

## FORMÁLI

Ritgerð þessi er lokaverkefni mitt við lagadeild Háskóla Íslands. Á árinu 2010 sat ég námskeið í almennum og alþjóðlegum skattarétti. Á þeim námskeiðum vaknaði áhugi minn á þeim fjölmörgu álitaefnum er tengjast skattarétti. Í kjölfarið ákvað ég að skrifa ritgerð um magra eiginfjármögnun félaga vegna þess að mér þótti áhugavert að engar takmarkanir væru í íslenskum skattalögum á frádráttarbærni vaxtagjalda af þeim lánum sem félög fengu frá tengdum aðilum. Eftir að ég byrjaði að vinna ritgerðina ákvað ég eftir ábendingu frá leiðbeinanda mínum, Braga Gunnarssyni, að víkka út efni ritgerðarinnar og fjalla einnig um öfugan samruna félags sem verður til í kjölfar skuldsettrar yfirtöku og heimild yfirtökufélagsins til að telja til frádráttarbærra vaxtagjalda þá vexti sem það greiðir af láni sem upphaflega var tekið til að kaupa félagið sjálft.

Ég hóf að skrifa þessa ritgerð í september 2010 undir leiðsögn Braga Gunnarssonar og færi ég honum mínar bestu þakkir fyrir gott samstarf, gagnlegar ábendingar og veitta aðstoð við afmörkun ritgerðarefnis. Einnig vil ég færa Sigvalda Friðgeirssyni mínar bestu þakkir fyrir að lesa ritgerðina yfir og koma með gagnlegar ábendingar. Góðum vini mínum, Birgi Jónassyni, vil ég færa mínar bestu þakkir fyrir alla þá aðstoð sem hann hefur veitt mér í gegnum laganámið og þær góðu stundir sem við höfum átt saman í náminu sem og fyrir að lesa ritgerðina yfir og koma með gagnlegar ábendingar. Að lokum vil ég þakka fjölskyldu minni og móður fyrir alla þá þolinmæði og þann stuðning sem þau hafa veitt mér í gegnum námið en öll hafa þau staðið sem klettur mér við hlið.

Hafnarfirði, 5. janúar 2011

Eva Dóra Kolbrúnardóttir

## EFNISYFIRLIT

1 Inngangur .....	4
1.1 Almennt um magra eiginfjármögnun .....	4
1.2 Almennt um skuldsettar yfirtökur.....	5
1.3 Nánar um afmörkun ritgerðarefnis og umfjöllunarefnis.....	8
2 Félagasamstæður .....	11
2.1 Almennt um hugtakið .....	11
2.2 Fjármögnun félaga .....	12
2.3 Mismunandi tegundir lána .....	14
2.3.1 Breytanleg skuldabréf .....	15
2.3.2 Arðgefandi skuldabréf .....	16
2.3.3 Áskriftarréttindi.....	16
2.4 Niðurstöður.....	16
3 Frádráttarbær rekstrarkostnaður .....	19
3.1 Skattlagningarvald ríkisins .....	19
3.2 Skattskylda lögaðila.....	21
3.3 Rekstrarkostnaður lögaðila .....	22
3.4 Vaxtagjöld .....	24
3.5 Skilyrði fyrir frádráttarbærni vaxtagjalda .....	25
3.6 Arðgreiðslur.....	27
3.7 Skilsmunur vaxta- og arðgreiðslna í skattarétti .....	28
3.8 Niðurstöður.....	29
4 Skattlagning vaxta- og arðgreiðslna út úr landinu.....	32
4.1 Almennt .....	32
4.2 Alheims- og upprunalandsskattlagning .....	32
4.3 Tvísköttunarsamningar .....	32
4.4 Vaxtatekjur .....	34
4.5 Arðgreiðslur.....	38
4.6 Niðurstöður.....	39
5 Takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda .....	42
5.1 Almennt .....	42
5.2 Skattskipulagning, skattasniðganga eða skattsvik .....	44
5.3 Lög um skattasniðgöngu.....	45
5.4 Ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl. ....	47
5.4.1 Meginskilyrði fyrir beitingu 1. mgr. 57. gr. tskl. ....	48
5.4.2 Raunveruleikareglan .....	51
5.4.3 Armslengdarreglan og milliverðlagning .....	54
5.4.4 Ákvæði 9. gr. OECD.....	56
5.4.5 Beiting 9. gr. OECD á magra eiginfjármögnun .....	58
5.5 Viðskipti hagsmunatengdra aðila og armslengdarreglan.....	62
5.5.1 Lánaviðskipti innan félagasamstæðu .....	63
5.5.2 Lánveitingar hluthafa til hlutafélags .....	63
5.5.3 Endurgreiðslukjör lána.....	64
5.6 Niðurstöður.....	65
6 Evrópuréttur .....	72
6.1 Áhrif Evrópuréttar á skattarétt .....	72
6.2 Stofnsetningarétturinn .....	74
6.3 Áhrif EFTA- og Evrópuþómstólsins á skattlagningarreglur aðildarríkjanna .....	75
6.3.1 Fokus Bank .....	76

6.3.2 Marks & Spencer .....	77
6.3.3 OY AA .....	78
6.4 Dómar Evrópudómstólsins um magra eiginfjármögnun .....	79
6.4.1 Almenn .....	79
6.4.2 Lankhorst-Hohorst .....	79
6.4.3 Thin Cap Group Litigation.....	81
6.5 Niðurstöður.....	82
7 Reglur um takmarkanir á magurri eiginfjármögnun í öðrum löndum.....	84
7.1 Almenn .....	84
7.2 Bandaríkin .....	85
7.3 Þýskaland.....	86
7.4 Bretland .....	87
7.5 Danmörk .....	88
7.6 Noregur.....	89
7.7 Niðurstöður.....	89
8 Niðurstöður.....	91
HEIMILDASKRÁ .....	94
DÓMASKRÁ .....	97
LAGASKRÁ .....	98

# 1 Inngangur

## 1.1 Almennt um magra eiginfjármögnun

Á Íslandi eru engar skráðar reglur um *magra eiginfjármögnun* og lítið hefur verið ritað eða fjallað um slíkar reglur í íslenskum rétti. Mörg önnur ríki hafa hins vegar sett sér reglur um magra eiginfjármögnun tengdra félaga<sup>1</sup> til þess að koma í veg fyrir undanskot á skattgreiðslum.

Hugtakið mögur eiginfjármögnun<sup>2</sup> er notað yfir það tilvik þegar félag er fjármagnað með óhóflegu fjármagni í formi lána frá móðurfélagi eða öðrum ráðandi aðila, til annars félags innan sömu félagasamstæðu.<sup>3</sup> Mögur eiginfjármögnun er almennt ekki lagalegt hugtak heldur vísar það til þess að óvenjulega hátt skuldahlutfall er á móti eigin fé félags og að lánsféð kemur frá tengdum aðila eða samstæðufélagi sem getur bæði verið með heimilisfesti í sama ríki eða í öðru landi og þá stundum í lágskattaríki.<sup>4</sup> Í skattarétti er hugtakið notað þegar þörf félags fyrir fjármagn er fullnægt með háum lánnum frá móðurfélagi, öðru félagi innan samstæðu eða öðrum tengdum aðila, sem verður til þess að ófrádráttarbærar arðgreiðslur verða að frádráttarbærum vaxtaútgjöldum.<sup>5</sup> Móðurfélag eða hluthafi í félagi fjárfestir stundum í félagi með því að lána því fé, í stað þess að leggja inn í það hlutfé, með þeim afleiðingum að hluthafi verður þá bæði lánardrottinn og hluthafi og fær því bæði arð- og vaxtagreiðslur<sup>6</sup> frá félaginu.<sup>7</sup>

Eitt meginmarkmiðið sem félagasamstæða stefnir að með magri eiginfjármögnun getur verið það að greiða lægri skatta eða koma í veg fyrir greiðslu á sköttum. Félagasamstæður setja þá upp eignarhaldskeðjur þar sem félag innan samstæðunnar er látið lána öðru félagi fé, hagnaðurinn, sem verður til hjá félaginu sem fær lánið, er síðan tekinn út í formi hárra vaxtagreiðslna<sup>8</sup> sem greiddar eru til þess félags er veitti lánið, en vaxtagreiðslurnar eru frádráttarbær rekstrarkostnaður sem verður til þess að tekjuskattsstofn félagsins, sem móttækur lánið, lækkar.<sup>9</sup> Stundum háttar því þannig til að félagið sem fær lánið er með skattskyldu í landi þar sem háir skattar eru, en félagið sem lánar fjármagnið og fær hagnaðinn til sín í formi vaxtagreiðslna er staðsett í lágskattaríki eða á hugsanlega uppsafnað skattalegt tap og greiðir

<sup>1</sup> Í ritgerðinni verður vísað til hugtaksins félag og er þá átt við félög sem hafi sjálfstæða skattaðild.

<sup>2</sup> Á ensku: thin capitalization (enska: annar ritháttur thin capitalisation), á dönsku: tynd kapitalisering. Hefur einnig verið nefnd þunn eiginfjármögnun á íslensku.

<sup>3</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutfélaga*, bls. 229.

<sup>4</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 321-322.

<sup>5</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 115-116.

<sup>6</sup> Í ritgerðinni verður jöfnum höndum notast við hugtökin vaxtagreiðslur, vaxtagjöld og vaxtakostnaður.

<sup>7</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 321.

<sup>8</sup> Fram til 1. september 2009, voru vaxtagreiðslur sem greiddar voru út úr landinu ekki skattlagðar, sbr. nú 8. tölul. 3. gr. tskl.

<sup>9</sup> Jan Pedersen: *Skatteretten 2*, bls. 382.

því lítinn sem engan skatt af hagnaðinum. Hið skattalega hagræði samstæðunnar, sem hlýst af þessum ráðstöfunum, felst í því að hagnaður félagsins er fluttur frá upprunalandinu til félags sem er í lágskattaríki og hefur þær skattalegu afleiðingar að samstæðan greiðir lítinn sem engan skatt af tekjunum.<sup>10</sup>

Félagasamstæður, eða tengd félög, sem eru skattskyld í sama landinu, beita oft sömu aðferð við að lækka tekjuskattsstofn tiltekins félags með þeim hætti að það félag, sem á til að mynda uppsafnað tap, lánar því félagi þar sem mikill hagnaður er. Þessar aðgerðir samstæðunnar verða til þess að tekjuskattsstofn þess félags, sem er með mikinn hagnað, verður minni þar sem tekjurnar eru fluttar með frádráttarbærum vaxtagreiðslum yfir til þess félags er veitti lánið. Með slíkum aðgerðum ná félagasamstæður oft fram verulegu skattalegu hagræði, þ. e. að flytja hagnað yfir til þess félags sem hefur uppsafnað tap eða er staðsett í ríki þar sem eru lægri skattar.

Eins og áður sagði þá hafa engar reglur um magra eiginfjármögnun félagasamstæðna verið settar á Íslandi, né reglur sem takmarka frádráttarbærni vaxtagjalda hjá félögum. Í ritgerðinni mun höfundur taka til skoðunar hvort í skattalögum sé nú þegar til staðar heimild til handa skattyfirvöldum til að hafna frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um óhóflegar lánveitingar á milli tengdra aðila er að ræða. Þá mun höfundur taka til skoðunar hvort nauðsynlegt sé að setja í íslensk skattalög reglu sem kveður á um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um óhófleg lán á milli tengdra félaga er að ræða og þá hvernig slíkt ákvæði ætti að hljóða efnislega svo það næði fram markmiði sínu.

## 1.2 Almenn um skuldsettar yfirtökur

*Skuldsett yfirtaka með eftirfarandi öfugum samruna*, felst í því að aðili V kaupir félag B og lætur félagið A, sem keypt var af félagi B, greiða kaupverðið í gegnum eignalausán samruna.<sup>11</sup> Sú aðferð, sem beitt er og nefnd hefur verið skuldsett yfirtaka eða öfugur samruni, er framkvæmd á eftirfarandi hátt: Aðili, V, hefur áhuga á að kaupa tiltekið rekstrarfélag, A, og stofnar V því sérstakt félag, B, og leggur inn í það til dæmis ¼ af kaupverði A í formi hlutafjár og B fær síðan lán fyrir ¾ af kaupverði á A. Kaupverðið er síðan greitt af B til eiganda A og í framhaldi af kaupunum eru A og B sameinuð undir nafni A, sem verður til þess að A verður yfirtökufélagið í samrunanum. Við samrunann flytjast skuldir B, sem voru ¾ af kaupverði A, yfir til A án þess að nokkrar eignir flytjist með þeim, vegna þess að eina eign

<sup>10</sup> *Skýrsla starfshóps um umfang skattsvika á Íslandi*, bls. 35.

<sup>11</sup> Á ensku: highly leveraged takeovers followed by reversed acquisitions.

B var eignahluturinn í A. Skuldirnar, sem stofnað var til upphaflega af B til að kaupa félag A, enda því hjá A eftir að framkvæmdur hefur verið slíkur eignalaus samruni.<sup>12</sup>

Á árunum fyrir „hrun“ var mikið um að framkvæmdir væru öfugir samrunar í kjölfar skuldsettrar yfirtöku á rekstrarfélagi. Eftir samrunann var viðskiptavild í rekstrarfélaginu A endurmetin í ársreikningum til þess koma í veg fyrir að það sæist að skuldastaða þeirra hefði versnað eftir samruna. Eftir að viðskiptavildin hafði verið endurmetin var félagið A skráð á markað, sem góður fjárfestingarkostur á mun hærra gengi heldur en það var upphaflega keypt á, þrátt fyrir að það hafi verið orðið skuldsettara en það var fyrir samruna. Í þessu samhengi ber að benda á það að viðskiptavild var ekki ný eign í félaginu A, hún var enn sú sama þrátt fyrir samruna. Í raun var það svo að eigið fé félagsins A lækkaði vegna þess að skuldir, sem tilkomnar voru vegna þeirra lána sem félag B tók upphaflega til að kaupa A, voru fluttar yfir í yfirtökufélag A við samruna sem varð til þess að skuldastaða A varð verri en hún var áður.<sup>13</sup>

Einmitt vegna þess að skuldastaða A varð verri við samruna varð til þess að menn gripu til þess ráðs að endurmeta viðskiptavildina í ársreikningum félaga með það að markmiði að fegra stöðu félagsins. Að mati höfundar er þó vert að benda á að þegar félag B tók ákvörðun um að kaupa félag A, þá fór fram tiltekið verðmat á félaginu A. Verðmat sérfræðinga gat í sumum tilfellum leitt í ljós að raunvirði félagsins A hafi verið meira en sem nam bókfærðu verðmæti eigin fjár þess, vegna þess að inn í verðmatið var til dæmis tekinn mögulegur hagnaður félagsins næstu árin. Eftir samrunann var svo félagið A endurmetið og viðskiptavild þess hækkuð til samræmis við hið nýja verðmat.

Eftir „hrunið“ hefur hins vegar komið fram gagnrýni sem lýtur að því að viðskiptavildin hafi verið ofmetin í einhverjum tilvikum og má vel vera að sú gagnrýni eigi vel við rök að styðjast. En leiða má líkum að því að ef viðskiptavild hefði ekki verið endurmetin með þeim hætti sem tíðkaðist hér undanfarin ár fyrir hrun þá hefði fjárhagsstaða íslenskra félaga verið mun verri en látið var líta út fyrir og hlutabréfaverð lægra, þar sem að sú aukna viðskiptavild, sem skráð var í ársreikninga félaga, varð til þess að ekki var gefin rétt mynd af fjárhag félaga.<sup>14</sup>

Í efnahagsreikningum félaga síðustu ára má sjá hve viðskiptavild hefur verið endurmetin til þess að bæta fjárhagsstöðu félaga með það að markmiðið að hækka verð á hlutabréfum þess. Sem gott dæmi um þróunina má taka fyrir félagið Teymi; heildareignir félagsins árið 2005 voru 35.697 millj. kr. þar af var eigið fé 5.840 millj. kr. og skráð viðskiptavild 0 kr. En

<sup>12</sup> *Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*, bls. 21.

<sup>13</sup> Aðalsteinn Hákonarson: „Skuldsettar yfirtökur og öfugur samruni“, bls. 9-12.

<sup>14</sup> Aðalsteinn Hákonarson: „Skuldsettar yfirtökur og öfugur samruni“, bls. 9-12.

árið 2007 voru heildareignir félagsins skráðar 37.520 millj. kr., þar af var eigið fé 8.299 millj. kr. og viðskiptavild 19.648 millj. kr. Á tveimur árum hafði viðskiptavildin farið úr því að vera engin upp í 19.648 millj. kr.<sup>15</sup>

Út frá skattalegum sjónarmiðum þá er sú skattalega hagræðing, sem aðilar ná fram með öfugum samrunum, að félag A getur gjaldfært vexti af láninu sem félagið B tók upphaflega til að kaupa A í rekstri sínum á móti skattskyldum tekjum. Félagi A er þetta heimilt á grundvelli 51. gr. laga um tekjuskatt nr. 90/2003 (hér eftir skammstöfuð tsl.), sem fjallar um samruna og er þar kveðið á um að öll skattaleg réttindi flytjist yfir við samruna, þar með talinn réttur til frádráttar vaxtagjalda. Sú skattalega hagræðing sem næst því fram með samruna felst nánar tiltekið í því að tekjuskattsstofn félagsins A lækkar sem verður til þess að félagið greiðir lægri skatta af hagnaði sínum en það ella hefði gert.<sup>16</sup> Það er álitamál hvort þessi vaxtagjöld uppfylli þau skilyrði, sem sett eru fram tsl., um að frádráttur gjalda frá tekjum sé bundinn því skilyrði að einhvers konar samband sé á milli kostnaðar og tekna, sbr. orðalag 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tsl. um „*að gjöldin eigi að ganga til að afla teknanna, tryggja þær og halda þeim við*“. Við túlkun á þeim grunnsjónarmiðum, sem liggja að baki 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tsl., má að mati höfundar álykta að tiltekinn vafi leiki á því hvort félaginu A sé heimilt að telja vaxtagjöldin af láninu sem frádráttarbæran rekstrarkostnað, þar sem lánið var hvorki tekið til þess að afla A tekna né eigna. Aftur á móti er í 51. gr. tsl. kveðið á um að öll skattaréttarleg réttindi flytjist með við samruna félaga og þar með talinn réttur til frádráttar vaxtagjalda. Að mati höfundar er það því álitamál hvort skattyfirvöldum sé heimilt að endurákværða skatta á þessi félög aftur í tímann og synja þeim um frádrátt vegna vaxtagjalda af láninu og hækka tekjuskattsstofn þeirra í kjölfarið á grundvelli hinnar almennu skattasniðgöngureglu 1. mgr. 57. gr. tsl. Einnig er það mat höfundar að vert sé fyrir löggjafann að huga að því hvort nauðsynlegt sé að setja reglur, sem takmarka frádrátt vaxtagjalda á móti tekjum, sem eru ótengdar upprunalegri stofnun kröfuréttindanna sem vaxtagjöldin stafa frá. Með öðrum orðum er það álitamál að mati höfundar hvort ráðlegt sé að setja ákvæði í tsl. sem kveði á um að óheimilt sé að gjaldfæra vexti af þeim lánnum, sem tilkomin eru vegna skuldsettrar yfirtöku, sem frádráttarbæran rekstrarkostnað.

Skattareglur, sem kveða á um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda af lánnum sem veitt eru af tengdum aðila innan félagasamstæðu og reglur er lúta að takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um samruna félaga er að ræða, geta þjónað fleiri hagsmunum en þeim að

<sup>15</sup> Aðalsteinn Hákonarson: „Skuldsettar yfirtökur og öfugur samruni“, bls. 9-12.

<sup>16</sup> „Investors typically created an Icelandic subsidiary that acted as the acquired company, so as to offset its interest expenses with the operational profit of the acquired company.“ Sjá *Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*, bls. 21.

afla ríkissjóði tekna. Slíkar reglur geta einnig stuðlað að því að stýra breytni, bæði félaga og einstaklinga, hvað varðar skuldsetningu þeirra. Í kjölfar þeirrar gífurlegu skuldsetningar, sem átti sér stað meðal einstaklinga og félaga fyrir hrun, gæti það sjónarmið um tvíþætt hlutverk skattareglna um að varðveita skattstofna ríkisins, ásamt því að koma í veg fyrir skuldsetningu, haft verulegt vægi þegar löggjafinn leggur mat á nauðsyn þess að setja slíkar reglur.

### 1.3 Nánar um afmörkun ritgerðarefnis og umfjöllunarefnis

Í ritgerð þessari verður í fyrsta lagi fjallað um *magra eiginfjármögnun* félaga og skoðað hvert sé markmið félagasamstæðu með úrræði af því tagi í skattalegu tilliti. Þar sem vaxtagreiðslur, sem félagið greiðir af láni, teljast vera *frádráttarbær rekstrarkostnaður* og gerir félagasamstæðum kleift að flytja hagnað á milli félaga og jafnvel ríkja, þá geta félagasamstæður haft mikinn hag af því að nota magra eiginfjármögnun. Tekið verður til skoðunar hvort skattalög hafi að geyma lagaheimild til þess að neita skattaðila um frádráttarbærni vaxtagjalda, ef félag er fjármagnað með óhóflega miklu lánsfé frá tengdu félagi á grundvelli hinnar almennu skattasniðgöngureglu 1. mgr. 57. gr. tskl.

Í öðru lagi verður fjallað um *skuldsettar yfirtökur félaga* eða réttara sagt *öfugan samruna* með það að leiðarljósi að kanna hvort þau vaxtagjöld, sem félag A greiðir af láni sem félag B tók upphaflega til að kaupa A, teljist vera gjöld til að afla A tekna eða eigna og þar með vera frádráttarbær rekstrarkostnaður samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. Reynt verður að svara þeirri spurningu hvort skattyfirvöld geti á grundvelli hinnar almennu skattasniðgöngureglu 1. mgr. 57. gr. tskl. synjað um frádráttarbærni slíkra vaxtagjalda.

Í þriðja lagi verður fjallað um hugtakið *félagasamstæða* og það skilgreint. Nauðsynlegt er að taka hugtakið til skoðunar í ritgerðinni þar sem reglur er lúta að takmörkun á *frádráttarbærni vaxtagjalda* þegar um magra eiginfjármögnun félaga er að ræða og gilda á vesturlöndunum beinast almennt að félagasamstæðum. Fjallað verður almennt um fjármögnun félaga og ástæðu þess að félög kjósa að fjármagna sig með lánum í stað hlutafjárframlags og hvers vegna samstæðufélög kjósa frekar að veita öðrum félögum innan samstæðunnar oft lán í stað þess að veita þeim hlutafjárframlag. Jafnframt verður gerð grein fyrir þeim mismunandi tegundum lána sem lánadrottinnar veita félögum.

Í fjórða lagi verður greint frá því hvar *skattlagningarvald ríkisins fær stoð sína í stjórnarskránni* og hvers löggjafinn og ríkisvaldið ber að gæta að við skattlagningu. Greint verður frá því hvar kveðið sé á um skattskyldu lögaðila og hvað felist í henni ásamt því að taka til skoðunar hvað teljist til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar hjá félögum og hvaða skilyrði þurfi að vera uppfyllt svo heimilt sé að telja vaxtakostnað af lánum til frádráttarbærs



rekstarkostnaðar. Sérstaklega verður fjallað um hugtakið vextir, og kannað hvaða gjöld falla þar undir samkvæmt íslenskum skattalögum. Greint verður frá hugtakinu arður og hvernig skattskyldu er háttáð varðandi arðgreiðslur milli félaga sem bæði hafa heimilisfesti hér á landi. Einnig verður tekið til skoðunar hver sé skilsmunur vaxta- og arðgreiðslna í skattarétti.

*Í fimmta lagi* verður greint frá því hvernig *skattlagningu á vaxta- og arðgreiðslum út úr landinu er háttáð* og fjallað um hvaða áhrif *tvísköttunarsamningar* hafi á slíka skattlagningu. Lögð verður áhersla á þær vaxtagreiðslur sem greiddar eru út úr landinu til aðila sem hafa takmarkaða skattskyldu hér á landi. Vaxtagreiðslur, sem greiddar voru út úr landinu til aðila með takmarkaða skattskyldu, voru ekki skattlagðar hér á landi fyrr en frá og með 1. september 2009. Tekið verður til skoðunar hvaða áhrif sú skattlagning hefur haft í för með sér á skatttekjur ríkisins, með það fyrir augum að kanna hvort hún hafi haft þau áhrif að auka þær eða í raun haft þveröfug áhrif í för með sér og minnkað skatttekjur.

*Í sjötta lagi* verður fjallað um hvort að *í íslenskum skattalögum sé ákvæði sem takmarki frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um magra eiginfjármögnun félags og skuldsettar yfirtökur og öfugan samruna félaga er að ræða*. Greint verður frá því hvað teljist til *skattaskipulagningar, skattasniðgöngu og skattsvika* og lögð áhersla á að gera grein fyrir því hvað felist í skattasniðgöngu. Kannað verður hvort hin almenna skattasniðgönguregla 1. mgr. 57. gr. tskl. sé nægjanleg lagaheimild til þess að endurákvarða skatta á félög sem teljast vera með magra eiginfjármögnun eða þegar framkvæmdur hefur verið öfugur samruni í kjölfar skuldsettrar yfirtöku félags. Fjallað verður um hvort skattyfirvöldum sé heimilt á grundvelli 1. mgr. 57. gr. tskl., að hafna skattaðila um frádrátt vaxtakostnaðar af slíkum lánnum og endurskilgreina vaxtagreiðslurnar sem arðgreiðslur. Litið verður til dóma- og úrskurðaf framkvæmdar um 1. mgr. 57. gr. tskl., með það að leiðarljósi kanna hvort skattyfirvöldum sé heimilt að beita reglunni þegar um magra eiginfjármögnun og skuldsettar yfirtökur er að ræða. Litið verður til 9. gr. *samningsfyrirmyndar OECD* um tvísköttunarsamninga þar sem kveðið er á um svonefnda armslengdarreglu og skoðað hvenær skattyfirvöldum teljist heimilt að beita reglunni gegn magurri eiginfjármögnun félaga.

*Í sjöunda lagi* verður litið til þess hvaða áhrif Evrópuréttur hefur haft á beina skatta aðildarríkjanna og reifaðir valdir dómar EFTA- og Evrópudómstólsins þar sem fjallað hefur verið um hvaða tillit ríki þurfi að taka til *fjórfrælsisins og stofnsetningarréttarins* við lagasetningu um skatta, þá sérstaklega þegar viðskipti félaga eiga sér stað yfir landamæri. Teknir verða til skoðunar og reifaðir dómar Evrópudómstólsins um magra eiginfjármögnun og í kjölfarið dregnar af þeim ályktanir um það hvað íslenska ríkið ber að varast þegar það setur

reglur er lúta að beinum sköttum og beinast að viðskiptum félaga sem eiga sér stað yfir landamæri.

*Í áttunda lagi* verður greint frá því hvernig reglur um magra eiginfjármögnun eru í öðrum *vestraenum löndum* og hver þróunin hefur verið í þeim efnum. Einnig verður tekið til skoðunar hvort þær reglur sem eru í gildi um magra eiginfjármögnun séu í raun að ná fram markmiði sínu og dregnar ályktanir um það hvort ákjósanlegt sé fyrir íslenska ríkið að setja reglur sem takmarki frádráttarbærni vaxtagjalda og hvernig slíkt ákvæði myndi best ná fram markmiði sínu miðað við reynslu annarra ríkja.

*Að lokum* mun höfundur draga fram *ályktun* sína um það hvort hin almenna skattasniðgönguregla 1. mgr. 57. gr. tskl. teljist vera nægjanlega skýr lagaheimild til þess að hafna frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félög eru óhóflega skuldsett vegna lána frá tengdum aðilum og þegar um skuldsettar yfirtökur er að ræða og hvort skattyfirvöldum sé heimilt á grundvelli 1. mgr. 57. gr. tskl. að endurákvarða skatta á slík félög. Höfundur mun taka afstöðu til þess hvort nauðsynlegt sé að setja ákvæði í íslensk skattalög sem kveði á um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda og hvernig slíkt ákvæði ætti að vera efnislega svo það næði fram takmarki sínu.

## 2 Félagasamstæður

### 2.1 Almennt um hugtakið

Þar sem reglur er lúta að magurri eiginfjármögnun félaga á vesturlöndum beinast að félagasamstæðum er nauðsynlegt að skilgreina hugtakið félagasamstæða. Við afmörkun á hugtakinu félagasamstæða eða samstæða<sup>17</sup> er helst unnt að styðjast við þá skilgreiningu sem notuð er í félagarétti, þar sem hugtakið er ekki skilgreint í skattalögum. Í félagarétti telst hvert félag vera sjálfstæður lögaðili sem ráði sínum málum að öllu leyti sjálft. En í raun er það ekki svo vegna þess að félög geta starfað saman eða verið það tengd að slíkt verði til þess að þau séu háð hvort/hvert öðru. Ef um slík tengsl er að ræða telst vera um samstæðu félaga að ræða, það er að segja þegar uppbygging þeirra er á þann hátt að eitt fyrirtæki á svo stóran hlut í öðru fyrirtæki, eða fleiri fyrirtækjum, að það fer með meirihluta atkvæða í því, eða ef það af öðrum orsökum fer með raunveruleg yfirráð í því. Í lögum um hlutafélög nr. 2/1995 (hér eftir skammstöfuð hl.) og lögum um einkahlutafélög nr. 138/1994 (hér eftir skammstöfuð ehl.) eru ákvæði er lúta að samstæðufélögum. Samkvæmt lögnum telst um *samstæðu* hlutafélaga vera að ræða þegar eitt hlutafélag er í raun undir stjórn annars hlutafélags, hið æðra er nefnt *móðurfélag* en hitt félagið *dótturfélag*, en saman mynda félögin *samstæðu*, sbr. 4. mgr. 2. gr. hl. og 2. gr. ehl. Þær reglur, sem kveðið er á um í hl. og ehl. um samstæður, lúta einna helst að því að koma í veg fyrir misnotkun.<sup>18</sup>

Í hl. er kveðið á um að þau taki ekki til erlendra félaga, í 2. gr. hl. er tekið fram að gildissvið laganna nái eingöngu til íslenskra hlutafélaga og gilda lögin því eingöngu um þau hlutafélög sem eru stofnuð hér á landi. Íslenskir fræðimenn hafa bent á nauðsyn þess að setja löggjöf sem nær til erlendra félaga og takmarkar ráðstafanir þeirra, þar sem aukin alþjóðavæðing hefur átt sér stað á sviði viðskipta og samstæður hlutafélaga því oft tengdar erlendum félögum og skattaráðstafanir yfir landamæri hjá samstæðufélögum orðnar nokkuð algengar.<sup>19</sup>

Í lögum um ársreikninga nr. 3/2006 eru hugtökin móðurfélag, dótturfélag og samstæða skilgreind á eftirfarandi hátt: Samkvæmt 5. tölul. 2. gr. er *móðurfélag* félag, sem á meirihluta atkvæða í öðru félagi, eða er félagsaðili að öðru félagi og hefur rétt til að tilnefna eða víkja frá meirihluta stjórnar og framkvæmdarstjórn þess, eða er félagsaðili að öðru félagi og hefur rétt til ákvörðunarvalds um rekstur og fjárhagslega stjórn þess á grundvelli samþykka félagsins eða samninga við það, eða er félagsaðili að öðru félagi og ræður yfir meirihluta atkvæða í því

<sup>17</sup> Á ensku: affiliated companies – associated companies, á dönsku: koncern.

<sup>18</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 15-19 og Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 78.

<sup>19</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 150.

á grundvelli samnings við aðra hlutahafa, eða á eignarhlut í öðru félagi og hefur ákvörðunarvald um rekstur og fjárhagslega stjórn þess. Samkvæmt 6. tölul. 2. gr. laganna telst *dótturfélag* vera félag sem er undir yfirráðum annars félags á þann hátt sem lýst er í 5. tölul. 2. gr. laganna og samkvæmt 7. tölul. 2. gr. sömu laga telst *samstæða* vera móðurfélag og dótturfélag þess.<sup>20</sup>

Þegar um samstæðu hlutafélaga er að ræða telst hvert félag innan samstæðunnar sjálfstæður lögaðili, bæði í fjármunaréttarlegum og skattaréttarlegum skilningi, svo framarlega sem einstakir lögaðilar fullnægi skilyrðum 2. gr. tskl. um sjálfstæða skattaðild. Þegar verið er að meta hver sé lagaleg staða félags, sem er innan samstæðu, ber því að miða við að hvert félag sé sjálfstæður lögaðili þó það sé hluti af samstæðu félaga.<sup>21</sup>

Eins og komið var inn á hér að framan þá er hugtakið samstæða eða félagasamstæða ekki skilgreint í skattalögum en í tskl. er hins vegar stuðst við hugtökin móður- og dótturfélag í 55. gr. tskl., sem kveður á um heimild til samsköttunar hlutafélaga. Félögum sem teljast verulega háð hverju öðru er heimilt að sækja um samsköttun, en það skilyrði er sett fram samkvæmt lögnum, sbr. 2. másl. 1. mgr. 55. gr. tskl., að móðurfélagið eigi ekki minna en 90% í dótturfélaginu til þess að samsköttun sé heimil.<sup>22</sup> Í 55. gr. tskl. er kveðið á um ýmis fleiri skilyrði fyrir heimild til samsköttunar félaga, meðal annars um nýtingu á skattalegu tapi félaga. Hagur samstæðufélaga í því að fá að beita samsköttun felst í því að unnt er að nýta rekstrartap eins félagsins á móti hagnaði hins og getur því verulegt hagræði hlotist af slíkri samsköttun. Þegar félög eru samsköttuð á grundvelli 55. gr. tskl., þá bera félögin sem samsköttuð eru sameiginlega ábyrgð á skattgreiðslunum þó að tekjuskatturinn af sameiginlegum tekjuskattsstofni allra félaganna sé lagður á móðurfélagið. Ákveðnar takmarkanir eru varðandi nýtingu taps við samsköttun, þannig er til að mynda ekki unnt að nýta tap sem myndast fyrir samsköttun á móti hagnaði annarra félaga í samsköttuninni samkvæmt 4. mgr. 55. gr. tskl.

## 2.2 Fjármögnun félaga

Félög hafa yfir að ráða eigin fé og lánsfé. Eigið fé er upphafleg framlög að viðbættum síðari hagnaði félagsins en að frádregnu tapi. Félög eru almennt fjármögnuð með tvennum hætti, annaðhvort með hlutafé eða lánsfé. Þegar fjárfest er í hlutafé þá veitir sú fjárfesting fjárfestinum rétt til arðgreiðslna af þeim hagnaði sem til verður eftir að félagið hefur greitt

<sup>20</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 254-255.

<sup>21</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 255.

<sup>22</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 222-225.

skatt. En þegar fjárfest er í félagi með því að veita því lán þá getur félagið, sem móttækur lánið, fengið vaxtakostnað sinn dreginn frá hagnaði sínum og þar með lækkað tekjuskattsstofn félagsins. Það félagiform, sem félagið er í, skiptir þó máli hér þar sem að í 3. tölul. 50. gr. tskl. er kveðið á um að óheimilt sé að draga frá tekjum vexti af framlögðu fé manns til atvinnurekstrar eða sjálfstæðrar starfsemi, hvort heldur reksturinn er á eigin ábyrgð eiganda eða með ótakmarkaðri ábyrgð í sameign með öðrum. Þetta ákvæði á meðal annars við um sameignarfélög, en ekki hlutafélög þar sem þau eru ekki á eigin ábyrgð eiganda, né með ótakmarkaðri ábyrgð hans.

Þar sem skattaleg meðferð á framlagi hlutfjár og láns er ekki sú sama, þó að framlagið sjálft stefni í báðum tilvikum að sama markmiði, það er að segja að gera félaginu kleift að starfa og ná fram hagnaði, þá skiptir það félagið miklu máli þegar tekin er ákvörðun um það hvernig félag skuli fjármagnað með tilliti til mögulegs skattalegs hagræðis.<sup>23</sup>

Töluverður munur er á réttarstöðu hluthafa og kröfuhafa, hluthafi hefur atkvæðisrétt í félaginu en kröfuhafi ekki. Réttarsamband kröfuhafa og félags byggist á lánasamningi en réttarsamband hluthafa og félags á lögum um hlutafélög. Kröfuhafar eiga ávallt rétt á að fá greiðslu sína þrátt fyrir að reksturinn gangi illa og enginn hagnaður hafi myndast í félaginu, en hluthafar fá ekki arðgreiðslur nema hagnaður verði af rekstri félagsins. Kröfuhafar geta krafist fullnustugerða ef vanskil verða á kröfum þeirra, en greiðsla hluthafa á hlutfé er að mestu óafturkræft framlag. Ef rekstur félagsins gengur vel þá á lánardrottinn eingöngu kröfu á því að fá greidda þá vexti af kröfu sinni, sem upphaflega var samið um, en hluthafi getur fengið meiri arð af hlutfjáreign sinni í formi arðgreiðslna. Loks ber að geta þess að ef félagi er slitið eða það tekið til gjaldþrotaskipta þá er skylt er að greiða lánardrottinum fyrst kröfur sínar. Það er því ljóst að kröfuhafar bera mun minni áhættu á fjárfestingu sinni en hluthafar.<sup>24</sup>

Leiða má líkum að því að félög séu stundum skuldsett meðal annars í þeim tilgangi að komast hjá því að greiða skatta, eða að minnsta kosti til þess að greiða lægri skatt, vegna þess að vaxtagjöld eru frádráttarbær rekstrarkostnaður.<sup>25</sup> En það ber þó að taka það fram að félög eru oft mjög skuldsett vegna þess að rekstur þeirra hefur ekki skilað tilætluðum árangri og er ekki óvarlegt að álykta sem svo að félög séu stundum með hátt skuldsetningarhlutfall á móti eigin fé vegna vandkvæða í rekstri félagsins frekar en að slíkt sé til komið eingöngu til þess að ná fram skattalegu hagræði.

---

<sup>23</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 251.

<sup>24</sup> Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 209 og Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 254-256.

<sup>25</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 321.

Til þess að ná fram skattalegu hagræði nýta félagasamstæður sér stundum þá aðferð að lána félögum innan sömu samstæðu fjármagn, í stað þess að leggja inn í það eigið fé. Markmið slíkra lánveitinga innan félagasamstæðu er stundum það að flytja tekjur frá háskattalandi til lágskattalands og er slíkt þá framkvæmt með þeim hætti að hið erlenda dótturfélag, sem staðsett er í lágskattaríki, lánar móðurfélagi sem er heimilisfast í háskattaríki og lánveitingin gerir móðurfélagi kleift að skilgreina vaxtagreiðslur til dótturfélags sem frádráttarbæran kostnað og að sama skapi flytjast tekjur yfir til dótturfélags sem greiðir lágan eða engan skatt af tekjunum.<sup>26</sup>

En fjármögnun félaga innan samstæðna með lántökum er ekki alltaf gerð í þeim eina tilgangi að komast hjá því að greiða skatt vegna þess að rekstrarlegir hagsmunir samstæðunnar geta falist í því að yfirfærsla fjármuna fari fram með lántökum í stað hlutafjárukningar, án tillits til skattasjónarmiða. Ef tiltekið félag innan samstæðu er í tímabundinni fjármagnspörf þá getur verið hagstæðara fyrir samstæðu að lána félaginu fjármagn tímabundið í stað þess að festa fjárfestingu inni í félaginu með hlutafjárukningu. Samstæður vilja líka oft hafa fé sitt hreyfanlegt og vilja geta flutt fjármagn á milli félaga eftir því sem þörf er á í stað þess að fjármagn sé bundið í hlutfé og þar með lokað inni í félagi sem móttækur peningana. Einnig getur það sjónarmið verið ríkjandi að samstæður vilji lána fjármagn sín á milli þar sem slíkt getur verið skynsamlegt út frá þeirri forsendu að móðurfélag, sem lánar fjármagnið, hefur stjórnunarleg áhrif á það hvernig fjármagn er notað og getur þar með aukið heildarverðmæti samstæðu.<sup>27</sup> Einnig má benda á það sjónarmið að rétt hæð krafna getur valdið því að aðilar vilji heldur lána félaginu fjármagn fremur en að leggja því til hlutfé, þar sem slíkt er óafturkræft framlag.

### 2.3 Mismunandi tegundir lána

Fjármögnun félaga er oft blanda af eiginfjármögnun og lánsfjármögnun eða svokallað *blandað fjármagn*, (e. hybrid capital). Oft getur verið erfitt að greina á milli þess hvort fjármögnun félags sé í raun framlag á eigin fé eða lánsfjármögnun. Lánasamningar geta innihaldið ýmsa skilmála, sem geta til dæmis kveðið á um að félag skuli ekki greiða vexti af láni ef enginn hagnaður verður hjá félagi, eða að fjárhæð vaxtagreiðslna skuli miðast út frá því hve há arðgreiðsla er til hluthafa. Einnig geta skilmálar láns kveðið á um að lánveitandi hafi rétt til aðgangs að stjórnarfundum og þar með komið í veg fyrir að meiriháttar ákvarðanir séu teknar um rekstur félagsins. Um breytanlegt skuldabréf getur verið að ræða þar sem

<sup>26</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 251-252.

<sup>27</sup> Ragnheiður Snorraddóttir: „Þunn eiginfjármögnun“, bls. 119.

kröfuhafa er heimilt að breyta kröfu sinni á hendur félagi í hlutafé í því og eins getur verið í skilmálum skuldabréfs kveðið á um að lán sé *víkjandi* lán. Ef um víkjandi lán er að ræða þá er í skilmálum skuldabréfsins kveðið á um það, að ef til þess kemur að félagið verði gjaldþrota þá skuli skuldabréfið víkja fyrir öðrum lánum.<sup>28</sup>

Félög taka stundum lán sem eru blanda af eiginfjármögnun og lánsfjármögnun þegar illa gengur í rekstri félagsins og er slíkt þá gert til þess að auka líkur á því að ná að fjármagna félagið og tryggja áframhaldandi rekstur þess.<sup>29</sup> Það skiptir ekki máli út frá efnahagslegu sjónarmiði hvort um eiginfjármögnun eða lánsfjármögnun er að ræða. En í skattalegu tilliti skiptir slíkt verulegu máli vegna þess að helsti munurinn á lánardrottni og hluthafa út frá skattarétti liggur í því að endurgjaldið sem þeir fá í hendur er í formi arðgreiðslna til hluthafa sem eru skattlagðar hjá félaginu, en vaxtagreiðsla til lánardrottins er frádráttarbær rekstrarkostnaður í félagi.<sup>30</sup> Við mat á því hvort að lán sé í raun framlag á eigin fé en ekki lánsfjármögnun þá þarf að skoða vel alla skilmála lánsins.<sup>31</sup> Heimfærsla tekna að þessu leyti getur verið mismunandi milli lögsagna og þannig ekki loku fyrir það skotið að yfirvöld í einu landi líti á greiðslur af láni sem vexti á meðan yfirvöld í öðru landi líti á greiðslurnar sem arð. Þetta getur bæði leitt til tvísköttunar en einnig til engrar sköttunar eftir því hvaða augum menn líta á málsatvikin. Slík mismunandi niðurstaða er óeðlileg og má sjá í tvísköttunarsamningum ákvæði sem beinlínis eru hugsuð til að taka á aðstæðum sem þessum.<sup>32</sup>

### 2.3.1 Breytanleg skuldabréf

*Breytanleg skuldabréf* eru þess eðlis að kröfuhafa er heimilt að breyta kröfu sinni á hendur félagi í hluti (hlutafé) í því. Í 47. - 49. gr. hl. er kveðið á um heimild til handa hlutafélagi til að taka skuldabréfalán sem heimilar lánardrottni rétt til þess að breyta kröfu sinni á hendur félagi í hluti í því. Skuldabréfalánnum má þó ekki breyta í hlutabréf nema fullt nafnverð komi fyrir samkvæmt ákvæði 4. mgr. 47. gr. hl. Breytanleg skuldabréf eru nokkuð algeng og eru þau einna helst notuð þegar rekstrarstaða hlutafélags er slæm. Þegar rekstrarstaða félagsins batnar síðar getur lánardrottinn breytt kröfu sinni yfir í hluti í félagi á því gengi sem gildi við lántöku.

<sup>28</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 255.

<sup>29</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 255.

<sup>30</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, bls. 9.

<sup>31</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 255.

<sup>32</sup> Sjá t.d. 5. tölul. 10. gr. Tvísköttunarsamnings á milli Lýðveldisins Íslands og Stórhertogadæmisins Lúxemborgar til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir. [http://rsk.is/skjal/tvisk\\_lu.is.pdf](http://rsk.is/skjal/tvisk_lu.is.pdf). (skoðað 19. október 2010).

En ef hagur félags hefur versnað frá því að lán var tekið þá kýs kröfuhafi vanalega að halda sig við upphaflega kröfu sína.<sup>33</sup>

### 2.3.2 Arðgefandi skuldabréf

Kveðið er á um *arðgefandi skuldabréf* í 50. gr. hl. Þegar félag tekur arðgefandi skuldabréf þá ákveður félagið að taka lán gegn skuldabréfum með vöxtum sem miðast að öllu leyti eða að hluta við þann arð sem greiddur er hluthöfum eða við ársgróða félags.<sup>34</sup>

### 2.3.3 Áskriftarréttindi

Kveðið er á um *áskriftarréttindi* í 45. – 46. gr. hl. Erlendis er nokkuð algengt að félög gefi út skuldaviðurkenningu vegna greiddrar fjárhæðar, sem veiti réttthafa heimild til þess að skrá sig fyrir hlutum í hlutafélagi við síðari hlutafjárhækkun í því á tilteknu verði. Félög grípa stundum til þess ráðs að gefa út áskriftarréttindi þegar hagur félagsins er ekki nægjanlega góður. Verða slík réttindi þá oft til þess að fjárfestar eru tilbúnir til að leggja félaginu til fjármagn með það fyrir augum að hagur félagsins verði betri í framtíðinni og geti þá eignast hluti í félaginu á tiltölulega lágu gengi.<sup>35</sup>

## 2.4 Niðurstöður

Í skattalögum er ekki að finna skilgreiningu á hugtakinu samstæða eða félagasamstæða en í félagarétti er hugtakið skilgreint á þann hátt að um samstæðu félaga sé að ræða, en uppbygging þeirra er á þann hátt að eitt félag á svo stóran hlut í öðru félagi eða fleiri félögum að það fer með meirihluta atkvæða í því eða ef það af öðrum orsökum fer með raunveruleg yfirræð í því. Í 4. mgr. 2. gr. hl. og 2. gr. ehl. er samstæða hlutafélaga skilgreind á þann hátt að eitt hlutafélag er í raun undir stjórn annars hlutafélags, hið æðra er nefnt móðurfélag en hitt félagið dótturfélag, en saman mynda félögin samstæðu. Í lögum um ársreikninga nr. 3/2006 er einnig að finna skilgreiningar á hugtökunum, móðurfélag, dótturfélag og samstæða, sbr. 5.–7. tölul. 2. gr. laganna. Þó að hugtakið félagasamstæða sé ekki skilgreint í tskl., þá er kveðið á um móður- og dótturfélag í 55. gr. tskl., sem kveður á um heimild til samsköttunar félaga og nýtingu á skattalegu tapi félaga. Þó að um samstæðu félaga sé að ræða ber að taka það fram að hvert félag innan samstæðunnar er sjálfstæður lögaðili bæði í fjármunaréttarlegum og skattaréttarlegum skilningi.

<sup>33</sup> Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 210-212.

<sup>34</sup> Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 213.

<sup>35</sup> Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*, bls. 213-214.



Að mati höfundar er nauðsynlegt að skilgreina hugtakið samstæða eða félagasamstæða í tskl. vegna þeirrar miklu aukningar sem hefur orðið á félagasamstæðum á undanförunum árum og ekki síst vegna þeirrar þróunar sem hefur orðið á alþjóðlegum viðskiptum, sem leitt hefur til þess að viðskipti félaga innan samstæðna eiga sér stundum stað að miklu leyti yfir landamæri. Markmið samstæðunnar er að ná fram sem mestum hagnaði í rekstri sínum sem verður til þess að fram koma álitæfni er lúta að skattamálum vegna þess að samstæðan stefnir að því marki að ná fram sem mestu skattalegu hagræði og því er rík nauðsyn á því að skilgreina hugtakið samstæða í tskl. Einnig er mikilvægt að skilgreina hugtakið í tskl. vegna þess að félagasamstæður kjósa oft þann kost að nýta sér samsköttun félaga innan samstæðunnar.

Fjármögnun félaga fer oftast fram annaðhvort með hlutafé eða lánsfé. Réttarstaða hluthafa og kröfuhafa er ólík gagnvart félögum, þá sérstaklega hvað varðar rétt þeirra til endurgreiðslu af því fé sem þeir leggja fram til félagsins. Félög kjósa stundum að fjármagna sig með lánsfé vegna þess að sá vaxtakostnaður sem lánið hefur í för með sér telst til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar hjá félaginu, sem verður til þess að tekjuskattsstofn þess lækkar. Þegar um samstæðu félaga er að ræða getur það verið hagstæðari kostur að setja fjármagn inn í önnur félög innan sömu samstæðu í formi láns, bæði vegna þess að vaxtagjöldin eru frádráttarbær kostnaður og einnig getur það verið góður kostur ef að félagið sem lánar á uppsafnað skattalegt tap eða er staðsett í öðru landi þar sem lægri skattar eru. Ef félagið, sem veitir lánið, á uppsafnað skattalegt tap þá eru slík lán stundum veitt á milli tengdra aðila til þess að ná fram skattalegu hagræði á þann hátt að flytja tekjur frá félagi sem rekið er með hagnaði yfir til þess félags sem á uppsafnað skattalegt tap og með þessum aðgerðum nær samstæðan fram skattalegu hagræði með því að flytja hagnaðinn í formi vaxtagreiðslna yfir til þess félags sem á uppsafnað tap. Ef að félag, sem veitir lánið, er staðsett í lágskattaríki getur slík lánveiting einnig nýst samstæðunni vel, þar sem hagnaðurinn er þá fluttur í formi vaxtagreiðslna yfir til þess félags sem greiðir lægri skatt.

En vert er að taka fram að félög innan samstæðu velja oft þann kost að veita öðru félagi lán í stað þess að leggja félaginu til eigin fé vegna rekstrarlegra forsendna, svo sem þeirrar að vilja hafa fjármagnið hreyfanlegt innan samstæðunnar eða þá að móðurfélagið vill geta haft áhrif á það hvernig fjármagnið er nýtt. Það eru því ekki eingöngu skattaleg sjónarmið sem liggja að baki þeirri ákvörðun félagasamstæðu að lána öðru félagi innan samstæðunnar fé í stað þess að leggja því til eigið fé.

Félög eru fjármögnuð með mismunandi tegundum lána og eru lánin þá oft blanda af eiginfjármögnun og lánsfjármögnun eða svokallað blandað fjármagn. Lánasamningarnir sem

liggja á bak við lánin hafa þá ýmsa skilmála að geyma svo sem til dæmis að félagið skuli ekki greiða vexti ef enginn hagnaður verður hjá félaginu eða þá að afborganir skuli taka mið af þeim arðgreiðslum sem greiddar eru út hjá félaginu hverju sinni. Einnig getur verið um breytanlegt skuldabréf að ræða þar sem kröfuhafa er heimilt að breyta kröfu sinni í hlutafé í félaginu ef hann kýs að gera það og jafnframt getur verið um svokallað víkjandi lán að ræða. Félög bjóða kröfuhöfum slík breytanleg skuldabréf er illa gengur í rekstri félags og líta þá kröfuhafarnir á það sem vænlegan kost að geta jafnvel breytt kröfu sinni yfir í hlutafé ef reksturinn fer að ganga betur. Með þessu auka félögin líkurnar á því að kröfuhafar vilji lána félaginu fjármagn, jafnvel þó rekstur þess gangi ekki nægjanlega vel þá stundina.

Það skiptir ekki máli út frá efnahagslegu sjónarmiði hvort um framlag á eigin fé sé að ræða eða lánsfjármögnun, en í skattalegu tilliti getur slíkt skipt verulegu máli þar sem vaxtagreiðsla til kröfuhafa telst til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar en af arðgreiðslu til hluthafa ber félagið skattskyldu. Að mati höfundar er því mikilvægt fyrir skattyfirvöld að skoða alla skilmála skuldabréfs ítarlega þegar verið er að leggja mat á það hvort um eiginfjármögnun eða lánsfjármögnun er að ræða, þar sem við fyrstu sýn getur virst vera um lánsfjármögnun að ræða, en við ítarlegri skoðun kemur annað í ljós. Við mat á því hvort um framlag á eigin fé eða lánsfjármagn er að ræða þá geta skattyfirvöld beitt meginreglu 1. mgr. 57. gr. tskl. til þess að komast að niðurstöðu um það hverjar séu raunverulegar staðreyndir í tilteknu máli. Skattyfirvöld geta því beitt svokallaðri *raunveruleikareglu* íslenskra skattalaga og litið á efni ráðstöfunar en ekki form hennar þegar lagt er mat á hvert sé raunverulegt efni ráðstöfunarinnar. Ef skattyfirvöld komast að þeirri niðurstöðu, að í raun sé um framlag á eigin fé að ræða en ekki lán, þá geta þau sýnað félaginu um frádrátt vaxtagjaldanna af lánunum og í kjölfarið hækkað tekjuskattsstofn þess að því gefnu að öll skilyrði 1. mgr. 57. gr. tskl. séu uppfyllt.

### 3 Frádráttarbær rekstrarkostnaður

#### 3.1 Skattlagningarvald ríkisins

Fræðigreinin skattaréttur telst til ríkisbundinna réttarreglna en það eru þær réttarreglur sem fjalla um ríkisvaldið, stjórn þess og skipulag íslenska ríkisins. Í fræðikerfi lögfræðinnar er skattaréttur flokkaður undir allsherjarrétt, þar sem meðal annars falla undir þær réttarreglur sem kveða á um réttarstöðu einstaklinga gagnvart ríkinu.<sup>36</sup> Nánar tiltekið er skattaréttur sú fræðigrein lögfræðinnar sem fjallar um þær réttarreglur sem kveða á um skyldu einstaklinga, félaga, stofnana og sjóða til að greiða skatt til hins opinbera, reglur um hver sé sá skattstofn sem skattskyldan miðast við og reglur um framkvæmd og eftirlit með skattkerfinu.<sup>37</sup>

Öll ríki verða að afla sér tekna til þess að tryggja að samfélagið starfi á viðhlítandi hátt og þurfa því allir þegnar ríkisins að greiða skatt. Sú heimild, sem ríki hafa til að skattleggja þegna sína, er mikilvægur hluti af fullveldi hvers ríkis. Skattheimta ríkisins er forsenda þess að unnt sé að tryggja þegnum landsins efnahagsleg, félagsleg og menningarleg réttindi og hægt sé að halda uppi grundvallarþáttum eins og heilbrigðisþjónustu, löggæslu og dómkerfi. Hugtakið skattur hefur verið skilgreint á eftirfarandi hátt:

Skattur er greiðsla, venjulega peningagreiðsla, sem tilteknir hópar einstaklinga eða lögaðila verða að gjalda til hins opinbera samkvæmt einhliða ákvörðun ríkisvaldsins samkvæmt almennum, efnislegum mælikvarða og án sérgreinds endurgjalds frá hinu opinbera.<sup>38</sup>

Almennt ber að beita almennri lögskýringu við túlkun á skattalögum, það er að segja að túlka þau samkvæmt orðanna hljóðan og eftir þeim lögskýringargögnum sem liggja þeim til grundvallar.<sup>39</sup> Meginskattlagningarheimild íslenska ríkisins um skyldu einstaklinga og lögaðila til að greiða skatt af öllum sínum tekjum er að finna í 1. og 2. gr. tskl.

Samkvæmt stjórnskipun Íslands er það Alþingi sem fer með ákvörðunarvald um fjárstjórn ríkisins og er eitt bært til að ákveða með *almennum lögum*, nánar tiltekið settum lögum í þrengri merkingu, hvaða skattar skulu lagðir á þegna ríkisins, sbr. 40., 77. og 2. mgr. 78. gr. Stjórnarskrár Lýðveldisins Íslands, nr. 33/1944<sup>40</sup> (hér eftir skammstöfuð stjskr.), þar sem kveðið er á um skattlagningarheimild ríkisins.<sup>41</sup> Samkvæmt þessum ákvæðum stjórnarskrárinnar getur hið opinbera knúið tiltekna hópa, einstaklinga eða lögaðila til að

<sup>36</sup> Sigríður Logadóttir: *Lög á bók*, bls. 17-19 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 22.

<sup>37</sup> Jónatan Þórmundsson: *Fyrirlestrar í skattarétti*, bls. 1.

<sup>38</sup> Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við skattlagabrotum og skattlagning eftir á“, bls. 31-32.

<sup>39</sup> Helgi V. Jónsson: „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattsstofns“, bls. 322-323 og Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 227.

<sup>40</sup> Sbr. 15. og 16. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995 um breytingar á stjórnarskrá Lýðveldisins Íslands.

<sup>41</sup> Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 556-557.

greiða peningagreiðslur til sín eftir almennum, efnislegum mælikvarða og án þess að láta af hendi sérgreint endurgjald.<sup>42</sup>

Löggjafarvaldinu er óheimilt að framselja skattlagningarvald sitt til framkvæmdarvaldsins eða annarra aðila samkvæmt 40. og 77. gr. stjkskr., þannig að skattamálum sé skipað með reglugerðum eða öðrum hætti líkt og kveðið var á um í dómi *Hrd. 1985, bls. 1544*, þar sem það var talið brjóta í bága við stjórnarskrána að Alþingi skyldi framselja skattlagningarvald sitt til óæðri stofnunar, sem þar að auki væri utan stjórnkerfis.<sup>43</sup> Í 2. mgr. 77. gr. stjkskr. er kveðið á um að óheimilt sé að leggja á skatt með afturvirkum hætti. Skattgreiðendur eiga að geta treyst því að þyngri skattur verði ekki lagður á þá með nýjum reglum sem gilda aftur í tímann líkt og meðal annars var kveðið á um í *Hrd. 28. maí 2003 (499/2002)* þar sem breyting á reglum um skattfrádrátt vegna hlutabréfakaupa var talin fela í sér afturvirkni sem bryti í bága við 2. mgr. 77. gr. stjkskr.<sup>44</sup>

Þó að stjórnarskráin kveði eingöngu á um þau skilyrði að skattur skuli lagður á með lögum og banni afturvirkni skattalaga, verður löggjafarvaldið að gæta þess að leggja skatta á eftir almennum, efnislegum mælikvarða og gæta jafnræðis, ásamt því að tryggja að skattþegnum sé ekki mismunað með óeðlilegum hætti.<sup>45</sup> Þar sem skattar eru ákveðnir af stjórnvöldum gilda stjórnarsýslulög nr. 37/1993 og reglur stjórnarsýsluréttar þegar skattar eru lagðir á við meðferð mála, eftir því sem við á. Samkvæmt lögmatísreglu stjórnarsýsluréttarins felst sú krafa að skattar verða að eiga sér stoð í lögum sem sett eru af Alþingi og að lögin séu skýr og ótvíræð.<sup>46</sup> Stjórnvöld geta því almennt ekki íþyngt borgurunum með ákvörðunum sínum eða reglugerðum nema hafa til þess viðhlítandi heimild í lögum.<sup>47</sup> Löggjafarvaldið verður því að gæta þess að hafa lögin nægjanlega skýr og nákvæm svo þegnarnir geti auðveldlega séð af lestri þeirra hvaða aðilar séu skattskyldir, hvert gjaldstig skattsins sé og hvernig skattstofninn sé ákvarðaður. Af 40. og 77. gr. stjkskr. er því ljóst að skattar verða eingöngu lagðir á með lögum og að lagareglur um skatta verða að vera skýrar og ítarlegar.<sup>48</sup>

Með skattlagningu kann eignarétti að vera takmörk sett, en þrátt fyrir slíka skerðingu eru skattar ekki taldir brjóta í bága við eignaréttarákvæði 72. gr. stjkskr., að þeim skilyrðum

<sup>42</sup> Páll Hreinsson: „Skattur eða þjónustugjald“, bls. 66-67.

<sup>43</sup> Sigurður Línal: *Um lög og lögfræði*, bls. 123-124 og Gylfi Knudsen: „Ettarmark álögunnar“, bls. 315-339.

<sup>44</sup> Björg Thorarensen: *Um lög og rétt*, bls. 90.

<sup>45</sup> Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 556-557 og Björn Þ. Guðmundsson: *Lögbókin þín*, bls. 392.

<sup>46</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 222.

<sup>47</sup> Róbert R. Spanó: *Um lög og rétt*, bls. 103.

<sup>48</sup> Sbr. *Hrd. 1999, bls. 3780*. „Með 15. gr. stjórnskipunarlaga nr. 97/1995 var aukið við þann áskilnað 77. gr. stjórnarskrárinnar, að skattamálum skyldi skipað með lögum, að ekki mætti fela stjórnvöldum ákvörðun um það, hvort leggja skyldi á skatt, breyta honum eða afnema hann. Verður að líta svo á, að með þessu hafi stjórnarskrárgjafinn viljað áréttá þá grunnreglu 40. gr. stjórnarskrárinnar, að engan skatt megi á leggja né breyta né af taka nema með lögum.“

uppfylltum að þeir séu ákveðnir með lögum, séu almennir og leggist jafnt á borgarana.<sup>49</sup> Stjórnarskráin hefur ekki að geyma ákvæði sem kveða á um mörkin á milli eignarnáms og skatta, en löggjafanum ber að gæta jafnræðis meðal þegnanna við álagningu skatta svo skattlagningin teljist ekki brjóta í bága við eignaréttarákvæði 72. gr. stjkskr.<sup>50</sup>

Íslenska ríkið er bundið af alþjóðlegum skuldbindingum sem það hefur tekið á sig og ber löggjafarvaldinu að taka tillit til þeirra þegar það beitir skattlagningarvaldi sínu.<sup>51</sup> Íslenska ríkinu ber skylda til að leiða ákvæði alþjóðlegra samninga í landslög eða samræma landsrétt að ákvæðum þjóðréttarsamnings. Einnig hvílir sú skylda á aðildarþjóðum að alþjóðsamningum að skýra landslög í samræmi við þjóðréttarskuldbindingar sínar, sbr. 3. gr. laga nr. 2/1993, um Evrópska efnahagssvæðið, (hér eftir skammstafað EES-samningurinn) þar sem kemur fram að skýra eigi lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.<sup>52</sup>

Skattareglur geta verið tæki til að ná fleiri markmiðum en aðeins þeim að vera tekjuöflun fyrir ríkissjóð og varðveita skattstofna ríkisins. Þær geta líka haft önnur markmið, svo sem til dæmis að takmarka skuldsetningu félaga og einstaklinga. Þannig geta reglur er lúta að takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda haft tvíþætt hlutverk, annars vegar stuðlað að því að varðveita skattstofna ríkisins og hins vegar komið í veg fyrir óhóflega skuldsetningu félaga. Skattareglur hafa fram til þessa verið notaðar til þess að ná fram öðrum markmiðum en að afla ríkinu tekna, til dæmis hafa verið settar ívilnandi reglur fyrir einstaklinga og félög ef þau fjárfesta í tilteknum hlutum til þess að efla fjárfestingu í landinu.

### 3.2 Skattskylda lögaðila

Meginregluna um skyldu einstaklinga og lögaðila til að greiða skatt af öllum sínum tekjum er að finna í 1. og 2. gr. tskl. Samkvæmt 2. gr. tskl. er tekjuskattsstofn lögaðila þær tekjur sem kveðið er á um í II. kafla laganna, að frádrægnum þeim frádráttarbæra rekstrarkostnaði sem heimilaður er samkvæmt 31. gr. tskl. Í II. kafla. tskl. er sett fram sú meginregla í 7. gr. laganna að allar tekjur þeirra, sem skattskyldir eru hér á landi, séu skattskyldar samkvæmt lögunum, nema þær séu sérstaklega undanskildar.<sup>53</sup> Tekjuskattur af tekjum lögaðila er reiknaður af nettó tekjum, sem þýðir að frá heildartekjum starfsemi sinnar getur lögaðili dregið frá þau heildargjöld, sem á árinu hafa gengið til að afla teknanna, tryggja þær og halda

<sup>49</sup> Björg Thorarensen: *Um lög og rétt*, bls. 90 og Gylfi Knudsen: „Ættarmark álögunnar“, bls. 313.

<sup>50</sup> Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*, bls. 118-124.

<sup>51</sup> Sbr. *Hrd. 15. maí 2003 (477/2002)*. Þar var talið að samningurinn um evrópska efnahagssvæðið, sbr. lög nr. 2/1993, gengi framur lögum nr. 50/1988, um virðisaukaskatt, þar sem yngri lög ganga framur eldri.

<sup>52</sup> Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 85 og Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*, bls. 42-45.

<sup>53</sup> Helgi V. Jónsson: „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattsstofns“, bls. 321.

þeim við, líkt og kveðið er á um í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. Samkvæmt B-lið 7. gr. tskl. er lögaðilum skylt að telja fram allar sínar tekjur hvar sem þeirra er aflað, en gjöld mega þeir aðeins draga frá tekjum ef slíkt er heimilt samkvæmt lögum. Sú heimild lögaðila að draga frá tekjum sínum tiltekin rekstrarkostnað samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. er undantekning frá meginreglunni sem kveðið er á um í 2. gr. tskl. um skyldu félaga til að greiða skatt af öllum sínum tekjum.<sup>54</sup> Undantekningar frá meginreglu skattalaga verður að vera kveðið á um með skýrum og fyrirfram ákveðnum hætti í lögum, þar sem skýrt er kveðið á um í stjórnarskránni að ekki sé heimilt að leggja á skatt, breyta né taka af nema með lögum, sbr. 40. og 77. gr. stjtskr. Í skattalögum hefur verið heimilt að draga rekstrarkostnað frá tekjum lögaðila allt frá árinu 1921, sbr. 11. gr. laga nr. 74/1921 um tekju- og eignaskatt.

### 3.3 Rekstrarkostnaður lögaðila

*Rekstrarkostnaður* er það hugtak sem notað er um frádráttarbær útgjöld í skattalögum og er meginreglan sú að þegar skattalög kveða ekki á um að annar háttur skuli hafður á þá skuli telja rekstrarkostnað samkvæmt skattalögum hinn sama og rekstrarkostnað samkvæmt reikningsskilareglum. Þess má geta að risnu- og viðskiptakostnaður telst til dæmis frádráttarbær rekstrarkostnaður bæði samkvæmt reikningsskilareglum og skattareglum. Það er þó ekki skilyrðislaust alltaf svo að sá kostnaður, sem telst vera rekstrarkostnaður samkvæmt reikningsskilareglum, teljist vera það samkvæmt skattalögum. Einkaútgjöld eiganda félags teljast til að mynda ekki til frádráttarbærs kostnaðar samkvæmt skattalögum en geta talist það samkvæmt reikningsskilareglum.<sup>55</sup>

Í 1. mgr. 31. gr. tskl. segir m.a.:

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

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

Í ákvæðinu kemur fram það skilyrði að til þess að um frádráttarbæran kostnað sé að ræða þá þurfi að vera um útgjöld að ræða „*sem eiga á árinu að ganga til að afla teknanna*“. Þetta

<sup>54</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattur á fyrirtæki*, bls. 196.

<sup>55</sup> Helgi V. Jónsson: „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattsstofns“, bls. 333.

orðalag ákvæðisins hefur verið túlkað á þann hátt að útgjöldin verði að hafa orðið til á árinu og gagngjaldið verður að hafa verið greitt, sbr. 2. mgr. 59. gr. tskl., en útgjöldin þurfa ekki að hafa leitt til tekna á sama árinu.<sup>56</sup>

Frádráttur gjalda frá tekjum er bundinn því skilyrði að einhvers konar samband sé á milli kostnaðarins og teknanna líkt og kveðið er á um í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. um „*að gjöldin eigi að ganga til að afla teknanna, tryggja þær og halda þeim við*“. Ef til dæmis er um kostnað vegna risnu að ræða þá þarf að koma fram í hvaða tilgangi risnan var, hver hafi notið hennar og hver séu tengsl þess aðila við lögaðilann. Það þarf því að vera tiltekið orsakasamband á milli gjalda og tekna svo heimilt sé að nota gjöldin sem frádráttarbæran kostnað. Það er þó talið nægjanlegt að til útgjaldanna hafi verið stofnað í þeim tilgangi að afla tekna, en ekki er sett fram það skilyrði að gjöldin þurfi að hafa aflað tiltekinna tekna til þess að teljast frádráttarbær. Það er ekki heldur sett fram það skilyrði að útgjöldin þurfi að hafa verið nauðsynleg til að afla teknanna. Þar sem lögaðilinn ræður því sjálfur hvernig hann hagar rekstri sínum er ekki unnt að neita skattaðila um frádrátt þó hann greiði starfsmönnum sínum verulega há laun eða leigi stærra atvinnuhúsnæði en hann hefur raunverulega þörf fyrir.<sup>57</sup> Fjárfestingarútgjöld lögaðila, svo sem eignakaup og fjárfestingar skattaðila sem mynda eign í atvinnurekstrinum og eru enn til staðar í lok rekstrartímabilsins, eru ekki frádráttarbær rekstrarkostnaður.<sup>58</sup>

Í reglugerð nr. 483/1994 um frádrátt frá tekjum af atvinnurekstri og sjálfstæðri starfsemi er nánar kveðið á um hvaða gjöld teljist vera frádráttarbær rekstrarkostnaður. Sönnunarbyrðina fyrir því að um frádráttarbæran rekstrarkostnað sé að ræða ber sá sem hyggst nýta sér frádráttinn. Skattaðili getur sannað það með því að leggja fram reikninga eða önnur skjöl máli sínu til stuðnings.<sup>59</sup>

Í 50. gr. tskl. er kveðið á um hvaða útgjöld teljist ekki vera frádráttarbær rekstrarkostnaður og falla þar undir meðal annars gjafir og fjársektir. Í 3. tölul. 50. gr. tskl. er kveðið á um að óheimilt sé að telja til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar arð eða vexti af framlögðu fé manns til atvinnurekstrar eða sjálfstæðrar starfsemi, hvort heldur reksturinn sé á eigin ábyrgð eiganda eða með ótakmarkaðri ábyrgð í sameign með öðrum, sbr. og 2. mgr. 2. gr. tskl. Samkvæmt 3. tölul. 50. gr. tskl. er sameignarfélagi því óheimilt að draga vaxtakostnað af láni sem veitt hefur verið af eiganda þess frá hagnaði félagsins. Á þessa reglu 3. tölul. 50. gr. tskl., um að

<sup>56</sup> Helgi V. Jónsson: „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattstofns“, bls. 334-335.

<sup>57</sup> Helgi V. Jónsson: „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattstofns“, bls. 336.

<sup>58</sup> Helgi V. Jónsson: „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattstofns“, bls. 337.

<sup>59</sup> *Úrskurður yfirskattanefndar 22. september 1999 (502/1999)*, þar sem komist var að þeirri niðurstöðu að skattaðilinn yrði að bera hallann af því að hann gæti ekki lagt fram viðhlítandi bókhaldsgögn til sönnunar á útgjöldunum.

vextir af eiginfjárframlögum til sameignarfélags séu ekki frádráttarbær rekstrarkostnaður, reyndi í dómi *Hrd. 18. nóvember 2004 (151/2004)* þar sem málavextir voru eftirfarandi:

Hlutafélagi um rekstur málflutningsstofu var slitið árið 1996 og sameignarfélag um rekstur stofunnar endurvakið. Við slit hlutafélagsins voru sameignarfélaginu seldar hreinar bókfærðar eignir þess og var kaupverðið greitt með skuldabréfum. Jafnframt var rekstrarlán, sem hlutafélagið veitti sameignarfélaginu, að hluta til endurgreitt með skuldabréfum. Við úthlutun eigna hlutafélagsins komu öll þessi skuldabréf í hlut hluthafanna, hinna sömu og voru félagsmenn í sameignarfélaginu. Deilt var um hvort gjaldfærð vaxtagjöld á rekstrarreikningi sameignarfélagsins vegna vaxta af skuldabréfunum væru frádráttarbær frá tekjum þess. Var fallist á það álit yfirséðanefndar, að þar sem tilgangur umræddra ráðstafana hafi í raun verið sá einn að færa rekstur málflutningsstofunnar aftur í það félagsform, sem hann var áður, og jafnframt að fjármagn það sem gekk til sameignarfélagsins í formi lánsfjár hafi fallist í eigin fé þessa rekstrar, yrði að virða ætlaðar lánveitingar sem framlagt fé í skilningi skattalaga, en vextir af því væru ekki frádráttarbærir, sbr. 3. tölul. 50. gr. tskl. Úrskurður yfirséðanefndar var því staðfestur og félaginu synjað um frádráttarbærni vaxtagjalda af umræddum lánum.

Af dóminum má því draga þá ályktun að ef eigendur leggja sameignarfélagi til eigið fé í formi láns þá er félaginu óheimilt að draga þau vaxtagjöld, sem af láninu hljóta, frá hagnaði sínum sem frádráttarbæran rekstrarkostnað.

### 3.4 Vaxtagjöld

Við afmörkun á hugtakinu *vextir* í skattarétti ber að líta til 8. gr. tskl., sbr. 49. og 50. gr. sömu laga, en samkvæmt almennri lagamálvenju teljast vextir vera, *reglubundið endurgjald* fyrir lán á peningum eða umlíðun skuldar, sem ákveðið er fyrir fram fyrir tiltekið tímabil, venjulega eitt ár, og miðast við ákveðinn hundradshluta af fjárhæð lánsins eða eftirstöðvum skuldarinnar á hverjum tíma.<sup>60</sup> Vextir eru endurgjald fyrir peningalán eða önnur lán til eignar og eru oftast ákveðin sem tiltekið hundradsgjald lánsfjárhæðar á ári.<sup>61</sup>

Hugtakið *vaxtagjöld* í skattalögum er skilgreint nokkuð rúmt og undir vaxtagjöld falla ekki aðeins vextir heldur einnig ýmis önnur gjöld sem tengjast vaxtakröfu. Samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. er heimilt að draga frá tekjum vexti af skuldum, afföllum og gengistapi eftir því sem nánar er ákveðið í lögum um tekjuskatt.

Í 1. mgr. 49. gr. tskl. er í fjórum tölulögum talið upp hvað telst til vaxtagjalda samkvæmt ákvæðinu og því frádráttarbær rekstrarkostnaður samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. Ákvæðið er svohljóðandi:

1. Vextir af skuldum, föstum og lausum, þar með taldir dráttarvextir. Til vaxtagjalda má og telja lánökukostnað, árlegan eða tímabundinn fastakostnað, þóknanir, stimpilgjöld og

<sup>60</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattur á fyrirtæki*, bls. 266 og vaxtalög nr. 38/2001.

<sup>61</sup> Björn Þ. Guðmundsson: *Lögbókin þín*, bls. 514 .



þinglýsingarkostnað af lánum. Með vaxtagjöldum í þessu sambandi teljast og áfallnar verðbætur á höfuðstól og vexti.

2. Afföll af seldum verðbréfum, víxlum og sérhverjum öðrum skuldaviðurkenningum, enda sé kaupandi bréfanna nafngreindur. Afföllin skulu reiknuð til frádráttar með hlutfallslegri fjárhæð ár hvert eftir afborgunartíma. Sé skuld yfirtekin af öðrum eða falli greiðsluskylda niður áður en afborgunartíma er lokið teljast eftirstöðvar affalla ekki til frádráttar tekjum. Hafi skuld verið yfirtekin í sambandi við eignasölu er seljanda þó heimilt að lækka söluverð eignarinnar um fjárhæð sem nemur eftirstöðvum affallanna, enda hafi hann verið upphaflegur skuldari hinnar yfirteknu skuldar.

3. Vextir af stofnsjóðsinnstæðum í félögum sem um ræðir í 2. tölul. 1. mgr. 2. gr.

4. Gengistöp af hvers konar skuldum í erlendum verðmæli á því ári sem gengisbreyting á sér stað og miðast þau við sölugengi viðkomandi erlends gjaldeyris í árslok. Frá gengistapi ársins skal draga gengishagnað, sbr. 5. tölul. 1. mgr. 8. gr., og færa mismuninn til gjalda sem gengistap [með jafnri fjárhæð á þrjú ár frá og með því reikningsári sem gengistap fellur til].

Undir frádráttarbær vaxtagjöld falla til dæmis almennir vextir, dráttarvextir, áfallnar verðbætur, lántökukostnaður, þóknun og vanskilagjald ásamt þinglýsingar- og stimpilgjöldum og er heimilt að draga vaxtagjöld frá tekjum hvort sem vextirnir eru greiddir til að afla tekna eða eigna. Tilgangur 1. tölul. 1. mgr. 49. gr. tskl. er einkum sá að sjá til þess að kostnaður af lánum og skuldum, sem er umfram afborgun á höfuðstól eða eftirstöðvar skulda, sé frádráttarbær rekstrarkostnaður. Í 2. mgr. 49. gr. tskl. er það skilyrði sett fram að gjöld samkvæmt 1. mgr. 49. gr. tskl. séu eingöngu frádráttarbær kostnaður ef þau eru tengd atvinnurekstri eða sjálfstæðum rekstri.<sup>62</sup>

### 3.5 Skilyrði fyrir frádráttarbærni vaxtagjalda

Það er ein af meginreglum tskl. að til þess að kostnaður heimilist til frádráttar skattskyldum rekstrartekjum þurfi hann að uppfylla þau skilyrði að ganga til að afla teknanna, tryggja þær og halda þeim við samkvæmt ákvæði 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. Þannig þurfa vaxtagjöld að vera af skuldum sem tengjast rekstrinum með því að þær eru lagðar á reksturinn eða til þeirra er stofnað með það fyrir augum að kaupa eignir sem nýttar eru til tekjuöflunar í rekstrinum.

Svo heimilt sé að gjaldfæra vaxtagjöld sem frádráttarbæran rekstrarkostnað er það skilyrði sett fram í tskl. að þau séu vegna láns eða skuldar. Hins vegar er frádráttarbærni vaxta ekki bundið því skilyrði að vextir séu greiddir reglulega og getur greiðsla vaxtanna því farið fram í upphafi eða lok lánstímans.<sup>63</sup> Ekki er það alltaf svo að vextir séu greiddir reglulega þar sem að í lánasamningum er þekkt að vextir séu ekki greiddir fyrr en við enda lánstíma. Slíkt fyrirkomulag vaxtagreiðslna hefur þó ekki áhrif í skattskilum fyrirtækja vegna þess að skattur

<sup>62</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattur á fyrirtæki*, bls. 266-268.

<sup>63</sup> Til eru skuldabréf sem hafa engan lokagjalddaga höfuðsstóls, en hafa hins vegar uppgreiðsluheimild skuldara (e. perpetuity). Sem dæmi um slíkt má nefna bresk ríkisskuldabréf.

greiðist af þeim vöxtum sem eru áfallnir og það sama gildir um gjaldfærslu vaxtagjalda. Félag gjaldfærir því í skattskilum sínum vexti sem verða til á árinu jafnvel þó það eigi ekki að greiða þá fyrr en eftir 10 ár og það sama gildir um lánveitandann sem tekjufærir vextina. Þegar mat er lagt á það hvort um lán sé að ræða og krafan raunveruleg er litið til þess hvort skriflegur samningur sé til staðar, hver sé lánstími, hvaða tryggingar séu til endurgreiðslu lánsins, vaxtakjör og svo framvegis. Því nánari sem kröfuhafi og skuldari eru, því ríkari eru kröfurnar. Ef aðilar eru nánir og ofangreind skilyrði ekki uppfyllt geta skattyfirvöld hafnað frádrætti vaxtagjalda og horft fram hjá láninu eða litið á það með þeim hætti að um sé að ræða fjármagn sem lagt er fram sem eigið fé, en ekki lán.<sup>64</sup>

Í skýrslu Alþjóðagjaldeyrissjóðsins kemur fram að það, að engin takmörkunarákvæði um magra eiginfjármögnun séu í íslenski löggjöf, hafi ýtt undir skattasniðgöngu. Fjárfestar hafi stundað það hér á landi að stofna dótturfélög, sem hafi verið fjármögnuð með lánsfé, sem síðar hafi runnið saman við rekstrarfélög sem rekin voru með hagnaði og rekstrarfélagið svo nýtt vaxtagjöldin sem greidd eru af láninu, sem dótturfélagið tók upphaflega, sem frádráttarbæran rekstrarkostnað á móti þeim hagnaði sem myndaðist í rekstrarfélaginu og þar með lækkað tekjuskattstofn félagsins og með þessu náð fram verulegu skattalegu hagræði.<sup>65</sup> Þegar félög beita aðferðum af þessu tagi, það er að segja framkvæma samruna í kjölfar skuldsettrar yfirtöku sem eru í sjálfu sér löglegar, þá vaknar sú spurning hvort fjármagnskostnaðurinn, sem rekstrarfélagið sem varð að yfirtökufélaginu eftir samruna er að greiða, teljist vera kostnaður við að afla félaginu tekna eða eigna, það er að segja hvort þessi fjármagnskostnaður sé í raun frádráttarbær rekstrarkostnaður sem uppfyllir það skilyrði sem sett er fram í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl.

Í frumvarpi til laga um tekjuöflun ríkisins,<sup>66</sup> sem lagt var fram á árinu 2009, var í 8. gr. lagt til að vaxtagjöld af þeim skuldum, sem færast yfir við samruna þegar um skuldsettar yfirtökur félaga sé að ræða og vegna arðgreiðslna, teldust ekki til rekstrarkostnaðar. Í frumvarpinu er fjallað um að mikil aukning hafi orðið á skuldsettum yfirtökum félaga sem voru síðar sameinuð með öfugum samruna á síðasta áratug. Einnig er tekið fram að sú gríðarlega aukning á skuldsetningu félaga sem meðal annars var vegna kaupa og öfugs samruna og til að greiða hluthöfum út arð á síðustu árum, hafi átt mikinn þátt í þeim mikla efnahagsvanda sem nú ríkir hér á landi og nauðsynlegt sé að grípa til aðgerða til að takmarka skuldsetningu félaga. Í frumvarpinu er tekið fram að það hafi verið afstaða skattyfirvalda að vextir af

<sup>64</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattur á fyrirtæki*, bls. 269.

<sup>65</sup> *Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*, bls. 21.

<sup>66</sup> Þskj. 292, 138. lögþ. 2009-10, bls. 24-26 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

skuldum sem stofnað er til í þeim tilgangi að yfirtaka fyrirtæki með framangreindum hætti, það er að segja að fyrirtækin sjálf fjármagni kaup hluthafanna eða beinar úttektir þeirra úr fyrirtækjunum, séu ekki frádráttarbærir frá tekjum þar sem vextirnir uppfylli ekki þau grundvallarskilyrði sem kveðið er á um í tskl. um frádráttarbærni vaxtagjalda.<sup>67</sup> Tillagan náði ekki fram að ganga og var felld niður er hún var til meðferðar hjá efnahags- og skattanefnd. Þó tillagan hafi verið felld niður má að mati höfundar álykta út frá henni, að skattyfirvöld séu farin að líta til þess að nauðsynlegt sé að setja í tskl. ákvæði sem kveði á um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda við tiltekna aðstæður, svo sem þegar um skuldsettar yfirtökur og samruna er að ræða.<sup>68</sup> Skattyfirvöld eru jafnframt farin að líta til þess hvort ekki sé nauðsynlegt að setja reglu sem kveði á um að litið verði á greiðslur milli tengdra aðila sem arð þegar hlutfall skulda og eigin fjár lögaðilans sem innir greiðsluna af hendi fer yfir tiltekið mark.<sup>69</sup>

Tilgangurinn með því að setja reglu um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda við skuldsettar yfirtökur var sá að koma í veg fyrir takmarkaða eiginfjármögnun þegar um yfirtöku eignarhaldsfélaga á rekstrarfélögum væri að ræða. Hörð gagnrýni kom fram frá Samtökum atvinnulífsins hvað varðaði þá áætlun stjórnvalda að setja ákvæði í skattalög sem takmarkaði frádráttarbærni vaxtagjalda við skuldsettar yfirtökur. Samtök atvinnulífsins bentu á þá staðreynd að slíkt ákvæði myndi verða til þess að hindra samruna félaga og takmarka það rekstrarlega hagræði, sem samruni geti haft í för með sér, ásamt því að hamla gegn endurreisn íslensks atvinnulífs. Samtökin töldu að þetta væri ekki rétta leiðin að því markmiði að draga úr skuldsettum yfirtökum hér á landi, heldur væri vænlegra að setja reglur um magra eiginfjármögnun félaga sem væru sambærilegar þeim sem tíðkuðust í öðrum vestrænum löndum.<sup>70</sup>

### 3.6 Arðgreiðslur

Í 1. mgr. 11. gr. tskl. er kveðið á um að til tekna sem *arður* teljist sérhver afhending verðmæta frá hlutafélagi til hluthafa, er telja verði sem tekjur af hlutareign þeirra í félaginu. Félög sem eiga hlutabréf í hlutafélögum og einkahlutafélögum fá úthlutað arði frá þeim félögum sem þau eiga hlut í ef hagnaður verður af rekstri þeirra og ákvörðun er tekin um arðsúthlutun, sbr. 99. gr. hl. og 74. gr. ehl., og nefnast slíkar greiðslur arður í *þröngum* skilningi. Samkvæmt tskl. er arður skilgreindur *rýmra*, það er að segja að um sé að ræða yfirfærslu á verðmæti frá

<sup>67</sup> Þskj. 292, 138. lögþ. 2009-10, bls. 24-26 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>68</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: „Vaxtagjöld af skuldum sem færast yfir við samruna félaga“, bls. 42.

<sup>69</sup> Guðrún Jenný Jónsdóttir: „Milliverðlagning og tvísköttunarsamningar á breyttum tímum“, bls. 10.

<sup>70</sup> „Alvarlegar athugasemdir atvinnulífsins við boðaðar skattabreytingar“, <http://www.amx.is/vidskipti/12361/>.

hlutafélagi, sem hluthafi á eignahlut í. Félag sem móttækur arð ber skattskyldu vegna þeirra tekna á grundvelli 4. tölul. C-liðar 7. gr., sbr. 1. mgr. 11 gr., sbr. 71. gr. tskl. Samkvæmt 9. tölul. 31. gr. tskl. mega félög, sem þannig móttaka arð, færa til frádráttar tekjum sínum fjárhæð sem er jafnhá móttæknum arði, að fullnægðum tilteknum skilyrðum. Rétt er vekja athygli á því að skilgreining á frádráttarbærri fjárhæð samkvæmt 9. tölul. 31. mgr. tskl. fer ekki að fullu saman við skilgreiningu 11. gr. tskl. á arði og því geta skapast þau tilvik að móttækin sé greiðsla sem telst arður samkvæmt 11. gr. tskl., án þess að réttur til frádráttar sé til staðar samkvæmt 9. tölul. 31. gr. sömu laga. Þetta helgast af því að frádráttarheimildin vísar til hlutafélagalaga á meðan 11. gr. tskl. hefur að geyma rýmri skilgreiningu á arðshugtakinu.

### 3.7 Skilsmunur vaxta- og arðgreiðslna í skattarétti

Þar sem reglur um magra eiginfjármögnun heimila skattyfirvöldum, að tilteknum skilyrðum uppfylltum, að líta á vaxtagjöld sem arðgreiðslur þegar um lán milli tengdra aðila er að ræða, þá ber að líta til þess hvernig skattyfirvöld leggja mat á það hvort um arð- eða vaxtagreiðslu sé að ræða. Í *bindandi álit Ríkisskattstjóra 20. mars 2001 (2/2001)* kemur m.a. fram til hvaða atriða ber að líta í skattarétti við mat á því hvort líta skuli á lán sem framlag á eigin fé eða lán og hvort heimilt sé að telja fjármagnskostnað vegna lánsins til frádráttarbærs kostnaðar, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl.:

Sá almenni greinarmunur er gerður á milli láns annars vegar og eiginfjárframlags hins vegar að kröfuhafi lánsins á rétt á endurgreiðslu á gjaldþaga, þ.e. á fyrirframákveðnum efnatíma, en á hinn bóginn á hluthafi (eða eigandi eiginfjárframlags) ekki kröfu til endurgreiðslu síns framlags á meðan félagið er enn starfandi. Eiginfjárframlag er þannig varanleg fjárfesting sem er ætluð til nota fyrir fyrirtækið sem fjárfest hefur verið í, á meðan að lán er í eðli sínu tímabundin fjárfesting í fyrirframákveðinn tíma. Til að greina á milli eiginfjárframlags og láns er varanleiki fjárfestingar og mögulegrar endurgreiðslu að jafnaði veigamikill þáttur sem til skoðunar kemur. Það er engu að síður viðurkennt í verðbréfarétti að þegar um er að ræða svonefnd blönduð fjárfestingarverðbréf (hybrid securities) eins og um ræðir í máli þessu þá sé að ýmsu leyti óljóst hvoru megin hryggjar fjárfestingin falli, þ.e. hvort um sé að ræða lán eða eiginfjárframlag [...] Við samanburðarskýringu á ákvæði 8. og 9. gr. laganna sést berlega að vaxtaskilgreiningin er mun víðari og altækari en skilgreining laganna á arði. Þannig er talað um vexti af víxlum, verðbréfum og öllum öðrum kröfum sem arð bera eða vexti. Ákvæði 9. gr. er aftur á móti samkvæmt orðlagi sínu bundið við „hluti og hlutabréf“ og við tekjur af „hlutareign“. Þannig virðist ákvæði 9. gr. um arð ganga út frá þeirri forsendu að arður geti einungis verið til staðar þegar um er að ræða eignarhlutdeild í félagi og þannig er sá eignarhluti forsenda þess að um arðstekjur geti verið að ræða. Það að eiga kröfu á hendur félagi verður ekki talið eignarhlutdeild í þessu sambandi heldur einungis raunverulegur eignarhlutur, þ.e. eignarhlutur sem fylgja þau réttindi sem slíkum hlutum fylgir lögum samkvæmt, sbr. einkum lög nr. 2/1995, um hlutafélög.

Af álitinu má draga þá ályktun að til þess að um arðgreiðslu teljist vera að ræða þá þurfi viðkomandi aðili sem móttækur greiðsluna að eiga raunverulegan eignahlut í félaginu sem veitir honum tiltekin réttindi samkvæmt lögum. Það að aðili eigi kröfur á hendur félagi telst ekki vera eignarhlutdeild í skilningi 9. gr. tskl. og teljast greiðslur til kröfuhafa því vera vaxtagjöld en ekki arðgreiðslur.

### 3.8 Niðurstöður

Meginskattlagningarheimild íslenska ríkisins um skyldu einstaklinga og lögaðila til að greiða skatt af öllum sínum tekjum er að finna í 1. og 2. gr. tskl. Um skattlagningarheimild ríkisins er kveðið á um í 40., 77. og 2. mgr. 78. gr. stjkskr., þar sem kveðið er á um að skattar skuli eingöngu lagðir á með lögum og lagt er bann við afturvirkni skattalaga. Löggjafinn verður að gæta að því að leggja skatta á eftir almennum, efnislegum mælikvarða og gæta jafnræðis, ásamt því að gæta að því að skattþegnum sé ekki mismunað með óeðlilegum hætti. Íslenska ríkinu ber skylda til að taka tillit til ákvæða alþjóðlegra samninga við ákvörðun um skatta og því er skylt að túlka landslög til samræmis við þjóðréttarskuldbindingar, sbr. 3. gr. EES-samningsins.

Kveðið er á um skattskyldu lögaðila í 2. gr. tskl., þar sem mælt er fyrir um að þær tekjur sem kveðið er á um í II. kafla tskl., að frádregnum þeim frádráttarbæru útgjöldum sem mælt er fyrir um í 31. gr. tskl. og heimilt er að telja til rekstrarkostnaðar félags, mynda tekjuskattsstofn lögaðila. Félagi ber skylda til að telja fram allar sínar tekjur hvar sem þeirra er aflað, sbr. B-lið 7. gr. tskl., en gjöld má það einungis draga frá tekjum ef það er heimilt samkvæmt lögum. Það hugtak sem notað er um frádráttarbær útgjöld í skattalögum er rekstrarkostnaður og hann skal telja þann sama samkvæmt skattalögum og reikningsskilareglum, nema skattalög mæli fyrir um annað.

Í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. er kveðið á um að til rekstrarkostnaðar teljist vera „þau gjöld sem eiga á árinu að ganga til að afla teknanna, tryggja þær og halda þeim við“. Það þarf því að vera tiltekið orsakasamband á milli kostnaðarins og teknanna svo heimilt sé að nota gjöldin sem frádráttarbæran kostnað. Það er talið nægjanlegt að til útgjaldanna hafi verið stofnað með það að markmiði að afla tekna en það er ekki skilyrði fyrir frádráttarbærni þeirra að þau hafi aflað teknanna.

Við afmörkun á hugtakinu vextir í skattarétti ber að líta til 8. gr. tskl., sbr. 49. og 50. gr. sömu laga, og hafa vaxtagjöld fram til þessa verið túlkuð rúmt. Undir hugtakið vextir falla ekki aðeins vextir af kröfu heldur einnig ýmis önnur gjöld sem tengjast vaxtakröfu, sbr. 1. mgr. 49. gr. tskl., þar sem talið er upp hvað telst til vaxtagjalda og þar með frádráttarbærs

rekstrarkostnaðar samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. Í lögnum er sett fram það skilyrði fyrir frádráttarbærni vaxtagjalda að þau séu vegna láns eða skuldar en ekki er sett fram skilyrði um að vextirnir þurfi að vera greiddir reglulega. Ekki er það alltaf svo að vextir séu greiddir reglulega þar sem í lánasamningum er þekkt að vextir séu ekki greiddir fyrr en við enda lánstíma.<sup>71</sup> Við mat á því hvort krafan sé raunveruleg er litið til þess hvort skriflegur samningur sé til staðar, hver sé lánstími og hvaða tryggingar liggi að baki láninu sem og hver vaxtakjör þess séu. Einnig er við matið litið til þess hvort um hagsmunatengsl á milli kröfuhafa og skuldara sé að ræða.

Í skýrslu Alþjóðagjaldeyrissjóðsins kemur fram að sú staðreynd, að engin takmörkunarákvæði um magra eiginfjármögnun félaga hafi verið hér á landi, hafi ýtt undir skattasniðgöngu. Félög hafi skuldsett sig óhóflega þar sem vaxtagjöld af lánum teljast til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar og hafi meðal annars stundað það að kaupa félög með skuldsettum yfirtökum sem hafi svo verið sameinuð með öfugum samruna sem hafi orðið til þess að lán sem upphaflega var tekið til að kaupa tiltekið félag var orðið að frádráttarbærum rekstrarkostnaði í því félagi sem lánið var upphaflega tekið til að kaupa.

Að mati höfundar er það álitamál hvort sá vaxtakostnaður, sem skilgreindur er sem rekstrarkostnaður vegna láns sem hefur flust yfir til rekstrarfélagsins í kjölfar samruna, uppfylli þau skilyrði sem sett eru fram í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. um að þau séu kostnaður við að afla féluginu tekna, eða eigna. Í frumvarpi með lögum um tekjuöflun ríkisins<sup>72</sup> sem lagt var fram á haustþingi 2009 var lagt til að sett yrði ákvæði í tskl., sem kvæði á um að óheimilt væri að telja vaxtagjöld vegna lána sem kæmu til vegna samruna félaga til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar, en í meðförum þingsins var ákvæðið fellt úr frumvarpinu. Í athugasemdum sem fylgdu 8. gr. frumvarps til laga um tekjuöflun ríkisins létu skattyfirvöld í ljós þá skoðun sína um að það væri afstaða skattyfirvalda að vextir af skuldum, sem stofnað væri til í þeim tilgangi að yfirtaka fyrirtæki með skuldsettum yfirtökum, það er að segja að fyrirtækin sjálf fjármögnuðu kaup hluthafanna, væru ekki frádráttarbærir frá tekjum þar sem þeir uppfylltu ekki þau grundvallarskilyrði sem sett væru fram í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl.<sup>73</sup> Að mati höfundar er vert fyrir löggjafann að taka aftur til skoðunar hvort ráðlegt sé að setja í skattalög ákvæði sem er sambærilegt ákvæði 3. tölul. 50. gr. tskl., sem kveður á um að óheimilt sé að telja til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar arð eða vexti af framlögðu fé manns til

<sup>71</sup> Slíkt fyrirkomulag vaxtagreiðslna hefur þó ekki áhrif í skattskilum fyrirtækja vegna þess að skattur greiðist af þeim vöxtum sem eru áfallnir og það sama gildir um gjaldfærslu vaxtagjalda. Félag gjaldfærir því í skattskilum sínum vexti sem verða til á árinu jafnvel þó það eigi ekki að greiða þá fyrr en eftir 10 ár og það sama gildir um lánveitandann sem tekjufærir vextina.

<sup>72</sup> Þskj. 292, 138. lögþ. 2009-10, bls. 24-26 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>73</sup> Þskj. 292, 138. lögþ. 2009-10, bls. 24-26 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

atvinnurekstrar eða sjálfstæðrar starfsemi, hvort heldur reksturinn er á eigin ábyrgð eiganda eða með ótakmarkaðri ábyrgð í sameign með öðrum, sbr. og 2. mgr. 2. gr. tskl. Ákvæðið myndi beinast að skattalegri meðferð félaga í kjölfar samruna þar sem kveðið væri á um að óheimilt væri að telja til frádráttarbærs rekstarkostnaðar þann vaxtakostnað, sem væri greiddur af láni, sem upphaflega var tekið af félagi B til að kaupa félagið A. Jafnframt er það mat höfundar að samfara umræðu um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda, þegar um skuldsettar yfirtökur er að ræða, sé einnig nauðsynlegt að takmarka frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félag er óhóflega skuldsett með lánum frá tengdum félögum ef skuldahlutfall þess fer yfir tiltekið viðmið.

Þar sem sumar af þeim reglum sem í gildi eru á vesturlöndum um magra eiginfjármögnun kveða á um heimild til handa skattyfirvöldum, að tilteknum skilyrðum uppfylltum, að líta á vaxtagjöld sem arðgreiðslur þegar um lán milli tengdra aðila er að ræða þá ber að líta til þess hvernig skattyfirvöld leggja mat á það hvort um arð- eða vaxtagreiðslu sé að ræða. Í *bindandi álit* Ríkisskattstjóra 20. mars 2001 (2/2001) kemur fram til hvaða atriða beri að líta þegar lagt er mat á það hvort lán sé framlag á eigin fé eða lán og hvort félagi sé heimilt að telja fjármagnskostnað vegna lánsins til frádráttarbærs rekstarkostnaðar. Að mati höfundar má af álitinu draga þá ályktun að til þess að um arðgreiðslu teljist vera að ræða þá þurfi viðkomandi aðili, sem móttækur greiðsluna, að eiga raunverulegan eignarhlut í félaginu sem veitir honum tiltekin réttindi samkvæmt lögum. Það að aðili eigi kröfur á hendur félagi telst ekki vera eignarhlutdeild í skilningi 9. gr. tskl., og teljast greiðslur til kröfuhafa því vera vaxtagjöld en ekki arðgreiðslur. Höfundur telur því að það sé vænlegri kostur fyrir löggjafann að lögfesta ákvæði sem kveður á um takmörkun á frádráttarbærni vaxta heldur en ákvæði er lýtur að heimild til handa skattyfirvöldum að líta á vaxtagreiðslur sem arðgreiðslur þegar félag telst vera með magra eiginfjármögnun. Í ritgerðinni vera síðar reifuð rök með og á móti því hvernig ákjósanlegast væri að slíkt ákvæði myndi hljóða svo það næði sem best fram markmiði sínu.

## 4 Skattlagning vaxta- og arðgreiðslna út úr landinu

### 4.1 Almenn

Í hugtakinu *skattskylda* felst að ákveðin tengsl eru á milli skattaðila eða skattstofns við land. Þegar skattlagning snýr að aðila er um *alheimsskattlagningu* (d. globalintektstprinsippet) að ræða en þegar hún snýr að skattstofni er talað um *upprunalandsskattlagningu* (d. territorialprinsippet). Íslensk skattalöggjöf byggir á báðum aðferðunum.

### 4.2 Alheims- og upprunalandsskattlagning

Kveðið er á um alheimsskattlagninguna í 1. og 2. gr. tskl. um ótakmarkaða skattskyldu. Ótakmörkuð skattskylda miðast í grundvallaratriðum við þann stað þar sem menn eru heimilisfastir eða í tilfelli lögaðila þar sem þeir eru skráðir, skattskyldan miðast þá við allar tekjur óháð því hvar þeirra er aflað. Um upprunalandsskattlagningu er fjallað í 3. gr. tskl. um takmarkaða skattskyldu. Hugtakið felur í sér að aðilar sem ekki eru heimilisfastir á Íslandi beri skyldu til að greiða tekjuskatt af þeim tekjum sem uppruna eiga hér og eignaskatt af eignum sem hér á landi eru. Takmarkaða skattskyldu samkvæmt 3. gr. tskl. geta einstaklingar jafnt sem lögaðilar borið, sem ekki falla undir skilyrði 1. og 2. gr. tskl. um heimilisfesti eða skráningu á Íslandi. Erlend fyrirtæki, félög og stofnanir, sem ekki hafa fasta starfsstöð á Íslandi eða eru hér lögformlega skráð, bera því samkvæmt ákvæðinu takmarkaða skattskyldu hér á landi.<sup>74</sup>

### 4.3 Tvísköttunarsamningar

*Tvísköttunarsamningur* er þjóðréttarsamningur milli tveggja eða fleiri ríkja um að komast hjá alþjóðlegri lagalegri tvísköttun á tekjur og eignir. Með *tvísköttun* er átt við það þegar sama skattskylda efnisatriðið er skattlagt oft en einu sinni hjá sama aðila og er þá átt við lagalega tvísköttun.<sup>75</sup> Markmið tvísköttunarsamnings er að koma í veg fyrir slíka lagalega tvísköttun ásamt því að koma í veg fyrir undanskot á tekjum og eignum frá skatti.<sup>76</sup> Heimild til handa ríkisstjórn Íslands til að gera tvísköttunarsamninga er í 1. mgr. 117. gr. tskl. og um birtingu þeirra gilda lög um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablað nr. 15/2005. Túlka skal tvísköttunarsamninga til samræmis við reglur þjóðaréttar og líta til ákvæða *Vínarsáttmálans*

<sup>74</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson. „Tvísköttunarsamningar“. Fyrirlestur í námskeiðinu Alþjóðlegur skattaréttur – almennur hluti. Lagadeild Háskóla Íslands 2010.

<sup>75</sup> Lagaleg tvísköttun er þegar sami aðili er skattlagður oft en einu sinni vegna sömu tekna eða eigna. Sjá Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 247.

<sup>76</sup> Garðar Valdimarsson: „Nýr Norðurlandasamningur um tvísköttun“, bls. 288.



um alþjóðlegan samningarétt frá 1969<sup>77</sup>, einnig er *samningsfyrirmynd OECD* mikilvægt lögskýringargagn.<sup>78</sup> Þá ber að taka fram að tvísköttunarsamningar eru *ekki* sjálfstæð skattlagningarheimild, sem þýðir það að ef tvísköttunarsamningur kveður til dæmis á um að Ísland megi leggja *afdráttarskatt* á tilteknar tekjur sem fara út úr landinu, en ekkert lagaákvæði er um slíka skattlagningu í íslenskum lögum, þá er ríkinu óheimilt að innheimta skatt af slíkum tekjum.<sup>79</sup>

Í alþjóðlegum skattarétti er meginreglan sú að tekjur eru skattlagðar þar sem aðili er skráður. Það þarf því ávallt að skoða hvern tvísköttunarsamning fyrir sig til þess að sjá hvar *skattlagningarrétturinn* liggur. Ef enginn tvísköttunarsamningur er til staðar í þeim ríkjum þar sem félög eru staðsett geta þau lent í því að vera skattlögð tvisvar fyrir sama efnislega atriðið. Ákvæði tvísköttunarsamninga geta því leitt til þess að Íslandi hafi ekki heimild til að leggja afdráttarskatt á arð- og vaxtagreiðslur þar sem ríkið hafi gefið skattlagningarréttinn eftir til hins erlenda ríkis. Þess vegna ber ávallt að líta til þess tvísköttunarsamnings sem á við hverju sinni til að ganga úr skugga um hvort heimilt sé að leggja skatt á viðkomandi aðila.

Til þess að skýra hvernig tvísköttunarsamningar kveða á um hvar skattlagningarrétturinn liggur þá verða hér tekin dæmi úr tvísköttunarsamningnum á milli Íslands og Bretlands frá 30. september 1991.<sup>80</sup> Í 2. tölul. 10. gr. samningsins kemur fram að Bretlandi sé heimilt að skattleggja arð sem félag, heimilisfast í Bretlandi, fær greitt frá félagi, heimilisföstu á Íslandi. Í sama ákvæði er Íslandi einnig veitt heimild til að leggja afdráttarskatt á arð sem greiddur er úr landinu. Hins vegar eru takmarkanir lagðar á hversu hár afdráttarskatturinn má vera ef móttakandi arðsins er raunverulegur rétthafi hans.<sup>81</sup> Í 1. tölul. 11. gr. samningsins kemur fram að skattlagningarrétturinn vegna vaxtagreiðslna sem félag, heimilisfast í Bretlandi, fær greitt frá félagi, heimilisföstu á Íslandi, sé hjá Bretlandi. Skilyrðið fyrir því að skattlagningarrétturinn liggi hjá Bretlandi er sá að móttakandi vaxtagreiðslnanna sé *raunverulegur rétthafi* þeirra.<sup>82</sup>

<sup>77</sup> Vienna Convention on the Law of Treaties.

<sup>78</sup> *Model Tax Convention*, OECD 1996, bls. 57-58.

<sup>79</sup> Garðar Valdimarsson: „Nýr Norðurlandasamningur um tvísköttun“, bls. 291.

<sup>80</sup> Tvísköttunarsamningur milli ríkisstjórnar Lýðveldisins Íslands og ríkisstjórnar Sameinaða konungsríkisins Stóra-Bretlands og Norður-Írlands til að komast hjá tvísköttun og koma í veg fyrir undanskot frá skattlagningu á tekjur og söluhagnað af eignum. [http://rsk.is/skjal/tvisk\\_gb.is.pdf](http://rsk.is/skjal/tvisk_gb.is.pdf). (skoðað 29. september 2010).

<sup>81</sup> Um heimild Íslands til að leggja afdráttarskatt á greiddan arð frá íslensku félagi til aðila með takmarkaða skattskyldu á grundvelli tvísköttunarsamnings var fjallað í *úrskurði yfirséttanefndar 6. maí 1998 (429/1998)*. Þar komst nefndin að þeirri niðurstöðu að rétt hefði verið að leggja afdráttarskatt á greiddan arð úr íslensku félagi á grundvelli þeirrar heimildar sem fyrir lá í tvísköttunarsamningi Íslands og Sambandslýðveldisins Þýskalands.

<sup>82</sup> Á ensku: beneficial owner.

#### 4.4 Vaxtatekjur

Þeir einstaklingar og lögaðilar, sem hafa hér ótakmarkaða skattskyldu, greiða skatt af vaxtatekjum sínum, sbr. 3. tölul. C-liðar 7. gr. tskl. En þeir lögaðilar sem bera takmarkaða skattskyldu á Íslandi greiddu ekki skatt af sínum vaxtatekjum fram til 1. september 2009, sjá nú 8. tölul. 3. gr. tskl., sbr. 8. tölul. 70. gr. tskl. Mikið af tekjum þeirra aðila sem báru hér takmarkaða skattskyldu voru því að fara úr landi án þess að sæta skattlagningu.

Í skýrslu nefndar um skattsvik á Íslandi frá árinu 2004 kom fram að nauðsynlegt væri að leggja skatt á vaxtagreiðslur út úr landinu þar sem nefndin taldi að skortur á slíkri lagasetningu væri að ýta undir skattsvik í landinu. Þau skattsvik færu fram með þeim hætti, að félög settu upp samstæður félag og erlent samstæðufélag lánaði innlenda félaginu. Sá hagnaður sem yrði til hjá innlenda félaginu væri svo tekinn út í formi hárra vaxtagreiðslna, sem væri um leið frádráttarbær rekstrarkostnaður hjá innlenda félaginu. Að lokum væru svo vaxtagreiðslur ekki einu sinni skattlagðar þegar þær færu út úr landinu til hins erlenda félags, sem oft og tíðum væri staðsett í lágskattaríki. Í skýrslunni var komið inn á það, að sú staðreynd að vaxtagreiðslur væru ekki skattlagðar út úr landinu, væri í andstöðu við þá skattframkvæmd að skattleggja arðgreiðslur, sölu- og rekstrarhagnað.<sup>83</sup>

Í grein Indriða H. Þorlákssonar um efnahagsleg áhrif stóriðju á Íslandi fjallar hann um nauðsyn þess að skattleggja þá vexti sem greiddir eru út úr landinu til erlendra aðila. Þessar vaxtagreiðslur séu tekjur sem uppruna sinn eiga hér á landi og eigi ríkið því að tryggja sér hlutdeild í þeim tekjum. Einnig bendir Indriði á að það auki líkur á skattasniðgöngu að skattleggja ekki þá vexti sem greiddir eru út úr landinu vegna þess að félag geti með þessum greiðslum látið hagnað félags fara út úr landi án þess að hann sé skattlagður. Að lokum bendir hann á þá staðreynd að vaxtagjöld félags á Íslandi teljast til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar, sem verður til þess að tekjuskattsstofn félags lækkar og að með þeim ráðstöfunum sé verið að dulbúa arðgreiðslur sem vexti. Indriði bendir á að samkvæmt upplýsingum úr ársreikningum álveranna Norðuráls og ÍSALs, fyrir árið 2007, hafi 9% af tekjum álveranna verið vaxtagreiðslur.<sup>84</sup> Í 11. tölul. 6. gr. laga nr. 12/2003 um heimild til samninga um álverksmiðju í Reyðarfirði, er kveðið á um að ákvæði tskl. um frádrátt vaxtakostnaðar, svo sem þau eru við undirritun samninganna, skulu haldast óbreytt á upphaflegum gildistíma samningsins. Með slíku ákvæði eru álverin að tryggja það, að ef til þess kemur að löggjafinn ákveði að setja ákvæði er lúti að takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda eða reglur um magra eiginfjármögnun, þá muni þau ákvæði ekki gilda um álverin og því ekki hafa áhrif á

<sup>83</sup> Skýrsla starfshóps um umfang skattsvika á Íslandi, bls. 35.

<sup>84</sup> Indriði H. Þorláksson: „Efnahagsleg áhrif stóriðju á Íslandi“, <http://inhauth.blog.is/blog/inhauth/entry/792595/>.

skattlagningu þeirra hér á landi. Af þessu ákvæði má að mati höfundar álykta að álverin leggi mikið upp úr því að hafa þær vaxtagreiðslur, sem þær greiða til erlends móðurfélags síns, undanþegnar skatti í þeim tilgangi að ná fram skattalegu hagræði og lækka tekjuskattsstofn sinn hér á landi.

Í frumvarpi með lögum nr. 70/2009 um ráðstafanir í ríkisfjármálum var í 6. gr. kveðið á um að vextir sem greiddir væru út úr landinu skyldu skattlagðir<sup>85</sup>, sjá nú 8. tölul. 3. gr. tskl. Ákvæðið tók þegar gildi við setningu laganna þann 29. júní 2009 en gilti um þá vexti sem gjaldféllu eða urðu greiðslukræfir frá 1. september 2009. Í 8. tölul. 3. gr. tskl. er tekið fram að ekki skuli taka skatt af vaxtagjöldum út úr landinu ef tvísköttunarsamningur kveður á um að ekki skuli haldið eftir afdráttarskatti af vöxtum. Ákvæðið er svohljóðandi:

Allir aðilar sem hafa vaxtatekjur hér á landi af bankainnstæðum, verðbréfa- og fjárfestingarsjóðum, skuldabréfum eða öðrum kröfum og fjármálagerningum, sbr. 3. tölul. C-liðar 7. gr., skulu greiða tekjuskatt af þeim tekjum. Ákvæði þetta gildir þó hvorki um vexti sem greiddir eru af Seðlabanka Íslands [í eigin nafni]<sup>2)</sup> né þá vexti sem greiðast erlendum ríkjum, alþjóðastofnunum eða öðrum opinberum aðilum sem undanþegnir eru skattskyldu í heimilisfestarríki sínu. Ákvæðið á ekki við kveði tvísköttunarsamningur sem Ísland hefur gert við erlent ríki á um að ekki skuli haldið eftir afdráttarskatti af vöxtum.

Í almennum athugasemdum með frumvarpi því er varð að lögum nr. 70/2009 kemur fram að tilgangur þess að setja slíkt lagaákvæði væri sá að koma í veg fyrir að ríkið yrði af skatttekjum, það er að segja að koma í veg fyrir að tekjur væru að streyma hér út úr landi án þess að sæta skattlagningu. Ákvæðið á við um þá aðila sem bera hér takmarkaða skattskyldu og eru það því móttakendur vaxtanna sem verið er að skattleggja. Í frumvarpinu kemur fram að í flestum þeim tvísköttunarsamningum, sem íslenska ríkið hefur gert við önnur ríki, er kveðið á um að ef Ísland taki afdráttarskatt af vöxtum þá eigi móttakandi vaxtanna rétt á frádrætti á þeim vöxtum í sínu heimalandi. Þessi skattlagning vaxtatekna myndi því ekki valda tvísköttun í þeim tilvikum þar sem Ísland er með tvísköttunarsamning í gildi.<sup>86</sup>

Nokkrar ástæður voru taldar upp í athugasemdum í frumvarpi laganna fyrir því að nauðsynlegt væri að skattleggja vaxtatekjur þeirra skattaðila sem bæru hér takmarkaða skattskyldu. Í *fyrsta lagi* er nefnt að séu greiðslurnar ekki skattlagðar verði það til þess að opna leið til að komast hjá því að greiða skatt hér á landi með því til dæmis að breyta arðgreiðslum eða leigutekjum yfir í vexti. Í *öðru lagi* er nefnd sú leið að íslenskur aðili flytji fé sitt til útlanda og láni það svo til landsins aftur. Í *þriðja lagi* er nefnd sú aðferð sem alþjóðleg félög hafa notað sem er sú að lána fé til félags innan sömu samstæðu til þess að

<sup>85</sup> Þskj. 155, 137. lögþ. 2009, bls. 13-14 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>86</sup> Þskj. 155, 137. lögþ. 2009, bls. 13-14 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

flytja hagnað á milli landa. Tekið er fram að hættan á slíku fyrirkomulagi sé mikil hér á Íslandi þar sem engar reglur séu um lágmarkseiginfjármögnun félaga. Í frumvarpinu kemur loks fram að vonast sé til að þessi skattlagning vaxtatekna verði til þess að draga úr skattatapi vegna tekjuhliðrunar og undanskota.<sup>87</sup>

Skattaðilar með takmarkaða skattskyldu hér á landi skulu greiða 15% tekjuskatt af vaxtatekjum sínum, sbr. 8. tölul. 3. gr., sbr. 8. tölul. 70. gr. tskl.<sup>88</sup> Í 6. tölul. 5. gr. laga um staðgreiðslu opinberra gjalda nr. 45/1987 (hér eftir skammstöfuð stgrl.) kemur fram að greiðslur til aðila samkvæmt 7. tölul. 3. gr. tskl., sem bera takmarkaða skattskyldu á Íslandi, teljast til launa. Í reglugerð nr. 1082/2009 um tekjuskatt og staðgreiðslu hans af vöxtum til aðila með takmarkaða skattskyldu, frá 28. desember 2009, er nánar kveðið á um hvernig skattlagningu varðandi vaxtagreiðslur til aðila með takmarkaða skattskyldu skuli háttáð.

Tvísköttunarsamningar Íslands við önnur ríki geta leitt til þess að enginn afdráttarskattur er tekinn af þeim vaxtatekjum sem fara úr landi, sbr. umfjöllun hér að ofan um 1. tölul. 11. gr. tvísköttunarsamnings á milli Íslands og Bretlands.<sup>89</sup> Ákvæði 8. tölul. 3. gr. tskl. mun þó að mati höfundar líklega ná fram markmiði sínu um að koma í veg fyrir undanskot vegna þess að Ísland hefur ekki gert tvísköttunarsamning við þau ríki sem teljast vera lágskattaríki.

Gagnrýni hefur komið fram á þá ákvörðun löggjafans að leggja afdráttarskatt á vaxtagreiðslur til erlendra aðila, þar sem sú ákvörðun hefur orðið til þess að félög sem greiddu hundruð milljónir í skatta eru farin með starfsemi sína annað. Að auki er bent á „*að skatturinn sé verulega íþyngjandi fyrir íslensk félög sem þurfi á erlendu lánsfjármagni að halda og að það sé vægast sagt öfugsnúið að leggja slíkan skatt á í miðri efnahagslægd og gjaldeyriskreppu*“.<sup>90</sup> Upphaflegt markmið laga um afdráttarskatt á vaxtagjöld var að ná til þeirra aðila sem færðu hagnað úr landi og komu sér undan skattgreiðslum með flutningi á arði til *skattaparadísa*. En Samtök atvinnulífsins, Viðskiptaráð og Alþjóðagjaldeyrissjóðurinn hafa öll bent ríkisstjórn og löggjafanum á þá staðreynd, að afdráttarskattur á vexti leggist í raun á íslenska aðila, þó að hann taki að efninu til tekna erlendra aðila. Erlendi lánveitandinn vill fá tiltekið endurgjald fyrir lánveitinguna og eru því oft ákvæði í skilmálum skuldabréfa og lánasamningum, sem kveða á um það að ef afdráttarskattur sé lagður á vaxtagreiðslur, þá beri

<sup>87</sup> Þskj. 155, 137. lögþ. 2009, bls. 13-14 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>88</sup> Skatturinn verður 18% frá og með 1. janúar 2011, sbr. 4. gr. frumvarps til laga um ráðstafanir í ríkisfjármálum. Þskj. 217, 139. lögþ. 2010-11, bls. 1 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>89</sup> Tvísköttunarsamningur milli ríkisstjórnar Lýðveldisins Íslands og ríkisstjórnar Sameinaða konungsríkisins Stóra-Bretlands og Norður-Írlands til að komast hjá tvísköttun og koma í veg fyrir undanskot frá skattlagningu á tekjur og söluhagnað af eignum. [http://rsk.is/skjal/tvisk\\_gb.is.pdf](http://rsk.is/skjal/tvisk_gb.is.pdf). (skoðað 8. desember 2010).

<sup>90</sup> Andri Gunnarsson: „Afdráttarskattur á vaxtagreiðslur til erlendra aðila“, bls. 58.

lántakandinn kostnað af þeim.<sup>91</sup> Þetta verður til þess að íslenski lántakandinn er sá aðili sem þarf að standa skil á afdráttarskattinum, en slíkt telst ekki vera jákvætt í núverandi efnahagsástandi, þar sem rík nauðsyn er á erlendu fjármagni.<sup>92</sup>

Sú ákvörðun ríkisstjórnarinnar og löggjafans að leggja afdráttarskatt á vaxtagreiðslur til erlendra aðila hefur haft þær afleiðingar að starfsemi, sem miðaði að því að fjármögnun samstæðna færi fram í gegnum Ísland, hefur í mörgum tilvikum verið hætt.<sup>93</sup> Slík fjármögnun fór fram með þeim hætti að sett voru á stofn félög á Íslandi sem voru hluti af fjölþjóðlegri samstæðu og íslenska félagið fékk lánað fé frá erlendum aðila sem það lánaði svo aftur til félaga innan samsteypunnar, sem staðsett voru víða um heim. Íslenska ríkið hafði beinar skatttekjur af þessari starfsemi sem hefur nú í kjölfar setningar ákvæðisins flust úr landi með þeim afleiðingum að umtalsverður skattstofn hefur tapast.<sup>94</sup> Upptaka skatts á vaxtagreiðslur til erlendra aðila urðu beinlínis til þess að tíu dótturfélög erlendra stórfyrirtækja lögðu niður starfsemi sína á Íslandi árið 2009, en tvö af þessum stórfyrirtækjum greiddu einn milljarð í skatt á árinu 2009. Þessi dótturfélög fluttu starfsemi sína til annarra landa þar sem ekki er lagður á afdráttarskattur líkt og í Norðurlöndunum og flest öllum ríkjum Evrópusambandsins þar sem hann hefur verið lagður niður.<sup>95</sup>

Ísland hefur eingöngu gert tvísköttunarsamninga við 21 ríki þar sem kveðið er á um 0% afdráttarskatt af vaxtagreiðslum, sem verður til þess að skattbyrði lánveitanda eykst ekki. En í 15 öðrum tvísköttunarsamningunum og þegar lánveitandi býr í einhverjum af þeim 156 ríkjum sem Ísland hefur ekki gert tvísköttunarsamning við, þá mun skattbyrðin hækka og þar með fjármagskostnaður íslenskra lántaka. Þó að tvísköttunarsamningur kveði á um að ekki skuli leggja á afdráttarskatt á vexti þá nær slíkt ákvæði ekki markmiði sínu í öllum tilvikum þar sem til að mynda erlendir lífeyrissjóðir og fjárfestingasjóðir bera ekki skattskyldu í sínu heimaríki og eiga því ekki rétt á frádrætti í sínu heimaríki vegna þess afdráttarskatts, sem þeir hafa greitt hér. Þetta getur haft þær afleiðingar að slíkir lánveitendur vilji ekki lána fé til íslenskra félaga.<sup>96</sup>

Í skýrslu Alþjóðagjaldeyrissjóðsins er mælt til þess að afdráttarskattur verði ekki lagður á erlenda aðila sem eru með heimilisfesti í þeim ríkjum sem Ísland hefur gert

---

<sup>91</sup> Á alþjóðlegum fjármálamörkuðum er oft brugðist við afdráttarskatti af vöxtum með svonefndu „gross-up“ ákvæði. Slíkt ákvæði felur í sér að ef til afdráttarskatts á vexti komi er vaxtagreiðslan einfaldlega hækkuð þannig að nettó greiðsla til lánveitandans breytist ekki.

<sup>92</sup> Andri Gunnarsson: „Afdráttarskattur á vaxtagreiðslur til erlendra aðila“, bls. 59 og *Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*, bls. 25.

<sup>93</sup> Andri Gunnarsson: „Afdráttarskattur á vaxtagreiðslur til erlendra aðila“, bls. 61.

<sup>94</sup> Andri Gunnarsson: „Afdráttarskattur á vaxtagreiðslur til erlendra aðila“, bls. 61.

<sup>95</sup> „Ríkið verður af milljarðatekjum“, bls. 22.

<sup>96</sup> Andri Gunnarsson: „Afdráttarskattur á vaxtagreiðslur til erlendra aðila“, bls. 59-60.

tvísköttunarsamning við, eða þá að aðeins verði tekinn sá afdráttarskattur sem kveðið er á um í hverjum tvísköttunarsamningi fyrir sig. Þetta er lagt til að gert verði til þess að hinn erlendi aðili þurfi ekki að sækja sérstaklega um niðurfellingu á slíkum afdráttarskatti. Yfirvöldum er bent á þann möguleika að hafna niðurfellingu á afdráttarskatti þegar móttakandi vaxtateknanna er heimilisfastur í lágskattaríki<sup>97</sup> og mögulega gefa út svartan lista sem myndi tilgreina þau ríki sem teldust vera lágskattaríki.<sup>98</sup>

#### 4.5 Arðgreiðslur

Í 1. mgr. 11. gr. tskl. er kveðið á um að til tekna sem arðs teljist sérhver afhending verðmæta frá hlutfélagi til hluthafa, er telja verði sem tekjur af hlutareign þeirra í félaginu. Í 7. tölul. 3. gr., sbr. 2. tölul. 70. gr. tskl., er kveðið á um skattskyldu arðgreiðslna þeirra sem bera hér á landi takmarkaða skattskyldu. Í 6. tölul. 5. gr. stgrl. kemur fram að greiðslur til aðila samkvæmt 7. tölul. 3. gr. tskl., sem bera takmarkaða skattskyldu á Íslandi, skuli teljast til launa.

Í flestum þeim tvísköttunarsamningum, sem Ísland hefur gert við önnur ríki, er íslenska ríkinu heimilt að leggja afdráttarskatt á arðgreiðslur sem greiddar eru út úr landinu, en það er misjafnt hve mörg prósent afdráttarskatturinn má vera og fer það meðal annars eftir því hvort móttakandi greiðslnanna sé raunverulegur eigandi þeirra eða ekki.

Við álagningu er lögaðilum innan EES heimilt að draga frá greidda staðgreiðslu sem frádrátt frá greiddum arði, sbr. 9. tölul. 31. gr. tskl., að tilteknum skilyrðum uppfylltum sem nánar er kveðið á um í ákvæðinu. Er þá arðurinn fyrst tekjufærður en svo frádráttarbær að tilteknum skilyrðum uppfylltum. Hin erlendu félög, sem móttaka arðgreiðslurnar, geta skilað inn framtali og við álagningu fengið þann skatt, sem greiddur hefur verið af íslenska félaginu á grundvelli stgrl., endurgreiddan ef erlenda félagið uppfyllir þau skilyrði sem sett eru fram í 9. og 9. tölul. a. 31. gr. tskl. Með þessum hætti geta félög, sem staðsett eru í löndum sem Ísland hefur ekki gert tvísköttunarsamning við og uppfylla skilyrði laganna um frádrátt, komið í veg fyrir að sama efnisatriðið sé skattlagt tvisvar.

---

<sup>97</sup> Lágskattaríki hefur verið skilgreint á eftirfarandi hátt: Það ríki sem leggur á lægri tekjuskatt en sem nemur 70% af þeim tekjuskatti sem Ísland leggur á. Það myndi leiða til þess að ríki sem leggja á minna en 12.5% tekjuskatt teldust vera lágskattaríki. Sjá *Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*, bls. 25.

<sup>98</sup> *Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*, bls. 25-26.

#### 4.6 Niðurstöður

Íslensk skattalöggjöf byggir bæði á alheims- og upprunalandsskattlagningu. Þeir aðilar sem eiga heimilisfesti hér á landi bera ótakmarkaða skattskyldu sem grundvallast á alheimsskattlagningu, en samkvæmt henni eru þeir aðilar sem eru heimilisfastir eða skráðir hér á landi hvort sem um einstaklinga eða lögaðila er að ræða, skattskyldir af öllum sínum tekjum óháð því hvar þeirra er aflað, sbr. 1. og 2. gr. tskl. Þeir aðilar sem ekki eru með heimilisfesti hér á landi bera takmarkaða skattskyldu sem grundvallast á upprunalandsskattlagningu, en í henni felst skylda til handa mönnum og lögaðilum að greiða skatt af öllum þeim tekjum sem eiga uppruna sinn hér á landi, sbr. 3. gr. tskl.

Tvísköttunarsamningar eru þjóðréttarsamningar sem ríki gera sín á milli til þess að koma í veg fyrir tvísköttun á tekjur og eignir ásamt því að koma í veg fyrir undanskot á tekjum og eignum frá skatti. Í alþjóðlegum skattarétti er meginreglan sú að tekjur eru skattlagðar þar sem aðili er skráður, sem getur leitt til þess að aðili er skattlagður tvisvar vegna sama efnislega atriðis í tveimur löndum. Í tvísköttunarsamningum er kveðið á um hvernig skattlagningarréttinum skuli skipt á milli ríkja til þess að koma í veg fyrir slíka lagalega tvísköttun. Það er því nauðsynlegt að líta til tvísköttunarsamninga þegar kveðið er á um hvort aðili skuli greiða skatt af þeim tekjum sem eiga uppruna sinn hér á landi, einkum þegar um er að ræða aðila sem ber takmarkaða skattskyldu.

Í flestum þeim tvísköttunarsamningum sem Ísland hefur gert við önnur ríki er heimild til handa Íslenska ríkinu til þess að leggja afdráttarskatt á arðgreiðslur sem greiddar eru út úr landinu en í samningunum eru takmarkanir á því hve hár skatturinn má vera. Að sama skapi er svo í flestum tvísköttunarsamningum, að skattlagningarrétturinn vegna vaxtagreiðslna sem greiddar eru út úr landinu, er hjá því ríki sem móttakandinn er heimilisfastur í, að því gefnu að hann sé raunverulegur eigandi greiðslunnar.

Þeir aðilar sem eru með ótakmarkaða skattskyldu hér á landi bera skattskyldu vegna þeirra vaxtatekna sem þeir móttaka, sbr. 3. tölul. C-liðar 7. gr. tskl. Þeir lögaðilar sem bera takmarkaða skattskyldu hér á landi greiða einnig skatt af þeim vaxtatekjum sem þeir fá greiddar til sín frá Íslandi, sbr. 8. tölul. 3. gr. tskl. Þetta ákvæði um skattskyldu lögaðila með takmarkaða skattskyldu vegna vaxtatekna tók gildi frá og með 1. september 2009 en fram til þess tíma var enginn skattur innheimtur af slíkum tekjum. Ýmsir aðilar höfðu bent á nauðsyn þess að skattleggja þær vaxtatekjur, sem færu út úr landinu, og rökstuddu nauðsyn þess með þeim rökum að án þess væri verið að ýta undir skattsvik og auka líkurnar á skattasniðgöngu, með þeim hætti að félög, sem hefðu heimilisfesti hér á landi eða væru hér skráð, væru að láta hagnað sinn fara óskattlagðan út úr landinu og með því væri ríkið að verða af miklum tekjum.

Í þeim athugasemdum er fylgdu frumvarpi með lögum nr. 70/2009 um ráðstafanar í ríkisfjármálum sem lögfestu ákvæði 8. tölul. 3. gr. tskl., um skattlagningu vaxtagjalda út úr landinu, var tekið fram að tilgangurinn með lagasetningunni væri sá að koma í veg fyrir að tekjur væru að streyma út úr landinu án þess að sæta skattlagningu.

Lögfesting þessa ákvæðis hefur sætt mikilli gagnrýni af hálfu ýmissa aðila, svo sem frá Samtökum atvinnulífsins, Viðskiptaráði og Alþjóðagjaldeyrissjóðinum. Þessir aðilar hafa bent á þá staðreynd að skatturinn leggist í raun á íslenska aðilann, þó hann taki efnislega til tekna erlenda aðilans. Er það vegna þess að erlendi lánveitandinn vill fá tiltekið endurgjald fyrir fjárfestingu sínu og oft eru ákvæði í skilmálum skuldabréfa og lánasamningum sem kveða á um að ef afdráttarskattur sé lagður á vaxtagreiðslur þá beri lántakandinn kostnað af þeim. Jafnframt hefur verið bent á þá staðreynd að þessi skattlagning hafi haft þær afleiðingar í för með sér að félög, sem greiddu hundruð milljónir í skatta, séu farin með starfsemi sína til annarra landa og hafa tíu dótturfélög erlendra stórfyrirtækja lagt niður sína starfsemi á Íslandi eingöngu vegna skattsins og flutt starfsemi sína annað. Vert er að geta þess að tvö af þessum tíu stórfyrirtækjum greiddu samtals einn milljarð í skatt á síðasta ári. Það er því ljóst að ríkið er að verða af verulegum skatttekjum vegna þessarar lagasetningar.

Að mati höfundar hefði verið ráðlegra að skoða málið til hlítar áður en ákveðið var að leggja skatt á þær vaxtagreiðslur sem greiddar eru út úr landinu. Við fyrstu sýn virðist slíkt hafa verið skynsamlegt og getur höfundur fallist á þau rök sem lögð voru fram fyrir því að setja slíkt ákvæði. Þó verður að telja að of seint hafi verið gripið til aðgerða hvað skattlagningu á þessum greiðslum varðar og hefði verið ráðlegra að setja slíkt ákvæði í lög strax árið 2004 í kjölfar skýrslunnar um skattsvik á Íslandi þar sem bent var á nauðsyn þess. Ef það hefði verið gert hefðu skatttekjur ríkisins líklegast orðið mun meiri þar sem viðskipti yfir landamæri voru mun meiri fyrir hrún en þau eru í dag.

Höfundur telur nauðsynlegt að endurskoða það út frá öllum þeim forsendum sem liggja fyrir núna hvort þessi skattlagning sé í raun að skila ríkinu auknum skatttekjum eða að verða til þess að ríkið tapi meiri tekjum en það mun afla með þessari skattlagningu. Einnig er á mælisvert að ekki hafi verið tekið til skoðunar hvaða áhrif slík skattlagning hefði á innlend félög á þann hátt að skatturinn sé í raun greiddur af þeim þar sem skilmálar skuldabréfa eða lánasamninga undanþiggja lánveitandann slíkum sköttum ef þeir eru til staðar. Jafnframt er vert að benda á tillögur Alþjóðagjaldeyrissjóðsins sem lúta að því að afdráttarskattur á vexti skuli ekki lagður á þá erlendu aðila sem Ísland er með tvísköttunarsamning við eða að eingöngu sé lagður á sá afdráttarskattur sem kveðið er á um í tvísköttunarsamningi. En þetta myndi þó ekki leysa öll vandamál vegna þess að Ísland hefur aðeins gert tvísköttunarsamning



við 21 ríki þar sem kveðið er á um 0% afdráttarskatt á vexti en hins vegar er í hinum 15 lagður á skattur svo ekki sé minnst á þau 156 ríki sem Ísland hefur ekki gert tvísköttunarsamning við.

Niðurstaða höfundar er því sú, hvað varðar afdráttarskatt á vaxtatekjur út úr landinu, að ríkisvaldið og löggjafinn ætti að taka til endurskoðunar hvort umrætt ákvæði sé að auka tekjur ríkissjóðs eða í raun að verða til þess að hann tapi tekjum. Einnig er vert fyrir löggjafann að taka til skoðunar hvort þessi skattlagning sé í raun að lenda á hinum innlendu fyrirtækjum sem nú þegar eiga nógu erfitt uppdráttar miðað við núverandi ástand í efnahagsmálum hér á landi. Að mati höfundar er spurning hvort löggjafinn hefði ekki náð tilætluðum markmiðum sínum, er lúta að takmörkun á skattasniðgöngu, með því að leggja afdráttarskatt eingöngu á vaxtagreiðslur til lágskattalanda. Vert er fyrir löggjafann að taka til skoðunar að setja ákvæði um afdráttarskatt á vaxtagreiðslur til lágskattaríkja og skilgreina hvaða ríki teljist til lágskattaríkja og undanþiggja önnur ríki þessum afdráttarskatti. Þessi skattlagning er líka í andstöðu við þá þróun sem hefur orðið á Norðurlöndunum, þar sem ekki er lagður afdráttarskattur á vaxtagreiðslur út úr landinu, og er ljóst að ákvæðið er að veikja samkeppnisstöðu Íslands hvað varðar það mat erlendra aðila hvort það sé vænlegur kostur að stofna félag hér á landi.

## 5 Takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda

### 5.1 Almenn

Stór hluti þeirra viðskipta, sem eiga sér stað á hverjum degi, eru á milli tengdra, skyldra eða á annan hátt háðra aðila. Í viðskiptum innan félagasamstæðu er ekki alltaf öruggt að viðskiptakjör og skilmálar ráðstafana séu í samræmi við þau kjör sem gilda á frjálsum markaði, heldur eru meiri líkur á því að slíkir aðilar stefni frekar að því marki að ná fram sem mestum hagnaði í allri samstæðunni. Sú tilhneiging verður til þess að samstæður ákveða oft viðskiptakjör og skilmála ráðstafana sín á milli, með það að markmiði að ná fram sem mestu skattalegu hagræði.<sup>99</sup>

Í íslenskum skattalögum er ekki eitt tiltekið ákvæði sem kveður á um takmörkun á frádráttarbærum vaxtagjöldum þegar félag er með magra eiginfjármögnun, né þegar um skuldsettar yfirtökur á félögum er að ræða. Í 50. gr. tskl. er kveðið á um hvaða gjöld sé óheimilt að telja til rekstrarkostnaðar samkvæmt 31. gr. tskl., eða til frádráttar frá skattskyldum tekjum, og í 3. tölul. 1. mgr. 50. gr. er kveðið á um að óheimilt sé að telja til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar vexti af framlögðu fé manns til atvinnurekstrar eða sjálfstæðrar starfsemi, hvort heldur reksturinn er á eigin ábyrgð eiganda eða með ótakmarkaðri ábyrgð í sameign með öðrum. Ákvæði 3. tölul. 1. mgr. 50. gr. tskl. tekur til sameignarfélaga en ekki til hlutfélaga þar sem þau fela ekki í sér ótakmarkaða ábyrgð eiganda.

Í skattalöggjöf flestra landa eru ákvæði sem takmarka rétt eða heimild skattaðila til þess að draga vaxtagjöld frá tekjum við ákvörðun á skattstofni og litið svo á að um arðgreiðslu en ekki vaxtagreiðslu sé að ræða þegar greitt er af láni sem veitt er af tengdum aðila, ef félag telst vera með magra eiginfjármögnun. Markmiðið með slíkum ákvæðum er að koma í veg fyrir að aðili geti skotið undan skatti með þeim hætti að eiga fjármálafyrirtæki í einu landi og félag sem er með virka starfsemi í öðru landi. Aðilinn getur með þessum ráðstöfunum stýrt því hvar hagnaðurinn kemur fram með því að veita lán á milli tengdra aðila og minnka þar með skattstofninn í því landi þar sem skattprósentan er hærri með háum vaxtagreiðslum til hins erlenda félags, sem er á lágskattasvæði. Rík ástæða er fyrir samstæðufélög, sem staðsett eru í sitt hvoru landinu, til að beita magurri eiginfjármögnun með þeim hætti að félagið, sem statt er í ríkinu þar sem lægra skatthlutfall er, lánar félaginu sem staðsett er þar sem hærri skatthlutfall er, þar sem samstæðan getur náð fram miklu skattalegu hagræði með slíkum ráðstöfunum. Í tvísköttunarsamningum milli ríkja má sjá þess merki að ríki áskilji sér rétt til

---

<sup>99</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 247.

að endurskilgreina vexti sem arðgreiðslur ef viðskipti eru ekki innan armslengdar og kjörin óvenjuleg.<sup>100</sup> Slík ákvæði eru sett til þess að gera ríkjum kleift að koma í veg fyrir skattasniðgöngu og undanskot á tekjum er félög dulbúa arðgreiðslur sem vaxtagreiðslur.

Mögur eiginfjármögnun hefur ekki eins mikið skattalegt hagræði í för með sér fyrir samstæður sem skattlagðar eru í sama landi, þar sem félögin eru þá skattlögð með sama skatthlutfalli. En ákvæðin beinast líka gegn þeim félagasamstæðum þar sem bæði félögin eru með heimilisfesti í sama landi. Í því tilviki þá lánar það félag sem er með minni hagnað, og jafnvel uppsafnað skattalegt tap, því félagi sem rekið er með hagnaði. Félagið, sem rekið er með hagnaði, greiðir svo vaxtagjöld af láninu sem teljast vera frádráttarbær rekstrarkostnaður sem verður til þess að lækka tekjuskattsstofn félagsins og með því nær samstæðan fram verulegu skattalegu hagræði.

Nær helmingur Evrópusambandsríkja hafa sett sér einhvers konar takmörkunarákvæði um magra eiginfjármögnun félaga eða reglur um lágmarks eiginfjármögnun félaga. Reglurnar kveða meðal annars efnislega á um að þegar um vaxtagreiðslur er að ræða í félögum sem eru með magra eiginfjármögnun, þá er farið með þær vaxtagreiðslur sem ófrádráttarbærar arðgreiðslur í stað frádráttarbærra vaxta, sem hefur þær skattalegu afleiðingar að tekjuskattsstofn félagsins hækkar og ríkið fær hærri skatttekjur.<sup>101</sup> Löggjöf sumra landa um takmörkun vegna magurrar eiginfjármögnunar félags er á þann veg að vaxtafrádráttur er eingöngu heimill varðandi lán sem eru innan ákveðins hlutfalls miðað við eigið fé félagsins. Þessi aðferð er nefnd *skuldahlutfallsaðferð*<sup>102</sup> og er hlutfallið mismunandi á milli landa og getur verið allt frá því að vera 1:1 upp í 8:1.<sup>103</sup> Í sumum löndum eru tiltekin viðmið í löggjöf sem miða að því að eingöngu tiltekið hlutfall vaxta er frádráttarbært og er þá til að mynda miðað við að aðeins sé heimilt að nýta 30% af hagnaði félagsins fyrir skatta sem frádráttarbæran vaxtakostnað.<sup>104</sup>

Í skýrslu Alþjóðagjaldeyrissjóðsins er tekið fram að nauðsynlegt sé að setja reglur sem takmarki magra eiginfjármögnun félaga. Sjóðurinn bendir á þá staðreynd að það að vaxtagjöld séu skilgreind sem frádráttarbær kostnaður en hagnaður skattlagður verði óhjákvæmilega til þess að félög vilji frekar fjármagna sig með lánsfé heldur en hlutafé til þess að greiða lægri skatta. Í skýrslunni kemur einnig fram að það, að engin takmörkunarákvæði um magra

<sup>100</sup> Sjá 6. tölul. 11. gr. tvísköttunarsamnings á milli lýðveldisins Íslands og konungsríkisins Hollands til að komast hjá tvísköttun og koma í veg fyrir undanskot frá skattlagningu á tekjur og eignir. [http://rsk.is/skjal/tvisk\\_nl.is.pdf](http://rsk.is/skjal/tvisk_nl.is.pdf). (skoðað 10. desember 2010).

<sup>101</sup> Marjaana Helminen: *EU Tax Law, Direct Taxation*, bls. 87.

<sup>102</sup> Á ensku: debt:equity model, dept-to-equity ratio test.

<sup>103</sup> Garðar Valdimarsson : „Milliverðlagning“, bls. 116 og *Thin Capitalization Rules as location factor for Foreign Direct Investment?*, bls. 7.

<sup>104</sup> *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 31-32.

eiginfjármögnun séu í íslenskri löggjöf, hafi ýtt undir skattasniðgöngu. Tekið er fram að fjárfestar hafi stundað það hér á landi að stofna dótturfélög sem hafi verið fjármögnuð með lánsfé, sem síðar hafa runnið saman við rekstrarfélög sem rekin voru með hagnaði með svonefndum skuldsettum yfirtökum eða öfugum samruna. Vaxtagjöld af upphaflegu láni dótturfélags, sem greidd eru af hinu sameinaða félagi, teljast vera frádráttarbær rekstrarkostnaður á móti þeim hagnaði sem myndast í rekstrarfélaginu og þar með næst fram lækun á tekjuskattsstofni rekstrarfélagsins.<sup>105</sup>

Í frumvarpi til laga um tekjuöflun ríkisins<sup>106</sup> var í 8. gr. lagt til að vaxtagjöldin af þeim skuldum sem færast yfir við samruna félaga og vaxtagjöld af lánnum sem tekin væru vegna arðgreiðslna teldust ekki til rekstrarkostnaðar. Tillagan náði ekki fram að ganga og var felld niður er hún var til meðferðar hjá efnahags- og skattanefnd. Þó tillagan hafi verið felld niður má álykta út frá henni að skattyfirvöld séu farin að líta til þess að nauðsynlegt sé að setja í tskl. ákvæði sem kveði á um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda við tilteknar aðstæður svo sem þegar um skuldsettar yfirtökur og samruna er að ræða.

## 5.2 Skattskipulagning, skattasniðganga eða skattsvik

Með *skattskipulagningu* (d. skatteplanering) er átt við lögmætar ráðstafanir sem byggt er á við skattlagningu þar sem skattaðilar nýta sér lögin og/eða annmarka á þeim til þess að lækka skattgreiðslur með löglegum hætti. Undir þessa skilgreiningu fellur alþjóðleg skattskipulagning (e. international tax-planning, d. international skatteplanering).<sup>107</sup>

Um *skattasniðgöngu*<sup>108</sup> er hins vegar að ræða þegar skattaðili notast við ólögmætar skattalegar ráðstafanir sem skattyfirvöldum er heimilt að líta fram hjá við skattálagningu og er eitt helsta einkenni hennar það að hún á sér oftast stað á milli hagsmunatengdra aðila. Þó að skattasniðganga sé ólögmæt þá telst hún ekki endilega vera refsiverð háttsemi líkt og skattsvik.<sup>109</sup> Þegar um skattasniðgöngu er að ræða nota skattaðilar oft óþekktar eða ófyrirséðar aðferðir sem ekki var gert ráð fyrir að unnt væri að beita þegar skattalög voru sett.<sup>110</sup> Sem dæmi um ráðstafanir sem aðilar grípa til eru: *í fyrsta lagi* að aðilar geri málamyndagering að

<sup>105</sup> *Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*, bls. 21.

<sup>106</sup> Þskj. 292, 138. lögþ. 2009-10, bls. 24-26 (enn óbirt í A-deild Alþt.).

<sup>107</sup> Gott dæmi um skattskipulagningu er þegar einstaklingur í rekstri færir rekstur sinn í einkahlutafélagaformið og með þeim ráðstöfunum eru tekjur einstaklingsins í hagstæðara skatthlutfalli. Það má segja að löggjafinn hafi með þessum reglum í reynd hvatt einstaklinga í rekstri til að færa rekstur í félagaform þar sem talsvert skatthagræði fólst í þessu.

<sup>108</sup> Slíkar ráðstafanir eru einnig nefndar skattaundandráttur. Á ensku: tax avoidance, á dönsku: skatteudnyttelse.

<sup>109</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 220.

<sup>110</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattaréttur 4*, bls. 1113.

einkarétti, í öðru lagi getur verið um rangnefni tekna og eigna að ræða og í þriðja lagi að gerðir séu skattalegir sýndargerningar á milli aðila.<sup>111</sup>

Meginmunurinn á skattskipulagningu og skattasniðgöngu liggur í því að í skattskipulagningu eru glufur í löggjöfinni hagnýttar á löglegan hátt, en við skattasniðgöngu á ólöglegan hátt.<sup>112</sup> Þegar um *skattsvik* er að ræða þá eru aðgerðir skattaðila bæði ólögmætar og refsiverðar sem hefur þær afleiðingar í för með sér að bæði er litið fram hjá þeim við skattálagningu og skattaðila er jafnframt gerð refsing fyrir háttsemi sína.<sup>113</sup>

### 5.3 Lög um skattasniðgöngu

Það var ekki fyrr en á áttunda og níunda áratug síðustu aldar sem flest vestræn ríki höfðu sett sér lög eða mótað reglur til að koma í veg fyrir skattasniðgöngu. Fram að þeim tíma höfðu gilt óskýrar meginreglur eða sérákvæði á tilteknum sviðum. Ástæðan fyrir því að ekki voru komnar fram skýrari reglur fyrr var sú að menn óttuðust að með því væri verið að brjóta gegn *lögmætisreglunni*. Þær reglur sem nú gilda og lúta að skattasniðgöngu á vesturlöndum stefna flestar að því markmiði að horfa fram hjá formi tiltekinna gerninga og líta til *raunverulegs* efnis samninga og fjárhagslegra ráðstafana við álagningu skatta.<sup>114</sup>

Sú meginregla er ríkjandi á vesturlöndum að það telst ekki vera ólögleg háttsemi að skipuleggja fjármál og félög með það að markmiði að ná fram skattalegu hagræði, ef þær aðgerðir, sem framkvæmdar eru, hafa raunverulega efnahagslega þýðingu, en þjóna ekki þeim eina tilgangi að minnka skattbyrði.<sup>115</sup> Sú staðreynd að mikil aukning hefur orðið á fjölbjóðlegum félögum, sem stunda alþjóðleg viðskipti sem öll stefna að því markmiði að ná fram mestum hagnaði, hefur orðið til þess að ríki hafa farið að beina sjónum sínum enn frekar að skattasniðgöngu. Atvinnulífið og starfsemi félaga hefur tekið miklum breytingum á síðustu árum þar sem aukin alþjóðavæðing, samþjöppun eignarhalda og flókin eignatengsl milli félaga hafa aukist. Mikil aukning hefur orðið á fjármagnsflutningum milli landa sem tengjast viðskiptum samstæðufélaga sem oft starfa í tengslum við erlend *skattaskjól*.<sup>116</sup>

Þær aðferðir sem notaðar hafa verið í kjölfar þeirrar alþjóðlegru þróunar, sem hefur orðið í viðskiptaheiminum, hafa meðal annars verið þær að innlent móðurfélag greiðir erlendu dótturfélagi óeðlilega háa vexti og gjaldfærir þá í skattauppgjöri sínu og lækkar þar með

<sup>111</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 221.

<sup>112</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattaréttur 4*, bls. 1113.

<sup>113</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 220.

<sup>114</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 234 og Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 256-257.

<sup>115</sup> Á ensku: substance over form doctrine eða business purpose doctrine.

<sup>116</sup> Indriði H. Þorláksson: „Skýrsla um umfang skattsvika“, bls. 5-9.

skattstofn sinn. Aðilar með heimilisfesti hér á landi hafa stofnað félög erlendis og lagt inn í þau innlend skuldabréf og vextirnir greiddir til hins erlenda aðila og þær greiðslur ekki skattlagðar hér á landi. Hinn skattfrjálsi hagnaður sem myndast hjá hinu erlenda félagi er síðan tekinn út úr því með ýmsum hætti. Meðal annars þekkist að eigendur hinna erlendu félaga hafi notað greiðslukort sem er á nafni félagsins og greitt með því fyrir einkaneyslu sína.<sup>117</sup>

Í kjölfar hrunsins hefur ýmislegt komið í ljós um þær blekkingar sem notaðar voru á síðasta áratug meðal annars með það að markmiði að komast hjá því að greiða skatt. Félög voru sett á stofn í ríkjum sem ekki tóku þátt í alþjóðlegu skattasamstarfi eða svonefndum skattaparadísnum. Þessi félög voru stofnuð án þess að hafa nokkra sýnilega starfsemi né rekstrarlegan tilgang eða starfsstöð í viðkomandi ríki. Félögin eru talin hafa verið sett á stofn í þeim eina tilgangi að stunda skattasniðgöngu, fela eignarhald og fegra efnahagsreikninga innlendra félaga. Þar sem þessi félög voru oft hluti af samstæðu félaga, sem voru með rekstur hér á landi, þá var þeirri aðferð beitt að flytja hagnað frá innlenda félaginu til hins erlenda til að minnka skattstofn hins innlenda félags. Þeirri aðferð er þá beitt að sýna fram á að það fjármagn sem fer frá innlenda móðurfélaginu til hins erlenda dótturfélags sé frádráttarbær rekstrarkostnaður og síðan er tilteknum aðferðum beitt hjá hinu erlenda dótturfélagi með það að markmiði að sjá til þess að fjármagnið verði ekki skattskyld þegar það kemur aftur inn í landið. Einnig eru þess dæmi að félög hafi flutt hluta af eignum sínum og skuldum til erlendra félaga með það að markmiði að bæta efnahagsreikning hins innlenda félags og hækka eiginfjárhlutfall félagsins.<sup>118</sup> Önnur aðferð sem notuð hefur verið til þess að lækka skattgreiðslur hér á landi er sú að íslenskar félagasamstæður hafa safnað saman fjármálastarfsemi sinni í dótturfélagi í lágskattalandi, sem lánar svo innlenda móðurfélaginu fjármagn. Vextir af láninu eru þá frádráttarbærir hjá móðurfélaginu hér á landi, en samsvarandi tekjur hins erlenda dótturfélags eru þá ýmist ekki skattlagðar eða skattlagðar mjög lágt.<sup>119</sup>

Verður nú tekið til skoðunar ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl., sem kveður á um heimildir til handa skattyfirvöldum að taka á þeim aðstæðum þegar um óvenjuleg skipti í fjármálum aðila er að ræða. Ákvæðið verður skoðað með það að leiðarljósi að kanna hvort það heimili skattyfirvöldum að endurskilgreina vaxtagjöld af lánnum sem veitt eru á milli tengdra aðila sem arðgreiðslur og hafna þar með frádráttarbærni vaxtagjaldanna þegar félög teljast vera

<sup>117</sup> Aðalsteinn Hákonarson: „Lærðum við eitthvað á Lúx?“, bls. 4-6.

<sup>118</sup> Aðalsteinn Hákonarson: „Lærðum við eitthvað á Lúx?“, bls. 4-6.

<sup>119</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 241.

með magra eiginfjármögnun. Einnig verður litið til þess álitaefnis hvort skattyfirvöldum sé heimilt að hafna frádráttarbærni fjármagnskostnaðar þegar um skuldsettar yfirtökur félaga er að ræða.

#### 5.4 Ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl.

Skattyfirvöldum og löggjafarvaldinu varð ljóst í kjölfar niðurstöðu dóms *Hrd. 1964, bls. 887*, að nauðsynlegt væri að setja í tekjuskattslög ákvæði sem lyti að skattasniðgöngu og þau úrræði sem skattyfirvöldum væri heimilt að grípa til þegar skattaðilar beittu óvenjulegum ráðstöfunum í fjármálum sínum.<sup>120</sup> Í umræddum dómi voru málavextir eftirfarandi:

Skattyfirvöld höfðu hækkað launatekjur manns sem var aðaleigandi hlutafélags sem átti fiskibát sem hann var jafnframt skipstjóri á. Skattaðilinn hafði talið fram tekjur á sig sem hásetalaun en skattyfirvöld höfðu hækkað tekjur hans upp í tvöfaldan hásetahlut þar sem kjarasamningar kváðu á um að laun skipstjóra skyldu vera tvöföld hásetalaun. Hæstiréttur hafnaði því að skattyfirvöldum væri þetta heimilt án beinnar lagaheimildar.

Þá ályktun sem draga má af dóminum er sú að skattyfirvöldum taldist ekki heimilt að endurákvarða laun aðila þar sem ekkert lagaákvæði var í skattalögum sem kvað á um heimild til handa þeim til að gera slíkt. Í framhaldi af niðurstöðu dómsins var ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl., lögfest. Ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl. fjallar nánar tiltekið um þær aðstæður þegar um óvenjuleg skipti í fjármálum aðila er að ræða og er svohljóðandi:

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 sammingsins, teljast honum til tekna.

Ákvæðið var upphaflega lögfest í 3. mgr. 18. gr. laga nr. 68/1971 um tekjuskatt og eignarskatt. Í athugasemdum við 15. gr. í frumvarpi að breytingarlögum nr. 30/1971, sem varð að 3. mgr. 18. gr. laga nr. 68/1971, kom eftirfarandi m.a. fram um ákvæðið:

[...] í þeim tilvikum að skattþegnar, einstaklingar eða félög, sem tengdir eru sifjaréttarlega eða með einhverjum hætti fjárhagslega, semja eða ákveða skilmála um samskipti sín í fjármálum á þann hátt, sem verulega er frábrugðinn því, sem vera mundi, ef ekki væru nein tengsl milli sammingsaðila, skulu verðmæti sem án þessa sammings eða skilmála hefðu runnið til annars skattþegnsins, en gera það ekki vegna sammingsins eða skilmálanna, teljast honum til tekna [...] Ákvæðið, sem hér er gerð tillaga um, veitir skattyfirvöldum víðtækar heimildir til að líta framhjá formi gerninga af þessu tagi og telja aðilum að þeim til tekna þau raunverulegu verðmæti, sem þeir fá til ráðstöfunar með þessum sérstöku samningum eða skilmálum. Að því er varðar viðskipti þar sem ákveðnir kaupgjaldssamningar eru til viðmiðunar um þá hagsmuni,

<sup>120</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 82.

sem um er að ræða, er eðlilegt að miða við þá. Hitt er mat skattstjóra og ríkisskattanefndar, hvernig með skuli fara ákvæði þetta að öðru leyti.<sup>121</sup>

Samkvæmt framangreindum athugasemdum, sem fylgdu frumvarpi því sem lögfesti upprunalega ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl., veitir ákvæðið skattyfirvöldum tiltekin lagaleg úrræði til að bregðast við óvenjulegum fjármálaráðstöfunum á milli tengdra aðila. Ákvæðið beinist að samningum á milli einstaklinga eða félaga, sem tengdir eru sifjaréttarlega eða fjárhagslega og gerðir eru í því skyni að komast hjá því að greiða skatt. Ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl. veitir skattyfirvöldum víðtæka heimild til að líta fram hjá formi gerninga, sem teljast óvenjulegir, og leiðrétt skattframtal aðila á þann hátt að horft er fram hjá tilteknum gerningi eða ráðstöfun aðila og skattur lagður á aðila í samræmi við hin raunverulegu verðmæti sem þeir fá líkt og samningurinn eða gerningurinn hafi aldrei átt sér stað. Tilgangur frumvarpsins var því sá að skattleggja *raunveruleg verðmæti* sem skattaðili fær í sinn hlut óháð því hvað hlutur er nefndur í samningi á milli aðila.<sup>122</sup> Ákvæðið hefur víðtækt gildissvið því það tekur almennt til fjármála, en ekki aðeins til kaupa og sölu eigna líkt og kveðið er á um í 2. mgr. 57. gr. tskl. Í ákvæðinu kemur skýrt fram að ekki skuli leggja skipti aðila til grundvallar við álagningu skatta og er því um ráðstöfunarleiðréttingu að ræða, en í ákvæðinu er einnig talin felast heimild til að beita skilmálaleiðréttingu þar sem hún gengur að jafnaði skemur en ráðstöfunarleiðréttung.<sup>123</sup>

#### 5.4.1 Meginskilyrði fyrir beitingu 1. mgr. 57. gr. tskl.

Meginskilyrðin fyrir því að skattyfirvöld geti beitt 1. mgr. 57. gr. tskl. lúta að því að þau þurfa að sýna fram á að skattaðilar semji um skipti sín í fjármálum á þann hátt sem er *verulega frábrugðin* því sem almennt gerist í sambærilegum viðskiptum, *tengsl aðila* skipta miklu máli sem og hvort *rekstrarlegar forsendur* liggja að baki ráðstöfun aðila.

*Hagsmunatengsl*<sup>124</sup> eru því eitt af þeim skilyrðum sem þurfa að vera uppfyllt svo heimilt sé að beita ákvæðinu gegn skattasniðgöngu. Um hagsmunatengsl er að ræða þegar aðilar eru tengdir sifjaréttarlega eða með einhverjum hætti fjárhagslega, en í skattalögum er ekki að finna skilgreiningu á því hugtaki. Með hugtakinu hagsmunatengsl er átt við að almennt eða sérstakt hagsmunasamband verði til þegar fjárhagslegir hagsmunir tveggja eða fleiri sjálfstæðra lögaðila falla saman. Almenn hagsmunatengsl grundvallast á sifjum, vináttu,

<sup>121</sup> Alþt. 1977-1978, A-deild, bls. 2577.

<sup>122</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 227-228 og Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 83-84.

<sup>123</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 234.

<sup>124</sup> Á ensku: interested party, á dönsku: interessefælleskab.



kunningsskap eða eru byggð á félagaréttarlegum tengslum. Sérstöku tengslin eru talin vera til staðar þegar tveir óháðir aðilar hafa sameiginlega hagsmuni á þann hátt að samningur á milli þeirra getur leitt til þess að lækka sameiginlega skatta þeirra.<sup>125</sup>

Meginregla einkaréttar og skattaréttar er samningsfrelsi og geta því hagsmunatengdir aðilar gert samning sín á milli eða við þriðja aðili nema lög kveði skýrt á um að slíkt sé óheimilt. Það er því ekki nægjanlegt að skattyfirvöld sýni fram á *hagsmunatengsl* aðila til þess að þeim sé heimilt að líta fram hjá ráðstöfun tengdra aðila, fleira þarf að koma til. Líkt og getið var um hér að ofan þurfa ráðstafanirnar að vera *verulega frábrugðnar* frá því sem gerist á milli ótengdra aðila og er skattyfirvöldum einnig skylt að líta til þess hvaða *rekstrarlegu forsendur* lágu að baki samningi aðila þegar lögmati ráðstöfunarinnar er metið.<sup>126</sup> Það eru því þrjú megin skilyrði sem þurfa að vera uppfyllt svo unnt sé að beita 1. mgr. 57. gr. tskl., gegn ólögmati skattasniðgöngu þegar um hagsmunatengsl milli aðila er að ræða, en þau eru eftirfarandi:

1. Að skattyfirvöld sýni fram á hagsmun samband;
2. að skattyfirvöld sanni eða geri sennilegt að efni eða mótun tiltekinnar ráðstöfunar sé óvenjuleg í samanburði við eðlilega ráðstöfun af markaðslegum toga; og
3. að gera megí ráð fyrir að þessar óvenjulegu aðstæður séu afleiðing hagsmunasambandsins.<sup>127</sup>

Öll þessi þrjú skilyrði töldust vera uppfyllt í *úrskurði yfirskattanefndar 13. febrúar 2008 (17/2008)*.<sup>128</sup>

Málavextir voru þeir að þrír aðalhluthafar í A hf. fengu greiddan arð að fjárhæð 135.000.000 kr., að frádregnum fjármagnstekjuskatti, sem þeir lánuðu félaginu jafnharðan. Félagið gaf út skuldabréf á árinu 1999 til 10 ára sem báru 12% vexti. Greiðsludagar vaxta skyldu vera tvisvar á ári og skyldu bréfin greiðast í einu lagi á árinu 2009. Endurgreiðsluskylda, þar með taldir vextir af láninu, skyldi háð afkomu félagsins af reglulegri starfsemi. Yrði tap af rekstrinum samkvæmt ársuppgjöri átti greiðsluskylda skuldara að skerðast hvort tveggja bæði varðandi vexti fyrir viðkomandi ár og höfuðstóll upp að ákveðnu marki. Samkvæmt skilmálum bréfsins var kröfuhöfum bréfsins enn fremur heimilt að segja láninu upp með uppgreiðslu hvenær sem væri á lánstímanum, auk þess sem skuldakrafa skyldi víkja fyrir öllum öðrum kröfum við gjaldþrot eða félagsslit A hf.

Um þetta sagði yfirskattanefnd:

<sup>125</sup> Jan Pedersen: *Skatteudnyttelse*, bls. 316 og Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 238-239 og Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 251.

<sup>126</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 234-235.

<sup>127</sup> Jan Pedersen: *Skatteudnyttelse*, bls. 318-319 og Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 238.

<sup>128</sup> Sjá einnig *úrskurð yfirskattanefndar 4. október 2006 (296/2006)*, sem fjallaði um lánveitingar aðalhluthafa til einkahlutafélags þar sem hafnað var gjaldfærslu vaxtagjalda vegna þess að ekki var sýnt fram á að rekstrarlegar forsendur væru fyrir lántökunni og ljóst var að nán tengsl voru á milli aðila.

Eins og málið liggur fyrir þykja ekki fram komnar skýringar og gögn af hálfu kæranda er sýni með óyggjandi hætti fram á að í raun hafi verið um lánveitingu að ræða til kæranda þannig að fallast megi á gjaldfærslu vaxta af þeim sökum. Þá hafa undir rekstri málsins ekki komið fram af hálfu kæranda rekstrarlegar ástæður fyrir lántöku af þessu tagi hjá hluthöfunum, sem allir voru í nánnum fjárhagslegum og sifjaréttarlegum tengslum þrátt fyrir að eftir því hafi verið leitað [...] Þegar öll atriði eru virt, sem að framan er rakið, verður að fallast á það með skattstjóra að tilgangur með hinum umdeildu ráðstöfunum kæranda á árinu 1999 hafi fyrst og fremst verið skattalegur ávinningur, þ.e. að skapa félaginu svigrúm til gjaldfærslu fjármagnskostnaðar til frádráttar skattskyldum tekjum félagsins á komandi árum.

Í úrskurðinum kemur fram að þar sem skattaðili gat ekki sýnt fram á að um raunverulega lánveitingu væri að ræða, né að lánið hafi verið tekið vegna rekstrarlegra forsendna, ásamt því að lánveitendurnir hafi allir verið í nánnum fjárhagslegum og sifjaréttarlegum tengslum, þá hafi öll skilyrði fyrir beitingu 1. mgr. 57. gr. tskl. verið uppfyllt. Yfirsattanefnd féllst því á það með skattstjóra að ráðstöfunin hafi eingöngu verið gerð í því skyni að ná fram skattalegu hagræði og félaginu því óheimilt að gjaldfæra vaxtagjöldin af láninu sem frádráttarbæran rekstrarkostnað.

Yfirsattanefnd hefur á undanförunum árum í úrskurðum sínum fjallað um mál þar sem félög hafa verið stofnuð í *skattaparadís*<sup>129</sup> og tekjur einstaklinga og félaga fluttar þangað og þar með komist undan skattlagningu hér á landi. Yfirsattanefnd hefur í þessum málum beitt 1. mgr. 57. gr. tskl. á hinar óvenjulegu ráðstafanir sem tengdust erlendu félögum.<sup>130</sup> Sjá *úrskurð yfirsattanefndar 24. september 2003 (263/2003)*, þar sem málavextir voru eftirfarandi:

Álitaefnið laut að þeirri ákvörðun skattstjóra að fella niður í ársreikningum A hf. gjald- og skuldfærð afföll af skuldabréfum sem félagið gaf út og seldi erlendu félagi, F Ltd. Bæði félögin voru í eigu sömu aðila og skuldabréfin, sem voru í erlendri mynt (suður-afrískri mynt), vaxtalaus og óverðtryggð og alfarið án veðs eða ábyrgðar, bar að greiða í einu lagi 30 árum eftir útgáfudag þeirra. Heildarnafnverð bréfanna og þar með höfuðstóll skuldarinnar var rúmlega 7 milljarðar króna við útgáfu bréfanna en söluandvirði þeirra í hendi A hf. var einungis rúmlega 50 milljónir króna.

Um þetta sagði yfirsattanefnd:

Yfirsattanefnd hafnaði því sjónarmiði A hf. að umsamið söluverð skuldabréfanna í viðskiptum félagsins við F Ltd. gæti eitt og sér ráðið úrslitum í málinu og tók fram að meta yrði viðskipti félaganna heildstætt og miða við það sem almennt gerðist í rekstri fyrirtækja sem væru hliðstæð A hf., einkum með tilliti til stærðar, umsvifa og eðlis rekstrar[...] Skýringar A hf. á tilgangi með lánsviðskiptum félagsins við F Ltd., sem lutu að því að um fjáröflun væri að ræða, þóttu ekki sannfærandi í ljósi eignatengsla félaganna og þar sem ekki varð annað séð en að fjármagn sem aflað var með viðskiptunum væri alfarið runnið frá eigendum A hf.[...]

<sup>129</sup> Félögin hafa t.d. verið stofnuð á Guernsey og Bresku Jómfrúareyjjunum, sbr. *úrskurð yfirsattanefndar 31. maí 2006 (150/2006)* og *úrskurð yfirsattanefndar 26. október 2005 (299/2005)*.

<sup>130</sup> *Skýrsla starfshóps um umfang skattsvika á Íslandi*, bls. 36.

Með vísan til þess sem hér að framan er rakið og þegar hin umdeildu viðskipti kæranda og F Ltd. árið 1996 eru virt í heild sinni þykir ekki leika neinn vafi á því að þau voru verulega frábrugðin því sem almennt gerist í slíkum viðskiptum. Þykir liggja ljóst fyrir að til þessara viðskipta hefði ekki komið ef umræddum eigna- og stjórnunartengslum félaganna hefði ekki verið til að dreifa. Verður því að fallast á með skattstjóra að í því tilviki sem hér um ræðir hafi svo samist milli kæranda og F Ltd. að telja verði meginreglu 1. mgr. 58. gr. laga nr. 75/1981 taka til þess, sbr. dóm Hæstaréttar Íslands frá 3. september 2002 í málinu nr. 316/2002 (Tollstjórinn í Reykjavík gegn GÁJ lögfræðistofu ehf.).

Bæði félögin voru í eigu sömu aðila, viðskiptin voru verulega frábrugðin því sem almennt gerðist í slíkum viðskiptum og engar rekstrarlegar forsendur sem lágu að baki þeim. Yfirsattanefnd komst því að þeirri niðurstöðu að viðskiptin hefðu eingöngu verið gerð til að ná fram skattalegu hagræði og því hafi meginregla 1. mgr. 57. gr. tskl. átt við um viðskipti aðila og var félaginu neitað um að gjaldfæra vaxtagjöldin sem frádráttarbæran kostnað í skattskilum sínum.

Sönnunarbyrðin fyrir því að skattyfirvöldum sé heimilt að beita 1. mgr. 57. gr. tskl., og að öll skilyrði fyrir beitingu ákvæðisins séu uppfyllt, hvílir á skattyfirvöldum, sjá *Hrd. 2005, bls. 1578 (441/2004) (Íslenska ríkið gegn Andvaraútgerðinni sf.)* Þar var deilt um sönnun á kaupum á fasteign, sem félagði hafði fært til eignar og fyrnt sérstaklega á móti skattskyldum söluhagnaði frá fyrri tíma. Þar sem Hæstiréttur sagði m.a.:

Er hafnað þeirri viðbáru áfrýjanda að um málamyndagerning sé að ræða. Þá hefur því ekki verið haldið fram að verð eignarinnar eða samningsskilmálar að öðru leyti, sem lýst er í kaupsamningnum, hafi á einhvern hátt verið óvenjulegir eða óeðlilegir, eða að ekki hefði komið til viðskipta milli óskyldra aðila með slíkum kjörum. Hefur ekki verið sýnt fram á að sú aðstaða, sem greindi í 58. gr. laga nr. 75/1981, sé hér fyrir hendi.

Það eru því skattyfirvöld sem þurfa að sanna að ráðstafanir séu verulega frábrugðnar því sem tíðkist á milli ótengdra aðila og að um hagsmunatengsl á milli aðilanna sé að ræða. En það er hins vegar skattaðilans sjálfs að sýna fram á að þrátt fyrir að um hagsmunatengsl á milli aðilanna sé að ræða þá séu ráðstafanir þeirra byggðar á raunverulegum viðskiptasjónarmiðum.<sup>131</sup>

#### 5.4.2 Raunveruleikareglan

Í dóma- og úrskurðaf framkvæmd er 1. mgr. 57. gr. tskl. beitt sem almennri skattasniðgöngureglu eða raunveruleikareglu<sup>132</sup>, sbr. *Hrd. 1997, bls. 385 (Vífilfell)*, þar sem Hæstiréttur vísaði til *grunnreglu* 1. mgr. 57. gr. tskl. Ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl. ber því ekki

<sup>131</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 253.

<sup>132</sup> Á ensku: substance over form – business purpose. Á dönsku: realitetsgrundsætningen.

að túlka samkvæmt orðanna hljóðan heldur felst í ákvæðinu meginregla sem heimilar skattyfirvöldum að byggja skattlagningu á efni ráðstafana, en ekki eingöngu formi þeirra.

Þessi meginregla nefnist *raunveruleikareglan* og kemur hún til viðbótar 1. mgr. 57. gr. tskl. Samkvæmt henni hafa dómstólar og skattyfirvöld talið sér heimilt að víkja frá einkaréttarlegum gerningum við álagningu skatta, séu þeir gerðir til þess eins að ná fram skattalegu hagræði, en ekki í eðlilegum og venjulegum rekstrartilgangi. Viðskipti milli tengdra skattaðila eru þá leiðrétt til samræmis við raunveruleikann og metið hvaða skilmálar eru raunverulega fjárhagslegir og viðskiptalegir.<sup>133</sup> Raunveruleikareglan er ekki talin þurfa sjálfstæða lagaheimild, þar sem hún telst vera forsenda skattkerfisins, og sækir hún lagastoð sína í meginreglu tskl., sbr. 1. og 2. gr., sbr. 7. gr. laganna, sem mælir fyrir um skattskyldu tekna og að skattskyldir aðilar skuli greiða skatt af öllum sínum tekjum.<sup>134</sup>

Þegar skattaðilar beita skattasniðgöngu er oft um svonefnda *málamyndagerninga*<sup>135</sup> að ræða á milli tveggja eða fleiri aðila, en þar er átt við gerninga, sem aðilar eru sammála um að eigi ekki að hafa áhrif eftir efni sínu heldur eftir einhverju öðru efni sem þeir hafa sammælst um. Ef samningur er eingöngu gerður í þeim tilgangi að komast hjá því að greiða skatt þá er skattyfirvöldum heimilt að víkja samningnum til hliðar á grundvelli raunveruleikareglunnar. En ef ráðstöfun byggir aftur á móti á almennum rekstrar- og fjárhagslegum sjónarmiðum, ásamt því að af henni hljótist skattalegt hagræði, er hins vegar vafamál hvort skattyfirvöldum sé heimilt að víkja samningnum til hliðar þar sem slík skipulagning telst ekki brjóta gegn lögum.<sup>136</sup> Tengsl aðila veita auknar líkur á því að tiltekinn einkaréttarlegur gerningur sé eingöngu gerður til málamynda til þess að blekkja skattyfirvöld og samstæðutengsl félaga eru til þess fallin að auka líkur á því að um málamyndagerning sé að ræða. Við mat á því hvort um málamyndagerning er að ræða þurfa skattyfirvöld því að skoða í hverju tilviki fyrir sig hvort forsendurnar að baki ráðstöfuninni séu eðlilegur og venjulegur rekstrartilgangur.<sup>137</sup> Ef litið er fram hjá ráðstöfun skattaðila og skattskylda hans er í kjölfarið leiðrétt til samræmis við raunveruleikann getur það orðið til þess að breyting eigi sér stað á skattskyldum tekjum hans.<sup>138</sup>

<sup>133</sup> Jan Pedersen: *Skatteudnyttelse*, bls. 440-441.

<sup>134</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 237-238.

<sup>135</sup> Sjá skilgreiningu málamyndagernings, Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*, bls. 276.

<sup>136</sup> Sbr. *úrskurð yfirskattanefndar 28. júní 2000 (279/2000)*, um gjaldfærslu aflaheimildar á milli nátengdra aðila. Niðurstaða nefndarinnar var sú að þó skattalegir hagsmunir hafi ráðið miklu um fjárfestingu skattaðila í aflaheimildum þá hafi tilgangurinn einnig verið sá að hækka kvótann og hafnaði því að kaupsamningurinn væri verulega frábrugðinn því sem almennt gerðist í slíkum viðskiptum.

<sup>137</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 239-240.

<sup>138</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 258.

Raunveruleikareglan nær yfir þau tilvik er ráðstöfun er færð í annan lagalegan búning en raunverulegt innihald hennar er og fer þá fram *ráðstöfunarleiðrétting* sem felur í sér að skattskylda er leiðrétt í samræmi við raunveruleikann sem getur haft í för með sér breytingu á skattskyldum tekjum. Skattlagning tekur því mið af raunverulegu efni ráðstöfunar, sem á að skattleggja en ekki af formi hennar eða öðrum ytri búnaði.<sup>139</sup> Raunveruleikareglan er því ekki milliverðlagsregla sem grundvallast á armslengdarsjónarmiðum vegna þess að hún heimilar eingöngu skilmálaleiðréttingu á samningi eða ráðstöfun á milli aðila sem er raunverulegur og löglegur.<sup>140</sup>

Þegar skattyfirvöld beita raunveruleikareglunni fer í rauninni fram prófun á því hvort tiltekin atvikaýsing falli undir efnisatriði tiltekins skattalagaákvæðis. Við þá prófun er skattyfirvöldum skylt að sýna fram á hagsmunatengsl aðila, ásamt því að sanna eða gera líklegt að umrædd ráðstöfun sé óvenjuleg í samanburði við ráðstöfun óskyldra aðila við sambærilegar aðstæður og jafnframt að talið sé að hin óvenjulega ráðstöfun sé afleiðing af hagsmunatengslunum. Sjá dóm *Hrd. 9. febrúar 2006 (321/2005) (Íslenska ríkið gegn Sundagörðum hf.)* þar sem málavextir voru eftirfarandi:

Í byrjun árs 1993 var á hluthafafundi S hf. ákveðið að hækka og síðan lækka hlutfé í félaginu. Í kjölfarið ákvað stjórn félagsins að lækunarfrjárhæðin yrði greidd hluthöfum, sem allir tengdust fjölskylduböndum, með útgáfu skuldabréfa, sem voru vaxta- og afborgunarlaus til 12 ára. S hf. gjaldfærði síðan árleg afföll af skuldabréfunum í rekstrarreikningi félagsins auk þess sem þau voru skuldfærð í ársreikningum félagsins. Ágreiningur málsins snerist um hvort þessi meðferð stæðist skattalög.

Um þetta sagði Hæstiréttur m.a.:

Ákvæðið heimilar skattyfirvöldum að skerast í leikinn þegar skattaðilar hafa samið um skipti sín í fjármálum á þann hátt, sem er verulega frábrugðinn því sem almennt gerist í slíkum viðskiptum [...]. Skuldabréfin sem um ræðir, voru til langs tíma, vaxtalaus, óverðtryggð og án nokkurra trygginga eða heimildar til uppsagnar allan lánstímann af hálfu kröfuhafa. Kjör og önnur ákvæði í skuldabréfunum voru þannig án vafa bæði ólík því, sem almennt gerist í lánsviðskiptum og afhending slíkra bréfa frábrugðin þeim greiðslumáta sem almennt var viðhafður við greiðslu verðmæta til hluthafa vegna lækunar hlutfjár í félögum [...]. Eins og málið liggur fyrir verður að telja ljóst að tilgangur stefnda með hinum umdeildu ráðstöfunum á árinu 1993 hafi fyrst og fremst verið skattalegur ávinningur og þá um leið farið á sving við reglur um takmarkaða heimild hlutfélaga til gjaldfærslu arðgreiðslna, sbr. 8. tölul. 1. mgr. 31. gr. laga nr. 75/1981. Engar haldbærar skýringar komu fram hjá stefnda þegar málið var til athugunar hjá skattyfirvöldum um rekstrarlegar ástæður fyrir lántöku af þessu tagi hjá hluthöfunum sem allir voru í nánum sifjaréttarlegum tengslum. Slíkar skýringar hafa heldur ekki komið fram við meðferð málsins fyrir dómi. Eru ekki efni til að draga í efa að umrædd

<sup>139</sup> Jan Pedersen: *Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning*, bls. 37.

<sup>140</sup> Sjá Jan Pedersen: *Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning*, bls. 16. „Raunveruleikareglan aðskilur sig þannig frá milliverðsreglunni að hún heimilar *ráðstöfunarleiðréttingu* þar sem milliverðsreglan heimilar einungis *skilmálaleiðréttingu*. Við síðarnefndu aðgerðina verður að virða lagalegt form ráðstöfunarinnar, þannig að einungis skilmálar hennar eru leiðréttir upp á við eða niður á við.“

tengsl hafi ráðið úrslitum um hvernig þeim ráðstöfunum var hagað sem deila málsaðila snýst um. Í ljósi alls þessa voru þær verulega frábrugðnar því, sem almennt gerist í slíkum viðskiptum, og engin ástæða til að ætla að til þeirra hefði komið milli óskyldra aðila. Var skattstjóra því rétt að lækka gjaldfærðan rekstrarkostnað stefnda og skuldfærslu með þeim hætti sem hann gerði.

Ályktun sem draga má af dómnum er sú að tengsl aðila ásamt því að ekki var unnt að sýna fram á að ráðstöfunin byggðist á rekstrarlegum forsendum veittu skattyfirvöldum rétt til að lækka gjaldfærðan rekstrarkostnað félagsins.

#### 5.4.3 Armslengdarreglan og milliverðlagning

Hina almennu milliverðlagsreglu íslenskra skattalaga, sem byggir á grundvallarreglunni um armslengd<sup>141</sup>, er að finna í 1. mgr. 57. gr. tskl. Við mat á því hvort að ráðstöfun teljist vera óvenjuleg í skilningi 1. mgr. 57. gr. tskl. geta skattyfirvöld því stuðst við armslengdarregluna<sup>142</sup> (e. the arm's length principle) til þess að meta hvort um óvenjulega skilmála sé að ræða milli tengdra aðila eða svonefnda milliverðlagningu, sbr. 9. gr. sammingsfyrirmyndar Efnahags- og framfarastofnunarinnar í París (OECD) um tvísköttunarsamninga,<sup>143</sup> þar sem ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl. er næstum efnislega samhljóða 9. gr. sammingsfyrirmyndar OECD (hér eftir skammstöfuð 9. gr. OECD.).<sup>144</sup>

Þegar viðskipti eiga sér stað á milli félaga innan sömu samstæðu er oft lögð meiri áhersla á að hámarka heildarhagnað samstæðunnar frekar en að leggja áherslu á það hvernig hagnaðurinn skiptist á milli félaganna. Það markmið að hámarka heildarhagnað samstæðunnar verður oft til þess að samstæðan ákveður verð og viðskipti sín á milli með það að markmiði að ná fram sem mestu skattalegu hagræði. Vegna þessa hafa mörg ríki sett í löggjöf sína ákvæði sem kveða á um armslengdarregluna og milliverðlagsreglur, sem beitt er í því skyni að gera leiðréttingu á skattskilum aðila þegar verðlagning er frábrugðin því sem ætla má að samið hefði verið um í sambærilegum viðskiptum óháðra aðila.

Armslengdarreglan í skattarétti felur það í sér að borin eru saman viðskipti tengdra aðila við þau viðskiptakjör sem eðlileg þykja á frjálsum markaði, það er að segja þau verð eða þeir skilmálar sem tveir sjálfstæðir, óháðir og ótengdir aðilar hefðu samið um sín á milli. Viðskipti teljast vera sambærileg ef allir þættir viðskiptanna sem máli skipta eru eins eða ef unnt er að

<sup>141</sup> Á ensku: arm's length principle, á dönsku: armslængdeprincippet.

<sup>142</sup> Í 9. gr. sammingsfyrirmyndar OECD um tvísköttunarsamninga er að finna skilgreiningu á armslengdarreglunni: „Arm's length principle“, þar sem „conditions are made or imposed between the two enterprises in their commercial or financial relation which differ from those which would be made between independent enterprises, then any profits which would, but for those conditions, have accrued, may be included in the profits of that enterprise and taxed accordingly“.

<sup>143</sup> Á ensku: Organization for Economic Cooperation and Development.

<sup>144</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 83-84.

leiðréttá með einhverri nákvæmni einhvern þeirra þátta viðskiptanna sem eru frábrugðnir.<sup>145</sup> Í armslengdarreglunni felst því skilmálaleiðrétting, en í henni felst að skattyfirvöld samþykkja viðskiptin sem slík en draga skilmálana í efa og þá oftast verðið. Þegar skattyfirvöld gera skilmálaleiðréttingu innan samstæðu verður hún ekki til þess að heildartekjur samstæðunnar breytast heldur er einungis skipting teknanna eða hagnaðarins milli einstakra félaga innan samstæðunnar leiðrétt þar sem hækkun hjá einu félagi samsvarar lækkun hjá öðru.<sup>146</sup> Þar sem milliverðlagsregla 1. mgr. 57. gr. tskl. er mjög almenn eðlis þá hvíla á skattyfirvöldum ríkar sönnunarkröfur til þess að þeim teljist heimilt að beita reglunni, sbr. umfjöllun í kafla 5.4.1.<sup>147</sup>

Mikil aukning hefur orðið á undanförunum árum á alþjóðavæðingu samstæðufélaga, sem stunda alþjóðlega verslun og viðskipti og eru í mikilli samkeppni sín á milli. Í hinum alþjóðlega skattarétti hefur því aukin áhersla verið lögð á milliverðlagningu á undanförunum árum.<sup>148</sup> Milliverðlagning<sup>149</sup> fjallar í skattalegu tilliti um þau vandamál sem skapast við verðlagningu í viðskiptum milli tengdra aðila. Milliverðlagsreglur heimila skattyfirvöldum 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 og byggjast þær oftast á armslengdarsjónarmiðum.<sup>150</sup> Í flestum lagaákvæðum um milliverðlagningu eru sett fram skilyrði um að þau taki einungis til viðskipta sem eiga sér stað á milli aðila sem tengdir eru sifjaréttarlega eða með einhverjum hætti fjárhagslega. Ástæðan fyrir þessu er sú að hagsmunatengsl eru talin vera ástæða þess að verð í viðskiptum á milli tengdra aðila verði óvenjuleg. Algengt er að tengdir aðilar selji til dæmis eignir á undir- eða yfirverði á milli hvors annars til að ná fram skattalegu hagræði.<sup>151</sup>

Hina almennu milliverðlagsreglu íslenskra skattalaga sem byggir á grundvallarreglunni um armslengd er kveðið á um í 1. mgr. 57. gr. tskl. Í íslenskum skattalögum eru nokkur ákvæði sem fela í sér milliverðlagsreglur, svo sem til dæmis í lögum um virðisaukaskatt nr. 50/1998 (hér eftir skammstöfuð vskl.). Í 8. gr. vskl. er ákvæði sem kveður á um hvernig skuli reikna út skattverð þegar eigandi tekur vörur út úr félaginu, en þar segir að skattverð skuli miðast við almennt gangverð án virðisaukaskatts. Í 3. mgr. 16. gr. vskl. er tekið fram að viðskipti á vörum eða þjónustu eða við afhendingu á vöru án endurgjalds skuli miða skattverð við

<sup>145</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 248-249 og 253.

<sup>146</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 258.

<sup>147</sup> *Úrskurður yfirsattaneftndar 3. júlí 2002 (223/2002)*, þar sem lán frá hluthafa til einkahlutafélags var talið heimilt, sbr. hins vegar *úrskurður yfirsattaneftndar 24. september 2003 (263/2003)*, þar sem sýnt var fram á að viðskipti voru verulega frábrugðin og Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 87.

<sup>148</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 244-247.

<sup>149</sup> Á ensku: transfer pricing, á dönsku: transfer pricing.

<sup>150</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 249.

<sup>151</sup> Jan Pedersen: *Skatteudnyttelse*, bls. 36 og Jan Pedersen: *Skatteretten 1*, bls. 443-446.

almennt gangverð í sams konar viðskiptum. Liggi slíkt almennt skattverð ekki fyrir skuli miða skattverð við reiknað útsöluverð, þar sem tekið er tillit til alls kostnaðar að viðbættri þeirri álagningu sem almennt er notuð á vörur eða þjónustu af sama tagi.<sup>152</sup>

Munurinn sem felst í raunveruleikareglunni, þ.e. *ráðstöfunarleiðréttingu* og milliverðlagsreglum, sem grundvallast á armslengdarreglunni, þ.e. *skilmálaleiðréttingu*, er sá að þegar framkvæmd er ráðstöfunarleiðrétting þá neita skattyfirvöld að viðurkenna skattalegt gildi ráðstöfunarinnar, þó hún geti áfram verið gild að einkarétti. En þegar um skilmálaleiðréttingu er að ræða þá samþykkja skattyfirvöld ráðstöfunina sem slíka en draga skilmálana í efa og þá oftast verðið og verður til þess að leiðrétting fer fram á skiptingu tekna á milli aðila.<sup>153</sup>

Því hefur verið haldið fram að 1. mgr. 57. gr. tskl. kveði eingöngu á um milliverðlagningarreglu, en ekki raunveruleika- eða skattasniðgöngureglu og rök verið færð fram fyrir því að ekki sé rétt að túlka 1. mgr. 57. gr. tskl. á þann hátt að hún hafi að geyma einhverja grunnreglu sem verði til þess að ákvæðið hafi víðtækara gildissvið en beinlínis er kveðið á um í því.<sup>154</sup> Hins vegar hefur dóma- og úrskurðaf framkvæmd um 1. mgr. 57. gr. tskl. sýnt fram á að reglunni er fyrst og fremst beitt sem almennri skattasniðgöngureglu sem byggir á ákveðinni grunnreglu. Slíkri grunnreglu er hægt að beita í milliverðlagsmálum en ákvæðið hefur í raun mun rýmra gildissvið vegna þessarar grunnreglu og er því hægt að beita 1. mgr. 57. gr. tskl. í almennum skattasniðgöngumálum og við það að leggja mat á staðreyndir mála óháð því formi eða umgjörð sem skattaðilar hafa búið lögskiptum sínum.<sup>155</sup>

#### 5.4.4 Ákvæði 9. gr. OECD

Tilgangurinn að baki því að setja 9. gr. OECD um tvísköttunarsamninga inn í samningsfyrirmyndina árið 1963 var sá að setja fram samræmda reglu, sem unnt væri að beita gegn milliverðlagningu í alþjóðlegum viðskiptum. Markmiðið sem stefnt var að laut að því að sjá til þess að tekjur fjölþjóðafélaga skiptust með réttlátum hætti á milli ríkja, sem og að sporna gegn þeirri þróun að hagnaður flyttist til landa, þar sem skattlagning væri lág, með þeim afleiðingum að fjármagn færi út úr ríkjum þar sem skattur væri hærri.<sup>156</sup>

Ákvæði 1. mgr. 9. gr. OECD er samhljóða í næstum öllum tvísköttunarsamningum sem Ísland hefur gert við önnur ríki. Í tvísköttunarsamningi milli ríkisstjórnar Lýðveldisins Íslands

<sup>152</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 261.

<sup>153</sup> Jan Pedersen: *Skatteudnyttelse*, bls. 358.

<sup>154</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 83.

<sup>155</sup> *Hrd. 1997, bls. 602.* (Magnús Hreggviðsson og Frjálst Framtak gegn íslenska ríkinu) og *Hrd. 1998, bls. 268.* (Tollstjórnin í Reykjavík gegn Frjálsu Framtaki hf.).

<sup>156</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 77 og 145-148.



og ríkisstjórnar Sameinaða konungsríkisins Stóra-Bretlands og Norður-Írlands frá 30. september 1991,<sup>157</sup> hljóðar reglan svo:

1. Þegar

a) fyrirtæki í samningsríki tekur beinan eða óbeina þátt í stjórn eða yfirlýðingum fyrirtækis í hinu samningsríkinu, eða á, beint eða óbeint, hluta af fjármagni þess, eða

b) sömu aðilar taka beinan eða óbeinan þátt í stjórn eða yfirlýðingum fyrirtækis í samningsríki, svo og fyrirtækis í hinu samningsríkinu, eða eiga, beint eða óbeint, hluta af fjármagni þeirra, og hlutaðeigandi fyrirtæki semja eða setja í öðru hvoru tilvikinu skilmála um innbyrðis samband sitt á viðskipta- eða fjármálasviðinu sem eru frábrugðnir því sem væri ef fyrirtækin væru óháð hvort öðru, má allur hagnaður, sem án þessara skilmála hefði runnið til annars fyrirtækis, en rennur ekki til þess vegna skilmálanna, teljast til hagnaðar þess fyrirtækis og skattleggjast samkvæmt því.

Armslengdarregla 9. gr. OECD kveður á um að hagsmunatengdir aðilar megi ekki ákveða hagnaðarskilmála í samningum sínum milli sem eru frábrugðnir því sem óháð félög hefðu samið um. Ákvæðið tekur til samstæðna félaga og hefur það markmið að koma í veg fyrir að tengdir aðilar geti stjórnað því með milliverðlagsákvæði í samningi sínum milli hvernig tekjur samstæðanna skiptast á milli ríkja. Skattfyrirvöldum er því heimilt á grundvelli ákvæðisins að víkja til hliðar óeðlilegum verðlagningum eða skilmálum sem tengdir aðilar hafa gert sín á milli um sölu á vörum eða þjónustu og ákveða verðið til samræmis við venjuleg markaðskjör á milli ótengdra aðila og leggja skatt á samkvæmt því.<sup>158</sup>

Armslengdarregla 9. gr. OECD er eingöngu notuð í þeim tilgangi að finna *rétt verð* fyrir vöru og þjónustu í gildum lögskiptum á milli aðila og tengist því ekki málamynda- eða sniðgöngusjónarmiðum.<sup>159</sup> Hagsmunatengsl á milli aðila eru eitt af þeim skilyrðum sem þurfa að vera til staðar svo heimilt sé að beita armslengdarreglunni og er þá talað um að aðilarnir séu ekki í þeirri fjarlægð hvor frá öðrum svo tryggt sé að verðákvarðanir í samningum þeirra séu í samræmi við það sem almennt tíðkast í samskonar viðskiptum.<sup>160</sup> Þegar armslengdarreglunni er beitt sem milliverðsleiðréttingu innan félagasamsteypu þá breytast ekki heildartekjur samstæðunnar, heldur er það skipting teknanna eða hagnaðarins sem flyst á milli félaga þannig að hagnaður er lækkaður hjá einu félagi en að sama skapi hækkar hann hjá öðru félagi innan samsteypunnar.<sup>161</sup>

<sup>157</sup> Tvísköttunarsamningur milli ríkisstjórnar Lýðveldisins Íslands og ríkisstjórnar Sameinaða konungsríkisins Stóra-Bretlands og Norður-Írlands til að komast hjá tvísköttun og koma í veg fyrir undanskot frá skattlagningu á tekjur og söluhagnað af eignum. [http://rsk.is/skjal/tvísk\\_gb.is.pdf](http://rsk.is/skjal/tvísk_gb.is.pdf). (skoðað 8. desember 2010).

<sup>158</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 244-247.

<sup>159</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 79-80.

<sup>160</sup> Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“, bls. 238-241.

<sup>161</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 80.

Ef skattfyrivöld hækka hagnað félags í einu landi þá getur það orðið til þess að samstæðan eða þessi tilteknu tengdu félög verði fyrir efnahagslegri tvísköttun í báðum ríkjunum. Í 2. mgr. 9. gr. OECD er reynt að koma í veg fyrir slíkt, þar sem að í ákvæðinu er kveðið á um að skattfyrivöld í hinu ríkinu skuli, þegar um er að ræða hækkun hagnaðar annars félagsins, framkvæma samsvarandi lækkun á hagnaði hins félagsins í því ríki, til þess að koma í veg fyrir tvítalningu hagnaðar. Í greininni er þó ekki kveðið á um með hvaða hætti leiðréttingin eigi að fara fram heldur eingöngu tekið fram að hitt aðildarríkið eigi að framkvæma viðeigandi leiðréttingu til að koma í veg fyrir tvísköttun. Ef ósamkomulag er á milli skattfyrivalda um það hvernig eigi að leiðrétta slíka tvískattlagningu þá er kveðið á um í 25. gr. samningsfyrirmyndar OECD um tvísköttunarsamninga að ríkin eigi að leysa þann ágreining með gagnkvæmu samkomulagi.<sup>162</sup>

OECD hefur gefið út leiðbeiningar<sup>163</sup> um milliverðlagningu fyrir fjölpjóðafyrirtæki og skattfyrivöld.<sup>164</sup> Leiðbeiningarnar eru í stöðugri endurskoðun og hefur verið aukið við þær undanfarin ár. Leiðbeiningarnar hafa að geyma alþjóðleg viðurkennd grundvallarsjónarmið og fela í sér leiðbeiningar um það hvernig eigi að beita og túlka armslengdarreglu 9. gr. OECD, þar á meðal að finna út hið rétta milliverð.<sup>165</sup> Flest lönd, sem Ísland á viðskipti við, hafa sett sér mjög ítarlegar milliverðlagsreglur, sem flestar eru í samræmi við leiðbeiningar OECD um milliverðlagningu. Á hinn bóginn hefur Ísland ekki gert slíkt hið sama. Í leiðbeiningunum frá árinu 1979 er stutt umfjöllun um magra eiginfjármögnun í athugasemdum undir tölulíðum 183-191.<sup>166</sup>

#### 5.4.5 Beiting 9. gr. OECD á magra eiginfjármögnun

Árið 1987 gaf OECD út skýrslu um magra eiginfjármögnun félaga,<sup>167</sup> þar sem fjallað er um það í hvaða tilvikum heimilt sé að beita 9. gr. OECD gegn magurri eiginfjármögnun með þeim hætti að skilgreina lán sem hlutfjárframlag og þar með vaxtagjöldin sem arðgreiðslur. Í skýrslunni er einnig fjallað um það hvort ákvæði í tvísköttunarsamningum um milliverðlagningu komi í veg fyrir eða takmarki rétt samningsríkjanna til þess að lögfasta reglur um magra eiginfjármögnun.<sup>168</sup>

<sup>162</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 95-96.

<sup>163</sup> *Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD 2001.

<sup>164</sup> Leiðbeiningarnar eru ekki bindandi fyrir aðildarríkin og verða ekki sjálfkrafa hluti af réttarkerfi einstakra ríkja.

<sup>165</sup> Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“, bls. 100.

<sup>166</sup> *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, OECD 1979.

<sup>167</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, Nr. 2. OECD, París 1987.

<sup>168</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, bls. 30 og Jens Wittendorff: *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, bls. 161.

Í skýrslunni er tekið fram að ekki megi endurskilgreina lán sem framlag á eigin fé, eða vexti sem arðgreiðslur eingöngu vegna þess að félag sé með hátt skuldahlutfall,<sup>169</sup> þar sem slíkt sé andstætt armslengdarreglunni. Bent er á þá staðreynd að félög geti verið mjög skuldsett af mismunandi ástæðum og að einnig sé mismunandi hve skuldsett félög séu, allt eftir því hvaða starfsemi þau stunda. Lögð er rík áhersla á mikilvægi þess að skattyfirvöld skoði hvert tilvik fyrir sig og meti allar þær forsendur sem liggja að baki lántöku félags áður en lán er endurskilgreint. Lagt er til að fram fari heildarmat og við matið skuli líta til þess hvort að ótengdur aðili hefði veitt félaginu samskonar lán þrátt fyrir að félagið hafi verið mjög skuldsett og/eða illa statt fjárhagslega.<sup>170</sup> Skattyfirvöldum ber að líta til þess hver sé upphæð lánsins, afborganir þess og í hvaða mynt það er tekið, ásamt því að kanna í hvaða tilgangi lánið er tekið og hvort trygging eða veð sé gefið fyrir láninu, sem og hver sé skuldastaða lántakanda, sem og hvort um víkjandi lán sé að ræða. Það er því mikilvægt að skoða alla þá þætti sem geta haft áhrif á það hvaða vextir eru veittir og við matið líta til þess hvaða vextir hefðu verið veittir á láni milli ótengdra aðila og þeirra vaxta sem gilda á almennum fjármálamörkuðum.<sup>171</sup>

Lán geta verið veitt af ótengdum aðila með lægri vöxtum en ella þegar verið er að hefja rekstur eða framleiðslu á nýrri vöru sem er að fara á markað í fyrsta skipti. Skýringuna á lágum vöxtum milli tengdra aðila getur verið sú að móður- og dótturfélög séu að dreifa með sér áhættunni og þeim kostnaði sem felst í því að selja vöruna á lægra verði í því skyni að koma henni á markað. Í þessum tilvikum getur verið réttlætanlegt að vextir séu lægri en ella myndu vera og er þá við mat á því hvort vextir séu innan armslengdarreglunnar litið til þess að það gæti verið að aðrir ótengdir aðilar væru tilbúnir að veita lán á lægri vöxtum vegna þeirra aðstæðna sem eru uppi hverju sinni. Í þeim tilvikum þegar dótturfélag á í fjárhagsvandræðum og fær lán frá móðurfélagi þar sem ekki eru tilgreindir vextir eða lágir vextir þá ber að sama skapi að líta til þess hvort ótengdur aðili hefði verið tilbúinn til að lána félaginu lán með sömu skilmálum þó félagið væri í fjárhagsvandræðum.<sup>172</sup>

Í skýrslunni taka skýrsluhöfundar fram að 9. gr. OECD eigi við um magra eiginfjármögnun félaga og:

- a) Greinin skiptir máli þegar ríki eru að setja í lög reglur um magra eiginfjármögnun.

---

<sup>169</sup> Á ensku: high dept/equity ratio.

<sup>170</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, bls. 30-31.

<sup>171</sup> *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, bls. 92.

<sup>172</sup> *Transfer Pricing and Multinational Enterprises*, bls. 31 og 90-91.

- b) Greinin skiptir ekki aðeins máli þegar verið er að leiðrétta vextina, heldur einnig í tilteknum aðstæðum þegar ákvarðað er hvort skilgreina skuli lán sem framlag á eigin fé.
- c) Greinin kemur ekki í veg fyrir að settar séu reglur um magra eiginfjármögnun í landsrétt svo framarlega sem reglan kveði á um það skilyrði fyrir beitingu hennar að miðað sé við armslengdarregluna.<sup>173</sup>

Það getur verið vandkvæðum bundið að ákvarða hvort lán sé innan armslengdarreglunnar, sérstaklega þar sem 9. gr. OECD tilgreinir ekki hvenær lán telst vera innan marka armslengdarreglunnar, né hvaða greinar í OECD samningsfyrirmyndinni um tvísköttunarsamninga eigi að styðjast við þegar lagt er mat á það hvort að endurskilgreina megi vaxtagreiðslu sem arðgreiðslu og þar með hafna vaxtagjöldum sem frádráttarbærum rekstrarkostnaði.<sup>174</sup>

Í tvísköttunarsamningi á milli Lýðveldisins Íslands og Stórhertogadæmisins Lúxemborgar, til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir,<sup>175</sup> er hugtakið arður skilgreint í 5. mgr. 10. gr. á eftirfarandi hátt:

Hugtakið „ágóðahlutir“ merkir í þessari grein tekjur af hlutabréfum, hlutdeildarskírteinum eða öðrum réttindum sem ekki eru skuldakröfur er veita rétt til hlutdeildar í hagnaði, svo og aðrar tekjur frá félagi sem farið er með við skattlagningu á sama hátt og tekjur af hlutabréfum samkvæmt lögum þess ríkis þar sem félagið sem framkvæmir úthlutunina er heimilisfast.

Í tvísköttunarsamningi á milli Lýðveldisins Íslands og Stórhertogadæmisins Lúxemborgar, til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir,<sup>176</sup> er hugtakið vextir skilgreint í 2. mgr. 11. gr. á eftirfarandi hátt:

Hugtakið „vextir“ merkir í þessari grein tekjur af hvers konar skuldakröfum hvort sem þær eru tryggðar með veði í fasteign eða ekki og hvort sem þeim fylgir réttur til hlutdeildar í hagnaði skuldunautar eða ekki. Hugtakið tekur sérstaklega til tekna af ríkisverðbréfum og tekna af skuldabréfum eða skuldaviðurkenningum, þar með talinn gengismunur og vinningar tengdir slíkum verðbréfum, skuldabréfum eða skuldaviðurkenningum. Dráttarvextir vegna vanskila teljast ekki vextir samkvæmt þessari grein.

Í 3. mgr. 10. gr. samningsfyrirmyndar OECD um tvísköttunarsamninga eru arðgreiðslur skilgreindar á eftirfarandi hátt:

<sup>173</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, bls. 21-22 og 37-38.

<sup>174</sup> Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*, bls. 336.

<sup>175</sup> Tvísköttunarsamningur á milli Lýðveldisins Íslands og Stórhertogadæmisins Lúxemborgar til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir. [http://rsk.is/skjal/tvisk\\_lu.is.pdf](http://rsk.is/skjal/tvisk_lu.is.pdf). (skoðað 19. október 2010).

<sup>176</sup> Tvísköttunarsamningur á milli Lýðveldisins Íslands og Stórhertogadæmisins Lúxemborgar til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir. [http://rsk.is/skjal/tvisk\\_lu.is.pdf](http://rsk.is/skjal/tvisk_lu.is.pdf). (skoðað 19. október 2010).

[...] income from shares, „jouissance“ shares or „jouissance“ rights, mining shares, founder's shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which are subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.

Í 3. mgr. 11. gr. samningsfyrirmyndar OECD um tvísköttunarsamninga eru vextir skilgreindir á eftirfarandi hátt:

[...] income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor's profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures.

Þegar lán er veitt til félags af tengdum aðila í þeim tilvikum þegar um magra eiginfjármögnun félags er að ræða þá geta vextir aðeins verið skilgreindir sem arðgreiðslur ef þeir falla undir skilgreininguna á arði í 3. mgr. 10. gr. samningsfyrirmyndarinnar. Samkvæmt skilgreiningu á hugtakinu vextir í 3. mgr. 11. gr. samningsfyrirmyndarinnar þá er þar ekki fjallað um greiðslur sem flokkast undir arðgreiðslur. Niðurstaðan er því sú að ef vextir í þeirri aðstöðu að um magra eiginfjármögnun er að ræða eru greiddir og falla undir skilgreininguna á arði þá eru það arðgreiðslur en ekki vextir, jafnvel þó að vextirnir falli einnig undir hugtakið vextir eins og það er skilgreint í 3. mgr. 11. gr. samningsfyrirmyndar OECD.<sup>177</sup>

Í skýrslunni er tekið fram að það stangist ekki á við armslengdarregluna að hafa tiltekið skuldahlutfallspak, ef þeim félögum, sem eru yfir skuldahlutfallinu, sé gefinn kostur á að sýna fram á að félag í sama landi með sambærilegan rekstur sé einnig með hátt skuldahlutfall. En tekið er fram að til þess að samræmast beitingu armslengdarreglunnar þá sé mælt til þess að skuldahlutfall sé mjög hátt, vegna þess að ef að það er of lágt, og félögum ekki gefið tækifæri til þess að sýna fram á að félag í sama ríki og í sambærilegum rekstri séu einnig mjög skuldsett, þá eru aðildarríkin að brjóta gegn armslengdarreglunni og mismuna skattaðilanum, ásamt því að auka hættuna á tvísköttun.<sup>178</sup>

Í skýrslunni er tekið fram að þegar aðildarríkin setja sér reglur sem lúta að magurri eiginfjármögnun þá sé mikilvægt að löggjöfin sé í samræmi við armslengdarreglu 9. gr. OECD, það er að segja að sú hækkun sem skattyfirvöld framkvæma á skattskyldum hagnaði félags megi ekki vera umfram þau sjónarmið sem koma fram í armslengdarreglunni. Skýrsluhöfundar telja mikilvægt að setja leiðbeiningar fyrir aðildarríkin um það hvernig

<sup>177</sup> *Model Tax Convention on Income and on Capital*, grein 19 við 11. gr., bls. 175.

<sup>178</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, bls. 31-32.

reglurnar um magra eiginfjármögnun skuli vera til þess að koma í veg fyrir að ríki setji sér mismunandi reglur um magra eiginfjármögnun, sem geti orðið til þess að félagasamsteypur verði fyrir tvísköttun með þeim hætti að annað aðildarríkið skilgreini greiðsluna sem lán, en hitt sem framlag á eigin fé.<sup>179</sup>

Skýrsluhöfundar mælast til þess að beitt sé aðferð sem sé sveigjanleg á þann hátt að hvert mál sé athugað sérstaklega, þó svo að slíkt geti verið tímafrekt. Mælt er gegn því að setja fasta skuldahlutfallsreglu, heldur eigi að gefa félögum kost á að sýna fram á að félög í sambærilegum rekstri séu líka með hátt skuldahlutfall vegna þess að félög fjármagna sig á mismunandi hátt bæði eftir þeirri starfsemi sem þau reka, sem og í hvaða ríki þau eru staðsett. Einnig er mælt gegn því að reglum um magra eiginfjármögnun sé eingöngu beint að félögum í þeim tilvikum þegar það félag, sem veitir lánið, er með takmarkaða skattskyldu og heimilisfast í ríki þar sem eru lágir skattar, heldur eigi reglurnar einnig að beinast að félögum sem eru heimilisföst í ríkinu sjálfu til þess að koma í veg fyrir mismunun.<sup>180</sup>

## 5.5 Viðskipti hagsmunatengdra aðila og armslengdarreglan

Í nútíma viðskiptaumhverfi er algengt að aðilar stundi ýmiss konar starfsemi í ólíkum félögum eða skipti þeirri starfsemi, sem þeir stunda, á milli ólíkra félaga. Aðilum er þetta að sjálfsögðu heimilt enda er meginreglan sú að mönnum er heimilt að skipa fjármálum sínum eins og þeim sýnist, svo framarlega að þeir geri það innan ramma laga. Það sama gildir þegar aðilar færa starfsemi sína úr einu félagi yfir í annað eða breyta um félagform eða stofna ný félög.<sup>181</sup> En ef tilgangurinn hefur aðeins verið skattalegur þá getur það gefið skattyfirvöldum tilefni til athugunar á viðskiptum aðila, sjá dóm *Hérd. Rvk. 25. febrúar 1998 (Y-10/1997)* í máli I. Guðmundsson ehf., en málavextir í því máli voru eftirfarandi:

Eigendur I.G. ehf. höfðu stundað innflutningsverslun og heildsölu. Á árinu 1991 keyptu þeir S, sameignarfélag sem átti verulegt ónotað tap, en hafði ekki haft undir höndum rekstur í nokkur ár. Eftir kaupin yfirtók S innflutning og tollafgreiðslu vara sem I.G. ehf. hafði pantað og seldi nær samstundis til I.G. ehf. með ríflegri álagningu og hagnaði sem étinn var upp með yfirfæranlegu tapi S. Skattyfirvöld færðu hagnað S af viðskiptunum, sem nam samtals um 6,7 milljónum króna á árunum 1991 til 1994, til tekna hjá I.G. ehf. með álagi með vísan til 1. mgr. 58. gr. laga nr. 75/1981. Dómurinn taldi með vísan til sömu greinar, athugasemda með henni og eignatengsla I.G. ehf. og S að eini sýnilegi tilgangurinn með viðskiptunum hefði verið að færa tekjur frá því fyrirtæki sem greiða hefði þurft skatt af til félags sem gat nýtt yfirfæranlegan tapsfrádrátt. Dómurinn staðfesti því skattahækkun skattyfirvalda ásamt álagsbeitingu á skattstofn.

<sup>179</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, bls. 32.

<sup>180</sup> *Thin Capitalisation, Issues in International Taxation*, bls. 33.

<sup>181</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 263.

Í málinu voru tekjur færðar frá I.G. ehf. til S með því að beita ríflegri álagningu. Í málinu kom ekki annað fram en kaupin á S hefðu raunverulega farið fram og að viðskiptin hefðu verið raunveruleg. Í málinu lýtur álitafnið hins vegar að því hvort sú vara eða þjónusta, sem seld var á milli félaganna, var innan þeirra skilyrða sem armslengdarreglan kveður á um. Dómurinn fjallaði ekki um það álitafni hvort milliverðlagningin hefði verið innan marka armslengdarreglunnar heldur vísaði til þess að eini sýnilegi tilgangurinn með viðskiptunum hefði verið að færa tekjur frá félagi, sem hefði átt að greiða skatt til félags er átti yfirfæranlegt tap sem það gat nýtt á móti tekjunum. Af málavöxtum er ljóst að tekjurnar, sem voru færðar á milli félaganna, voru með ríflegri álagningu og augljóslega ekki innan armslengdarreglunnar og var því skattyfirvöldum heimilt að endurákvarða skatta á félögin.<sup>182</sup>

#### 5.5.1 Lánviðskipti innan félagasamstæðu

Félög innan samstæðu hafa sama rétt og önnur félög til að lána fé eða eignir. Það sem úrslitum ræður um heimild til leiðréttingar á þeim er hvort skilmálarnir milli hinna tengdu aðila séu verulega frábrugðnir þeim ímynduðu markaðsskilmálum sem taldir eru gilda í viðkomandi aðstæðum og að frávikið sé komið til vegna hagsmunasambandsins.<sup>183</sup> Meðal fræðimanna á Norðurlöndum hefur því verið haldið fram að ekki sé nægjanlegt að skilmálarnir séu óeðlilegir út frá almennu mati, heldur verða þeir einnig að teljast óvenjulegir með tilliti til aðstæðna í hverju tilfelli fyrir sig. Við matið verður einnig að líta til þess hvort hinir umsömdu skilmálar svipti félagið tekjum sem vænta mætti að það hefði fengið ef skilmálarnir hefðu verið eðlilegir.<sup>184</sup>

#### 5.5.2 Lánveitingar hluthafa til hlutafélags

Í íslenskum lögum er hvergi að finna ákvæði sem kveða á um að hluthafa sé óheimilt að lána hlutafélagi. Hins vegar er í 104. gr. hl., sbr. 79. gr. ehl., lagt bann við því að hlutafélag láni hluthöfum peninga. Hluthafi getur náð fram skattalegu hagræði með því að lána hlutafélagi peninga í stað þess að leggja því til aukið fé vegna þess að heildarskattur á hlutafélagahagnað er hærri en fjármagnstekjuskattur.<sup>185</sup> Ef vextir lánsins eru hærri en tíðkast á sambærilegum lánnum á almennum markaði þá geta skattyfirvöld litið á lánið sem eiginfjárframlag en skattyfirvöld bera sönnunarbyrðina fyrir því að svo sé. Í þessu samhengi er rétt að benda á að hlutafélagi er heimilt að draga vexti af lánnum frá tekjum sínum, sbr. 1. tölul. 1. mgr. 49. gr.,

<sup>182</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 264.

<sup>183</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 274.

<sup>184</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 275.

<sup>185</sup> Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattur á fyrirtæki*, bls. 586.

sbr. 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. Aftur á móti er óheimilt samkvæmt 3. tölul. 50. gr. tskl., að telja til rekstrarkostnaðar samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl., eða til frádráttar skattskyldum tekjum, vexti af framlögðu fé manns til atvinnurekstrar eða sjálfstæðrar starfsemi.

### 5.5.3 Endurgreiðslukjör lána

Ríkar kröfur eru gerðar til skattyfirvalda um að sýna fram á að endurgreiðslukjör lána, sem veitt eru af hluthafa til hlutafélags sem eru fjárhagslega og sífjaréttarlega tengdir, séu verulega frábrugðin því sem almennt tíðkast svo þeim teljist heimilt að beita 1. mgr. 57. gr. tskl. á viðskipti aðila. Skattyfirvöld verða að sýna fram á að vextir af láninu, endurgreiðslutíminn og hvenær endurgreiðslur hefjist séu verulega frábrugðin því sem gerist í viðskiptum ótengdra aðila svo þeim sé það heimilt.

Skattyfirvöld sýndu fram á að endurgreiðslukjör lána og skilmálar þess væru verulega frábrugðnir því sem almennt tíðkaðist í viðskiptum á milli tengdra aðila í *úrskurði yfirskattanefndar 24. september 2003 (263/2003)*, sem reifaður er hér að framan í kafla 5.4.1. Í úrskurðinum kemur fram að skattyfirvöld hefðu sýnt fram á með nægjanlegum hætti þegar litið væri heildstætt á málið að viðskiptin sem um ræddi væru það frábrugðin því sem almennt tíðkaðist í lánsviðskiptum á milli ótengdra aðila að ákvæði 1. mgr. 58. gr. laga nr. 75/1981 (nú 1. mgr. 57. gr. tskl.) ætti við. Niðurstaða yfirskattanefndar var því sú að íslenska félaginu, sem hafði gjaldfært vaxtagjöld vegna lánsins í rekstri sínum, var synjað um þann frádrátt og skattframtal þess leiðrétt til samræmis við það.<sup>186</sup>

Hins vegar ber að taka fram að þótt skattalegt hagræði sé meginástæða þess að tengdir aðilar grípi til tiltekinna ráðstafana þá þýðir það ekki sjálfkrafa að um skattasniðgöngu sé að ræða. Ef skattyfirvöld geta ekki sýnt fram á að lánskjörin séu verulega frábrugðin því sem almennt tíðkast í sambærilegum viðskiptum og aðilar geta sýnt fram á að rekstrarlegar forsendur liggi að baki lántökunni, þá er skattyfirvöldum óheimilt að líta á lánið sem hlutafjárframlag líkt og sjá má í *úrskurði yfirskattanefndar 3. júlí 2002 (223/2002)*.<sup>187</sup>

A ehf., kærandi í málinu, tilgreindi tvenns konar skuldir við B, en B var eigandi að meirihluta hlutafjár í A ehf. Önnur skuldin var tilkomin vegna kaupa A ehf. á hlutafé í E ehf. (sem var í eigu B og tveggja bræðra hans). Skattstjóri leit á lánveitingu B til A ehf. sem hlutafjárframlag. Skattstjóri benti á að endurgreiðslukjör hefðu verið frábrugðin því sem tíðkaðist (Lánið var tekið 1991 og ákveðið að ekki yrði greitt af skuldinni fyrr en eftir 4 ár, vextir voru reiknaðir af skuldinni 10.3% og á stjórnarfundi 10. desember 1996 var ákveðið að fresta fyrstu afborgun til

<sup>186</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 272-273.

<sup>187</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 271-272.



15. janúar 2001. Árið 1999 var hins vegar ákveðið að gera skuldina upp í einu lagi og var það gert). A ehf. mótmælti fyrirhuguðum breytingum skattstjóra og vísaði til þess að A ehf. hefði haft í huga að nýta fasteign í eigu E ehf. undir rekstur sinn. Yfirsattanefnd tók fram að enda þótt skattalegt hagræði væri ákvörðunarástæða fyrir tiltekinni fjárfestingu fæli það ekki sjálfkrafa í sér að farið hefði verið með ólögætum hætti á svig við skattalög (skattalega hagræðið fólst í því að gjaldfæra í skattskilum kæranda greiðslur vegna umræddra viðskipta sem að öðrum kosti hefði verið litið á sem ófrádráttarbærar arðgreiðslur, sbr. 8. tölul. 3. gr. laga nr. 75/1981, eins og það ákvæði hljóðaði á árunum 1995-1999). Benti nefndin á að lög settu því ekki skorður að hluthafar veittu einkahlutafélögum eða hlutafélögum lán. A ehf. hefði réttlætt lánveitinguna með framtíðaráformum A ehf. sem síðar hefðu breyst. Taldi nefndin ekki unnt að hafna skýringum A. ehf. á tildrögum hlutabréfaviðskiptanna og ástæðum að baki þeirra. Ekki hefði verið sýnt fram á að verð eða vaxtakjör hefðu verið óeðlileg og skýring hefði verið gefin á endurgreiðslu lánsins. Taldi yfirsattanefnd að skattstjóri hefði ekki sýnt fram á að hin umdeildu viðskipti hefðu verið verulega frábrugðin því sem almennt gerist. Skattstjóri sýndi t.d. ekki fram á að vaxtakjör væru á neinn hátt afbrigðileg. Það að greiðslur áttu að hefjast þremur árum eftir dagsetningu kaupsamnings var ekki heldur eitt og sér talið verulega frábrugðið því sem almennt gerist í lánsviðskiptum fyrirtækja.

Í úrskurðinum kemur fram að þar sem skattstjóri gat ekki sýnt fram á að verð og vaxtakjör lánsins væru óeðlileg og að skattaðili gat sýnt fram á að rekstrarlegar forsendur lágu að baki láninu þá hafnaði nefndin því að líta bæri á lánið sem hlutafjárframlag. Yfirsattanefnd rökstuddi jafnframt niðurstöðu sína með vísan til þess að lán frá hluthöfum til hlutafélags væru ekki ólögleg.<sup>188</sup>

## 5.6 Niðurstöður

Í íslenskum skattalögum er ekki eitt tiltekið ákvæði sem kveður á um takmörkun á frádráttarbærum vaxtagjöldum þegar félag er með magra eiginfjármögnun, né þegar um skuldsettar yfirtökur á félögum er að ræða. Í þessum kafla hefur verið gert grein fyrir því með hvaða hætti félög hafa nýtt sér það að engin takmörkunarákvæði hafi verið í skattalögum á því hve mikið af vaxtagjöldum félögum sé heimilt að gjaldfæra sem frádráttarbæran rekstrarkostnað. En ljóst er að félög hafa náð fram verulegu skattalegu hagræði vegna þess að engin takmörkunarákvæði hafa verið til staðar. Fjallað hefur verið um hvort skattyfirvöld hafi nú þegar úrræði í íslenskum skattalögum sem heimili þeim að endurákvarða skattstofna og skatta á félög sem hafa fengið óhóflega mikil lán frá tengdum félögum eða þegar um skuldsettar yfirtökur hefur verið að ræða. Álitafni er hvort skattyfirvöld geti á grundvelli 1. mgr. 57. gr. tskl., og þeirrar grunnreglu sem talin er felast í ákvæðinu um svonefnda raunveruleikareglu, endurskilgreint lán sem hlutafjárframlag og þar með synjað félagi um frádráttarbær vaxtagjöld og skattlagt félagið líkt og um arðgreiðslur hafi verið að ræða.

<sup>188</sup> Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning“, bls. 272.

Þegar um viðskipti á milli ótengdra aðila er að ræða eru það markaðsaðstæður sem ráða og þeir skilmálar sem aðilar hafa komið sér saman um í viðskiptum sem yfirleitt eru lagðir til grundvallar við skattlagningu. En þegar um viðskipti á milli tengdra aðila er að ræða er ekki víst að skilmálar þeirra ráðist af sömu forsendum. Að baki gerningi tengdra aðila liggja oft skattaleg sniðgöngusjónarmið en ekki viðskiptaleg sjónarmið til að ná fram sem mestu skattalegu hagræði.

Þegar ráðstafanir eru framkvæmdar eingöngu með það að markmiði að ná því fram að greiða lægri skatta en ekki út frá rekstrar- og viðskiptalegum forsendum þá er um skattasniðgöngu að ræða. Skattyfirvöld geta í þessum tilvikum beitt raunveruleikareglunni, sem felur í sér ráðstöfunarleiðréttingu, og svo milliverðlagsreglum, sem grundvallast á armslengdarreglunni, og fela í sér skilmálaleiðréttingu vegna þess að ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl. er talið fela í sér bæði heimild til ráðstöfunar- og skilmálaleiðréttingar. Ákvæði 1. mgr. 57. gr. tskl., sem lýtur að skattasniðgöngu, fjallar um þær aðstæður þegar um óvenjuleg skipti í fjármálum aðila er að ræða og veitir skattyfirvöldum tiltekin lagaleg úrræði til að bregðast við óvenjulegum fjármálaráðstöfunum á milli tengdra aðila. Í athugasemdum með frumvarpi því sem lögfesti ákvæðið kom fram að ákvæðið beindist að samningum á milli einstaklinga eða félaga, sem tengdir eru sifjaréttarlega eða fjárhagslega og gerðir eru í því skyni að komast hjá því að greiða skatt. Ákvæðið hefur viðtækt gildissvið og tekur almennt til fjármála og heimilar skattyfirvöldum að líta fram hjá formi gerninga, sem teljast óvenjulegir, og framkvæma tiltekna leiðréttingu á skattframtali aðila á þann hátt að horft er fram hjá tilteknum gerningi eða ráðstöfun aðila og skattur lagður á aðila í samræmi við hin raunverulegu verðmæti sem þeir fá líkt og samningurinn eða gerningurinn hafi aldrei átt sér stað.

Meginskilyrðin, sem sett eru fram fyrir því að skattyfirvöld geti beitt 1. mgr. 57. gr. tskl. gegn skattasniðgöngu, lúta að því að þau þurfa að sýna fram á hagsmunasamband á milli aðila, sem og að sanna eða gera sennilegt að efni ráðstöfunar sé óvenjuleg í samanburði við eðlilega ráðstöfun og gera megi ráð fyrir að þessar óvenjulegu aðstæður séu afleiðing hagsmunasambandsins. Skattyfirvöld þurfa því að sýna fram á að hagsmunatengsl séu til staðar á milli aðila og að ráðstafanirnar séu verulega frábrugðnar því sem gerist á milli ótengdra aðila sem og að sanna að engar rekstrarlegar forsendur liggi að baki ráðstafananna. Í *úrskurði yfirskattanefndar 13. febrúar 2008 (17/2008)* sem reifaður er í kafla 5.4.1 töldust öll þessi skilyrði vera uppfyllt og félaginu var í kjölfarið talið óheimilt að gjaldfæra vaxtagjöld af umræddu láni sem frádráttarbæran rekstrarkostnað.

Í kaflanum hefur verið litið til dóma- og úrskurðafrankvæmdar með það fyrir augum að kanna hvort reynt hafi á heimild skattyfirvalda til að beita 1. mgr. 57. gr. tskl., í þeim tilvikum er lán hefur verið veitt á milli tengdra aðila í þeim eina tilgangi að ná fram skattalegu hagræði og skattyfirvöldum hafi í kjölfarið verið talið heimilt að hafnað frádráttarbærni vaxtagjalda/fjármagnskostnaðar af lánunum. Í *úrskurði yfirskattanefndar 24. september 2003 (263/2003)* sem reifaður er í kafla 5.4.1 komst nefndin að þeirri niðurstöðu að skattyfirvöldum hafi verið heimilt að neita félaginu um að gjaldfæra vaxtagjöld af tilteknum lánum sem frádráttarbærum kostnaði í skattskilum sínum. Lánin voru gefin út í erlendri mynt, vaxtalaus, óverðtryggð og alfarið án veðs eða ábyrgðar og átti að greiða þau í einu lagi 30 árum eftir útgáfudag. Rökin sem færð voru fyrir niðurstöðunni voru þau að félögin voru bæði í eigu sömu aðila, viðskiptin voru verulega frábrugðin því sem almennt tíðkaðist í slíkum viðskiptum og engar rekstrarlegar forsendur lágu að baki þeim. Taldi nefndin því heimilt að beita meginreglu 1. mgr. 57. gr. tskl. á viðskipti aðila og synja þeim um gjaldfærslu vaxtagjalda af lánunum sem frádráttarbærum rekstrarkostnaði.

Samkvæmt dóma- og úrskurðafrankvæmd er í 1. mgr. 57. gr. tskl. talin felast meginregla sem nefnd er raunveruleikareglan og samkvæmt henni hafa dómstólar og skattyfirvöld talið sér heimilt að víkja frá einkaréttarlegum gerningum við álagningu skatta ef þeir eru eingöngu gerðir í því skyni að ná fram skattalegu hagræði en ekki í eðlilegum og venjulegum rekstrartilgangi. Viðskipti aðila eru þá leiðrétt til samræmis við raunveruleikann og getur slík leiðrétting orðið til þess að skattstofn aðila breytist. Um beitingu raunveruleikareglunnar var að ræða í *Hrd. 9. febrúar 2006 (321/2005)* í svonefndu Sundagarðsmáli en dómurinn er reifaður í kafla 5.4.2.

Í 1. mgr. 57. gr. tskl. er að finna hina almennu skattasniðgöngureglu og geta skattyfirvöld því stuðst við armslengdarregluna við mat á því hvort ráðstöfun teljist vera óvenjuleg. Armslengdarreglan í skattarétti gengur út á það að skattyfirvöld bera saman viðskipti tengdra aðila við þau viðskiptakjör sem þykja eðlileg á almennum markaði og hefðu átt sér stað á milli óháðra og ótengdra aðila. Ef viðskipti milli tengdra aðila eru verulega frábrugðin þeim sambærilegu viðskiptum sem hefðu átt sér stað á milli ótengdra aðila er skattyfirvöldum talið heimilt að beita 1. mgr. 57. gr. tskl., á viðskipti aðila og endurákvarða skattskyldu þeirra til samræmis við það sem þau hefðu orðið á milli ótengdra aðila. Skattyfirvöld geta litið til þess hvernig armslengdarreglu 9. gr. OECD hefur verið beitt á viðskipti milli tengdra aðila þegar þau beita 1. mgr. 57. gr. tskl., en í ákvæðinu er kveðið á um að hagsmunatengdir aðilar megi ekki ákveða hagnaðarskilmála í samningum sín á milli sem eru frábrugðnir því sem óháð félög hefðu samið um. Ákvæði 9. gr. OECD tekur til samstæðna félaga og er markmið þess að

koma í veg fyrir að tengdir aðilar geti stjórnað því með milliverðlagsákvæði í samningi sínum á milli hvernig tekjur samstæðna skiptast á milli ríkja. Ákvæðið veitir skattyfirvöldum heimild til að víkja til hliðar óeðlilegum verðlagningum eða skilmálum sem tengdir aðilar hafa gert sín á milli og ákveða verð og skilmála til samræmis við venjuleg markaðskjör á milli ótengdra aðila og leggja skatt á samkvæmt því. Tekið skal fram að armslengdarregla 9. gr. OECD er aðeins notuð í þeim tilgangi að finna út rétt verð fyrir vöru og þjónustu í gildum lögskiptum á milli aðila og tengist því ekki málamynda- eða sniðgöngusjónarmiðum.

OECD gaf árið 1987 út skýrslu um magra eiginfjármögnun félaga og tóku skýrsluhöfundar fram að 9. gr. OECD eigi við um magra eiginfjármögnun félaga. Í skýrslunni var lögð rík áhersla á að skattyfirvöld skoði hvert tilvik fyrir sig og meti allar þær forsendur sem liggi að baki lántöku félags áður en lán er endurskilgreint sem framlag á eigin fé í stað láns. Lagt er til að fram fari heildarmat þegar verið er að meta hvort vextir séu innan armslengdarreglunnar og litið sé til þess hver sé upphæð lánsins, afborganir, mynt ásamt því að kannað sé í hvaða tilgangi lánið sé tekið. Einnig sé mikilvægt að líta til þess hvort trygging liggi að baki láninu og hver sé skuldastaða lántakanda, sem og skoða hvort að um víkjandi lán sé að ræða. Að lokum skuli allir þessir þættir bornir saman við þá vexti er bjóðast ótengdum aðilum í sambærilegum aðstæðum á almennum markaði áður en lán er endurskilgreint. Í skýrslunni er jafnframt tekið fram að ekki sé heimilt að endurskilgreina lán sem framlag á eigin fé, eða vexti sem arðgreiðslu aðeins vegna þess að félag sé með hátt skuldahlutfall þar sem slíkt sé andstætt armslengdarreglunni. Talið er heimilt að hafa tiltekið skuldahlutfall ef félögum er gefinn kostur á að sýna fram á að félag í sambærilegum rekstri og aðstæðum hefði fengið lán á sömu kjörum á almennum markaði áður en frádrætti vaxtagjalda er hafnað. Lögð er áhersla á að ríkin beiti armslengdarreglu 9. gr. OECD þegar um magra eiginfjármögnun félaga er að ræða til þess að tryggja að endurákvörðunin sé innan þeirra marka sem armslengdarreglan kveður á um. Einnig er tekið fram að vextir geti aðeins verið skilgreindir sem arðgreiðslur ef þeir falla undir skilgreininguna á arði sem kveðið er á um í 3. mgr. 10. gr. samningsfyrirmynd OECD um tvísköttunarsamninga ef önnur skilyrði fyrir beitingu armslengdarreglunnar teljast vera uppfyllt.

Þegar um viðskipti á milli hagsmunatengdra aðila er að ræða ber að taka það fram að meginreglan er sú að mönnum er heimilt að skipa fjármálum sínum eins og þeim sýnist, svo framarlega sem þeir geri það innan ramma laganna. Að mati höfundar er það þó svo að ef eini tilgangurinn með ráðstöfun aðila hefur verið sá að ná fram skattalegu hagræði þá er skattyfirvöldum heimilt að skerast í leikinn og endurákværða skattskyldu aðila út frá armslengdarreglunni og að uppfylltum þeim skilyrðum sem kveðið er á um í 1. mgr. 57. gr.

tskl. Þegar félög innan samstæðna lána fjármagn sín á milli er skattyfirvöldum því heimilt að leiðrétta þann rekstrarkostnað sem gjaldfærður hefur verið í rekstri félaganna vegna lánanna ef skilmálar lánasamnings hafa verið verulega frábrugðnir þeim lánaskilmálum sem hefðu verið veittir af ótengdum aðila að því tilskyldu að skilmálarnir séu frábrugðnir vegna hagsmunasambands félaganna. Ef vextir af láni eru til að mynda verulega hærrí en af lánum sem veitt væru við sambærilegar aðstæður þá geta skattyfirvöld á grundvelli 1. mgr. 57. gr. tskl., litið á lánið sem eiginfjárframlag og hafnað frádráttarbærni vaxtagjalda og þar með hækkað tekjuskattstofn félagsins.

Að mati höfundar verða skattyfirvöld þó að gæta þess við mat á því hvort fjármagn sé framlag á eigin fé eða lán að skoða allar forsendur að baki lánveitingunni. Það þarf að fara fram heildarmat þar sem það er hlutverk skattyfirvalda að sanna að endurgreiðslukjör lána séu frábrugðin því sem almennt tíðkist svo þeim sé heimilt að beita 1. mgr. 57. gr. tskl., á viðskipti félaganna. Þó að um hagsmunatengsl á milli aðila sé að ræða þá geta skattyfirvöld ekki í öllum tilfellum beitt ákvæðinu gegn ráðstöfunum þeirra. Það er þannig ekki útilokað að það séu málefnaleg rök að baki lánveitingum hjá mikið skuldsettum félögum sem í sjálfu sér réttlæta ekki breytingu á skattalegum réttindum tengdum lánveitingum. Ef skattyfirvöld geta ekki sýnt fram á að endurgreiðslukjör lánsins og skilmálar þess að öðru leyti séu verulega frábrugðin því sem almennt tíðkist og aðilar geta sýnt fram á að rekstrarlegar forsendur liggi að baki láninu þá er skattyfirvöldum ekki heimilt að synja félaginu um gjaldfærslu fjármagnskostnaðar jafnvel þó að um hagsmunatengsl á milli aðila sé að ræða líkt og raunin var í *úrskurði yfirskattanefndar 3. júlí 2002 (223/2002)* sem reifaður er í kafla 5.5.3. Skattyfirvöld verða því að gæta þess að kanna hvert mál rækilega út frá öllum þeim forsendum sem fyrir liggja og afla til þess viðhlítandi gagna sem skipta máli hverju sinni svo þeim sé kleift að leggja heildarmat á það á hvaða forsendum tiltekin ráðstöfun var gerð á milli tengdra aðila þar sem rík sönnunarkrafa hvílir á skattyfirvöldum um það hvort þeim sé heimilt að beita 1. mgr. 57. gr. tskl.

Leiðrétting á magurri eiginfjármögnun er í grunninn ólík almennum milliverðlagsmálum vegna þess að leiðrétting á magurri eiginfjármögnun fer fram með þeim hætti að litið er framhjá skattagerningnum sjálfum og framkvæmd svonefnd ráðstöfunarleiðrétting sem grundvallast á raunveruleikareglunni. En þegar um leiðréttingar í venjulegum milliverðlagsmálum er að ræða eru það fjárhæðirnar sjálfar sem eru leiðréttar en ekki gerningurinn sjálfur, þ.e. skilmálaleiðrétting sem grundvallast á þeim sjónarmiðum er liggja að baki armslengdarreglunni. Þær reglur sem lúta að takmörkun á magurri eiginfjármögnun kveða almennt á um það hvort heimilt sé að líta á lánið og lánakjörin sem hlutafjárframlög og

í kjölfarið eru vaxtagreiðslurnar skilgreindar sem ófrádráttarbærar arðgreiðslur og félögunum synjað um að telja vextina til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar. Þegar um magra eiginfjármögnun félaga eða skuldsettar yfirtökur er að ræða kemur því að mati höfundar til álita að beita hinni svonefndu raunveruleikareglu sem heimilar skattyfirvöldum að gera ráðstöfunarleiðréttingar á óvenjulegum gerningum. Ráðstöfunarleiðréttingin yrði þá framkvæmd með þeim hætti að véfengd væri sú ráðstöfun/lán sem um ræðir og litið á lánasamninginn sem hlutafjárukningu en ekki lán. Ekki er þó víst að hægt sé að beita 1. mgr. 57. gr. tskl., gegn magurri eiginfjármögnun í öllum tilvikum vegna þess að ekki er víst að vextir eða önnur lánakjör séu verulega frábrugðin því sem almennt gerist sem er einmitt ein af meginforsendum fyrir beitingu ákvæðisins.

Um það álitaefni hvort skattyfirvöld geti beitt 1. mgr. 57. gr. tskl. gegn skuldsettum yfirtökum eða svonefndum öfugum samruna, það er að segja að hafna frádráttarbærni vaxtagjalda af lánum sem tekin eru af eignarhaldsfélagi til að kaupa tiltekið rekstrarfélag, þá telur höfundur að leiða megi líkur að því að skattyfirvöld geti í vissum tilvikum hafnað frádráttarbærni vaxtagjalda á grundvelli 1. mgr. 57. gr. tskl. Það má rökstyðja meðal annars með því að samkvæmt 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl. er heimilt að draga frá tekjum þau gjöld sem ganga eiga til að afla félaginu tekna og/eða eigna. Það lán sem flyst yfir til rekstrarfélagsins eftir að framkvæmdur hefur verið samruni, er ekki lán sem tekið er til að afla félaginu tekna og/eða eigna, heldur verður lánið til þess að skuldastaða rekstrarfélagsins versnar. Það kann því að mati höfundar að vera álitamál hvort vaxtagjöldin sem greidd eru af láninu uppfylli þau skilyrði sem sett eru fram í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl., og er skattyfirvöldum því hugsanlega heimilt að mati höfundar að hafna félögum um að telja þau fram til skatts sem rekstrarkostnað. Þetta myndi væntanlega helst eiga við í þeim tilvikum þegar samruni er fyrirséð ráðstöfun í framhaldi af kaupum félags og þannig litið heilstætt á atburðarrásina með svipuðum hætti og gert er í samrunamáli þegar kannað er hvort gagngjaldsskilyrði er til staðar. Það eru þó engin dóma- eða úrskurðafordæmi sem styðja þessa tilgátu höfundar og á meðan þeim er ekki að dreifa er þetta eingöngu tilgáta hans sem færa má rök fyrir sem fyrr segir.

Höfundur telur samt sem áður hagkvæmast að leiða í lög ákvæði sem væri sambærilegt þeim ákvæðum er leidd hafa verið í lög á vesturlöndum gegn óhóflegri skuldsetningu félaga, þar sem takmörk eru lögð við því hve mikið af vaxtagjöldum heimilt sé að skilgreina sem frádráttarbær rekstrargjöld með tilliti til þess hve skuldsett félagið sé. Ef slíkt ákvæði væri sett í lög þá gætu lögaðilar fyrirfram gert sér grein fyrir því að hvaða marki þeim sé heimilt að gjaldfæra vaxtagjöld sem rekstrarkostnað. Það myndi auka réttaröryggi og uppfylla það

skilyrði sem menn telja að réttarríki þurfi að uppfylla um að lög skuli vera skýr og fyrirsjáanleg.

## 6 Evrópuréttur

### 6.1 Áhrif Evrópuréttar á skattarétt

Markmið Evrópubandalagsins (e. European Community) er að koma á sameiginlegum innri markaði (e. common market) innan sambandsríkja, en í því felst að vörur, fólk, þjónusta og fjármagn geta flust yfir landamæri án nokkurra hafta. Markmið EES-samningsins samkvæmt 1. gr. laga nr. 2/1993 er að stuðla að myndun einsleits Evrópsks efnahagssvæðis. Til að ná því markmiði eru ákvæði í EES-samningnum sem kveða á um að aðildarríkin skuli tryggja frjálsa vöruflutninga, frjálsa fólksflutninga, frjálsa þjónustustarfsemi og frjálsa fjármagnsflutninga. Til að ná þessu markmiði um einsleitni verða því að gilda sambærilegar reglur innan aðildarríkjanna um *fjórfrælsið* og mega þau ekki setja reglur sem brjóta í bága við fjórfrælsisákvæðin, né reglur sem mismuna á grundvelli þjóðernis.

Samkvæmt EES-samningnum gildir sú meginregla að aðildarríkin mega ekki takmarka þau frælsisákvæði sem kveðið er á um í Rómarsáttmálunum um fjórfrælsið hvorki með lögum né annarri framkvæmd. Meginreglan um bann við mismunun vegna ríkisfangs er sett fram í 4. gr. EES-samningsins, en þar segir að hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs sé bönnuð á gildissviði samningsins nema annað leiði af einstökum ákvæðum hans.<sup>189</sup> Í 31. gr. EES-samningsins er sett fram önnur meginregla sem kveður á um að ekki megi mismuna þeim sem hyggjast nýta sér stofnsetningaréttinn. En bæði þessi ákvæði banna mismunun í skattalegu tilliti og ber aðildarríkjunum að taka tillit til þeirra er þau setja lög.<sup>190</sup>

Við undirritun EES-samningsins var gengið út frá því að samræming skatta væri ekki hluti af EES-samningnum og að íslenskum stjórnvöldum myndi áfram vera í sjálfvald sett hvernig íslenska skattkerfið væri upp byggt. En þróunin síðasta áratuginn hefur verið sú að álitamálum varðandi skattamál aðildarríkjanna hefur í auknum mæli verið vísað til EFTA- og Evrópuþingstólsins. Niðurstöður dómstólanna, í þeim málum er lúta að skattalöggjöf aðildarríkjanna, hefur í flestum málunum verið þær að löggjöf ríkjanna hafi falið í sér brot á reglunum um fjórfrælsið og reglurnar taldar mismuna borgurum aðildarríkja sambandsins eða EES-svæðisins, ýmist með beinum eða óbeinum hætti. Þar sem dómafordæmi dómstólanna beggja hafa víðtæk áhrif á lögskýringu og túlkun EES-samningsins, sbr. 6. gr. EES-samningsins þá hefur efnislegt innihald hans í raun tekið miklum breytingum frá undirritun samningsins. Löggjafinn hefur því ekki frjálssar hendur við setningu skattalaga þar sem hann

<sup>189</sup> Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*, bls. 252-254.

<sup>190</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið*, bls. 355.



verður að gæta að skilyrðum EES-samningsins sem lúta að banni við mismunun á grundvelli þjóðernis og takmörkunum á beitingu fjórfrelsisins út frá sjónarhóli skattaréttar.<sup>191</sup>

Þegar rætt er um mismunun í Evrópurétti er átt við að aðildarríkin megi hvorki beita beinni, óbeinni né dulinni mismunun. Um óbeina eða dulda mismunun er að ræða þegar til dæmis aðilar sem bera takmarkaða skattskyldu sæta lakari meðferð samkvæmt landsrétti heldur en aðilar sem bera ótakmarkaða skattskyldu.<sup>192</sup> Um mismunun telst vera að ræða þegar sambærileg tilvik njóta ólíkrar meðferðar eða þegar ósambærileg tilvik njóta sambærilegrar meðferðar. Í 18. gr. Lissabon sáttmálinn<sup>193</sup> (hér eftir skammstafaður ESB-sáttmálinn), áður 12. gr. Rómarsáttmálans, sbr. 4. gr. EES-samningsins, er kveðið á um bann við mismunun á grundvelli þjóðernis.<sup>194</sup>

Samkvæmt dómafrankvæmd Evrópudómstólsins gildir sú meginregla að aðildarríkin megi ekki gera neitt sem til þess er fallið að hindra eða draga úr áhuga manna eða félaga á því að hagnýta frelsisákvæðin nema tilteknum skilyrðum sé fullnægt. Þegar dómstóllinn tekur til skoðunar hvort skattareglur standist frelsisákvæðin skoðar hann hvort í skattaákvæðinu felist mismunun eða takmörkun á notkun fjórfrelsisákvæðanna. Ef niðurstaðan er sú að ákvæðið feli í sér mismunun eða takmörkun er skoðað hvort þær séu réttlætanlegar út frá einhverju lögmætu sjónarmiði. Til þess að mögulegt sé að réttlæta mismunina eða takmörkunina út frá tilteknu sjónarmiði verður hún að uppfylla tiltekin skilyrði. Þessi skilyrði voru fyrst sett fram af Evrópudómstólnum í máli *EBD, mál C-55/94, ECR 1995, bls. I-2493 (Gebhart-málið)*. Í dóminum var tekið fram að aðgerðir aðildarríkis sem væru til þess fallnar að draga úr áhuga á því að hagnýta frelsisákvæðin yrðu að fullnægja fjórum skilyrðum svo þær teldust ekki vera hindrun á fjórfrelsinu:<sup>195</sup>

1. Þær mættu ekki fela í sér mismunun,
2. þær yrðu að vera rökstuddar með tilvísun til brýnna mikilvægra almannahagsmuna,
3. þær yrðu að vera til þess fallnar að ná því markmiði sem að væri stefnt og
4. þær mættu ekki ganga lengra en nauðsynlegt væri.<sup>196</sup>

Almenna reglan um bann við takmörkunum á frelsisákvæðunum gildir eingöngu ef hún fullnægir því skilyrði að þau svið sem borin eru saman séu sambærileg, nema unnt sé að

<sup>191</sup> Ingvi Már Pálsson: „Áhrif EES samningsins á íslenskan skattarétt“, bls. 4-6.

<sup>192</sup> Arnaldur Hjartarson: „Beinir skattar barátta um völd – Áhrif Evrópuréttar á reglur aðildarríkja Evrópubandalagsins á sviði beinna skatta“, bls. 536.

<sup>193</sup> Lissabon sáttmálinn – sáttmáli um starfsemi Evrópubandalagsins frá 13. desember 2007.

<sup>194</sup> Arnaldur Hjartarson: „Beinir skattar barátta um völd – Áhrif Evrópuréttar á reglur aðildarríkja Evrópubandalagsins á sviði beinna skatta“, bls. 559.

<sup>195</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 251-252.

<sup>196</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 251-252.

réttlæta bannið með brýnum mikilvægum almennum hagsmunum<sup>197</sup> sem fullnægja einnig skilyrðum meðalhófsreglunnar. Hin ólögfestu sjónarmið sem réttlætt geta takmarkanir á fjórfrelsinu þegar um skattareglur er að ræða og ríkin hafa teft fram máli sínu til stuðnings við meðferð máls fyrir EFTA- og Evrópudómstólnum eru eftirfarandi:

1. Sjónarmið sem lúta að þörfinni fyrir heildstætt skattkerfi og innra samræmi kerfisins,
2. þörf fyrir að koma í veg fyrir skattasniðgöngu eða undanskot og
3. þörf fyrir að halda uppi virku skatteftirliti.<sup>198</sup>

## 6.2 Stofnsetningarétturinn

Markmið samninga Evrópusambandsins og Evrópska efnahagssvæðisins er meðal annars að tryggja rétt einstaklinga og lögaðila til að hefja og reka sjálfstæða atvinnustarfsemi innan aðildarríkjanna. Í 49. gr. ESB-sáttmálans, áður 43. gr. Rómarsáttmálans, og 34. gr. EES-samningsins er kveðið á um stofnsetningarrétt eða staðfesturétt. Hugtakið *stofnsetningarréttur* (staðfesturéttur) er notað um þann rétt sem einstaklingur eða lögaðili í aðildarríki getur nýtt sér til að stofna til varanlegrar atvinnustarfsemi í öðru aðildarríki. Í réttinum felst réttur til að hefja og stunda sjálfstæða atvinnustarfsemi og til að stofna og reka félag í öðru aðildarríki með sömu skilyrðum og gilda um ríkisborgara og félög þess ríkis. Rétturinn nær bæði til einstaklinga og félaga er þau hefja atvinnurekstur eða flytja rekstur sinn frá einu landi til annars og þegar stofnuð eru dótturfélög eða útibú í öðru aðildarríki. Félag hafa því bæði rétt til að stofna frá grunni nýjan atvinnurekstur, kaupa og yfirtaka atvinnurekstur sem þegar er til staðar í aðildarríki eða þá að stofna umboðsskrifstofu, útibú eða dótturfélag í öðru aðildarríki.<sup>199</sup>

Sú meginregla gildir innan Evrópuréttar að aðildarríkjum er ekki heimilt að mismuna félögum á grundvelli þjóðernis jafnvel þó félögin kjósi að stofnsetja sig í öðru aðildarríki vegna skattalegs hagræðis. Af þessu leiðir að þeir aðilar, sem nýta sér stofnsetningarréttinn, skulu því njóta skattalegs jafnræðis á við ríkisborgara þess ríkis sem þau kjósa að stofnsetja sig í. Aðildarríkjunum ber samkvæmt stofnsetningarréttinum að viðurkenna hvert það félag sem löglega er skráð í öðru aðildarríki. Kjarni stofnsetningarréttarins er því sá að bann er lagt við misrétti byggðu á þjóðerni. Aðildarríki geta sett sér reglur sem taka til atvinnustarfsemi félaga ef í þeim felst hvorki bein né óbein mismunun gagnvart félögum frá öðrum

<sup>197</sup> Á ensku: overriding public interest, danska: tvingende almene hensyn.

<sup>198</sup> Stefán Már Stefánsson: „Leyfilegar takmarkanir á fjórfrelsisákvæðum EB/EES réttar“, bls. 422-425 og Ben J.M. Terra og Peter J. Wattel: *European Tax Law*, bls. 18-19.

<sup>199</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið*, bls. 454-456.

aðildarríkjum bandalagsins. Stofnsetningarétturinn felur þannig ekki eingöngu í sér bann við allri mismunun heldur líka bann við öllum takmörkunum á frelsi til stofnsetningaréttar.<sup>200</sup>

Aðildarríkin eru því ekki talin mega aðhafast neitt það sem fallið væri til þess að hindra eða draga úr áhuga manna eða félaga á því að hagnýta sér frelsisákvæðin nema sérstakar réttlætningarástæður komi til. Ef félag hefur verið löglega skráð í einu ríki á það að njóta sömu réttinda í starfsemi sinni í öðrum aðildarríkjum, nema frávik verði rökstudd með vísan til brýnna almennra hagsmuna. Aðildarríkjunum er þó heimilt að hafa í löggjöf sinni sérstök ákvæði sem gilda eingöngu um félög sem staðsett eru í þeirra ríki, en verða að gæta þess að löggjöfin nái þá til allra félaga sem staðsett eru í þeirra ríki.

### 6.3 Áhrif EFTA- og Evrópudómstólsins á skattlagningarreglur aðildarríkjanna

Af dómum EFTA- og Evrópudómstólsins má ráða að sú meginregla gildi að aðildarríkin megi ekki framkvæma neitt það sem hindri eða dragi úr áhuga manna eða félaga á því að nýta sér fjórfrelsisákvæðin. Við mat á því hvort um mismunun á grundvelli ríkisfangs er að ræða þá fer fram skoðun á því hvort félag, sem heimilisfast er í ríkinu fái betri meðferð heldur en það félag sem er ekki heimilisfast og rekur sambærilega þjónustu/viðskipti. Þegar um skattamál er að ræða ber að taka það fram að hvert ríki ræður sínum skattamálum sjálf en þeim ber þó að gæta að bandalagsréttinum við meðferð skattamála. Aðildarríkin þurfa jafnframt að huga að ákvæðum Evrópuréttarins um stofnsetningaréttinn, sem og að tryggja félögum þann rétt að þau hljóti sömu meðferð í gistiríki og þau félög sem eru þar heimilisföst. Í stofnsetningaréttinum felst einnig sá réttur til handa félögum og ríkisborgurum að ríki mega ekki takmarka eða leggja hömlur á það að ríkisborgarar eða félag stofnsetji sig í öðrum ríkjum sambandsins.<sup>201</sup>

Það telst almennt ekki vera misnotkun á stofnsetningaréttinum að félag ákveði að stofnsetja sig í landi á grundvelli þess að ná fram skattalegu hagræði að því tilskildu að rekstrarlegar forsendur liggi þar jafnframt að baki.<sup>202</sup> En ef hins vegar eingöngu er um svokallað *skúffufélag* að ræða með enga raunverulega starfsemi,<sup>203</sup> þá telst vera um misnotkun á stofnsetningaréttinum að ræða og ríkjunum heimilt að skattleggja félögin líkt og þau væru

<sup>200</sup> Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið*, bls. 459-462.

<sup>201</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 248-254.

<sup>202</sup> Sbr. *EBD, mál C-196/04, ECR 2005, bls. I-7995* (Cadbury Schweppes), þar sem reyndi á lögmæti CFC reglna. Skammstöfunin „CFC“ stendur fyrir „controlled foreign corporation“, en sem dæmi um slíka löggjöf má nefna reglur um að hluthafi í Danmörku verði skattlagður vegna hagnaðar dótturfélags á lágskattasvæði. Í þessu felst að í rauninni er litið í gegnum dótturfélagið. Á Íslandi hefur nú verið sett í lög ákvæði sem lýtur að CFC löggjöf, sbr. 57. gr. A. tskl.

<sup>203</sup> Á ensku: wholly artificial.

staðsett í ríkinu þar sem óheimilt er að hagnýta sér bandalagsréttinn með óréttmætum eða sviksamlegum hætti.<sup>204</sup>

### 6.3.1 Fokus Bank

Þó að EES-samningurinn taki ekki til beinna skatta og að í honum sé ekki að finna ákvæði er lúta að skattameðferð samstæðna þá má draga þá ályktun að um skattalega meðferð samstæðna gildi svipuð sjónarmið og eru ríkjandi í Evrópuréttinum. Þessu til stuðnings má vísa til máls sem flutt var fyrir EFTA-dómstólnum, *EFTAD, mál E-1/04, EFTACR 1999, bls. 15 (Fokus Bank ASA gegn norska ríkinu)*, þar sem álitafnið laut að því hvort norska ríkinu væri heimilt að hafa ákvæði í löggjöf sinni sem veitti eingöngu þeim hluthöfum sem búsettir voru í Noregi skattaafslátt af arðgreiðslum sem þeir fengu frá norskum félögum, en ekki þeim sem búsettir voru utan Noregs.

Dómstóllinn tók til skoðunar 40. gr. EES-samningsins sem kveður á um frjálsa fjármagnsflutninga og tók fram að þó að gildissvið EES-samningsins næði ekki yfir skattkerfi aðildarríkjanna þá bæri EES/EFTA ríkjunum samt sem áður skylda til að beita skattvaldi sínu á þann hátt að það bryti ekki í bága við ákvæði EES-samningsins. Aðildarríkjunum væri skylt að tryggja einsleitni og sagði dómstóllinn jafnframt að dómafordæmi Evrópudómstólsins hefðu fordæmisgildi varðandi túlkun EES-samningsins. Norska ríkið var því talið hafa brotið gegn ákvæðinu með því að mismuna þeim ríkisborgurum sem ekki voru búsettir í Noregi á þann hátt að synja þeim um skattaafslátt af þeim arðgreiðslum sem þeir fengu frá norskum fyrirtækjum. Niðurstaða EFTA-dómstólsins var sú að þessi ákvæði í norskum skattalögum heftu frjálsa fjármagnsflutninga og brytu því í bága við 40. gr. EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga þar sem reglan kom í veg fyrir að norsk fyrirtæki gætu aflað sér fjármagns frá erlendum fjárfestum og öfugt. Dómstóllinn tók fram að ákvæði 40. gr. EES-samningsins kæmi ekki í veg fyrir að greinarmunur sé gerður á skattgreiðendum eftir búsetu. Hins vegar yrði að túlka slíkar reglur þröng, byggja á málefnalegum sjónarmiðum og ekki ganga lengra en nauðsyn er til að ná fram settu markmiði. Þessi skilyrði voru ekki talin uppfyllt í þessu máli.

Dómstóllinn sagði að EES-samningurinn tæki ekki til skattkerfis aðildarríkjanna en að EES/EFTA ríkin yrðu engu að síður að beita skattavaldi sínu þannig að það samræmdist reglum EES-samningsins. Síðar í niðurstöðunni er síðan vikið að því að EES-samningurinn stefni að einsleitni og nefnd ýmis dæmi því til staðfestingar. Að lokum var talið ljóst að dómafordæmi Evrópudómstólsins varðandi frjálsa fjármagnsflutninga hefði þýðingu fyrir niðurstöðuna í málinu. Norska löggjöfin var talin brjóta í bága við 40. gr. EES-samningsins um frjálsa fjármagnsflutninga vegna þess að reglurnar mismunuðu ríkisborgurum sem ekki voru búsettir í Noregi.

---

<sup>204</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 259-260.

Að mati höfundar má draga þá ályktun af dóminum að miklar líkur séu fyrir því að þær reglur og sú dómaframkvæmd, sem ríkjandi eru hverju sinni um skattaleg álitafni í Evrópuréttinum, gildi einnig um EES/EFTA ríkin þegar um skattaleg álitamál er að ræða í tengslum við frelsisákvæði EES-samningsins, enda eru ákvæðin í grundvallaratriðum þau sömu í báðum réttarkerfunum.<sup>205</sup>

### 6.3.2 *Marks & Spencer*

Aðildarríki Evrópusambandsins hafa teft fram þeim rökum að tiltekin skattalöggjöf sé nauðsynleg til að ná lögmætum markmiðum líkt og þeim að koma í veg fyrir skattsvik og/eða skattasniðgöngu. En Evrópudómstóllinn hefur ekki verið tilbúinn til að fallast á þau rök aðildarríkjanna í öllum tilvikum, líkt og sjá má af niðurstöðu Evrópudómstólsins í máli *EBD, mál C-446/03, ECR 2005, bls. I-10837 (Marks & Spencer)*, en málavextir í því máli voru eftirfarandi:

Skattyfirvöld í Bretlandi neituðu verslunardejuni Marks & Spencer um að nýta skattalegt tap dótturfélaga sem væru heimilisföst utan Bretlands á móti skattskyldum hagnaði móðurfélagsins á Bretlandi. Þau rök sem bresk skattyfirvöld lögðu fram lutu að því að nauðsynlegt væri að neita móðurfélaginu um að nýta tapið þar sem annars væri hætt við að tapið væri nýtt tvisvar sinnum, bæði í heimilisfestarríki dótturfélagsins og á Bretlandi. En dómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að takmarkanir á samsköttun á milli landa væru almennt ekki bannaðar en ekki mætti vera um að ræða fortakslaust bann við nýtingu taps ef tap dótturfélags í öðru landi væri að falla niður og ómögulegt væri að nýta tapið í heimalandi dótturfélagsins. Niðurstaða var sú að óheimilt væri að neita móðurfélaginu á Bretlandi um að nýta tapið ef það gæti sýnt fram á að dótturfélagið gæti ekki notað tapið í heimilisfestarríki sínu.

Dómstóllinn tók til skoðunar hvort þá hindrun á stofnsetningarréttinum, sem fælist í bresku reglunum, væri hægt að réttlæta. Hann kannaði í fyrsta lagi hvort réttlæta mætti hindrunina með þeim rökum að markmið hennar væri að koma í veg fyrir að sama tapið væri notað tvisvar, vegna hættu á undandrætti skatta og til að tryggja réttláta dreifingu valds milli aðildarríkjanna til að leggja skatt á félög. Dómstóllinn taldi að allar þessar ástæður réttlættu reglu breskra skattalaga og að reglan væri til þess fallin að ná því markmiðið sem að væri stefnt. En dómstóllinn taldi hins vegar að löggjöfin gengi of langt með hliðsjón af réttlættingarástæðunum og samrýmdist ekki meðalhófsreglunni vegna þess að félögum væri ekki gefinn kostur á að sýna fram á að þau gætu ekki nýtt tapið í ríkjum dótturfélaganna heldur væri reglan látin gilda um öll dótturfélög sem staðsett væru í öðrum ríkjum. Þá taldi dómstóllinn að í reglunum yrði að vera kveðið á um að félögum væri gefinn kostur á að sýna

<sup>205</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 262-265.

fram á að ekki væri mögulegt að nýta tapið í þeim ríkjum er dótturfélagið væri staðsett svo þær teldust ekki vera hindrun á stofnsetningarréttinum. Niðurstaða Evrópudómstólsins var sú að um brot á stofnsetningarréttinum 43. gr. Rómarsáttmálans, nú 49. gr. ESB-sáttmálans væri að ræða.

### 6.3.3 OY AA

Auk framangreinds dóms má einnig vísa til dóms Evrópudómstólsins í máli *EBD, mál C-231/05, ECR 2007, bls. I-6373 (OY AA)* þar sem dómstóllinn féllst á að hindrunin á stofnsetningarréttinum væri réttlæt看leg út frá því sjónarmiði að löggjöfin væri nauðsynleg til að ná því lögmæta markmiði að koma í veg fyrir skattsvik og/eða skattasniðgöngu ásamt því að standa vörð um skiptingu skattlagningarvalds milli ríkja.

Í finnskum lögum var ákvæði sem heimilaði félagi að millifæra fjárhæðir innan samstæðu með þeim hætti að það félag sem millifærði hafði heimild til að draga þá fjárhæð frá tekjum sínum, en félagið sem tók á móti fjárhæðinni skyldi greiða tekjuskatt af henni. Það skilyrði sem sett var fram í ákvæðinu fyrir því að heimila slíka millifærslu fjármuna laut að því að móðurfélagið þurfti að eiga 90% af hlutfé dótturfélagsins ásamt því að móttakandinn þurfti að vera heimilisfastur í Finnlandi. Í málinu var það hins vegar OY AA sem var móðurfyrirtæki með heimilisfesti í Finnlandi sem greiddi fjármuni til dótturfélags síns sem rekið var með tapi og var heimilisfast í Bretlandi. Skattyfirvöld neituðu OY AA um frádrátt vegna millifærslunnar þar sem dótturfélagið var ekki með heimilisfesti í Finnlandi.

Í dóminum bar OY AA því við máli sínu til stuðnings að finnsku reglurnar fælu í sér hindrun á frjálsu flæði fjármagns og stofnsetningarréttinum. Evrópudómstóllinn komst að þeirri niðurstöðu að skilyrðið, sem laut að því að bæði félögin þurftu að vera skráð með heimilisfesti í Finnlandi, væri brot á stofnsetningarrétti 43. gr. Rómarsáttmálans, nú 49. gr. ESB-sáttmálans, vegna þess að enska félagið innan samstæðunnar nyti ekki jafnréttis á við önnur finnsk félög. En dómstóllinn sagði svo að þessi hindrun væri réttlæt看leg þar sem tilgangur hennar væri sá að koma í veg fyrir skattasniðgöngu og standa vörð um skiptingu skattlagningarvalds milli ríkja og að reglan gengi ekki of langt og bryti þar með ekki gegn meðalhófsreglunni. Dómstóllinn sagði að ef fallist yrði á að ákvæðið væri hindrun á stofnsetningarréttinum þá myndi það verða til þess að félagasamstæður gætu ráðið því í hvaða ríki hagnaður samstæðunnar væri skattlagður. Slíkt myndi verða til þess að félagasamstæðurnar myndu flytja allan þann hagnað sem yrði til í ríki með hátt skatthlutfall yfir í ríki þar sem lágir skattar væru, sem myndi verða til þess að skaða rétt aðildarríkjanna til að skattleggja þann hagnað sem myndaðist á yfirráðasvæði þeirra.<sup>206</sup>

<sup>206</sup> Guðrún Jenný Jónsdóttir: „Dómur Evrópudómstólsins í máli OY AA“, bls. 39.

## 6.4 Dómar Evrópudómstólsins um magra eiginfjármögnun

### 6.4.1 Almenn

Mörg ríki hafa sett sér tilteknar reglur til að koma í veg fyrir alþjóðlega skattasniðgöngu þar sem slík skattasniðganga fer oftast fram með þeim hætti að aðili stofnar félög á erlendri grund þar sem skattbyrði er lág og reynir að færa hagnað sinn þangað þrátt fyrir að hans hafi í raun verið aflað annars staðar. Sem dæmi um reglur sem hafa verið settar til að koma í veg fyrir slíkt eru reglur um magra eiginfjármögnun og svonefnda CFC-löggjöf. Í alþjóðlegum skattarétti er vel þekkt að félög innan samstæðu freistist til að lána tengdum félögum í þeim tilgangi að flytja fjármagn samstæðunnar til landa þar sem um lægra skatthlutfall er að ræða. Ríki hafa því mörg hver sett sérstakar reglur sem lúta að magurri eiginfjármögnun sem takmarka skuldsetningu félaga með það að markmiði að vernda skattstofna ríkisins.

### 6.4.2 Lankhorst-Hohorst

Í máli *EBD, mál C-324/00, ECR 2002, bls. I-11779 (Lankhorst-Hohorst)* var deilt um þýskar reglur sem í gildi voru um magra eiginfjármögnun og voru málavextir eftirfarandi:

Fyrirtækið Lankhorst-Hohorst, sem var þýskt, stundaði sölu á varahlutum í skip. Annað félag (LT BV), sem var einkaeigandi Lankhorst-Hohorst, átti heimili í Hollandi. Móðurfélagið veitti Lankhorst-Hohorst lán upp á 3.000.000 þýsk mörk er Lankhorst-Hohorst lenti í fjárhagskröggum og skyldi það greiðast til baka frá 1. október 1998 í tíu árlegum greiðslum, hver að fjárhæð 300.000 mörk auk vaxta. Lánveitandi fékk samkvæmt þessu 135.000 þýsk mörk á árinu 1997 og 109.695 þýsk mörk á árinu 1998. Lánið átti að koma í staðinn fyrir eigið fé og móðurfélagið gaf af því tilefni út svonefnda „patronats-yfirlýsingu“, þar sem móðurfélagið féll frá endurgreiðslu ef endurgreiðslan yrði til þess að kröfuhafar Lankhorst-Hohorst yrðu fyrir tjóni. Í ársreikningum fyrir árið 1997 og 1998 kom fram að neikvætt eigið fé Lankhorst-Hohorst nam rúmlega 1,5 milljón þýskra marka.

Í þeim lögum, sem giltu í Þýskalandi á þessum tíma, var kveðið á um að ef félag með ótakmarkaða skattskyldu fengi lán frá félagi sem ekki væri skattskyldt í Þýskalandi og skuldahlutfall móttakanda lánsins færi yfir 3:1, þá skyldu vaxtagreiðslurnar skilgreindar sem arðgreiðslur, en ekki frádráttarbær vaxtagjöld. Í reglunum var jafnframt kveðið á um að þær giltu ekki ef félagið gæti sýnt fram á að það hefði getað fengið lán á sömu kjörum frá óháðum þriðja aðila við sambærilegar aðstæður. Þýsk skattfyrirvöld töldu öll skilyrði reglnanna uppfyllt hvað varðaði Lankhorst og félaginu væri því skylt að greiða 30% skatt af fjárhæðinni.<sup>207</sup>

<sup>207</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 257.

Lankhorst-Hohorst vísaði málinu til Evrópuþómsstólsins með vísan til þess að þessar reglur um takmörkun á magurri eiginfjármögnun félags brytu gegn stofnsetningarréttinum sem kveðið væri á um í 43. gr. Rómarsáttmálans, nú 49. gr. ESB-sáttmálans, þar sem reglurnar hefðu í för með sér að það væri minna aðlaðandi fyrir félög að setja á stofn dótturfélag í Þýskalandi.

Evrópuþómsstóllinn tók til skoðunar hvort að um meinta ólögmeða mismunun væri að ræða og komst að þeirri niðurstöðu að svo væri þar sem sömu reglur giltu ekki um félög sem voru með heimilisfesti í Þýskalandi. Dómsstóllinn sagði að um brot á stofnsetningarréttinum væri að ræða þar sem þýsku reglunum um magra eiginfjármögnun var beitt gegn erlendum móðurfélögum en ekki innlendum. Þýska ríkið færði fram þau rök að löggjöfin væri sett fram í því skyni að hindra skattsvik. En dómsstóllinn féllst ekki á þau rök og sagði að sú staðreynd að móðurfélagið væri staðsett erlendis fæli ekki sjálfkrafa í sér að um skattsvik væri að ræða þar sem slíkt félag væri í öllum tilvikum háð lögum þess lands þar sem það væri stofnsett.<sup>208</sup> Dómsstóllinn sagði að reglurnar fælu ekki í sér sérstaka ráðstöfun til að taka á skattsvikum heldur tæki almennt á öllum tilvikum þar sem móðurfélag ætti heimili utan Þýskalands og tók jafnframt fram að til þess að hægt væri að bera því við að reglurnar væru settar til að koma í veg fyrir skattsvik þá yrði að vera ákvæði í þeim sem kvæði á um að þær giltu aðeins um þau erlendu móðurfélög sem hefðu enga raunverulega starfsemi. Þýska ríkið tók einnig fram að löggjöfin væri í samræmi við armslengdarreglu 9. gr. OECD, það er að segja að félögum væri gefinn kostur á að sýna fram að þeir gætu hafa fengið sambærilegt lán hjá ótengdum aðila. Að lokum hélt Þýskaland fram að því væri heimilt að hafa slíkt lagaákvæði í sinni löggjöf til þess að tryggja samræmi í skattalöggjöf en dómsstóllinn hafnaði þeim rökum og sagði að til þess að ríki gæti borið fyrir sig rökum um samræmda löggjöf, þá þyrftu reglurnar að lúta að sama skattaðilanum, en þar sem um dótturfélag og móðurfélag væri að ræða, sem hvort um sig væri sjálfstæður lögaðili þá gæti ríkið ekki borið þeim rökum fyrir sig.<sup>209</sup>

Dómsstóllinn staðfesti að hinar þýsku reglur hefðu í för með sér mismunandi meðhöndlun á þýskum dótturfélögum, eftir því hvort móðurfélög þeirra (lánveitandi) voru heimilisföst í Þýskalandi eða erlendis. Dómsstóllinn taldi ekki unnt að rökstyðja mismuninn með vísan til almannahagsmuna og þeirra sjónarmiða sem þýska ríkið tefldi fram og taldi að þýskar reglur um magra eiginfjármögnun brytu í bága við stofnsetningarrétt 43. gr. Rómarsáttmálans, nú 49. gr. ESB-sáttmálans.

---

<sup>208</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 257-258 og í dóminum er fjallað um þetta atriði í grein 37.

<sup>209</sup> Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*, bls. 248-254.



Such a difference in treatment between resident subsidiary companies according to the seat of their parent company constitutes an obstacle to the freedom of establishment which is, in principle, prohibited by Article 43 EC. The tax measure in question in the main proceedings makes it less attractive for companies established in other Member states to exercise freedom of establishment and they may, in consequence, refrain from acquiring, creating or maintaining a subsidiary in the State which adopts that measure.

Dómurinn hafði víðtæk áhrif innan aðildarríkja ESB vegna þess að mörg ríki höfðu sambærilegar reglur um takmörkun gegn magurri eiginfjármögnun og þurftu þau að endurskoða löggjöf sína og breyta reglum sínum í kjölfar niðurstöðu dómsins. Af dóminum má draga þá ályktun að ríki verði að gæta þess að setja ekki reglur sem koma eingöngu niður á félögum sem skráð eru í öðrum ríkjum. Slíkt er þó talið heimilt ef reglurnar beinast eingöngu að félögum sem ekki hafa neina raunverulega starfsemi og eru eingöngu stofnuð í þeim tilgangi að komast hjá því að greiða skatt. Félögunum þarf þá að vera gefinn kostur á að sýna fram á að um raunverulega starfsemi sé að ræða í þeim félögum sem eru staðsett í öðrum ríkjum og löggjöfin beinist að svo takmörkunin teljist vera réttlætunleg.

#### 6.4.3 *Thin Cap Group Litigation*

Í kjölfar niðurstöðu Evrópudómstólsins í Lankhorst-Hohorst málinu ákváðu nokkur dótturfélög í Bretlandi, sem öll höfðu fengið lán frá móðurfélagi sem staðsett var í öðru ríki, að fara í mál við breska ríkið þar sem þeim hafði verið synjað um frádrátt af þeim vaxtagjöldum sem þau höfðu greitt til erlendu móðurfélaganna.

Álitaefnið í dómi Evrópudómstólsins í máli *EBD, mál C-542/04, ECR 2006, bls. I-11673 (Thin Cap Group Litigation)* laut að því að í Bretlandi voru á árunum 1995-2004 í gildi reglur um magra eiginfjármögnun, sem kváðu á um það að þegar lán væri veitt af félagi sem ekki væri heimilisfast í Bretlandi til dótturfélags sem væri heimilisfast í Bretlandi, ættu allir vextir að vera skilgreindir sem arðgreiðslur, ef vaxtagreiðslurnar væru ekki innan marka armslengdarreglunnar. Reglurnar giltu hins vegar hvorki um félög sem voru bæði með heimilisfesti í Bretlandi, né þegar félagið sem veitti lánið var heimilisfast í ríki sem Bretland hefði gert tvísköttunarsamning við.<sup>210</sup>

Dómstólinn tók til skoðunar hvort þessi löggjöf bryti í bága við stofnsetningarréttinn sem kveðið væri á um í 43. gr. Rómarsáttmálans, nú 49. gr. ESB-sáttmálans, og komst að þeirri niðurstöðu að löggjöfin var talin fela í sér ólögmeta mismunun og þar með hindrun á stofnsetningarréttinum. Dómstólinn féllst ekki á þau rök sem breska ríkið tefldi fram um að

<sup>210</sup> Michael Lang: *ECJ-Recent Developments in Direct Taxation*, bls. 341.

reglurnar væru settar til þess að koma í veg fyrir skattsvik og/eða skattasniðgöngu vegna þess að reglurnar beindust að öllum félögum sem ekki væru heimilisföst á Bretlandi, en ekki eingöngu þeim félögum þar sem engin raunveruleg starfsemi væri.

Bæði þýska og breska ríkið báru því við að reglurnar um takmörkun á magurri eiginfjármögnun félaga samræmdust 9. gr. OECD, það er að segja að ef að félögin gátu sýnt fram á að lánin hefðu verið innan armslengdarreglunnar þá gildi löggjöfin ekki. En dómstólinn hafnaði þeim rökum og sagði að þrátt fyrir að löggjöfin væri í samræmi við 9. gr. OECD þá fælist í henni bein mismunun með þeim hætti að félög nýtu mismunandi skattafrádráttar eftir því í hvaða aðildarríki þau væru staðsett og það væri brot á stofnsetningarréttinum óháð því hvort gætt væri skilyrða armslengdarreglu 9. gr. OECD.

## 6.5 Niðurstöður

Þá almennu ályktun má að mati höfundar draga af þeim dómum sem reifaðir hafa verið hér að framan að ekki megi mismuna samstæðufélögum eða gera þeim erfiðara fyrir ef dótturfélög eru með heimilisfesti utan heimilisríkis móðurfélagsins, en þegar dótturfélög eiga heimili í sama ríki og móðurfélag eða öfugt. Þetta gildir jafnt um heimild til frádráttar af tapi, magra eiginfjármögnun og þvingaða samsköttun sem og um aðra CFC-löggjöf. Slíka löggjöf má þó réttlæta af ýmsum ástæðum með vísan til almannahagsmuna og til að mynda þess sjónarmiðs að ráðstafanirnar séu gerðar til að koma í veg fyrir skattsvik eða þess að sama tap sé notað tvisvar. Aðildarríkjunum er þó ekki heimilt að hafa í lögum almenna líkindareglu fyrir skattsvikum þegar tilteknum skilyrðum er fullnægt, heldur verða slíkar reglur að vera sérhæfðar og miða sérstaklega að því að ná til gerninga eða ráðstafana sem hafa þann tilgang einan að fara í kringum löggjöf viðkomandi ríkis. Svo að reglurnar teljist ekki vera hindrun á stofnsetningarréttinum þurfa að vera í þeim ákvæði sem kveða á um að þær beinist að félögum sem hafa enga raunverulegu starfsemi. Það telst vera hindrun ef reglurnar beinast eingöngu gegn félögum sem eru ekki með heimilisfesti eða skráð í ríkjum sjálfum.

Að mati höfundar má draga þá ályktun að þær reglur, sem leiða má af dómaframkvæmd EFTA- og Evrópudómstólanna og gilda í Evrópusambandinu um skatta, eigi einnig við um Evrópska efnahagssvæðið jafnvel þó EES-samningurinn taki ekki til beinna skatta vegna þess að EFTA-ríkin verða að fylgja þeim meginreglum er lúta að fjórfrelsinu. EFTA-ríkin eru því bundin af fjórfrelsisákvæðum EES-samningsins þegar kemur að skattamálum og verða að gæta að því við lagasetningu í skattamálum að ekki sé brotið gegn fjórfrelsisákvæðunum og þá sérstaklega stofnsetningarréttinum. Ef löggjafinn ákveður að setja reglur hér á landi er lúta að takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda verður hann að gæta þess að reglurnar taki bæði

til félaga sem eru hér skráð og þeirra sem eru það ekki. Það er að segja gæta verður þess að félög lúti ekki mismunandi reglum eingöngu vegna þess að þau eru staðsett í öðru ríki þar sem slíkar reglur brjóta í bága við stofnsetningarréttinn. Það er því ljóst að vegna áhrifa EES-samningsins á beina skatta og áhrifa fjórfrelsisákvæðanna verður löggjafinn, sem og stjórnvöld, að gæta varúðar við setningu og beitingu skattareglna í innlendri löggjöf. Löggjafinn og íslensk stjórnvöld verða að gæta að því við lagasetningu um beina skatta, að setja ekki takmarkandi reglur um félög sem gildi eingöngu um viðskipti sem eiga sér stað yfir landamæri, heldur verða slíkar reglur að gilda með sama hætti um þau viðskipti sem eiga sér stað innan íslenska ríkisins. Löggjafinn verður að hafa þetta í huga ef hann hyggst setja reglur sem kveða á um takmörkun frádráttarbærni vaxtagjalda félaga.

## 7 Reglur um takmarkanir á magurri eiginfjármögnun í öðrum löndum

### 7.1 Almenn

Reglur um magra eiginfjármögnun skipta miklu máli bæði fyrir ríkin sjálf og fjölþjóðasamstæður. Í alþjóðlegum skattarétti hafa reglur um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda fengið sífellt meira vægi á síðastliðnum tveimur áratugum vegna mikillar fjölgunar á alþjóðlegum félagasamstæðum sem eiga viðskipti yfir landamæri. Hvað ríkin varðar þá skipta reglurnar miklu máli út frá sjónarhóli skattaréttar þar sem markmið með setningu slíkra reglna miðar að því að vernda skatttekjur ríkisins. Hvað félagasamstæður varðar þá hafa reglurnar veruleg áhrif á tekjur samstæðna og geta haft mikil áhrif á það hvar samstæðan ákveður að stofnsetja starfsemi sína.

Móðurfélög kjósa stundum að stofna dótturfélög í öðrum ríkjum og fjármagna þau með lánsfjármagni vegna þess að vaxtagreiðslur eru frádráttarbær rekstrarkostnaður sem verður til þess að dótturfélagið greiðir lægri skatt af hagnaði sínum. Móðurfélag er þá oft staðsett í ríki þar sem greiddir eru lágir skattar á meðan dótturfélagið er í ríki þar sem greiddir eru hærri skattar og með þessum ráðstöfunum getur samstæðan flutt hagnað frá háskattaríki til lágs-kattaríkis og náð fram verulegu skattalegu hagræði.<sup>211</sup> Af þessari ástæðu kjósa fjölþjóðasamstæður oft að fjármagna dótturfélög, sem staðsett eru í háskattaríki, með lánsfjármagni sem hefur þær afleiðingar að dótturfélögin eru með mjög hátt skuldahlutfall á móti eigin fé.

Í þessum kafla verða teknar til skoðunar þær reglur sem gilda í öðrum vestrænum löndum sem hafa það að markmiði að stjórna og/eða takmarka skuldsetningu félaga.<sup>212</sup> Til að sporna gegn þessari þróun beita ríkin reglum um takmörkun á magurri eiginfjármögnun þar sem miðað er við tiltekið skuldahlutfall<sup>213</sup> félaga, eða reglur sem takmarka frádráttarbærni vaxtagjalda við tiltekið viðmið og er þá oft miðað við 30% af hagnaði félagsins eins og hann reiknast án vaxtagjalda, fyrninga og skatta, (hér eftir skammstafað *EBITDA*).<sup>214</sup> Sum ríki hafa reglur sem eru blanda af hvoru tveggja og innihalda því báðar reglurnar en önnur aðeins aðra þeirra. Að lokum styðjast sum ríki við almennar milliverðlagsreglur og armslengdarregluna.<sup>215</sup> Líkt og áður hefur verið tekið fram í þessari ritgerð þá hefur Ísland ekki sett sér neinar reglur sem takmarka magra eiginfjármögnun félaga, né reglur er takmarka almennt frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félög eru mjög skuldsett.

<sup>211</sup> Á ensku oft nefnt: „interest stripping“ eða „earnings stripping“.

<sup>212</sup> Á ensku: limit highly leveraged financing structures.

<sup>213</sup> Á ensku: debt-to-equity ratio.

<sup>214</sup> Guðrún Jenný Jónsdóttir: „Milliverðlagning og tvísköttunarsamningar á breyttum tímum“, bls. 10.

<sup>215</sup> Sjá nánari umfjöllun um armslengdarregluna og milliverðlagningu í kafla 5.4.3 í ritgerðinni.

Bandaríkin voru fyrsta landið til að setja sér reglur um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um lán innan samstæðu var að ræða. Árið 1969 var sett í lög IRC<sup>216</sup> ákvæði 385 þar sem kveðið var á um heimild til handa skattyfirvöldum að endurskilgreina lán sem veitt var af tengdum aðila innan sömu samstæðu sem framlag á eigin fé og skilgreina greiðslurnar sem arðgreiðslur í stað frádráttarbærra vaxtagjalda. Undir aldamótin síðustu höfðu mörg vestræn ríki sett reglur um magra eiginfjármögnun í löggjöf sína með það að markmiði að koma í veg fyrir að tekjur væru fluttar út úr ríkjunum til lágskattaríkja.<sup>217</sup> Í flestum löndum miðuðust reglurnar við hve mikið skuldahlutfallið væri af eigin fé félagsins og var þá oft miðað við skuldahlutfallið 1.5:1.<sup>218</sup> Ef skuldirnar fóru yfir skuldahlutfallið þá var félaginu óheimilt að telja vaxtagreiðslur vegna þeirra lána sem fóru yfir viðmiðið sem frádráttarbær vaxtagjöld og greiðslurnar voru skilgreindar sem arðgreiðslur og skattlagðar sem slíkar.

En þróunin undanfarin ár hefur verið sú að ríki hafa verið að setja reglur sem taka mið af starfsemi félaganna og enn fleiri hafa sett reglur sem kallaðar eru *interest limitation rules* og *earnings stripping rules*. Þær reglur útiloka frádráttarbærni vaxtagjalda fari þau yfir 1.000.000 EUR og 30% EBITDA félagsins. Mörg ríki hafa gripið til þess ráðs að setja frekar slíkar reglur vegna þess að í framkvæmd voru samstæðurnar að fara fram hjá reglunum um tiltekið skuldahlutfall með því að auka eigið fé félaganna til þess að halda sig innan marka þeirra.<sup>219</sup>

## 7.2 Bandaríkin

Í Bandaríkjunum eru skattar á félög 35% og síðan leggja ríkin líka á tekjuskatt, svo oft og tíðum er tekjuskatturinn á lögaðila í Bandaríkjunum allt að 40%. Það hefur því í gegnum tíðina verið rík ástæða fyrir félög í Bandaríkjunum að flytja móðurfélög sín til lágskattaríkja og stofna dótturfélag í Bandaríkjunum sem það fjármagnar með lánsfjármagni og nær þar með tekjuskattsstofninum í Bandaríkjunum niður vegna vaxtagjalda.

Reglur um magra eiginfjármögnun félaga voru fyrst leiddar í lög árið 1989 þegar IRC grein 163(j) var sett í lög. Regla 163(j)(2)(A)(ii) gildir þegar „*the ratio of debt to equity of such corporation as of the close of such taxable years exceeds 1.5 to 1*“. Þegar félag fer yfir þetta mark og vaxtakostnaður er meiri en 50% af EBITDA félagsins, þá er sá hluti vaxtakostnaðarins sem er yfir því marki ófrádráttarbær. Þann vaxtakostnaður sem ekki er frádráttarbær vegna þessarar reglu tiltekið ár er heimilt að flytja áfram sem vaxtakostnað fram

<sup>216</sup> Á ensku: IRC (Internal Revenue Code).

<sup>217</sup> *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 18.

<sup>218</sup> Á ensku: debt-to-equity ratio.

<sup>219</sup> *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 18-19.

til næstu ára. Upphaflega tók ákvæðið aðeins til skulda sem komu frá tengdum aðilum, en frá og með 1993 giltu reglurnar líka um lán sem komu frá ótengdum aðila. Reglan 1.5:1 er svonefnd „*save harbor regla*“, sem þýðir ef félög eru innan markanna þá aðhafast skattfyrvöld ekkert. En ef félög fara yfir þetta mark þá getur komið til þess að skattfyrvöld taki til skoðunar hvort að skuldirnar teljist vera of miklar til að heimilt sé að draga frá vaxtagjöld vegna þeirra.<sup>220</sup> Ef skattfyrvöld taka félag til skoðunar vegna þessa er félögunum heimilt að sýna fram á að félög í sambærilegum rekstri hefðu fengið slíkt lán frá ótengdum aðila á hinum almenna markaði. Félögum er því gert kleift að sýna fram á að lánið hafi verið innan marka armslengdarreglunnar áður en skattfyrvöldum er heimilt að hafna frádráttarbærni vaxtagjalda.

### 7.3 Þýskaland

Þær reglur sem í gildi voru í Þýskalandi um magra eiginfjármögnun fram til ársins 2003 beindust aðallega að þeim aðstæðum er tengd félög í öðrum löndum veittu félögum heimilisföstum í Þýskalandi lánsfjármagn með það að markmiði að flytja hagnað út úr landinu. Reglurnar kváðu á um að ef skuldirnar færu fram úr 1.5:1, þá væru vaxtagreiðslur af þeim lánnum ekki frádráttarbær rekstrarkostnaður og greiðslurnar skilgreindar sem arðgreiðslur.

Tímamót urðu þegar Evrópudómstóllinn kvað upp dóm árið 2002 í máli *EBD, mál C-324/00, ECR 2002, bls. I-11779 (Lankhorst-Hohorst)* um að þýsku reglurnar um magra eiginfjármögnun brytu gegn stofnsetningarréttinum og þurfti Þýskaland ásamt mörgum öðrum ríkjum að breyta löggjöf sinni um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um óhófleg lán á milli tengdra aðila var að ræða.<sup>221</sup> Í kjölfar dómsins breytti þýska ríkið löggjöf sinni á þann hátt að grein 8A skyldi framvegis ná til allra lána, ekki aðeins til þeirra lána sem þýskt dótturfélag fengi frá erlendu félagi, heldur líka þegar þýskt móðurfélag lánaði þýsku dótturfélagi.<sup>222</sup>

Þýskaland hefur nú sett almenna reglu um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda sem kveður á um að félögum sé heimilt að telja til frádráttarbærra vaxtagjalda þá fjárhæð vaxta sem nemur 30% af hagnaði félagsins (EBITDA). Þessi regla hefur mun víðtækara gildissvið

---

<sup>220</sup> *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 24-25.

<sup>221</sup> Dómurinn er ítarlega reifaður í kafla 6.4.2.

<sup>222</sup> *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 29-31.

þar sem nú falla undir regluna líka lán sem veitt eru af þriðja aðila. Í reglunni er heimilt að færa á milli ára þá vexti sem félaginu er synjað um að nýta tiltekið ár.<sup>223</sup>

Þýsku reglurnar um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda kveða á um þrjár undantekningar frá reglunni sem eru eftirfarandi:

- a) Ef vaxtakostnaður félagsins er minni en 1 milljón EUR á ári,
- b) ef „the relevant business is not fully consolidated into the worldwide enterprise’s results, for either financial or business control reasons“ og
- c) ef dótturfélagið er með minna skuldahlutfall en félagasamstæðan, eða er ekki með meira en 1% herra skuldahlutfall en félagasamstæðan.

## 7.4 Bretland

Bretland hefur verið að glíma við sama vandamál og Þýskaland hvað varðar reglur um magra eiginfjármögnun og það álitamál hvort þær séu takmörkun á stofnsetningarréttinum. Bretland hefur því þurft að breyta reglum sínum um magra eiginfjármögnun þá sérstaklega í kjölfar dóms Evrópudómstólsins í máli *EBD, mál C-542/04, ECR 2006, bls. I-11673 (Thin Cap Group Litigation)*.<sup>224</sup> Í málinu komst dómstóllinn að þeirri niðurstöðu að reglur Bretlands, sem lutu að takmörkun á magurri eiginfjármögnun, fælu í sér hindrun á stofnsetningarréttinum og væru því ólögætar.

Bretland studdist áður við tiltekna skuldahlutfallsaðferð en styðst nú við almennar *milliverðlagsreglur* og *armslengdarregluna*<sup>225</sup> til að takmarka frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félög eru óhóflega skuldsett. Reglurnar kveða á um að breskt félag, hvort sem það er hluti af samstæðu eða ekki, er talið vera með magra eiginfjármögnun þegar það er með óvenjulega hátt hlutfall af skuldum. Við mat á því hvort félag teljist vera óhóflega mikið skuldsett er miðað við það hver sé möguleiki þess til að fá lánað fjármagn,<sup>226</sup> miðað við það sem ótengdir aðilar myndu fá. Miðað er við að lánshæfismat félagsins sé innan armslengdarreglunnar það er að segja að tekið er til skoðunar hvort félagið hefði getað skuldsett sig á sambærilegan hátt með láni frá óháðum lánveitanda sem sjálfstætt félag, en ekki sem hluti af alþjóðlegri félagasamstæðu. Þau vaxtagjöld sem greidd hafa verið af láni sem félagið hefur fengið, sem fellur utan þess sem óháður lánveitandi hefði verið tilbúinn til að lána félaginu, er þá hafnað sem frádráttarbærum rekstrarkostnaði. Skattyfirvöld í Bretlandi beita því svokallaðri armslengdarreglu eða almennum milliverðlagsreglum við mat á því hvort félag teljist vera með óvenjulega hátt hlutfall af skuldum. Í reglunum er einnig kveðið á um

<sup>223</sup> *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 31-32.

<sup>224</sup> Dómurinn er ítarlega reifaður í kafla 6.4.3.

<sup>225</sup> Sjá umfjöllun um armslengdarregluna og milliverðlagsreglur í kafla 5.4.3.

<sup>226</sup> Hvert sé lánshæfismat félagsins á hinum almenna markaði.

hina svonefndu *raunveruleikareglu*,<sup>227</sup> en hún kveður á um heimild til handa skattyfirvöldum til að líta fram hjá formi ráðstöfunar og kanna hvert sé raunverulegt efni hennar og skattleggja samkvæmt raunveruleikanum.<sup>228</sup>

Gagnrýni hefur verið sett fram á þá reglu sem í gildi er í Bretlandi þar sem hún gefur fyrirtækjum ekki upp fyrirfram upplýsingar um það hvenær þau teljast vera innan þeirra marka sem reglan kveður á um. Að mati höfundar uppfyllir reglan ekki þá kröfu sem almennt er gerð til skattalaga um að þau skuli vera skýr og að skattaðili eigi að geta séð fyrirfram á skýran og greinargóðan hátt hvaða upphæð hann eigi að greiða í skatt. Reglan kveður á um að við mat á því hvort félag sé innan armslengdarreglunnar þá eigi að miða við hvert hafi verið lánshæfismat sambærilegs félags sem standi sjálfstætt og óháð samstæðu á hinum almenna markaði. Að mati höfundar getur verið erfitt að framkvæma slíkan samanburð og aðstæðurnar sem miðað er við eru í raun *ímyndaðar* og skapar reglan því óöryggi fyrir félögin og oft mjög kostnaðarsama aðstoð sérfræðinga við að komast að því hvort þau séu innan marka armslengdarreglunnar eða ekki.

## 7.5 Danmörk

Í Danmörku gilda nokkuð flóknar reglur um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félög teljast vera með *magra eiginfjármögnun*. Ákvæði 11. gr. dönsku skattalaganna<sup>229</sup> kveður á um magra eiginfjármögnun og samkvæmt því telst félag vera með magra eiginfjármögnun ef það er fjármagnað með óeðlilega háu hlutfalli af lánsfjármagni frá félagi innan sömu samstæðu. Í reglunum er tekið fram að þær eigi eingöngu við þegar um *félagasamstæður*<sup>230</sup> er að ræða og að þær taki til allra hlutafélaga sem eru með skattskyldu í Danmörku. 11. gr. selskabsskatteloven kveður á um fjárhæð lánsins en um vaxtaleiðréttinguna sjálfa er kveðið á um í 2. gr. ligningsloven<sup>231</sup> sem fjallar um *armslengdarregluna*.<sup>232</sup>

Í *fyrsta lagi* er í gildi regla sem miðar að því að takmarka frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um lán frá tengdum aðila er að ræða og er þá miðað við að *skuldahlutfallið* fari ekki yfir 4:1. Reglan gildir ekki ef heildarskuldir samstæðunnar eru undir 10 milljónum DKK, né um lán sem eru frá einstaklingum. Í ákvæðinu er undanþága sem kveður á um að ef félag fer yfir viðmið ákvæðisins en getur sýnt fram á það hefði getað fengið sambærilegt lán frá ótengdum aðila, það er að segja ef lánið er innan marka armslengdarreglunnar þá verði því

<sup>227</sup> Á ensku: substance over form doctrine, sjá nánari umfjöllun um raunveruleikaregluna í kafla 5.4.2.

<sup>228</sup> *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 33-35.

<sup>229</sup> Sbr. Selskabsskatteloven nr. 255/1960 með síðari breytingum.

<sup>230</sup> Á dönsku: koncern.

<sup>231</sup> Sbr. Ligningsloven nr. 149/1922 með síðari breytingum.

<sup>232</sup> Ragnheiður Snorradóttir: „Þunn eiginfjármögnun“, bls. 122-125.



ekki synjað um frádrátt. Reglan gildir bæði um lán frá tengdum og ótengdum aðila ef lánið er tryggt með veði í eignum tengds aðila.<sup>233</sup>

Í öðru lagi er í gildi regla sem kveður á um að félög geti aðeins dregið frá vaxtagjöld sem rekstrarkostnað ef *vextirnir af láninu* eru ekki hærri en tiltekin prósentutala. Á árinu 2010 er miðað við ekki hærri vexti en 7%.<sup>234</sup> Reglan á bæði við um lán frá tengdum aðila sem og óháðum þriðja aðila. Þeir vextir sem eru greiddir yfir þetta tiltekna prósentuviðmið eru ekki frádráttarbærir og ekki heimilt að flytja þá á milli ára. Reglan á aðeins við ef fjármagnskostnaður félagasamstæðunnar fer yfir 21.3 milljón DKK.<sup>235</sup>

Í þriðja lagi er í gildi regla sem kveður á um að félögum sé aðeins heimilt að telja til frádráttarbærs vaxtakostnaðar 80% af EBITDA félagsins.<sup>236</sup>

## 7.6 Noregur

Í Noregi eru álitamál tengd *magurri eiginfjármögnun* leyst á grundvelli ákvæðis 13.1 í norskum skattalögum.<sup>237</sup> Hinn 1. janúar 2008 var ákvæðinu sem áður kvað á um beitingu *armslengdarreglunnar* breytt á þann hátt að nú skuli beita ákvæðinu til samræmis við ákvæði um skattalega *milliverðlagningu* milli hagsmunatengdra aðila. Teknar hafa verið upp í norskan rétt *leiðbeiningar OECD um milliverðlagningu* í 4. tölul. 13.1 norsku skattalaganna og er þar tekið fram að leggja beri leiðbeiningar OECD til grundvallar við mat á því hvort beita skuli ákvæðinu.<sup>238</sup>

## 7.7 Niðurstöður

Í þessum kafla hafa verið teknar til skoðunar þær reglur sem gilda í nágrannaríkjum um magra eiginfjármögnun eða almennt um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félög eru mjög skuldsett. Sú þróun hefur átt sér stað á síðustu árum að ríki hafa verið að falla frá því að hafa í lögum tiltekna skuldahlutfallsreglu en taka þess í stað upp almenna reglu um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félög eru mikið skuldsett. Þær reglur sem teknar hafa verið upp í stað skuldahlutfallsreglunnar kveða á um að félögum sé heimilt að telja til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar tiltekið prósentuhlutfall af EBITDA félagsins ef

<sup>233</sup> Johannus Egholm Hansen og Christian Lundgren: *Køb og salg af virksomheder*, bls. 599 og *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 45.

<sup>234</sup> Á árinu 2009 var prósentan 6.5%.

<sup>235</sup> Johannus Egholm Hansen og Christian Lundgren: *Køb og salg af virksomheder*, bls. 600-601 og *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 45-46.

<sup>236</sup> Johannus Egholm Hansen og Christian Lundgren: *Køb og salg af virksomheder*, bls. 601-602 og *Thin capitalization and interest deduction regulations*, bls. 46.

<sup>237</sup> Sbr. Lov om skatt av formue og inntekt nr. 14. frá 26. mars 1999.

<sup>238</sup> Ragnheiður Snorradóttir: „Þunn eiginfjármögnun“, bls. 125-127.

fjármagnskostnaður þess fer yfir tiltekið viðmið. Að lokum styðjast sum ríki við armslengdarregluna og almennar milliverðlagsreglur við mat á því hvort félagi sé heimilt að telja vaxtagjöld fram sem frádráttarbæran rekstrarkostnað.

Að mati höfundar er regla um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda, sem miðar við tiltekna prósentu af EBITDA félags, að sumu leyti betri en sú regla sem kveður á um fast skuldahlutfall. Þau rök sem mæla með slíkri reglu lúta *í fyrsta lagi* að því að vaxtagreiðslurnar er ekki endurskilgreindar sem arðgreiðslur líkt og tíðkast þegar um skuldahlutfallsreglu er að ræða. *Í öðru lagi* er reglan líklegri til þess að ná fram markmiði sínu um að efla tekjur ríkisins þar sem hún er einfaldara í framkvæmd og vegna þess að samstæða getur stjórnað skuldahlutfallinu með því að hækka eigið fé dótturfélagsins á móti skuldum þess og þannig komist framhjá reglunni um tiltekið skuldahlutfall. *Í þriðja lagi* tekur reglan um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda miðað við tiltekna prósentu af EBITDA félags beint á því að takmarka frádráttarbærni vaxtagjalda og koma í veg fyrir að ríkið verði af skatttekjum. En rökin sem mæla gegn reglunni eru annars vegar þau að hún hefur ekki þau áhrif að takmarka skuldsetningu félaga sem er einn af kostum skuldahlutfallsreglunnar. Hins vegar getur reglan verið ósanngjörn og valdið mismunun gagnvart þeim félögum sem treysta mikið á lánsfjármagn ef reglan miðar við of lága prósentu af EBITDA. Að lokum ber að mati höfundar að benda á það að ef löggjafinn ákveður að leiða í lög slíka reglu væri ákjósanlegt að hafa í henni ákvæði sem mælti fyrir um að ef félög gætu sýnt fram á að félög í sambærilegum rekstri gætu fengið sambærilegt lán frá ótengdum aðila á almennum markaði, þá væru þau undanþegin reglunni. Með slíku ákvæði væri tryggt að gætt væri skilyrða armslengdarreglunnar.

## 8 Niðurstöður

Umfjöllunarefni þessarar ritgerðar hefur að meginstefnu til fjallað um heimild mjög skuldsettra félaga til að telja vaxtagjöld fram til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar í skattskilum sínum. Í ritgerðinni hefur megináherslan verið lögð á umfjöllun um takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda þegar félög eru með *magra eiginfjármögnun* og þegar um *skuldsettar yfirtökur* á félögum er að ræða.

Meginmarkmið ritgerðarinnar var í *fyrsta lagi* að taka til skoðunar hvort skattyfirvöldum sé heimilt að synja um frádráttarbærni vaxtagjalda á grundvelli hinnar *almennu skattasniðgöngureglu 1. mgr. 57. gr. tskl.* þegar félög eru óhóflega skuldsett með lánum frá tengdum aðilum, það er að segja þegar félög eru með *magra eiginfjármögnun*. Að mati höfundar verður að teljast hæpið að skattyfirvöldum sé almennt heimilt að synja félögum um frádráttarbærni vaxtagjalda þegar þau eru með *magra eiginfjármögnun* vegna „óhóflegra“ lána frá tengdum aðilum á grundvelli 1. mgr. 57. gr. tskl. Ákvæðið setur fram það skilyrði fyrir beitingu þess að skilmálar ráðstöfunar séu *verulega frábrugðnir* því sem almennt tíðkast og þar sem ekki er víst að skilmálar lána eða vextir þeirra séu verulega frábrugðnir því sem almennt tíðkast, jafnvel þó lánin séu veitt af tengdum aðila, þá er ljóst að skattyfirvöldum gæti reynst erfitt að neita félögum um að telja vaxtakostnað af slíkum lánum til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar. Eftir að hafa skoðað úrskurðar- og dómaframkvæmd um beitingu 1. mgr. 57. gr. tskl., er skattyfirvöldum að mati höfundar heimilt á grundvelli 1. mgr. 57. gr. tskl., að synja félögum um að telja vaxtagjöld til frádráttarbærs rekstrarkostnaðar ef lánin eru veitt af tengdum aðila, skilmálar þess verulega frábrugðnir því sem almennt tíðkast og engin viðskipta- eða rekstrarlegur tilgangur liggur að baki ráðstöfunar. Á grundvelli *raunveruleikareglunnar* sem talin er felast í 1. mgr. 57. gr. tskl., geta skattyfirvöld litið til raunverulegs efnis ráðstöfunar og litið á lán sem framlag á eigin fé eða hlutafjárframlag í stað láns, ef skilmálar lánsins gefa slíkt til kynna, en skattyfirvöld bera þá sönnunarbyrðina fyrir því að svo sé og þurfa að sýna fram á að um hlutafjárframlag sé að ræða en ekki lán svo slíkt geti talist heimilt. Slík sönnunarfærsla getur eðli máls samkvæmt oft á tíðum reynst erfið.

Í *öðru lagi* hefur verið tekið til skoðunar hvort skattyfirvöldum sé heimilt að neita félögum um frádráttarbærni vaxtagjalda af lánum sem eiga uppruna sinn að rekja til fjármögnunar á *skuldsettum yfirtökum* félaga þar sem þau uppfylli ekki þau grunnskilyrði sem sett eru fram í 1. tölul. 1. mgr. 31. gr. tskl., um frádráttarbæran rekstrarkostnað. Að mati höfundar er varhugavert að álykta sem svo að skattyfirvöldum sé það heimilt jafnvel þó lánið sem slíkt teljist strangt til tekið ekki til gjalda til að afla félaginu tekna eða eigna, a.m.k. ekki eftir að samruninn er um garð genginn. Þar sem engin úrskurðar- eða dómaframkvæmd er til

um þetta álitaeefni er það mat höfundar að það sé vafa undirorpið hvort skattyfirvöldum sé heimilt að neita félögum um frádráttarbærni vaxtagjalda þegar um lán vegna skuldsettrar yfirtöku er að ræða, enda eru samrunaákvæði tskl. nokkuð skilyrðis- og afdráttarlaus varðandi yfurfærslu skattaréttarlegra réttinda í tengslum við samruna.

Í þriðja lagi var tekin til skoðunar sá *afdráttarskattur* sem lagður hefur verið á *vaxtagreiðslur* út úr landinu frá og með 1. september 2009, sbr. 8. tölul. 3. gr. tskl. og hvort slík skattlagning hafi verið að ná fram því markmiði að afla ríkissjóði meiri tekna. Að mati höfundar er vafasamt að þessi skattlagning komi til með að skila ríkissjóði auknum tekjum. Í framkvæmd hefur komið í ljós að skattlagningin er í raun að lenda á þeim íslensku aðilum sem eru með lán frá erlendum aðilum, vegna þess að í skilmálum flestra þeirra lána sem íslenskir aðilar eru með frá erlendum aðilum er ákvæði sem kveður á um að ef afdráttarskattur sé lagður á vexti út úr landinu, þá skuli slík skattlagning ekki hafa áhrif á lánveitandann. Einnig hafa alþjóðlegar félagasamstæður sem voru með dótturfélög hér á landi flutt starfsemi sína úr landi eftir að ákvæðið var leitt í lög, en þessi félög skiluðu ríkissjóði umtalsverðum tekjum. Að mati höfundar væri vænlegri kostur fyrir löggjafann að lögfesta ákvæði sem kvæði á um afdráttarskatt á vaxtagreiðslur út úr landinu sem greiddar væru til *lágskattaríkja* og skilgreina í ákvæðinu hvenær og/eða hvaða ríki teljist vera lágskattaríki.

Í fjórða lagi hefur verið tekið til skoðunar hvaða áhrif *Evrópuréttur* hafi á lagasetningu er lýtur að *beinum sköttum* og *stofnsetningarréttinum* hér á landi. Af dómaframkvæmd EFTA- og Evrópudómstólsins er ljóst að íslenska ríkið verður að gæta að þeim meginreglum er lúta að *fjórfrælsisákvæðum* EES-samningsins um að ekki megi mismuna aðilum á grundvelli ríkisfangs né takmarka rétt manna eða lögaðila til að nýta sér stofnsetningarréttinn, sbr. 34. gr. EES-samningsins. Þegar löggjafinn setur lög er lúta að skattlagningu félaga verður hann að gæta þess að skattlagningin beinist bæði að þeim félögum sem hafa heimilisfesti hér á landi sem og að þeim félögum sem hafa heimilisfesti í öðrum ríkjum. Niðurstaðan að mati höfundar er sú að löggjafinn verður að gæta þess að setja ekki skattareglur sem beinast eingöngu að viðskiptum félaga sem eiga sér stað yfir landamæri, reglurnar verða einnig að gilda um viðskipti félaga sem eiga sér stað innan ríkisins svo ekki sé um mismunun og þar með brot á stofnsetningarréttinum að ræða.

Í fimmta lagi var að lokum tekið til skoðunar hvernig reglum er lúta að *magurri eiginfjármögnun* félaga eða reglum, sem kveða almennt á um *takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda* þegar um lán á milli tengdra aðila er að ræða, er háttað í öðrum *vestrænum ríkjum*. Við skoðun á þeim reglum sem í gildi eru á vesturlöndum og þróun þeirra í framkvæmd kom í ljós að ríkin eru sum hver að leggja niður reglur um takmörkun á

frádráttarbærni vaxtagjalda sem miða við að félag sé með tiltekið *skuldahlutfall* og taka þess í stað upp reglur sem kveða á um að heimilt sé að telja til frádráttarbærra vaxtagjalda tiltekið *prósentuhlutfall af EBITDA* félagsins.

Höfundur telur æskilegt að setja í íslensk skattalög ákvæði er lýtur að takmörkun á frádráttarbærni vaxtagjalda félaga til þess að auka tekjur ríkissjóðs og koma í veg fyrir skattasniðgöngu og „óhóflega“ skuldsetningu félaga. Slíkt ákvæði getur stuðlað að heilbrigðara viðskiptaumhverfi en tíðkast hefur um skeið hér á landi. Að mati höfundar eru rökin með því að setja tiltekna *skuldahlutfallsreglu* þau að hún gæti þjónað tvíþættu hlutverki, þ.e. annars vegar auka tekjur ríkisins og hins vegar takmarka skuldsetningu félaga. Rökin sem mæla gegn slíkri reglu eru þau að ekki er víst að slík regla nái fram þeim markmiðum að auka tekjur ríkissjóðs, vegna þess að félög geta beitt þeirri aðferð að hækka eigið fé félagsins, til þess að halda sig innan skuldahlutfallsreglunnar, sem verður til þess að þau falla ekki undir regluna.

Þau rök sem höfundur telur að mæli með því að lögfesta reglu sem kveður á um að heimilt sé að telja til frádráttarbærra vaxtagjalda tiltekið *prósentuhlutfall af EBITDA* félagsins eru annars vegar þau að slíkt ákvæði er líklegra til þess að auka tekjur ríkisins vegna þess að slík regla er einfaldari í framkvæmd en tiltekin skuldahlutfallsregla og hins vegar að félög ættu þá síður kost á því að beita tilteknum aðferðum til að komast hjá reglunni. Rökin sem mæla gegn lögfestingu slíkrar reglu eru þau að reglan gæti hamlað gegn nýsköpun og um leið takmarkað möguleika félags á því að eignfæra tap sitt í skattskilum sínum. Reglan myndi bitna sérstaklega hart á nýsköpunarfyrirtækjum þar sem þau krefjast oft talsverðs fjármagns, bæði eigin fjár og lánsfjár í upphafi rekstrar áður en tekjur fara að streyma inn í félagið. Að mati höfundar er slík lagasetning því ekki vænlegur kostur sérstaklega í því árferði sem nú ríkir hér á landi þar sem rík þörf er á því að sem flest félög séu í rekstri og ýti undir vöxt í efnahagslífinu ásamt því að efla atvinnu í landinu. Niðurstaða höfundar er því sú að ef löggjafinn ákveður að setja reglur um takmörkun á magurri eiginfjármögnun (e. thin capitalization/thin capitalisation) eða frádráttarbærni vaxtagjalda þá þarf hann fyrst að veita og meta á yfirvegaðan hátt alla þá kosti og galla sem fylgja slíkri lagasetningu í samráði við hagsmunaaðila. Að lokum ber að mati höfundar að benda á það að ef löggjafinn ákveður að leiða í lög slíka reglu þá væri ákjósanlegt að hafa í henni ákvæði sem mælti fyrir um að ef félög gætu sýnt fram á að félög í sambærilegum rekstri gætu fengið sambærilegt lán frá ótengdum aðila á almennum markaði, þá væru þau undanþegin reglunni. Með slíku ákvæði væri tryggt að gætt væri skilyrða armslengdarreglunnar.

## HEIMILDASKRÁ

*Alþingistíðindi.*

Aðalsteinn Hákonarson: „Lærðum við eitthvað á Lúx?“. *Tíund fréttablað RSK*, mars 2009, bls. 4-6.

Aðalsteinn Hákonarson: „Skuldsettar yfirtökur og öfugur samruni“. *Tíund fréttablað RSK*, desember 2008, bls. 9-12.

„Alvarlegar athugasemdir atvinnulífsins við boðaðar skattabreytingar“, <http://www.amx.is/vidskipti/12361/>, 10. desember 2009 (skoðað 19. október 2010).

Andri Gunnarsson: „Afdráttarskattur á vaxtagreiðslur til erlendra aðila“. *Skattkerfi atvinnulífsins*, september 2010, bls. 58-63.

Arnaldur Hjartarson: „Beinir skattar barátta um völd – Áhrif Evrópuréttar á reglur aðildarríkja Evrópubandalagsins á sviði beinna skatta“. *Útljótur*, 4. tbl. 2008, bls. 523-592.

Ágúst Karl Guðmundsson: „Milliverðlagning (Transfer Pricing)“. *Útljótur*, 2. tbl. 2006, bls. 245-280.

Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattaréttur 4*. Reykjavík 1996.

Ásmundur G. Vilhjálmsson: *Skattur á fyrirtæki*. Reykjavík 2003.

Ásmundur G. Vilhjálmsson: „Vaxtagjöld af skuldum sem færast yfir við samruna félaga“. *Skattkerfi atvinnulífsins*, september 2010, bls. 42-44.

Ben J.M. Terra og Peter J. Wattel: *European Tax Law*. 5. útg. Holland 2008.

Björg Thorarensen: *Stjórnskipunarréttur*. Reykjavík 2008.

Björn Þ. Guðmundsson: *Lögbókin þín*. Reykjavík 1989.

Davíð Þór Björgvinsson: *EES-réttur og landsréttur*. Reykjavík 2006.

Garðar Valdimarsson: „Milliverðlagning“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti. 2000, bls. 75-124.

Garðar Valdimarsson: „Nýr Norðurlandasamningur um tvísköttun“. *Tímarit lögfræðinga*, 4. hefti. 1997, bls. 286-317.

Gaukur Jörundsson: *Um eignarnám*. Reykjavík 1969.

Guðrún Jenný Jónsdóttir: „Dómur Evrópudómstólsins í máli OY AA“. *Tíund fréttablað RSK*, nóvember 2007, bls. 39.

Guðrún Jenný Jónsdóttir: „Milliverðlagning og tvísköttunarsamningar á breyttum tímum“. *Tíund fréttablað RSK*, nóvember 2009, bls. 10.

Gunnar G. Schram: *Stjórnskipunarréttur*. 2. útg. Reykjavík 1999.

Gylfi Knudsen: „Ættarmark álögunnar“. *Afmælisrit. Gaukur Jörundsson sextugur*. Reykjavík 1994, bls. 309-339.

Helgi V. Jónsson: „Frádráttur frá tekjum við ákvörðun tekjuskattsstofns“. *Úlfjótur*, 4. tbl. 1993, bls. 319-344.

*Improving the Equity and Revenue Productivity of the Icelandic Tax System*. International Monetary Fund, Fiscal Affairs Department 2010.

Indriði H. Þorláksson: „Efnahagsleg áhrif stóriðju á Íslandi“, <http://inhauth.blog.is/blog-/inhauth/entry/792595/>, (skoðað 13. október 2010).

Indriði H. Þorláksson: „Skýrsla um umfang skattsvika“. *Tíund fréttablað RSK*, ágúst 2005, bls. 5-9.

Ingi Már Pálsson: „Áhrif EES samningsins á íslenskan skattarétt“, *Tíund fréttablað RSK*, nóvember 2006, bls. 4-6.

Jan Pedersen, Jens Olav Engholm Jacobsen, Kurt Sigaard: *Skatteretten 1*. Kaupmannahöfn 1990.

Jan Pedersen, Kurt Sigaard, Niels Winther-Sørensen, Jakob Bungaard: *Skatteretten 2*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2005.

Jan Pedersen: *Skatteudnyttelse*. Kaupmannahöfn 1989.

Jan Pedersen: *Transfer Pricing - i international skatteretlig belysning*. Kaupmannahöfn 1998.

Jens Wittendorff: *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*. Austin 2010.

Johannus Egholm Hansen og Christian Lundgren: *Køb og salg af virksomheder*. 4. útg. Kaupmannahöfn 2009.

Jónatan Þórmundsson: *Fyrirlestrar í skattarétti*. Reykjavík 1982.

Jónatan Þórmundsson: „Viðurlög við skattlagabrotum og skattlagning eftir á“. *Tímarit lögfræðinga*, 2. hefti. 1973, bls. 29-40.

Kristján Gunnar Valdimarsson: „Skattasniðganga“. *Tímarit lögfræðinga*, 3. hefti. 1999, bls. 219-262.

Kristján Gunnar Valdimarsson: „Tvísköttunarsamningar“. *Fyrirlestur í námskeiðinu Alþjóðlegur skattaréttur – almennur hluti*, Lagadeild Háskóla Íslands 2010.

Marjaana Helminen: *EU Tax Law, Direct Taxation*. Amsterdam 2009.

- Marjaana Helminen: *The Dividend Concept in International Tax Law*. London 1999.
- Michael Lang, Josef Schuch, Claus Staringer: *ECJ – Recent Developments in Direct Taxation*. Vín 2006.
- Model Tax Convention on Income and on Capital*. OECD. París 2008.
- Model Tax Convention*. OECD. París 1996.
- Páll Hreinsson: „Skattur eða þjónustugjald“. *Morgunblaðið*, 3. desember 1998, bls. 66-67.
- Páll Sigurðsson: *Samningaréttur*. Reykjavík 1987.
- Ragnheiður Snorradóttir: „Þunn eiginfjármögnun“. *Grábrók*, 1. tbl., 2008, bls. 113-156.
- „Ríkið verður af milljarðatekjum“. *Fréttablaðið*, 30. september 2010, bls. 22.
- Róbert R. Spanó: *Um lög og rétt*. Reykjavík 2006.
- Sigríður Logadóttir: *Lög á bók*. Reykjavík 2005.
- Sigurður Líndal: *Um lög og lögfræði*. Reykjavík 2007.
- Skýrsla starfshóps um umfang skattsvika á Íslandi*. Fjármálaráðuneytið, Reykjavík 2004.
- Stefán Már Stefánsson: *Evrópusambandið og Evrópska Efnahagssvæðið*. Reykjavík 2000.
- Stefán Már Stefánsson: *Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir*. Reykjavík 2003.
- Stefán Már Stefánsson: „Leyfilegar takmarkanir á fjórfrelsisákvæðum EB/EES réttar“. *Rit lagadeildar Háskólans á Bifröst*, Bifröst, 2006, bls. 411-428.
- Stefán Már Stefánsson: *Samstæður hlutafélaga*. Reykjavík 2008.
- „*Thin capitalization and interest deduction regulations. Copenhagen research group on international taxation – corit, discussion paper no. 8. 2010*“. Kaupmannahöfn 2010.
- Thin Capitalisation, Issues in International Taxation, Nr. 2*. OECD, París 1987.
- „*Thin Capitalization Rules as location factor for Foreign Direct Investment?*“ Vienna University of Economics and Business Administration, Vienna 2010.
- Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises*. Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs, OECD, París 2001.
- Transfer Pricing and Multinational Enterprises*. Report of the OECD Committee on Fiscal Affairs, OECD, París 1979.



## DÓMASKRÁ

### Dómar Hæstaréttar Íslands:

<i>Hrd.</i> 1964, bls. 887.....	46
<i>Hrd.</i> 1985, bls. 1544.....	19
<i>Hrd.</i> 1997, bls. 385.....	50
<i>Hrd.</i> 1997, bls. 602 .....	55n
<i>Hrd.</i> 1998, bls. 268 .....	55n
<i>Hrd.</i> 1999, bls. 3780.....	19n
<i>Hrd.</i> 15. maí 2003 (477/2002).....	20
<i>Hrd.</i> 28. maí 2003 (499/2002).....	19
<i>Hrd.</i> 18. nóvember 2004 (151/2004).....	23
<i>Hrd.</i> 20. apríl 2005 (441/2004).....	50
<i>Hrd.</i> 9. febrúar 2006 (321/2005).....	52, 66

### Héraðsdómar:

<i>Hérd. Rvk.</i> 25. febrúar 1998 (Y-10/1997).....	61
---	----

### Dómar Evrópudómstólsins:

<i>EBD, mál C-55/94, ECR 1995, bls. I-2493.....</i>	72
<i>EBD, mál C-324/00, ECR 2002, bls. I-11779.....</i>	78, 85
<i>EBD, mál C-446/03, ECR 2005, bls. I-10837.....</i>	76
<i>EBD, mál C-196/04, ECR 2005, bls. I-7995 .....</i>	74n
<i>EBD, mál C-542/04, ECR 2006, bls. I-11673 .....</i>	80, 86
<i>EBD, mál C-231/05, ECR 2007, bls. I-6373.....</i>	77

### Dómar EFTA dómstólsins:

<i>EFTAD, mál E-1/04, EFTACR 1999, bls. 15.....</i>	75
---	----

### Úrskurðir yfirséttanefndar:

<i>Úrskurður nr. 429/1998.....</i>	32n
<i>Úrskurður nr. 502/1999.....</i>	22n
<i>Úrskurður nr. 279/2000.....</i>	51n
<i>Úrskurður nr. 223/2002.....</i>	54n, 63, 68
<i>Úrskurður nr. 263/2003.....</i>	49, 54n, 63, 66
<i>Úrskurður nr. 299/2005.....</i>	49n
<i>Úrskurður nr. 150/2006 .....</i>	49n
<i>Úrskurður nr. 296/2006.....</i>	48n
<i>Úrskurður nr. 17/2008.....</i>	48, 65

### Bindandi álit Ríkisskattstjóra:

<i>Álit nr. 2/2001.....</i>	27, 30
-----------------------------	--------

## LAGASKRÁ

### Íslensk lög:

#### *Stjórnarskrá lýðveldisins Íslands nr. 33/1944*

40. gr. ....	18, 19, 21, 28
72. gr. ....	19, 20
77. gr. ....	18, 19, 21, 28
78. gr. ....	18, 28

#### *Stjórnskipunarlög nr. 97/1995 um breyting á stjórnarskrá lýðveldisins Íslands*

14. gr. ....	18n
15. gr. ....	18n, 19n

#### *Lög nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda*

5. gr. ....	35, 37
-------------	--------

#### *Lög nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið*

1. gr. ....	71
3. gr. ....	20, 28
4. gr. ....	71, 72
6. gr. ....	71
31. gr. ....	71
34. gr. ....	73, 91
40. gr. ....	75

#### *Stjórnsýslulög nr. 37/1993*

Almennt .....	19
---------------	----

#### *Lög nr. 138/1994 um einkahlutafélög*

2. gr. ....	10, 15
74. gr. ....	26
79. gr. ....	62

#### *Lög nr. 2/1995 um hlutafélög*

Almennt .....	27
2. gr. ....	10, 15
45.- 46. gr. ....	15
47.- 49. gr. ....	14
50. gr. ....	15
99. gr. ....	26
104. gr. ....	62

#### *Lög nr. 50/1998 um virðisaukaskatt*

Almennt .....	20n, 54
8. gr. ....	54
16. gr. ....	54

#### *Vaxtalög nr. 38/2001*

Almennt .....	23n
---------------	-----

<i>Lög nr. 12/2003 um heimild til samninga um álverksmiðju í Reyðarfirði</i>	
6. gr. ....	33

*Lög nr. 90/2003 um tekjuskatt*

1. gr. ....	18, 20, 22, 28, 31, 38, 51
2. gr. ....	11, 18, 20, 21, 22, 24, 28, 30, 31, 38, 51
3. gr. ....	31, 33, 34, 35, 37, 38, 39, 91
7. gr. ....	20, 21, 27, 28, 33, 38, 51
8. gr. ....	23, 24, 25, 27, 28
9. gr. ....	27, 28, 30
11. gr. ....	26, 27, 37
31. gr. ....	6, 7, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 27, 28, 29, 30, 37, 41, 63, 69, 90
49. gr. ....	23, 24, 28, 62
50. gr. ....	12, 22, 23, 28, 29, 41, 63
51. gr. ....	6
55. gr. ....	11, 15
57. gr. ....	6, 7, 8, 9, 17, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 54, 55, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 90
59. gr. ....	22
70. gr. ....	33, 35, 37
71. gr. ....	27
117. gr. ....	31

*Lög nr. 15/2005 um Stjórnartíðindi og Lögbirtingablað*

Almennt .....	31
---------------	----

*Lög nr. 3/2006 um ársreikninga*

2. gr. ....	10, 11, 15
-------------	------------

*Lög nr. 70/2009 um ráðstafanir í ríkisfjármálum*

6. gr. ....	34
8. gr. ....	25, 29, 43

**Bandarísk lög:**

*Internal Revenue Code (IRC)*

163. gr. ....	84
---------------	----

**Dönsk lög:**

*Selskabsskatteloven nr. 255/1960 með síðari breytingum*

11. gr. ....	87
--------------	----

*Ligningsloven nr. 149/1922 með síðari breytingum*

2. gr. ....	87
-------------	----

**Norsk lög:**

*Lov om skatt av formue og inntekt nr. 14. frá 26. mars 1999*

13. gr. ....	88
--------------	----

**Reglugerðir:**

<i>Reglugerð nr. 483/1994 um frádrátt frá tekjum af atvinnurekstri og sjálfstæðri starfsemi</i>	
Almennt .....	22

### **Alþjóðasamningar og alþjóðasáttmálar:**

<i>Samningur um evrópska efnahagssvæðið frá 2. maí 1992 (EES-Samningurinn)</i>	
1. gr. ....	71
3. gr. ....	20, 28
4. gr. ....	71, 72
6. gr. ....	71
31. gr. ....	71
34. gr. ....	73, 91
40. gr. ....	75

### *Lissabon sáttmálinn – sáttmáli um starfsemi Evrópubandalagsins frá 13. desember 2007 (ESB-sáttmálinn)*

18. gr. ....	72
49. gr. ....	73, 77, 79, 80

### *Samningur um stofnun Efnahagsbandalags Evrópu frá 25. mars 1957 (Rómarsáttmálinn)*

12. gr. ....	72
43. gr. ....	73, 77, 79, 80

### *Sanningsfyrirmynd OECD um tvísköttunarsamninga, OECD París 1996*

Almennt .....	32
9. gr. ....	8, 53, 53n, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 66, 67, 79, 81
10. gr. ....	59, 60, 67
11. gr. ....	60
25. gr. ....	57, 58, 59

### *Vínarsáttmálinn um alþjóðlegan samningarétt frá 1969*

Almennt .....	31, 32n
---------------	---------

### **Tvísköttunarsamningar:**

#### *Tvísköttunarsamningur á milli Lýðveldisins Íslands og konungsríkisins Hollands til að komast hjá tvísköttun og koma í veg fyrir undanskot frá skattlagningu á tekjur og eignir*

Almennt .....	59, 59n
11. gr. ....	42n

#### *Tvísköttunarsamningur á milli Lýðveldisins Íslands og Stórhertogadæmisins Lúxemborgar til að komast hjá tvísköttun að því er varðar skatta á tekjur og eignir*

10. gr. ....	59
11. gr. ....	59

#### *Tvísköttunarsamningur á milli ríkisstjórnar Lýðveldisins Íslands og ríkisstjórnar Sameinaða konungsríkisins Stóra-Bretlands og Norður-Írlands til að komast hjá tvísköttun og koma í veg fyrir undanskot frá skattlagningu á tekjur og söluhagnað af eignum*

Almennt .....	32n, 55
9. gr. ....	55, 56, 56n
10. gr. ....	32
11. gr. ....	32, 35, 35n