðir og eftir atvikum leiðréttir í samræmi við íslenskar reglur um ársreikninga, eftir því sem við á. Ársreikningur skal unninn í gjaldmiðli skráningarlands eða aðalstarfrækslugjaldmiðli CFC-félags. Liggi ekki fyrir ársreikningur CFC-félags skal hann útbúinn í samræmi við framangreint. Umreikningur erlends gjaldmiðils yfir í íslenskar krónur fer eftir ákvæði 2. mgr. 91. gr. Skattalegar ráðstafanir ráðast af skattalegri stöðu skattaðila og eru tekjurnar skattskyldar sem tekjur af atvinnurekstri eða sjálfstæðri starfsemi skv. B-lið 7. gr. óháð tegund tekna.

Við ákvörðun á hlutdeild skattaðila í skattskyldum tekjum, og eftir atvikum samsvarandi tapi á móti tekjum CFC-félags, skal miða við ákvörðun á yferráðum skv. 2. mgr. Ef skattaðili heldur því fram að formlegt eignarhald gefi ekki rétta mynd af raunverulegu eignarhaldi ber honum að sýna fram á að svo sé.

Með tengdum aðilum skv. 2. mgr. er átt við eftirfarandi:

1. Aðila þar sem annar aðilinn fer beint og/eða óbeint með a.m.k. fjórðung eignarhalds eða atkvæðisréttar í hinum aðilanum eða hefur tilkall til a.m.k. fjórðungs fjármuna og/eða eigna hins aðilans.
2. Einstaklinga sem tengjast sífjaréttarlegum böndum, svo sem þá sem eru í hjúskap, staðfestri samvist eða óvígðri sambúð, systkini og einstaklinga sem eru skyldir í beinan legg.
3. Lögaðila sem eru beint og/eða óbeint í meirihlutaeigu eða undir stjórnunarlegum yferráðum tengdra aðila skv. 1. eða 2. tölul.

Eftirfarandi tekjur CFC-félags, skv. 1. mgr. eru einnig skattskyldar að frádregnum beinum kostnaði við öflun þeirra:

- a. vextir og aðrar tekjur af fjáreignum;
- b. þóknanir og aðrar tekjur af hugverkaréttindum;
- c. arður og söluhagnaður hlutabréfa;
- d. tekjur af trygginga- og bankastarfsemi og annarri fjármálastarfsemi;
- e. tekjur vegna viðskipta þegar CFC-félagið leggur lítið eða ekkert af mörkum til verðmætasköpunar;

Ákvæði 8. mgr. á ekki við geti skattaðili fram á svo óyggjandi sé að um raunverulega atvinnustarfsemi sé að ræða.

Ákvæði 2. mgr. á ekki við ef CFC-félag er heimilisfast eða skráð í ríki innan aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum og hefur þar með höndum raunverulega atvinnustarfsemi, og íslensk skattfyrvöld geta á grundvelli tvísköttunarsamnings eða

annars alþjóðasamnings krafist allra nauðsynlegra upplýsinga. Þar sem ekki er fyrir hendi samningur hvílir upplýsingaskyldan á skattaðilanum.

Hlutdeild skattaðila í sannanlegu tapi CFC-félags er einungis heimilt að færa til frádráttar skv. 8. tölul. 31. gr. á móti hlutdeild hans í síðar reiknuðum hagnaði sama CFC-félags. Tap verður að hafa myndast við öflun skattskyldra tekna samkvæmt ákvæði þessu. Ekki er heimilt að nýta tap sem myndaðist fyrir rekstrarárið 2010 og tap yfirfærast að hámarki í tíu ár frá því ári þegar það myndaðist. Hverjum skattaðila er eingöngu heimilt að færa til frádráttar hlutdeild sína í tapi sem myndaðist á eignarhaldstíma hans í CFC-félaginu.

Hafi CFC-félag úthlutað fjármunum til skattaðila skal úthlutunin ekki talin til skattskyldra tekna hjá honum nema að því marki sem hún er hærri en þær tekjur félagsins sem skattlagðar hafa verið á grundvelli ákvæðis þessa.

Skattaðila er heimilt að draga frá skatti sannanlega greiddan sams konar skatt erlendis af sömu tekjum félagsins fyrir sama tímabil. Frádráttur þessi getur aldrei orðið hærri en sem nemur þeim skatti sem lagður er á tekjurnar hér á landi.

Ráðherra setur reglugerð um nánari framkvæmd þessarar greinar.

Heimildaskrá

Ágúst Karl Guðmundsson, „Milliverðlagning (Transfer Pricing)“ (2006) 59. árgangur Úlfljótur, tímarit laganema

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

Ásmundur G Vilhjálmsson, *EES-samningurinn og íslenskur skattaréttur* (SkattVís 2014)

Bizioli G, „Taking EU Fundamental Freedoms Seriously: Does the Anti-Tax Avoidance Directive Take Precedence over the Single Market?“ [2017] EC Tax Review

Fjármála- og efnahagsráðuneytið, „Upplýsingaskiptasamningar“ (Stjórnarráð Íslands) <www.stjornarradid.is/verkefni/efnahagsmal-og-opinber-fjarmal/tekjur-rikissjods/althjodlegir-skattasamningar/upplýsingaskiptasamningar/> skoðað 6. september 2019

Ginevra G, „The EU Anti-Tax Avoidance Directive and the Base Erosion and Profit Shifting (BEPS) Action Plan: Necessity and Adequacy of the Measures at EU level“ (2017) 45 (2) Intertax

Ingibjörg Þorsteinsdóttir, „Skattaréttur og EES-samningurinn“ [2007] Bifröst Journal of Social Science

Kristján Gunnar Valdimarsson, „Skattasniðganga“ (1999) 49. árgangur Tímarit lögfræðinga

Kristján Gunnar Valdimarsson, „Hugtakið raunverulegur eigandi í alþjóðlegum skattarétti“ (2016) 69. árgangur Úlfljótur, tímarit laganema

Margrét Einarsdóttir, „Forgangsrif EES-réttar í íslenskum rétti“ [2014] (1. tbl.) Tímarit Lögréttu

Margrét Einarsdóttir og Stefán Már Stefánsson, „Um valdmörk og valdheimildir stofnana Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins“ (2018) 68. árgangur Tímarit lögfræðinga

OECD (ritstj.), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*. (OECD Publishing 2013)

OECD (ritstj.), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. (OECD Publishing 2015)

OECD (ritstj.), *Harmful Tax Practices- 2018 Progress Report on Preferential Regimes: Inclusive Framework on BEPS: Action 5*. (OECD Publishing 2018)

Páll Hreinsson, „Samræmd EES-túlkun“ (2014) 64. árgangur Tímarit lögfræðinga

Páll Jóhannesson, „Hugtakið „föst atvinnustöð“ samkvæmt alþjóðlegum skattarétti“ (2002) 55. árgangur Úlfljótur, tímarit laganema

Ragnheiður Snorradóttir og Stefán Már Stefánsson, *Tvísköttunarsamningar og evrópskar skattareglur* (Bókaútgáfan Codex 2011)

Schönfeld J, „CFC Rules and Anti-Tax Avoidance Directive“ [2017] EC Tax Review 150

Stefán Már Stefánsson, *Evrópusambandið og Evrópska efnahagssvæðið* (Bókaútgáfa Orators 2000)

Vogel K, *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions* (4. útg., Wolters Kluwer 2015)