



2. hefti TÍMARIT 6. árg
LÖGRÉTTU
Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

YFIRTAKA

EFTIR *Aðalstein E. Jónasson*

D

LAUSN ÚR „ÖRYGGISGÆSLU“

EFTIR *Ólaf Þórk. Þorvaldsson*

E

ER ÞÖRF Á MILLIDÓMSTIGI
Í EINKAMÁLUM?

EFTIR *Halldór Brynjar Halldórsson*

F

SKIPTING Á SKATTLAGNINGAR-
RÉTTINUM MILLI
HEIMILISFESTARLANDS OG KELDULANDS

EFTIR *Ásmund G. Vilhjálmsson*

G

D	YFIRTAKA EFTIR <i>Aðalstein E. Jónasson</i>	105
E	LAUSN ÚR „ÖRYGGISGÆSLU“ EFTIR <i>Ólaf Bork Þorvaldsson</i>	151
F	ER ÞÖRF Á MILLIDÓMSTIGI Í EINKAMÁLUM? EFTIR <i>Halldór Brynjar Halldórsson</i>	161
G	SKIPTING Á SKATTLAGNINGARRÉTTINUM MILLI HEIMILISFESTARLANDS OG KELDULANDS EFTIR <i>Ásmund G. Vilhjálmsson</i>	183

ÚTGEFANDI

Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

RITSTJÓRAR OG ÁBYRGÐARMENN

Máni Atlason og Þórdís Kolbrún Reykfjörð Gylfadóttir

RITNEFND

Birgitta Kristjánsdóttir

Halla Björgvinsdóttir

Þróstur Þór Guðmundsson

Anna Lilja Hallgrímsdóttir

Helga Reynisdóttir

Kári Sighvatsson

RITRÝNINEFND

Ragnhildur Helgadóttir, formaður

Sigurður Tómas Magnússon

Aðalsteinn E. Jónasson

PRÓFARKALESTUR

Arnar Eggert Thoroddsen

HÖNNUN OG UMBROT

Hörður Kristbjörnsson

HEIMILISFANG OG NETFANG

Tímarit Lögréttu

Ofanleiti 2

103 Reykjavík

ritnefnd@logretta.is

RITRÝNDAR FRÆÐIGREINAR

Aðalsteinn E. Jónasson:

Yfirtaka

Ásmundur G. Vilhjálmsson:

Skipting á skattlagningaráttinum milli heimilisfestarríkis og keldulands.

MEISTARANÁM Í LÖGFRÆÐI

VIÐ LAGAÐEILD HÁSKÓLANS Í REYKJAVÍK

- Rannsóknartengt meistaranám til ML-gráðu.
- Reiknað er með að námið taki tvö ár.
- Námið hentar bæði einstaklingum sem lokið hafa grunnnámi í lögfræði og þeim sem hafa háskólapróf í öðrum greinum.
- Nemendur sem hafa lokið grunnnámi í lögfræði geta lokið fullnaðarprófi í lögfræði með meistaranáminu.
- Markmið námsins er að þjálfa og hvetja nemendur til greinandi og gagnrýnrag hugsunar og vísindalegra vinnubrögða.
- Einstaklingsbundin námsáætlun.

- Helstu einkenni námsins eru mikjöld val um áherslur og námsleiðir og margvíslegir möguleikar á samþættingu við aðrar greinar og sérhæfingu innan lögfræðinnar.
- Gefinn er kostur á að ljúka meistaranámi á alþjóðsviði.

Úmsæðnarfrættar um lögöngu í meistaranám hausti 2009 rennur af 31. mars.

Hægt er að nálgast nánari upplýsingar um meistaranámið í kennsluskrá á vef lagadeildar Háskólans í Reykjavík: www.lagadeild.is



WWW.HR.IS

HAUSTÖNN 2009

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

Advanced Legal English	Erlendina Kristjánsson
Afbrotfræði I	Svala Ólafsdóttir
Alþjóðleg lausafjárkaup	Þórunn S. Gunnarsson
Alþjóðlegur skattaréttur II	Gunnar Gunnarsson
Evrópskur fjölmiðlaréttur	Páll Þórhallsson
Evrópuréttur IIA/Free movement of goods and adjacent areas	Peter Chr. Dyrberg
Evrópuréttur III/Competition Law	Peter Chr. Dyrberg
Fjárskiptaréttur	Jóhanna H. Halldórsdóttir og Sigurjón Ingvason
Gagnaöflun og málflytningur í einkamálum	Sigurður Tómas Magnússon
Hlutverk verjanda í opinberum málum	Björn L. Bergsson og Guðrún Sesselja Arnardóttir
Lagakennningar	David Þór Björgvinsson og Arnar Þór Jónsson
Legal Communication	Peter Chr. Dyrberg
Mannréttindasáttmáli Evrópu	Oddný Mjöll Arnardóttir, Davíð Þór Björgvinsson og Guðrún Gauksdóttir
Málstofa í stjórnskipunarrétti	Ragnhildur Helgadóttir
Málstofa um alþjóðlega mannréttindavernd	Oddný Mjöll Arnardóttir
Neytendamarkaðsréttur	Gisli Tryggvason
Sjó- og flutningaréttur	Guðmundur Sigurðsson og Einar Baldvín Axelsson
Skuldaskilarettur	Steinn H. Guðbjartsd. og Valgerður D. Valdimarsd.
Stjórnháttir hlutafélaga	Jóhannes R. Jóhannsson
Stjórnsýsluréttur II	Margrét Vala Kristjánsdóttir
The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition	Þóris Ingadóttir
Utanríkisráð Íslands	Guðni Th. Jóhannesson
ML-ritgerð	

VORÖNN 2010

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

Afbrotfræði II	Svala Ólafsdóttir
Alþjóðastofnanir	Þóris Ingadóttir
Alþjóðlegur einkamálaréttur og lagaskil á sviði samningaréttar	Herdis Hallmarsdóttir og Guðjón Ólafur Jónsson
Auðgunar- og efnahagsbrot	Sigurður Tómas Magnússon, Svala Ólafsdóttir og Björn Þorvaldsson
Auðlindaréttur	Kristín Haraldsdóttir
Evrópuréttur á sviði fjármálaþjónustu	Hallgrímur Ásgeirsson
Evrópuréttur IIB/Free movement of persons, services and capital	Peter Chr. Dyrberg
Fjárfestingafélag, verðbréfasjóðir og lífeyrissjóðir	Tómas Njáll Möller
Hagnýtur samningaréttur	Aðalsteinn Leifsson, Hafliði Kr. Lárusson og Þóror S. Gunnarsson
Heilbrigðisréttur	Dógg Pálsdóttir
Íslensk stjórnmál	Guðni Th. Jóhannesson
Kaup á fyrirtækjum/samruni - áreiðanleikakannanir	Ólafur F. Haraldsson, Garðar G. Gíslason og Kristín Edwald
Mannréttindi í viðskiptum	Páll Ásgeir Davíðsson og Ursula Wynhoven
Málstofa í stjórnsýslurétti	Margrét V. Kristjánsdóttir, Sesselja E. Arnard. og Særun Maria Gunnarsdóttir
Málstofa um evrópskan samningarétt	Matthías Geir Pálsson
Réttarsaga	Guðni Th. Jóhannesson og Ragnhildur Helgadóttir
Réttarsálfæði	Ólafur F. Haraldsson og Jón Fr. Sigurðsson
The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition	Þóris Ingadóttir
Verktaka- og útbóðsréttur	Erlendur Gíslason og Othar Örn Petersen
Vörumerkjaréttur	NN
ML-ritgerð	

HAUSTÖNN 2010

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

Advanced Legal English	Erlendina Kristjánsson
Afbrotfræði I	Svala Ólafsdóttir
Alþjóðaviðskipti	Þóris Ingadóttir og James H. Mathis
Alþjóðleg lausafjárkaup	Þórunn S. Gunnarsson
Barnaréttur (barnalög og barnaverndarlög)	Davíð Þór Björgvinsson
Evrópuréttur IIA/Free movement of goods and adjacent areas	Peter Chr. Dyrberg
Evrópuréttur IV/The State and Competition	Peter Chr. Dyrberg
Gagnaöflun og málflytningur í einkamálum	Sigurður Tómas Magnússon
Mannréttindasáttmáli Evrópu	Oddný Mjöll Arnardóttir, Davíð Þór Björgvinsson og Guðrún Gauksdóttir
Málstofa í almennari tryggingarétti	Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir
Málstofa í bótarétti	Guðmundur Sigurðsson
Málstofa í fjölmiðlarétti	Páll Þórhallsson
Málstofa II í stjórnsýslurétti (endurskoðun og eftirfylgni stjórnvaldsákvæðana)	Margrét Vala Kristjánsdóttir, Ragnhildur Helgadóttir og Sigurður Tómas Magnússon
Málstofa um alþjóðlega mannréttindavernd	Oddný Mjöll Arnardóttir
Skuldaskilarettur	Steinn H. Guðbjartsd. og Valgerður D. Valdimarsd.
Stjórnháttir hlutafélaga	Jóhannes R. Jóhannsson
Umfærsluréttur	Ragna Arnardóttir og Sigriður Auður Arnardóttir
Utanríkisráð Íslands	Guðni Th. Jóhannesson
Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot	Garðar Víðir Gunnarsson
ML-ritgerð	

VORÖNN 2011

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR

Afbrotfræði II	Svala Ólafsdóttir
Alþjóðadómstólar og friðsamlegar úrlausnir deilmála	Þóris Ingadóttir
Alþjóðlegir og innlendir fjármögnunarsamningar	Guðmundur Ingvi Sigurðsson
Alþjóðlegur skattaréttur I	Gunnar Gunnarsson
Bandaísk réttarsaga, réttarkerfi og lög	Steinn Jóhannesson og Drew Prisner
Evrópskur lyfjarettur	Gunnar Þór Pétursson
Evrópuréttur á sviði fjármagnsmarkaða	Hallgrímur Ásgeirsson
Evrópuréttur IIB/Free movement of persons, services and capital	Peter Chr. Dyrberg
Gagnaöflun og málflytningur í einkamálum	Sigurður Tómas Magnússon
Hagnýt réttarheimspeki	Davíð Þór Björgvinsson og Bostjan Zupancic
Hagnýtur samningaréttur	Aðalsteinn Leifsson, Hafliði Kr. Lárusson og Þóror S. Gunnarsson
Íslensk stjórnmál	Guðni Th. Jóhannesson
Mannréttindi í viðskiptum	Páll Ásgeir Davíðsson og Ursula Wynhoven
Málstofa um evrópskan samningarétt	Matthías Geir Pálsson
Málstofa um hugverkasamninga	Hafliði Kr. Lárusson
Málstofa: Orkuréttur – lagaumhverfi orkumarkaðarinnar	Kristín Haraldsdóttir
Vátryggingaréttur	Þóra Hallgrímsdóttir
Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, framhald	Garðar Víðir Gunnarsson
ML-ritgerð	



FRÁ RITSTJÓRN

Máni Atlason og Þórdís Kolbrún Reykfjörð Gylfadóttir

Í Tímariti Lögréttu að þessu sinni eru fjórar greinar. Efni þessara fjögurra greina er fjölbreytt og er það von ritstjórnar að áskrifendur blaðsins kunnir að meta það. Ein greinanna er eftir kennara við lagadeild Háskólans í Reykjavík, en það er Tímariti Lögréttu mikilvægt að kennarar skólans telji það ákjósanlegan vettvang fyrir skrif sín. Þá er ein grein eftir lögfræðing sem lauk laganámi við Háskólann í Reykjavík og er þeirri hefð því viðhaldið að í blaðinu sé að finna efni eftir menn sem lagt hafa stund á laganám við Háskólann í Reykjavík.

Fyrsta grein þessa tölublaðs Tímarits Lögréttu er eftir Aðalstein Egil Jónasson, dósent við lagadeild Háskólans í Reykjavík. Aðalsteinn hefur undanfarin ár verið afkastamikill í skrifum um verðbréfamarkaðsrétt og bætir hér enn í sarpinn. Greinin fjallar um reglur sem gilda um yfirtöku félaga sem skráð eru á skipulegan verðbréfamarkað, en í mars 2009 tóku gildi breytingar á þeim reglum sem um slíka yfirtöku gilda. Framhald greinarinnar birtist í næsta tölublaði. Stærstur hluti fyrri hlutans sem hér birtist fjallar um það hvenær tilboðsskylda myndast á grundvelli yfirráða samkvæmt reglum laga um verðbréfavíðskipti um yfirtöku. Þá er einnig fjallað almennt um yfirtöku og gildissvið reglnanna.

Önnur grein tímaritsins að þessu sinni er erindi sem Ólafur Þórkur Þorvaldsson, Hæstaréttardómari, flutti á málþingi Geðlæknafélags Íslands um málefni ósakhæfra og lög-ræðislögin. Í greininni fjallar Ólafur um lausn úr öryggisgæslu sem ákveðin hefur verið í kjölfar þess að maður er syknadur vegna sakhæfisskort samkvæmt ákvæðum almennra hegningarlaga, út frá reynslu sinni af slíkum málum. Ólafur var dómari við Héraðsdóm Suðurlands í tæp sjö ár, en í umdæmi dómsins er réttargeðdeildin að Sogni í Ölfusi.

Þriðja grein þessa tölublaðs er eftir Halldór Brynjar Halldórsson, lögfræðing hjá Logos lögmannsstofu. Halldór Brynjar lauk fullnaðarprófi frá lagadeild Háskólans í Reykjavík vorið 2009 og er því ánægjulegt að grein frá honum birtist í blaði lagadeildar skólans. Í greininni fjallar Halldór Brynjar um þá stöðu sem Hæstiréttur Íslands er í

við endurskoðun héraðsdóma sem kveðnir eru upp af sérfróðum meðdómendum og tekur í umfjöllun sinni fjölmörg dæmi úr dómaframkvæmd.

Fjórdða greinin að þessu sinni er eftir Ásmund G. Vilhjálmsson. Er hún á sviði skattaréttar en Ásmundur hefur um árabíl verið einn helsti skattaréttarsérfræðingur landsins. Í grein sinni fjallar Ásmundur um skiptingu skattlagningar aðila sem bera takmarkaða skattskyldu hér á landi. Greinin er framhald á grein sem birtist eftir Ásmund í síðasta tölublaði Tímarits Lögréttu. Í þeim hluta sem hér birtist fjallar Ásmundur einkum um hugtakið föst starfsstöð í skattarétti.

Tímarit Lögréttu hefur eins og annar rekstur fundið fyrir efnahagsástandinu hér á landi á undanförunum misserum. Hefur því orðið nokkur tóf á útgáfu þessa tölublaðs og eru áskrifendur hér beðnir velvirðingar á því. Útgáfa blaðsins hófst að lokum með samstilltu átaki fráfarandi ritstjórnar og þeirrar ritstjórnar sem tekur við. Þótti okkur því við hæfi, þar sem tvær ritstjórnir koma að útgáfu blaðsins, að tveir ritstjórar skrifi þennan pistil. Um leið lætur Máni Atlason af ritstjórn blaðsins og vill nota tækifærið hér og þakka ritnefnd gott samstarf. Eins og oft vill verða var starf gjaldkera hvað mest og á köflum jafnvel meira en ritstjóra, en Birgitta Kristjánsdóttir gengdi því starfi af miklum myndugleik. Þá sátu í ritnefndinni Halla Björgvinsdóttir og Þröstur Þór Guðmundsson. Einnig er rétt að þakka hér sérstaklega ritrýningnefnd Tímarits Lögréttu, en hana skipa Ragnhildur Helgadóttir, prófessor við lagadeild Háskólans í Reykjavík, Sigurður Tómas Magnússon, sérfræðingur við lagadeild Háskólans í Reykjavík og Aðalsteinn Egill Jónasson dósent við Háskólann í Reykjavík.

Um leið og ein ritnefnd lætur af störfum tekur önnur ritnefnd sem unnið hefur afar gott og fórnúst starf við útgáfu þessa tölublaðs við. Hana skipa auk Þórdísar Kolbrúnar Reykfjörð Gylfadóttur, þau Anna Lilja Hallgrímsdóttir, Helga Reynisdóttir og Kári Sighvatsson.



Aðalsteinn E. Jónasson

dósent við lagadeild Háskólans í Reykjavík

YFIRTAKA

fyrri hluti

D

105

INNGANGUR	106
1. ALMENNT UM YFIRTÖKU	106
2. GILDISSVIÐ REGLNA UM YFIRTÖKU	108
3. TILBOÐSSKYLDA	111
3.1. Almenn	111
3.2. Yfiráð	112
3.2.1. Almenn um yfiráð	112
3.2.2. Yfiráð á grundvelli atkvæðisréttar	113
3.2.3. Samningar um atkvæðisrétt	119
3.2.4. Réttur til að tilnefna eða setja af meirihluta stjórnar	122
3.3. Óbein yfiráð	123
3.4. Samstarf um yfiráð	126
3.4.1. Samstarf	126
3.4.2. Löglikur á samstarfi	131
3.4.3. Á hverjum hvílir tilboðsskylda þegar um samstarf er að ræða?	137
3.4.4. Getur breyting á innbyrðis samstarfi haft áhrif á yfirtökureglur?	138
3.5. Undanþágur frá tilboðsskyldu	139
3.6. Getur tilboðsskyldur aðili einhliða losnað undan tilboðsskyldu?	141
3.7. Frestur til að birta tilboð	142
3.8. Tilboðsyfirlit og birting tilboðs	143
LOKAORÐ	147

INNGANGUR

Í mars 2009 tóku gildi breytingar á þeim reglum sem gilda um yfirtöku félaga sem eru skráð á skipulegan verðbréfamarkað. Ein þýðingarmikil breyting fólst í því að tilboðsskylda myndast nú þegar aðili, einn eða í samstarfi við aðra, eignast 30% eða meira af atkvæðisrétti viðkomandi félags. Samkvæmt eldri lögum var miðað við 40% atkvæðisrétt og því ljóst að breytingin mun hafa umtalsverð áhrif. Einnig voru tekin upp ný ákvæði sem eiga að gera eftirlitsaðilum auðveldara með að skilgreina aðila í samstarfi, en reynslan samkvæmt eldri lögum hafði sýnt að reglurnar voru erfiðar í framkvæmd. Báðar þessar breytingar eru til þess fallnar að stuðla að dreifðara eignarhaldi í skráðum félögum, en þröngt og ógagnsætt eignarhald á skráðum félögum er eitt af því sem hefur verið harðlega gagnrýnt. Þessar breytingar, ásamt ýmsum öðrum, munu spila mikilvægt hlutverk í að auka traust og tiltrú fjárfesta á þeim leikreglum sem gilda á verðbréfamarkaði.

Reglur um yfirtöku hafa það meginhlutverk að vernda hagsmunum minnihluta eigenda í félögum sem tekin hafa verið til viðskipta á skipulegum verðbréfamörkuðum við þær aðstæður að einhver aðili, einn eða í samstarfi við aðra, öðlast ráðandi hlut í því. Reglunum er ætlað að gefa hluthöfum sem eru í minnihluta kost á því við þessar aðstæður að losna útúr félaginu á sanngjörnum skilmálum og stuðla að því að hluthafar geti tekið upplýsta ákvörðun um yfirtökutilboð.¹

Tímaritsgrein þessi er sú fyrri af tveimur um yfirtöku samkvæmt lögum nr. 108/2007

um verðbréfaviðskipti. Í þessum fyrri hluta er fjallað almennt um yfirtöku og gildissvið reglnanna. Stærstur hluti greinarinnar fjallar hins vegar um hvenær tilboðsskylda myndast á grundvelli yfirráða. Fjallað er um dómaframkvæmd þar sem reynt hefur á reglur um yfirtöku, þýðingarmestu álit Yfirtökunefndar og ákvarðanir, álit og túlkanir Fjármálaeftirlitsins sem snerta þessar reglur. Í síðari hluta greinarinnar sem birtist í næsta hefti Tímarits Lögréttu verður fjallað um skilmála tilboðs, afturköllun tilboðs, skilyrði og breytingar í tilboði, ógildingu tilboðs, valfrjáls tilboð, innlausnarrétt, skyldur stjórnar, yfirtökuvarnir og eftirlit með yfirtökureglum.

1. ALMENNT UM YFIRTÖKU

Hugtakið yfirtaka er sem slíkt ekki skilgreint í sérstaklega í lögum. Í daglegu máli merkir orðið að taka yfir eða komast yfir eitthvað, eftir atvikum sem annar hefur verið með.² Hugtakið hefur ákveðna merkingu í lögum nr. 108/2007 um verðbréfaviðskipti (hér eftir vskl.) og má ráða efnisinntak þess af X. kafla laganna sem ber heitið yfirtaka. Efnislega felur hugtakið í sér að þegar aðili, einn eða í samvinnu við aðra, i) öðlast yfirråd í skráðu hlutafélagi eða ii) hefur í hyggju að gera eigendum félags tilboð um kaup á hlutum þeirra með það að markmiði að ná yfirrådum í félaginu, sé honum skylt að birta yfirtökutilboð í samræmi við reglur X. og XI. kafla vskl. Í fyrra tilvikinu er um svokallað skyldutilboð að ræða en í síðara er um valfrjálst tilboð að ræða.³

Það var fyrst með lögum nr. 34/1998

1 Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind 2. Kaupmannahöfn 2008, bls. 257. Víkið er að þessum verndarhagsmunum í 9. tl. inngangs yfirtökutílskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/25/EB og í 1. mgr. 5. gr. hennar.

2 Árni Böðvarsson. Íslensk orðabók. Reykjavík 1979, bls. 810.

3 Hugtakið yfirtaka er ekki skilgreint í yfirtökutílskipunar Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/25/EB, en hugtakið

„yfirtökutilboð“ eða „tilboð“ er skilgreint á eftirfarandi leið í a) lið 1. mgr. 2. gr. tilskipunarinnar: „opinbert tilboð (annað en það sem félagið, sem tilboðið tekur til, gerir sjálf), sem gert er eigendum verðbréfa félags, um að kaupa öll eða nokkur þessara verðbréfa, hvort sem það er skylduboðið eða valfrjálst, og kemur í kjölfar eða hefur að markmiði að ná yfirrådum í félaginu, sem tilboðið tekur til, í samræmi við landslög.“

um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarkaða sem sett voru í lög ákvæði um yfirtöku en þau lög voru felld úr gildi við setningu laga nr. 110/2007 um kauphallir sem tóku gildi 1. nóvember 2007. Ákvæðin um yfirtöku voru færð úr lögum nr. 34/1998 yfir í lög um verðbréfavíðskipti við gildistöku laga nr. 33/2003 þann 1. júlí 2003 en samhliða var reglugerð nr. 423/1999 um yfirtökutilboð sem ráðherra hafði sett á grundvelli laga nr. 34/1998 felld niður. Rétt þótti að lögfesta reglur um yfirtökur í heild sinni og var því þar með horfið frá því fyrirkomulagi að hafa reglurnar að hluta til í reglugerð. Ákvæði um yfirtökur er nú að finna í X. og XI. kafla vskl. Framað gildistöku laga nr. 34/1998 var ekki að finna nein ákvæði í lögum um yfirtöku. Fram að þeim tíma var eingöngu að finna ákvæði um innlausnarrétt- og skyldu í hlutafélögum, sbr. nú 24-26. gr. laga nr. 2/1995. Samkvæmt 24. gr. laga nr. 2/1995 getur hluthafi sem á meira en 9/10 hlutfjár í félagi og fer með sambærilegan hluta atkvæðisréttar þannig ákveðið í sameiningu með stjórn viðkomandi félags að aðrir hluthafar skuli sæta innlausn á hlutum sínum. Á sama hátt geta hluthafar sem fara með minnihluta við slíkar aðstæður krafist þess að sá hluthafi sem fer með meira en 9/10 hlutfjár og atkvæðisréttar innleysi hluti þeirra, sbr. 25. gr. laga nr. 2/1995. Náist ekki samkomulag um verð skulu dómkvaddir matsmenn meta verðmæti hluta sem sæta skulu innlausn, sbr. 2. mgr. 24. gr. laga nr. 2/1995 og 4. mgr. 22. gr. sömu laga. Síðastnefnd ákvæði gilda um hlutafélög, hvort sem hlutir í þeim hafa verið teknir til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði eða ekki. Eins og síðar verður rakið gilda hins vegar ákvæði X. kafla vskl um yfirtöku eingöngu um hluti sem teknir hafa verið til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði. Sambærileg ákvæði um innlausnarrétt- og skyldu er að finna í lögum um einkahlutafélög, sbr. 16-18. gr. laga nr.

138/1994 um einkahlutafélög. Munurinn á innlausn og yfirtöku felst einkum í því að innlausn getur farið fram algerlega óháð vilja þess aðila sem innlausn beinist að. Þegar um yfirtöku er að ræða í skilningi X. kafla vskl., er það hins vegar háð vilja viðkomandi tilboðshafa hvort hann samþykkir tilboðið eða ekki. Það er fyrst ef sá sem setur fram yfirtökutilboð hefur öðlast meira en 9/10 hlutfjár í viðkomandi félagi sem hann getur beitt innlausnarrétti gagnvart þeim aðilum sem hafa kosið að samþykkja ekki viðkomandi yfirtökutilboð og þannig þvingað þá til að framselja viðkomandi eignarhluti, sbr. 1. mgr. 110. gr. vskl.

Umtalsverðar breytingar voru gerðar á reglum um yfirtökur hér á landi við setningu laga nr. 31/2005, um breytingu á lögum nr. 33/2003, sem tóku gildi þann 1. júlí 2005. Við setningu síðastnefndra laga var yfirtökutílskipun Evrópuþingsins og ráðsins nr. 2004/25/EB⁴ innleidd í íslensk lög (hér eftir yfirtökutílskipunin). Mikil ósamstaða hafði verið innan Evrópusambandsins um yfirtökureglur fram til þess tíma sem yfirtökutílskipunin var samþykkt. Ósamstaðan átti einkum rætur sínar að rekja til ólíkra löggjafar og menningar á sviði félagaréttalöggjafar aðildarríkjanna. Þegar tílskipunin var loks samþykkt árið 2004 voru liðin 30 ár frá því fyrstu drög að tílskipun um yfirtökur, sem samin voru af breska prófessornum Robert Pennington, höfðu verið til umræðu innan Evrópusambandsins. Af hálfu Evrópusambandsins var litíð svo á að nauðsynlegt væri að settar yrðu samræmdar reglur innan aðildarríkjanna Evrópusambandsins um yfirtökur til að styðja við ákvæði Rómarsáttmálans frá 1957 um frjálst flæði fjármagns milli ríkja á innri markaðnum. Ósamræmdar reglur um yfirtökur milli aðildarríkjanna sambandsins höfðu eðli máls samkvæmt hindrandi áhrif á frjálst flæði fjármagns og var markmiðið að

bæta úr því. Drögin sem Robert Pennington samdi árið 1974 fengu ekki hljómgrunn. Næstu drög að tilskipun um yfirtökur litu dagsins ljós árið 1989 en þar var um að ræða umfangsmikið regluverk sem ekki fékk heldur hljómgrunn. Þriðja uppkastið var lagt fram árið 1990 og það fjórða árið 1996 sem átti að verða rammatilskipun og leit lengi út fyrir að yrði samþykkt. Við atkvæðagreiðslu í Evrópuþinginu í júlí 2001 var tilskipunin hins vegar vegar felld með jöfnum atkvæðum, 273 atkvæði með og 273 á móti. Framkvæmdastjórnin skipaði þá sérstaka nefnd sérfræðinga í félagarétti (e. high level group of company law experts) undir formennsku prófessors Jaap Winter og skilaði nefndin skýrslu árið 2001 sem mótaði grundvöllinn að yfirtökutílskipuninni sem var samþykkt þann 21. apríl 2004.⁵ Síðastnefnd tilskipun var eins og fyrr segir innleidd með lögum nr. 31/2005, þótt öll ákvæði hennar væru ekki tekin upp í lögina eins og nánar verður vikið að síðar. Tilskipunin er lágmarkstilskipun og geta aðildarríkin því innleitt strangari reglur en þar er kveðið á um, sbr. b. lið 2. mgr. 3. gr. tilskipunarinnar.

Á sama tíma og lög nr. 31/2005 tóku gildi var Yfirtökunefnd sett á laggirnar. Stofnaðilar hennar voru Kauphöll Íslands hf. (NASDAQ-OMX á Íslandi), Eignarhaldsfélag hlutafélaga ehf. (félag skráðra hlutafélaga), Fjármálaeftirlitið, Eignarhaldsfélag lífeyris-sjóða um verðbréfaþing ehf., Samtök banka og verðbréfafyrirtækja (nú Samtök Fjármálafyrirtækja), Samtök fjárfesta, Seðlabanki Íslands, Verslunarráð Íslands (nú Viðskiptaráð) og viðskiptaráðuneytið. Má segja að starfsemi þessarar nefndar hafi verið ákveðið tilraunaverkefni af hálfu

markaðsaðila og var markaður reynslutími til þriggja ára. Nefndin starfaði ekki á grundvelli laga og var aðilum einstakra mála sem tekin voru fyrir hjá nefndinni því hvorki skylt að afhenda nefndinni gögn eða gefa henni upplýsingar né fara eftir niðurstöðum hennar. Nefndin var lögð niður í lok júní 2008 og hefur ekki enn verið endurvakin. Á þessu tímabili komu fjölmörg mál til skoðunar hjá nefndinni og gaf hún út fjölmörg álit þar sem reyndi á túlkun reglna um yfirtökur.

Við gildistöku laga nr. 22/2009 urðu nokkrar þýðingarmiklar breytingar á reglum vskl. um yfirtökur eins og fyrr segir. Þýðingarmestu breytingarnar voru þær að yfirtökuþröskuldur var færður úr 40% niður í 30%, gildissviði reglnanna breytt og reglur um löglíkur á samstarfi gerðar ítarlegri. Í frumvarpi til laganna kemur fram að reynslan hefði leitt í ljós að reglurnar hefðu skapað ákveðna réttaróvissu sem nauðsynlegt væri að bregðast við.⁶ Er þar einkum verið að vísa til erfiðleika eftirlitsaðila í framkvæmd eldri laga við sönnun á því hvenær samstarf væri milli aðila sem ætti að leiða til tilboðsskyldu. Nefndin sem var skipuð til að semja frumvarpið átti jafnframt að gera tillögur að innleiðingu á ógildingarreglu yfirtökutílskipunarinnar, en nefndin komst að þeirri niðurstöðu að ekki væri þörf á að innleiða hana.

2. GILDISSVIÐ REGLNA UM YFIRTÖKU

Ákvæði vskl. um yfirtökur ná eingöngu til skráðra félaga. Með því er átt við félög (útgefendur) sem hafa fengið verðbréf tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði, sbr. 2. mgr. 99. gr. vskl.⁷ Reglurnar gilda

⁵ Jaap Winter o.fl. „Report of the high level group of company law experts on issues related to takeover bids.“ Brussel 2002. Bls. 38-39. Hægt er að nálgast skýrsluna á eftirfarandi netslóð: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/takeoverbids/2002-01-hlg-report_en.pdf (sótt í febrúar 2009).

⁶ Alþt. 2008-2009, þskj. 53. Almennar athugasemdir við frumvarpið.

⁷ Hugtakið skipulegur verðbréfamarkaður er skilgreint í 2. t. l. 2. gr. laga um kauphallir nr. 110/2007 og um töku fjármálalagerninga til viðskipta í V. kafla sömu laga.

því ekki um félög sem verslað er með á markaðstorgi fyrir fjármálagerninga (MTF) eða óskráð félög.

Gildissvið reglnanna nær ekki til allra fjármálagerninga eins og þeir eru skilgreindir í 2. tl. 1. mgr. 2. gr. vskl. sem útgefendur hafa fengið tekna til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði.⁸ Samkvæmt 1. mgr. 99. gr. vskl. ná ákvæði kaflans þannig eingöngu til verðbréfa sem atkvæðisréttur fylgir. Algengast er að hér sé um hlutabréf að ræða þótt fræðilega séð sé hugsanlegt að atkvæðisréttur í félagi sé tengdur við aðra tegund verðbréfa eins og það hugtak er skilgreint í a. lið 2. tl. 1. mgr. 2. gr. vskl.⁹ Hafi skuldabréf hlutafélags til dæmis verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði, en ekki hlutabréf þess, myndu yfirtökureglur vskl. þannig ekki gilda um viðkomandi félag. Þegar um hlutafélag er að ræða er með atkvæðisrétti átt við rétt hluthafa til að greiða atkvæði á hluthafafundi og hafa þannig áhrif á ákvarðanatöku innan viðkomandi félags.¹⁰ Eðli máls samkvæmt er atkvæðisréttur meðal veigamestu réttinda hluthafa í hlutafélagi og verður yfírráðum ekki náð í félagi í skilningi X. kafla vskl. án þess að viðkomandi aðili, einn eða í samstarfi við aðra, ráði yfir fullnægjandi magni atkvæðisréttar. Af þessum sökum er það gert að skilyrði til þess að reglurnar um yfirtöku gildi að atkvæðisréttur fylgi þeim verðbréfum sem tekin hafa verið til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði. Samkvæmt 1. mgr. 82. gr. laga nr. 2/1995 um

hlutafélög má ákveða í félagssamþykktum hlutafélags að tilteknir hlutir þess séu án atkvæðisréttar. Hafi hlutabréfaflokkur sem er samkvæmt þessu án atkvæðisréttar eingöngu verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði, myndu reglur X. kafla vskl. um yfirtöku ekki gilda um viðskipti með hluti í félaginu.

Gildissvið yfirtökureglna X. kafla vskl. nær til verðbréfa, jafnvel þótt nýting atkvæðisréttarinn falli niður, sbr. 1. mgr. 99. gr. vskl. Samkvæmt 5. tl. 9. gr. laga um hlutafélög nr. 2/1995 skal kveða á um atkvæðisrétt í samþykktum hlutafélagi. Ef atkvæðisréttur fylgir hlutabréfi samkvæmt félagssamþykktum telst viðkomandi hlutabréf þannig vera verðbréf í skilningi X. kafla vskl., jafnvel þótt atkvæðisrétturinn hafi fallið niður vegna sérstakra aðstæðna. Atkvæðisrétturinn getur til dæmis fallið niður við þær aðstæður að viðkomandi félag kaupir eigin hluti, en atkvæðisréttur fellur niður við þær aðstæður, sbr. 3. mgr. 82. gr. laga nr. 2/1995. Hið sama gildir ef verðbréf er varðveitt á safnreikningi hjá fjármálafyrirtæki, sbr. 12. gr. vskl. Samkvæmt 11. gr. reglugerðar nr. 706/2008 um safnskráningu og varðveislu fjármálagerninga á safnreikningi fylgir atkvæðisréttur ekki hlutum sem eru varðveittir á safnreikningi, en reglugerð þessi er sett með stofð í 8. tl. 1. mgr. 26. gr. vskl.¹¹ Á þetta gæti einnig reynt ef í félagssamþykktum hefur verið kveðið á um takmörk á atkvæðisrétti, sbr. 2. mgr. 82. gr.

8 Um hugtakið fjármálagerningur sjá Aðalsteinn E. Jónasson. „Hvað er fjármálagerningur? Þýðingarmesta hugtak laga um verðbréfavíðskipti“. Tímarit lögræðinga, 1. hefti 2008, bls. 53-78.

9 Fyrir gildistöku laga nr. 22/2009 náði gildissvið reglna um yfirtöku eingöngu til hlutafélaga sem fengið höfðu einn eða fleiri flokka hlutabréfa tekna til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði. Samkvæmt þessu náði gildissvið eldri laga um yfirtöku ekki til útgefenda sem höfðu fengið aðra tegund verðbréfa en hlutabréf tekin til viðskipta, jafnvel þótt atkvæðisréttur fylgdi slíkum bréfum. Var breytingin sem gerð var með síðastnefndum lögum í samræmi við yfirtökutílskipun Evrópusambandsins, en ákvæði hennar ná til allra framseljanlegra verðbréfa sem atkvæðisréttur fylgir, sbr. e. liður 1. mgr. 2. gr. tílskipunarinnar. Tílskipunin gerir

þó ráð fyrir því að aðildarríkin hafi svigrúm til að ákveða að reglur um yfirtöku ná einnig til þess þegar um yfirtöku er að ræða á verðbréfum sem ekki njóta atkvæðisréttar, sbr. 11. tl. inngangsorða tílskipunarinnar in fine. Um eldri rétt sjá Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga. Reykjavík 2008, bls. 194-195 og Jóhannes Sigurðsson og Þórolfur Jónsson. Verðbréfamarkaðsréttur. Reykjavík 2004, bls. 375-377.

10 Stefán Már Stefánsson. Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir. Reykjavík 2006, bls. 289.

11 Í frumvarpi sem var að lögum nr. 22/2009 segir að með orðalaginu „jafnvel þótt nýting hans falli niður“ sé meðal annars verið að vísa til eigin hluta félags og verðbréfa sem eru geymd á safnreikningum. Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 1. mgr. 1. gr. frumvarpsins.

laga nr. 2/1995. Þannig gæti til dæmis verið kveðið á um það að enginn einn hluthafi, og eftir atvikum tengdir aðilar, geti farið með meira en 10% af atkvæðisrétti félags. Þótt einn hluthafi eigi 20% af hlutfé viðkomandi félags, myndu þeir hlutir sem eru umfram 10% engu að síður teljast vera verðbréf í skilningi l. mgr. 99. gr. vskl. Sama gildir ef samningur er gerður um bann við nýtingu atkvæðisréttar, tímabundið eða eftir atvikum ótímabundið.

Samkvæmt l. mgr. 99. gr. vskl. falla jafnframt fjármálagerningar sem veita rétt til að afla þegar útgefinna verðbréfa, sem atkvæðisréttur fylgir, undir hugtakið verðbréf í X. kafla vskl. Er hér meðal annars verið að vísa til kaupréttarsamninga og heimildarskirteina fyrir hlut (e. depository receipts).¹²

Við skoðun á gildissviði reglna um yfirtöku verður auk ofangreinds að horfa til þess hvar viðkomandi félag hefur skráðar höfuðstöðvar og hvar verðbréf þess hafa verið tekin til viðskipta. Að þessu er vikið í 99. gr. vskl., en hér að neðan er vikið að því hvort og þá að hvaða marki ákvæði laganna gilda um viðkomandi félag:

1. Félag með skráðar höfuðstöðvar á Íslandi og verðbréf sem tekin hafa verið til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði á Íslandi

Við þessar aðstæður gilda öll ákvæði X. kafla vskl. um yfirtökutilboð, sbr. 2. mgr. 99. gr. vskl. Það skiptir ekki máli þótt verðbréf viðkomandi félags hafi jafnframt verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði annars staðar.

Sama regla gildir ef félag er með skráðar höfuðstöðvar utan hins Evrópska efnahagssvæðis, ef bréf þess hafa verið tekin til viðskipta á skráðum verðbréfamarkaði hér á landi, en hvergi annars staðar, sbr. 6. mgr. 99. gr. vskl.

2. Félag með skráðar höfuðstöðvar á Íslandi en verðbréf þess hafa verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði annars staðar

Hér þarf að greina á milli þess hvort verðbréf viðkomandi félags hafa verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði innan eða utan hins Evrópska efnahagssvæðis. Ákvæði X. kafla gilda ekki um félag sem hafa verið tekin til viðskipta utan þessa svæðis, sbr. 3. mgr. 99. gr. in fine. Ef hlutabréf félags myndu þannig til dæmis hafa verið tekin til viðskipta í New York Stock Exchange í Bandaríkjunum myndu reglur vskl. um yfirtökur ekki gilda um viðkomandi félag, þótt það hefði skráðar höfuðstöðvar hér á landi.

Ef verðbréf viðkomandi félags hafa verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði innan hins Evrópska efnahagssvæðis gilda sum ákvæði X. kafla vskl. um yfirtökuna en önnur ekki. Þetta myndi til dæmis eiga við um félag með skráðar höfuðstöðvar hér á landi en með verðbréf skráð á skipulegum verðbréfamarkaði í Danmörku eða Bretlandi. Þau ákvæði kaflans sem lúta að i) hagsmunamálum starfsmanna, ii) félagarétti og iii) yfirtökuvörnum stjórnar gilda en ekki önnur ákvæði kaflans. Er þetta í samræmi við yfirtökutilskipunina sem byggir á því að ákvæði um síðastnefnt skuli lúta löggjöf viðkomandi heimaríkis, þótt verðbréf félags hafi verið tekin til viðskipta annars staðar, sbr. e. liður 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar. Ákvæði 5. mgr. 104. gr. vskl. um upplýsingar sem skulu veittar starfsmönnum gilda þannig um yfirtökuna. Í þessu felst að stjórn viðkomandi félags myndi meðal annars þurfa að gera grein fyrir hvaða áhrif hún teldi fyrirhugaða yfirtöku hafa á starfsmenn félagsins og birta álit fulltrúa starfsmanna um slík áhrif með greinargerð sinni, hafi henni borist það álit

¹² Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við l. mgr. 1. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 22/2009.

tímanlega. Sama gildir um þau ákvæði X. kafla sem tengjast félagarétti¹³ og um heimild stjórnar til að grípa til varnaðarúrræða gegn yfirtöku. Sjá um þetta 1-2. ml. 3. mgr. 99. gr. vskl. Í þessu felst að ákvæði 100. gr. um það hvenær yfirráð teljast liggja fyrir og ákvæði um undanþágur frá tilboðsskyldu myndu gilda um yfirtöku í viðkomandi félagi, þótt verðbréf þess hefðu ekki verið tekin til viðskipta hér á landi. Á sama hátt myndi 104. gr. vskl. gilda um heimildir stjórnar til að grípa til yfirtökuvarna.

3. Félag með skráðar höfuðstöðvar annars staðar en á Íslandi en verðbréf þess hafa verið tekin til viðskipta hér á landi

Greina þarf á milli þeirrar aðstöðu þegar félag er með skráðar höfuðstöðvar innan hins Evrópska efnahagssvæðis og utan þess. Í síðara tilvikinu gilda eins og fyrr segir ákvæði X. kafla vskl. í heild sinni, ef verðbréf viðkomandi útgefanda hafa eingöngu verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði hér á landi. Hafi bréfin hins vegar jafnframt verið tekin til viðskipta annars staðar gilda eingöngu þau ákvæði X. kafla vskl. sem fjalla um endurgjald þegar um skyldubundið yfirtökutilboð er að ræða sem og ákvæðin um málsmeðferð tilboðs, sbr. 7. mgr. 99. gr. vskl.¹⁴ Yfirtökutilskipunin fjallar ekkert um þessar aðstæður heldur var aðildarríkjunum látið eftir að ákveða hvort og þá að hvaða marki yfirtökureglur þess tækju til þessara aðstæðna.¹⁵

Í 4-5. mgr. 99. gr. vskl. er fjallað um

félög með skráðar höfuðstöðvar innan hins Evrópska efnahagssvæðis með verðbréf sem hafa verið tekin til viðskipta á Íslandi. Hafi verðbréf í viðkomandi félagi eingöngu verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði hér á landi, gilda eingöngu ákvæði vskl. um endurgjald þegar um skyldubundið yfirtökutilboð er að ræða sem og reglur um málsmeðferð, sbr. fyrri umfjöllun. Reglur heimaríkisins gilda þá um i) hagsmunamál starfsmanna, ii) félagaréttarleg málefni og iii) yfirtökuvarnir stjórnar, sbr. 4. mgr. 99. gr. vskl. Ef verðbréf viðkomandi félags eru jafnframt skráð á öðrum skipulegum verðbréfamarkaði innan hins Evrópska efnahagssvæðis, en samt utan heimaríkis félags, gilda ákvæði X. kafla ekki um yfirtöku í félaginu ef skráning þar hefur átt sér stað fyrr. Eigi skráningin sér stað samtímis, verður viðkomandi útgefandi hins vegar að ákveða reglur hvor ríkis skuli gilda og tilkynna það til viðkomandi markaðar og lögbærs yfirvalds, áður en viðskipti hefjast, sbr. 5. mgr. 99. gr. vskl.

3. TILBOÐSSKYLDA

3.1. Almennt

Eins og fyrr segir er greint á milli þeirrar aðstöðu í X. kafla vskl. þegar aðili, einn eða með öðrum, er skyldugur til að gera yfirtökutilboð og þegar hann eða þeir ákveða sjálfviljugir að gera slíkt tilboð. Í fyrra tilvikinu er talað um skyldutilboð eða skyldubundið yfirtökutilboð en í síðara

13 Orðalagidi „tengjast félagarétti“ er notað í lagatexta 3. mgr. 99. gr. vskl., en af athugasemdum í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009 er nánar tilgreint að þarna sé einkum átt við „hvað skuli teljast yfirráð og hvers kyns undanþágur frá skyldu til að gera yfirtökutilboð.“ Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir með 1. gr. frumvarpsins. Þetta orðalag er nokkuð ónákvæmt og færir óhjákvæmilega betur á því að vísa beint í þau lagaákvæði kaflans sem eiga að gilda við þessar aðstæður.

14 Lagatextinn ber ekki skýrt með sér hvaða ákvæði þetta eru nákvæmlega sem eiga að gilda og eru ummæli í athugasemdum í greinargerð með frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009 ekki skýr um þetta. Betur hefði farið á því að vísa

til þeirra ákvæði sem hér er átt við, til að eyða allri óvissu um þetta. Hér verður að ætla að í öllu falli sé átt við 103. gr. um skilmála tilboðs. Ákvæði 102. gr. og 105-109. gr. vskl. fjalla öll um málsmeðferð tilboðs og koma því til álita sem og ákvæði XI. kafla um efni og opinbera birtingu tilboðsyrirlits. Í yfirtökutilskipuninni er varðandi reglur um málsmeðferð vísað til reglna um upplýsingar um ákvörðun tilboðsgjafa um að gera yfirtökutilboð, efni tilboðsyrirlits og opinbera birtingu tilboðsins, sbr. e. liður 2. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar. Verður að túlka ákvæði 99. gr. vskl. til samræmis við tilskipunina, að því marki sem orðalag ákvæðisins býður uppá það.

15 Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 6-7. mgr. 1. gr. frumvarps sem varð að lögum nr. 22/2009.

tilvikinu um valfrjálst tilboð. Mikilvægt er að hafa í huga að þótt aðila sé skylt að gera yfirtökutilboð er þeim aðilum sem hann beinir tilboði sínu til ekki skylt að samþykkja það. Eins og fyrr segir er það fyrst þegar aðili sem gert hefur yfirtökutilboð öðlast meira en 9/10 hluta hlutafjár sem hann öðlast innlausnarrétt gagnvart öðrum hluthöfum, sbr. 1. mgr. 110. gr. vskl. Þá fyrst er hluthafa skylt að framselja eignarhlut sinn. Hluthafi sem ákveður að samþykkja ekki yfirtökutilboð getur hins vegar fræðilega séð staðið frammi fyrir því að verðbréf viðkomandi félags verði afkskráð með þeim afleiðingum að rekstur félagsins yrði ekki eins gagnsær og seljanleiki verðbréfa litill eða jafnvel enginn. Þar með gæti viðkomandi hluthafi lent í vandræðum með að selja verðbréfin eða eftir atvikum nota þau sem tryggingu þar sem verðmæti þeirra væri orðið óljóst vegna skorts á aðgengilegum viðvarandi upplýsingum um rekstur félagsins.

Í 100. gr. vskl. er fjallað um við hvaða aðstæður tilboðsskylda myndast. Samkvæmt 1. mgr. 100. gr. vskl. myndast tilboðsskylda við þær aðstæður að einstaklingur eða lögaðili, einn eða í samstarfi við aðra, öðlast beint eða óbeint yfirráð í viðkomandi félagi. Í 1. mgr. 100. gr. vskl. er hugtakið yfirráð skilgreint en í 2-3. mgr. 100. gr. er fjallað um það hvenær leggja megi til grundvallar að samstarf sé milli aðila um yfirráð í félagi. Eins og nánar verður rakið síðar getur oft á tíðum verið mjög erfitt að skilgreina í framkvæmd hvenær samstarf liggur fyrir vegna flókinna eigna- og stjórnunartengsla hluthafa. Af þeim sökum ákvað löggjafinn að skilgreina nánar tilteknar aðstæður sem eru taldar veita löglíkur á samstarfi aðila, sbr. 3. mgr. 100. gr. vskl. sem nánar verður vikið að síðar.

3.2. Yfirráð

3.2.1. Almenn um yfirráð

Stærsta viðfangsefnið við mat á því hvort tilboðsskylda liggja fyrir er samkvæmt ofangreindu að átta sig á því hvenær yfirráð liggja fyrir í skilningi 100. gr. vskl. Rétt er að geta þess að hugtakið yfirráð er ekki eingöngu notað í vskl. Þetta hugtak er víða notað í löggjöf á sviði félagaréttar eins og til dæmis í 3. mgr. 2. gr. laga um hlutafélög nr. 2/1995 en samkvæmt því ákvæði telst félag vera dótturfélag félags sem fer með yfirráð í því. Í síðastnefndu ákvæði er gert ráð fyrir því að félag geti talist vera dótturfélag þótt viðkomandi félag fari ekki með meira en 50% atkvæðisrétt í því, sbr. 1. mgr. 2. gr. sömu laga. Ekki er hins vegar skilgreint í ákvæðinu hversu hátt hlutfall atkvæðisréttar dugi til að hægt sé að leggja til grundvallar að um yfirráð sé að ræða. Ákvæði í hluthafasamningum hafa til dæmis verið talin geta leitt til þess að aðilar verði taldir fara með yfirráð í skilningi þessa ákvæðis, þótt þeir fari með 50% eða minna af heildaratkvæðisfjölda í viðkomandi félagi.¹⁶ Hér má einnig nefna ákvæði laga um ársreikninga nr. 3/2006, sbr. 6. tl. 2. gr. laganna þar sem dótturfélag er skilgreint sem það félag sem er undir yfirráðum eins og þau eru skilgreind í 5. tl. 2. gr. sömu laga. Hugtakið er jafnframt notað í 2. mgr. 17. gr. samkeppnislaga nr. 44/2005 en samkvæmt því ákvæði telst aðili meðal annars fara með yfirráð í öðru félagi ef hann getur haft „afgerandi áhrif á fyrirtæki“, eins og nánar er útfært í ákvæðinu. Aðili, einn eða í samstarfi við aðra, getur þannig fallið undir hugtakið yfirráð þótt hann fari ekki með meira en 50% atkvæðisrétt í viðkomandi félagi.¹⁷ Að lokum er rétt að nefna hér 18. gr. og 40. gr. a. í lögum um fjármálafyrirtæki nr. 161/2002 þar

¹⁶ Sjá umfjöllun um þetta ákvæði Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga. Reykjavík 2008, bls. 78-82 og sami höfundur Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir, bls. 85.

¹⁷ Sjá umfjöllun um þetta ákvæði Halldór Karl Halldórsson. Sameiginleg yfirráð á grundvelli sameiginlegra hagsmuna; Hvar liggur línan? Tímarit Lögrétti, 3. hefti 2008, bls. 349-373. Sjá einnig Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga, bls. 164-167.

sem hugtakið náin tengsl er skilgreint en þar kemur hugtakið yfirráð einnig fyrir.

Útfærsla hugtaksins í ofangreindri löggjöf hefur afmarkaða merkingu og verður ekki yfirfærð beint á ákvæði vskl. um yfirtökur sem fela í sér sérákvæði á sviði verðbréfamarkaðsréttar. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að lagaákvæði þessi þjóna mismunandi réttarhagsmunum og byggja því á ólíkum undirstöðurökum.

Yfirtökutilskipunin gerir ráð fyrir því að félagaréttarlöggjöf heimarikis skuli útkljá hvenær yfirráð teljast vera fyrir hendi og hvenær ekki, sbr. 1 og 3. mgr. 5. gr. tilskipunarinnar. Ólík félagaréttarlöggjöf og ólík fyrirtækjamenning var ein meginástæða þess hversu illa gekk að ná samstöðu um tilskipun á þessu sviði innan Evrópusambandsins. Af þeim sökum er hugtakið yfirráð ekki skilgreint sérstaklega í tilskipuninni. Hefur þetta leitt til þess að mismunandi reglur gilda milli landa um þetta álitafni, þótt reglurnar séu þó vissulega sambærilegar milli margra aðildarríkja. Er þetta edlilegt með hliðsjón af þeirri staðreynd að samþjöppun á eignarhaldi félaga og innbyrðis eigna- og stjórnunartengsl eru ólík milli einstakra aðildarríkja en álitafnið um það hvort raunveruleg yfirráð liggja fyrir ræðst meðal annars af mati á þessu. Þessi staðreynd hefur óhjákvæmilega í för með sér að varhugavert getur verið að draga of víðtækar ályktanir af réttarframkvæmd annarra landa um virk yfirráð, nema löggjöf og aðstæður á markaði séu efnislega líkar. Mat á þessu verður annars að taka mið af aðstæðum á hverjum markaði fyrir sig.

3.2.2. Yfirráð á grundvelli atkvæðisréttar
Samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. liggja yfirráð fyrir þegar aðili og þeir sem hann telst vera í samstarfi við hafa „samanlagt

eignast a.m.k. 30% atkvæðisréttar í félaginu“. Í fyrstu lögum sem fjölluðu um tilboðsskyldu á Íslandi var yfirtökuþröskuldur miðaður við 50% atkvæðisrétt eða samsvarandi hluta hlutafjár, sbr. 1. tl. 1. mgr. 19. gr. eldri laga nr. 34/1998 um starfsemi kauphalla og skipulegra tilboðsmarka. Aðili gat þá orðið tilboðsskyldur ef hann átti 50% hlutafjár í viðkomandi félagi, þótt hann færi með atkvæðisrétt sem væri undir þeim mörkum. Þessu var breytt við gildistöku laga nr. 33/2003 þann 1. júlí 2005 og var þröskuldurinn þá færður niður í 40% atkvæðisrétt og fallið frá því að miða við samsvarandi hluta hlutafjár með vísan til þess að möguleikar til áhrifa tengdust atkvæðisrétti.¹⁸ Í upphaflegu frumvarpi til þeirra laga var miðað við 50% atkvæðisrétt sem yfirtökuþröskuldur, en að tillögu efnahags- og viðskiptanefndar var hlutfallið fært niður í 40% með þeim rökum að hluthafar væru í flestum tilvikum komnir með ráðandi hlut áður en þeir eignuðust 50% atkvæðisrétt. Í áliti nefndarinnar segir að 40% atkvæðisréttur gerði hluthöfum í flestum tilvikum kleift að hafa ráðandi áhrif á stjórnun félaga og jafnvel mætti leiða að því líkur að ráðandi áhrif skapist oftast við enn lægra hlutfall atkvæðisréttar. Þótt nefndin hafi lagt til að miða við 40% atkvæðisrétt taldi hún nauðsynlegt að taka það til gaumgæfilegrar skoðunar hvort ekki væri ástæða til að lækka hlutfallið enn meira.¹⁹ Við gildistöku laga nr. 22/2009, til breytinga á vskl., var yfirtökuþröskuldurinn færður niður í 30%. Í almennum athugasemdum sem fylgdu frumvarpi sem varð að þeim lögum er tekið fram að Ísland hefði verið eitt örfárna landa þar sem yfirtökumörk væru hærri en 33%. Nefndin sem var skipuð til að gera tillögur að breytingum á reglum vskl. um yfirtökur lét meðal annars gera hagfræðilega úttekt á þróun eignarhalds hlutfjár hér á landi og hvort sjá mætti áhrif

¹⁸ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1566.

¹⁹ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 4884.

Þess að í mörgum félögum væru margir hlutir í eigu sömu aðila eða tendra aðila. Úttektin leiddi í ljós að í 11 af 20 stærstu félögum sem þá höfðu verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði hér á landi færi einstakur hluthafi, einstaklingar eða félag, með 25% atkvæðisréttar eða meira og þar af sjö aðilar með meira en 33 1/3% atkvæðisrétt. Í úttektinni kom auk þess fram að umtalsverð tengsl væru milli fyrrgreindra 20 félaga. Minnihluti nefndarinnar dró þá ályktun af þessum niðurstöðum að minnihlutavernd hefði verið ófullnægjandi samkvæmt eldri lögum og nauðsynlegt væri að bæta úr því með því að lækka yfirtökuþröskuldinn. Lagði minnihlutinn til að þröskuldurinn yrði færður niður í 33%. Meiri hluti nefndarinnar taldi hins vegar ekki ástæðu til að gera breytingar á þessum mörkum þótt frumvarpið hefði verið lagt fram miðað við 33% yfirtökuþröskuld.²⁰ Viðskiptanefnd gerði síðan að tillögu sinni að þröskuldurinn yrði færður niður í 30% með vísan til þess að slík breyting myndi veita frekari vernd fyrir minnihluta eigendur og stuðla að dreifðari eignaraðild. Þá taldi nefndin slíka breytingu stuðla að „minni hættu á hagsmunaaðreksstrum og auknu rekstraröruggi“.²¹

Nokkuð misjafnt er milli landa hver yfirtökuþröskuldurinn er. Í Noregi er miðað við að aðili fari yfir 1/3 hluta atkvæðisréttar, sbr. 1. mgr. í grein 6-1 í norsku verðbréfavíðskiptalögum nr. 75/2007. Í Svíþjóð er miðað við að aðili fari yfir 30% atkvæðisrétt og gildir sama regla í Finnlandi.²² Í Bretlandi er miðað við að aðili nái eða fari yfir 30%, sbr. a) liður í grein 9.1. í bresku yfirtökureglum (e. Take Over Code). Í Danmörku er þröskuldurinn tvíþættur. Ef atkvæðisréttur fer umfram 50% myndast sjálfkrafa tilboðsskylda, en auk

þess myndast tilboðsskylda þegar hluthafi fer með meira en 1/3 atkvæðisrétt ef hann, eða aðilar sem hann er í samstarfi með, telst hafa ákvarðandi áhrif innan viðkomandi félags (d. bestemmende inflydelse), sbr. 1 og 5. tl. 1. mgr. 31. gr. dönsku verðbréfavíðskiptalaganna nr. 214/2008. Er þá talað um að aðili fari með raunveruleg yferráð (d. faktisk kontrol), þótt viðkomandi fari ekki með formleg yferráð í skjóli meirihluta atkvæðisréttar.²³

Eðli máls samkvæmt miðast tilboðsskylda við atkvæðisrétt en ekki eignarhald á hlutum, því það er ekki sjálfgefið að atkvæðisréttur fylgi öllum eignarhlutum í félagi, sbr. 1. mgr. 82. gr. laga nr. 2/1995 að því er varðar hlutafélag. Samkvæmt þessu teljast yferráð sjálfkrafa liggja fyrir þegar aðili, einn eða í samstarfi við aðra, eignast 30% atkvæðisrétt í félaginu eða meira. Engu máli skiptir hvort viðkomandi aðili fer með raunveruleg yferráð ef þessum mörkum er náð. Eins og sjá má af orðalaginu skiptir engu máli hvernig viðkomandi aðili eða þeir sem hann er í samstarfi við hafa eignast 30% atkvæðisrétt. Undir þetta falla allar tegundir eignaframsals, hvort sem um framsal í lifanda lífi er að ræða eða ekki. Þannig verður tilboðsskylda virk ef aðili eignast ofangreint hlutfall atkvæðisréttar við kaup, skipti, gjafagerning, við hækkan eða lækkan hlutafjár eða samruna. Hið sama gildir ef aðili eignast atkvæðisrétt fyrir erfðir, dánargjöf, við skipti á dánarbúi/ þrotabúi eða við skilnað, við nauðungarsölu vegna fullnustugerða eða við innlausn, fari hann yfir fyrrgreind mörk. Orðalagið „eignast“ felur hins vegar óhjákvæmilega í sér að hér sé eingöngu átt við eignaframsal. Annars konar framsal, eins og til dæmis framsal til tryggingar eða lán á atkvæðisrétti falla samkvæmt þessu ekki undir 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Ef framsali af síðastnefndum

20 Alþt. 2008-2009, A-deild, almennar athugasemdir og athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

21 Alþt. 2008-2009, A-deild. Álit viðskiptanefndar, þskj. nr. 690.

22 Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen. Børsretten II. Kaupmannahöfn 2008, bls. 272.

23 Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind II, bls. 268-269 og Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen. Børsretten II, bls. 268-273.

toga fylgir hins vegar réttur til að ráða yfir atkvæðisréttinum, kynni viðkomandi aðili hins vegar að verða tilbodsskyldur á grundvelli 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl., en nánar verður fjallað um þetta ákvæði síðar.

Í sumum löndum myndast tilbodsskylda eingöngu þegar aðili öðlast yfirráð í kjölfar framsals sem báðir aðilar hafa gengið til að eigin frumkvæði. Öðlist aðili þannig formleg yfirráð á grundvelli erfða, gjafagernings eða fullnustugerða skuldheimtumanna verður hann ekki tilbodsskyldur. Sama gildir ef slík yfirráð myndast í kjölfar lækkunar hlutafjár og við samruna. Byggir slík regla á því að óeðlilegt sé að aðili geti orðið tilbodsskyldur án þess að hann hafi aðhafst neitt sjálfur. Eru hagsmunir þess aðila sem kann að verða tilbodsskyldur við þessar aðstæður þá metnir ríkari en hagsmunir minnihlutans í viðkomandi félagi á því að tilbodsskylda myndist. Þannig er réttarstaðan til dæmis í Danmörku og Noregi.²⁴ Í gildistíð eldri laga var gerð sérstök undanþága frá reglum um tilbodsskyldu þegar atkvæðisréttur fór yfir yfirtökumörkin²⁵ við eigendaskipti vegna erfða, gjafagernings eða fullnustuaðgerða vedhafa eða eigendaskipti innan félagasamstæðu, sbr. 2. mgr. 32. gr. eldri laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Að þessu leyti var íslensk löggjöf sambærileg danskri og norski löggjöf. Þessi undanþága

var hins vegar felld niður við gildistöku laga nr. 31/2005 þann 1. júlí 2005, til breytinga á lögum nr. 33/2003. Í frumvarpi sem varð að þeim lögum var gefin sú skýring á þessu að óeðlilegt þætti að um sjálfkrafa undanþágu væri að ræða við þessar aðstæður. Þar er þó tekið fram að rétt sé að gera greinarmun á aðilaskiptum sem báðir aðilar ganga til að eigin frumkvæði annars vegar og erfðum og aðgerðum skuldheimtumanna hins vegar þar sem annars gæti þessum aðilum reynst ómögulegt að hlúa að lögmætum hagsmunum sínum ef þeir yrðu sjálfkrafa yfirtökuskyldir. Til að koma til móts við hugsanlega vandkvæði sem kynnu að koma upp af þessum toga er í frumvarpinu vísað til þess að Fjármálaeftirlitinu væri þá heimilt að veita undanþágu frá tilbodsskyldu, meðal annars vegna aðstæðna sem þessara.²⁶ Þótti þannig eðlilegra að láta það í hendurnar á Fjármálaeftirlitinu að meta í hvert og eitt skipti hvort aðstæður væru þess eðlis að eðlilegt væri að veita undanþágu frá tilbodsskyldu í stað þess að skilgreina tiltekna undanþágur í lögum, sbr. nú 5. mgr. 100. gr. vskl. sem nánar verður fjallað um síðar. Telja verður líklegt að Fjármálaeftirlitið muni að minnsta kosti veita tímabundna undanþágu frá tilbodsskyldu við aðstæður sem þessar, til að gefa viðkomandi aðila svigrúm til að selja

24 Í 1. mgr. 31. gr. dönsku verðbréfavíðskiptalaganna nr. 214/2008 er hugtakið framsal (d. overdragelse) útfært með þessum hætti í 4. tl. 2. gr. reglna danska Fjármálaeftirlitsins nr. 1228/2007 um yfirtökutilboð. Í síðastnefndu ákvæði eru aðilaskipti á grundvelli arfleifslu, gjafagernings, fullnustu skuldheimtumanna og innan sömu fyrirtækjasamstæðu sérstaklega tilgreind í dæmaskyni en opnað fyrir möguleikann á frekari tilvikum. Frekari tilvik hafa verið felld undir sambærilega reglu í réttarfrankvæmd, sbr. og grein 31. í leiðbeiningum danska Fjármálaeftirlitsins nr. 9134/2008 um síðastnefndar reglur. Sjá Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, bind 2, bls. 260-262. Reglurnar og leiðbeiningar með þeim má finna í Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, bind 1. Kaupmannahöfn 2008, bls. 348 og 359. Sjá einnig Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen. Børsretten II, bls. 261-263, Peer Schaumburg Müller og Erik Werlauf. Børs- og kapitalmarkedsret. Kaupmannahöfn 2008, bls. 419 og Jan Schans Christensen. Kapitelselskaber, aktie- og anpartsselskabsret. Kaupmannahöfn 2007, bls. 256.

Í 1. mgr. greinar 6-2 í norsku verðbréfavíðskiptalögum nr. 75/2007 eru skilgreindar sérstaklega undanþágur frá tilbodsskyldu þegar aðili hefur óðlast atkvæðisrétt á grundvelli arfleifslu, gjafagernings, skipti eða samruna. Eftirlitsaðili getur þó ákveðið samkvæmt 2. mgr. greinar 6-2 að yfirtökuskylda verði virk við þessar aðstæður. Eftirlitsaðila er auk þess veitt heimild til að veita undanþágur frá tilbodsskyldu við aðrar aðstæður, sbr. 3. mgr. greinar 6-2. Umfjöllun um efnislega samhljóða ákvæði eldri laga má sjá í Tor Bechmann, Knut Berge, Jan Bjørnsen, Per Anders Sæhle og Kjersti Tørgard Trøbråten. Verdipapirhandelsloven, kommentarutgave. Oslo 2002, bls. 272-282.

25 Yfirtökuskylda myndaðist á þeim tíma þegar aðili eignaðist 40% eða meira af atkvæðisrétti, sbr. 1. tl. 1. mgr. þágildandi 32. gr. laga nr. 33/2003.

26 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3685. Umfjöllun um undanþágur eldri laga er að finna í Jóhannes Sigurðsson og Þórlófur Jónsson. Verðbréfamarkaðsréttur. Reykjavík 2004, bls. 390-393.

sig niður fyrir mörk tilboðsskyldu.

Túlka verður hugtakið atkvæðisréttur í 100. gr. vskl. með hliðsjón af 1. mgr. 99. gr. vskl. sem fyrr er fjallað um. Við útreikning á hlutfalli atkvæðisréttar verður því að telja með alla hluti í viðkomandi félagi sem atkvæðisréttur fylgir samkvæmt samþykktum þess, jafnvel þótt nýting atkvæðisréttar hafi fallið niður af einhverjum ástæðum. Aðilar geta þannig ekki komið sér hjá tilboðsskyldu með því að falla frá heimild til nýtingar á atkvæðisrétti í samningi, séu þeir á annað borð eigendur hluta sem atkvæðisréttur fylgir. Ekki er hægt að skilja að atkvæðis- og eignarrétt með þeim hætti, enda býður önnur túlkun uppá misnotkun sem erfitt gæti verið fyrir eftirlitsaðila að hafa eftirlit með.

Ofangreind túlkun á hugtakinu atkvæðisréttur hefur í för með sér að telja verður eigin hluti hlutafélags með við útreikning á yfirtökuhlutfalli, þótt óheimilt sé að nýta atkvæðisrétt slíkra hluta samkvæmt 3. mgr. 82. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélag. Í dæmaskyni má nefna hluthafa sem á 29% eignarhlut í félagi sem á enga eigin hluti. Taki félagið síðar ákvörðun um að kaupa eigin hluti sem nemur 10% af heildarhlutafé, hefði slíkt í för með sér að atkvæðisréttur viðkomandi hluthafa myndi að efni til aukast úr 29% í 32,2% (29/90*100) á hluthafafundi þar sem enginn atkvæðisréttur fylgir eigin hlutum. Slíkur aðili yrði þrátt fyrir það ekki tilboðsskyldur. Ákvæði 1. mgr. 99. gr. vskl. um að með verðbréfi í skilningi X. kafla sé átt við verðbréf sem atkvæðisréttur fylgir, þótt nýting hans falli niður vegna sérstakra aðstæðna, kom fyrst í lög við setningu laga nr. 22/2009. Fram að þeim tíma var ekkert

sambærilegt ákvæði að finna í lögum. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 33/2003 og frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 var á hinn bóginn tekið sérstaklega fram að við útreikning á hlutfalli atkvæðisréttar ætti að telja eigin hluti með við útreikning á heildarhlutfalli atkvæðisréttar.²⁷ Fræðimenn hér á landi hafa jafnframt lagt þessa reglu til grundvallar, einkum með vísan til þessara heimilda.²⁸ Sama regla er talin gilda í Danmörku.²⁹ Samkvæmt framansögðu hefur það engin áhrif á útreikning heildarhlutfalls atkvæðisréttar samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. þótt nýting atkvæðisréttar einstakra hluta falli niður. Ef atkvæðisréttur fylgir viðkomandi hlutum samkvæmt samþykktum félags, verða þeir hlutir því taldir með við útreikning á fyrrgreindu hlutfalli. Hið sama gildir ef þak hefur verið sett á atkvæðisrétt einstakra hluthafa samkvæmt félagssamþykktum, sbr. 2. mgr. 82. gr. laga nr. 2/1995. Þrátt fyrir þessa niðurstöðu þarf að taka til sérstakrar skoðunar hvort tilboðsskylda kunni að myndast við þessar aðstæður á grundvelli 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl., en samkvæmt því ákvæði getur tilboðsskylda myndast ef aðili öðlast rétt til að tilnefna eða setja af meiri hluta stjórnar sem nánar verður fjallað um síðar. Ef illa er mætt á hluthafafund er þannig fræðilega hugsanlegt að hluthafi komist í þá stöðu á hluthafafundi þar sem kjósa á stjórn, að búa yfir nægilegu atkvæðismagni til að kjósa meirihluta stjórnar á fundinum. Ef aðili væri ekki í þessari stöðu ef félagið ætti enga eigin hluti, vaknar sú spurning hvort tilboðsskylda kunni að stofnast á grundvelli þessa ákvæðis. Nánar verður að þessu vikið síðar í tengslum við umfjöllun um 3. tl. 1.

²⁷ Alþt. 2002-2003, A-deild, bls. 1566 og Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3684.

²⁸ Jóhannes Sigurðsson og Þorólfur Jónsson. Verðbréfa- markaðsréttur, bls. 382. Jóhannes Sigurðsson. „Yfirtökuskylda“. Tímarit lögréttu, 1. hefti 2005, bls. 86. Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga, bls. 202. Er þessi niðurstaða einnig í samræmi við 3. mgr. 78. gr. vskl. sem fjallar um það hvenær

aðili verður flöggunarskyldur. Samkvæmt því ákvæði er atkvæðisréttur reiknaður út á grundvelli allra hluta sem atkvæðisréttur fylgir, jafnvel þótt nýting hans falli niður.

²⁹ Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind II, bls. 261 og Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen. Børsretten II. Kaupmannahöfn 2008, bls. 263.

mgr. 100. gr. vskl.

Þrátt fyrir ofangreinda niðurstöðu um útreikning á hlutfalli atkvæðisréttar vegna kaupa á eigin hlutum má færa fram rök sem mæla gegn þeirri niðurstöðu. Í þessu sambandi verður að hafa í huga að einungis hluthafafundur í hlutafélagi getur tekið ákvörðun um kaup á eigin hlutum og mega þau að hámarki vera 10% af heildarhlutafé viðkomandi félags. Hluthafafundur getur veitt félagsstjórn umbod til að taka slíka ákvörðun með nánar tilteknum skilmálum, sbr. 2. mgr. 55. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög. Aðili sem fer til dæmis með 29% eignarhlut í félagi sem hefur verið tekið til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði væri þannig í stöðu til að hafa áhrif á kaup félags á eigin hlutum. Í hlutafélagi með mjög dreifða eignaraðild gæti hluthafi sem réði yfir 29% eignarhlut þannig hugsanlega komi því til leiðar á hluthafafundi, eða eftir atvikum í gegnum stjórn viðkomandi félags, að félagið kaupði eigin hluti með það að markmiði að styrkja stöðu sína innan félagsins með auknu vægi atkvæðisréttar, án þess að verða tilbodsskyldur. Slíkur aðili gæti fræðilega séð viðhaldið slíkri stöðu með því að beita sér fyrir því að hlutirnir væru ekki seldir. Sú túlkun að telja skuli eigin hluti með við útreikning á hlutfalli atkvæðisréttar býður því sannanlega uppá misnotkun, þótt hún kunni að vera meira fræðilegs eðlis en raunhæf eftir að yfirtökupróskuldur fór niður í 30%. Á móti þessu sjónarmiði kemur að óeðlilegt kann að vera að hluthafi geti orðið tilbodsskyldur án þess að hafa viðhaft neina tilburði til að auka atkvæðisrétt sinn. Þá erum við að gefa okkur að hann hafi ekki tekið þátt í ákvörðun félags um kaup á eigin hlutum. Aðrir hluthafar gætu þá með sinum

aðgerðum á hluthafafundi eða í gegnum félagsstjórn búið einhliða til tilbodsskyldu á hendur viðkomandi sem verður að teljast óeðlilegt. Í þessu sambandi er þó minnt á fyrri umfjöllun um yfirtökskyldu sem getur myndast samkvæmt gildandi lögum, þótt aðili hafi ekki viðhaft neina tilburði sjálfur til að auka atkvæðisrétt sinn (gjafir, erfðir o.fl.). Þrátt fyrir þessar vangaveltur er ljóst að samkvæmt gildandi rétti er staðan sú að kaup eigin hluta hefur engin áhrif á útreikning hlutfalls atkvæðisréttar samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl.

Mæting á hluthafafund getur ekki haft áhrif á útreikning hlutfalls atkvæðisréttar samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl., þótt hún hafisannanlega heimil áhrif á atkvæðisrétt við ákvarðanatöku á hluthafafundum. Eins og fyrr segir verður að reikna þetta hlutfall út frá heildar atkvæðisfjölda í félaginu samkvæmt samþykktum þess, hvort sem hann er nýtanlegur eða ekki. Atkvæðisréttur sem fylgir hlutum sem mætt er fyrir á hluthafafundi fær aukid vægi við atkvæðagreiðslu eftir því sem færri mæta á fundinn, því úrslit atkvæðagreiðslu ráðast af fjölda greiddra atkvæða en ekki heildar atkvæðisrétti í viðkomandi félagi, nema annað komi fram í samþykktum félags.³⁰ Fræðilega séð getur þannig atkvæðisréttur hluthafa farið umfram yfirtökumörk á hluthafafundi, vegna lélegrar mætingar. Hlutir sem ekki er mætt fyrir hafa þannig engin áhrif við ákvarðanatöku á fundinum, nema á annan veg sé kveðið í samþykktum eða um sé að ræða ákvarðanatöku sem kallar á samþykki allra hluthafa samkvæmt 94. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög. Áhrifin eru þannig hin sömu og þegar félag á eigin hluti, því atkvæðisréttur fylgir ekki slíkum

30 Mismunandi reglur gilda samkvæmt lögum nr. 2/1995 um ákvarðanatöku á hluthafafundum en auk þess kunna að vera sérákvæði um þetta í samþykktum félaga sem verður þá að skoða sérstaklega. Sumar tillögur þurfa samþykki einfalds meirihluta, sumar aukins meirihluta og aðrar þurfa samþykki allra hluthafa. Ákvæðin um þetta er að finna í 92-94. gr. laga nr. 2/1995. Úrslit atkvæðagreiðslu eru reiknuð útfra greiddum

atkvæðum (einfaldur meirihluti, sbr. 92. gr.) eða eftir atvikum greiddum atkvæðum og atkvæðum sem mætt er fyrir á fundinum (aukinn meirihluti, sbr. 93. gr.). Ef stjórnarkjör fer fram á hluthafafundum, ráðast úrslit þeirra af greiddum atkvæðum. Sjá umfjöllun um þetta í Stefán Már Stefánsson. Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir, bls. 308-317 og 238-244 að því er varðar stjórnarkjör.

hlutum eins og fyrr segir. Best er að taka dæmi til að útskýra þetta. Í dæminu hér að ofan um eigin hluti var gert ráð fyrir að félagið ætti 10% eigin hluti. Við þá aðstöðu hækkaði atkvæðisréttur viðkomandi hluthafa úr 29% uppí 32,2% ($29/90 \times 100$) á meðan félagið á þessa eigin hluti. Ef þetta sama félag ætti enga eigin hluti en eingöngu væri mætt fyrir 90% hluthafa væru réttaráhrifin á atkvæðisréttinn þau sömu á viðkomandi hluthafafundi. Ef eingöngu væri mætt fyrir 80% hluthafa væru áhrifin þau að raunverulegur atkvæðisréttur á fundinum yrði 36,3% og 41,4% ef eingöngu væri mætt fyrir 70% hluthafa. Nánar verður vikið að því síðar hvaða áhrif þetta getur haft á stjórnarkjör og þá hvort tilboðsskylda geti myndast við þessar aðstæður á grundvelli 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl., þegar aðili kemst í þá stöðu á hluthafafundi að geta kosið meirihluta stjórnar.

Þótt aðili eigi kauprétt á verðbréfum sem atkvæðisréttur fylgir er ekki litið til þess við útreikning á hlutfalli atkvæðisréttar samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl.³¹ Ástæðan fyrir þessu er einfaldlega sú að atkvæðisréttur verður fyrst virkur þegar kaupréttarhafi nýtir kauprétt sinn og eignast þar með atkvæðisréttinn sem fylgir viðkomandi verðbréfi. Sé á hinn bóginn samið sérstaklega um það samkvæmt kaupréttarsamningi að kaupréttarhafi skuli njóta atkvæðisréttar á þeim verðbréfum sem rétturinn nær til, myndi hins vegar geta reynt á tilboðsskyldu samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl.

Hafi aðili orðið tilboðsskyldur, verður hann ekki aftur tilboðsskyldur þótt hann auki hlut sinn enn frekar nema hann fari í millitíðinni niður fyrir yfirtökumörkin.³² Hafi hluthafi, einn eða í samstarfi við aðra, átt 30% eða meiri atkvæðisrétt við gildistöku laga nr. 22/2009, án þess að

hafa verið tilboðsskyldur samkvæmt eldri lögum, hefur hann tíma til 31. mars 2010 til að fullnægja tilboðsskyldu sinni eða draga svo úr hlutfjáreign sinni að hann fari niður fyrir yfirtökubörk, sbr. bráðabirgðaákvæði VI. við vskl. Fjármálaeftirlitið hefur heimild samkvæmt síðastnefndu ákvæði til að framlengja þennan frest tvisvar sinnum í allt að 6 mánuði í hvort skipti ef aðstæður á markaði eru þannig að ósanngjarnt sé að krefjast þess að viðkomandi aðili selji sig niður fyrir yfirtökumörk á þessu tímabili. Fresturinn getur þannig lengst orðið ríflega þrjú árfrágildistöku laganna. Bætislikur aðili við hlut sinn á þessu tímabili verður hann tilboðsskyldur. Tülka verður þetta orðalag þannig að átt sé við hlut af atkvæðisrétti en ekki eignarhlut ef enginn atkvæðisréttur fylgir honum. Ef það eru þannig til dæmis tveir flokkar af hlutabréfum í viðkomandi félagi og viðkomandi hluthafi bætir við sig eignarhlut sem enginn atkvæðisréttur fylgir, myndi tilboðsskylda samkvæmt þessu ekki myndast. Samningur um að fella niður nýtingu atkvæðisréttar myndi engin réttaráhrif hafa í þessu samhengi eins og fyrr er rakið, því horfa verður til þess hvort atkvæðisréttur fylgi viðkomandi hlut samkvæmt félagssamþykktum. Aðilar geta því ekki komist hjá tilboðsskyldu með því að falla frá nýtingu atkvæðisréttar á hlutum sem þeir kynnu að bæta við sig. Samkvæmt þessu skiptir ekki máli hversu mikil aukningin á atkvæðisréttinum er. Í tíð eldri laga var ekki miðað við nein tímamörk í þessu samhengi og gátu því aðilar sem voru yfir umræddum mörkum við gildistöku laganna haldið þeim hlut ótímabundið ef þeir vildu. Slíkir aðilar gátu auk þess bætt við sig atkvæðisrétti svo framarlega sem aukningin færi ekki umfram næsta margfeldi af fimm, sbr. bráðabirgðaákvæði IV með vskl. Aðili sem átti þannig

³¹ Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélag, bls. 203.
³² Alpt. 1997-1998, A-deild, bls. 1932. Jóhannes Sigurðsson

og Þórólfur Jónsson. Verðbréfamarkaðsréttur, bls. 383. Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélag, bls. 203.

atkvæðisrétt umfram 40% við gildistöku laga nr. 33/2003 varð ekki tilboðsskyldur nema hann eignaðist atkvæðisrétt umfram 45%. Samkvæmt 7. mgr. 100. gr. vskl. stofnast ekki yfirtökuskylda þegar aðili og þeir sem hann er í samstarfi við fara með yferráð í félagi þegar verðbréf þess eru tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði. Auki hann/þeir atkvæðisrétt sinn hins vegar umfram næsta margfeldi af fimm, myndast yfirtökuskylda. Hið sama gildir ef viðkomandi missir yferráðin, en nær þeim á ný. Síðastnefnt ákvæði kom í lög við setningu laga nr. 22/2009, til breytinga á vskl. Samskonar regla var talin gilda áður samkvæmt túlkun Fjármálaeftirlitsins.³³

3.2.3. Samningar um atkvæðisrétt
Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. getur tilboðsskylda myndast ef aðili eða þeir sem hann kann að vera í samstarfi við hafa „á grundvelli samnings við aðra hluthafa rétt til að ráða yfir sem nemur a.m.k. 30% atkvæða í félaginu“. Á þetta ákvæði reyndi í tíð eldri nr. 33/2003 eins og þau voru fyrir gildistöku laga nr. 31/2005, þegar yfirtökutílskipunin var innleidd. Í þágildandi lögum var ekki að finna neitt ákvæði sambærilegt við 3. mgr. 100. gr. vskl. um samstarf.³⁴ Um er að ræða dóm Hæstaréttar í máli nr. 293/2007 sem kveðinn var upp þann 13. mars 2008 (Hraðfrystistöð Þórshafnar). Malsatvik voru eftirfarandi:

Málið varðaði viðskipti með hlutabréf í Hraðfrystistöð Þórshafnar hf. (HÞ) á árinu 2004, sem þá

var skráð í Kauphöll Íslands hf. Tilgangur félagsins var að starfrækja útgerð og fiskvinnslu og var félagið með starfsemi sína Langanesbyggð, sem þá hét Þórshöfn. Þann 16. júní 2004 seldi Samherji hf. allan eignarhlut sinn í HÞ, sem þá var 49,66% af heildarhlutafé félagsins. Kaupendur voru Fræ ehf., félag í eigu Þórshafnarhrepps, sem keypti 34,20% og Svalbarðshreppur sem keypti 15,46%. Gengi bréfanna í þessum viðskiptum var 3,96 fyrir hverja krönu nafnverðs. Þann 14. júní sama ár keypti síðan Svalbarðshreppur 4,24% eignarhlut í HÞ af Kaldbaki hf., 5,09% hlut Sjafnar hf. og 2,11% hlut Tryggingamiðstöðvarinnar hf. Eftir þessi viskipti átti Svalbarðshreppur 27,91% eignarhlut í HÞ en Fræ ehf. og Þórshafnarhreppur samtals 39,5%. Þessir aðilar fóru þá samtals með 67,5% hlutafjár í HÞ.

Ofangreind viðskipti Fræs ehf. og Svalbarðshrepps með hluti í HÞ voru fjármögnuð af Sparisjóðabanka Íslands hf. með vði í hlutabréfunum en samkvæmt gögnum málsins annaðist Fræ ehf. milligöngu um lánafyrirgreiðsluna fyrir Svalbarðshrepp.

Þann 20. nóvember 2004 gerðu tveir hluthafar í HÞ, Hilmar Þór og Rafn Jónsson, tilboð í 27,91% eignarhlut Svalbarðshrepps í HÞ á genginu 4,0. Á fundi hjá sveitarstjórn Svalbarðshrepps þann 22. nóvember 2004 var samþykkt að gefa Þórshafnarhreppi kost á að kaupa eignarhlutina af sveitarfélaginu, en ekkert varð úr því eða viðskiptum við Hilmar og Rafn.

Í lok árs 2004 stofnuðu Fræ ehf., Fjárfestingarfélag Sparisjóðanna og Vátryggingafélag Íslands félagið Simatún ehf. með þeim tilgangi að yfirtaka HÞ. Þórshafnarhreppur og Fræ ehf. seldu eignarhluti sína í HÞ í kjölfarið til Simatúns ehf. og

33 Þessa túlkun má finna á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð: <http://www.fme.is/?PageID=229> (sótt í janúar 2009).

Túlkunin fjallað reyndar eingöngu um réttarstöðuna við töku verðbréfa til viðskipta, en ekki hvort yfirtökuskylda myndi verða virk ef viðkomandi aðili myndi bæta við sig atkvæðisrétti.

34 Ákvæði 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. er efnislega samhljóða 4. tl. 1. mgr. 32. gr. laga nr. 33/2003. Ákvæði eldri laga var svehljóðandi:

„Hafi hlutur beint eða óbeint verið yfirtekinn í hlutafélagi sem hefur fengið skráningu fyrir einn eða fleiri flokka hlutabréfa á skipulegum verðbréfamarkaði skal sá er óðlast rétt

yfir hlutnum, eigi síðar en fjórum vikum eftir að yfirtakan átti sér stað, gera öðrum hluthöfum félagsins yfirtökutilboð, þ.e. tilboð um að afhenda honum hlut sinn, enda hafi yfirtakan haft í för með sér að hann:

1. hefur eignast 40% atkvæðisréttar í félaginu,
2. hefur óðlast rétt til þess að tilnefna eða setja af meiri hluta stjórnar í félaginu,
3. hefur fengið rétt til þess að stjórna félaginu á grundvelli samþykktu þess eða á annan hátt með samningi við félagið eða
4. hefur á grundvelli samnings við aðra hluthafa rétt til að ráða yfir sem nemur 40% atkvæða í félaginu.“

Svalbarðahreppur samþykkti þann 28. desember 2004 að selja eignarhluti sína til þess félags, að frátöldum 1,02% eignarhlut sem hreppurinn hafði átt fyrir viðskiptin í júní 2004 í HP. Gengið var frá framsali hluta til Símatúns ehf. þann 30. desember 2004. Gengi í þessum viðskiptum var 3,68 fyrir hverja krönu nafnverðs. Í kjölfar þessara viðskipta átti Símatún ehf. 66,67% eignarhlut í HP. Þann 21. janúar 2005 gerði Símatún ehf. síðan yfirtökutilboð í hluti annarra hluthafa í HP.

Nokkrir hluthafar í HP voru ósáttir við það verð sem boðið var í yfirtökutilboðinu. Töldu þeir að Fræ ehf., Þórshafnarhreppur og Svalbarðshreppur hefðu orðið yfirtökuskyldir miðað við gengið 3,96 í kjölfar þeirra viðskipta sem fóru fram í júní 2004 þar sem þeir hafi saman farið með 67,5% eignarhlut í HP. Byggðu þeir á því að þessir þrír aðilar hefðu gert með sér samkomulag um meðferð eignarhluta í HP og staðið í vegi fyrir því að aðrir aðilar gætu náð yfirráðum í félaginu. Var á því byggt að yfirtökuskylda hefði myndast á grundvelli 4. tl. 1. mgr. 32. gr. þágildandi laga nr. 33/2003. Var meðal annars á því byggt í málinu að framsalið á eignarhlutum til Svalbarðshrepps hefði verið málamyndaframsal og að Þórshafnarhreppur og Fræ ehf. hefðu í raun ráðið ferðinni um meðferð þeirra eignarhluta. Í því samhengi var meðal annars vísað til þess hvernig staðið var að fjármögnun viðskipta Svalbarðshrepps og þess hvernig brugðist var við fyrrgreindu tilboði Rafns og Hilmars.

Fyrrgreindir hluthafar fóru í skaðabótamál við Fræ ehf., Þórshafnarhrepp (nú Langanesbyggð) og Svalbarðshrepp. Útreikningur bótakröfu þeirra tók mið af muninum á verðmæti hluta þeirra í HP miðað við gengið 3,68 og 3,96, en þeir höfðu allir talið sig knúna til að samþykka yfirtökutilboð Símatúns ehf. miðað við gengið 3,68. Var bótaskylda byggð á þeirri málsástæðu að þessir þrír aðilar hefðu vanrækt yfirtökuskyldu sína á fyrrgreindum grundvelli miðað við gengið 3,96 og þar með bakad þeim tjón sem næmi þessum mun.

Héraðsdómur og Hæstiréttur sýknuðu stefndu af skaðabótakröfum. Í dómi Hæstaréttar er vísað til þess að ljóst væri af gögnum mál-

sins að umræddir þrír aðilar hefðu haft með sér „samstöðu og samráð um ýmis atriði, er vörðudu hlutafjárkaupin í júní 2004, rekstur félagsins og ráðstöfun hluta sinna, frá því að kaupin voru gerð uns [þeir] seldu aftur í desember sama ár hlutina, sem þeir höfðu keypt.“ Þrátt fyrir það taldi Hæstiréttur þau atvik ekki geta valdið því að þeim hefði borið að gera yfirtökutilboð í hluti annarra hluthafa í félaginu á grundvelli 4. tl. 1. mgr. 32. gr. þágildandi laga nr. 33/2003 þar sem ósannað hefði verið að Fræ ehf. eða Þórshafnarhreppur, annar eða báðir saman, hefðu „með samningi fengið ráð yfir atkvæðisrétti, sem fylgdi hlut stefnda Svalbarðshrepps í félaginu.“

Þrátt fyrir að ofangreindur dómur Hæstaréttar hafi gengið í tíð eldri laga um verðbrefaviðskipti nr. 33/2003 hefur hann fordæmisgildi við túlkun 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. sem er efnislega samhljóða þágildandi 4. tl. 1. mgr. 32. gr. laga nr. 33/2003. Af dóminu er ljóst að sá aðili sem heldur því fram að tilboðsskylda hafi stofnast ber sönnunarbyrðina fyrir þeirri fullyrðingu sinni. Af dóminum má jafnframt ráða að miklar kröfur eru gerðar til sönnunar um að samningur hafi komist á milli aðila um rétt til að ráða yfir atkvæðisrétti í félagi, sem er eðlilegt í ljósi þess að tilboðsskylda er í eðli sínu íþyngjandi. Í málinu dugði ekki að mati Hæstaréttar að sýnt væri fram á að umræddir aðilar hefðu haft með sér samstöðu og samráð um hlutafjárkaupin, rekstur félagsins og ráðstöfun hluta í félaginu. Þau atvik voru ekki talin nægileg til að sönnunarbyrðin um að þessir aðilar hefðu ekki gert með sér samning um meðferð atkvæðisréttar í félaginu félli á Svalbarðshrepp, Fræ ehf. og Langanesbyggð. Á þessum tíma var ekki að finna neina lögfesta löglíkindareglu um samstarf eins og í nügildandi lögum. Ætla verður þó að sú löglíkindaregla sem var upprunalega lögfest við gildistöku laga nr. 31/2005 þann 1. júlí 2005 hefði ekki breytt niðurstöðu málsins þar sem þau tilvik sem þar voru skilgreind til að veita löglíkindi

fyrir samstarfi náðu ekki yfir atvik þessa máls, sbr. 1-4. tl. 3. mgr. 37. gr. þágildandi laga nr. 33/2003. Öðru gegnir hins vegar um nügildandi ákvæði, sbr. 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl., sem tók gildi við setningu laga nr. 22/2009. Samkvæmt síðastnefndu ákvæði geta „rík hagsmunatengsl ... eða tengsl reist á fjárhagslegum hagsmunum ... sem líkleg eru til að leiða til samstöðu aðila um að stýra málefnum félagsins ...“ haft í för með sér að löglíkindareglan verði virk. Í málinu lá fyrir að sveitarfélögin Langanesbyggð og Svalbarðshreppur höfðu umtalsverða hagsmuni af því að rekstur Hraðfrystistöðvar Þórshafnar hf. myndi ekki leggjast af og uppsjávarkvóti þess og skip selt úr byggðarlaginu til Síldarvinnslunnar hf. eins og stjórnendur Samherja hf. höfðu kynnt að staði til ef sveitarfélögin eða aðilar á þeirra vegum myndu ekki kaupa eignarhlutinn af þeim. Með hliðsjón af atvikum málsins og síðastnefndum hagsmunatengslum er líklegt að niðurstaða máls hefði orðið önnur ef atvik hefðu átt sér stað á gildistíma nügildandi laga.

Af samanburði á orðalagi 1. og 2. tl. 1. mgr. 100. gr. má ráða að ekki er gert það skilyrði samkvæmt 2. tl. að viðkomandi aðili hafi „eignast“ atkvæðisréttinn eins og gert er í 1. tl. Tilboðsskylda getur myndast ef viðkomandi hefur „rétt til að ráða yfir“ atkvæðisréttinum á grundvelli „samnings“. Eignaframsal á atkvæðisrétti er þannig ekki skilyrði þess að tilboðsskylda geti myndast á grundvelli 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl.³⁵ Ekki skiptir máli um hvers kyns samning er að ræða, ef á annað borð samið er um nýtingu atkvæðisréttar. Þannig gæti til dæmis tilboðsskylda myndast við veðframsal, ef samið er um að veðhafi fari með atkvæðisrétt veðsala á gildistíma samnings og veðhafi færi yfir yfirtökumörkin. Sé samið um að

kaupréttarhafi fari með atkvæðisrétt á hlutum sem kaupréttur nær til, myndi hið sama gilda. Kaupréttur einn og sér myndi hins vegar ekki geta haft slík réttaráhrif eins og fyrr segir.

Ekkert er að því vikið í 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. hversu viðvarandi rétturinn til að ráða yfir atkvæðisrétti þarf að vera til að tilboðsskylda geti myndast á grundvelli ákvæðisins. Sú spurning kann að koma upp hvort hluthafi geti til dæmis orðið tilboðsskyldur við það eitt að fá umboð til þess að mæta á hluthafafund fyrir annan hluthafa og greiða þar atkvæði, ef hann fer á þeim fundi samtals með atkvæðisrétt fyrir 30% atkvæða eða meira. Best er að útskýra þetta með dæmi. Hluthafi A er eigandi að 20% atkvæðisrétti í félagi. Hann fær umboð frá 5 aðilum til að mæta á hluthafafund og greiða þar atkvæði en hver þeirra á 3% atkvæðisrétt í félaginu. Hluthafi A færi þá samtals með 35% atkvæðisrétt á fundinum. Sú spurning kann að vakna hvort aðstæður sem þessar geti fallið undir 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Þar sem engin tímamörk eru skilgreind í ákvæðinu um hversu viðvarandi réttur til að ráða yfir atkvæðisrétti er ljóst að skyldan til að gera yfirtökutilboð helst í hendur við réttinn. Um leið og rétturinn fellur niður fellur því hugsanleg tilboðsskylda samhliða niður. Þetta felur í sér að hluthafinn í dæminu hér að ofan gæti ekki orðið tilboðsskyldur þótt hann fengi umboð til þess að fara með 30% eða meiri atkvæðisrétt á einum fundi, því hugsanleg tilboðsskylda á grundvelli 100. gr. vskl. myndi þá falla niður um leið og þeim fundi væri slitið. Ef aðili hefur þannig eingöngu öðlast rétt á grundvelli samnings til að fara með atkvæðisrétt á einum hluthafafundi er ekki raunhæft að tala um að slíkur aðili geti orðið tilboðsskyldur. Þessi túlkun

35 Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. Verðbréfa-
markaðsréttur, bls. 387-388. Jóhannes Sigurðsson. „Yfirtökus-
kylda. Samstilltar aðgerðir, samstæður og önnur tengsl
hluthafa“. Tímarit lögréttu, 1. hefti 2005, bls. 88-89.

kann vissulega að bjóða uppá misnotkun. Hluthafar gætu til dæmis séð sér leik á borði í skjóli slíkrar túlkunar og freistað þess að taka upp samstarf um meðferð atkvæðisréttar á fleiri hluthafafundum, til að ná fram sameiginlegum markmiðum sínum. Ákvæði 2-3. mgr. 100. gr. vskl. er hins vegar ætlað að koma í veg fyrir slíka misnotkun. Ef hægt væri að sýna fram á samráð tiltekinna hluthafa um meðferð atkvæðisréttar á hluthafafundum, gæti Fjármálaeftirlitið fræðilega séð skilgreint slíka aðila í samstarfi í skilningi 2. mgr. 100. gr. vskl. og þeir orðið yfirtökuskyldir. Sjá um þetta til dæmis álit Yfirtökunefndar í svokölluðu FL Group máli, sem reifað verður síðar.

Ekki skiptir máli hvort samningur er munnlegur eða skriflegur, en af ofangreindum dómi Hæstaréttar má ráða að sönnunarkröfur eru miklar um tilvist samnings. Þegar ekki liggur fyrir skriflegur samningur þurfa því að liggja fyrir mjög sterkar ytri vísbendingar um tilvist samnings. Ekki er þannig víst að það dugi að upplýsa að samstaða hafa ríkt milli aðila um hlutafjárkaup, fjármögnun þeirra og rekstur viðkomandi félags. Reglur 3. mgr. 100. gr. um löglíkur geta þó eins og fyrr segir breytt sönnunarstöðunni, verði aðstæður felldar undir það ákvæði.

3.2.4. Réttur til að tilnefna eða setja af meirihluta stjórnar

Samkvæmt 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. getur tilboðsskylda myndast ef aðili eða þeir sem hann er í samstarfi við hafa „öðlast rétt til þess að tilnefna eða setja af meiri hluta stjórnar í félaginu.“ Samkvæmt 2. mgr. 63. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélag er heimilt í samþykktum hlutafélags að veita stjórnvöldum eða öðrum rétt til að tilnefna einn eða fleiri stjórnarmenn, en meirihluti

stjórnar skal ávallt kjörinn á hluthafafundi. Samkvæmt því er ljóst að réttur til að tilnefna stjórnarmenn og setja þá af í skilningi 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. getur ekki átt rætur sínar að rekja til ákvæða í samþykktum félags þegar um hlutafélag er að ræða. Fræðilega séð getur slíkur réttur hins vegar legið fyrir í samkomulagi milli hluthafa sem ráða yfir nægilega miklum atkvæðisrétti til þess að geta kosið meirihluta stjórnar eða eftir atvikum sett meiri hluta stjórnar af. Þetta ákvæði verður að túlka þannig þegar um hlutafélag er að ræða að kveðið sé á um rétt til tilnefningar eða rétt til að setja meirihluta stjórnar af í samkomulagi milli hluthafa. Enn fremur verður að telja að það sé skilyrði að slíkur réttur sé efnislega til staðar. Viðkomandi aðili þarf því að vera í þeirri aðstöðu að geta raunverulega komið því til leiðar að koma aðilum í stjórn sem mynda meirihluta hennar eða eftir atvikum komið meirihluta stjórnar frá. Eðli máls samkvæmt dugur ekki að kveðið sé á um slíkan rétt, án þess að efnislega sé hægt að koma honum til framkvæmda. Ef um annars konar félag en hlutafélag er að ræða er fræðilega séð hugsanlegt að kveðið sé á um sambærilegan rétt í samþykktum. Í Danmörku hefur efnislega sambærilegt ákvæði verið túlkað á sambærilegan hátt. Þar hefur verið talið að almennt geti ekki reynt á þetta ákvæði nema þegar kveðið er á um slíkan rétt í hluthafasamningi. Ákvæðið þar hefur jafnframt verið túlkað þannig að það þurfi að vera um raunverulegan rétt að ræða (d. juridisk bindende ret). Líkur á að geta komið meiri hluta stjórnar af eða eftir atvikum koma meiri hluta stjórnar frá myndu þannig ekki duga til að ákvæðið gæti átt við samkvæmt dönskum rétti.³⁶ Eins og fyrr segir verður að telja að hið sama gildi hér á landi.

Hluthafi sem fer með ráðandi eignarhlut

³⁶ Jesper Lau Hansen, Værdipapirhandlesloven med kommentarer, Bind II, bls. 264 og 268. Samkvæmt 2. tl. 1. mgr. 31. gr. dönsku verðbréfavíðskiptalaganna nr. 214/2008 myndast

þannig yfirtökuskylda ef framsalshafi: „får ret til at udnævne eller afsætte et flertal af selskabets bestyrelsesmedlemmer.“

í félagi getur eins og fyrir segir komist í þá aðstöðu á einstökum hluthafafundi að geta kosið meirihluta stjórnar eða eftir eftir atvikum komið stjórn frá með vantrauststillögu, þótt hann ráði ekki yfir atkvæðisrétti umfram yfirtökumörk samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Þetta getur til dæmis gerst vegna lélegrar mætingar á hluthafafund eða hugsanlega einnig við kaup á eigin hlutum, sbr. fyrri dæmi sem voru tekin um þetta. Sú spurning kann þá að vakna hvort slíkum aðstæðum verði jafnað til þess að viðkomandi aðili hafi þar með „öðlast rétt til þess að tilnefna eða setja af meiri hluta stjórnar í félaginu“ í skilningi 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Af sumum fræðimönnum hér á landi hefur því verið haldið fram að léleg mæting á hluthafafundum geti skapað tilboðsskyldu, en aðili gæti þá fallið frá slíkum rétti til að fyrirbyggja tilboðsskyldu.³⁷ Af öðrum hefur slík túlkun verið talin hæpin og réttara sé að leggja til grundvallar að slíkur réttur þurfi að vera lögvarin í þeim skilningi að rétturinn megi ekki vera háður óvissu eins og mætingu á hluthafafund.³⁸ Er þessi túlkun í samræmi við þá túlkun sem sett er fram hér að ofan um að rétturinn á grundvelli þessa ákvæðis þurfi að vera raunverulegur, en ekki háður einhverjum utanaðkomandi óvissuþáttum. Af þeim sökum verður að telja að ytri aðstæður eins og mæting á hluthafafundi og eigin hlutir félags geti ekki haft áhrif á það hvort aðili verði tilboðsskyldur á grundvelli 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl., enda fæst illa séð hvernig hægt er að fella slíkar aðstæður að orðalagi ákvæðisins um rétt til að „tilnefna“ og „setja“ meirihluta stjórnar „af“.

Að lokum má velja því fyrir sér hvort 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. geti átt við þegar aðili fær umboð til að mæta á einn hluthafafund

fyrir aðra hlutahafa og kemst þar í aðstöðu til að kjósa meirihluta stjórnar eða eftir atvikum koma meirihluta stjórnar frá. Telja verður af sömu ástæðum og raktar eru hér að ofan að tilboðsskylda geti ekki myndast á grundvelli 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. við slíkar aðstæður. Strax í kjölfar fundar væri slíkt umboð fallið niður og því ekki lengur hægt að tala um neinn „rétt“ á grundvelli 3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. sem hægt væri að byggja tilboðsskylda á. Á hinn bóginn gæti hugsanlega reynt á tilboðsskyldu við slíkar aðstæður á grundvelli 2. mgr 100. gr. vskl. vegna samstarfs viðkomandi hlutahafa, sbr. umfjöllun hér að neðan.

3.3. Óbein yfirráð

Samkvæmt 1. mgr. 100. gr. vskl. getur aðili orðið tilboðsskyldur hafi hann beint eða óbeint náð yfirráðum í félagi. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 er ekkert vikið að því hvað átt er við með óbeinum yfirráðum.³⁹ Með óbeinum yfirráðum er eðli máls samkvæmt átt við þá aðstöðu þegar einn aðili⁴⁰ eða fleiri aðilar saman fara með yfirráð eins og þau eru skilgreind í 1. mgr. 100. gr. vskl. í gegnum aðra aðila. Dæmi um slíkt er til dæmis þegar einn aðili fer með yfirráð yfir mörgum öðrum sem allir eiga hluti í því félagið sem spurning um tilboðsskyldu vaknar um. Einfalt dæmi um þetta gæti verið þegar móðurfélag á fimm dótturfélög sem öll eiga 7% eignarhlut í viðkomandi félagi. Samtals myndu dótturfélögin þá eiga 35% eignarhlut í viðkomandi félagi. Við slíkar aðstæður yrði að leggja til grundvallar að móðurfélag þeirra færi með óbein yfirráð yfir félaginu og væri yfirtökuskylt á grundvelli 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl.

Í ofangreindu dæmi um óbein yfirráð er

³⁷ Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. Verðbréfa- markaðsréttur, bls. 384. Jóhannes Sigurðsson. „Yfirtökuskylda. Samstilltar aðgerðir, samstæður og önnur tengsl hluthafa“. Tímarit lógrétts, 1. hefti 2005, bls. 88.

³⁸ Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga, bls. 203.

³⁹ Albt. 2004-2005, A-deild, bls. 3684. Ákvæðið 1. mgr. 100. gr. vskl. um óbein yfirráð er í samræmi við 1. mgr. 5. gr. yfirtökutílskipunarinnar sem byggir á því að yfirtaka geti einnig myndast þegar yfirráðum er náð með óbeinum hætti.

⁴⁰ Geta ýmist verið einstaklingar eða lögaðilar.

staðan sú að viðkomandi móðurfélag fer óbeint með yfirráð í viðkomandi félagi. Þar sem dótturfélögin eiga samtals meira en 30% af atkvæðisrétti félaganna er um óbein lögformleg yfirráð að ræða. Sú spurning vaknar óhjákvæmilega hvort hugtakið óbein yfirráð geti einnig náð yfir þær aðstæður þegar telja má að aðili, einn eða í samstarfi við aðra, fer með raunveruleg yfirráð í viðkomandi félagi (d. faktisk kontrol) þótt hann eða þeir fari ekki með lögformleg yfirráð (d. retlig kontrol). Með lögformlegum yfirráðum er þá átt við að viðkomandi aðili, einn eða í samstarfi við aðra, fari með 30% eða meira af atkvæðisrétti viðkomandi félags þannig að 1. tl. 1. mgr. 100. gr. eigi við eða um yfirráð á grundvelli 2-3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. sé að ræða. Af íslenskum fræðimönnum hefur verið talið að tilboðsskylda geti fræðilega séð myndast þegar aðili fer með raunveruleg yfirráð, þótt þau yfirráð séu ekki lögformleg í fyrrgreindum skilningi. Hefur sú skoðun verið byggð á því að raunveruleg yfirráð geti fallið undir hugtakið óbein yfirráð í skilningi 1. mgr. 100. gr. vskl.⁴¹ Ekki er hægt að fallast á þessa túlkun þar sem ákvæði 1. mgr. 100. gr. vskl. um óbein yfirráð er óhjákvæmilega bundið við yfirráð eins og það hugtak er skilgreint í 1-3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Til þess að aðili geti orðið tilboðsskyldur verður því að vera um bein eða óbein yfirráð að ræða eins og þau eru skilgreind í 1-3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl., sbr. 2-3. mgr. ef um samstarf er að ræða. Aðili getur því ekki orðið tilboðsskyldur samkvæmt gildandi lögum þótt sannað sé að hann fari með raunveruleg yfirráð, sé ekki hægt að fella aðstæður undir 1-3 tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Slíkt gæti til dæmis átt við þegar raunverulegur atkvæðisréttur aðila nær eða

fer yfir 30% af atkvæðisrétti félags vegna þess að aðrir hluthafar í félaginu nota ekki atkvæðisrétt sinn. Ef einhverjir hluthafar ákveða að nýta ekki atkvæðisrétt sinn, eða þeim er það óheimilt af öðrum ástæðum, eykst atkvæðisréttur annarra hluthafa á hluthafafundi, sbr. fyrri umfjöllun. Við þessar aðstæður gæti stór hluthafi, einn eða í samstarfi við aðra, komist í þá stöðu að ná raunverulegum yfirráðum í félagi, þótt hann fari ekki formlega með 30% eða meira af atkvæðisrétti. Slíkur aðili myndi samkvæmt þessu ekki verða tilboðsskyldur á grundvelli 1. mgr. 100. gr. vskl. Í þessu samhengi yrði eingöngu horft til þess hvort atkvæðisréttur fylgi viðkomandi hlutum samkvæmt samþykktum félags og myndi engu máli skipta þótt atkvæðisréttur tiltekinna aðila hafi fallið niður tímabundið með fyrrgreindum áhrifum, sbr. fyrri umfjöllun um 1. mgr. 99. gr. vskl. Til þess að tilboðsskylda gæti myndast á grundvelli raunverulegra yfirráða þyrfti að breyta ákvæði 100. gr. vskl. Í ljósi þess hversu lágur yfirtökuþröskuldurinn er nú orðinn samkvæmt 1. mgr. 100. gr. vskl. fæst hins vegar ekki séð að slíkt sé nauðsynlegt eða æskilegt. Til hliðsjónar í því sambandi má geta þess að í Danmörku getur tilboðsskylda ekki myndast á grundvelli raunverulegra yfirráða nema aðili ráði yfir meira en 1/3 atkvæðisréttar.

Í Danmörku getur tilboðsskylda myndast vegna raunverulegra yfirráða þótt yfirráðin séu ekki lögformleg. Réttarstaðan hefur hins vegar ekki alltaf verið þannig í Danmörku og náði tilboðsskyldan á tímabili ekki til raunverulegra yfirráða þar sem talið var að of erfitt væri fyrir markaðsaðila að skilgreina fyrirfram hvenær tilboðsskylda gæti myndast

41 Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélag, bls. 203-204. Umfjöllun Stefáns tekur mið af orðalagi 1. mgr. 100. gr. vskl. eins og það er í dag. Jóhannes Sigurðsson. „Yfirtökuskylda. Samstilltar aðgerðir, samstæður og önnur tengsl hluthafa“. Tímarit lögréttu, 1. hefti 2005, bls. 82-86. Umfjöllun Jóhannesar tekur mið af orðalagi í eldri laga um þetta efni sem var ekki sambærilegt. Orðalagið var þá með eftirfarandi hætti:

„Hafi hlutur beint eða óbeint verið yfirtekinn í hlutafélagi...“, sbr. 1. mgr. 32. gr. laga nr. 33/2003 eins og það ákvæði var fyrir gildistöku laga nr. 31/2005. Þetta orðalag er töluvert ólíkt ákvæði núgildandi laga sem visar beint í yfirráð, sem eru síðan sérstaklega skilgreint í 1-3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Umfjöllun Jóhannesar verður að meta í þessu samhengi.

á þessum grundvelli. Þetta breyttist síðast við setningu laga nr. 250/1999 sem voru innleidd í kjölfar þess að bandaríska félagið Ameritech náði raunverulegum yfirráðum í danska félaginu TeleDanmark, án þess að tilboðsskylda stofnaðist á grundvelli þágildandi laga þar sem yfirráðin töldust ekki vera lögformleg.⁴² Samkvæmt dönskum lögum myndast tilboðsskylda við beint eða óbeint framsal á hlutabréfum (d. aktiepost) ef framsalið hefur í för með sér að framsalshafi; i) kemst yfir meirihluta atkvæðisréttar í viðkomandi félagi, ii) fær rétt til að tilnefna eða setja meirihluta stjórnar af, iii) fær rétt til að hafa ákvarðandi áhrif yfir félaginu (d. udøve bestemmende indflydelse over selskabet) á grundvelli samþykka þess eða samninga við það, iv) ræður yfir meirihluta atkvæðisréttar í félaginu á grundvelli samnings við aðra hluthafa eða iv) öðlast meira en 1/3 af atkvæðisrétti félagsins og getur haft ákvarðandi áhrif (d. bestemmende indflydelse) yfir félaginu. Sjá um þetta 1-5. tl. 3l. gr. laga nr. 214/2008.⁴³ Eins og sjá má af þessu er miðað við að tilboðsskylda myndist alltaf þegar aðili fer með meira en 50% af atkvæðisrétti félagsins. Til að tilboðsskylda geti myndast á grundvelli raunverulegra yfirráða þarf viðkomandi aðili í fyrsta lagi að fara með meira en 1/3 af atkvæðisrétti félags og í öðru lagi hafa ákvarðandi áhrif á stjórnun félagsins. Báðum skilyrðum þarf að vera fullnægt. Ástæðan fyrir þessum þröskuldi var sú að nauðsynlegt þótti að auðvelda markaðsaðilum að meta fyrirfram hvort tilboðsskylda kynni að myndast á grundvelli raunverulegra yfirráða. Með

því að setja þennan þröskuld var þannig lagt til grundvallar að tilboðsskylda gæti ekki myndast á grundvelli raunverulegra yfirráða, á meðan aðili færi aðeins með 1/3 af atkvæðisrétti félags eða minna.⁴⁴

Sú spurning kann að vakna hvort aðili geti orðið tilboðsskyldur á grundvelli óbeinna yfirráða við það að eignast yfirråd í félagi sem fer með yfirråd í skráðu félagi. Best er að útskýra þetta með einföldu dæmi. Hlutabréf í BB banka hf. hafa verið tekin til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði NASDAQ-OMX á Íslandi. K hf. er eigandi að 35% eignarhlut í félaginu. K hf. er hins vegar ekki yfirtökuskylt því félagið átti þennan eignarhluta þegar félagið var tekið til viðskipta á skipulegum verðbréfamarkaði, en tilboðsskylda myndast ekki við slíkar aðstæður eins og fyrr hefur verið rakið. Guðmundur Karlsson á alla eignarhluti í K hf. Álitaefnið er þá hvort tilboðsskylda geti myndast við það að Guðmundur Karlsson selji allan eignarhlut sinn í K hf. til annars aðila. Við slíkt framsal eignast framsalshafi Guðmundar 35% eignarhlut í BB banka hf. með óbeinum hætti (í gegnum K hf.). Ekki fæst betur séð en að tilboðsskylda myndist við slíkar aðstæður því framsalshafi „nær yfirrådum“ í BB banka hf. með óbeinu eignarhaldi á atkvæðisréttinum, sbr. 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Það sem einkum mælir gegn þessari túlkun er að við slíkar aðstæður hefur engin formleg breyting á eignarhaldi í skráða félaginu BB banka hf. átt sér stað. K hf. væri ennþá eigandi að 35% eignarhlut, þótt annar aðili hafi eignast það félag. Fyrrgreind túlkun um að tilboðsskylda

⁴² Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind II., bls. 265.

⁴³ Ákvæðið er svohljóðandi:

„§ 31. Overdrages en aktiepost direkte eller indirekte i et selskab, der har en eller flere aktieklasser optaget til handel på et reguleret marked eller en alternativ markedsplads, til en erhverver eller til personer, der handler i forståelse med denne, skal erhververen give alle selskabets aktionærer mulighed for at afhænde deres aktier på identiske betingelser, hvis overdragelsen medfører, at erhververen

1) kommer til at besidde flertallet af stemmerettighederne i selskabet,

2) får ret til at udnævne eller afsætte et flertal af selskabets bestyrelsesmedlemmer,

3) får ret til at udøve en bestemmende indflydelse over selskabet på grundlag af vedtægterne eller aftale med dette i øvrigt,

4) på grundlag af aftale med andre aktionærer kommer til at råde over flertallet af stemmerettighederne i selskabet eller 5) kommer til at kunne udøve bestemmende indflydelse over selskabet og kommer til at besidde mere end en tredjedel af stemmerettighederne.“

⁴⁴ Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind II., bls. 265.

myndist við þessar aðstæður fellur hins vegar vel að verndarhagsmunum reglna um tilboðsskyldu sem horfa meðal annars til þess að veita minnihluta viðkomandi félags svigrúm til að taka ákvörðun um hvort þeir vilji hlýta því að tiltekinn aðili (eða aðilar saman) fari með yferráð í félagi. Það kann að vera að minnihlutinn hefði kosið að fjárfesta ekki í viðkomandi félagi ef annar aðili færi með yferráðin. Með hliðsjón af orðalagi ákvæðisins og verndarhagsmunum þess verður því að telja að tilboðsskylda myndist við þessar aðstæður. Álitafni er hvort það myndi duga til að tilboðsskylda myndist að Guðmundur hefði selt þriðja aðila 30% eignarhlut í K hf. Telja verður ljóst að slíkt myndi ekki duga ef um óskráð félag væri að ræða nema framsal á 30% eignarhlut myndi duga til að veita framsalshafa raunveruleg yferráð í K hf. því fyrir er ekki hægt að leggja til grundvallar að hann hefði „náð“ yferráðum í skráða félaginu. Ef K hf. væri hins vegar einnig skráð félag, myndi hins vegar eðli máls samkvæmt verða að miða við reglur 1. mgr. 100. gr. vskl. Við slíkar aðstæður myndi þannig duga að framsalshafi eignaðist 30% atkvæðisrétt í K hf. eða öðlaðist yferráð í K hf. á grundvelli 2-3. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. Við slíkar aðstæður myndi framsalshafi þá verða tilboðsskyldur í tveimur félögum í senn, K hf. og BB banka hf.

3.4. Samstarf um yferráð

3.4.1. Samstarf

Eins og fyrir segir var það fyrst við setningu laga nr. 31/2005, til breytinga á eldri lögum nr. 33/2003, sem sett var sérstakt ákvæði í íslensk lög um samstarf og löglíkur á samstarfi. Ákvæðið er nú að finna í 2-3. mgr. 100. gr. vskl. Ákvæðið 2. mgr. 100. gr. vskl. um samstarf byggir á d. lið 2. gr. yfirtökutilskipunarinnar þar sem hugtakið

„aðilar í samstarfi“ (e. persons acting in concert) er skilgreint.⁴⁵ Er ákvæði 2. mgr. 100. gr. vskl. efnislega í samræmi við skilgreiningu tilskipunarinnar. Samkvæmt 2. mgr. 100. gr. vskl. telst samstarf vera milli aðila ef þeir hafa gert með sér samkomulag um að einn eða fleiri nái saman yferráðum í félagi, eða um að koma í veg fyrir að yfirtaka nái fram að ganga, hvort sem samkomulagið er formlegt eða óformlegt, skriflegt, munnlegt eða með öðrum hætti. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 kemur fram að gert sé ráð fyrir að Fjármálaeftirlitið úrskurði um vafaatriði varðandi samstarf, meðal annars með hliðsjón af eignarhaldi, sem og stjórnunar- og eignatengslum viðkomandi aðila, auk þess sem líta megi til „fjölskyldutengsla og fjárfestingasögu“.⁴⁶

Samkvæmt ofangreindu þarf að sanna að samkomulag um samstarf sé milli aðila um að ná yferráðum í tilteknu félagi eða eftir atvikum um að koma í veg fyrir að yfirtaka nái fram að ganga af hálfu annars aðila. Eins og sjá má af ofangreindu skiptir engu máli í hvaða formi samkomulagið er, takist á annað borð að sanna tilvist þess. Sönnunarbyrðin hvílir í fyrstu atrennu á þeim sem heldur því fram að tilteknir aðilar séu í samstarfi, sbr. fyrrgreindan dóm Hæstaréttar í máli nr. 293/2007 (Hraðfrystistöð Þórshafnar). Ljóst er af síðastnefndum dómi að þessi sönnunarbyrði er þung og verður ekki snúið þótt það takist að sýna fram á einhverja samvinnu milli tveggja eða fleiri hlutahafa. Reglum um löglíkur á samstarfi er ætlað að koma til móts við þessa erfiðu sönnunarstöðu við aðstæður þar sem að fyrri bragði má telja líklegt að um samstarf sé að ræða, sbr. nánari umfjöllun síðar. Eins og síðar verður rakið verða þær reglur hins vegar ekki túlkaðar rúmt. Það verður að vera hægt að fella aðstæður beint undir orðalag 3.

⁴⁵ Skilgreiningin er svohjóðandi: „persons acting in concert“ shall mean natural or legal persons who cooperate with the offeror or the offeree company on the basis of an agreement, either express or tacit, either oral or written, aimed

either at acquiring control of the offeree company or at frustrating the successful outcome of a bid;...“.

⁴⁶ Alpt. 2004-2005, A-deild, bls. 3684.

mgr. 100. gr. vskl. svo til álitu komi að beita þeim reglum.

Ef upp kemur ágreiningur um hvort samstarf liggja fyrir er ástæðan eðli máls samkvæmt sú að enginn formlegur samningur er til milli aðila sem sannar tilvist samkomulags um samstarf eða honum er haldið leyndum. Ýmsar ytri aðstæður kunna hins vegar að vera þess eðlis að hægt sé að leggja til grundvallar að slíkt samstarf sé til staðar, án þess að neitt skriflegt samkomulag liggja fyrir. Af þeirri litlu réttarframkvæmd sem til er um þetta hér á landi má hins vegar ráða að miklar kröfur eru gerðar til sönnunar um tilvist samkomulags, gegn neitun aðila.⁴⁷ Á þetta reyndi í tveimur álitum frá Yfirtökunefnd í svokölluðu FL Group máli, sbr. álit nefndarinnar frá 17. ágúst og 13. desember 2005. Fjármálaeftirlitið tók sömu álitamál jafnframt til skoðunar og skilaði álitum þann 26. apríl 2006. Atvik máls voru eftirfarandi:

Málið á rætur sínar að rekja til verulegra breytinga sem urðu á hlutafjäreign í FL Group hf. (FL Group) þann 1. júlí 2005, en hlutabréf félagsins voru á þeim tíma skráð á skipulegum verðbréfa-markaði NASDAQ-OMX á Íslandi. Saxbygg hf. seldi Landsbanka Íslands hf. (LÍ) 26,53% hlut sinn í félaginu og Mannvirki hf. seldi bankanum 1% hlut sinn í félaginu. LÍ ráðstafaði mestu af sínum hlut, sem þá var orðinn 31,08%, með þeim hetti

að Eignarhaldsfelagið Oddaflug ehf. (Oddaflug) keypti 4,99%, Katla Investment S.A. (Katla) gerði framvirkan samning um kaup á 17,68% hlut og Baugur Group hf. (Baugur Group) gerði framvirkan samning um kaup á 2,46% hlut. Eftir þessi viðskipti var eignarhald/atkvæðisréttur stærstu hluthafa FL Group með þeim hætti að Oddaflug átti 35,46% eignarhlut, Baugur Group fór með atkvæðisrétt fyrir 12,4% og Katla 17,68%. Vegna þessara breytinga tók Yfirtökunefnd til skoðunar hvort tilboðsskylda hefði hugsanlega myndast vegna samstarfs milli annars vegar Oddaflugs og Baugs Group og hins vegar Oddaflugs og Kötlu. Í álitu nefndarinnar dags. 17. ágúst 2005 komst nefndin að þeirri niðurstöðu að ekki væri unnt að staðhæfa að samstarf væri milli þessara aðila gegn neitun þeirra og því hefði ekki stofnast yfirtökuskylda á grundvelli 2. mgr. 37. gr. eldri laga um verðbréfavíðskipti nr. 33/2003 (nú 2. mgr. 100. gr. vskl.). Fjármálaeftirlitið komst að sömu niðurstöðu í álitu sem var birt þann 26. apríl 2006.⁴⁸ Í síðastnefndu álitu Fjármálaeftirlitsins er meðal annars vísað til þess að Baugur Group, eigandi Oddaflugs og Katla væru stórir eignaraðilar í fleiri félögum, eins og til dæmis í Húsasmíðjunni hf. Slík viðskiptatengsl voru hins vegar ekki talin fela í sér sönnun um að þessir aðilar væru gegn neitun þeirra í samstarfi í skilningi reglna um tilboðsskyldu. Er sérstaklega tekið fram í álitu Fjármálaeftirlitsins að það sé ekki fullnægjandi til að telja megi að um samstarf sé að ræða í skilningi síðastnefndra reglna að þessir aðilar hefðu staðfest að þeir he-

47 Í Danmörku er fjallað um samstarf aðila í 4. tl. 1. gr. reglna nr. 1228/2007 um yfirtökutilboð. Það ákvæði byggir á d. lið 1. mgr. 2. gr. yfirtökutilskipunarinnar á sama hátt og 2. mgr. 100. gr. vskl. Af umfjöllun danskra fræðimanna og eldri réttarframkvæmd dónsku kauphallarinnar má sjá að miklar kröfur eru jafnframt gerðar þar í landi um sönnun á tilvist samkomulags um samstarf. Danskir fræðimenn hafa dregið þá ályktun af danskri réttarframkvæmd að til þess að lítið verði á fleiri hluthafa sem einn í fyrrgreindum skilningi, þurfi að vera einhver lágmarks varanleiki í samstarfi þeirra. Þannig þurfi að sýna fram á að þeir hafi beitt atkvæðisrétti sínum saman og staðið að öðru leyti sameiginlega að ákvörðunum sem snerta viðkomandi félag. Sjá um þetta Werlauff og Moalem. Værdipapirhandelsloven med Kommentarer, bls. 332 og Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff. Børs- og kapitalmarked-sret, bls. 414. Um eldri rétt hvað þetta varðar sjá Erik Werlauff. „Samarbejde om kontrollen over et børsnoteret selskab – et udvidet, ufærdigt børsretligt koncernbegreb“. Ufr 2000 B, bls. 601.

Í Noregi er fjallað um samstarf aðila í grein 6-5 og 2-5 í norsku verðbréfavíðskiptalögunum nr. 75/2007. Samkvæmt grein 6-5 þarf að horfa til eignarhluta og viðskipta náteنگdra aðila (n. nærstænde) þegar metið er hvort yfirtökuskylda hafi myndast. Í grein 2-5 er hugtakið náteنگdir aðilar skilgreint, en samkvæmt 5. tl. þess ákvæðis er lítið á aðila í samstarfi sem náteنگdra. Norskir fræðimenn hafa lagt til grundvallar á sama hátt og danskir fræðimenn að nokkur varanleiki þurfi að vera í samstarfi til að þetta ákvæði geti átt við. Þannig dugi til dæmis almennt ekki að viðkomandi aðilar hafi í eitt einstakt skipti beitt atkvæðisrétti á hluthafafundi á sama hátt, heldur þurfi að sýna fram á viðtækari og varanlegri ytri tengsl til að samkomulag um samvinnu teljist sannað. Sjá um þetta Tor Bechmann o.fl. Verdpapirhandelsloven, kommentarutgave, bls. 65.

48 Álit Fjármálaeftirlitsins má finna á heimasíðu þess á eftirfarandi netslóð: <http://www.fme.is/?PageID=405> (sött í febrúar 2009)

í þu sameiginlega framtíðarsýn fyrir viðkomandi félag og ynnu sameiginlega að henni.

Um miðjan nóvember 2005 voru enn kynntar breytingar á eignarhaldi FL Group. Þann 1. nóvember það ár var samþykkt að hækka hlutfé félagsins um 44 milljarða króna. Sala á þessu hlutfé fór þannig fram að 28 milljarðar voru seldir á vegum fyrirsvarsmanna FL Group en 16 milljarðar voru sölutryggðir af LÍ og Kaupþingi banka hf. Hlutfjárakningin fór fram til að styrkja eiginfjárstöðu félagsins sem þá var orðið fjárfestingarfélag. Í álit Yfirtökunefndar frá 13. desember 2005 var lagt til grundvallar að Oddaflug, Baugur Group og Katla (sem síðar varð Icon ehf.) hefðu ákveðið sín á milli hvernig þeim 28 milljörðum sem fyrirsvarsmenn FL Group skuldbundu sig til að ráðstafa skyldu skiptast, en það var ekki hlutfallsleg skipting milli stærstu hluthafa félagsins. Oddaflug skráði sig fyrir 7,5 milljörðum, Baugur Group fyrir 15 milljörðum, Icon ehf. fyrir 5,5 milljörðum (sem voru síðar yfirteknir af Materia Invest ehf. sem var að mestu í eigu sömu aðila og Icon ehf.). Yfirtökunefnd komst að þeirri niðurstöðu að þrátt fyrir neitun aðila yrði að leggja til grundvallar að samkomulag hefði verið til staðar milli Baugs Group og Oddaflugs um skiptingu hlutfjárins og því yrði að lita svo á að þessir aðilar væru í samstarfi í skilningi 2. mgr. 37. gr. eldir laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Saman fóru þessir aðilar með 49,68% eignarhlut eftir hlutfjárakninguna í nóvember 2005, en tilboðsskylda var á þessum tíma miðuð við 40% atkvæðisrétt.⁴⁹ Á álit nefndarinnar var sérstaklega vísað til þess að mikil umframeftirspurn hefði verið eftir hlutfé í FL Group í tengslum við lokað útbod sem fór fram af hálfu bankanna sem höfðu sölutryggt hluta af hlutfjárakningunni samkvæmt framansögðu. Umframeftirspurnin í útbodinu var 320%. Niðurstaða Yfirtökunefndar var þannig sú að tilboðsskylda hefði myndast. Daginn eftir að álit Yfirtökunefndar lá fyrir, eða þann 14. desember 2005, tilkynntu Baugur Group

og Oddaflug um sölu á 5% eignarhlut hvors þeirra í FL Group til LÍ. Við þessa sölu fór samanlagður eignarhlutur þeirra í FL Group niður í 39,68% og þar með undir yfirtökumörk samkvæmt þágildandi lögum. Í tilkynningunni kom einnig fram að samhliða sölu bréfanna hefði verið gerður skiptasamningur við LÍ um að félögin nytu fjárhagslegs ávinnings af gengi bréfa í félaginu. Samkvæmt þessum samningum var LÍ skráður eigandi hlutabréfanna í FL Group og fór með atkvæðisrétt sem fylgdi bréfunum. Samkvæmt samningunum áttu hvorki Oddaflug né Baugur Group rétt á að fá atkvæðisréttinn framseldan til sín og var ekki gert ráð fyrir að hlutabréfin með atkvæðisrétti færu aftur til þessara aðila við samningslok. Einungis var gert ráð fyrir fjárhagslegu uppgjör við samningslok sem tæki mið af gengisþróun hlutabréfanna. Samningurinn milli LÍ, Baugs Group og Oddaflugs fól í sér samning um „fjárhagslegan mismun“ sem er ein tegund afleiðusamninga, sbr. g. liður 2. t.l. 1. mgr. 2. gr. vskl. Í kjölfar þessarar víðskipta komst Yfirtökunefnd að þeirri niðurstöðu þann 14. desember 2005 að yfirtökuskylda væri ekki lengur fyrir hendi. Sú niðurstaða var síðan ítrekuð með álit dags. 18. janúar 2006.

Fjármálaeftirlitið komst að annarri niðurstöðu en Yfirtökunefnd um tilboðsskyldu vegna hlutfjárhækkunarinnar sem fram fór í nóvember 2005. Í álitinu sem birt var 26. apríl 2006 komst Fjármálaeftirlitið að þeirri niðurstöðu að engin yfirtökuskylda hefði myndast. Í því samhengi er vísað til þess að ekkert hefði komið fram sem hefði gefið tilefni til að ætla að markmið aðila með útbodinu hefði verið að ná yfirráðum eða verjast yfirtöku í FL Group. Er meðal annars vísað til þess að umræddir aðilar, Baugur Group, Oddaflug og Materia Invest (áður Katla og Icon), hefðu öll átt forkaupsrétt á hlutfé og hefðu því getað viðhaldið sínum eignarhlut í almennu útbodi. Taldi Fjármálaeftirlitið ekki skipta neinu máli í þessu samhengi þótt þessir aðilar hefðu keypt eignarhluti sem voru ekki

⁴⁹ Áður fóru Oddaflug og Baugur Group með 47,86% af atkvæðisrétti FL Group, en fyrir hlutfjárakninguna í nóvember 2005 var lítið svo á að þessir aðilar hefðu ekki verið í samstarfi, sbr. álit Yfirtökunefndar frá 17. ágúst 2005.

í samræmi við hlutfallslegan rétt þeirra miðað við fyrri eignarhlut í FL Group. Var einnig vísað til þess að bankarnir sem sáu um að sölutryggja hluta af hlutafjánhækkuninni hefðu lagt mikla áherslu á að stærstu hluthafar FL Group myndu skrá sig fyrir verulegum eignarhlut í heildarhlutafjánhækkuninni. Að mati bankanna hefði slík þátttaka stærstu hluthafa verið forsenda þess að hægt væri að selja mismuninn af hlutafjánhækkuninni til fagfjárfesta í lokuðu útbóði.

Samkvæmt ofangreindu komust Fjármálaeftirlitið og Yfirtökunefnd að ólíkum niðurstöðum um hvort tilboðsskylda hefði stofnast í kjölfar hlutafjánhækkunarinnar sem fram fór í nóvember 2005. Enginn skriflegur samningur lá fyrir um samstarf þessara aðila og þeir neituðu að nokkurt samstarf væri milli þeirra um yfirráð í félaginu. Eina sem þeir voru tilbúnir til að staðfesta var að þeir hefðu sömu sýn á framtíð félagsins sem fjárfestingarfélags. Álit Yfirtökunefndar um tilboðsskyldu byggði á því að leggja yrði til grundvallar að Baugur Group og Oddaflug hefðu komist að samkomulagi um skiptingu hlutafjár í hlutafjárútbóðinu og því yrði að telja að félögin hefðu verið í samstarfi um að ná yfirráðum í félaginu eða koma í veg fyrir að yfirtaka næði fram að ganga í skilningi 2. mgr. 37. gr. eldri laga um verðbrefaviðskipti nr. 33/2003. Fjármálaeftirlitið taldi hins vegar að ekkert hefði verið athugavert við framkvæmd hlutafjánhækkunarinnar og að útskýringar aðila á sinni þátttöku í hlutafjánhækkuninni hefðu verið trúverðugar. Taldi Fjármálaeftirlitið að þátttaka þessara aðila í hlutafjánhækkuninni leiddi ekki sjálfkrafa til þeirrar ályktunar að þessir aðilar teldust vera í samstarfi um að ná yfirráðum í félaginu eða koma í veg fyrir að yfirtaka gæti náð fram að ganga.

Taldi Fjármálaeftirlitið að engu máli skipti í því samhengi þótt þessir aðilar hefðu sameiginlega framtíðarsýn, sem var að auka fjárfestingarstarfsemi félagsins.

FL Group málið varpar ágætu ljósi á hversu erfitt það getur verið að sanna samstarf milli aðila þegar þeir neita tilvist samkomulags um samstarf og ekki er hægt að fella atvik undir löglíkindareglu 3. mgr. 100. gr. vskl. (3. mgr. 37. gr. laga nr. 33/2003 í tíð eldri laga). Í þessu máli lá fyrir sterkur grunur um að Baugur Group, Oddaflug og Materia Invest (og Icon) væru í samstarfi í skilningi yfirtökureglna. Á hinn bóginn var ekki hægt að fella tengsl þessara aðila undir löglíkindareglu 3. mgr. 37. gr. eldri laga um verðbrefaviðskipti nr. 33/2003 (nú 3. mgr. 100. gr. vskl.). Ef horft er til dóms Hæstaréttar í máli Hraðfrystistöðvar Þórshafnar (nr. 293/2007) er ljóst að miklar kröfur eru gerðar til sönnunar um tilvist samkomulags milli hluthafa í tengslum við reglur um tilboðsskyldu. Dómurinn fjallaði reyndar um túlkun á ákvæði um samkomulag milli hluthafa til að ráða yfir atkvæðisrétti í félagi (nú 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl.) en ekki beinlínis ákvæði um samstarf.⁵⁰ Þrátt fyrir það verður að telja líklegt að dómstólar beiti sambærilegum skýringararsjónarmiðum í ljósi þess að ákvæðið um samstarf byggir á sömu undirstöðurökum. Þetta má til dæmis sjá af dómi Héraðsdóms Reykjaness í svokölluðu Hampiðjumáli, sem reifaður verður síðar. Samkvæmt dómi Hæstaréttar í máli Hraðfrystistöðvar Þórshafnar var ekki talið nóg að sýnt væri fram á samstöðu milli umræddra aðila í tengslum við hlutafjárkaup í félaginu. Aðstæður í FL Group málinu voru nokkuð líkar að þessu leyti en þar var sýnt fram á samstöðu milli aðila um skiptingu hluta milli aðila í tengslum við hlutafjárkaupingu. Í ljósi þess að niðurstaða

⁵⁰ Munurinn á þessu tvennu liggur í því að ákvæði 2. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. snýst um að sanna framsal á atkvæðisrétti á meðan ákvæði 2. mgr. 100. gr. sömu laga snýst um að sanna að tilteknir aðilar hafi gert samkomulag um að ná yfirráðum í fé-

lagi eða koma í veg fyrir að yfirtaka annarra nái fram að ganga án þess að eiginlegt framsal á atkvæðisrétti hafi átt sér stað.

Yfirtökunefndar á tilboðsskyldu byggðist einkum á þessu atriði og ekki tókst að sanna samkomulag um fleiri atriði milli fyrrgreindra hluthafa FL Group er líklegt að niðurstaða dómstóla hefði orðið sú sama og hjá Fjármálaeftirlitinu, að tilboðsskylda hefði ekki myndast.

Samkvæmt framansögðu er ljóst að sönnunarbyrðin um tilvist samkomulags milli fleiri hluthafa um samstarf gegn neitun þeirra er þung þegar löglíkindaregla 3. mgr. 100. gr. vskl. á ekki við. Er þetta í samræmi við sambærilegar reglur sem gilda um þetta í Noregi og í Danmörku.⁵¹ Ekki er hægt að gefa neina almenna reglu um þetta heldur verður að meta þetta í hvert og eitt skipti. Samspil margra þátta getur leitt til þess að sönnunarbyrðin velti yfir á viðkomandi hluthafa um að þeir séu ekki í samstarfi. Samspil eftirfarandi aðstæðna má nefna í dæmaskyni:

i) Meðferð atkvæðisréttar á hluthafafundum

Ef sýnt er fram á að viðkomandi hluthafar hafi í lengri tíma farið saman með atkvæðisrétt á hluthafafundum í viðkomandi félagi, getur slíkt verið vísbending um samkomulag um samstarf. Sönnun á þessu getur verið erfið en hugsanlega væri hægt að sýna fram á slíkt ef aðilar hafa í sögulegu samhengi veitt hver öðrum umboð til að mæta á hluthafafundi og taka þar þátt í atkvæðagreiðslu við kosningu stjórnar og við aðrar mikilvægar ákvarðanatökur.⁵² Það eitt að hluthafar hafa

greitt atkvæði á sama hátt á hluthafafundum myndi hins vegar ekki duga sem sönnun um samstarf, jafnvel þótt hægt væri að sýna fram á að aðilar hefðu beitt atkvæði sínu á sama hátt til lengri tíma. Meira þyrfti til að koma svo samstarf teldist sannað. Til hliðsjónar má geta þess að norskir fræðimenn hafa talið að almennt sé ekki fullnægjandi að sýna fram á samskonar beitingu atkvæðisréttar á hluthafafundum, jafnvel þótt aðilar hafi verið samstíga í að skipta um stjórn félags. Ekki telja þeir heldur að það sé sjálfkrafa fullnægjandi að eingöngu sé sýnt fram á að aðilar hafi verið samstíga í ákvörðunum á hluthafafundum í einhvern tíma. Þar er lögd áhersla á að viðkomandi hluthafar hafi „skuldbundið sig“ innbyrðis til að standa sameiginlega að viðkomandi ákvörðun.⁵³ Hugsunin er væntanlega sú að koma í veg fyrir að tilteknir hluthafar séu skilgreindir í samstarfi vegna þess eins að þeir hafi sömu sýn á þær ákvarðanir sem bornar eru upp á hluthafafundum. Afstaða Fjármálaeftirlitsins í FL Group málinu um að sameiginleg framtíðarsýn hluthafa skipti ekki máli við sönnunarmat af þessum toga virðist byggja á þessu sjónarmiði. Danskir fræðimenn telja á sama hátt og norskir fræðimenn að sameiginleg beiting atkvæðisréttar geti skipt máli, en fleira þurfi almennt til að koma svo samstarf teljist sannað.⁵⁴

ii) Sameiginlega fjárfestingasaga

Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005

51 Sjá fyrri tilvísun í danska og norska löggjöf um þetta og kenningar þarlendra fræðimanna. Þótt hægt sé að hafa hliðsjón af dönskum og norskum lögum um þetta efni verður að fara varlega í að draga af viðtækar ályktanir af þeim þar sem orðalag og uppbygging reglna um yfirtöku er ekki nákvæmlega eins hér á landi. Þrátt fyrir mismunandi orðalag og uppbyggingu byggja reglurnar á sama grunni.

52 Þegar aðilar mæta á hluthafafundi fyrir þriðja aðila þurfa þeir að afhenda skriflegt umboð, sbr. 2. mgr. 81. gr. laga nr. 2/1995 um hlutafélög. Samkvæmt 4. mgr. 90. gr. sömu laga er skylt að gera skrá yfir þá hluthafa sem mæta á hluthafafund og umboðsmenn þeirra. Skrá þessa skal taka beint uppí fundargerðarbók eða varðveita með henni, sbr. 5. mgr. 90. gr.

laganna. Í 6. mgr. 90. gr. er kveðið á um skyldu til að varðveita fundargerðarbók með tryggunn hætti. Gögn þessi eiga því að vera aðgengileg hjá viðkomandi félagi.

53 Tor Bechmann o.fl. Verðipapirhandelloven, kommentarutgave, bls. 65. Orðalagið í norsku lögnum endurspeglar þetta þar sem talað er um „forpliktende samarbeid“ í 5. tl. greinar 2-5 í norsku verðbréfavíðskiptalögum nr. 75/2007. Þótt ekki sé notast við sambærilegt orðalag í íslensku lögnum byggja ákvæði þeirra á sama grunni þar sem þau vísa til þess að samkomulag þurfi að vera milli aðila. Í því felst óhjákvæmilega að umræddir aðilar hafi skuldbundið sig með samningi til að vera í nánar tilgreindu samstarfi.

er eins og fyrr segir nefnt í dæmaskyni að sameiginleg fjárfestingasaga hluthafa kunni að gefa samstarf aðila til kynna.⁵⁵ Eðli máls samkvæmt getur samstarf hluthafa í öðrum fjárfestingum gefið til kynna að þeir séu almennt að vinna saman með sínar fjárfestingar. Því umfangsmeira sem slíkt samstarf er því meiri líkur eru á því að þeir séu jafnframt í samstarfi á öðrum vettvangi. Varasamt er hins vegar að draga of víðtækar ályktanir af samstarfi á öðrum vettvangi þar sem hagsmunir fyrir samstarfi geta verið mjög breytilegir frá einu fyrirtæki til annars. Vætanlega kemur því almennt eingöngu til álita að notast við fjárfestingasögu aðila sem eitt þúsl af mörgum í sönnunarfærslu um samstarf. Í FL Group málinu vísaði Fjármálaeftirlitið til samvinnu umræddra hluthafa í fjárfestingum á öðrum vettvangi (í þremur félögum). Taldi Fjármálaeftirlitið það samstarf ekki hafa þýðingu við mat á tilboðsskyldu í FL Group.

iii) Eigna- og/eða stjórnunartengsl

Eins og síðar verður rakið geta ákveðin eigna- og/eða stjórnunartengsl leitt til þess að löglíkindi teljist vera fyrir því að tilteknir aðilar séu í samstarfi, sbr. 2-4 tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. Séu eigna- og/eða stjórnunartengslin ekki fullnægjandi til þess að síðastnefnd löglíkindaregla eigi við geta tengslin engu að síður verið slík að þau geti auk annarra atriða leitt til þess að sönnunarbyrðin snúist við.

iv) Persónutengsl

Ákveðin persónutengsl geta leitt til þess að löglíkindaregla 3. mgr. 100. gr. vskl. eigi við, sbr. 1 og 5. tl. Séu tengslin hins vegar ekki þess eðlis að þau verði felld undir síðastnefnd ákvæði, geta þau engu að síður verið þannig að þau geti auk annarra atriða

leitt til þess að samstarf teljist vera sannað milli aðila.

3.4.2. Löglíkur á samstarfi

a) Gildissvið löglíkindareglna

Í 3. mgr. 100. gr. vskl. er að finna ákvæði sem er ætlað að auðvelda sönnun á samkomulagi milli aðila um samstarf. Við gildistöku laga nr. 22/2009, til breytinga á vskl., var gildissvið 3. mgr. 100. gr. vskl. um löglíkur á samstarfi vikkað umtalsvert út. Annars vegar var ákvæði 1. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. breytt og hins vegar var bætt við nýjum tölulið sem varð 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. Ákvæðið er í fimm töluliðum sem allir lýsa nánar tilteknum tengslum milli aðila. Getur þar ýmist verið um persónuleg tengsl að ræða, eignatengsl, stjórnunartengsl eða annars konar hagsmunatengsl. Falli aðstæður undir ákvæðið er lítið svo á að viðkomandi aðilar séu í samstarfi, nema sönnun komi fram um hið gagnstæða. Þær aðstæður sem skilgreindar eru í ákvæðinu eru fyrirfram taldar fela í sér líkur á því að umræddir aðilar séu í samstarfi. Lendi aðilar í þeirri aðstöðu að teljast vera í samstarfi á grundvelli ákvæðisins getur orðið mjög erfitt fyrir þá að koma fram með sönnun um hið gagnstæða. Ákvæðið er því mjög íþyngjandi sem hefur óhjákvæmilega áhrif á þær lögskýringarleiðir sem kemur til greina að nota við túlkun þess. Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 kemur fram að ákvæðið feli ekki í sér tæmandi upptalningu og því megi ekki gagnálykta frá því.⁵⁶ Með hliðsjón af síðastnefnum lögskýringargögnum taldi Yfirtökunefnd og Héraðsdómur Reykjaness í svokölluðu Hampiðjumáli, sem reifað verður hér á eftir, að til greina kæmi að fella fleiri aðstæður undir ákvæðið en þar er lýst samkvæmt orðanna hljóðan, svo framarlega

⁵⁴ Werlauff og Moalem. Værdipapirhandelsloven med Kommentarer. Kaupmannahöfn 2007, bls. 332 og Peer Schaumburg-Müller og Erik Werlauff. Börs- og kapitalmarked-sret, bls. 414.

⁵⁵ Albt. 2004-2005, A-deild, bls. 3684.

⁵⁶ Albt. 2004-2005, A-deild, bls. 3684.

sem telja mætti að þær væru eðlislikar eða samkynja. Fallast má á þessi sjónarmið. Í dómi Héraðsdóms Reykjaness í máli nr. E-302/2006 (Hampiðjumálið) frá 23. október 2006 reyndi á spurninguna um það hvort nánar tilgreind tengsl milli aðila fælu í sér löglíkur á samstarfi í skilningi 3. mgr. 37. gr. laga nr. 33/2003 um verðbréfavíðskipti. Í málinu reyndi jafnframt á það álitamál hvort aðili/aðilar sem verða yfirtökuskyldir geti losnað undan skyldunni með því að selja eignarhluti niður fyrir yfirtökumörk. Máli þessu var ekki afryjað til Hæstaréttar. Málsatvik voru eftirfarandi:

Hampiðjan hf. var skráð í Kauphöll Íslands. Óumdeilt var að Vogun hf., Fiskeveiðihlutafélagið Venus hf., Árni Vilhjálmsson og Kristján Loftsson væru í samstarfi um meðferð eignarhluta sinna í Hampiðjunni hf. Þann 18. nóvember 2005 jók Fiskeveiðihlutafélagið Venus hf. eignarhlut sinn í félaginu úr 9,8927% í 12,55%, eða um 2,66%. Í kjölfar þessara víðskipta fóru þessir aðilar samtals með 44,83% eignarhlut í félaginu en höfðu áður farið með 42,17% eignarhlut. Þar sem þessir aðilar voru í samstarfi við gildistöku laga nr. 33/2003, nutu þeir góðs af bráðabirgðaákvæði þeirra laga um að aðilar sem væru í samstarfi við gildistöku þeirra og færur með meira en 40% hlutafjár gerðust ekki tilbodsskyldir nema þeir ykju við eignarhlut sinn umfram næsta verulega hlut, sbr. 1. mgr. 27. gr. þeirra laga, sem var 5%. Þeir þurftu því að fara með meira en 45% hlutafjár í Hampiðjunni hf. til að gerast yfirtökuskyldir. Í álti dags. 3. desember 2005 komst Yfirtökunefnd að þeirri niðurstöðu að Fiskeveiðihlutafélaginu Venusi hf. væri skylt að gera yfirtökutilboð til annarra hluthafa í Hampiðjunni hf. vegna þeirrar aukningar á hlutafjáreign í félaginu sem átti sér stað þann 18. nóvember 2005. Yfirtökunefnd taldi að löglíkur væru á því að þær Kristín Vilhjálmisdóttir og Sigríður Vilhjálmisdóttir, sem eru systur Árna Vilhjálmssonar, væru í samstarfi við Vogun hf., Fiskeveiðihlutafélagið Venus hf., Árna Vilhjálmsson og Kristján Loftsson, í skilningi 3. mgr.

37. gr. laga nr. 33/2003. Þar sem Kristín Vilhjálmisdóttir átti 0,5177% eignarhlut í Hampiðjunni hf. og Sigríður Vilhjálmisdóttir 0,31% eignarhlut taldi yfirtökunefnd að yfirtökuskylda hefði myndast þar sem þessir aðilar fóru í kjölfar fyrrgreindra víðskipta samtals með 45,6558% eignarhlut í Hampiðjunni hf. Yfirtökunefnd rökstuddi þessa niðurstöðu annars vegar með vísan til hagsmunatengsla Kristínar og Sigríðar við fyrrgreinda aðila og hins vegar með vísan til persónutengsla þeirra við Árna. Að því er varðar hagsmunatengslið vísaði nefndin til þess að þær systur áttu hvor um sig 12,5% eignarhlut í Fiskeveiðihlutafélaginu Venusi hf. Taldi nefndin verulegu máli skipta í þessu samhengi að síðastnefnd félag var langstærsti hluthafinn í Hval hf., með 35,24% eignarhlut, og eini hluthafinn sem fór með meira en 10% eignarhlut í því félagi, en Hvalur hf. átti nánast allt hlutfé í Vogun hf. sem aftur átti 28,4934% eignarhlut í Hampiðjunni hf. Þannig fór Fiskeveiðihlutafélagið Venus hf. beint og óbeint með meira en 40% hlutafjár í Hampiðjunni hf. Vísad nefndin til þess að hagsmunatengslið hefðu verið langvarandi og veruleg, en þær systur höfðu eins og Árni erft umræddan eignarhlut við andlát föður þeirra og átt hann síðan. Yfirtökunefnd vísad sérstaklega til þess að fyrrgreind tengsl fellu ekki undir orðalag 3. mgr. 37. gr. laga nr. 33/2003, ef ákvæðið væri skýrt eftir orðanna hljóðan. Um lögskýringuna sagði nefndin orðrét: „Í skýringum ú greinargerð með ákvæðinu kemur fram, að ákvæðið beri að skýra svo að það feli ekki í sér tæmandi talningu og því megi ekki gangalykta (sic) frá því. Í þessu felst, að skýra ber ákvæðið rýmkandi lögskýringu ef nauðsyn krefur. Ákvæðið á að skýra með hliðsjón af eðli tengslanna, þ.e. hvort þau séu þannig að þeim verði að fullu jafnað til þeirra tengsla sem 3. mgr. 37. gr. nefnir berum orðum og þannig jafnan talin fela í sér löglíkur á samstarfi í skilningi 2. mgr. laganna.“⁵⁷

Í ljósi niðurstöðu yfirtökunefndar seldi Fiskeveiðihlutafélagið Venus hf. hlutfé í Hampiðjunni hf. að nafnvirði kr. 3.500.000,- með þeim afleiðingum að eignarhlutur félagsins og þeirra aðila sem taldir voru vera í samstarfi við það fór

niður fyrir 45%. Daginn eftir ritaði lögmaður Atorku Group hf., sem var eigandi að 21,8507% eignarhlut í Hampiðjunni hf., bréf þar sem félagið krafðist þess að Fiskveiðihlutafélagið Venus hf. yfirtæki eignarhluti þess á grundvelli reglna laga nr. 33/2003 um tilboðsskyldu. Byggði Atorka Group hf. á því að yfirtökuskylda hefði myndast og að Fiskveiðihlutafélagið Venus hf. gæti ekki losnað undan tilboðsskyldu með því að selja sig aftur niður fyrir 45%. Höfðaði félagið í kjölfarið mál fyrir Héraðsdómi Reykjaness í febrúar 2006 og var dómur kveðinn upp í málinu þann 23. október sama ár.

Héraðsdómur Reykjaness sýknaði Fiskveiðihlutafélagið Venus hf. Byggðist niðurstaða héraðsdóms í fyrsta lagi á því að ekki hefði verið hægt að leggja til grundvallar að löglíkur væru á samstarfi Kristínar og Sigriðar við áður nefnda aðila. Í öðru lagi byggðist niðurstaðan á því að jafnvel þótt slíkt samstarf hefði talið vera til staðar, hefði yfirtökuskylda fallið niður þegar Fiskveiðihlutafélagið Venus hf. selði fyrrgreindan eignarhlut sinn þann 5. desember 2005. Að því er varðaði spurninguna um löglíkur fyrir samstarfi visað héraðsdómur til þess að þau tengsl sem lágu fyrir í málinu fellu ekki beint undir 1. til 4. tölulíð 3. mgr. 37. gr. laga nr. 33/2003. Í forsendum dómsins er vísað til þess að þrátt fyrir að tengsl falli ekki beint undir orðalag síðastnefnds ákvæðis verði ekki loku fyrir það skotið að unnt sé að beita ákvæðinu um eðlislik eða samkynja tengsl og þar er fjallað um. Dómurinn taldi hins vegar að fara yrði mjög varlega í að fella atvik undir þetta ákvæði og að þau tengsl sem fjallað var um í málinu yrðu ekki felld undir þetta ákvæði. Um þetta segir orðrétt í forsendum dómsins: „Hvað sem þessu líður þykir verða að sýna mikla varfærni þegar tekin er afstaða til þess hvort fyrir hendi sé aðstaða sem með framangreindum áskilnaði verði felld undir ákvæðið, en í honum felst að um sé að ræða tengsl sem alla jafna yrðu álitin fela í sér samstarf í skilningi 2. mgr. 37. gr.

laga um verðbréfavíðskipti. Er þá ekki hvað síst til þess að lita að í 37. gr. laganna felst ráðagerð um inngrip í eignarréttindi, þar sem umtalsverðir hagsmunir geta eðli máls samkvæmt verið í húfi og þá óháð niðurstöðu um það álitafni hvort hluthafi losni undan skyldu til að gera yfirtökutilboð fari hann niður fyrir yfirtökumörk með sölu hluta. ... Samkvæmt 1. tölulíð 3. mgr. 37. gr. laga um verðbréfavíðskipti skal samstarf í skilningi 2. mgr. alltaf talið vera fyrir hendi, nema sýnt sé fram á hið gagnstæða, ef um er að ræða hjón, aðila í staðfestri samvist, aðila í skráðri sambúð og ófjárráða börn aðila. Fjárráða börn falla samkvæmt þessu ekki beint undir ákvæðið. Þá einskorðast tengsl samkvæmt 4. tölulíð 3. mgr. 37. gr. við tengsl á milli félags og stjórnarmanna þess og félags og framkvæmdastjóra þess. Með vísan til þess sem nú hefur verið rakið og að virtum atvikum að öðru leyti telur dómurinn að ekki séu næg efni til að lita svo á að þau tengsl sem hér hafa sérstaklega verið til skoðunar verði talin eðlislik eða samkynja þeim tilvikum sem beinlínis falla undir 3. mgr. 37. gr. laga um verðbréfavíðskipti. Þeirri efnisreglu sem í ákvæðinu felst verður því ekki beitt um þessi tengsl með lögjöfnun eða þau felld undir það með rýmkaði skýringu. Samkvæmt þessu og þar sem ósannað telst að allir þeir aðilar, sem stefnandi setur samkvæmt framansögðu undir einn hatt með tilliti til tilboðsskyldu, hafi átt með sér samstarf á þeim grunni sem um getur í 2. mgr. 37. gr. laganna, fellst dómurinn ekki á það með stefnanda að skylda til að gera yfirtökutilboð hafi stofnast við kaup stefnda á hlutum í Hampiðjunni hf. 18. nóvember 2005.”

Vikið verður nánar að dóminum hér á eftir í tengslum við einstök ákvæði 1-3. tölulíð 3. mgr. 100. gr. vskl.

b) Fjölskyldutengsl

Samkvæmt 1. tölulíð 3. mgr. 100. gr. vskl. telst samstarf alltaf vera fyrir hendi milli

eftirtaldrá aðila nema sýnt sé fram á hið gagnstæða: Hjón, aðilar í staðfestri samvist, aðilar í skráðri sambúð og börn hjóna, aðila í staðfestri samvist eða skráðri sambúð. Fyrir gildistöku laga nr. 22/2009 náði ákvæðið ekki til fjárráða barna en það gildissvið þótti vera of þröngt.⁵⁸ Eins og sjá má af þessu ákvæði er ekki gert að skilyrði að þessir aðilar búi á sama heimili.⁵⁹ Samkvæmt framansögðu kann raunveruleikinn að vera sá að umræddir aðilar séu ekki í neinu sambandi þótt fyrrgreind tengsl séu til staðar. Geti aðilar hins vegar sýnt fram á að þeir séu ekki í raunverulegu sambandi myndi slíkt vera liður í sönnunfærslu um að viðkomandi aðilar væru ekki í samstarfi. Hafi hjón til dæmis slitið samvistun og óskað eftir skilnaði, myndi slíkt geta haft áhrif á sönnunarmatið, svo framarlega sem tímasetningar eru ekki grunsamlegar. Það gæti til dæmis verið grunsamlegt ef fyrst væri óskað eftir skilnaði eftir að ágreiningur um tilboðsskyldu kæmi upp.

Ákvæðið nær til barna, hvort sem þau eru fjárráða eða ófjárráða. Ekki er gerður greinarmunur á því hvort um blóðtengsl sé að ræða milli foreldra og barna og verður því að túlka ákvæðið þannig að það nái jafnframt til barna sem hafa verið ættleidd. Það dugar að um barn annars aðilans sé að ræða sem er í hjónabandi, staðfestri samvist eða skráðri sambúð. Þannig geta stjúpbörn fallið undir ákvæðið ef um barn annars aðilans er að

ræða. Ákvæði 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. getur náð yfir tengsl sem falla fyrir utan gildissvið 1. tl., eins og síðar verður rakið nánar.

Ákvæðið tekur ekki til systkyna eða annars konar fjölskyldutengsla. Í Hampiðjumálinu taldi Héraðsdómur Reykjaness þannig að ekki væri unnt að fella systkyni undir 1. tl. 3. mgr. 37. gr. eldri laga um verðbrefaviðskipti nr. 33/2003 með rýmkaði skýringu. Þrátt fyrir að þessir aðilar falli ekki undir 1. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl., enda séu tengslin þannig að gera megi ráð fyrir að líklegt sé að þau leiði til samstöðu aðila um að stýra málefnum félagsins. Hefðu atvik Hampiðjumálsins átt sér stað í gildistíð núgildandi laga er líklegt að tengsl aðila hefðu verið felld undir 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. Nánar verður fjallað um síðastnefnt ákvæði síðar.

c) Tengsl byggð á beinum eða óbeinum yfirráðum

Fari aðili með bein eða óbein yfirráð yfir öðrum aðila eða séu tvö eða fleiri félög beint eða óbeint undir yfirráðum sama aðila teljast þeir allir vera í samstarfi nema þeim takist að sanna hið gagnstæða, sbr. 2. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl.⁶⁰ Með yfirráðum er átt við yfirráð eins og þau eru skilgreind í 1. mgr. 100. gr. vskl. og áður hefur verið fjallað um.⁶¹ Fari aðili þannig með 30% atkvæðisrétt eða meira í öðru félagi, telst hann vera í

58 Alpt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

59 Ákvæðið er að þessu leyti ólíkt skilgreiningu á fjárhagslega tengdum aðilum í 2. tl. 16. gr. reglna nr. 987/2006 um meðferð innherjaupplýsinga og viðskipti innherja. Samkvæmt því ákvæði teljast eingöngu ófjárráða börn sem búa á heimili fruminnherja vera fjárhagslega tengd honum. Sérstaklega er tekið fram í því ákvæði að það nái einnig til kjörbarna og stjúpbarna. Samkvæmt 3. tl. 16. gr. reglnanna teljast einnig önnur skyldmenn vera fjárhagslega tengd fruminnherja, enda hafi þau búið á heimili hans í að minnsta kosti eitt ár þegar viðskipti áttu sér stað. Ekki er hins vegar gert að skilyrði að hjón búi á sama heimili, aðilar í staðfestri sambúð eða sambúðaraðilar, sbr. 1. tl. 16. gr. reglnanna.

60 Ákvæði þetta byggir að grunni til á 2. mgr. 2. gr. yfirtöku-tilskipunarinnar. Síðastnefnt ákvæði vísar til yfirráða eins og

þau eru skilgreind í 87. gr. tilskipunar Evrópuþingsins og ráðsins 2001/34/EB um opinbera skráningu verðbrefa. Ljóst er að ákvæði 2. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. gengur lengra í að skilgreina yfirráð, því tilskipunin miðar yfirráð við þá aðstöðu þegar aðili fer með meirihluta atkvæðisréttar eða getur skipað eða sett af meirihluta stjórnar. Ákvæðið 2. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. er engu að síður í samræmi við yfirtökutilskipunina því hún gerir ráð fyrir að aðildarríkjum sé heimilt að setja strangari reglur en þar er kveðið á um, sbr. b. liður 2. mgr. 3. gr. hennar.

61 Í úmmælum í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 er tekið sérstaklega fram að þegar metið sé hvort um bein eða óbein yfirráð sé að ræða skuli miða við skilgreiningu á yfirráðum samkvæmt 1. mgr. Alpt. 2004-2005, A-deild, bls. 3684. Sjá einnig Stefán Már Stefánsson. Samstöður hlutafélag, bls. 210.

samstarfi við það félag nema hann sýni fram á hið gagnstæða. Samkvæmt þessu er ljóst að samstæður hlutafélaga myndu teljast vera í samstarfi og gildir hið sama um systurfélög og eigendur þeirra.⁶² Þegar verið er að meta samstarf samkvæmt ofangreindu skal jafnframt tekið tillit til tengsla milli aðila samkvæmt 1, 3 og 4. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. Fari þannig til dæmis maki viðkomandi aðila með yfirráð yfir einhverju félagi (til dæmis 30% atkvæðisrétt eða meira), beint eða óbeint, myndi slíkt félag teljast vera í samstarfi nema hið gagnstæða yrði sannað.

d) „Verulegur eignarhlutur“

Samkvæmt 3. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. telst vera samstarf milli aðila ef viðkomandi ræður beint eða óbeint yfir 1/3 hluta atkvæðisréttar í öðru félagi. Í kjölfar þess að yfirtökuþróskuldur samkvæmt 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl. var færður úr 40% niður í 30% er sjálfstætt gildi 3. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. eðli máls samkvæmt ekki mikið því yfirráð teljast liggja fyrir samkvæmt 2. tl. áður en reynt getur á 3. tl. Yfirráð samkvæmt 2. tl. miðast þannig við 30% atkvæðisrétt á meðan 3. tl. um „verulegan eignarhlut“ miðast við 33,33% atkvæðisrétt. Þegar verið er að meta samstarf samkvæmt ofangreindu skal jafnframt tekið tillit til tengsla milli aðila samkvæmt 1, 2 og 4. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl.

Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 kemur fram að ágreiningur hafi verið í nefndinni sem gerði upprunalegu drögin að frumvarpinu um það hvort miða ætti hinn „verulega eignarhlut“ við 20% eða 1/3 hluta atkvæðisréttar. Er þar vísað til þess að í Bretlandi sé í þessu samhengi miðað við 20% eignarhlut á meðan miðað væri við félög innan sömu samstæðu í Noregi og Svíþjóð.⁶³ Niðurstaðan var sú að miða við 1/3 hluta atkvæðisréttar, en ákvæðið var ekki tekið

til endurskoðunar þegar yfirtökuþróskuldur var færður niður í 30%.

e) Tengsl milli félags og stjórnarmanna og framkvæmdastjóra

Samkvæmt 4. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. geta tengsl milli félags og stjórnarmanna þess og félags og framkvæmdastjóra þess leitt til þess að talið verði að viðkomandi aðilar séu í samstarfi. Ákvæðið er ekki skýrt þar sem ekki er kveðið efnsilega á um hvers kyns tengsl þarna er átt við. Samkvæmt orðanna hljóðan dugar að um einhver tengsl sé að ræða. Ekki er þannig gert ráð fyrir að viðkomandi stjórnarmaður, framkvæmdastjóri eða einhver aðili sem er honum tengdur, fari með yfirráð í viðkomandi félagi. Því minni tengsl sem eru milli slíkrí aðila, því auðveldara ætti hins vegar að vera að koma fram með sönnun fyrir því að ekki sé um samstarf að ræða. Sem dæmi um aðstæður þar sem reynt gæti á þetta ákvæði má nefna eftirfarandi:

1. A er stjórnarmaður í KK hf. Bæði A og KK hf. eru eigendur að hlutum í SS hf., sem er skráð á skipulegan verðbréfamarkað NASDAQ-OMX á Íslandi. A fer með allan atkvæðisrétt í KK hf. Ljóst er að eignarhlutir A og KK hf. í SS hf. yrðu lagðir saman ef verið væri að skoða hvort tilboðsskylda hefði myndast.
2. Sama dæmi og í 1 nema að A á ekkert hlutafé í KK hf. Eiginkona hans og börn fara hins vegar með yfirráð í KK hf. Ljóst er að eignarhlutir KK hf. og A yrðu lagðir saman. Sama myndi vitaskuld gilda um eignarhluti sem eiginkona A og börn kynnu að eiga sjálf í SS hf.

⁶² Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga, bls. 210.

⁶³ Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3685.

3. Sama dæmi og í 1 nema hvorki A né neinni aðili sem hann tengist á eignarhlut í KK hf. A gæti hugsanlega verið einn af 5 stjórnarmönnum í KK hf. og þannig ekki verið í aðstöðu til að stýra ákvarðanatöku innan þess félags. Samkvæmt orðanna hljóðan falla þessar aðstæður einnig fallið undir 4. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. með þeim afleiðingum að eignarhlutir A og KK hf. yrðu lagðir saman.

Þrátt fyrir að það geti við fyrstu sýn virkað harkalegt að skilgreina stjórnarmann í samstarfi við félag sem hann situr í stjórn hjá, án þess að um nokkur önnur tengsl sé að ræða (dæmi 3), mæla ýmis rök með því að slík tilvik falli undir ákvæðið. Oft getur verið erfitt að sanna samstarf milli aðila gegn neitun þeirra og því mikilvægt að reyna auðvelda sönnunarfærslu eins og frekast er kostur. Komi til þess að einstaklingur verði skilgreindur í samstarfi við félag sem hann situr í stjórn hjá hefur hann ýmsa möguleika til að losna undan þeirri kvöð. Í fyrsta lagi gæti hann freistað þess að koma fram með sönnun fyrir því að hann sé ekki í samstarfi, þar sem hann hafi engin önnur tengsl við félagið eða eigendur þess. Í öðru lagi gæti hann sagt sig úr stjórn félagsins og í þriðja lagi gæti hann selt eignarhlutinn sinn. Samkvæmt þessu má halda því fram að afleiðingar þess að verða skilgreindur í samstarfi undir þessum formerkjum séu ekki eins alvarlegar og afleiðingar fyrir minnihlutaeigendur á því að reglur um tilboðsskyldu nái ekki tilgangi sínum.

f) Rík hagsmunatengsl, persónuleg tengsl o.fl.

Samkvæmt 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. geta „[b]ein eða óbein tengsl á milli aðila innan

eða utan þess félags sem í hlut á, hvort sem um er að ræða rík hagsmunatengsl eða persónuleg tengsl, reist á skyldleika, tengdum eða vináttu, eða tengsl reist á fjárhagslegum hagsmunum eða samningum, sem líkleg eru til að leiða til samstöðu aðila um að stýra málefnum félagsins í samráði hvor eða hver við annan þannig að þeir ráði yfir því.“ Ákvæði þetta kom í lög við setningu laga nr. 22/2009, til breytinga á vskl. Nauðsynlegt þótti að auðvelda eftirlitsaðilum sönnunarfærslu á samstarfi milli aðila. Í frumvarpi til þessara laga er sérstaklega tekið fram að ákvæði eldri laga um tengsl hefðu reynst ómarkviss og erfið í framkvæmd.⁶⁴ Er þar meðal annars verið að vísa til erfiðleika sem eftirlitsaðilar lentu í við sönnunarfærslu í FL Group málinu og Hampiðjumálinu.

Til þess að ákvæði 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. geti átt við þurfa að liggja fyrir bein eða óbein tengsl milli aðila. Nánar tiltekið geta þessi tengsl verið eftirfarandi:

1. Rík hagsmunatengsl
2. Persónuleg tengsl, reist á skyldleika, tengdum eða vináttu
3. Tengsl reist á fjárhagslegum hagsmunum
4. Tengsl reist á samningum

Eins og sjá má af ofangreindu eru lítil takmörk fyrir því hvers kyns tengsl geta leitt til þess að löglíkindareglunni verði beitt. Í öllum tilvikum er það skilyrði hins vegar sett að tengslin séu „líkleg“ til að „leiða til samstöðu aðila um að stýra málefnum félagsins í samráði hvor eða hver við annan“. Af þessu orðalagi er ljóst að það dugar ekki eingöngu að sýna fram á fyrrgreind tengsl. Eðli máls samkvæmt þurfa tengslin á einhvern hátt að tengjast viðkomandi félagi. Þótt samningur

⁶⁴ Alþt. 2004-2005, A-deild, almennar athugasemdir og athugasemdir við 2. gr.

sé þannig til dæmis milli aðila um allt annað félag eða allt aðra hagsmuni getur ákvæðið ekki átt við. Best er að útskýra þetta með einföldu dæmi. Bankinn AB hf. og innflutningsfyrirtækið K hf. eru bæði hluthafar í líftæknifyrirtækinu UST hf., sem er skráð á skipulegan verðbréfamarkað NASDAQ-OMX á Íslandi. AB hf. veitir K hf. almennt rekstrarlán. Þrátt fyrir slíkan samning um lánaþingreiðslu milli AB hf. og K hf., væri ekki hægt að notast við 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. og byggja á því að þessir tveir aðilar væru í samstarfi nema þeim takist að sanna hið gagnstæða. Til þess að til greina kæmi að notast við ákvæðið þyrfti viðkomandi lánasamningur að tengjast á einhvern hátt líftæknifélaginu UST hf. Að öðrum kosti væri skilyrðinu um að tengslin séu „líkleg“ til að „leiða til samstöðu aðila um að stýra málefnum félagsins“ ekki fullnægt. Til að útskýra þetta nánar er hægt að breyta dæminu. K hf. er eigandi að 20% eignarhlut í UST hf. Í kjölfar hlutafjarútboðs hjá UST hf. eykst eignarhlutur K hf. um 3% og fer í 23%. Fjármálaeftirlitið kemst að þeirri niðurstöðu að K hf. sé í samstarfi við annað félag sem á 8% í félaginu. Saman fara þessir aðilar með 31% eignarhlut. Til að bregðast við þessu gerir K hf. afleiðusamning við bankann AB hf. um 2% eignarhlut í UST hf. Afleiðusamningurinn er þannig uppbyggður að K hf. ber fjárhagslega áhættu á gengisþróun bréfa í UST hf., en bankinn fær eignarhlutinn framseldan ásamt atkvæðisrétti. Í þessu dæmi er um að ræða samning milli bankans AB hf. og K hf. sem snertir beint hagsmuni hins skráða félags og kæmi því til greina að fella þessar aðstæður undir 5. tl. 3. mgr. 100. gr. vskl. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009 er sérstaklega fjallað um tilvik af þessum toga. Þar segir að með tengslum reistum á samningum sé átt við hvers konar samninga sem leiða til þess að aðili kemst hjá tilboðsskyldu,

eins og til dæmis framvirka samninga og annars konar tegundir afleiðusamninga. Er sérstaklega bent á mikilvægi þess að koma í veg fyrir að aðilar geti komið sér hjá þeim reglum sem gilda um tilboðsskyldu, til dæmis með því að semja við þriðja aðila um að hann fari tímabundið með eignarhald án þess að nýta atkvæðisrétt þann sem fylgir viðkomandi eignarhaldi.⁶⁵ Síðastnefnd ummæli í frumvarpi fela að öllum líkindum í sér tilvísun í þá samninga sem gerðir voru milli annars vegar Eignarhaldsfélagsins Oddaflugs ehf. og Baugs Group hf. og hins vegar Landsbanka Íslands hf. í kjölfar þess að Yfirtökunefnd komst að þeirri niðurstöðu að þessir aðilar hefðu verið í samstarfi. Um þetta er vísað til reifunar hér að ofan á hinu svokallaða FL Group máli frá árinu 2005. Breytingunni á löglikindareglu 3. mgr. 100. gr. vskl. er ætlað að ná yfir samninga af þeim toga.

3.4.3. Á hverjum hvílir tilboðsskylda þegar um samstarf er að ræða?

Samkvæmt 4. mgr. 100. gr. vskl. hvílir tilboðsskylda á þeim aðila samstarfs sem eykur við hlut sinn þannig að yfirtökumörkum er náð. Orðalagið í síðastnefndu ákvæði er nokkuð athyglisvert og ekki í fullu samræmi við 1. mgr. 100. gr. vskl. Eins og sjá má hvílir tilboðsskylda á þeim aðila samstarfs „sem eykur við hlut sinn“. Sú spurning kemur óhjákvæmilega upp hvort þetta orðalag feli í sér að ef samkomulag um samstarf er gert, án þess að nokkur auki við atkvæðisrétt sinn, að þá stofnist ekki tilboðsskylda? Þetta gæti til dæmis gerst með þeim hætti að tveir eða fleiri aðilar sem samtals eiga 30% eða meira af atkvæðisrétti félags, geri fyrst samkomulag um samstarf eftir að þeir hafa eignast umrædda eignarhluti. Af samanburði á 1 og 4. mgr. 100. gr. vskl. verður

⁶⁵ Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

að telja að tilboðsskylda myndast við þessar aðstæður. Ákvæði 4. mgr. 100. gr. vskl. fjallar ekki efnislega um það hvort og hvenær tilboðsskylda myndast heldur eingöngu á hverjum skyldan hvílir þegar aðilar eru í samstarfi. Ákvæði 1. mgr. 100. gr. vskl. kveður á um hvenær tilboðsskylda myndast, en eins og fyrr hefur verið rakið getur hún meðal annars stofnast við samstarf fleiri aðila. Geri aðilar samkomulag sín á milli um samstarf, án þess að hafa aukið við eignarhlut sinn, verður að telja að slíkir aðilar hafi „náð yfirræðum“ í viðkomandi félagi í skilningi 1. mgr. 100. gr. vskl.⁶⁶ Önnur niðurstaða myndi vinna gegn þeim hagsmunum sem reglum um yfirtökutilboð er ætlað að vernda og auðvelda aðilum að fara í kringum ákvæðið. Orðalagið í 4. mgr. 100. gr. vskl. mætti hins vegar vera skýrara hvað þetta varðar. Í ákvæðinu er þannig ekkert tekið á því á hverjum tilboðsskylda hvílir við þær aðstæður að tilboðsskylda myndast, án þess að nokkur aðila í samstarfi hafi aukið við eignarhlut sinn. Undantekningarreglur 4. mgr. 100. gr. vskl. sem veita Fjármálaeftirlitinu heimild til að færa tilboðsskyldu yfir á aðra aðila eiga ekki við um þessar aðstæður eins og síðar verður rakið. Tilboðsskylda hvílir við þessar aðstæður á öllum aðilum samstarfsins.⁶⁷ Ábyrgðin væri þá óskipt (solidarísk). Er sú niðurstaða í samræmi við meginreglu kröfuréttar þegar sammings- eða lagaskylda hvílir samtímis á fleiri en einum aðila, án þess að tilgreint sé í viðkomandi samningi eða lögum hvort sú ábyrgð sé skipt (pro rata) eða óskipt (solidarísk).⁶⁸

Samkvæmt 4. mgr. 100. gr. vskl. er

meginreglan eins og fyrr segir sú að tilboðsskyldan hvíli á þeim aðila sem eykur við hlut sinn þannig að yfirtökumörkum er náð. Við þessar aðstæður myndi þannig tilboðsskylda hvíla eingöngu á þessum aðila. Skyldan hvílir á honum þar sem það eru aðstæður sem snerta hann sem gera tilboðsskyldu virka. Ákvæðið gerir hins vegar ráð fyrir að Fjármálaeftirlitið geti í untantekningartilvikum tekið ákvörðun um að tilboðsskyldan færist yfir á þann aðila sem telst vera höfuðaðili samstarfsins, en með því er átt við þann aðila sem á stærstan eignarhlut af þeim sem teljast vera í samstarfi.⁶⁹ Einnig getur Fjármálaeftirlitið heimilað að aðrir megi einnig standa að tilboði einir sér eða með þeim sem er tilboðsskyldur, enda sé sótt um það innan tveggja vikna frá því úrlausn liggur fyrir um tilboðsskyldu. Ef slík heimild er veitt bera aðilar óskipta ábyrgð á tilboðinu og efdnum þess, sbr. 4. mgr. 100. gr. vskl. in fine.

3.4.4. Getur breyting á innbyrðis samstarfi haft áhrif á yfirtökureglur?

Samstarf um yfirræð getur farið fram í ýmsu formi. Þegar aðilar gera samkomulag sín á milli um að fara saman með yfirræð í skráðu félagi er það stundum gert með þeim hætti að stofnað er nýtt félag sem samstarfsaðilar gerast hluthafar í eða eftir atvikum eldra félag er notað í sama tilgangi. Slíkt félag myndi þá birta yfirtökutilboðið að því gefnu að Fjármálaeftirlitið myndi samþykkja slíkt fyrirkomulag, sbr. 4. mgr. 100. gr. vskl. Samstarf getur einnig farið fram þannig að fleiri aðilar fara saman

66 Réttarstaðan er önnur í Danmörku og víða annars staðar. Þar getur tilboðsskylda ekki myndast við það eitt að hluthafar geri með sér samkomulag um samstarf, án þess að neitt framsal á atkvæðisrétti hafi samhlöða átt sér stað. Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind II, bls. 264-265. Ákvæði danskra laga er hins vegar ekki orðað með sambærilegum hætti og ákvæði 1. mgr. 100. gr. vskl. Samkvæmt dönsku verðbréfavíðskiptalögnum myndast ekki tilboðsskylda nema framsal hafi átt sér stað á atkvæðisrétti, sbr. 1. mgr. 31. gr. dönsku verðbréfavíðskiptalaganna nr. 214/2008: „Overdrages en aktiepost...skal erhververen give alle selskabets aktionærer mulighed for at afhende deres

aktier...“. Samkvæmt 1. mgr. 100. gr. vskl. er ekki gerður neinn greinarmunur á því hvernig aðili hefur náð slíkum yfirræðum. Samkvæmt orðalagi ákvæðisins skiptir eingöngu máli hvort viðkomandi hafi „náð yfirræðum“.

67 Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga, bls. 217.

68 Páll Sigurðsson. Kröfuréttur, almennur hluti. Reykjavík 1992, bls. 85-86. Bo von Eyben, Peter Mortensen og Ivan Sørensen. Lærebog i obligationsret II. Kaupmannahöfn 2007, bls. 221.

69 Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

með yfirráðin án þess að nota sérstakt félag samkvæmt framansögðu og fer þá eftir fyrrgreindum reglum 4. mgr. 100. gr. á hverjum tilboðsskyldan hvílir. Álitamál er hvort tilboðsskylda geti myndast á ný ef það verða innbyrðis breytingar á samstarfi yfirtökuaðila.

Þegar yfirtaka á sér stað eru félög oft afskráð í kjölfarið. Á hinn bóginn er vel hugsanlegt að yfirtökuaðilar leggi áherslu á að félag verði áfram skráð á skipulegan verðbrefamarkað og leggi þannig áherslu á að sem fæstir hluthafar samþykki yfirtökutilboðið. Við slíkar aðstæður kann að koma upp sú spurning hvort innbyrðis breytingar á samstarfi yfirtökuaðila geti haft í för með sér að tilboðsskylda myndist á ný. Þannig má í dæmaskyni hugsa sér tvo aðila í samstarfi þar sem annar (A) á 25% atkvæðisrétt í skráða félaginu en hinn (B) 10%. Getur tilboðsskylda myndast á ný ef A selur helminginn af atkvæðisrétti sínum til B þannig að B fari samtals með 25% atkvæðisrétt en A 10%? Svarið við þessu álitaefni ræðst af túlkun á 1. mgr. 100. gr. vskl. Ef telja má að breyting verði á yfirráðum frá fyrra ástandi verður að telja að tilboðsskylda myndist á ný. Ef innbyrðist framsal hefði hins vegar ekki í för með sér neina breytingu á yfirráðunum eins og þau voru áður, myndi ekki geta myndast tilboðsskylda. Ef horft er á dæmið hér að ofan myndi þannig ekki myndast tilboðsskylda fyrr en annar hvor aðilinn myndi ná yfirráðum yfir að minnsta kosti 30% af atkvæðisréttinum, með beinum eða óbeinum hætti. Fyrr er ekki hægt að leggja til grundvallar að hann hafi „náð yfirráðum“ í skilningi 1. mgr. 100. gr. vskl. Ef A og B hefðu á hinn bóginn sett alla eignarhluti sína inni einkahlutafélagið D ehf. og öðlast eignarhluti í samræmi við það framlag hefði A farið með 71% af atkvæðisrétti þess félags fyrir framsal ($25/35 \cdot 100$) en B 29% ($10/35 \cdot 100$). A hefði þannig farið með yfirráð í D ehf. fyrir framsalið og þar með yfirráð yfir 35% eignarhlutnum í hinu skráða

félagi. Eftir framsal hefði B hins vegar farið með 57% atkvæðisrétt í D ehf. en A 43%. Í kjölfar slíks framsals hefði B þannig „náð yfirráðum“ með óbeinum hætti í skráða félaginu þar sem hann myndi í kjölfarið ráða yfir öllum eignarhlut D ehf. í skráða félaginu (35%), sé ekki kveðið á annan veg í samningi milli aðila. Tilboðsskylda myndi þá myndast á grundvelli 1. tl. 1. mgr. 100. gr. vskl.

3.5. Undanþágur frá tilboðsskyldu

Yfirtökutílskipunin geri ráð fyrir að aðildarríkjunum sé heimilt að veita undanþágur frá tilboðsskyldu við nánar tiltekna aðstæður. Eru tvær leiðir tilgreindar. Annars vegar er gert ráð fyrir þeim möguleika að undanþágur séu skilgreindar í þeim lögum eða reglum sem eru innleiddar í landsrétt og hins vegar að eftirlitsaðila viðkomandi ríkis verði veitt heimild til að meta í hvert og eitt skipti hvort rétt sé að veita undanþágu. Sjá um þetta 5. mgr. 4. gr. tilskipunarinnar og 6. tl. inngangs hennar.

Við setningu laga nr. 31/2005 var ákveðið að fara þá leið að veita Fjármálaeftirlitinu heimild til þess að veita undanþágu frá tilboðsskyldu, sbr. 5. mgr. 100. gr. vskl. Samkvæmt því ákvæði er Fjármálaeftirlitinu heimilt að veita undanþágu „ef sérstakar aðstæður mæla með því.“ Óska þarf eftir slíkri undanþágu í síðasta lagi tveimur vikum eftir að aðli vissi eða mátti vita um tilboðsskylduna og eigi síðar en tveimur vikum eftir að úrlausn lá fyrir um hana ef ágreiningur hefur komið upp um þetta atriði, sbr. 5. mgr. 100. gr. vskl. Fjármálaeftirlitið getur sett sérstök skilyrði fyrir undanþágu, til dæmis um frest sem viðkomandi aðili hefur til að selja eignarhluti sem eru umfram yfirtökumörkin og meðferð atkvæðisréttar á því tímabili. Ekki er skilgreint í 5. mgr. 100. gr. vskl. hvað átt er við með orðalaginu „sérstakar aðstæður“. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 er hins vegar sérstaklega tekið fram að undanþágur

frá tilboðsskyldu komi til dæmis til álita vegna þeirra tilvika sem voru sjálfkrafa undanþegin tilboðsskyldu samkvæmt eldri lögum. Er þar átt við þær aðstæður þegar aðili fer yfir yfirtökumörk vegna erfða, gjafagernings eða vegna fullnustugerða veðhafa.⁷⁰ Þegar aðilaskipti hafa átt sér stað með þessum hætti má almennt leggja til grundvallar að markmið þeirra hafi ekki verið að viðkomandi framsalshafi myndi öðlast yfirráð í viðkomandi félagi. Af þeim sökum hafa ýmsar aðrar þjóðir farið þá leið að undanþiggja aðila sjálfkrafa frá tilboðsskyldu þegar framsal hefur átt sér stað með þessum hætti, sbr. til dæmis Noregur og Danmörk. Ötti við málamyndagerninga hefur án vafa haft áhrif á að ákveðið var að fella hinar lögbundu undanþágur niður samkvæmt íslenskum lögum. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 31/2005 er sérstaklega tekið fram að ströng skilyrði skuli gilda um allar undanþágur og að Fjármálaeftirlitið skuli birta opinberlega rökstuðning sinn fyrir veitingu á undanþágum í samræmi við ákvæði um gagnsæi í störfum Fjármálaeftirlitsins.⁷¹ Önnur tilvik sem gætu komið til álita sem grundvöllur fyrir undanþágu væri ef ósanngjarnt væri að gera þá kröfu til yfirtökuskylds aðila að hann selji strax eignarhluti sem eru umfram yfirtökumörk, til dæmis vegna aðstæðna á mörkuðum.⁷² Í 5. mgr. 100. gr. vskl. er þannig sérstaklega gert ráð fyrir að unnt sé að sækja sérstaklega um frest á því að selja hluti sem eru umfram yfirtökumörkin, á meðan mál er til skoðunar hjá Fjármálaeftirlitinu. Fjármálaeftirlitið hefur gefið út túlkun á réttarúrræðum sem stofnunin getur gripið til þegar aðili sem farið hefur yfir mörk tilboðsskyldu selur aftur þann hlut sem er umfram leyfileg mörk. Í þeirri túlkun er meðal annars fjallað um við hvaða aðstæður

stofnunin telur koma til álita að veita undanþágu frá tilboðsskyldu. Þar kemur fram að Fjármálaeftirlitið muni við mat á beitingu þessarar undanþáguheimildar meðal annars horfa til þeirra sjónarmiða sem byggt er á í öðrum Evrópuríkjum, en þau séu einkum þrenns konar: i) Í fyrsta lagi að tilboðsskyldur aðili hafi ekki beitt atkvæðisrétti sínum eftir að yfirtökumörkum var náð, ii) í öðru lagi að ekki hafi verið farið meira en 3% umfram yfirtökumörk og í iii) þriðja lagi að selt sé innan ákveðinna tímamarka. Fjármálaeftirlitið tekur fram að það muni horfa til þessara atriða en um stærð umframhlutar og tímamörk til að selja sig niður yrði að byggja á aðstæðum hverju sinni.⁷³

Við setningu laga nr. 22/2009, til breytinga á vskl., var sett inn nýtt ákvæði í grein 100. a. sem gerir ráð fyrir að hluthafi, eða annar aðili, sem hefur í hyggju að kaupa hluti í félagi eða gera aðra samninga eða ráðstafanir sem myndu leiða til tilboðsskyldu, geti óskað eftir að verða leystur undan tilboðsskyldu í tiltekinn tíma. Ákvæði þetta gerir þannig ráð fyrir að hægt sé að veita undanþágu frá tilboðsskyldu fyrirfram á meðan 5. mgr. 100. gr. vskl. fjallar um heimild til að veita undanþágu eftir að tilboðsskylda hefur stofnast. Skilyrði fyrir undanþágu samkvæmt 1. mgr. 100. gr. a. vskl. er að umsækjandi sé að „forða félagi frá alvarlegum fjárhagsvanda eða taka þátt í endurskipulagningu félags vegna fjárhagsvanda þess og stjórn félagsins sé því samþykkt.“ Samkvæmt 2. mgr. 100. gr. a. vskl. skal Fjármálaeftirlitið afgreiða umsókn af þessum toga eins fljótt og auðið er og ekki síðar en tveimur vikum frá því umsókn og gögn sem hún er reist á berast því. Í frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009 kemur fram að eðlilegt sé að slík heimild sé

70 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3685.

71 Alþt. 2004-2005, A-deild, bls. 3685.

72 Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 2. gr. frumvarpsins.

73 Túlkun þessa er hægt að nálgast á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð:

<http://www.fme.is/?PageID=233> (sótt í febrúar 2009)

í lögum til að auðvelda björgunaraðgerðir gagnvart félögum sem lenda í fjárhagslegum erfiðleikum.⁷⁴ Ákvæðið byggir á þeim grundvelli að hagsmunum hluthafa sé betur borgið með því að gefa aðilum kost á að bjarga félagi frá gjaldþroti, þótt afleiðingin sé sú að einhver aðili nái yfirráðum í félagi í tiltekinn tíma. Af orðalagi ákvæðisins má ráða að fjárhagsstaða viðkomandi félags þarf að vera mjög alvarleg svo undanþága komi til greina. Sé ekki sótt um slíka undanþágu fyrirfram, væri hægt að sækja um undanþágu á grundvelli 5. mgr. 100. gr. vskl., en þá væri viðkomandi aðili sem tæki þátt í björgunaraðgerðum að taka þá áhættu að fá höfnun með þeim hugsanlegu afleiðingum að þurfa selja hlut aftur með tjóni.

Að lokum er rétt að minnast hér á eina lögbundna undanþágu frá reglum um tilboðsskyldu. Samkvæmt 3. mgr. 1. gr. laga nr. 125/2008 um heimild til fjárveitinga úr rikissjóði vegna sérstakra aðstæða á fjármála markaði o.fl. („neyðarlögin“) gilda ákvæði vskl. um tilboðsskyldu ekki um öflun og meðferð rikissjóðs á eignarhlutum í fjármála fyrirtækjum.

3.6. Getur tilboðsskyldur aðili einhliða losnað undan tilboðsskyldu?

Ekki er að finna neitt ákvæði í vskl. sem svarar því berum orðum hvort aðili sem verður tilboðsskyldur geti losnað undan þeirri skyldu með því að selja frá sér atkvæðisrétt undir yfirtökumörk eins og þau eru skilgreind í 1. mgr. 100. gr. vskl. Í réttarframkvæmd hefur komið upp ágreiningur um þetta. Á þetta reyndi í Hampiðjumálinu sem áður hefur verið reifað, en í stuttu máli sagt komust bæði Yfirtökunefnd og Héraðsdómur Reykjaness að þeirri niðurstöðu að tilboðsskylda félli sjálfkrafa niður við þessar aðstæður. Um þetta álitafni segir orðrétt í dómi

Héraðsdóms Reykjaness í máli nr. E-302/2006 frá 23. október 2006:

„Aðrar málsástæður stefnda leiða að mati dóm-sins einnig til sýknu. Er í því sambandi til þess að líta að strax í kjölfar þeirrar niðurstöðu yfirtökunefndar 3. desember 2005, að stefnda bæri að gera öðrum hluthöfum í Hampiðjunni hf. yfirtökutilboð, seldi hann hluti í félaginu og komst með þeirri sölu niður fyrir það 45% mark sem í þessu tilviki átti við samkvæmt ákvæði til bráðabirgða í lögum nr. 33/2003. Átti þessi sala sér stað 5. desember 2005, næsta virka dag eftir að yfirtökunefnd skilaði áliti sínu. Má telja ljóst af gögnum málsins að fyrirvarsmenn stefnda hafi talið að umrædd kaup félagsins á hlutum í Hampiðjunni hf. myndu ekki leiða til þess að til yfirtökuskyldu kæmi og að þeir hafi engin áform haft um að stofna til hennar, enda var ekki um það að ræða að orðið hefði til hlutahafahöpur sem náð hefði mörkum yfirtökuskyldu og 37. gr. laga um verðbréfavíðskipti tæki til með beinum hætti. Lögin hafa ekki að geyma ákvæði sem leg-gur bann við því að hluthafi grípi til þess ráðs að selja sig niður fyrir yfirtökumörk og þá með þeim réttaráhrifum að skylda til að gera yfirtökutilboð falli niður. Þvert á móti verður sú ályktun dregin af ákvæðum 5. mgr. 37. gr. [nú 5. mgr. 100. gr. vskl.] og 48. gr. laganna [nú 111. gr. vskl.] að ráð sé fyrir því gert að þessi heimild sé fyrir hendi. Verður í öllu falli að telja að svo sem hér hagar til standi lög til framangreindrar niðurstöðu.“

Fjármálaeftirlitið hefur gefið út túlkun um gagnstæða niðurstöðu.⁷⁵ Af þess hálfu er litið svo á að tilboðsskylda á grundvelli 1. mgr. 100. gr. vskl. sé fortakslaus og eina leiðin til að losna undan skyldunni sé fá undanþágu samkvæmt 5. mgr. 100. gr. vskl.

Ákvæði 1. mgr. 100. gr. vskl. gerir eingöngu ráð fyrir að tilboðsskylda geti myndast þegar aðili nær yfirráðum eins og þau eru skilgreind í ákvæðinu. Hvergi

⁷⁴ Alpt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 3. gr. frumvarps.

⁷⁵ Túlkun þessa er hægt að nálgast á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð:
<http://www.fme.is/?PageID=233> (sótt í febrúar 2009)

segir í þessu ákvæði að þessi skylda haldist þrátt fyrir að yferráð falli niður. Skylda af þessum toga verður ekki lögð á aðila nema með skýrri lagaheimild. Séu engin yferráð til staðar í skilningi l. mgr. 100. gr. vskl. hefur Fjármálaeftirlitið ekki lagaheimild til að taka ákvörðun um tilboðsskyldu og beita viðeigandi eftirlitsúrræðum. Skyldan helst því óhjákvæmilega í hendur við yferráðin. Ekki fæst séð að nokkur ástæða sé til að endurskoða þetta því verndarhagsmunir reglna um tilboðsskyldu gera ekki tilkall til þess að tilboðsskylda haldist þrátt fyrir að yferráð falli niður. Í því samhengi verður að hafa í huga að Fjármálaeftirlitið getur fellt atkvæðisrétt aðila sem nær yferráðum niður samkvæmt 111. gr. vskl. og þannig komið í veg fyrir hugsanleg skaðleg áhrif tímabundinna yferráða. Síðastnefnt ákvæði gerir ráð fyrir að tilboðsskyldur aðili sem ekki fær undanþágu frá Fjármálaeftirlitinu á grundvelli 5. gr. 100. gr. vskl. sé skylt að selja þann hluta eignarhlutar sem er umfram yfirtökumörk frá sér innan nánar tilgreindra tímamarka. Geri hann það ekki getur Fjármálaeftirlitið akveðið að beita hann dagsektum. Síðastnefnt ákvæði um skyldu aðila til að selja eignarhlut sinn sem er umfram yfirtökumörk var í Hampiðjumálinu talið styrkja þá tálkun að heimilt sé að selja sig niður fyrir yfirtökumörk. Er sú ályktun rökrétt.

3.7. Frestur til að birta tilboð

Samkvæmt l. mgr. 100. gr. vskl. skal tilboðsskyldur aðili gera öðrum hluthöfum félagsins yfirtökutilboð eigi síðar en fjórum vikum eftir að hann „vissi eða mátti vita um tilboðsskyldu eða niðurstaða um hana lá fyrir“. Í þessu felst að birta þarf yfirtökutilboðið í samræmi við ákvæði 114. gr. vskl. innan þess frests. Tímamark

birtingar yfirtökutilboðs getur skipt máli við ákvörðun verðs sem bjóða þarf í yfirtökutilboði, því samkvæmt 2. mgr. 103. gr. vskl. er sex mánaða tímabil sem horft er afturvirktil til í því sambandi reiknað út frá þessum tímamörkum eins og nánar verður rakið síðar. Ákvæði l. mgr. 100. gr. um upphafstíma frests til að birta yfirtökutilboðb var breytt litillega við setningu laga nr. 22/2009, til breytinga á vskl., en samkvæmt eldri lögum miðaðist upphafstími frestsins við það tímamark þegar yferráðum var náð. Í kjölfar þessarar breytingar getur því fræðilega séð líðið einhver tími frá því tilboðsskylda stofnast þar til fjögurra vikna fresturinn byrjar að líða, ef tilboðsskyldur aðili hefur hvorki vitað né mátt vita af henni eða þegar niðurstaða liggur fyrir um skylduna ef ágreiningur hefur vaknað um hana. Ákvæði um upphafstíma frests á rætur sínar að rekja til yfirtökutilskipunarinnar en samkvæmt l. mgr. 5. gr. hennar skal tilboð sent eigendum viðkomandi verðbréfa við fyrsta tækifæri. Engin ytri mörk eru hins vegar skilgreind í tilskipuninni. Í Danmörku og Noregi er miðað við sambærileg ytri mörk og hér á landi en fresturinn þar reiknast frá þeim tíma sem tilboðsskylda myndast.⁷⁶

Engar skýringar eru færðar fram í frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009 fyrir ofangreindri breytingu. Eðli máls samkvæmt mun fyrst og fremst geta reynt á þetta í þeim tilvikum sem vafi liggur fyrir um það hvort yferráð hafi myndast vegna samstarfs aðila og ágreiningur kemur upp milli eftirlitsaðila og þeirra sem eru í meintu samstarfi. Telja verður mjög ólíklegt að tilboðsskyldur aðili geti borið við grandleysi, þótt það kunni að vera fræðilega hugsanlegt. Þegar ágreiningur af þessum toga kemur upp getur líðið umtalsverður tími þar til

⁷⁶ Sjá 2. mgr. 2. gr. reglna nr. 1228/2007 um yfirtökutilboð, sem settar voru með stöð í dönsku verðbréfavíðskiptalögum nr. 214/2008. Sjá 1. mgr. í grein 6-10 í norsku verðbréfavíðskiptalögum nr. 75/2007.

mál telst að fullu upplýst þegar um flókin eigna- og stjórnunartengsl er að ræða. Getur þá hæglega líðið meiri tími en fjórar vikur frá því tilboðsskylda myndast þar til niðurstaða fæst, en brot gegn ákvæði þessu getur meðal annars varðað stjórnvaldssekt samkvæmt 1. mgr. 141. gr. eða refsíábyrgð samkvæmt 1. mgr. 145. gr. vskl. Ákvæðið tilgreinir ekki hvaða niðurstöðu átt er við en í frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009 kemur hins vegar fram að átt sé við niðurstöðu Fjármálaeftirlitsins um tilboðsskyldu.⁷⁷ Vilji aðili ekki una niðurstöðu Fjármálaeftirlitsins getur viðkomandi borið hana undir dómstóla innan þriggja mánaða frá því honum var tilkynnt um ákvörðunina, sbr. 1. mgr. 18. gr. laga nr. 87/1998 um opinbert eftirlit með fjármálastarfsemi. Þar sem enginn fyrirvari kemur fram í lagaákvæðinu sjálfu um að átt sé við niðurstöðu Fjármálaeftirlitsins, má fræðilega séð skilja ákvæðið þannig að átt sé við niðurstöðu dómstóla, sé máli skotið þangað. Rétt er að breyta lagaextanum til að taka af öll tvímæli um þetta en allur vafi um túlkun ákvæða sem geta varðað refsiviðurlögum er túlkaður sakborningi í hag.⁷⁸ Heimild dómstóla til að líta til ummæla í athugasemdum með frumvörpum til laga við túlkun slíkra ákvæða er takmörkuð.⁷⁹ Álitamál kann að koma upp um hvort og þá hvaða áhrif fyrirvarar eða skilyrði í viðskiptum, sem hafa í för með sér tilboðsskyldu, hafi við útreikning frests til að birta yfirtökutilboð. Ef um viðskipti með virka eignarhluti í fjármálafyrirtæki er til dæmis að ræða þarf Fjármálaeftirlitið að samþykkja þau fyrirfram samkvæmt 40. gr. laga nr. 161/2002 en auk þess þarf eftirlitið að samþykkja samruna fjármálafyrirtækja við önnur fyrirtæki, sbr. 106. gr. sömu laga. Á sama hátt getur þurft samþykki Samkeppniseftirlitsins samkvæmt ákvæðum samkeppnislaga nr. 44/2004. Við

slíkar aðstæður getur vaknað sú spurning hvort skylt sé að birta yfirtökutilboð þótt umræddir eftirlitsaðilar hafi ekki veitt samþykki sitt fyrir umræddum viðskiptum innan fjögurra vikna frá því viðskiptin áttu sér stað. Eins vaknar sú spurning hvort reikna eigi fjögurra vikna frestinn frá því viðskiptin áttu sér stað eða frá því viðkomandi eftirlitsaðilar hafa veitt samþykki sitt. Álitamál þetta verður að leysa útfrá verndarhagsmunum reglna um tilboðsskyldu. Eðli máls samkvæmt verður því að horfa til þess hvort viðkomandi aðili hefur öðlast raunveruleg yfirræð eða ekki, þrátt fyrir að um fyrirvara eða skilyrði af þessum toga sé að ræða. Ef aðili hefur náð slíkum yfirræðum myndi því fresturinn byrja að líða, ef enginn ágreiningur væri um yfirræðin sem slík sem leysa þyrfti úr af hálfu eftirlitsaðila. Ef hann hefur hins vegar ekki náð slíkum yfirræðum myndi fresturinn byrja að líða þegar hann öðlast yfirræðin, eftir atvikum með samþykki eftirlitsaðila. Best er að útskýra þetta með dæmi. A kaupir 35% eignarhlut í fjármálafyrirtæki. A getur ekki farið með atkvæðisrétt umfram 9,99% án samþykkis Fjármálaeftirlitsins, sbr. 40. gr. laga nr. 161/2002. Í því felst að hann fer ekki með yfirræð í skilningi 1. mgr. 100. gr. vskl. nema Fjármálaeftirlitið veiti honum heimild til að fara með virkan eignarhlut umfram 30%, sbr. 1. mgr. 40. gr., laga nr. 161/2002. Tilboðsskylda verður þá fyrst virk þegar slíkt samþykki liggur fyrir. Frestur samkvæmt 1. mgr. 100. gr. vskl. getur þá fyrst byrjað að líða, enda sé tilboðsgjafi grandsamur og enginn ágreiningur um tilboðsskylduna að öðru leyti. Samkvæmt þessu verður að skoða hvert tilvik fyrir sig og meta hvort yfirræðum hefur verið efnislega náð eða ekki.

3.8. Tilboðsyfirlit og birting tilboðs
Samkvæmt 1. mgr. 102. gr. vskl. skal tilkynna

⁷⁷ Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir með 2. gr.

⁷⁸ Um túlkun refsíákvæða sjá Davíð Þór Björgvinsson.

Lögskýringar. Reykjavík 2008, bls. 167-179 og Róbert R. Spanó.

Túlkun lagaákvæða. Reykjavík 2007, bls. 338 og 421-434.

⁷⁹ Róbert R. Spanó. Túlkun lagaákvæða, bls. 149-150.

viðkomandi skipulegum verðbréfamarkaði án tafar um ákvörðun um tilboð. Skipulegi verðbréfamarkaðurinn skal birta slíka tilkynningu opinberlega. Í síðastnefntu ákvæði er sérstaklega tekið fram að tilboðið skuli sérstaklega kynnt fyrir starfsmönnum viðkomandi félags.

Stundum fer af stað orðrómur á markaðnum um að hugsanlegt sé að tiltekinn aðili/aðilar hafi í hyggju að birta yfirtökutilboð í félag. Orðrómur af slíku tagi getur haft hamlandi áhrif á starfsemi viðkomandi félags. Þannig getur til dæmis myndast óryggi hjá starfsmönnum þess og lánveitendum, sem halda jafnvel að sér höndum þar til óvissunni um hugsanlega yfirtöku hefur verið aflétt. Fram að gildistöku laga nr. 22/2009, til breytinga á yfirtökureglum vskl., var ekki að finna neitt ákvæði í vskl. um skyldu aðila til að birta opinberlega tilkynningu um að hann væri að „íhuga“ yfirtöku. Yfirtökutilskipunin gerir ekki ráð fyrir slíku ákvæði, sbr. 1. mgr. 6. gr. sem fjallar eingöngu um tilkynningarskyldu þegar tilboðsskylda hefur myndast eða ákvörðun tekin um yfirtöku. Við gildistöku laga nr. 22/2009 var tekið upp ákvæði í 2. mgr. 102. gr. vskl. sem leggur þá skyldu á aðila sem er að íhuga yfirtöku að gera „innan tilgreinds frests opinberlega grein fyrir fyrirætlunum sínum ef [Fjármálaeftirlitið] telur að orðrómur um yfirvofandi yfirtökutilboð hafi óeðlileg áhrif á verðmyndun verðbréfa útgefanda.“ Ef slíkur aðili gefur út tilkynningu um að hann sé að íhuga að leggja fram tilboð þarf hann að birta lokaákvörðun um hvort hann hyggist leggja slíkt tilboð fram innan 6 vikna. Geri hann það ekki jafngildir það því að hann hafi gefið út opinbera tilkynningu

um að hann ætli ekki að leggja slíkt tilboð fram, sbr. 3. mgr. 102. gr. vskl. Ef hann birtir tilkynningu um að hann hafi ekki í hyggju að leggja fram tilboð, er honum óheimilt að leggja slíkt tilboð fram í 6 mánuði frá því slík yfirlýsing hefur verið birt opinberlega, sbr. 4. mgr. 102. gr. vskl. Fjármálaeftirlitið getur þó veitt undanþágur frá 3-4. mgr. 102. gr., ef sérstakar ástæður mæla með því. Eins sjá má eru þessi ákvæði hugsuð til að ýta við þeim aðila sem er að íhuga yfirtöku, án þess að vera tilboðsskyldur. Með því að búa til ofangreind tímamörk er verið að þvinga fram ákvörðun til að eyða óvissu sem hefur skapast á markaðnum með það að markmiði að stuðla að vinnufriði fyrir starfsemi viðkomandi félags. Á sama hátt er hugsunin að reyna koma í veg fyrir að slíkar upplýsingar leki út.⁸⁰ Sama regla gildir um aðila sem verður tilboðsskyldur, en hugsanlegt er að slíkur aðili hafi ekki í hyggju að leggja fram yfirtökutilboð heldur ætli að freista þess að fá undanþágu frá Fjármálaeftirlitinu samkvæmt 5. mgr. 100. gr. vskl. eða selja eignarhlut sinn niður fyrir yfirtökumörk. Eins og sjá má gerir 2. mgr. 102. gr. vskl. ekki ráð fyrir að tilkynning um að aðili sé að íhuga tilboð sé birt opinberlega strax, heldur að Fjármálaeftirlitið gefi viðkomandi aðila tilgreindan frest til að birta slíka yfirlýsingu. Fjármálaeftirlitið getur einungis gripið til þessa úrræðis ef orðrómur er sannanlega kominn á kreik á markaðnum sem hefur haft óeðlileg áhrif á verðmyndun viðkomandi verðbréfa. Slíkt gæti til dæmis lýst sér í óeðlilega mikilli hækkun hlutabréfa, án þess að hægt væri að tengja slíka hækkun við einhvern sérstakan atburð eins og til dæmis jákvæða afkomuviðvörðun frá félaginu. Ljóst er að Fjármálaeftirlitið verður að fara varlega

80 Í athugasemdum með frumvarpi sem varð að lögum nr. 22/2009 er í þessu samhengi talað um að ákvæðinu sé ætlað að koma í veg fyrir að hægt sé að halda félagi „í gíslingu“ í langan tíma. Er vísað til þess að sambærilega reglu sé að finna í öðrum Evrópuríkjum, svo sem Frakklandi og Bretlandi (e. put up or shut up principle). Alþt. 2008-2009, A-deild, athugasemdir við 5. gr. frumvarpsins. Ákvæði af þessum toga er hvorki að finna í dönskum né norskum rétti. Par er eingöngu miðað

við að tilkynning sé birt þegar ákvörðun hefur verið tekin um að birta yfirtökutilboð (valfrjálst) eða þegar tilboðsskylda hefur myndast (skyldutilboð), sbr. 3. mgr. 32. gr. dönsku verðbréfavíðskiptalaganna nr. 214/2008 og 4. gr. reglna nr. 1228/2007. Að því er varðar Noreg sjá grein 6-8 (skyldutilboð) og 6-19 (valfrjáls tilboð) í norskum verðbréfavíðskiptalögum nr. 75/2007.

í að beita þessu ákvæði þar sem það býður uppá ákvæðna misnotkun. Þannig má hugsa sér aðstæður þar sem orðrómi er komið af stað um fyrirhugaða yfirtöku einhvers aðila til þess eins að kalla fram yfirlýsingu frá honum um að hann hafi ekki í hyggju að birta tilboð. Þá væri búið að koma í veg fyrir að slíkur aðili gæti birt yfirtökutilboð næstu 6 mánuði þar á eftir.

Í XI. kafla vskl. er kveðið á um efni tilboðsyfirlita sem skylt er að útbúa og birta opinberlega í tengslum við yfirtökutilboð, sbr. 113-114. gr. vskl. vskl. Ákvæði 113. gr. vskl. byggir á 3. mgr. 6. gr. yfirtökutilskipunarinnar þar sem kveðið er á um hvaða kröfur aðildarríki skulu að lágmarki gera til efnis tilboðsyfirlita. Hugsunin er sú að tilboðsyfirlitið hafi að geyma fullnægjandi upplýsingar til þess að eigendur verðbréfa sem yfirtökutilboð nær til geti tekið upplýsta ákvörðun um það hvort þeir vilji samþykkja það eða ekki. Yfirtökunefnd birti þann 8. ágúst 2006 tilmæli til fjármálafyrirtækja og annarra um gerð og efni tilboðsyfirlita á þeim tíma sem hún var starfandi.⁸¹ Í tilmælunum er í inngangi lögð áhersla á að tilboðsyfirlit eigi að fela í sér hlutlausar skýringar á tilboðinu, en ekki skýringar sem þjóni eingöngu hagsmunum tilboðsgjafa. Tilboðsyfirlit sé samið í þágu hagsmuna einstakra hlutahafa, til þess að þeir geti metið sjálfstætt og tekið upplýsta afstöðu til yfirtökutilboðs. Samkvæmt 1. mgr. 113. gr. vskl. skulu eftirfarandi upplýsingar að lágmarki koma fram í tilboðsyfirliti:

1. Nafn, heimilisfang og kennitala félagsins sem tilboðið tekur til.
2. Nafn, heimilisfang og rekstrarform ef tilboðsgjafi er félag, svo og yfirlit um þá einstaklinga eða lögaðila

sem væntanlega munu taka þátt í viðskiptunum ásamt tilboðsgjafa eða eru í samstarfi við tilboðsgjafa skv. 100. gr.

3. Upplýsingar um hve mikinn atkvæðisrétt, áhrif eða hve marga hluti tilboðsgjafi og aðilar sem hann er í samstarfi við skv. 100. gr. hafa þegar öðlast beint eða óbeint eða tryggt sér með öðrum hætti, sem og upplýsingar um áætlaðan atkvæðisrétt, áhrif eða hluti tilboðsgjafa eftir sölu, ef við á.
4. Hámarks- og lágmarkshlutfall eða magn hluta sem tilboðsgjafi ætlar að eignast ef um valfrjálst tilboð er að ræða.
5. Verð sem miðað er við í tilboðinu, hvernig það var ákvarðað og hvenær greiðsla fer fram en einnig þarf að upplýsa hvort einhver kostnaður fellur á þá hluthafa sem samþykkja tilboðið.
6. Fjármögnun tilboðs.
7. Upplýsingar um hvernig greiðsla skuli fara fram og, ef boðin eru fram verðbréf, upplýsingar um þau hlutabréf og hvernig skiptin verða ákveðin.
8. Upplýsingar um á hvaða degi hlutir skulu afhentir og hvenær unnt er að beita atkvæðisrétti sem þeim fylgir.
9. Önnur skilyrði sem tilboðið kann að vera háð, þar með talið undir hvaða kringumstæðum er unnt að afturkalla það.
10. Gildistími tilboðs.
11. Hvað tilboðsmóttakanda ber að

⁸¹ Tilmælin er hægt að nálgast hjá Kauphöll Íslands hf. Hægt var að nálgast þau á heimasíðu Yfirtökunefndar þar til nefndin var lögð niður í lok júní 2008.

- gera til að samþykka tilboðið.
12. Samantekt tilboðsgjafa um framtíðaráætlanir fyrir félagið, þ.m.t. áform um starfsemi, og hvernig skuli nota fjármuni félagsins, upplýsingar um áframhaldandi viðskipti hlutabréfa félagsins á skipulögðum verðbréfamarkaði, breytingar á samþykktum og væntanlega endurskipulagningu, ef það á við; einnig skal fjallað um hugsanleg áhrif yfirtöku á störf stjórnenda og starfsmanna félaganna og starfsskilyrði þeirra, sem og á staðsetningu starfsstöðva félaganna; ef tilboðsgjafi er félag og tilboðið hefur áhrif á það skal einnig birta sambærilega samantekt fyrir það félag.
 13. Upplýsingar um væntanlega samninga við aðra um að nýta atkvæðisrétt í félaginu, svo framarlega sem tilboðsgjafi á aðild að slíkum samningi eða honum er kunnugt um hann.
 14. upplýsingar um hvers konar hlunnindi og greiðslur frá tilboðsgjafa og samstarfsaðilum hans til stjórnarmanna og stjórnenda þess félags sem tilboð tekur til.
 15. Upplýsingar um þau lög sem gilda um samninga milli tilboðsgjafa og hluthafa vegna tilboðs og um lögbæra dómstóla.
 16. Aðrar upplýsingar sem kunna að skipta máli.

Samkvæmt 2. mgr. 113. gr. vskl. þarf Fjármálaeftirlitið að staðfesta tilboðsyfirlitið

áður en það er birt opinberlega skv. 114. gr. vskl. Ekki er að finna í lögnum neina takmörkun á því hverjir megi annast gerð tilboðsyfirlits fyrir tilboðsgjafa en til samanburðar má geta þess að einungis fjármálafyrirtæki mega hafa umsjón með almennu útboði, sbr. 52. gr. vskl. og f. liður 6. t.l. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 161/2002. Þannig mega aðrir en fjármálafyrirtæki annast þessa vinnu. Þrátt fyrir það er algengast að fjármálafyrirtæki annist þessa vinnu fyrir tilboðsgjafa, enda með aðgang að viðeigandi kerfum til að annast milligöngu og framkvæmd slíkra viðskipta. Í þessu samhengi verður þó að gæta að ákvæðum 3. gr. laga nr. 161/2002 um fjármálafyrirtæki um starfsleyfisskyldu sem gæti reynt á í þessu samhengi að því er varðar annað en gerð tilboðsyfirlitsins.

Með heimild í 3. mgr. 113. gr. og 138. gr. vskl. hefur Fjármálaeftirlitið með samningi dags. 2. september 2005⁸² falið NASDAQ-OMX kauphöllinni á Íslandi að sinna þessu hlutverki. Í framkvæmd eru tilboðsyfirlit því unnin í nánú samræði við starfsmenn kauphallarinnar. Ef koma álitamál um túlkun lagaákvæða er starfsmönnum kauphallarinnar hins vegar skylt að hafa samræð við Fjármálaeftirlitið, sbr. 4. gr. samningsins. Ef umtalsverðar breytingar verða á upplýsingum í tilboðsyfirliti eftir að það hefur verið birt opinberlega eða ef í ljós kemur að tilboðsyfirlit uppfyllir ekki þær kröfur sem nefndar eru í 1. mgr. 113. gr. vskl. getur Fjármálaeftirlitið, eftir atvikum kauphöllin í þess umboði, krafist þess að nánari upplýsingar verði gerðar opinberar innan sjö daga, sbr. 3. mgr. 113. gr. vskl.

Tilboðsyfirlit skal vera á íslensku en Fjármálaeftirlitið getur þó heimilað að það sé á ensku ef sérstakar ástæður mæla með því. Tilboðsyfirlit sem samþykkt hefur verið í einu ríki innan Evrópska efnahagssvæðisins og uppfyllir skilyrði 3. mgr. skal viðurkennt

⁸² Heimildin til framsals var veitt á grundvelli sambærilegra ákvæða í eldri lögum nr. 33/2003. Samninginn er hægt að

nálgast á heimasíðu Fjármálaeftirlitsins á eftirfarandi netslóð: <http://fme.is/?PageID=880> (sótt í janúar 2009)

sem fullgilt hérlendis. Fj rma aefirliti  getur  o farið fram     meiri upplýsingum s  bætt inn   tilboðsyfirlitið ef um er   r  a atriði sem eiga sérstaklega við hérlendis um formsatriði sem þarf   uppfylla varðandi samþykki tilboðs og uppgjör fyrir tiltekna hluti, sem og varðandi skattaleg atriði tengd tilboðinu, sbr. 4. mgr. 113. gr. vskl.

Samkvæmt 114. gr. vskl. skal birta auglýsingu opinberlega um tilboðsyfirlit   einu eða fleiri dagbl dum sem gefin eru út   Íslandi eigi síðar en fjórum dögum áður en tilboð tekur gildi, enda liggja fyrir staðfesting Fj rma aefirlitsins eða kauphallar, sbr. 2. mgr. 113. gr.   auglýsingunni þarf   taka fram hvar nálgast má tilboðsyfirlitið. Samhliða skal nafnskr dum hluthöfum   felagi sem tilboð tekur til sent tilboðsyfirlitið   kostnað tilboðsgjafa. Tilboðsyfirlit þarf einnig   kynna fyrir starfsmönnum viðkomandi felaga.

Samkvæmt 1. mgr. 109. gr. vskl. skal tilboðsgjafi birta opinbera upplýsingar um niðurstöðu tilboðs innan þriggja viðskiptadaga frá lokum tilbo st mabils.   tímabilinu frá birtingu tilboðs og fram    vi t mamárk  þegar upplýsingar um niðurstöðu tilboðs eru gerðar opinberar samkvæmt framansögðu gilda ekki reglur um birtingu fl ggunartilkynninga, sbr. IX. kafli vskl., reglur um rannsóknar- og tilkynningarskyldu fruminnherja samkvæmt 125-126. gr. vskl. eða reglur um birtingu upplýsinga um viðskipti stjórnenda, sbr. 127. gr. vskl. Verndarhagsmunir þessara reglna eiga ekki við þegar viðskipti fela í sér framkvæmd   fyrirbyggjandi yfirt kutilbo i. S astnefndar undanþágur gilda eingöngu ef um viðskipti er   r  a við tilboðsgjafa yfirtökutilboðs. Ef um viðskipti við þriðja aðila væri   r  a þyrfti   senda fl ggunartilkynningu eða eftir atvikum innherjatilkynningar   samr emi við almennar reglur. Fl ggunartilkynningar skulu fyrst birtar næsta viðskiptadag eftir   niðurstaða tilboðs hefur verið gerð

opinber. Fruminnherjar skulu jafnframt senda regluverði tilkynningu um s n viðskipti innan eins viðskiptadags, en útgefandi sendir síðan tilkynningu um þau viðskipti til Fj rma aefirlitsins   samr emi við almennar reglur. Ef um valfrjálst tilboð hefur verið   r  a sem hefur verið sett fram með ákveðnum skilyrðum, þarf tilboðsgjafi   upplýsa   tilkynningu um niðurstöðu tilboðs hvort þau skilyrði sem sett voru hafi verið uppfyllt. Hafi skilyrði ekki verið uppfyllt þarf tilboðsgjafi   upplýsa hvort hann hafi engu   síður   hyggju   standa við tilboð sitt eða afturkalla það. Ef hann ætlar   standa við tilboðið skal farið með það   samr emi við reglur 107. gr. vskl. um breytingar   tilboði. Tilboðsgjafi getur eingöngu fallið frá skilyrðum innan þriggja viðskiptadaga frá lokum tilbo st mabils, sbr. 2. mgr. 109. gr. vskl.

LOKAORÐ

Þrátt fyrir   ekki hafi reynt mikið   reglur um yfirtöku   réttarframkvæmd stuðlar tilvist þeirra óumdeilanlega   dreifðara eignarhaldi   skr dum fel gum. Lækkun   yfirt ku r skuldi niður   30% atkvæðisrétt mun hafa   f r með sér enn dreifðara eignarhald   skr dum fel gum h r á landi  ott sjálfsagt megi deila um hvort nauðsynlegt hafi verið   fara svo langt niður með þetta hlutfall. Þessi breyting er til þess fallin   koma til móts við  a miklu gagnrýni sem komið hefur fram undanfarin misseri bæði innanlands og utan um þröngt eignarhald íslenskra felaga og mun  vi án efa verða mikilvægur hlekkur    vi   vinna upp traust fjárfesta aftur. Sama er   segja um þar breytingar sem voru gerðar   reglum um löglíkur   samstarfi og ymsar þróar breytingar sem gerðar voru við setningu laga nr. 22/2009, til breytinga   vskl. Breytingarnar munu vafalaust auðvelda eftirlitsaðilum   hlúa   verndarhagsmunum reglnanna.

HEIMILDASKRÁ

Tímaritsgreinar og fræðirit:

- Aðalsteinn E. Jónasson. „Hvað er fjármálagerningur? Þyðingarmesta hugtak laga um verðbréfavíðskipti“. Tímarit lögfræðinga, 1. hefti 2008
- Árni Böðvarsson. Íslensk orðabók. Reykjavík 1979
- Bo von Eyben, Peter Mortensen og Ivan Sørensen. Lærebog i obligationsret II. Kaupmannahöfn 2007
- Davíð Þór Björgvinsson. Lögskýringar. Reykjavík 2008
- Halldór Karl Halldórsson. Sameiginleg yferráð á grundvelli sameiginlegra hagsmuna; Hvar liggur línan? Tímarit Lögréttu, 3. hefti 2008
- Jaap Winter o.fl. „Report of the high level group of company law experts on issues related to takeover bids.“ Brussel 2002.
- Jan Schans Christensen. Kapitalselskaber, aktie- og anpartsselskabsret. Kaupmannahöfn 2007
- Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind 1. Kaupmannahöfn 2008
- Jesper Lau Hansen. Værdipapirhandelsloven med kommentarer, Bind 2. Kaupmannahöfn 2008
- Jóhannes Sigurðsson og Þórólfur Jónsson. Verðbréfamarkaðsréttur. Reykjavík 2004
- Jóhannes Sigurðsson. „Yfirtökuskylda“. Tímarit lögréttu, 1. hefti 2005
- Paul Krüger Andersen og Nis Jul Clausen. Børsretten II. Kaupmannahöfn 2008
- Páll Sigurðsson. Kröfuréttur, almennur hluti. Reykjavík 1992
- Peer Schaumburg Müller og Erik Werlauf. Børs- og kapitalmarkedsret. Kaupmannahöfn 2008
- Róbert R. Spanó. Tulkun lagaákvæða. Reykjavík 2007
- Stefán Már Stefánsson. Samstæður hlutafélaga. Reykjavík 2008
- Stefán Már Stefánsson. Hlutafélög, einkahlutafélög og fjármálamarkaðir. Reykjavík 2006
- Tor Bechmann, Knut Bergo, Jan Bjørnsen, Per Anders Sæhle og Kjersti Tørgard Trøbråten. Verdipapirhandeloven, kommentarutgave. Oslo 2002
- Werlauff og Moalem. Værdipapirhandelsloven med Kommentarer. Kaupmannahöfn 2007
- Werlauff, Erik. „Samarbejde om kontrollen over et børsnoteret selskab – et udvidet, ufærdigt børsretligt koncernbegreb“. Ufr 2000 B, bls. 601.

Álit Yfirtökunefndar:

- Álit í svokölluðu FL Group máli frá 17. ágúst og 13. desember 2005
- Álit í svokölluðu Hampiðjumáli, dags. 3. desember 2005

Álit Fjármálaeftirlitsins:

- Álit í FL Group máli dags. 26. apríl 2006
- Ýmsar tülkanir á reglum um yfirtökuskyldu, birtar á heimasíðu stofnunarinnar: <http://www.fme.is/?PageID=233>

Dómar Hæstaréttar:

- Hæstasréttardómur í máli nr. 293/2007 sem kveðinn var upp þann 13. mars 2008 (Hraðfrystistöð Þórshafnar)

Hæstaréttardómar í málum nr. 212/2006, 213/2006 og 214/2006 frá 23. nóvember 2006
(Þorbjörn-Fiskanesmál)

Dómar héraðsdóms:

Héraðsdómur Reykjaness frá 23. október 2006, mál nr. nr. E-302/2006
(Hampiðjumálið)



Ólafur Þórkur Þorvaldsson,
hæstaréttardómari

LAUSN ÚR „ÖRYGGISGÆSLU“

*(Erindi flutt á málþingi Geðlæknafélags Íslands
14. febrúar 2009 um málefni ósakhæfra og
lögræðislögin.)*

I

Ég hef verið beðinn um að segja nokkur orð um lausn úr öryggisgæslu, sem ákveðin hefur verið í kjölfar þess að maður er sýknaður vegna sakhæfisskorts samkvæmt ákvæðum 15. gr. almennra hegningarlaga, eða niðurstaða dóms verður sú, samkvæmt ákvæðum 16. gr., að refsing sé árangurslaus. Mun ég fjalla um málefnið einkum með tilliti til þeirrar reynslu sem ég hef haft af slíkum málum sem dómari við Héraðsdóm Suðurlands í hartnær sjö ár, en í umdæmi dómsins er réttargeðdeildin að Sogni í Ölfusi. Ég hafði lokið við fyrstu útgáfu erindis míns er ég frétti að drög að lagafrumvarpi um breytingar á VII. kafla hegningarlaganna væru nú til kynningar hjá ráðuneytum, en ekki er vanþörf á að setja skýrari reglur um þetta málefni. Um væntanlegar nýjungar mun Þorsteinn A. Jónsson skrifstofustjóri fjalla sérstaklega hér á eftir.

Fylgiskjal með frumvarpsdrögunum ber yfirskriftina: „Dómaframkvæmd um beitingu 62. - 67. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.“ Er um að ræða yfirlit yfir þá dóma sem gengið hafa á grundvelli ákæru vegna refsiverðrar háttsemi en til umfjöllunar hefur komið í sakamáli hvort 15. gr. eða 16. gr. hegningarlaga eigi við um hagi sakbornings. Fjalla þeir flestir um það álitafni hvort maður skuli sæta viðeigandi gæslu (öryggisgæslu) í stað refsingar, en í tveimur tilvikum var kveðið á um að ákærði skyldi undirgangast lyfjameðferð og eitt skiptið að ákærði skyldi vistaður á sambyli.

Þessir dómur hafa takmarkað gildi þegar kemur að því að skoða inntak öryggisgæslu því þegar komist er að þeirri niðurstöðu í refsimáli, að ákærður skuli vegna sakhæfisskorts sæta vistun á viðeigandi hæli, er sjaldnast eða aldrei fjallað sérstaklega um inntak slíkrar gæslu heldur er ákvörðun um hana færð í hendur fullnustuyfirvalda. Samkvæmt 62. gr. hegningarlaga er það hins vegar dómstóla að kveða á um lausn eða

rýmkuð á öryggisgæslu sem maður sætir. Í þeim úrlausnum dómstóla hefur verið fjallað um inntak öryggisgæslu. Mun ég því einkum beina sjónum mínum að úrlausnum dómstóla um lausn úr öryggisgæslu og fara yfir nokkra dóma og úrskurði sem gengið hafa um málefnið. Rétt er að nefna að fáir dómur hafa gengið um þetta í hæstarétti.

Í ritinu Viðurlög við afbrotum, frá árinu 1992, lætur prófessor Jónatan Þórmundsson þess getið á bls. 200 að einungis einum dómi þar sem sakborningur var dæmdur til öryggisgæslu (vistunar á viðeigandi hæli) hafi verið áfrýjað til Hæstaréttar. Hins vegar hafa gengið nokkrir slíkir dómur í réttinum á undanfórnum árum. Mér telst til að rúmlega 30 mál hafi komið til kasta dómstóla þar sem gerð er krafa um lausn úr öryggisgæslu, fyrst á árinu 1973, þar af hafi úrskurðum í sex þeirra verið skotið til Hæstaréttar.

Samkvæmt framansögðu mun ég jöfnum höndum fjalla um úrskurði Héraðsdóms Suðurlands og dóma Hæstaréttar, enda hafa þeir úrskurðir héraðsdóms sem skotið hefur verið til Hæstaréttar sætt litlum breytingum. Þá mun ég í stuttu máli bera saman þau sjónarmið sem liggja að baki refsingum annars vegar og öryggisgæslu hins vegar. Loks mun ég fjalla um málsmeðferðarreglur og þau atriði sem helst koma til skoðunar varðandi lausn manna úr öryggisgæslu og hvort eitthvað megi betur fara við framkvæmd slíkra mála.

Áður en lengra er haldið er rétt að líta aðeins á eftirfarandi lagaákveði almennra hegningarlaga:

„15. gr. Þeim mönnum skal eigi refsað, sem sökum geðveiki, andlegs vanþroska eða hrörnnunar, rænuskerðingar eða annars samsvarandi ástands voru alls ófærir á þeim tíma, er þeir unnu verkið, til að stjórna gerðum sínum.“

„16. gr. Nú var maður sá, sem verkið vann, andlega miður sín, svo sem vegna vanþroska, hrörnnunar, kynferðilegs misþroska eða annarrar truflunar, en þetta ástand hans er

ekki á eins háu stigi og 15. gr. getur, og skal honum þá refsað fyrir brotið, ef ætla má eftir atvikum og eftir að læknisumsagnar hefur verið leitað, að refsing geti borið árangur. Verði til stofnun, ætluð slíkum mönnum, sem í þessari grein getur, má ákveða í refsidómi, að sakborningur skuli taka út [refsingu]] sína í stofnuninni.“

„62. gr. Nú er maður sýknaður samkvæmt ákvæðum 15. gr., eða niðurstaða dóms verður sú, samkvæmt ákvæðum 16. gr., að refsing sé árangurslaus, og má þá ákveða í dómi, ef nauðsynlegt þykir vegna réttaröryggis, að gerðar skuli ráðstafanir til að varna því, að háski verði að mannum. Ef ætla má, að vægari ráðstafanir, svo sem trygging, bann við dvöl á ákveðnum stöðum eða svipting lögræðis, komi ekki að notum, má ákveða, að honum sé komið fyrir á viðeigandi hæli. Skal þá hæstiréttur skipa honum tilsjónarmann, sem eftirlit hefur með því, að dvöl hans á hælínu verði ekki lengi en nauðsyn ber til. Þegar ástæða þykir til, getur dómsmálaráðherra leitað úrlausnar héraðsdóms, þar sem hælið er, hvort téðar ráðstafanir skuli teljast lengur nauðsynlegar, enda hafi umsagnar lækni verið leitað. Svo getur og tilsjónarmaður krafist þess, þegar ár er liðið frá dómsuppsögn eða síðasta dómsúrskurði, eða fyrr, ef dómsmálaráðherra samþykkir, að málið skuli að nýju lagt undir úrskurð dómstóls þess, sem áður segir. Mál samkvæmt þessari grein sæta meðferð eftir lögum um meðferð sakamála.“

II

Sjónarmið að baki öryggisgæslu eru nokkuð önnur en að baki fangelsisrefsingu. Líkt og þegar um refsingar er að ræða er markmiðið að vernda almennt réttaröryggi með þeim hætti að loka viðkomandi einstakling inni, þannig að a.m.k. á þeim tíma fremji hann ekki afbrot, en vart ber að líta til varnaðaráhrifa eða einhvers konar endurgjaldssjónarmiða eins og þegar um refsingu er að ræða. Hins

vegar má segja að þessu sé ekki endilega svo farið í huga almennings. Ætla má að viðbrögð almennings yrðu mikil ef maður sem framið hefur morð og ekki er gert að sæta refsingu vegna atriða er fjallar um í 15. gr. og 16. gr. hegningarlaga yrði ekki í stað fangelsis látinn sæta einhvers konar gæslu í töluverðan tíma. Auðvitað ber það brot sem maður er ákærður fyrir og fundinn sekur um að hafa framið með sér þá hættu að hann geti framið slíkt brot á ný og hefur verið skírskotað til þess í úrskurðum um lausn úr öryggisgæslu. Ef um alvarlegt ofbeldisbrot er að ræða hefur það vissulega áhrif við mat á hættu vegna viðkomandi manns í framtíðinni. Þar sem öryggisgæsla er ótímabundin og getur verið dæmd vegna ýmiss konar og misalvarlegra afbrota hlýtur markmið hennar að vera það að styrkja einstaklinginn þannig að leysa megi hann úr slíkri gæslu, enda verður slíkt lesið út úr ákvæðum 62. gr. hegningarlaga.

III

Ekki er tæmandi talning í 62. gr. á þeim úrræðum sem til greina koma og þar er ekki mælt fyrir um inntak öryggisgæslu. Kemur hugtakið öryggisgæsla hvergi fyrir í hegningarlögunum en sagt er að koma megi manni fyrir „á viðeigandi hæli“. Í dómum er hins vegar ýmist kveðið á um öryggisgæslu yfir mönnum eða þá vistun á „viðeigandi hæli“. Í slíkum tilvikum er það eins og áður segir fullnustuyfirvalda að ákveða fyrst um sinn hvert það hæli skuli vera og það er ekki í verkahring dómstóla að kveða á um inntak slíkrar vistunar fyrr en kemur að endurskoðun hennar. Við lestur dóma sést að menn sem dæmdir höfðu verið til vistunar á viðeigandi hæli voru látnir dvelja í fangelsum eða jafnvel á heimili ættingja, en þá með reglulegu eftirliti lögreglu.

Augljós er nauðsyn þess að hafa skýrar reglur um inntak og framkvæmd slíkrar gæslu. Hins vegar er hvorki í lögum né reglugerðum að finna reglur þar um. Því

verður að lita til dómaframkvæmdar og ákvæða 62. gr. hegningarlaga. Þrátt fyrir að ákvæðin séu ekki svo skýr sem skyldi hafa dómstólar breytt inntaki þeirrar gæslu sem menn hafa sætt, enda væri ótækt á grundvelli reglunnar um meðalhóf að túlka ákvæðin svo að svarið við beiðni um lausn úr öryggisgæslu verði annað hvort afdráttarlaust nei eða já. Þegar krafa um niðurfellingu ráðstöfunar samkvæmt hinu tilvitnaða ákvæði er að réttu lagi borin undir dómstóla, hafa þeir því heimild til þess að kveða á um aðra og vægari ráðstöfun í stað þeirrar sem aflétt er.

Með úrskurði Héraðsdóms Suðurlands 19. desember 1995 (mál R 11/1995) var á grundvelli meðalhófs fundið nýtt hugtak um úrræði sem ekki er sérstaklega getið í 62. gr. hegningarlaga, eða svokölluð öryggis meðferð. Maður sá sem það st lausnar úr öryggisgæslu hafði hlotið dóm 1989 fyrir manndráp á árinu 1988.

Í úrskurðinum segir m.a.: „Þegar krafa um lausn úr öryggisgæslu samkvæmt 62. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940 er að réttu lagi borin undir dómstóla, hafa þeir heimild til að fella þá ráðstöfun niður og grípa til vægari úrræða í hennar stað. Þeim aðila er annast framkvæmd öryggisgæsludóms verður hins vegar ekki viðurkenndur réttur til breytinga í þessa átt.“ Síðar segir: „...Þegar framangreint er virt er það niðurstaða dómsins að X skuli nú sæta öryggis meðferð. Skal hún vera í höndum og á ábyrgð réttargeðdeildarinnar að Sogni. Í öryggis meðferð felst eftirfarandi: X skal dvelja að Sogni og hljóta þar viðeigandi lækni meðferð, svo sem verið hefur. Honum er þó heimilt, að fengnu samþykki yfirlæknis réttargeðdeildarinnar hverju sinni, að dvelja utan Sogns í þrjá daga (3x24 klukkustundir) í upphafi hvers sjö daga tímabils. Sú heimild er þó alfarið bundin því skilyrði, að X neyti ekki vímuefna eða misnoti áfengi. Á meðan á dvöl hans utan Sogns stendur skal X hlíta eftirliti starfsmanna réttargeðdeildarinnar.

Í slíku eftirliti felst, að starfsmaður frá Sogni skal vitja X að minnsta kosti einu sinni á hverju þriggja daga tímabili og kanna hagi hans.“

Ætla verður að í raun hafi X verið látinn sæta áframhaldandi en breyttri öryggisgæslu frá því sem áður var en þarna er dómurinn að lýsa nánari inntaki slíkrar gæslu hvað X varðar og var það í fyrsta sinn sem slíkt var gert. Rúmu ári síðar gekk svo úrskurður þar sem X var leystur úr öryggis meðferð, en honum þó gert að sæta áframhaldandi tilgreindri geðlækni meðferð á ábyrgð yfirlæknisins að Sogni. Ekki er í úrskurði þessum, frekar en í öðrum úrskurði dómsins frá árinu 1999, kveðið á um hverju það myndi varða ef X myndi ekki hlíta honum. Ætla verður að unnt hefði verið að leita til lögreglu til að freista þess að fullnusta dóminn. Annars væri hætt við að dómurinn væri markleysa. Líklega er rétt að huga að því hvort rétt sé að svipta viðkomandi sjálfræði í því skyni að tryggja frekar meðferðarhældni eftir að öryggisgæslu hefur verið aflétt ef jafnframt er kveðið á um sérstaka lyfjameðferð, líkt og gert var í úrskurði Héraðsdóms Suðurlands 16. október 2000 (mál R 11/2000).

Þess ber og að geta að í máli Héraðsdóms Suðurlands 8. september 1995 (mál R 8/1995) var héraðsdómur í fyrsta sinn skipaður sérfróðum meðdómendum á grundvelli heimildar í lögum um meðferð opinberra mála. Þar var maður leystur úr öryggisgæslu. Þótt ákvörðun um sakhæfi manna samkvæmt 15. gr. eða 16. gr. hegningarlaga sé reist á lögfræðilegum mælikvarða að fengnu álitu lækna eða annarra sérfræðinga um ástand viðkomandi manns og að hið sama gildi um ákvörðun um hvort leysa skuli menn úr öryggisgæslu verður að segja að þessi málaflokkur er dæmigerður um það að nauðsynlegt er að viðhafa slíka aðferð við skipun dóms. Hef ég haft mikið gagn af samskiptum mínum við þá geðlækna sem setið hafa með mér í dómi í málum sem

þessum. Fyrst var það Tómas Zoëga en í síðari málum Kristinn Tómasson.

Í síðari úrskurðum og dómum hefur því hugtakið öryggis meðferð ekki verið notað heldur talað áfram um öryggisgæslu og þá einnig kveðið nákvæmlega á um inntak hennar. Engu hefur breytt í því sambandi þótt viðkomandi maður hafi fengið að dvelja löngum stundum utan Sogns, ýmist hjá ættingjum eða einn í íbúð. Þá hefur verið kveðið á um eftirlit og lyfjagjöf, en yfirlækninum á Sogni veitt heimild til að færa manninn aftur að Sogni ef hann hefur ekki staðist þau skilyrði sem dómurinn setti honum fyrir auknu frelsi.

Athyglisverður er úrskurður Héraðsdóms Suðurlands 23. febrúar 2007 (mál R 29/2006) þar sem öryggisgæslu var aflétt skilorðsbundið (þó án tímamarka) þannig að færa mátti Y á ný til vistunar að Sogni og að þá yrðu endurmetin skilyrði sem sett voru. Þá má nefna úrskurð Héraðsdóms Suðurlands 21. júní 2004 þar sem rækilega eru tíunduð skilyrði lausnar úr öryggisgæslu sem felld skyldi niður í áföngum samkvæmt mati yfirlæknis að Sogni (sjá og úrskurði 30. apríl 2008 í máli R 12/2008 og 7. júlí 2008 í máli R 19/2008).

Hinn 3. mars 1999 var kveðinn upp úrskurður í Héraðsdómi Suðurlands sem rétt er að víkja sérstaklega að (mál R 8/1998). Málavextir voru þeir að maður hafði á árinu 1988 verið dæmdur til vistunar á viðeigandi stofnun í kjölfar tilraunar til manndráps á því ári. Hafði hann vegna brotsins dvalið í fangelsum og á réttargeðdeild í rúmlega 10 ár. Var tekið fram í úrskurðinum að ekki væri líklegt að háski muni stafa af honum meðan hann nyti nægilegrar meðferðar og eftirlits og fallist á að „lagatæknileg atriði megi ekki standa í vegi fyrir lausn sem er viðurhlutaminnst fyrir sóknaraðila.“ Þá kom fram eftirfarandi skýring á ákvæðum 62. gr. hegningarlaga sem endurtekin hefur verið í fjölmörgum síðari úrskurðum og í dómum Hæstaréttar: „Er reyndar gert ráð

fyrir því í tæðri lagagrein að dómstólar hafi heimild til að ákveða vægari úrræði en algjöra öryggisgæslu, þótt þau úrræði séu ekki tæmandi talin. Er því tækt að breyta framkvæmd öryggisgæslu án þess að hún verði felld niður. Hins vegar verður ákvæðið ekki skilið á þann hátt að aðila sem annast framkvæmd öryggisgæslu sé viðurkenndur réttur til breytinga í þessa átt, heldur ber dómstólum að ákveða þau úrræði svo skýrt sem verða má, svo viðeigandi stjórnsýsluaðili megi framfylgja úrræðunum sem kostur er og viðkomandi maður sem í hlut á viti sem gleggst hvaða skilyrðum hann þurfi að hlíta.“ Voru orð í þessa veru sérstaklega áréttuð nú síðast í dómi Hæstaréttar 18. desember 2008.

IV

Eins og áður segir er í 62. gr. hegningarlaganna látið við það sitja að mæla svo fyrir að vista megi mann á viðeigandi hæli. Í engu er að því vikið hvernig gæslu skuli framfylgt, heldur einungis lagt fyrir dómstóla að ákveða inntak hennar hverju sinni og þýðir inntak öryggisgæslu ekki endilega að menn þurfi að sæta vist á lokuðustu réttargeðdeild landsins, Sogni í Ölfusi. Það hefur margoft komið fram, bæði í skriflegum og munnlegum skýrslum fagfólks, að það telji ekki vera fyrir hendi viðeigandi úrræði til handa mönnum er sætt hafa öryggisgæslu að Sogni. Þótt dómstólar megi ekki lifa firrtir raunveruleikanum um meðferðarúrræði þá geta slík sjónarmið ekki leitt til þeirrar niðurstöðu sem er óhagfelld viðkomandi manni. Nefna má til að í máli Héraðsdóms Suðurlands frá því 11. nóvember 1999 (mál R 22/1998) höfðu borist upplýsingar frá Sogni um að vandkvæðum væri bundið að finna tilteknum aðila viðeigandi stað utan Sogns þótt fagfólkið teldi vistun utan Sogns heppilegri. Tók þá skipaður tilsjónarmaður viðkomandi, Einar Gautur Steingrímsson hæstaréttarlögmaður, sig til og útvegadi manninum vist á tilgreindu heimili. Nefndi

hann jafnframt til stuðnings kröfu um breytta tilhögun á vistun mannsins að hann yrði nágranni sinn í framtíðinni ef krafan gengi eftir og að slík tilhögun yrði mun ódýrari fyrir skattgreiðendur en hin dýra vist að Sogni.

Þessi vandræði varðandi vistunarúrræði koma einnig skýrt fram í nýjasta dómi Hæstaréttar, 18. desember 2008, í máli nr. 659/2008. Þar var um að ræða mann sem sætt hafði viðurlögum samkvæmt 62. gr. hegningarlaga í 17 ár og lítil von var um bata, en ekki hafði komið tillaga um nýjan tiltekinn vistunarstað fyrir manninn. Héraðsdómur, sem hafnaði lausn mannsins úr öryggisgæslu, sá þó ekki framtíð í því að hafa manninn áfram á réttargeðdeild og sagði að dómurinn legðist ekki gegn því að heilbrigðisfyrirvöld fyndu annað búsetuúrræði en Sogn fyrir sóknaraðila.

Í dómi Hæstaréttar sagði hins vegar eftir umfjöllun um reglu um meðalhóf: „Þegar litið er til alls framanritaðs þykja skilyrði fyrir hendi til að breyta inntaki öryggisgæslu hans. Er lagt fyrir varnaraðila að sjá til þess að sóknaraðili fái búsetu á sambyli fyrir geðfatlaða eða í öðru sambærilegu viðeigandi búsetuúrræði, með sólarhringsgæslu, samkvæmt mati viðkomandi svæðisskrifstofu í málefnum fatlaðra, sbr. ákvæði VI. kafla laga nr. 59/1992 um málefni fatlaðra. Að öðru leyti skal standa óhöggud tilhögun á öryggisgæslu sóknaraðila.“ Hér varð að höggva á hnútinn og leggja beinlínis skyldu á varnaraðila, dómsmálaráðuneytið, að útvega sóknaraðila nýjan íverustað.

V

Eftir að hafa komið að málum sem þessum í allmörg ár hafa komið upp í hugann ýmis atriði sem betur mættu fara. Ég mun ekki fjalla sérstaklega um væntanlegar breytingar á réttarreglum um öryggisgæslu en verð þó að nefna að við blasir að gera þurfi a.m.k.

eftirfarandi:

1. Að hafa ákvæði í lögum um reglubundna endurskoðun á öryggisgæslu, t.d. á þriggja ára tímabili.

Regla í þessa veru hefur augljóslega þau rök með sér að koma í veg fyrir að menn festist á lokuðum stofnunum, án þess að nokkur hugi að þeim hvað þetta varðar. Því miður má finna um þetta athugasemdir í úrskurðum Héraðsdóms Suðurlands. Einkum eru í huga mér tvö dæmi. Ég nefni annað þeirra hér (mál R 22/1998). Þar hafði viðkomandi einstaklingur sætt gæslu í um aldarfjórðung er fyrst var farið fram á lausn. Tílefni þess var að nýr tilsjónarmaður, reyndar einn af ræðumönnum nú í dag, hafði verið skipaður, og fór hann strax í að kanna hagi mannsins. Í úrskurði Héraðsdóms Suðurlands segir: „Af því sem rakið hefur verið er ljóst að sóknaraðili hefur um langt árabil verið haldinn geðklofa. Einkennum sjúkdómsins hefur þó nánast alveg verið haldið niðri með lyfjagjöf hin síðari ár. Sjúklingur virðist hins vegar verið lítið sem ekkert rannsakaður hin síðustu ár með tilliti til geðsjúkdómsins og hann fyrst og fremst fengið (geð)hjúkrunarumönnun.“

2. Að heimila fleiri en tilsjónarmanni og ráðuneyti að gera kröfu um lausn úr öryggisgæslu.

Auk þess sem að framan segir ber að hafa í huga í þessu sambandi að viðkomandi einstaklingar eru veikir og hafa stundum verið lokaðir inni á stofnun í mörg ár. Margir þeirra hafa ekki burði til að halda fram rétti sínum. Þá eru skipaðir tilsjónarmenn samkvæmt 62. gr. hegningarlaga. Ekki eru þeir allir löglærðir og eru þeir mis uppburðarmiklir gagnvart kerfinu, auk þess sem hætta er á að tilsjónarmaður gleymi skjólstæðingi sínum í dagsins önn. Ekki er vist að dómsmálaráðuneytið sé reiðubúið til að taka frumkvæði í þessum efnum en ekki verður séð af þeim dómum sem ég hef kannað að hið opinbera hafi nema einu sinni kært niðurstöðu undirréttar varðandi lausn

úr öryggisgæslu. Hins vegar virðist sem dómsmálaráðuneytið hafi tvisvar sinnum óskað eftir úrskurði héraðsdóms um lausn úr öryggisgæslu að tilstuðlan Sigmundar Sigfússonar geðlæknis og án þess að tilsjónarmaður hafi komið þar nærri. Var lausn veitt í bæði skiptin (mál Sakadóms Akureyrar 1597/1991 frá 12. ágúst 1991 og mál Héraðsdóms Norðurlands eystra S-104/1993 frá 23. júlí 1993, en í fyrra tilvikinu virðist sem að viðkomandi maður hafi ekki haft tilsjónarmann). Minna má á að í flestum tilvikum þegar beðið hefur verið um lausn úr öryggisgæslu hefur hlutaðeigandi fengið einhverja rýmkun á gæslunni, svo sem aukið ferðafrelsi.

3. Að hafa skýrari reglur um framkvæmd öryggisgæslu og ekki síður um undirbúning lausnar.

Það verður að segjast eins og er, að of oft hefur komið fyrir að menn hafa sótt um lausn úr öryggisgæslu án þess að það hafi verið undirbúið nægilega af þeim sem annast hafa manninn, einkum með tilliti til þess að finna út þau réttu forðalyf sem gagnast megí honum þegar út í lífið er komið og gera jafnframt allt eftirlit skilvirkara. Þá hefur einnig komið fyrir að skort hefur á greiningu viðkomandi og af þeim sökum hefur ekki verið unnt að taka með nægilega rökstuddum hætti afstöðu til beiðnar um lausn. Má hugsa sér að settar verði starfsreglur um þörf á endurskoðun lyfjagjafar viðkomandi með reglubundnum hætti. Minna má á í þessu sambandi að þrátt fyrir að dómur hafi hafnað beiðni um lausn úr öryggisgæslu hefur hann jafnframt oftast kveðið skýrar á um inntak gæslu og framhaldandi meðferð.

Um þetta atriði munu aðrir fjalla betur, en geta má þess að í úrskurði Héraðsdóms Suðurlands 20. desember 1999 (mál R 23/1999) þótti greining á ástandi viðkomandi manns svo óljós að það hafði áhrif á niðurstöðu dómsins. Tækt þótti að rýmka öryggisgæsluna en með skilyrðum

sem ekki lutu einungis að viðkomandi manni heldur að meðferðaraðilum að Sogni en um það segir í úrskurðinum: „Að líðnu ári frá uppkvaðningu úrskurðar þessa skal yfirlæknir réttargeðdeildarinnar að Sogni, í samvinnu við starfsfólk sitt, skila ítarlegri skýrslu til tilsjónarmanns og lögmanns sóknaraðila, er tekur til greiningar og mismunagreininga, lýsingar á meðferð, almenningar atvikaskráningar, árangurs og mats á horfum. Í framhaldi af því má endurupptaka málið í samræmi við heimild í 62. gr. almennra hegningarlaga nr. 19/1940.“ Með úrskurði dómsins 17. maí 2001 var öryggisgæslu mannsins svo aflétt.

VI

Mikið hefur verið ritað um réttlætingu fyrir refsingum og framkvæmd þeirra og hefur umræðan sveiflast nokkuð gegnum tíðina. Ég læt í þessu sambandi nægja að tæpa á því sem segir í almennum athugasemdum með frumvarpi að almennum hegningarlögum nr. 19/1940 um markmið refsinga. Fyrst og fremst sé um að ræða verndun almenns réttaröryggis og viðhald lögbundins þjóðskipulags. Auk þess fullnægi refsing réttlætistilfinningu almennings, er ekki sætti sig við það, að menn skerði órefsað mikilvæg réttindi annarra. Á refsing að hafa varnaðaráhrif gagnvart þeim sem henni sætir þannig að hann fremji síður afbrot að nýju vegna ótta við nýja og oft aukna refsingu og einnig almenn varnaðaráhrif gagnvart öðrum þeim sem þá vita að þeim verði ekki látið óhegnt fari þeir slíkan veg. Jafnframt þessu er tilgreint að gæta verði meðalhöfs við ákvörðun refsingar og tekið fram að refsingu beri ekki að beita nema nauðsyn krefji og ætla megí, að hún nái tilgangi sínum. Hins vegar er einnig nefnt að ekki verði ætlað að refsing sé til þess fallin að betra hugarfar þess sem fyrir henni verður. Eigi að síður má finna í dómum rökstuðning þar sem litið er til þess hver árangur verði af þeim

viðurlögum sem gripið er til varðandi þann sökunaut sem í hlut á. Má til samanburðar hafa í huga þá fjölmörgu dóma þar sem fjallað er um réttmæti skilorðsbindingar á refsingum, en auk þess nægir hér að nefna sérstaklega Hæstaréttardóm 1988:241.

Eins og áður segir telst öryggisgæsla ekki til refsivistar í þröngri merkingu orðsins, en er það nú eigi að síður í reynd og getur í raun verið harðara refsíurræði en felst í venjulegum fangelsisdómi. Ástæður þess eru þær aðallega að öryggisgæsla er ótímabundin og á sá sem dæmdur er til að sæta henni að því leyti allt undir þeirri meðferð sem hann þar sætir. Tímalengd hennar er þannig ekki með beinum hætti háð því broti sem lá til grundvallar dómi um hana. Þannig getur tímalengd slíkrar vistunar orðið styttri eða mun lengri en orðið hefði ef fangelsisrefsing hefði verið dæmd. Þá mun sá háttur vera hafður á að menn sæta gæslunni að réttargeðdeildinni að Sogni í Ölfusi, sem er lokað stofnun og aðrir vistmenn oft afar veikt fólk. Þó eru dæmi þess að veikir menn í afplánun hafi verið látnir afplána fangelsisvistina á réttargeðdeildinni að Sogni í Ölfusi. Í þessu sambandi ber að hafa í huga að samkvæmt lögum nr. 49/2005 um fullnustu refsinga eru ýmis úrræði tiltæk til handa fongum þegar kemur að fullnustu refsinga, sbr. til að mynda 15. gr. laganna sem heimilar fangelsismálastofnun að vista fanga á sjúkrahúsi, eða á annarri heilbrigðis- eða meðferðarstofnun með eða án skilyrða um tilhögun slíkrar vistar. Fangelsismálastofnun getur einnig leyft fanga að ljúka afplánun utan fangelsis, enda stundi hann vinnu eða nám sem fangelsismálastofnun hefur samþykkt og er liður í aðlögun hans að samfélaginu á ný, búi á sérstakri stofnun eða heimili sem stofnunin hefur gert samkomulag við og sé þar undir eftirliti.

Að þessu virtu má segja að niðurstaðan sé sú þegar kemur að málum er varða lausn eða rýmkun úr öryggisgæslu að staða dómans

sé hin sama og staða fangelsismálastofnunar hvað varðar tilhögun refsivistar. Vegna nýrra viðhorfa við fullnustu refsinga eru markmið með refsingu ekki lengur óskyld þeim sjónarmiðum sem liggja að baki öryggisráðstöfunum. Ég get því sagt að þótt ástæður fyrir öryggisgæslu séu aðrar en við ákvörðun refsingar, eins og að framan er rakið, þá tel ég markmið þessara tveggja úrræða vera að renna saman.

Starf dómara í héraði er margþætt. Aðrir eiginleikar dómans en þeir sem liggja á sviði lögfræði geta skipt höfuðmáli við úrlausn mála. Mál vegna lausnar úr öryggisgæslu sæta meðferð samkvæmt lögum um meðferð sakamála. Þá eru þau indispositív, þ.e. rannsóknarskylda dómans er meiri en í velflestum öðrum málaflokkum og niðurstaða ekki endilega háð kröfugerð aðila. Má nefna um þetta að eitt sinn í málflutningi kom fram nýtt sjónarhorn af hálfu varnaradila (dómsmálaráðuneytisins) en þó ekki fyrr en í síðari ræðu þegar átti að veita gagnsvör við síðari ræðu lögmanns sóknaraðila. Í stað þess að stöðva málflutning sem ég hefði gert í öðrum tilvikum, þá lét ég talsmann varnaradila ótrufaðan í ræðu sinni, en bauð síðan talsmanni sóknaraðila að taka til máls í þriðja sinn, sem ekki er gert beinlínis ráð fyrir að heimilt sé að lögum, sem hann og gerði.

Öllu skiptir við meðferð mála um lausn úr öryggisgæslu að fá fram sannleikann um heilsu viðkomandi og öðlast ákveðinn trúnað við þann sem krefst lausnar. Nefna má að lögmennt hafa sagt mér að finni viðkomandi aðilar að dómari nálgist þá með fullri virðingu þá verði þeir oft svo ánægðir að úrslit málsins skipti minna máli. Sagði mér einn lögmaður að eftir uppkvaðningu úrskurðar, þar sem hafnað var kröfu skjólstaðings hans hafi hann sagt við lögmanninn eftir dómþing: Nú skulum við fara á kaffihús og fá okkur köku.



Halldór Brynjar Halldórsson
lögfræðingur hjá
LOGOS lögmannsþjónustu.

ER ÞÖRF Á MILLIDÓMSTIGI Í EINKAMÁLUM?¹

1. INNGANGUR	162
2. LAGAUMHVERFIÐ – ÞRÓUN OG SÖGULEGUR BAKGRUNNUR	163
2.1. Fyrstu lagaákvæði um sérfróða meðdómsmenn	163
2.2. Þróun reglnanna	164
2.3. Lagaumhverfið í dag	165
3. HLUTVERK SÉRFRÓÐRA MEÐDÓMSMANNA	165
3.1. Hvert er eiginlegt hlutverk sérfróðra meðdómsmanna?	165
4. ENDURSKOÐUN HÆSTARÉTTAR Á HÉRAÐSDÓMUM SKIPIÐUM SÉRFRÓÐUM MEÐDÓMSMÖNNUM	166
4.1. Almenn	166
4.2. Varlega farið	166
4.3. Efnisatriði endurskoðuð – almenn	167
4.4. Endurskoðun án nýrra gagna	167
4.4.1. Hrd. 1999.1666	168
4.4.2. Hrd. 2003.1486	169
4.4.3. Hrd. 1996.1563	170
4.4.4. Hrd. 1999.3196	171
4.5. Ný gögn lögð fyrir Hæstarétt	174
4.5.1. Lagaheimild	174
4.5.2. Hrd. 2004. 1239	174
4.5.3. Hrd. 1999.3225	176
4.5.4. Hrd. 2003.874.	178
4.6. Gengur núgildandi fyrirkomulag upp?	178
5. ER ÞÖRF Á MILLIDÓMSTIGI?	180

¹ Greinin er lauslega byggð á BA ritgerð höfundar við laga-
deild Háskólans í Reykjavík vorið 2007.

1. INNGANGUR

Talsverð umræða hefur farið fram hér á landi á síðastliðnum árum um þörf þess að koma á fót millidómstigi í sakamálum. Er slíku dómstigi ætlað að tryggja rétt aðila til milliliðalausrar sönnunarfærslu fyrir æðri dómstól, sem leiddur er af 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu sem og 2. gr. 7. samningsviðauka við sáttmálann.

Erú áform um slíkt millidómstig komin talsvert á leið, en það var m.a. niðurstaða álits nefndar dómsmálaráðuneytisins um milliliðalaus sönnunarfærslu í sakamálum frá október 2008 að nauðsynlegt væri að koma slíku millidómstigi á fót.² Einnig hefur dómstólaráð lagt til að því yrði komið á fót.³

Ástæður þess að þetta er rakið hér er að höfundur greinar þessarar telur að þörf sé á að kanna hvort millidómstigs kunnir einnig að vera þörf í einkamálum, af öðrum og óskyldum ástæðum þó. Þannig telur höfundur að merkja megji ákveðna hnökra á endurskoðun Hæstaréttar á héraðsdómum uppkveðnum af sérfróðum meðdómsmönnum, svo sem nánar verður rakið hér á eftir. Ein af mögulegum lausnum á því gæti verið sú að koma á fót millidómstigi í einkamálum.

Til að dómstólar landsins geti sinnt sínu lögbundna hlutverki sem skyldi er nauðsynlegt að þeir hafi yfir að ráða nægjanlegri þekkingu til að leiða farsællega til lykta þau deilumál sem fyrir þá eru lögð. Deilur málsaðila snúa oft að flóknum ágreiningsefnum á ýmsum sérhæfðum sviðum, þar sem lagaþekking ein og sér

nægir dómurum ekki til að skera úr um ágreiningsefnið með fullnægjandi hætti. Af þessum sökum er nauðsynlegt að með einhverjum hætti sé tryggt að dómstólar búi yfir nægjanlegri sérfræðiþekkingu þegar á reynir. Svo dæmi sé tekið má nefna að oft mun það vera ógerningur fyrir löglærðan dómara að meta hvað sé viðurkennd framkvæmd við byggingu fasteigna, og þarf hann því oft að treysta á utanaðkomandi sérfræðiþekkingu til að geta lagt dóm á málið. Æði misjafnt er hvaða leiðir þjóðir heims fara til að ná þessu markmiði.

Hér á landi er byggt á meginreglunum um annars vegar frjálsa sönnunarfærslu aðila og hins vegar frjálst sönnunarmat dómara. Af þessu leiðir að aðilum er að meginstefnu til frjálst að leggja fram í málum þau sérfræðigögn sem þeir kjósa. Sérfræðivitni eru þó ekki heimilud hérlandis, þar sem vitni er samkvæmt einkamálalögum einungis ætlað að bera um atvik máls.⁴ Til að ná framangreindu markmiði að tryggja nauðsynlega sérfræðiþekkingu við dómstólana hafa þó einkum tvær leiðir verið farnar.

Annars vegar hefur dómari heimild til að kveðja til matsmenn að kröfu aðila. Hinir dómkvöddu matsmenn leggja mat á atríði sem deilt er um og ekki eru þess eðlis að almenn þekking eða lagaþekking nægi til að meta þau.⁵

Hins vegar hefur héraðsdómari heimild til að kveðja til sérfróða meðdómsmenn við tiltekna aðstæður. Skipa þeir þá dóm ásamt héraðsdómara, og kemst hinn fjölskipaði dómur saman að niðurstöðu í málinu. Er

2 Sjá 7. kafla álitsins á bls. 39. Álitid er aðgengilegt á slóðinni http://www.domsmalaraduneyti.is/media/frettir/Skyrsla_1710.08.pdf.

3 Minnisblað dómstólaráðs til dómsmálaráðherra dags. 13. desember 2006. Aðgengilegt á slóðinni <http://www.domstolar.is/domstolarad/frettir/nr/265/>.

4 Sbr. 1. mgr. 51. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála.

5 Í 60. – 1. mgr. 61. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála segir: 1. Skoðunar- og matsgerðir, lýsingar á hlutum og aðrar rannsóknargerðir kallast hér einu nafni matsgerðir eða mat og athafnir sem lúta að þeim að meta.

2. Dómari leggur sjálfur mat á atríði sem krefjast almennrar þekkingar og menntunar eða lagaþekkingar.

3. Ef opinber starfsmaður er skipaður í eitt skipti fyrir öll til að meta tiltekin atríði getur aðili snúið sér beint til hans ef honum er skylt að framkvæma matið eða hann er fús til þess án dómkvaðningar, enda sé það í verkahring hans.

61. gr. 1. Ef ekki verður farið svo að sem segir í 2. eða 3. mgr. 60. gr. kveður dómari einn eða tvo matsmenn til að framkvæma mat eftir skriflegri beiðni aðila. Í beiðni skal koma skýrlega fram hvað eigi að meta, hvar það er sem meta á og hvað aðili hyggst sanna með mati.“

heimildin samkvæmt 2. mgr. 2. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála takmörkuð við það að deilt sé um staðreyndir sem bornar eru fram sem málsástæður, og dómari telur þörf á sérkunnáttu til að leysa úr.

Í umfjöllun þeirri sem hér fer á eftir verður einkum beint sjónum að þeim aðstæðum sem upp koma, þegar héraðsdómi sem skipaður hefur verið slíkum sérfróðum meðdómsmönnum er áfrýjað til Hæstaréttar. Leitast verður við að svara þeim fjölmörgu spurningum sem vakna við slíka áfrýjun. Hvaða faglegu hæfni hefur Hæstiréttur til að mynda til að endurskoða slíkar dómsúrlausnir og hvaða vægi fá ný sérfræðigögn sem lögð hafa verið fram í málinu eftir uppkvaðningu héraðsdóms?

Umfjölluninni er skipt í fimm meginkafla að inngangi meðtöldum. Byrjað verður á því í öðrum kafla að fara yfir lagaumhverfið hér á landi og ljósi varpað á þróun reglnanna um sérfróða meðdómsmenn frá því þær komu fyrst inn í íslensk lög. Næstu tveir kaflar innihalda síðan meginuppistöðu umfjöllunarinnar. Í þriðja kafla verður að finna almenna umfjöllun um stöðu sérfróðra meðdómsmanna innan dómkerfisins. Vikið verður að kenningum fræðimanna um stöðu þeirra og gerð tilraun til að skilgreina það hlutverk sem Hæstiréttur hefur mótað þeim með dómafordæmum.

Í fjórða kafla verður síðan fjallað ítarlega um endurskoðun Hæstaréttar á héraðsdómum sem sérfróðir meðdómsmenn hafa setið í. Umfjöllunin verður að meginstefnu til tvískipt, þar sem annars vegar verður fjallað um endurskoðun Hæstaréttar á slíkum dómum án þess að ný gögn hafi verið lögð fyrir réttinn, en hins vegar dómur skoðaðir þar sem ný gögn hafa verið lögð fyrir Hæstarétt. Ekki er ætlunin að setja fram einhvers konar tölfræðilega umfjöllun um fjölda dóma, heldur verður áhersla lögð á að fara ítarlega yfir

rökstuðning Hæstaréttar í nokkrum málum þar sem niðurstöðu héraðsdóms er snúid við. Í fimmta kafla verður því síðan velt upp hvort í ljósi þeirra hnökra sem höfundur telur að séu á núverandi fyrirkomulagi, ástæða sé til að koma á millidómstigi í einkamálum, líkt og stefnt er að í sakamálum.

2. LAGAUMHVERFIÐ — ÞRÓUN OG SÖGULEGUR BAKGRUNNUR

2.1. *Fyrstu lagaákvæði um sérfróða meðdómsmenn*

Áður en ákvæði um sérfróða meðdómsmenn voru sett í lög hér á landi tíðkaðist almennt ekki að sérfræðingar kæmu að dómsuppkvaðningu. Eina undantekningu var þó þar að finna, en sú venja myndaðist með stoð í tilskipun frá 11. júlí árið 1800 að skipa svokallaðar dómnefndir í tilteknum málum. Gátu þær ýmist tekið til einstaks máls eða flokks mála sömu tegundar, og þurfti konungsskipun til, þótt ráðherra hafi gefið hana út samkvæmt konunglegri umboðsskrá. Voru nefndirnar skipaðar í málum sem þóttu svo umfangsmikil eða flokin að ætla mátti að hinir almennu dómstólar réðu ekki við þau. Kvað nefndin upp dóm sem var skotið til Landsyfirdóms ef dómkrafan náði ekki 200 krónum, en ella beint til Hæstaréttar Danmerkur.⁶

Lagaákvæði um sérfróða meðdómsmenn má hins vegar rekja aftur til árána 1913 og 1914 til „laga nr. 64/1913 um sjódoma og rjettarfar í sjómálum“, en ákvæðin voru sett að fyrirmynd sambærilegra laga annarra norræna þjóða. Var raunar um að ræða nær beina þýðingu á dönskum lögum um efnid.⁷ Má því með nokkrum sanni segja að ákvæði um sérfróða meðdómsmenn hafi þannig laumað sér inn í íslenskt réttarfar án mikillar gagnrýni eða umfjöllunar. Því til stuðnings má nefna að þrátt fyrir að um

⁶ Einar Arnórsson (1911), bls. 127.

⁷ Alþingistiðindi, A-deild, 1983-4, bls. 1015.

samnoræna löggjöf hafi verið að ræða, tóku Íslendingar engan þátt í undirbúnings- eða nefndarstörfum við samningu laganna.⁸ Er því meðdómsmannakerfið eins og við þekkjum það í dag spröttið af hinu sérstaka réttarfari sem notast var við í sjó- og verslunarmálum á Norðurlöndunum.⁹ Verður að telja þetta nokkuð merkilega staðreynd í ljósi þess hversu veigamikinn sess sérfróðir meðdómsmenn skipa nú í hinu íslenska dómskerfi.

Nánar tiltekið var heimildin lögfest með 2. gr. laganna sem hljóðaði svo:

„Fastur sjódómur skal vera í kaupstöðunum, og má með konunglegri tilskipun leggja þær sveitir, sem næstar eru, undir sjódóm kaupstaðarins. Ennfremur má með konunglegri tilskipun ákveða fastan sjódóm utan kaupstaða í þeim þinghám, þar sem kaupún er og sjávarútgerð, og má jafnframt ákveða, að fleiri en ein dómþinghá skuli vera ein sjódómþinghá. Áður en skipað er sjódómþinghám, skal þó ávalt leitað álits sveitarstjórna þeirra og sýslunefnda, sem hlut eiga að máli, um takmörk þinghárinnar.

Ráðherra tiltekur hve margir skuli vera sjódómsmenn í sjódómþinghá hverri, en leita skal áður um það álits sveitastjórna þeirra eða bæjarstjórna, sem hlut á að máli. Þó mega sjódómsmenn aldrei fleiri vera en 12 í neinni sjódómþinghá.

Þá eina má tilnefna og skipa sjódómsmenn, sem eru 30 ára að aldri, hafa óflekkað mannorð, eru fjár síns ráðandi, búsettir innan sjódómþinghárinnar og hafa sjerstaklega þekking á siglingum, útgerð, vjelasörfum, vörum eða váttryggingamálefnum.

Ráðherra skipar sjódómsmenn að fengnum tilögum hlutaðeigandi bæjarstjórna og sveitastjórna í sjódómþinghánni, til 4 ára í senn og má enginn kjörgengur maður skorast undan skipun nema hann sé 65 ára að aldri eða ráðherra taki afsökun hans gilda. Sá, sem gegnt hefur sjódóms-

mannstöðu um að minnsta kosti eitt kjörtímabil, má skorast undan endurskipun um jafn langan tíma.

Hjéraðsdómariinn útnefnir tvo hinna skipuðu sjódómsmanna til að sitja dóminn í hverju tilfelli...¹⁰

Í athugasemdum með frumvarpinu kom fram að nokkur óánægja ríkti hér á landi þar sem dómaraþéttu ekki hafa nægjanlega þekkingu á sjómálum. Hefðu Norðurlöndin öll sett lög á þessa lund, og væri þessi leið því einnig farin hér á landi.¹¹ Með þeirri skipan sem komið var á með lögunum voru sjódómsmenn fastskipaðir við dóminn og gegndu stöðu sinni fjögur ár í senn.

2.2. Þróun reglnanna

Þegar lög nr. 85/1936 um meðferð einkamála í héraði voru sett leysti XVI. kafli þeirra ofangreind lög um sjódóm af hölmí. Voru verslunarmál einnig felld undir dóminn með lögunum og hann nefndur sjó- og verslunardómur. Heimildarákvæðinu um sérfróða meðdómsmenn var fundinn staður í 1. til 3. tl. 1. mgr. 200. gr. laganna sem tiltóku hvaða mál sjó- og verslunardómur skyldi fara með. Fyrir umfjöllun þessarar greinar er það einkum 3. tölulíður greinarinnar sem máli skiptir, en hann hljóðaði svo:

„3. Einnig getur héraðsdómari, ef honum þykir þess þörf, kvatt til sérfróða menn til að fara með og dæma mál um önnur teknisk atriði, svo sem húsbýggingu, meiri háttar mannvirki önnur o.s.frv.“¹²

Af honum má sjá að héraðsdómara var í fyrsta skipti veitt heimild til að kveðja til sérfróða meðdómsmenn í málum sem ekki féllu undir sjó- og verslunardóm. Nýttu héraðsdómara þessa heimild því í kjölfar lagasetningarinnar í fyrsta skipti án þess

8 Berglind Ýr Karlsdóttir (2007): Norrænt lagasamstarf, Timarit Lögréttu, bls. 72.

9 Skúli Magnússon (2006): Er þörf á breytingum á reglum um sérfróða meðdómsmenn?, Guðrúnarþók, bls. 448.

10 Alþingistiðindi, A-deild, 1913, bls. 257-58.

11 Alþingistiðindi, A-deild, 1913, bls. 261-62.

12 Alþingistiðindi, A-deild, 1936, bls. 167-68

að sjó- og verslunardómur væri kallaður til.¹³ Hæstiréttur tók undir þessa viðleitni héraðsdómara með því að gera í vissum málum kröfu um að sérfróðir meðdómsmenn tækju sæti, þrátt fyrir að samkvæmt orðanna hljóðan virtist vera um heimildarákvæði að ræða. Má þetta til að mynda sjá af Hrd. 1947.357 og Hrd. 1950.87, þar sem Hæstiréttur ómerkti héraðsdóma sökum skorts á sérfróðum meðdómsmönnum og vísaði málunum aftur heim í hérað til löglegrar meðferðar.

Með lögum nr. 28/1981 var XVI. kafli þágildandi einkamálalaga síðan endurskoðaður og sjó- og verslunardómur lagður niður. Ákvæði um sérfróða meðdómsmenn var þess í stað fundinn staður í 37. gr. A laganna, en þar var í raun efnislega um að ræða áður nefndan 3. tölulið eldri laga. Þaðan rataði það síðan í 2. tl. 2. gr. núgildandi einkamálalaga nr. 91/1991. Þrátt fyrir að orðalagsbreytingar hafi verið nokkrar, voru efnisreglur eldri laga í öllum meginatriðum óbreyttar.¹⁴

2.3. Lagaumhverfið í dag

Núgildandi ákvæði einkamálalaga um sérfróða meðdómsmenn hljóðar svo:

Ef deilt er um staðreyndir sem eru bornar fram sem málsástæður og dómari telur þurfa sérkunnáttu í dómi til að leysa úr getur hann kvatt til tvo meðdómsmenn sem hafa slíka sérkunnáttu.

Með vísan til þess sem að framan greinir er ákvæðið í raun efnislega óbreytt frá ákvæði laga um sjódoma og rjettarfar í sjómálum nr. 64/1913. Af því leiðir að eldri fordæmi Hæstaréttar hvað heimildir og eftir atvikum

skyldur héraðsdómara til að kalla til sérfróða meðdómsmenn standa óhögguð.¹⁵

3. HLOTVERK SÉRFRÓÐRA MEÐDÓMSMANNA

3.1. Hvert er eiginlegt hlutverk sérfróðra meðdómsmanna?

Eins og segir hér að framan eru lagaákvæði um stöðu sérfróðra meðdómsmanna hér á landi afar fátækleg. Markús Sigurbjörnsson skilgreinir hlutverk þeirra á þann hátt að sérfróðir meðdómsmenn eigi öðru fremur að: „veita dómsformanni aðgang að sérþekkingu sinni með fræðslu um sérhæfð atriði og fara rækilega gegnum gögn málsins með tilliti til slíkra atriða og vekja athygli á því innan dómsins ef þeir telja að frekari upplýsingar eða gögn vanti“.¹⁶

Af þessari skilgreiningu má í fyrsta lagi leiða að það sé ekki hlutverk sérfróðra meðdómsmanna að afla sjálfir gagna. Hefur það raunar margoft verið staðfest með dómum Hæstaréttar, til að mynda með Hrd. 2003.3832, þar sem hinir sérfróðu meðdómsmenn voru taldir hafa farið út fyrir hlutverk sitt með því að byggja niðurstöður dómsins á sjálfstæðri rannsóknarvinnu. Í ljósi þess þótti ekki hjá því komist að ómerkja héraðsdóm og vísa málinu heim í hérað að nýju til löglegrar meðferðar.¹⁷

Sömuleiðis má leiða þá niðurstöðu af skilgreiningu Markúsar að það sé ekki hlutverk hinna sérfróðu meðdómsmanna að bæta úr göllum á matsgerðum með því að leggja á dóm í máli þar sem ekki verður á þeim byggt. Má í þessu sambandi meðal annars vísa til Hrd. 1999. 4199.¹⁸

¹³ Skúli Magnússon (2006), bls. 447.

¹⁴ Skúli Magnússon (2006), bls. 452.

¹⁵ Skúli Magnússon (2006), bls. 452.

¹⁶ Markús Sigurbjörnsson (2003): Einkamálaréttarfar, handrit til kennslu við lagadeild Háskólans í Reykjavík, óútgefið. Bls. 46.

¹⁷ Málið átti rætur að rekja til tjóns er varð af völdum sprunginna róra í heitavatnskerfi í sumarbústað stefnanda.

Héraðsdómur sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum fór á vettvang og gerði sjálfstæðar athuganir með því loka fyrir affallslögn á miðstöðvarkerfi hússins og byggja þannig upp fullan þrýsting á kerfinu. Á grundvelli afleiðinga þessa komust hinir sérfróðu meðdómsmenn að öðrum niðurstöðum en matsmenn, og var héraðsdómur byggður á niðurstöðu meðdómendanna um orsakir þess að rörin sprungu.

Þegar hlutverk hinna sérfróðu meðdómsmanna er kannað, liggur þó beinast við að leita til hinna fyrstu hæstaréttardóma um efnið.¹⁹

Í Hrd. 1947. 357, bls. 357, segir Hæstiréttur að þörf hafi verið fyrir sérfróða meðdómsmenn í málinu. Þeir hafi átt að „yfirfara og gagnrýna allar matsgerðir og reikninga í málinu“. Hæstiréttur ómerkti dóminn með vísan til þessa og vísaði málinu heim í hérað til löglegrar meðferðar.

Sama niðurstaða varð uppi á teningnum Í Hrd. 1949.417, en þar segir rétturinn:

„Þá er málinu svo háttað að, að nauðsyn bar til, að héraðsdómari kveddi sérkunnáttumenn um húsagerð til að dæma málið með sér, sbr. 3. tl. 200. gr. laga nr. 85/1936. Hefðu þeir átt að yfirfara og gagnrýna matsgerðir og reikninga í málinu...“

Með hliðsjón af þessum rökstuðningi réttarins fer vart milli mála hvert hlutverk hinna sérfróðu meðdómsmanna er í hinu íslenska dómkerfi, það er að yfirfara og gagnrýna þau sérfræðigögn sem fyrir liggja í málum þar sem hinum reglubundnu héraðsdómurum er það ófært, í því skyni að auka líkurnar á því að dómurinn komist að rétttri niðurstöðu.

4. ENDURSKOÐUN

HÆSTARÉTTAR Á HÉRAÐSDÓMUM SKIPUÐUM SÉRFRÓÐUM MEÐDÓMSMÖNNUM

4.1. Almenn

Eins og ráða má af umfjölluninni hér að framan er sérfróðum meðdómsmönnum

falið einkar mikilvægt hlutverk í hinu íslenska dómkerfi. Þeim er ætlað að aðstoða héraðsdómara þegar „honum er ófært að leysa úr máli á grundvelli almennrar þekkingar sinnar, menntunar eða lagabekkingar“,²⁰ svo notuð séu orð Hæstaréttar sjálfs.

En hvernig getur þá Hæstiréttur, sem skipaður er mönnum sem hafa sambærilega hæfni og héraðsdómarar hvað þetta varðar,²¹ endurskoðað slíkar dómúrlausnir með góðu móti? Ef hlutverk sérfróðra meðdómsmanna er að „yfirfara og gagnrýna allar matsgerðir“, og héraðsdómar eru ómerktir ef þessa hefur ekki verið gætt þegar við á, hvernig getur þá Hæstiréttur gegnt hlutverki sínu sem áfrýjunardómstóll án nokkurrar sérfræðiaðstoðar?

Hér á eftir verður farið ítarlega yfir rökstuðning Hæstaréttar í nokkrum dómum þar sem rétturinn hefur endurskoðað niðurstöður héraðsdóms skipuðum sérfróðum meðdómsmönnum. Umfjölluninni verður að meginstefnu til skipt í tvo hluta, annars vegar endurskoðun á niðurstöðum héraðsdóms án þess að ný gögn hafi verið lögð fram fyrir Hæstarétt, og hins vegar þegar það hefur verið gert.

4.2. Varlega farið

Í upphafi er rétt að víkja að því að svo virðist vera sem Hæstiréttur fari almennt varlega í að endurskoða niðurstöður héraðsdóma skipuðum sérfróðum meðdómsmönnum. Má telja það að nokkru leyti eðlilegt með hliðsjón af því hlutverki sem Hæstiréttur hefur mótað hinum sérfróðu meðdómsmönnum með dómafordæmum.

Má þessu til stuðnings meðal annars vísa

18 Stefnandi krafði íslenska ríkið um bætur sem svöruðu til mismunar á markaðsvirði fasteignar annars vegar og því verði sem ríkið hafði greitt fyrir eignina á nauðungarsólu hins vegar. Í málinu lá fyrir mat dómkvaddra matsmanna á ætluðu markaðsvirði eignarinnar. Taldi héraðsdómur ekki unnt að byggja á matsgerðinni þar sem ekki hafði verið staðið réttilega að gerð hennar. Voru stefnanda allt að einu dæmdar bætur sem svöruðu til munarins á nauðungarsóluverði og því sem hinir sérfróðu meðdómsmenn töldu vera markaðsvirði hennar.

Hæstiréttur taldi að þar sem ekki yrði byggt á matsgerðinni væri um vanreifun að ræða, og það væri ekki hlutverk sérfróðra meðdómsmanna að bæta úr henni. Var málinu því vísað frá héraðsdómi.

19 Skúli Magnússon (2006), bls. 458.

20 Hrd. 2000.2674, bls. 2676.

21 Þótt almennt megi vissulega ætla að almenn þekking, menntun og lagabekking þeirra sé umfangsmeiri.

til þess að nokkuð algengt er að setningin: „Það var niðurstaða héraðsdóms, sem skipaður var sérfróðum meðdómendum...“²² komi fyrir í niðurstöðum Hæstaréttar. Með þeim orðum er héraðsdómur síðan staðfestur með vísan til forsendna.

Má í þessu sambandi til að mynda vísa í eftirfarandi rökstuðning úr forsendum Hæstaréttar í Hrd. 1999.2682, bls. 2683:

„Það var niðurstaða dómsins, sem skipaður var sérfróðum meðdómendum, að börnunum væri fyrir bestu að dvelja áfram hjá stefnda, þar sem þau hafa verið frá endanlegum sambúðarslitum foreldranna í september 1997, enda væri mikil áhætta tekin með breytingu á forsjárskipan. Ekkert er fram komið, sem rennt geti öruggum stöðum undir það, að rétt sé að haggja þessu mati héraðsdóms. Á það ber hins vegar að leggja áherslu, að aðilar láti togstreitu í samskiptum sínum ekki bitna á börnunum og þau fái að njóta eðlilegrar umgengni við móður sína.“

Nokkurs efa virðist mega gæta í hinum tilvitnuðu orðum Hæstaréttar um niðurstöðu héraðsdóms, en hann endurskoðar niðurstöðuna þó ekki, að því er virðist af þeirri ástæðu að dómurinn var skipaður sérfróðum meðdómsmönnum. Má af framangreindu draga þær ályktanir að talsvert virðist þurfa að koma til svo að Hæstiréttur ráðist í slíka endurskoðun.

Þrátt fyrir að Hæstiréttur fari almennt varlega í að endurskoða slíkar niðurstöður er það þó langt í frá einhlítt að niðurstöður sérfróðs héraðsdóms standi óhaggðar. Væri það raunar ekki í samræmi við tveggja þrepa dómskerfi landsins ef ekki væri unnt að hnekkja slíkum niðurstöðum fyrir ædra dómstigi.

4.3. Efnisatriði endurskoðuð – almennt Þrátt fyrir að í vissum tilvikum sé vafaatriði hvort endurskoðun Hæstaréttar beinist að

lagaatriðum eða efnisatriðum héraðsdóms skipuðum sérfróðum meðdómsmönnum, má finna í dómasafni Hæstaréttar þó nokkur mál þar sem enginn vafi leikur á því að Hæstiréttur hefur endurskoðað efnisatriði í þannig skipuðum héraðsdómum. Með „efnisatriðum“ á höfundur hér við atriði sem ætla má að hinum sérfróðu meðdómsmönnum hafi sérstaklega verið ætlað að meta.

Hér á eftir verður gerð grein fyrir nokkrum dómum þar sem Hæstiréttur hefur hafnað mati hinna sérfróðu meðdómsmanna og í kjölfarið komist að annarri niðurstöðu en héraðsdómur um úrslit máls. Verður þeim málum skipt í tvo flokka, annars vegar mál þar sem Hæstiréttur endurskoðar niðurstöður hinna sérfróðu meðdómsmanna án þess að ný gögn séu lögð fyrir dóminn, og hins vegar mál þar sem rétturinn endurskoðar niðurstöðurnar á grundvelli gagna sem fyrst eru lögð fram í málinu eftir uppkvaðningu héraðsdóms. Verður fyrst fjallað um fyrrnefnda flokkinn.

4.4. Endurskoðun án nýrra gagna

Eins og greinir hér að framan hefur Hæstiréttur markað sérfróðum meðdómsmönnum það hlutverk að yfirfara og gagnrýna allar matsgerðir til að héraðsdómi sé unnt að komast að rétttri niðurstöðu í viðkomandi máli. Þá hefur Hæstiréttur markað hinum sérfróðu meðdómsmönnum veigamikil hlutverk í dómskerfinu með því að slá því föstu að héraðsdómurum sé í vissum tilvikum skylt að kveðja þá til, og ómerkt dóma hafi það ekki verið gert. Þrátt fyrir það hefur Hæstiréttur þó heimildir til þess að endurskoða öll atriði í úrlausnum héraðsdóma sem til hans er áfrýjað og eru þar sérfræðiatriði ekki undanskilin.

Áður hefur verið vikið að því að Hæstiréttur er almennt frekar tregur til að endurskoða sérfræðiatriði, og kemur það

raunar ekki á óvart í ljósi þess að spyrja má hvernig dómarrar Hæstaréttar geti með góðu móti fyllt í skó hinna sérfróðu meðdómsmanna. Verður nú vikið að nokkrum dómum Hæstaréttar þar sem rétturinn hefur snúið við niðurstöðu héraðsdóms, sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum, um atriði sem ætla má að þeim hafi sérstaklega verið ætlað að meta.

4.4.1. Hrd. 1999.1666

Málsatvik í máli þessu voru á þann veg að 66 ára gamall maður lenti í slysi þegar annarri bifreið var ekið aftan á hans eigin. Var hann á þeim tímapunkti er slysið varð starfsmaður á bensinstöð en aflaði ekki frekari vinnutekna eftir slysið. Mat örorkunefnd varanlega örorku mannsins 10%, en varanlegan miska 15%. Sætti maðurinn sig ekki við matið og voru að beiðni hans dómkvaddir þrír matsmenn²³ til meta varanlega örorku hans og miska. Töldu þeir allir þrír rétt að miða varanlegan miska mannsins við 20 stig, en klofnuðu í afstöðu sinni til varanlegrar örorku. Töldu tveir þeirra rétt að miða við 100% varanlega örorku, en sá þriðji 50%.

Verður umfjöllunin um dóminn hér takmörkuð við þann hluta málsins sem snýr að mati á varanlegum miska.

Héraðsdómur, sem var skipaður tveimur héraðsdómurum auk bæklunarlæknis, í samræmi við heimild 3. t.l. 2. mgr. einkamálalaga, féllst á niðurstöðu hinna dómkvöddu matsmanna um 20 miskastig, án mikils rökstuðnings.

Málið kom til kasta Hæstaréttar sem endurskoðaði niðurstöður héraðsdóms, bæði hvað varðar mat á varanlegum miska sem og varanlegri örorku. Um varanlegan miska tjonþola sagði í niðurstöðum Hæstaréttar:

„Í niðurstöðu álitsgerðar örorkunefndar 9. desember 1996 er meðal annars dregin saman í stuttu máli frásögn af heilsufari gagnáfrýjanda fyrir slysið 24. janúar 1995, áverkum, sem hann varð þá fyrir, og helstu varanlegu afleiðingunum af þeim. Segir síðan: „Að öllum gögnum virtum telur nefndin varanlegan miska hans vegna afleiðinga slyssins hæfilega metinn 15%...“. Í matsgerð 3. nóvember 1997 sneri meiri hluti matsmanna eftirfarandi rök fyrir niðurstöðu sinni um varanlegan miska gagnáfrýjanda: „Að því er varðar varanlegan miska skv. 4. gr. skaðabótagalanna, er þess ekki að vænta, að [F] fái frekari bata hér eftir. Af fyrirbyggjandi læknisfræðilegum gögnum telst rétt að meta honum varanlegan miska vegna afleiðinga slyssins 20% ...“. Í séráliti eins matsmanns lýsti hann sig sammála þessari niðurstöðu meiri hlutans án frekari röksemdafærslu.

...Niðurstáða dómkvaddra manna um miskastig gagnáfrýjanda er síður rökstudd en niðurstáða örorkunefndar um sama efni. Matsgerðin getur því ekki nægt til að hrinda sönnunargildi á lit sgerðar örorkunefndar um miskastigið. Breytir engu í þessu sambandi að héraðsdómur, sem var meðal annars skipaður sérfróðum manni um bæklunarskurðlækningar, hafi kosið að fallast á niðurstöðu dómkvaddra matsmanna, enda verður ekki ráðið af gögnum málsins að sá s e r - fræðingur hafi gert sjálfstæða könnun á heilsufari gagnáfrýjanda.“²⁴

Með vísan til þess hlutverks sem Hæstiréttur hefur mótað sérfróðum meðdómsmönnum verður að ætla að héraðsdómur hafi skipað bæklunarlækni sér við hlið í þeim tilgangi að yfirfara og gagnrýna þær mismunandi matsgerðir sem lágu fyrir í málinu. Komst hann ásamt héraðsdómurinum tveimur að þeirri niðurstöðu að rétt væri að fallast á mat þriggja dómkvaddra matsmanna fremur

23 Athyglisvert er að um undirmat var að ræða, en samkvæmt 1. mgr. 61. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála virðist aðeins heimilt að dómkveðja einn eða tvo matsmenn í slíkum tilvikum.

24 Hrd. 1999.1666, bls. 1668-69.

en mat örorkunefndar á hinum varanlega miska stefnanda.

Hæstiréttur sneri hins vegar þessu mati hins sérfróða meðdómsmanns við í málinu, að því er virðist af þeirri ástæðu einni að niðurstaða hinna dómkvöddu matsmanna hafi verið síður rökstudd en niðurstaða örorkunefndar. Klykkti hann síðan út með athugasemd um það að engu breyti þó sérfróður meðdómsmaður hafi fallist á niðurstöðu dómkvaddra matsmanna, enda verði ekki ráðið að hann hafi gert sjálfstæða könnun á heilsufari tjónþola. Við þessa niðurstöðu Hæstaréttar verður gera tvær athugasemdir.

Í fyrsta lagi má spyrja hvort hinum sérfróða meðdómsmanni hafi yfir höfuð verið heimilt að gera sjálfstæða könnun á heilsufari tjónþola. Verður raunar ekki betur séð en slík könnun væri hliðstæð þeirri könnun sérfróðra meðdómsmanna sem var fjallað um hér að framan í Hrd. 2003.3832. Voru hinir sérfróðu meðdómsmenn taldir hafa farið út fyrir hlutverk sitt í því máli, og héraðsdómur ómerktur. Verður því með engu móti skilið hvað Hæstiréttur á við í þessum lokamálslið rökstuðnings síns. Þvert á móti verður að telja að í málinu hafi hinn sérfróði meðdómsmaður einmitt gegnt lögbundnu hlutverki sínu, farið yfir og gagnrýnt fyrirbyggjandi matsgerðir, og þannig tekið matsgerð hinna dómkvöddu matsmanna fram yfir álit örorkunefndar.

Í beinu framhaldi af því verður í öðru lagi að gera athugasemd við það að Hæstiréttur skuli breyta þessu mati hins sérfróða meðdómsmanns með ofangreindum rökstuðningi.

Í Hrd. 2000.2674 segir Hæstiréttur að héraðsdómara hafi borið að kalla til sérfróða meðdómsmenn þar sem honum hafi verið „ófært að leysa úr máli á grundvelli almennrar þekkingar sinnar, menntunar eða lagaþekkingar“. Því má halda fram að nákvæmlega þessi staða hafi verið uppi í Hæstarétti, það er að dómurum réttarins

hafi verið ófært að meta hvort væri réttara að leggja til grundvallar, álit örorkunefndar eða mat hinna þriggja dómkvöddu matsmanna, enda um hreinræktað læknisfræðilegt mat að ræða.

Hæstiréttur vísar til þess að rökstuðningur örorkunefndar í málinu hafi verið ítarlegri en dómkvaddra matsmanna. Má spyrja sig að því hvort eðlilegt sé að Hæstiréttur leggi þannig sjálfstætt efnislegt mat á rökstuðning hinna mismunandi matsgerða, eftir að hinn sérfróði meðdómsmaður hefur gegnt því hlutverki sínu að gagnrýna þau og yfirfara. Þá má velta því upp hver sé tilgangur yfirferðar og gagnrýni sérfróðra meðdómsmanna ef Hæstiréttur leggur síðan allt að einu sjálfstætt mat á þær matsgerðir sem fyrir liggja í málinu. Hvernig geta dómara Hæstaréttar metið slíkan rökstuðning án nokkurrar sérfræðiaðstoðar, þegar rétturinn hefur slegið því föstu að héraðsdómurum sé það ófært?

4.4.2. Hrd. 2003.1486

Hér var að ræða gallamál þar sem kaupendur kröfðust aðallega riftunar en til vara skaðabóta eða afsláttar vegna nokkurra nánar tilgreindra galla á fasteign. Það atriði sem hér skiptir máli er gallakrafa vegna skakkra gólfa og þeirrar staðreyndar að gluggar og dyr voru ekki nægjanlega vindþétt. Héraðsdómur var skipaður sérfróðum meðdómsmönnum, húsasmíðameistara og verkfræðingi, og um þetta atriði sagði í dómnum:

„Í matsgerðinni er lagt til, að gluggar yrðu þéttir og dyr réttar af og er það mat matsmannanna, að aðgerðin muni kosta um 600 þúsund krónur með virðisaukaskatti. Ekki kemur fram nein sundurliðun á þessari niðurstöðu í matsgerðinni, enda upplýstu matsmenn, að fjarhæð þessi væri ekki nákvæm heldur frekar um að ræða ónákvæmar áætlanir. Þar sem ekki er á matinu að byggja um raunkostnað við að bæta úr þeim göllum, sem

hér hefur verið um rætt, verður að dæma stefnendum afslátt frá kaupverði að álitum og telur dómurinn hæfilegan afslátt vegna þessara galla kr. 600.000.²⁵

Málið kom til kasta Hæstaréttar, þar sem meðal annars niðurstaða héraðsdóms hvað þetta atriði varðaði sætti endurskoðun. Tvöfaldaði Hæstiréttur bótafjárhæðina vegna þessa liðar kröfunnar með svohljóðandi rökstuðningi:

„Tekið er undir með héraðsdómi, að ekki sé á matinu að byggja um raunkostnað við að bæta úr göllunum, þar sem engin sundurliðun kemur fram í matsgerðinni. Verður því að dæma aðaláfrýjendum afslátt af kaupverði að álitum, sem þykir hæfilega ákvæðinn 1.200.000 krónur.²⁶

Telja verður þessa niðurstöðu Hæstaréttar afar athyglisverða. Dómkvaddir matsmenn höfðu áætlað viðgerðarkostnað vegna gallanna u.þ.b. 600.000 kr. Þar sem engin sundurliðun kom fram í matinu varð að bæta tjónið að álitum, en þar taldi héraðsdómur, sem eins og áður sagði var skipaður húsasmíðameistara og verkfræðingi, rétt að miða við sömu upphæð. Hæstiréttur tvöfaldar hins vegar upphæðina, án rökstuðnings og að því er virðist án nokkurra gagna sem rennt gátu stoðum undir svo mikla hækkun. Má að nokkru leyti líkja þessu við það ef að héraðsdómari kveddi ekki til meðdómsmenn í máli sem þessu, en kvæði þess í stað upp dóm um bætur að álitum sem væru í engu samræmi við fyrirbyggjandi matsgerð. Verður að telja líklegt að niðurstaðan í slíku máli fyrir Hæstarétti yrði umsvifalaus ómerking og heimvísun á héraðsdómi.

4.4.3. Hrd. 1996.1563

Í málinu var fjallað um skaðabótakröfu sem

húsfélag gerði á hendur verktaka sem tekið hafði að sér að mála hús félagsins. Nokkru eftir að vinnunni lauk komu í ljós ýmsar skemmdir á málningunni, hún flagnaði og mynduðust víða vatnsfylltir pokar á henni. Var það mat dómkvaddra matsmanna að málning sú sem notuð hefði verið væri röng og of þykk. Einnig hefði stefndi átt að hreinsa betur eldri málningu af húsinu áður en málað var á ný. Töldu hinir dómkvöddu matsmenn þetta vera orsakir gallans.

Héraðsdómur, sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum, hafnaði með öllu umfjöllun matsgerðar um val á málningu og taldi umfjöllunina beinlínis vera ranga. Dómurinn taldi meginorsök þess að málningin entist ekki betur en raunin varð, vera þá að filma hinnar eldri málningar sem fyrir var hafi ekki dugað sem undirstaða nýrrar málningar. Til að komast að því hvort stefndi bæri bótaábyrgð á göllunum varð því að staðreyna hvort rétt hefði verið að fjarlægja hana með öllu. Um þetta sagði í niðurstöðum dómsins:

„Sprautun með þeim þrýstingi er fullnægjandi til að fjarlægja alla lausa málningu og/eda óhreininindi að mati hinna sérfróðu meðdómsmanna, þannig, að filma, sem þolir slíkt álag og situr eftir á fletinum, sé nægilega traust undirlag til yfirmálar.

... Að mati dómsins hefði þó verið rétt og í samræmi við góða viðskiptahætti, að stefndi hefði gefið stefnanda val um það, hvort og í hvaða mæli eldri málning skyldi fjarlægð af veggjum suðurhlíðarinnar, með sérstöku tilliti til þess, að stefndi var hvort tveggja í senn verktaki og tæknilegur ráðgjafi stefnanda. Þessi vanræksla stefnda þykir þó ekki vera svo ámælisverð, að fella beri sök á hann, með vísan til þess, að í flestum tilvikum er fullnægjandi að fjarlægja lausa málningu af veggjum húsa með þeim hætti, sem stefndi virðist hafa gert, áður en þeir eru málaðir að nýju, enda liggur ekk-

²⁵ Hrd. 1999.1486, bls. 1498.

²⁶ Hrd. 1999.1486, bls. 1488-89.

ert fyrir um það, að aðstæður hafi verið óvenjulegar í máli því, sem hér er til meðferðar. Ljóst er, að hreinsun allrar málningar af suðurhlíðinni hefði leitt til aukins kostnaðar fyrir stefnanda, þar sem ekki var um tilbodsverk að ræða af hans hálfu, heldur skyldi það unnið í tímavinnu. Að mati hinna sérfróðu meðdómsmanna hefði kostnaður við hreinsun allrar eldri málningarfilmu leitt til verulegs kostnaðarauka, sem bæði hefði falist í mjög auknum kostnaði við háþrýstisprautun og ekki síður í því, að síðan hefði reynst nauðsynlegt að „filtra“ alla suðurhlíðina með ærnum tilkostnaði. Skv. framansögðu er það niðurstaða dómings, að sýkna beri stefnda af kröfum stefnanda í málinu.²⁷

Héraðsdómur taldi því samkvæmt framansögðu að það væri almennt fullnægjandi að fjarlægja lausa málningu með þeim hætti sem gert var og stefndi yrði því ekki látinn bera bótaábyrgð á tjóninu sem að mati dómings stafaði af því.

Hæstiréttur sneri niðurstöðu héraðsdómings hins vegar við og felldi bótaábyrgð á stefnda með svohljóðandi rökstuðningi:

„Niðurstöðum matsmanna og sérfróðra meðdómenda um orsakir málningarskemmda þeirra, sem hér um ræðir, ber ekki saman í ýmsum atriðum. Af matsgerðinni verður þó ráðið, að matsmenn telji eins og dómendur, að orsakir skemmdanna verði raktar til þess, að eldri málning var ekki fjarlægð, áður en málað var. Hins vegar leggja meðdómendur meiri áherslu á þessa orsök en matsmenn. Þegar málsgögn eru virt í heild, verður ekki talið fullsannað, hve mikinn þátt ónóg undirvinna átti í því, að verkið misheppnaðist... Þrátt fyrir það misræmi í sérfræðilegum niðurstöðum, sem áður var lýst, verður að telja nægilega sannað, að skemmdirnar verði raktar til óvandaðs undirbúnings eða gáleysis við framkvæmd verksins, enda bendir ekkert til, að þær hafi orðið af öðrum orsökum. Verður því að fella bótaábyrgð á stefnda. Skiptir ekki máli, hvort

tjónið varð sökum þess, að vinnu var áfátt af hálfu verktakans, eða vegna mistaka við val á málningu eða öðru efni, sem hann seldi áfrýjanda og notaði við verkið.²⁸

Af rökstuðningi Hæstaréttar má sjá að rétturinn endurmetur í raun augljóslega hvort forsvaranlega hafi verið staðið að því í upphafi að fjarlægja eldri málningu. Það var niðurstaða héraðsdómings, sem var skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum á viðkomandi sviði, að forsvaranlega hafi verið staðið að því að fjarlægja hina eldri málningu. Ljóst er af niðurstöðum Hæstaréttar að hann telur svo ekki vera, og setur raunar einnig spurningamerki við mat hins sérfróða héraðsdómings á þeim atriðum í matsgerð sem vörðuðu val á málningu, sbr. orðin: „Þegar málsgögn eru virt í heild, verður ekki talið fullsannað, hve mikinn þátt ónóg undirvinna átti í því, að verkið misheppnaðist“. Verður að telja að mörgu leyti hæpið að þriggja manna lögfróður Hæstiréttur sé betur til þess fallinn en héraðsdómur skipaður tveimur sérfróðum meðdómsmönnum að meta slík atriði, sem óumdeilanlega krefjast sérfræðikunnáttu. Þá virðist rétturinn nær leggja að jöfnu niðurstöður dómkvaddra matsmanna annars vegar og sérfróðra meðdómsmanna hins vegar, sem vart getur talist í samræmi við það hlutverk sem rétturinn hefur mótað sérfróðum meðdómsmönnum.

4.4.4. Hrd. 1999.3196

Eftirfarandi dómur er að mati höfundar sá allra athyglisverðasti fyrir þá umfjöllun sem hér um ræðir. Atvik máls voru með þeim hætti að stefnandi gekkst undir aðgerð á Sjúkrahúsi Reykjavíkur þar sem illkynja æxli í ristli hans var fjarlægt. Hlaut hann af aðgerðinni nokkra örorku, og var aðallega deilt um tvennt í málinu. Annars vegar

27 Hrd. 1996.1563, bls. 1577-79.

28 Hrd. 1996.1563, bls. 1564-65.

hvort rétt hefði verið staðið að eftirmeðferð af hálfu sjúkrahússins, og hins vegar hvort að minnsta kosti hluta örorku og miska stefnanda mætti rekja til þeirrar staðreyndar að eftirmeðferð hefði ekki verið eins og best væri á kosið.

Stefnandi leitaði til GB, sérfræðings í endurhæfingarlækningum og komst hann að þeirri niðurstöðu að örorku stefnanda mætti að stærstum hluta rekja til afleiðinga aðgerðarinnar. Eftirmeðferð hefði átt að hefja strax í kjölfar aðgerðarinnar og hefði hún þannig getað dregið úr þeim einkennum sem stefnandi bjó við. Mat hann læknisfræðilega örorku stefnanda 45%, þar af 30% vegna afleiðinga umræddrar aðgerðar. Hann kvað hins vegar ógerlegt að segja til um hversu mikill hluti örorkunnar stafaði af því að eftirmeðferð hófst ekki fyrr en átta vikum eftir aðgerðina, en þó væri hann einhver. Sérfræðingur landlæknis í endurhæfingu taldi að rétt endurhæfing hefði getað komið í veg fyrir hluta þeirrar örorku sem stefnandi varð fyrir. Starfs- og siðanefnd Sjúkrahúss Reykjavíkur taldi hins vegar örorkuna óumflýjanlega afleiðingu aðgerðarinnar og að eftirmeðferð hefði engu breytt þar um.

Stefndi fékk tvo dómkvadda matsmenn til að meta örorku stefnanda og hversu mikill hluti hennar, ef einhver, stafaði af þeirri staðreynd hversu seint eftirmeðferð hófst. Töldu matsmenn læknisfræðilega örorku hæfilega metna 15% en hún væri öll óumflýjanleg afleiðing aðgerðarinnar, engu hefði breytt þótt eftirmeðferð hefði hafist fyrr.

Stefnandi óskaði í kjölfarið álits læknaáðs á málinu, og féllst ráðið á matsgerð GB sem metið hafði örorku stefnanda 45%, þar sem 30% stöfuðu af aðgerðinni. Taldi læknaáð að andleg liðan stefnanda hefði að öllum líkindum verið betri ef eftirmeðferð hefði hafist fyrr, en tók ekki afstöðu til þess hversu stór hluti örorkunnar stafaði af því að meðferðin hófst ekki fyrr en raun varð á.

Héraðsdómur sem var skipaður sérfróðum meðdómsmönnum, endurhæfingalækni og bækklunarskurðlækni, gagnrýndi álit læknaáðs harðlega. Í dóminum segir meðal annars:

„Sú niðurstaða Læknaáðs að fallast á örorkumat [GB], sérfræðings í endurhæfingarlækningum (5. spurning dómsins), sem er verulega frábrugðið niðurstöðu hinna dómkvöðdu matsmanna, er örökstudd með öllu. Ekki kemur fram, að farið hafi verið að í samræmi við 4. gr. laga nr. 14/1942, með því að læknaáði leitaði álits sérfróðra manna utan ráðsins - um mál, sem eru utan við sérfræðisvið þeirra manna, er ráðið skipa. Ósamkvæmni gætur í niðurstöðum Læknaáðs að því leyti, að annars vegar er fallist á álit [GB], sem undir það var borið með 5. spurningu, en á hinn bóginn verður svar við 3. spurningu eigi skilið á annan veg en þann, að það sé einungis andleg liðan stefnanda, sem hefði að öllum líkindum orðið betri hefði eftirmeðferð hafist fyrr.“²⁹

Í niðurstöðum dómsins segir síðan:

„Dómurinn álitur, að stefnandi hafi hlotið áverka á taugar og truflun á starfsemi endaparms í tengslum við brott nám rófubeins og æxlis. Aðgerðin er viðurkennd og var hún nauðsynleg vegna eðlis þess sjúkdóms, sem stefnandi var haldinn. Þær skurðreglur, sem gilda við krabbameinslækningar, eru sérstakar að því leyti, að skurður verður að ná í ákveðna lágmarksfjarlægð frá hinu sjúka svæði til þess að tryggja árangur aðgerðarinnar. Þekkt er, að slíkar aðgerðir vegna annarra sjúkdóma geta valdið langvarandi verkjaástandi. Dómurinn fellst á niðurstöðu örorkumats dómkvaddra matsmanna og telur, að engu hefði breytt fyrir liðan stefnanda, þótt sjúkraljálfun hefði hafist fyrr en raunin varð.“³⁰

Málinu var áfrýjað til Hæstaréttar sem sneri niðurstöðu héraðsdóms við og felldi bótaábyrgð á stefnda með svohljóðandi

rökstuðningi, sem telja verður mjög athyglisverðan:

„Í I. kafla dómsins er því lýst, að úrlausn málsins velti á því, hvort talið verði, að örorka áfrýjanda í kjölfar aðgerðarinnar verði að minnsta kosti að hluta til rakin til skorts á viðeigandi eftir meðferð af hálfu stefnda. Af þeim 18 læknum, sem samkvæmt gögnum málsins hafa með einum eða öðrum hætti fengist við þessa spurningu, eru fjórir, sem telja engin tengsl milli örorkunnar og dráttar á endurhæfingu. Er það hinir dómkvöddu matsmenn og hinir sérfróðu meðdómendur í héraði. Þrír læknar í starfs- og siðanefnd Sjúkrahúss Reykjavíkur telja vafasamt og verulegt álitæfni, hvort sjúkrahjálfun fyrr en raun varð á hefði nokkru breytt. Á hinn bóginn telja ellefu læknar, að þetta hafi örugglega skipt máli eða hafi getað skipt máli. Er hér um að ræða [GB] og [GE], hina sjö lækna í lækna ráði og landlækni ásamt þeim sérfræðingi, er hann leitaði til.

...Eins og áður greinir verður lagt til grundvallar dómi, að stefndi hafi viðurkennt mistök við útskrift áfrýjanda af sjúkrahúsinu 10. mars 1991, þar sem þess hafi ekki verið gætt að tryggja hefðbundið og nauðsynlegt eftirlit með honum. Verður að telja, að þar sé um að ræða saknæmt gáleysi. Eins og gögn málsins bera með sér kann að vera, að örorka áfrýjanda verði að einhverju leyti rakin til þessa, en lækna greinir á um það. Stefndi hefur ekki sýnt fram á það, að tjón áfrýjanda hefði allt eins orðið í þeim mæli sem varð, þótt fyllsta aðgæsla hefði verið viðhöfð. Verður hann því látinn bera fébótaábyrgð á hluta þess örorkutjóns, sem áfrýjandi hefur orðið fyrir. Ötvírátt er, að mikinn hluta örorku áfrýjanda megi rekja til óhjákvæmilegrar lækniáðgerðar, sem framkvæmd var á eðlilegan hátt og skilaði að sínu leyti þeim árangri, sem að var stefnt. Eins og ráðið verður af hinum lækni fræðilegu gögnum málsins er örðugt úrlausnarefni, hver skil séu á milli þessa hluta og hins, er hlaust af ófullnægjandi aðgæslu. Verður því að dæma áfrýjanda bætur að álitum fyrir örorkutjón og miska.“

Af dóminum má ráða að Hæstiréttur snýr sönnunarbyrði í málinu við og leggur hana á sjúkrahúsið ólíkt héraðsdómi. Að öðru leyti en því verður ekki hjá því komist að gagnrýna ofangreindan rökstuðning Hæstaréttar. Ber þar hæst að nefna að svo virðist sem rétturinn leggi niðurstöðu sérfróðra meðdómsmanna algerlega að jöfnu við álit annarra sérfræðinga í málinu. Verður ekki séð hvernig þetta getur komið heim og saman við það hlutverk sem Hæstiréttur hefur mótað sérfróðum meðdómsmönnum, það er, að yfirfara og gagnrýna allar matsgerðir. Má raunar halda því fram að úr rökstuðningi Hæstaréttar megi lesa nákvæmlega þá veikleika sem ósérfróður dómur stendur frammi fyrir í slíkum sérfræðimálum. Í stað þess að leggja sjálfstætt mat á matsgerðirnar líkt og hinir sérfróðu meðdómsmenn gerðu virðist rétturinn telja að sú staðreynd að fleiri lækna telji örorkuna að einhverjum hluta stafa af skorti á eftir meðferð en hinir sem gera það ekki, geri það að verkum að bótaábyrgð verði felld á sjúkrahúsið.

Má með gildum rökum spyrja hver tilgangur meðdómsmannakerfisins er á meðan endurskoðun Hæstaréttar á dómum þeirra er háttad á þennan veg. Vart þarf að taka fram að gæði þeirra sérfræðialita sem fyrir liggja í málum sem þessum eigi að ráða úrslitum en ekki fjöldi þeirra. Aðeins á þann veg er tryggt að sem réttust niðurstáða fáist í málum, en til að meta gæðin eru hinir sérfróðu meðdómsmenn að sjálfsögðu mun betur fallnir en Hæstiréttur. Endurspeglast það í þeirri staðreynd að rétturinn vikur ekkert í niðurstöðum sínum efnislega að þeim álitum sem fyrir liggja, heldur eingöngu að fjölda þeirra sérfræðinga sem gáfu álit.

4.5. Ný gögn lögð fyrir Hæstarétt

4.5.1. Lagaheimild

Aðili máls hefur þröngar heimildir til að afla nýrra gagna eftir uppsögu héraðsdóms, með vísan til heimildar 1. mgr. 160. gr. einkamálalaga. Almennt gildir sú regla í íslensku réttarfari að leggja verður gögn fram um leið og tilefni er til, sbr. 95. gr., 2. mgr. 99. gr. og 5. mgr. 101 gr. einkamálalaga.³¹

Þó kemur í 2. mgr. 163. gr. einkamálalaga fram sú undantekningarregla að aðili máls geti borið fram þær kröfur eða málsástæður sem hann hafði ekki uppi í héraði, ef þær hafa komið fram í greinargerð aðila, grundvelli máls er ekki raskað á þann hátt, afsakanlegt er að þær voru ekki hafðar uppi í héraði og það yrði aðilanum til réttarspjalla að ekki yrði tekið tillit til þeirra. Með hliðsjón af þessari reglu, sem nefnd hefur verið útilokunarreglan, hefur Skúli Magnússon sett fram þá almennu viðmiðunarreglu að almennt eigi ekki að leyfa öflun nýrrar matsgerðar fyrir Hæstarétti ef héraðsdómur fellst á álit dómkvaddra matsmanna, en leyfa eigi það ef hann fellst ekki á það.³² Spyrja má hvort sú viðmiðun sé ekki of almenn þar sem aðili kann til að mynda að hafa haldið uppi mótmælum við matsgerð fyrir héraði þó ekki sé tekið tillit til þeirra í dómi og á hana fallist. Í slíkum tilvikum er óljóst hvort umrædd útilokunarregla komi í veg fyrir að sá aðili óski yfirmats áður en málið kemur til kasta Hæstaréttar. Allt að einu verður að taka fram með vísan í áður nefndar lagagreinar, samanber sérstaklega 5. mgr. 101. gr. einkamálalaga, að heimildir til að afla nýrra gagna eftir uppsögu héraðsdóms mega alls ekki vera of rúmar. Séu þær það er Hæstiréttur í raun ekki að endurskoða sama mál og héraðsdómur hafði til skoðunar.

Hér verður þó ekki nánar fjallað um þetta atriði heldur verða skoðaðir

nokkrir Hæstaréttardómar þar sem niðurstöðu héraðsdóms sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum er snúið við, á grundvelli gagna sem fyrst eru lögð fram fyrir Hæstarétti. Ítarlega verður farið yfir rökstuðning réttarins með hliðsjón af hlutverki sérfróðra meðdómsmanna, líkt og í kafla 4.6. hér að framan.

4.5.2. Hrd. 2004. 1239

Málsatvik í þessu máli voru í stórum dráttum á þá leið að stefnandi varð fyrir alvarlegum og varanlegum heilaskaða við fæðingu. Var annars vegar á því byggt í málinu að mistök hefðu verið gerð þar sem ekki hafi verið brugðist nægjanlega við súrefnisskort hjá föstrinu sem greindist við komu móðurinnar á fæðingarstofuna. Hins vegar var á því byggt að lækni þeim sem annaðist barnið strax eftir fæðinguna hafi orðið á mistök á þann hátt að æðaleggur sem þræddur var í slagæð barnsins hafi verið sveigður í U-beygju og skilinn þannig eftir í um 32 klukkustundir.

Eftir kvörtun foreldra stefnanda sendi landlæknisembættið frá sér álit frá sérfræðingi í barnalækningum sem taldi súrefnisskort fyrir fæðinguna vera meginástæðu veikindanna, en matsatriði væri hverju sinni hvort rétt væri að fjarlægja legg sem leggst á þann hátt sem hér varð. Síðar kom fram í málinu að landlæknir hafði áður aflað álits annars sérfræðings sem komist hafði að þveröfugri niðurstöðu. Fékk lögmaður stefnanda álitnið sent eftir beiðni þar um og var það lagt fram í málinu. Í málinu lágu frammi fjölmargar álitssgerðir sérfræðinga við Landspítalann, sem ekki er unnt að rekja hér. Ekki voru dómkvaddir matsmenn í málinu, og örorkunefnd tók ekki afstöðu til þess hvað olli örorku stefnanda, sem taldist vera 100%.

Héraðsdómur, sem skipaður var sérfræðingi í barnalækningum og sérfræðingi í kvensjúkdóma- og fæðingalækningum,

³¹ Skúli Magnússon (2006), bls. 465.

³² Skúli Magnússon (2006), bls. 466.

komst að þeirri niðurstöðu að ekki hefðu verið gerð mistök á fæðingarstofunni, en hins vegar hefðu verið gerð mistök eftir fæðinguna með því að láta umræddan æðalegg liggja í þeirri stöðu sem hann endaði. Var rökstuðningur héraðsdóms mjög langur og ítarlegur og verður síðasti hluti hans hér tekinn upp að hluta til skýringar:

„Við þáð erfiða mat hvort færustu sérfræðingum landsins á sviði nýburalækninga hafi orðið á mistök er þeir ákváðu að láta æðalegginn liggja óhreyfðan í meginslagæð stefnanda í allt að 32 klst. verður að hafa í huga að stefnandi hafði að öllum líkindum orðið fyrir súrefnisskortri fyrir eða í fæðingu og áhætta á blóðsegamyndun því aukin. Þar sem staða æðaleggs er talin skipta máli með tilliti til blóðsegamyndunar máttu starfsmenn stefnda ætla að tvöfaldur æðaleggur og þær skemmdir sem hann hafði valdið á innsta lagi meginslagæðarinnar væri til þess fallinn að auka verulega líkur á blóðsegamyndun. Með tilliti til þess sem fram er komið í málinu að blóðsegamyndun geti hafist tiltölulega fljótt eftir að æðalegg er komið fyrir var ekki heppilegt að láta hann liggja í æðinni í allt að 32 klst.

Með vísan til þeirra sérfræðiálita sem fyrir liggja og annarra gagna verður því að telja að óvissan af því hvaða afleiðingar slík lykklja á æðalegg kynni að hafa með tilliti til aukinnar hættu á blóðsegamyndun hafi verið talsvert meiri en það óhagræði sem var af því að freista þess að rétta úr leggunum eða draga hann út og leggja nýjan legg í slagæð í útlím. Verður því ekki hjá því komist að telja að starfsmönnum stefnanda hafi orðið á mistök við þessa ákvörðun.³³

Íslenska ríkið áfrýjaði dóminum til Hæstaréttar. Fékk lögmaður stefnanda símtal þremur dögum fyrir flutning í Hæstarétti þar sem honum var tilkynnt að málinu væri frestað þar sem Hæstiréttur hefði ákveðið að leita umsagnar lækna ráðs

í því.³⁴

Lagði rétturinn 18 nánar tilgreindar spurningar fyrir ráðið, sem komst að þeim meginniðurstöðum að framkvæmdin á fæðingarstofunni hefði ekki verið eðlileg, en hins vegar hefði ekkert verið óeðlilegt við legu umrædds æðaleggs eftir fæðinguna. Komst ráðið þannig að þveröfugri niðurstöðu við niðurstöðu hinna sérfróðu meðdómsmanna.

Hæstiréttur tók málið til dóms á grundvelli hinna nýju gagna og sneri héraðsdómi við með svohljóðandi rökstuðningi:

„Læknarád telur, að það hafi verið rétt ákvörðun miðað við þær aðstæður, sem uppi voru, að láta legginn liggja áfram í nafslaslagæðinni. Það hafi ekki verið um annan aðgang að slagæð að ræða á þeirri stundu, óvarlegt hefði verið að reyna að breyta legu leggsins og taka áhættu á að hafa ekki neina slagæðalínu. Mjög vandasamt sé að leggja slagæðaleggi í handlegg nýbura. Engar haldbærar rannsóknir liggja fyrir um áhættu á legu leggja, þótt venja sé að láta þá vera í beinni stöðu. Ekki sé líklegt, að lega leggsins eigi sjálfstæðan þátt í heilaskaða stefndu. Skaðinn sé útbreiddur heilaskaði vegna súrefnisskorts og sé útilokað, að lega leggsins valdi heilaskaða þeim, sem fram kom.

Það er almennt viðurkennt, að notkun slagæðaleggja getur falið í sér hættu á blóðtappa. Stefnda var lífshættulega veik og komin í öndunarvél, sem krafðist þess að fylgst væri með súrefni og sýrustigi í blóði, blóðþrýstingi og vökva- og lyfjagjöf. Líta verður til þeirra aðstæðna, sem lækarnir voru í, er þeir ákváðu að láta legginn liggja, en eins og að framan greinir var ekki um annan aðgang að slagæð að ræða, er hér var komið. Ósannað er að aukin áhætta sé á blóðtappa vegna lykklju á leggunum.

Sérfræðingar telja, eins og að framan greinir, að heilaskaði stefndu stafi fyrst og fremst af súrefnisskortri. Skemmdir þær, sem fram koma

33 Hrd. 2004.1239, bls. 1274–75.

34 Jón Steinar Gunnlaugsson (2004), Rannsóknarréttarfar í Einkamálu, Tímarit Lögrettu, bls. 81.

í rannsóknum á heila stefndu, samræmast því, að um súrefnisskort hafi verið að ræða og verður að telja, að yfirgnæfandi líkur séu á því, að tjón stefndu stafi af því. Heilaskemmdir, sem gátu fylgt blóðtappa á fimmta degi eftir fæðingu stefndu, hefðu hins vegar komið fram sem blæðingar af völdum háþrýstings, en slíkar heilaskemmdir voru óverulegar. Verður því ekki séð, að orsakasamband sé á milli legu leggsins og heilaskemmda stefndu. Hefur ekki verið sýnt fram á, að tjón stefndu megi rekja til mistaka starfsfólks áfrýjanda.³⁵

Það skal tekið fram að fjölmörg önnur álitaefni voru uppi í málinu, flest réttarfarsleg, en ekki er tilefni til að fjalla um þau hér. Hins vegar er rétt að skoða nánar tvö atriði í niðurstöðu Hæstaréttar. Í fyrsta lagi má spyrja hvort Hæstiréttur hafi einfaldlega talið niðurstöðu hins sérfróða héraðsdóms ranga, en ekki treyst sér til að endurskoða niðurstöðu hans án frekari gagna því til stuðnings. Í öðru lagi er rétt að skoða mjög svo athyglisverðan rökstuðning réttarins fyrir þeirri ákvörðun hans að afla álits læknaáráðs, en um það sagði rétturinn:

„Erfitt var að gera sér grein fyrir því af framlögðum gögnum og vitnisburðum, hvað í raun orsakaði skaða stefndu, auk þess sem nokkur atriði voru ekki svo ljós sem skyldi. Þótti því rétt, áður en mál þetta yrði flutt fyrir Hæstarétti, að afla umsagnar læknaáráðs, sbr. 1. og 2. mgr. 2. gr. laga nr. 14/1942 um læknaáráð, og leita svara við ákveðnum atriðum, en samkvæmt tilvitnaðri lagaheimild er það hlutverk læknaáráðs að láta dómstólum í té umsagnir um læknisfræðileg efni.“³⁶

Sérstaklega þykir ástæða til að benda á hina fyrri ástæðu sem rétturinn gefur, það er, að erfitt hafi verið að gera sér grein fyrir því hvað í raun orsakaði skaða stefndu. Um var að ræða gífurlega flókið og sjaldgæft læknisfræðilegt álitaefni sem

mjög deildar meiningar virðast hafa verið um meðal íslenskra lækna. Sést það ekki hvað síst á ótrúlega löngum niðurstöðukafla héraðsdóms, sem einn og sér telur heilar 16 blaðsíður í dómasafni Hæstaréttar. Er því alls ekki óeðlilegt að dómamar Hæstaréttar hafi hugsað sig tvisvar um áður en þeir réðust til atlögu í slíku máli. Vísar rétturinn til þess hlutverks læknaáráðs að láta dómstólum í té umsagnir um læknisfræðileg efni. Hefur lögmaður stefnanda gagnrýnt þessa ákvörðun réttarins harðlega sem inngríp í málsforræðisregluna og að engin leið sé að túlka ákvæðið um hlutverk ráðsins svo rúmt að það innihaldi frávik frá þeirri meginreglu.³⁷

Hér er hins vegar farin sú leið að skýra rökstuðning Hæstaréttar fyrir ákvörðun sinni sem „örvæntingarfullt ákall“ til löggjafans um sérfræðiaðstoð til handa réttinum, eða að minnsta kosti sé um að ræða vísbendingu um að rétturinn telji hennar þörf. Hæstiréttur geti einfaldlega ekki gegnt lögbundnu hlutverki sínu sem áfrýjunardómstóll sem skyldi í slíkum málum án þess að njóta sérfræðiráðgjafar.

Í þessu máli má segja að Hæstiréttur hafi átt þrjá kosti. Í fyrsta lagi að láta niðurstöðu sérfróðra meðdómsmanna standa án efnislegrar yfirferðar eða gagnrýni. Í öðru lagi að meta sjálfstætt, með hliðsjón af yfirferð og gagnrýni hins sérfróða héraðsdóms, öll þau sérfræðialit og umsagnir sem fyrir lágu í málinu. Má segja að Hæstiréttur hafi valið þriðja, og að því er virðist að mati réttarins illskasta kostinn, að senda málið til læknaáráðs sem eins konar sérfræðiráðgjafa dómstóla í málinu. Nánar verður fjallað um þá ákvörðun í kafla 4.8. hér á eftir.

4.5.3. Hrd. 1999.3225

Málavextir í þessu máli voru á þá leið að stefnandi lenti í bílslysi og hlaut við

35 Hrd. 2004.1239, bls. 1254-55.

36 Hrd. 2004.1239, bls. 1244.

37 Jón Steinar Gunnlaugsson (2004), bls. 81.

það nokkra varanlega örorku. Höfðaði hann mál á hendur váttryggingafélaginu, sem viðurkennt hafði bótaskyldu, en ágreiningsefni málsins laut eingöngu að því hver varanlega örorka hans væri og hversu stóran hluta hennar mætti rekja til slyssins. Læknir stefnanda mat örorku hans 15%, en lagði ekki mat á hvort eða hversu stóran hluta hennar mætti rekja til slyssins. Stefndi fór fram á dómkvaðningu tveggja matsmanna, sem mátu varanlega líkamlega örorku hans 10% og mætti rekja hana alla til slyssins. Í framhaldi að þessu var að beiðni stefnanda óskað álits læknaáðs, sem féllst á niðurstöður hinna dómkvöddu matsmanna. Í kjölfar þessa lagði stefnandi fram mat tveggja sérfræðinga, geðlæknis og sálfræðings, sem töldu stefnanda hafa orðið fyrir heilaskaða í slysinu, en á því var ekki byggt í fyrri matsgerð. Mat sá síðarnefndi varanlega örorku 25%, og jók stefnandi við kröfur sínar sem því nam. Stefndi óskaði þá aftur eftir dómkvaðningu matsmanna. Komust þeir að þeirri niðurstöðu að líkamleg örorka væri rétt metin 10%, en andleg örorka væri engin.

Með hliðsjón af þeim gögnum sem hér greinir komst héraðsdómur, sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum, heila- og taugaskurðlækni og endurhæfingalækni, að þeirri niðurstöðu að ósannað væri að stefnandi hefði hlotið heilaskaða við slysið, og miðaði varanlega örorku við 10%.

Stefnandi sætti sig ekki við þessa niðurstöðu og afryjandi málinu til Hæstaréttar. Ákvað Hæstiréttur að ósk hans að leggja málið á nýjan leik fyrir læknaáð til að kanna hvort afstaða þeirra hefði breyst og hvort þeir féllust á að hann hefði orðið fyrir heilaskaða í umræddu slysi. Féllst læknaáð á mat sálfræðingsins og sló því föstu að hann hefði orðið fyrir varanlegum heilaskaða í umræddu slysi. Taldi læknaáð því rétt að miða við að varanleg örorka hans

væri 20%. Féllst Hæstiréttur á mat þess og sneri héraðsdómi við með svohljóðandi rökstuðningi:

„Við framangreint slys hlaut afryjandi höfuðhögg og hálsnnykk og missti meðvitund um tíma. Af gögnum málsins er ljóst, að slysið hefur haft viðtækar afleiðingar fyrir afryjanda. Hann hefur stöðuga verki í hálsi, sem leiða niður í herðar og brjóstbak og upp í höfuðið. Afryjandi er með einkenni um skerta heilastarfsemi, hvort sem þau stafa af framheilaskaða eða af öðrum ástæðum. Læknaáð hefur talið, að varanleg örorka, sem rekja megi til þessa, sé hæfilega metin 10%, og eru ekki efni til að hnekkja því mati. Þykir því rétt að leggja til grundvallar, að samanlögð varanleg örorka afryjanda vegna slyssins sé 20%.“³⁸

Ljóst er af framangreindu, og með vísan til hlutverks sérfróðra meðdómsmanna, að töluverðir annmarkar eru á því fyrirkomulagi þegar sérfræðigögn eru fyrst lögð fyrir Hæstarétt. Hlutverk sérfróðra meðdómsmanna er að yfirfara og gagnrýna öll slík gögn. Með því að ný sérfræðigögn eru lögð fyrir Hæstarétt, sérstaklega í málum þar sem mörg slík gögn liggja fyrir eins og hér um ræðir, eru hin nýju gögn undanskilin þessari yfirferð og gagnrýni hinna sérfróðu meðdómsmanna.

Hæstiréttur er ekki eins vel í stakk búinn og sérfróður héraðsdómur til þeirrar yfirferðar, og er því hætt við að þau gögn sem ekki eru lögð fram fyrir en þá, fái aukið vægi, þar sem þau sleppa undan þeirri faglegu gagnrýni sem héraðsdómi skipuðum sérfróðum meðdómsmönnum er ætlað að veita. Sérstaklega hnýtur maður um orðin „og eru ekki efni til að hnekkja því mati“, í niðurstöðukafla Hæstaréttar í því sambandi, enda verður alls ekki séð hvornig Hæstiréttur geti án nokkurrar sérfræðiaðstoðar hnekkst slíku mati.

Ef til vill kann þó að vera að Hæstiréttur

líti, eins og að framan greinir, á lækna ráð sem „sinn sérfróða meðdómsmann“, eða ráðgjafa. Það á þó mun síður rétt á sér í þessu tilviki en hér að framan, þar sem álits lækna ráðs er óskað að beiðni annars aðila málsins, en engan rökstuðning er að finna í dóminum fyrir þeirri ákvörðun Hæstaréttar að fallast á þá beiðni. Það fyrirkomulag að lækna ráð gegni slíku hlutverki hefur einnig allverulega annmarka, eins og nánar verður vikið að í kafla 4.8. hér á eftir.

4.5.4. Hrd. 2003.874.

Málsatvik í þessu máli voru á þá leið að stefnandi efndi til útboðs um uppsetningu á sjálfvirku slökkvikerfi í atvinnuhúsnæði sínu. Var stefndi lægstbjóðandi í verkið og hreppti það. Gerði tilboð stefnda ráð fyrir því að annars konar rör yrðu að hluta til notuð en tiltekið var í útboðsgögnum. Hafði stefndi tvívegis áður notað slík rör í slökkvikerfi hérlendis og þau hlotið viðurkenningu Brunamálastofnunar ríkisins. Fljótlega eftir uppsetningu kerfisins fór það að leka. Fékk stefnandi dómkvaddan matsmann sem komst að þeirri niðurstöðu að rör af umræddri gerð væru ónothæf í vatnsúðakerfi hér á landi vegna efnasamsetningar íslensks vatns. Yrði því að taka rörin niður og setja í stað þeirra stálrör. Höfðaði hann í kjölfarið mál gegn stefnda og pípulagningameistara þeim sem annast hafði uppsetningu kerfisins.

Héraðsdómur, sem skipaður var sérfróðum meðdómsmönnum, efnaverkfræðingi og véltækni-fræðingi, gagnrýndi niðurstöðu matsgerðar harðlega og komst að annarri niðurstöðu en hinn dómkvaddi matsmaður. Taldi héraðsdómur að alls ekki væri útilokað að utanaðkomandi aðstæður, svo sem lofthitastig umhverfis rörin hafi valdið lekunum.

Stefnandi áfrýjaði málinu til Hæstaréttar og undir rekstri málsins aflaði hann nýrrar matsgerðar en þar var rökum hinna sérfróðu meðdómsmanna hafnað og talið líkt og í fyrri

matsgerð að ástæðu lekans væri að finna í því að umrædd rör þyldu ekki efnasamsetningu hins íslenska vatns. Hæstiréttur lagði hina nýju matsgerð til grundvallar að þessu leyti og taldi umrædda niðurstöðu um rörin nægjanlega í ljós leidda. Stefndi var því dæmdur til að greiða stefnanda afslátt, þar sem hann bæri hlutlæga ábyrgð á því að rörin væru í lagi.

Gera verður athugasemdir við þessa málsmeðferð. Margoft hefur verið bent á það hlutverk sem Hæstiréttur hefur markað sérfróðum meðdómsmönnum, það er að yfirfara og gagnrýna allar matsgerðir. Matsgerðir sem lagðar eru fram í málum eftir uppsögu héraðsdóms sæta ekki slíkri yfirferð og gagnrýni og er þar af leiðandi mikil hætta á því að þær séu lagðar gagnrýnislaust til grundvallar niðurstöðu, en slíkt er að sjálfsögðu óviðunandi í því réttarríki sem við teljum okkur búa í. Engin leið er til að mynda að vita fyrir vist hvort hin nýja matsgerð í því máli sem hér um ræðir hefði hlotið sömu útreið og sú fyrri, hefði hún sætt viðlíka yfirferð hinna sérfróðu meðdómsmanna.

4.6. Gengur núgildandi fyrirkomulag upp?

Af umfjölluninni hér að framan má draga þá ályktun að eitt og annað megi finna að þeirri framkvæmd sem tíðkast hér á landi við endurskoðun Hæstaréttar á héraðsdómum skipuðum sérfróðum meðdómsmönnum. Í umfjöllun um marga dómanna hér að framan er sett fram nokkur gagnrýni á niðurstöður og rökstuðning Hæstaréttar. Á það verður hins vegar að líta að Hæstiréttur hefur það hlutverk að vera áfrýjunardómstóll hér á landi. Hefur hann bæði heimild og skyldu til að yfirfara, og endurskoða ef við á, dóma héraðsdóms og gildir þar einu hvort um er að ræða dóma byggða á sérfræðiatríðum eður ei. Gagnrýnina verður því að skoða í því ljósi, þannig að hún beinist fyrst og fremst að gildandi dómstólaskipan og fyrirkomulagi

hér á landi, en ekki efnislegum niðurstöðum Hæstaréttar í þeim málum sem rakin voru.

Vikið hefur verið að þeim vanda sem Hæstiréttur er í, annars vegar þegar engin ný gögn eru lögð fyrir Hæstarétt og hins vegar þegar gögn eru fyrst lögð fram eftir uppsögu héraðsdóms. Í fyrrnefnda tilvikinu virðist vera sem skortur á sérfræðiþekkingu í réttinum leiði til þess að ofuráhersla er jafnvel lögð á lengd rökstuðnings eða fjölda þeirra matsgerða sem fyrir liggja, enda hefur rétturinn veikar forsendur fyrir gagnrýnni og faglegri yfirferð á þeim. Getur þetta til lengri tíma litið leitt til þess að lögmenn fari að reyna að hafa áhrif á matsmenn á þann veg að þeir hvetji þá til þess að rökstuðningur fyrir niðurstöðum verði eins langur og ítarlegur og unnt er. Verður ekki séð að það væri neinum til góðs. Gæði matsgerða en ekki lengd rökstuðnings þeirra á að ráða niðurstöðum mála. Til að meta þau eru sérfróðir meðdómsmenn mun betur fallnir en Hæstiréttur.

Þá hefur verið vikið að því að Hæstiréttur virðist í einhverjum tilvikum gera frekar lítið úr starfi sérfróðra meðdómsmanna með því að leggja álit þeirra að jöfnu við dómkvaddra matsmanna, sbr. t.d. Hrd. 1999.3196. Fellur það illa að því hlutverki sem rétturinn sjálfur hefur mótað hinum sérfróðu meðdómsmönnum.

Þegar ný gögn eru fyrst lögð fyrir Hæstarétt skapast annar vandi. Hætt er við að slík gögn séu lögð gagnrýnislítið eða jafnvel gagnrýnislaust til grundvallar dómi, þar sem þau fá ekki sömu yfirferð og gagnrýni og önnur gögn í málinu.

Sérstaklega var vikið að því í umfjöllun um Hrd. 2004.1239 þar sem Hæstiréttur virðist hafa gripið til þess ráðs að notast við læknaáð sem eins konar sérfræðilegan ráðgjafa. Rétturinn sá til að mynda um öll samskipti við ráðið og lagði spurningar fyrir

það.³⁹ Það er að mörgu leyti ekki hentugt fyrirkomulag. Læknaáð starfar eftir lögum nr. 14/1942. Það er skipað níu læknum, sem nánar eru tilgreindir hverjir skuli vera í 1. gr. laganna. Óhjákvæmilegt er að talsverður hluti læknaáðsmanna hverju sinni séu starfsmenn Landspítalans, langstærsta vinnuveitanda lækna hér á landi. Að sama skapi er óhjákvæmilegt að Landsspítalinn eigi aðild að talsverðum hluta þeirra mála þar sem álits læknaáðs myndi verða þörf, sem langstærsta sjúkrahús landsins. Má sem dæmi nefna að í áðurnefndum Hrd. 2004.1239 störfuðu fjórir af þeim níu læknum sem ráðið skipuðu hjá Landsspítalanum.⁴⁰ Af þessu leiðir að ráðið er að mörgu leyti óheppilegt til að gegna einhvers konar ráðgjafahlutverki við Hæstarétt. Allt að einu er staða ráðsins að engu leyti jafn traust og staða sérfróðra meðdómsmanna, meðal annars með tilliti til óhlutdrægni.

Hefur enda Mannréttindadómstóll Evrópu staðfest að málsmeðferðin í ofangreindu máli hafi brotið gegn rétti til réttlátrar málsmeðferðar fyrir dómi og þar með 6. gr. Mannréttindasáttmála Evrópu.⁴¹ Þessi þriðji og illskásti kostur sem Hæstiréttur valdi í málinu er því ekki fær. Verður því ekki annað séð en að rétturinn yrði að velja annan hinna tveggja kostanna sem reifaðir voru í undirkafla 4.7.2 hér að framan, kæmi jafn erfitt og flókið álitefni aftur fyrir réttinn. Hann yrði annað hvort að láta niðurstöðu héraðsdóms standa án efnislegrar yfirferðar eða að ráðast sjálfur til atlögu við það flókna læknisfræðilega álitaeefni sem uppi var í málinu, án nokkurrar sérfræðiaðstoðar. Er það mat höfundar að hvorugur þeirra kosti sé ásættanlegur.

Við þetta má síðan bæta að talið hefur verið að einn helsti kostur hins íslenska meðdómsmannakerfis sé að með því sé það dómurinn sjálfur sem býr yfir

³⁹ Jón Steinar Gunnlaugsson (2004), bls. 82.

⁴⁰ Jón Steinar Gunnlaugsson (2004), bls. 81.

⁴¹ Dómur Mannréttindadómstóls Evrópu 5. júlí 2007 í máli nr. 31930/04. Sara Lind Eggertsdóttir gegn Íslandi.

nægjanlegri þekkingu til að leysa úr máli, en úrlausnarvaldið sé ekki í raun hjá sérfræðingum ótengdum dómstólunum.⁴² Ljóst er að sú hætta getur einmitt skapast ef lækna ráði eða öðrum utanaðkomandi aðilum er ætlað eitthvert slíkt hlutverk.

Með hliðsjón af öllu ofangreindu verður að telja að það fyrirkomulag sem nú tíðkast í þessum málum hafi það mikla annmarka að við það verði ekki unað öllu lengur. Á þetta sérstaklega við nú á tímum síaukinnar tækniþróunar og ýmiss konar sérhæfingar í þjóðfélaginu, sem skapar sífellt flóknari álitamál sem dómstólar þurfa að kljást við. Sífellt vaxandi málafjöldi fyrir Hæstarétti⁴³ eykur enn á vandann sem dómamar réttarins glíma við í málum sem þessum, þar sem ætla má að með vaxandi málafjölda gefist minni tími til að huga að hverju máli fyrir sig.

5. ER ÞÖRF Á MILLIDÓMSTIGI?

Stefán Már Stefánsson segir í grein sinni „Meðdómsmenn“, frá árinu 1983 að veigamiklir vankantar hafi ekki komið fram við beitingu á heimild þeirri sem dómurum er veitt til að kalla til sérfróða meðdómsmenn. Það er niðurstaða höfundar að í umfjölluninni hér að framan hafi þvert á móti verið dregnir fram nokkuð veigamiklir vankantar á ríkjandi fyrirkomulagi sem snúa að meðferð slíkra mála fyrir Hæstarétti. Vikið hefur verið að þeim erfiðleikum sem Hæstiréttur getur staðið frammi fyrir í slíkum málum, sbr. sérstaklega Hrd. 2004.1239.

Dregnir voru fram þeir vankantar sem snúa að málum annars vegar þar sem ný gögn eru lögð fyrir Hæstarétt, og hins vegar í málum þar sem slíkt er ekki gert. Í þeim fyrrnefndu er hætta sú að hin nýju gögn fái aukið vægi á kostnað þeirra eldri, þar sem þau sæta ekki líkt og hin gagnrýni og yfirferð hinna sérfróðu meðdómsmanna. Í

þeim síðarnefndu er hætta annars vegar sú að Hæstiréttur veigri sér við að endurskoða mat hinna sérfróðu meðdómsmanna, eins og stuttlega var vikið að. Sé Hæstiréttur of ragur við það er meginreglan um hið tveggja þrepa dómskerfi í hættu og aðilar máls njóta ekki að fullu réttar síns á að fá mál sitt endurskoðað af æðra dómstigi. Í þeim málum þar sem Hæstiréttur tekur sérfræðiatríði til endurskoðunar virðist hann hins vegar oft og tíðum vera í mótsögn við það hlutverk sem hann hefur sjálfur mótað hinum sérfróðu meðdómsmönnum. Til að mynda virðist hann jafnvel leggja niðurstöður þeirra að jöfnu við niðurstöður matsgerða, samanber til dæmis Hrd. 1999.3196, en slíkt er í mikilli mótsögn við hlutverk hinna sérfróðu meðdómsmanna eins og Hæstiréttur sjálfur hefur mótað það, það er að gagnrýna og yfirfara allar matsgerðir.

Í upphafi greinarinnar var þeirri spurningu varpað fram hvort ástæða væri til þess að láta fyrirhugað millidómstig ná til jafnt einkamála sem sakamála, í stað þess að einskorda hlutverk þess við síðarnefndu málin.

Slíkt dómstig hefði þá svipaðar heimildir og héraðsdómar hafa nú til að kalla til sérfróða meðdómsmenn. Heimildir Hæstaréttar til endurskoðunar yrðu þá í staðinn takmarkaðar við lagaatriði í þröngum skilningi, sambærilegar það sem tíðkast í engilsaxnesku og meginlands réttarfari um æðsta dómstig. Kostir þessa fyrirkomulags væru ótvíræðir. Sérfræðiatríði í málum fengju fulla endurskoðun þar til hæfra manna á millidómstigi og Hæstiréttur gæti einbeitt sér að þeim atriðum sem hann veldur best, lagaatriðum. Ennfremur hefði það þann kost að ekki yrði skilið á milli sakamála og einkamála innan dómskerfisins, en höfundur telur það að mörgu leyti óheppilegt.

⁴² Stefán Már Stefánsson (1995), bls. 285.

⁴³ Ársskýrsla Hæstaréttar (2008), bls. 3. Skýrsluna má finna

á http://www.haestirettur.is/haestirettur_arsskyrsla_2008.pdf. (sótt 22. maí 2009).

HEIMILDASKRÁ

Íslensk ritverk

Einar Arnórsson (1911). Dómstólar og réttarfar, Reykjavík.

Markús Sigurbjörnsson (2003). Einkamálaréttarfar (óútgefið, handrit til kennslu við lagadeild Háskólans í Reykjavík.

Skúli Magnússon (2006), Er þörf á breytingum á reglum um sérfróða meðdómsmenn?, Guðrúnarbók, Hið íslenska bókmenntafélag, Reykjavík.

Tímarit

Berglind Ýr Karlsdóttir, Norrænt lagasamstarf, Tímarit Lögréttu, 1.hefti 4. árg. 2007.

Jón Steinar Gunnlaugsson, Rannsóknarréttarfar í einkamálum?, Tímarit Lögréttu, 1. hefti 1. árg. 2004.

Stefán Már Stefánsson, Meðdómsmenn, Tímarit lögfræðinga, 3. hefti 33. árg. 1983.

Alþingistiðindi

Alþingistiðindi, A-deild, 1913, bls. 257-58.

Alþingistiðindi, A-deild, 1936, bls. 167-68.

Alþingistiðindi, A-deild, 1983-4, bls. 1015.

Annað

Ársskýrsla Hæstaréttar (2008).

Skýrsluna má finna á http://www.haestirettur.is/haestirettur_arsskyrsla_2008.pdf.

Dómaskrá

Hrd. 1947. 357

Hrd. 1949. 417

Hrd. 1950. 87

Hrd. 1996. 1563

Hrd. 1999. 1666

Hrd. 1999. 2682

Hrd. 1999. 3196

Hrd. 1999. 3225

Hrd. 1999. 4199

Hrd. 2000. 2674

Hrd. 2003. 874

Hrd. 2003. 1486

Hrd. 2003. 3832

Hrd. 2004. 1239



Ásmundur G. Vilhjálmsson
lögmaður

SKIPTING Á SKATTLAGNINGARRÉTTINUM MILLI HEIMILISFESTARLANDS OG KELDULANDS¹⁾²⁾

1 Hugtakið kelduland er hér notað yfir það sem á öðrum Norðurlöndum er kallað kildeland en það hefur sömu merkingu og enska orðasambandið source country. Samkvæmt því stendur það fyrir upprunaland tekna en mér hugnast betur að nota orðið kelduland í því sambandi.

2 Þessi grein er annar hlutinn af grein um skiptingu skattlagningarréttar vegna einstakra tekna milli heimilisfestarríkis og keldulands. Þriðji og síðasti hlutinn verður birtur síðar.

1.3	TEKJUR AF ATVINNUREKSTRI	185
1.3.1	Skattlagningin samkvæmt innlendum rétti	185
1.3.1.1	Ákvæði 4. tölul. 3. gr. SL. Atvinnurekstur á fastri starfsstöð	186
1.3.1.1.1	Almennt	186
1.3.1.1.2	Hugtakið atvinnurekstur	187
1.3.1.1.3	Nánar um atvinnureskrarhugtakið	188
1.3.1.1.3.1	Föst starfsstöð samkvæmt innlendum rétti	188
1.3.1.1.3.2	Umboðsmenn	190
1.3.1.1.3.3	Undirbúnings- og aðstoðarstarfsemi	191
1.3.1.2	Ákvæði 3. tölul. 3. gr. SL. Frjáls störf	191
1.3.1.3	Uppgjör tekna af fastri starfsstöð og frjálsu starfi	193
1.3.1.4	Álagning tekjuskatts og útværs	194
1.3.1.4.1	Tekjur samkvæmt 3. tölul. 3. gr. SL	194
1.3.1.4.2	Tekjur samkvæmt 4. tölul. 3. gr. SL	194
1.3.1.4.3	Fyrirhugaðar breytingar á skattlagningu tekna skv. 3. tölul. 3. gr., sbr. 2. tölul. 70. gr. SL	195
1.3.1.4.3	Fyrirhugaðar breytingar á skattlagningu tekna skv. 4. tölul. 3. gr., sbr. 3. tölul. 70. gr. SL	195
1.3.2	Skattlagningin samkvæmt tvísköttunarsamningum	195
1.3.2.1	Ákvæði 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar	195
1.3.2.1.1	Afmörkun á þeim tekjum sem ákvæði 7. gr. tekur til	196
1.3.2.1.2	Neikvæð afmörkun gagnvart hinum skiptingarákvæðum	197
1.3.2.1.2.1	Áreksrarreglan í 7. mgr. 7. gr.	197
1.3.2.1.2.2	Afmörkun gagnvart hinum skiptingarákvæðunum	198
1.3.2.2	Föst starfsstöð samkvæmt 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar	199
1.3.2.2.1	Hin jákvæða afmörkun	200
1.3.2.2.2	Hin neikvæða afmörkun. Undirbúnings- og hjálparstarf	205
1.3.2.2.3	Bygginga-, mannvirkja- og samsetningaframkvæmd	208
1.3.2.3	Vara starfsstöðvarákvæðin í 5–6. mgr. 5. gr. Umboðsmannareglan	210
1.3.2.3.1	Óháðir (sjálfstæðir) umboðsmenn – ákvæði 6. mgr. 5. gr.	212
1.3.2.3.2	Skilyrði fastrar starfsstöðvar samkvæmt 5. mgr. 5. gr.	214
1.3.2.4	Uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar	216
1.3.2.4.1	Hlutverk uppgjörins	216
1.3.2.4.2	Hin óbeina aðferð	217
1.3.2.4.2.1	Hin óbeina aðferð sem almenn skiptiaðferð	217
1.3.2.4.2.2	Hin óbeina aðferð sem fjllingarregla	219
1.3.2.4.3	Hin beina aðferð	220
1.3.2.4.3.1	Helstu efnisþættir sjálfstæðismyndarinnar	221
1.3.2.4.3.2	Heimfærsla tekna til fastrar starfsstöðvar	224
1.3.2.4.3.2.1	Tengsl við atvinnurekstur föstu starfsstöðvarinnar	225
1.3.2.4.3.2.2	Tilgangur stjórnar Þegar ráðstöfun er gerð	226
1.3.2.4.3.2.3	Gagnkvæmt mat á hinum ólíku sjónarmiðum	227
1.3.2.4.3.2.4	Rekstrarstöðvarfyrirvari	228
1.3.2.4.3.2.5	Raunveruleg skipting tekna og gjalda	230
1.3.2.4.4	Innbyrðis viðskipti milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðvanna	234
1.3.2.4.4.1	Almennt	234
1.3.2.4.4.2	Yfirfærslur frá og til fastrar starfsstöðvar hér á landi	236
1.3.2.4.4.3	Yfirfærslur frá og til fastrar starfsstöðvar erlendis	237
1.3.2.4.5	Tap af rekstri fastrar starfsstöðvar	238
1.3.2.4.6	Gjaldmiðlaumreikningur	238

1.3 TEKJUR AF ATVINNUREKSTRI

1.3.1 Skattlagningin samkvæmt innlendum rétti

Flest ríki hafa í lögum hjá sér ákvæði sem heimilar þeim að skattleggja erlendis búsetta aðila er stunda atvinnurekstur á yfirráðasvæði þess. Hér á landi er slíkt ákvæði að finna í 4. tölul. 3. gr. SL og hljóðar það svo:

Allir aðilar sem reka hér á landi fasta starfsstöð, taka þátt í rekstri fastrar starfsstöðvar eða njóta hluta af ágóða fastrar starfsstöðvar skulu greiða tekjuskatt af slíkum tekjum.

Ákvæði 4. tölul. 3. gr. byggist umfram allt á samkeppnisástandum. Ef erlendis búsettur aðili gæti stundað atvinnurekstur hér á landi án þess að þurfa að greiða skatt af tekjum sínum væri samkeppnisleg staða

hans betri en innlendra aðila. Til að jafna aðstöðuna er því óhjákvæmilegt leggja skatt á hinn erlenda aðila. Hliðstætt ákvæði um skattlagningu er að finna í lögum nágretta þjóða okkar og eiga ákvæðin það öll sammerkt að takmarka skattskylduna við þá sem stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð eða taka þátt í slíkum rekstri.³

Ekki er unnt að skilja við ákvæði 4. tölul. 3. gr. SL án þess að huga jafnframt að ákvæði 3. tölul. sömu greinar sem fjallar um þá sem inna af hendi þjónustu hér á landi gegn greiðslu. Ákvæðið hljóðar svo:

Allir aðilar sem fá greiðslu fyrir þjónustu eða starfsemi innta af hendi hér á landi.

Samkvæmt alþjóðlegum skattarétti má einungis skattleggja tekjur af atvinnurekstri í heimilisfestarlandi aðila, sbr. 1. málsl. 1. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.⁴ Frá

3 Þessi ákvæði eru auðvitað misitarleg. Þar sem Danir fjalla um skattskyldu einstaklinga í kelduskattalögum og skattskyldu félaga í félagaskattalögum er kveðið á um skattskylduna í þeim báðum. Överulegur munur er þó á orðalagi þeirra.

Ákvæði 4-liðar 2. gr. kelduskattalaganna hljóðar t. d. svo: „Udøver et erhverv med fast driftssted her i landet, jf. dog stk. 9. Udøvelse af erhverv om bord på et skib med hjemsted her i landet anses for udøvelse af erhverv med fast driftssted her i landet, såfremt udøvelse af det pågældende erhverv, hvis det var udført i land, ville blive anset for udøvelse af erhverv med fast driftssted her i landet. Skattepligten omfatter udøvelse af erhverv med fast driftssted her i landet eller deltagelse i en erhvervsvirksomhed med fast driftssted her. Skattepligten omfatter endvidere indkomst i form af løbende ydelser hidrørende fra en sådan virksomhed eller fra afståelsen af en sådan virksomhed, når ydelserne ikke er udbytte, afdrag på et tilgodehavende, renter eller royalties. Skattepligten omfatter desuden bortforpagtning af en sådan virksomhed. Skattepligten omfatter endvidere fortjeneste eller tab ved afhændelse, afståelse eller opgivelse af formuegoder, der er knyttet til en sådan virksomhed. For så vidt angår aktier, omfatter skattepligten kun fortjeneste, tab og udbytte på aktier omfattet af aktieavancebeskatningslovens § 3 opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1. Såfremt den skattepligtige bliver skattepligtig efter denne bestemmelse i forbindelse med ophør af skattepligt efter § 1 eller efter bestemmelserne i en dobbeltbeskatningsoverenskomst bliver hjemmehørende i udlandet, i Grønland eller på Færøerne, kan den skattepligtige vælge fortsat at være skattepligtig af fortjeneste, tab og udbytte opgjort efter reglerne for skattepligtige omfattet af § 1 af aktier i selskaber m.v., hvis formål er at fremme aktionærernes fælles erhvervsmæssige interesser gennem deres deltagelse som

aftagere, leverandører eller på anden, lignende måde som led i den skattepligtige erhvervsmæssige virksomhed her i landet. Tilsvarende gælder, hvis den skattepligtige modtager sådanne aktier efter aktieavancebeskatningslovens § 11 eller § 11 A samt dødsboskatningslovens §§ 36-38. Bygge-, anlægs- eller monteringsarbejde anses for at udgøre et fast driftssted fra første dag.“

Í Noregi er sambærilegt ákvæði að finna í b-lið 1. tölul. 2-3. tekju- og eignarskattslaganna og hljóðar það svo: „Person som ikke er bosatt og selskap m.v. som ikke er hjemme-hørende i riket:

„(1) Person, selskap eller innretning, som ikke har skatteplikt etter §§ 2-1 eller 2-2, plikter å svare skatt av

b. formue i og inntekt av virksomhet som vedkommende utøver eller deltar i og som drives her eller bestyres herfra, herunder virksomhet hvor arbeidstaker stilles til rådighet for andre innen riket, ...“

Í Svíþjóð er sambærilegt ákvæði að finna í 18. gr. 3. kafla og hljóðar það svo:

„Den som är begränsat skattskyldig är skattskyldig i 2. inkomstslaget näringsverksamhet för inkomst från ett fast driftställe eller en fastighet i Sverige, ...“

4 Gagnstætt ákvæði 4. tölul. um fasta starfsstöð er ákvæði eins og 3. tölul. ekki jafn algengt hjá nágrannalöndum okkur. Í Danmörku er t. d. ekkert slíkt ákvæði að finna. Þar í landi er því ekki unnt að skattleggja slíka aðila nema um sé að ræða laun eða tekjur af fastri starfsstöð. Svíar hafa hins vegar fyrir löngu lögfest slíkt ákvæði og er þau að finna í lagen (1991:591) om särskild inkomstskatt för utomlands bosatta artister m.fl. Gildissvið þeirra er því mun takmarkaðra en hins íslenska ákvæðis. Ráðgjafarnir eru því undanteknir. Þessu er eins farið í Noregi, sjá lög nr. 87/1996 om skatt på honorar til utlendske artister. Nánar, sjá Zimmer, bls. 230.

Þessari reglu er ein undantekning og tekur hún til þess tilviks er aðili aflar tekna í hinu ríkinu á fastri starfsstöð. Telja verður fullvíst að ákvæði 4. tölul. 3. gr. SL sé byggt á þessari forsendu. Vegna þessa er nauðsynlegt að gæta þess að túlka ákvæði 3. tölul. 3. gr. SL ekki svo rúmt að það verði rýmra en ákvæði 4. tölul. sömu greinar. Að öðrum kosti er hættu á að ákvæðið verði marklaust.

1.3.1.1 Ákvæði 4. tölul. 3. gr. SL. Atvinnurekstur á fastri starfsstöð

1.3.1.1.1 Almenn

Við skýringu á 4. tölul. 3. gr. SL þarf að taka afstöðu til tveggja álitamála, annars vegar (1)hverjir sæta skattlagningu samkvæmt ákvæðinu og hins vegar af (2)hvaða tekjum þeir, sem sæta skattlagningu samkvæmt ákvæðinu, þurfa að greiða skatt. Víkjum fyrst að fyrri álitafninu. Þeir sem sæta skattlagningu samkvæmt 4. tölul. 3. gr. eru aðilar, það er einstaklingar og lögaðilar, sem:

- reka fasta starfsstöð,
- taka þátt í rekstri fastrar starfsstöðvar eða
- njóta hluta af ágóða fastrar starfsstöðvar hér á landi

Höfuðáherslan liggur sem sagt á orðunum reka, rekstri og ágóða sem stendur fyrir rekstrarhagnað.⁵ Öll umrædd orð

eiga það sammerkt að vísa til þess að um atvinnurekstur sé að ræða.⁶ Til að erlendir aðili, einstaklingur eða lögaðili, sæti skattlagningu samkvæmt ákvæðinu verður hann því að lágmarki að stunda atvinnurekstur hér á landi.

Samkvæmt þessu telst aðili, einstaklingur eða lögaðili, skattskyldur samkvæmt 4. tölul. 3. gr. SL, ef hann stundar atvinnurekstur á fastri starfsstöð hér á landi í eigin nafni. Hið sama gildir ef hann tekur þátt í slíkum atvinnurekstri eða nýtur hluta af ágóða hans. Aðili telst taka þátt í atvinnurekstri ef hann er þátttakandi í honum sem félagsmaður í lögaðila er stendur fyrir atvinnurekstrinum.⁷ Svo er fyrir að fara ef atvinnureksturinn er stundaður af sameignarfélagi eða samlagsfélagi sem ekki er sjálfstæður skattaðili. Í því tilviki er hagnaðurinn sem sagt skattlagður hjá félagsmönnum. Einnig er hugsanlegt að unnt sé að fella ýmis samstarfsverkefni undir þetta orðalag.⁸

Erfiðara er aftur á móti að ákveða hvað felst í orðunum „að njóta ágóða af atvinnurekstri“. Fullvíst er þó að sá ágóði sem hér um ræðir er af öðrum toga en tekjur af leigu, afnotum eða rétti til hagnýtingar á lausafé o. fl., sem skattleggst samkvæmt 6. tölul. 3. gr. SL og tekjur af eignarhlutum í íslenskum fyrirtækjum, eða arður, sem skattleggst samkvæmt 7. tölul. 3. gr. SL. Leigi maður atvinnurekstur gegn endurgjald sem nemur hluta af hagnaðinu nýtur maður á vissan hátt ágóða. Eðlilegt og

5 Í öllum tilvikum verður því að vera um að ræða rekstur hér á landi. Erlendis búsettur aðili sem stjórnar útlendu fyrirtæki héðan er því ekki skattskyldur samkvæmt ákvæðinu. Eftir breytingu á 2. mgr. 2. gr. SL er þó spurning hvort ekki beri að setja slíkt ákvæði. Til fróðleiks má geta þess að slíkan aðila er heimilt að skattleggja í Noregi, sjá Zimmer, bls. 139 og áfram.

6 Það er efnahagslega starfsemi í viðasta skilningi þess orðs, sjá nánar Zimmer, bls. 138 varðandi orðið drives í norska ákvæðinu.

7 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 1, 2004, bls. 712 og áfram. Zimmer, bls.138 og áfram.

8 Álitamál geta komið upp um skilgreiningu á því hvað telst samstarfsverkefni, sjá til fróðleiks Rt. 1997, bls. 1646 Trinc./Trag. Trigon Inc., hér nefnt Trinc., er var fyrirtæki skráð í Panama, átti borpall. Trigon AG, hér nefnt Trag, var svissneskt fyrirtæki sem starfrækti borframkvæmdir á norska landgrun-

ninu. Félögin voru í eigu sömu aðila. Þegar Trag fékk borverkefni leigði það borpall af Trinc. Ekki orkaði tvímælis að Trag var skattskyldur í Noregi vegna framkvæmda á landgrunninu. Við álagningu var Trinc hins vegar gert að greiða skatt af útleigu borpallsins á þeim grundvelli að félögin stunduðu samstarfsverkefni um borun á norska landgrunninu. Hæstiréttur felldi álagninguna niður með 4 atkvæðum gegn 1. Meirihlutinn taldi að útleiga á borpalli gæti ekki skapað takmarkaða skattskyldu á grundvelli fastrar starfsstöðvar og breytti eignatengsl á milli félaganna engu þar um. Trag bærir fjárhaglega áhættu af framkvæmdunum en hagsmunir Tric fælust eingöngu í því að fá greidda leigu. Minnihlutinn lagði hins vegar til grundvallar að Trinc væri háð því að Trag aflaði borverkefna á landgrunninu og þar með bæri Tric einnig áhættu af því að verkefni fengjust á landgrunninu.

sjálfsgagt er því að fella skattskylduna undir nefnda grein. Sama gildir ef maður selur atvinnureksturinn gegn því að njóta hluta ágóðans í ákvæðinn árafjölda eftir sölu.⁹ Leigi maður atvinnureksturinn gegn föstu mánaðarlegu gjaldi orkar það hins vegar meira tvímælis.¹⁰ Þar sem leigan er ekki veltutengd skortir nefnilega öll tengsl við atvinnureksturinn.

1.3.1.1.2 Hugtakið atvinnurekstur

Venja er að skilgreina hugtakið atvinnurekstur sem sjálfstæða starfsemi sem aðili leggur stund á reglulega með ákveðnu umfangi í ekki of skamman tíma í þeim efnahagslega tilgangi að hagnast á fé.¹¹ Þrjú skilyrði þurfa því jafnan að vera uppfyllt svo að um atvinnurekstur geti verið að ræða, í fyrsta lagi sjálfstæði, í annan stað regluleiki, þar með talið umfang og tími og að síðustu hagnaðartilgangur.¹²

Sjálfstæðiskrafan gegnir umfram allt þeim tilgangi að afmarka hugtakið atvinnurekanda gagnvart hugtakinu launþega. Til að aðili sé sjálfstæður verður hann því að vera óháður öðrum um framkvæmd vinnu sinnar. Þessu skilyrði telst jafnan fullnægt ef aðili ræður sjálfur fyrir hverja hann vinnur, fyrir hvaða verð og hvenær. Oft segir þetta þó lítið um eðli starfssambandsins og verður því stundum að leita hjálpar í ýmsum ytri auðkennum vinnunnar svo sem því hver kostar verkið, hver leggur til áhóld og tæki, svo og húsnæði við framkvæmd þess.

Skilyrðið um regluleika, umfang

og tíma er hins vegar notað til að afmarka atvinnurekstur gagnvart tómstundastarfsemi. Með regluleika er átt við fjölda viðskipta sem aðili stundar og tímanum sem líður á milli þeirra. Ef mjög langur tími líður á milli einstakra viðskipta eru þannig meiri líkur en minni á að starfsemin verði ekki talin atvinnurekstur. Umfangið vísar hins vegar til heildar tekna af starfseminni og heildareigna er henni tengjast. Þeir sem selja virðisaukaskattsskylda vöru og þjónustu fyrir 500.000 kr. og þaðan af meira á sérhverjum 12 mánuðum eru t. d. taldir stunda atvinnurekstur í skilningi virðisaukaskattslaga, sbr. 3. tölul. 4. gr. VSL.

Við túlkun á þessu skilyrði ber þó að hafa í huga að krafist er nokkurs regluleika á starfseminni svo að um atvinnurekstur sé að ræða. Ef erlendis búsettur aðili kemur hingað til lands að sumarlagi og selur bifreið er hann hefur meðferðis fyrir hærri fjárhæð en ofangreindu lágmarki nemur myndi tæplega vera lítið svo á að hlutaðeigandi leggi stund á atvinnurekstur. Sama máli gegnir þegar viðskipti með verðbréf eiga í hlut. Á hinn bóginn getur eignarhald á sumum eignum verið svo sérstaks eðlis að nóg sé að vera skráður eigandi þeirra til að teljast atvinnurekandi. Gildir það ekki hvað sist ef þær afla tekna í útleigu. Svo er t. d. um fiskveiðiskip en telja má fullvíst að hið sama gildi um farþegaflugvélar, vöruflutningaskip og jafnvel fasteignir.¹³

Hagnaðartilgangur gegnir hins vegar því hlutverki að afmarka starfsemi gagnvart ýmis konar hugsjónarstarfsemi.¹⁴ Þetta

9 Sjá til hljóðsjónar danska ákvæðið (Skattepligten omfatter endvidere indkomst i form af løbende ydelser hidrørende fra en sådan virksomhed eller fra afståelsen af en sådan virksomhed, når ydelserne ikke er udbytte, afdrag på et tilgodehavende, renter eller royalties) um takmarkaða skattskyldu vegna fastrar starfsstöðvar, en þar er þetta tekið skýrlega fram. Um skýringu þessa, sjá t. d. Michelsen, bls. 231. Niels Winther Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 182 og áfram.

10 Sjá til hljóðsjónar danska ákvæðið (Skattepligten omfatter desuden bortforpagtning af en sådan virksomhed) um takmarkaða skattskyldu vegna fastrar starfsstöðvar en þar er þetta tekið skýrlega fram. Um skýringu þessa sjá t. d. Michelsen, bls. 231. Niels Winther Sørensen: Skatteretten 3,

2006, bls. 182 og áfram.

11 Sbr. Ásmundur G. Vilhjálmsson: Skattur á fyrirtæki, bls. 24 og áfram.

12 Sbr. Zimmer, bls. 134 og áfram. Aarbakke, 1990, bls. 142.

13 Það athugið þó að ákvæði 4. tölul. 3. gr. SL virðist samkvæmt orðanna hljóðan einskorðast við atvinnurekstur á landi þar með talið landgrunninu.

14 Einnig getur verið um tómstundastarfsemi að ræða. Helst reynir þó á þetta þegar tvíþætt starfsemi á í hlut. Sem dæmi má nefn tómstundalandbúnað er gengur með tapi og aðra starfsemi sem gengur með hagnaði. Er þá freistandi að nota tapið af landbúnaðarstarfseminni til að lækka hagnað af síðartöldu starfseminni.

skilyrði er umfram allt huglægs eðlis. Eins og endranær í skattaréttinum skiptir þó ekki máli hvað aðili segir sjálfur um tilgang starfsemi sinnar heldur hvað verður ráðið um hana af ýmsum ytri auðkennum hennar svo sem eðli starfsemi og umgerð, starfsliði, þar á meðal faglegrí þekkingu þess aðila sem stendur fyrir henni. Við matið á hagnaðartilganginum ber að hafa í huga að vegna mikils stofnkostnaðar gengur flest starfsemi með tapi fyrstu ár starfstímans. Ekki er heldur útilokað að innkoman geti verið sveiflukennnd milli ára. Þegar hagnaðartilgangur er metinn skal því jafnan skoða nokkur ár saman. Gangi starfsemi með tapi ár eftir ár getur það þó bent til þess að tilgangur aðila sé ekki að reka starfsemi í hagnaðartilgangi heldur umfram allt að fullnægja persónulegum þörfum sínum.

Við ákvörðun á hagnaðinum má auðvitað deila um það hvort átt sé við reikningsskilalegan hagnað eða skattalegan hagnað. Í því sambandi er þýðingarmikið að gera sér ljóst að tilgangur umræddra kerfa er ólíkur. Mest er álitamálið eðlilega þegar um reiknaðar tekjur og gjöld er að ræða. Ef munur er á kerfunum verður samt að ganga út frá því að reikningsskilin ráði. Þannig eru þau nær raunveruleikanum. Reikningsskilalegur hagnaður verður semsé að vera af starfsemi svo hún teljist atvinnurekstur. Ekki er hins vegar krafist neinnar ákveðinnar fjárhæðar í því sambandi. Almennt verður þó að gera ríkari kröfu til fjárhæðar hagnaðar hjá fyrirtækjum sem byggja á háu framlag fé og lánum. Þannig er ekki óeðlilegt að halda því fram að reksturinn verði að ganga með það miklum hagnaði að hann geti staðið undir hæfilegri ávöxtun þessa til að teljast

atvinnurekstur. Kröfurnar eru þó mjög ólíkar eftir atvinnugreinum. Í listastarfsemi myndi t. d. tæplega ganga að setja strangar kröfur.

Atvinnurekstrarhugtakið í ofangreindum skilningi er almenns eðlis. Það takmarkast því ekki við neina ákveðna gerð af starfsemi eins og samkvæmt OECD-fyrirmyndinni.¹⁵ Undir hugtakið getur því jafnt fallið starfsemi á landi, láði og legi.¹⁶ Sérstök aðreining milli venjulegrar starfsemi og svokallaðrar frjálsrar starfsemi (d. liberale erhverv, n. frit yrki) þekktist ekki heldur. Sjá þó 3. tölul. 3. gr. SL. Vegna kröfunnar um fasta starfsstöð, sbr. nánar hér á eftir, eru flugvélar og skip, þar með talið bátar, þó venjulega undanskilin. Erlend útgerð, sem á skip að veiðum við Íslandstrendur, er því ekki skattskyld samkvæmt 4. tölul. 3. gr. SL.¹⁷ Sama gildir um flugfélag, sem á flugvélar, er millilenda á Keflavíkurflugvelli með jöfnu millibili.¹⁸

1.3.1.1.3 Nánar um atvinnureskstrarhugtakið

1.3.1.1.3.1 Föst starfsstöð samkvæmt innlendum rétti

Til að skattskylda stofnist samkvæmt 4. tölul. 3. gr. SL er þó ekki nóg að hinn erlendis búsetti aðili stundi atvinnurekstur, reksturinn verður að vera stundaður á fastri starfsstöð hér á landi. Í skattalögum er ekki að finna neina skilgreiningu á því hvað átt er við með orðasambandinu föst starfsstöð. Ekki er því unnt að fullyrða að það merki nákvæmlega það sama og föst atvinnustöð (e. permanent establishment) í alþjóðlegum skattarétti, sbr. 5. gr. OECD-

¹⁵ Sbr. OECD-fyrirmyndina, 7. gr., sem fjallar um almennan atvinnurekstur, 8. gr., sem fjallar um skipa- og félvélarekstur og 14. gr., sem fjallar um frjálsar atvinnugreinar (d. liberale erhverv, fri erhverv). Athuga ber þó að 14. gr. samningsfyrirmyndarinnar var felld brott árið 2000 og er hana því ekki lengur að finna í fyrirmyndinni. Niðurfellingin var gerð til að undirstrika að ekki væri neinn munur á atvinnurekstri samkvæmt 7. gr. og 14. gr. Ákvæði hliðstætt 14. gr. er þó að finna í mörgum

tvísköttunarsamningum sem Ísland hefur gert.

¹⁶ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 1, 2004, bls. 712, einkum tilvísun 19.

¹⁷ Þetta gildir þó ekki um framkvæmdir á landgrunninu (d. kontinentalsokkel) t.d. borun eftir olíu, sjá Michelsen, bls. 232.

¹⁸ Í þessu sambandi er miðað við það að höfuðsæti stjórnar sé ekki hér á landi, sbr. 1. mgr. 8. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.

fyrirmyndarinnar.¹⁹ Rétt er þó að benda á það að þetta hugtak kom fyrst inn í skattalög með lögum nr. 40/1978, sbr. lög nr. 90/2003. Á þeim tímamarki hafði Ísland gert nokkurn fjölda tvísköttunarsamninga og var því vel kunnugt um innihald þess.²⁰

Hvað sem þessu líður liggur annars beint við að túlka hugtakið starfsstöð eftir orðanna hljóðan.²¹ Samkvæmt því merkir það stað (e. place of business) þar sem vinna (þjónusta), verk eða framkvæmd á sér stað.²² Starfsstöðin getur því allt í senn verið ákveðið hús, bygging eða mannvirki, þar á meðal tiltekið rými í umræddum eignum, svo og ákveðið svæði í eða á landi, þar sem aðili annast um framkvæmd á.²³ Ekki er skilyrði að hlutaðeigandi eigi starfsstöðina. Starfsstöð, sem aðili hefur á leigu eða að láni, getur því talist fullnægjandi grundvöllur að takmarkaðri skattskyldu samkvæmt ákvæðinu.

Starfsstöðin verður að vera föst (e. fixed) sem þýðir að hún verður bæði að vera staðsett varanlega á ákveðnum stað og nýtt fyrir atvinnurekstur í ekki mjög skamman tíma. Hugtakið fastur er því nánast andheiti orðsins hreyfanlegur.²⁴ Maður búsettur erlendis, sem kemur hingað til lands og selur vörur frá húsi til húss, getur því tæplega talist

stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð. Til þess að svo megi verða er hann einfaldlega of mikið á ferðinni.²⁵ Á hinn bóginn má telja víst að erlent fyrirtæki, sem tekur að sér að leggja leiðslu um land, verði talið stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð enda þótt verkið sem slíkt hreyfist frá einum stað til annars eftir því sem á framkvæmdina líður. Helgast þetta af samhengi staðanna.

Eins er þessu farið um mann sem tekur á leigu skrifstofu í húsi. Þótt hann flytji skrifstofuna á milli hæða í húsinu eða á milli húsa í sama bæjarfélagi breytir það engu um skattskyldu hans. Erfiðara er aftur á móti að ákveða tímann, sem atvinnurekstur verður að vera stundaður, til að föst starfsstöð teljist hafa myndast. Í skilyrðinu um að starfsstöðin skuli vera föst felst eins og áður segir ákveðinn varanleiki. Tíminn má því ekki vera of skammur. Þrír mánuðir eru líklega of skammur tími í þessu sambandi, jafnvel fjórir og fimm. Hins vegar er ekki nauðsynlegt að reksturinn vari í 12 mánuði eða lengur eins og krafist er í flestum þeirra tvísköttunarsamninga sem Ísland hefur gert þegar um byggingarframkvæmdir í eða á landi er að ræða. Starfsemi, sem stendur í fimm til sex mánuði eða lengur, getur því valafalið talist föst starfsstöð í skilningi 4.

19 Í nágrannalöndum okkar er yfirleitt gengið út frá því að svo sé. Sjá t. d. hvað Danmörku áhærir Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 1, 2004, bls. 713. Aage Michelsen, bls. 233. Erik Møller í RR 1963, 8, Ligningsvejledningen 2004-2, D. A. 2.4. Auk þess kemur þetta fram við lagasetningu, sbr. d-lið 1. mgr. 2. gr. kelduskattalaganna og a-lið 1. mgr. 2. gr. félagaskattalaganna. Eins er þessu farið í Noregi, sjá Aarbakke, 1990, bls. 125 og áfram. Zimmer, bls. 135. Um afstöðuna hér á landi sjá dóm Hæstaréttar dags. 20. september 2007 í málinu nr. 523/2006: Impregilo SpA, útibú á Íslandi gegn íslenska ríkinu.

20 Til fróðleiks má svo geta þess að í nefndinni er samdi frumvarp til laga nr. 40/1978, sbr. lög nr. 90/2003, áttu sæti Árni Kolbeinsson og Garðar Valdimarsson, sem báðir höfðu lokið framhaldsnámi í skattarétti erlendis, Árni frá Noregi og Garðar frá Danmörku. Ætla má því að þeim hafi verið hugtakið vel kunnugt. Hið sama verður að segjast um Halldór Ásgrímsson fyrrverandi forsætisráðherra, sem stundað hafði nám í reikningshaldi, í Noregi.

21 Ef það er gert má telja fullvist að niðurstaðan verði eins eða í það minnsta sambærileg og byggt er á í alþjóðlegum skattarétti að hugtakið merki.

22 Hugtakið starfsstöð í þessum skilningi er því heldur rýmara en samsvarandi hugtak t. d. í 3. gr. laga nr. 28/1998 um verslunararvinnu er hljóðar svo: „Í lögum þessum hafa eftirfarandi orð merkingu sem hér segir: föst starfsstöð: húsnæði eða annað rými þar sem rekin er, staðbundið og reglulega, verslun í atvinnuskyni, ...“ Samkvæmt þessari skilgreiningu virðist útiloka að útimarkaður geti t. d. talist föst starfsstöð.

23 Ef um er að ræða verklega framkvæmd er ekki tekið fram að hún skuli teljast föst starfsstöð frá og með fyrsta degi eins og í Danmörku þar sem ákvæði þessa efnis gegnir umfram allt þeim tilgangi að tryggja að erlendir launþegar starfsstöðvarinnar sæti skattskyldu frá fyrsta degi, sjá Michelsen, bls. 231. Gildir það jafnvel þótt föst starfsstöð samkvæmt 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar stofnist ekki, sbr. TFS 1996, 460 TSS.

24 Sjá til fróðleiks skilgreiningu 3. gr. laga nr. 28/1998 um verslunararvinnu á hugtakinu farandsala, er hljóðar svo: „verslun í atvinnuskyni utan fastar starfsstöðvar, þar með taldar hreyfanlegar starfsstöðvar og markaðir, ...“

25 Selji slíkur aðili fyrir 500.000 kr. eða meira er hann auðvitað virðisaukaskyldur.

tölul. 3. gr. SL.²⁶

Frá skilyrðinu um að atvinnurekstur verði að vera stundaður á fastri starfsstöð, sem erlendur aðili hefur umráð yfir, svo að um takmarkaða skattskyldu sé að ræða má gagnálykta þannig að tómar byggingar eða tiltekið svæði í eða á landi þar sem engin framkvæmd á sér stað geti ekki talist föst starfsstöð. Einhvers konar athafnir (e business) verða einfaldlega að fara fram á starfsstöðinni svo að skilyrðinu um atvinnurekstur á fastri starfsstöð teljist fullnægt. Athafnirnar, sem umræðir, þurfa hins vegar ekki að vera framkvæmdar af mönnum. Vélar, sem framkvæma athafnir á tilteknu stað, geta því verið fullnægjandi grundvöllur undir fasta starfsstöð svo fremi að skilyrðið um atvinnurekstur í ákveðinn tíma sé uppfyllt.

Ýmis konar athafnir koma hér til álita. Erlendur aðili fær t. d. leyfi til að setja upp sjálfssala, byggja endurvarpsstöð fyrir útsvarps- eða sjónvarpsbylgjur á ákveðnum stað.²⁷ Geri aðillinn það verður að taka afstöðu til þess hvort um fasta starfsstöð er að ræða eða ekki. Hin öra þróun tölvutækninar skapar auk þess sérstök vandamál. Ef erlendur aðili kemur fyrir tölvu á tilteknum stað hér landi er staðsetning hennar ein ekki nægileg til að um fasta starfsstöð sé að ræða. Einhvers

konar athafnir verður að vera unnt að tengja við tölvuna. Hafi tölvann að geyma hugbúnað (e. server), sem gerir hinum erlenda aðila kleift að vista heimasíðu sína þar, getur það hins vegar orðið til þess að föst starfsstöð teljist vera fyrir hendi.²⁸ Í því sambandi er þó jafnan undirskilið að hlutaðeigandi aðili eigi eða annist að minnsta kosti um rekstur miðlarans.

1.3.1.1.3.2 Umboðsmenn

Erlendur aðili sem hyggst stofna til viðskipta á Íslandi varðar auðvitað miklu hvaða kröfur eru gerðar til fastrar starfsstöðvar. Hugsanlegt er að hann sé frá ríki þar sem skattar eru lægri en hér á landi og því skiljanlegt að hann vilji forðast að verða talinn stunda atvinnurekstur hér. Í stað þess að setja á fót fasta starfsstöð grípur hinn erlendi aðili þess vegna til þess ráðs að auglýsa vörur sínar til sölu í dagblöðum á Íslandi og geta þeir sem vilja kaupa vörurnar þá sent honum pöntun. Slík viðskipti skapa ekki takmarkaða skattskyldu á grundvelli fastrar starfsstöðvar.²⁹

Sama gildir ákveðni hinn erlendi aðili að koma sér upp umboðsmannakerfi hér á landi er kaupir vörurnar af honum og endurselj þær síðan til innlendra aðila fyrir eigin reikning að viðbætti álagningu fyrir kostnaði og þess háttar.³⁰ Ráði hinn erlendi aðili mann hér á

26 Hafi Ísland gert tvísköttunarsamning við heimilisfestarland skattaðila þar sem 12 mánaða fresti er heitið ber þó að leggja hann til grundvallar ákvörðun um skattskyldu. Þessu er eins farið í Danmörku, sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 1, 2004, bls.712, einkum tilvísun 18.

27 Sbr. 10-lið athugasemdi við 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar (2005-útgáfan).

28 Um þetta vandamál hefur verið töluvert fjallað á alþjóðlegum vettvangi og virðast menn almennt sammála um það að niðurstaða um skattlagninguna velti á því hvar miðlarinn er staðsettur, sjá 421-4210-lið athugasemdi við 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar (2005-útgáfan). Norðmenn telja t. d. að tekjur er aðila hlotnast með auglýsingum, samningsgerð, greiðslu og afhendingu á vörum í gegnum heimasíðu sem staðsett er hjá norskum miðlara (e server) séu skattskyldar tekjur samkvæmt b-lið 1. tölul. 2-3. gr. norsku eignar- og tekjuskattslaganna. Staðsetning miðlarans ráði þar úrslitum. Sé miðlarinn staðsettur í öðru ríki orki skattskyldan á hinn bóinn meira tvímællis, sbr. Gjert Melsom: Internett og immaterielle verdier, í SR 2000, bls. 131.

29 Hins vegar breytir það engu um virðisaukaskattinn. Hann

er greiddur af hinum innlenda kaupanda vörurnar við flutning hingað til lands.

30 Sjá til hliðsjónar 9. mgr. 2. gr. dönsku kelduskattalaganna er hljóðar svo: „Salgsvirksomhed udelukkende i form af fjernsalg gennem en repræsentant med fuldmagt til at binde fuldmagtsgiveren, men som ikke er ansat som lønmodtager af denne, medfører ikke fast driftssted for fuldmagtsgiveren. Ved fjernsalg forstås repræsentantens ordremodtagelse fra danske eller udenlandske kunder via telefon, telex, telefax, post, EDI (Electronic Data Interchange), internettet el.lign. Det er en betingelse, at hverken fuldmagtsgiveren eller en hermed nærtstående person, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 2, 3. og 4. pkt., eller en fond eller trust stiftet af fuldmagtsgiveren eller dennes nærtstående eller et selskab, som i fællesskab kontrolleres, jf. ligningslovens § 16 H, stk. 2, 2. pkt., af denne kreds af personer, nærtstående, fonde og truster eller en fond eller trust stiftet af et kontrolleret selskab i Danmark, udøver erhvervsvirksomhed, der står i forbindelse med repræsentantens salg.“

landi eða semji hann við innlent fyrirtæki um að annast um viðskiptin fyrir sig í sínu eigin nafni, það er nafni erlenda aðilans, er hins vegar viðbúið að litið verði á hlutaðeigandi aðila sem náttúrulega framlenginu af hinum erlenda aðila.³¹ Þær athafnir, sem innlendi aðilinn innir af hendi fyrir erlenda aðilann undir slíkum kringumstæðum, teljist því vera framkvæmdar af honum sjálfum sem þýðir að föst starfsstöð getur myndast.

1.3.1.1.3.3 Undirbúnings- og aðstoðarstarfsemi

Upphaf atvinnurekstrar miðast venjulega við við þá dagssetningu er aðili hefur ákveðið að hefja hann og sýnt þá ákvörðun í verki með ráðningu starfsmanna, leigu á starfsstöð o. fl. Aðgerðir sem efnt er til fyrir umrædd tímamörk teljast því ekki atvinnurekstur í venjulegri merkingu þess orðs. Hér til teljast innkaup á vörum, kaup eða leiga á eignum, öflun húsnæðis o. fl. Meira vafamál er aftur á móti um ýmis konar undirbúnings- og aðstoðaraðgerðir, einkum og sér í lagi þegar einhvers konar starfsemi er innt af hendi í tengslum við þær. Sem dæmi um þetta má nefna aðstöðu fyrir lager- og geymslupláss, umskiptun á gámum, innkaup og framsendingu á vörum, útstillingu og afhendingu á vörum svo nokkuð sé nefnt.

Staðir þar sem undirbúnings- og aðstoðaraðgerðir eiga sér stað eru undanskildir hugtakinu föst starfsstöð samkvæmt 4. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar. Alls endis óvíst er þó hvort sú takmörkun eigi við um innlendan rétt. Ráði erlendur aðili t. d. menn til starfa til að annast um lager á hans vegum, lagerplássið er í atvinnuhúsnæði verður að telja yfirgnæfandi líklegt að litið verði á það sem fasta starfsstöð.³² Slík niðurstaða

hefur þó umfram allt þýðingu gagnvart þeim erlendu aðilum sem búsettir eru í löndum sem Ísland hefur ekki gert tvísköttunarsamning við á grundvelli OECD-fyrirmyndarinnar. Hafi Ísland gert tvísköttunarsamning við hlutaðeigandi land er það nefnilega skuldbundið til að undanskilja undirbúnings- og aðstoðarstarfsemi hugtakinu fastri starfsstöð umyrðalaust.

1.3.1.2 Ákvæði 3. tölul. 3. gr. SL Frjáls störf

Ákvæði 3. tölul. 3. gr. SL er sá tölulíður 3. gr. SL sem hvað erfiðast er að skýra. Eins og 4. tölul. einskörðast skattlagningin við tekjur sem hlutaðeigandi aflar hér á landi. Þá skiptir ekki heldur máli hvort hann kemur fram sem einstaklingur eða lögaðili. Orðasambandið „allir aðilar“ í inngangi ákvæðisins er því sömu merkingar og hliðstætt orðalag í 4. tölul. Veruleg óvissa ríkir aftur á móti um merkingu hugtakanna „þjónusta eða starfsemi“. Í því sambandi ber þó að taka fram að ekki er ágreiningur um að hugtökin þjónusta og starfsemi einskörðist við atvinnurekstur (sjálfstæða verktaka) heldur snýst vandamálið um það að ákveða til hvers konar atvinnurekstrar þau taki.

Hugtakið þjónusta kemur t. d. fyrir í 2. mgr. 1. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Í því sambandi er það talið merkja sérhver viðskipti sem ekki fela í sér afhendingu á vöru í skilningi 1. mgr. ákvæðisins.³³ Ekki er ósennilegt að hugtakið þjónusta í 3. tölul. 3. gr. SL verði talið hafa sömu merkingu. Samkvæmt því falla undir það allir erlendis búsettir aðilar, einstaklingar og lögaðilar, sem inna af hendi þjónustu hér á landi í atvinnuskyni gegn gjaldi.³⁴ Starfsemi tekur hins vegar til allra þeirra sem stunda atvinnurekstur, sbr. orðalagið

³¹ Sbr. Zimmer, bls. 138. Um fjarsölu, sjá Michelsen, bls. 232-233.

³² Vandamál gætu þó komið upp varðandi ákvörðun tekna slíks aðila. Gildir það einkum ef starf lagermannsins felst aðeins í afhendingu á vörum og reikningar eru gefnir út af

hinu erlenda fyrirtæki.

³³ Sjá Handbók um virðisaukaskatt, bls. 25.

³⁴ Auðvitað má velja fyrir sér hvort undirskilið sé að andvirði þjónustunar verði að lágmarki að nema 500.000 kr.

sjálfstæð starfsemi. Undir það falla því bæði vörusala og þjónusta svo og öll önnur vinna í atvinnuskyni.

Samkvæmt þessu eru allir erlendisbúsettir aðilar sem afla tekna með atvinnurekstri hér á landi skyldir að svara skatti af þeim. Og það sem meira er, ekki er gerð krafa um að atvinnureksturinn sé stundaður á fastri starfsstöð. Skattskyldan samkvæmt 3. tölul. 3. gr. SL er því mun viðtækari en samkvæmt 4. tölul. sömu greinar. Einnig eru tengslin við upprunalandið Ísland, sem krafa er gerð um, svo að heimilt sé að skattleggja tekjurnar hér á landi, mun veikari. Til að verða skattskyldur er þannig nægilegt að aðili búsettur erlendis komi hingað til lands, inni af hendi eitt viðvik, þjónustu eða starfsemi, gegn endurgjaldi. Atvinnureksturinn þarf því ekki að vera stundaður á fastri starfsstöð eða vara í ákveðinn lágmarkstíma.

Eðlilegt er því að menn spyrji sig hvort þörf sé á ákvæði um takmarkaða skattskyldu vegna fastrar starfsstöðvar. Ákvæðið um skattskyldu vegna þjónustu og starfsemi innta af hendi hér á landi af aðila búsettum erlendis sé alveg fullnægjandi. Er ákvæði 4. tölul. 3. gr. SL um fasta starfsstöð var lögfest árið 1978 var gildissvið þess ekki skilgreint. Alþingi hefði þó tæplega farið að lögfesta ákvæðið ef það var talið óþarft. Ákvæði 3. tölul. 3. gr. SL hlýtur því að vera sérstaks eðlis, (lex specialis) sem sé takmarkast við ákveðna gerð af atvinnurekstri.

Fram til 2000 gerði OECD-fyrirmyndin greinarmun á tvenns konar atvinnurekstri, almennum atvinnurestri, sbr. 7. gr. og frjálsu (sjálfstæðu) starfi (d. liberale erhverv, n. fri yrke), sbr. 14. gr.³⁵ Undir ákvæði 7. gr. féll þá allar almennur atvinnurekstur nema alþjóðlegar siglingar- og loftferðir, sbr. 8. gr. fyrirmyndarinnar. Ákvæði 14. gr. tók hins vegar til starfsemi sjálfstætt starfandi manna

(aðila) á sviði vísinda, bókmennta, lista, uppeldis- og kennslumála, svo og sjálfstætt starfandi lækna, lögfræðinga, verkfræðinga, arkitekta, tannlækna og endurskoðenda.

Ekki er ólíklegt að þessu sé eins farið um 4. tölul. og 3. tölul. 3. gr. SL og verður á því byggt hér á eftir. Hið íslenska ákvæði er þó frábrugðið áður gildandi 14. gr. OECD-fyrirmyndarinnar að því leyti að ekki er nauðsynlegt til að koma fram skattlagningu að hlutadeigandi stundi frjálst starf á fastri stofnun eins og það er gjarnan orðað í þeim tvísköttunarsamningum sem Ísland hefur gert til aðgreiningar frá fastri starfsstöð. Þá gildir einu hvort umræddur aðili kemur fram í eigin nafni eða nafni lögaðila eins og reyndar er ákveðið í tvísköttunarfyrirmynd OECD um listamenn og íþróttamenn. Af öllu þessu samanlögðu má því segja með nokkurri vissu að ákvæði 3. tölul. 3. gr. SL taki umfram allt til þeirra sem falla undir 14. gr. og 17. gr. OECD-fm.³⁶

Ákvæði 3. tölul. 3. gr. SL takmarkast því við sölu á ákveðinni þjónustu annars vegar og þáttöku í listum og keppni hins vegar. Sala á vörum fellur því almennt utan við gildissvið ákvæðisins. Hið sama gildir um verklegar framkvæmdir, byggingar og mannvirkjagerð. Í innlendum lögum flestra nágrannaríkja okkar eru ákvæði um takmarkaða skattskyldu vegna starfrækslu fastrar starfsstöðvar. Þessu er hins vegar ófugt farið um frjálst starf í þeirri merkingu sem það orð er notað í 3. tölul. 3. gr. SL. Sama gildir jafnvel um listir og íþróttir. Ekkert slíkt ákvæði er t. d. við líði í Danmörku. Til að koma fram skattlagningu þar í landi verður hlutadeigandi því annað hvort að vera launþegi eða stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð. Fyrirkomulagið í Svíþjóð er hins vegar ekki ósvipað og hér landi. Um skattlagninguna gilda þannig sérstök lög

35 Árið 2000 voru þessi ákvæði sameinuð. Frá og með þeim tíma er því ekki gerður neinn greinarmunur á almennum atvinnurekstri og sjálfstæðu starfi. Um skilgreininguna á sjálfstæðu starfi í 2003-útgáfu fyrirmyndarinnar, sjá h-lið 3. gr., sbr. og athugasemd 10.2 við hana. Af orðalagi hennar að dæma tekur

það ákvæði umfram allt til sjálfstæð starfs á vegum manna. Nánar um hugtakið vísast til Skaar, 1991, bls. 245 og áfram.

36 Á þessu virðist líka byggt í framkvæmd, sbr. vefslóðina http://rsk.is/show_page.asp?url=international/limitedtaxliability_02.asp&val=5.0

nr. 1991:591 um sérstakan tekjuskatt fyrir listamenn búsetta erlendis o. fl.

1.3.1.3 Uppgjör tekna af fastri starfsstöð og frjálsu starfi

Grundvallarmunur er á uppgjör tekna af fastri starfsstöð og frjálsu starfi. Frjálsu starfi (d. fri erhverv) þar með talið þóknun vegna lista- og íþróttaviðburðar, tilheyra eingöngu tekjur sem aðili aflar hér á landi vegna sölu á þjónustu eða reksturs á starfsemi.³⁷ Erlendar tekjur, sem aðila hlotnast á meðan hann er staddur hér á landi, eru því undanskildar skattlagningunni. Þetta gildir jafnvel þótt tekjurnar tengjast hinu frásæ starfi með beinum hætti. Líklegt verður einnig að telja að frá tekjunum sé aðeins heimilt að draga þann beina kostnað sem aðili verður fyrir hér á landi.³⁸ Hér til telst einkum leiga á aðstöðu fyrir upptöku, laun starfsfólks og þess háttar kostnaður.³⁹ Föst starfsstöð er hins vegar eins og hvert annað fyrirtæki er getur stundað viðskipti við hvern sem er, þar á meðal höfuðstöðvarnar erlendis. Í skattalegu tilliti er því litið á hana sem nokkurs konar „sjálfstæðan“ aðila.

Almennt er talið að tekjur fastrar starfsstöðvar beri að gera upp samkvæmt hinni beinu aðferð (d. den direkte metode).⁴⁰ Í því sambandi reynir einkum á tvenns konar álitafæni, annars vegar ákvörðun um það hvaða tekjur tilheyri (e. allocation) starfsstöðinni og hins vegar ákvörðun um það hvort starfsstöðin og höfuðstöðvarnar geti stundað óheft viðskipti sín á milli eins og sjálfstæðir aðilar (e. transfer pricing) væru.⁴¹ Hvað heimfærsluvandamálið snertir ber að

telja starfsstöðinni til tekna þær tekjur sem raunverulega tilheyra honum/henni. Hér til teljast bæði innlendar og erlendar tekjur.

Áður en heimfærsla er gerð getur þó þurft að kanna hvaða tekjuaflandi eignir og kröfumyndandi skuldir tilheyra starfsstöðinni vegna þess að heimfærslan byggist að verulegu leyti á því hvaða eignir og skuldir tilheyra starfsstöðinni. Skattlagning tekna og gjalda, sem heimfærð eru til fastrar starfsstöðvar, er annars framkvæmd samkvæmt sömu reglum og gilda um aðila sem eru ótakmarkað skattskyldir hér á landi. Tekjuskattstofninn er því fundinn með því að leggja saman allar þær tekjur sem tilheyra föstu starfsstöðinni (alheimsreglan) og draga síðan frá tekjunum öll þau gjöld sem á árinu hafa gengið til að afla þeirra, sbr. l. mgr. 1. tölul. 3l. gr. SL.

Rekstrarlegt sjálfstæði föstu starfsstöðvarinnar sætir þó takmörkum þegar um innbyrðis viðskipti á milli hennar og höfuðstöðva í heimilisfestarlandi skattaðila er að ræða. Þetta á sér sögulegar skýringar og helgast af því að sjálfstæðisfyrirmyndin, sem tekjuuppgjör starfsstöðvarinnar grundvallast á, er aðeins ímyndun eða hugmynd (d. fiktion). Þótt gengið sé út frá því við uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar að hlutadeigandi sé sjálfstætt fyrirtæki í orði er hún það auðvitað ekki á borði, heldur hluti af höfuðstöðvunum erlendis.

Við ákvörðun á því hvort reikna skuli ímyndaðar tekjur eða gjöld vegna viðskipta fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva miðað við markaðsverð í sams konar viðskiptum á milli öskyldra aðila ber umfram allt að horfa til tengsla viðskiptanna við hina

³⁷ Ef við tókum erlenda söngvara sem dæmi þá myndi eingöngu greiðsla fyrir söngin koma til skatts. Sala á vörum t. d. hljómplötum og þess háttar sem hann hefði með sér hingað til lands og selur áhengendum sínum væri því undanþegin skatti nema starfsemin falli undir 3. tölul. 3. gr. SL.

³⁸ Hinn takmarkaði frádráttur verður ráðinn af 2. tölul. 70. gr. SL Þannig er skattflutfallið 15% ef aðili velur nettóaðferð við uppgjör tekjuskattstofnsins en 10% ef hann velur brúttóaðferð. Frádráttarsvigrúmið er því aðeins 5%.

³⁹ Kostnaður vegna ferðar hingað til lands, hótél- og fæðis- kostnaður meðan á dvöl stendur er því líklega ófrádráttarbær.

⁴⁰ Við uppgjör tekna erlendra aðila er greint á milli tveggja megin aðferða, annars vegar hinnar beinu aðferðar og hins vegar hinnar óbeinu aðferðar. Samkvæmt hinni óbeinu aðferð (d. indirekte metode) ber að gera um alheimstekjur hins erlenda aðila og skipta þeim svo á milli starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvarinnar samkvæmt ákveðnum skiptireglum. Sjá t. d. 2. mgr. 3. tölul. 70. gr. SL þar sem skiptireglan er hlutfall keldu- landságóðans af alheimságóðanum.

⁴¹ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 1, 2004, bls. 715. Zimmer, bls. 135 og áfram. Aarbakke, 1990, bls. 142 og áfram.

tekjuaflandi starfsemi aðilans. Ef þessi tengsl eru nán ber að meta þau á markaðsvirði. Svo er t. d. fyrir að fara ef fasta starfsstöðin eða starfsstaðurinn annast um endursölu á vörum eða þjónustu höfuðstöðvarinnar. Láni höfuðstöðvarnar föstu starfsstöðinni peninga er hins vegar ekki talið heimilt að gjaldfæra vexti af þeim. Frá þessu er þó vikið þegar banki og útibú eiga í hlut enda sjaldan ágreiningur um að slík viðskipti tengjast náð hinni tekjuaflandi starfsemi hans.

1.3.1.4 Álagning tekjuskatts og útværs

1.3.1.4.1 Tekjur samkvæmt 3. tölul. 3.

gr. SL

Tekjur, sem heyra undir 3. tölul. 3. gr. SL, bera bæði tekjuskatt og útsvar. Samkvæmt 2. tölul. 70. gr. SL er tekjuskattshlutfallið annars vegar 15% og hins vegar 10%. Hærra hlutfallið reiknast af nettótekjum, það er heildartekjum að frádragnum heildargjöldum en hið lægra af brúttótekjum, það er heildartekjum án nokkurs frádráttar, sbr. niðurlag 2. mgr. 2. tölul. 70. gr. SL.

Skattaðilar geta ekki valið sér tekjuskattshlutfall að vild sinni. Hið lægra skatthlutfall stendur þannig aðeins þeim til boða sem „koma fram í atvinnuskyni til skemmtunar eða keppni án ákvæðinna launa eða þóknunar“ en njóta þess í stað afraksturs af slíkri starfsemi. Þetta ber að túlka þannig að aðeins listamenn og íþróttamenn, sbr. 17. gr. samningsfyrirmyndar OECD, geta nýtt sér skatthlutfallið. Helsta takmörkunin felst þó vafalaust í greiðslumáttanum. Þeir sem koma fram gegn fastri þóknun verða þannig ávallt að greiða 15%. Lögðilar, sem hlotnast tekjur samkvæmt 3. tölul. 70. gr. SL, þurfa ekki að svara útsvari. Tekjuskatturinn miðað við 15% eða 10% hlutfall er því heildarskattur þeirra. Einstaklingar eru

hins vegar útsvarsskyldir sem þýðir að heildarskattur þeirra getur orðið allt að 15 + 13,10 eða 28,10%.

Persónuafsláttur takmarkast við menn sem skattlagðir eru samkvæmt 1. mgr. 66. gr. SL. Menn sem svara skatti samkvæmt 70. gr. SL eiga því ekki rétt á persónuafslætti nema það sé sérstaklega tekið fram í ákvæðinu. Erlendis búsettir menn sem koma hingað til lands til skemmtunar eða keppni eru því almennt skattlagðir þyngra en innlendir búsettir menn. Lögmati þessa kann að orka tvímælis bæði samkvæmt alþjóðlegum skattarétti og samningnum um evrópska efnahagssvæðisins.

1.3.1.4.2 Tekjur samkvæmt 4. tölul. 3.

gr. SL

Tekjur samkvæmt 4. tölul. 3. gr. SL eru atvinnurekstrartekjur og þess vegna er eðlilegt að skattleggja þær sem slíkar, sbr. 24. gr. samningsfyrirmyndar OECD sem bannar mismunun. Skattlagning teknanna er því eins og hjá innendum aðilum sem þýðir að erlendir lögðilar greiða sama tekjuskatt og innlendir lögðilar og erlendir einstaklingar í rekstri sama tekjuskatt og útsvar og innlendir einstaklingar í rekstri, sbr. 3. tölul. 70. gr. SL. Erlendis búsettir einstaklingar, sem stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð, eiga þó ekki rétt á persónuafslætti og kann það að stríða gegn skuldbindingum Íslands samkvæmt alþjóðlegum skattarétti eða samningnum um evrópska efnahagssvæðið.⁴² Ákvæði 3. mgr. 24. gr. OECD-*fm* bannar ríki nefnilega að skattleggja fasta starfsstöð, sem maður í hinu aðildarríkinu hefur með höndum, óhagstæðar en maður í því ríki leggur stund á.

⁴² Sbr. 3. mgr. 24. gr. OECD-*fm* sem mælir svo fyrir um að ekki megi skattleggja fasta starfsstöð þyngra en sambærilegt innlent fyrirtæki annars vegar og fjórfrelsið hins vegar, það er

t. d. stofnsetningarréttinn, frjálsa þjónustufælendi svo dæmi sé nefnt.

1.3.1.4.3 Fyrirhugaðar breytingar á skattlagningu tekna skv. 3. tölul. 3. gr., sbr. 2. tölul. 70. gr. SL

Með frumvarpi til laga um breyting á 70. gr. laga um tekjuskatt, sbr. þskj. 292— 256. mál sem lagt var fram Alþingi 27. nóv. 2009 er gerð tillaga um þrenns konar breytingu á skattlagningu tekna sem falla undir 3. tölul. 3. gr. SL.

Í fyrsta lagi verður óheimilt að draga nokkurn kostnað frá slíkum tekjum. Þetta er undirstrikað með orðunum „af greiðslunni“ sem stendur sem andhverfa orðanna „af tekjuskattsstofni“.

Í annan stað verður aðeins eitt 15% skattþrep viðhaft í stað tveggja 15% og 10% skattsþrepa áður. Þetta er eðlileg afleiðing afnáms frádráttarréttarins, sbr. hér að ofan.

Í þriðja lagi stendur til að lögfesta þrjú skattþrep í stað eins áður. Þannig er ætlunin að menn verði látnir greiða 15% skatt. Heildarskattur þeirra verður því 28,10% að teknu tilliti til útsvars. Hlutfélag og einkahlutfélag koma hins vegar til að með að sæta 18% og sameignarfélag og samlagsfélag 32,7% skatti.

Þetta eru hinar efnislegu breytingar. Skattlagning tekna sem heyrðu undir 3. tölul. 3. gr. SL féllu áður undir 2. tölul. 70. gr. SL. Með ofangreindum breytingatillögum er hins vegar gert ráð fyrir því að fjallað verði um skattlagninguna í sjálfstæðum tölulið.

1.3.1.4.3 Fyrirhugaðar breytingar á skattlagningu tekna skv. 4. tölul. 3. gr., sbr. 3. tölul. 70. gr. SL

Frumvarp til laga um breyting á 70. gr. laga um tekjuskatt, sbr. þskj. 292— 256, sbr. hér að ofan gerir ekki ráð fyrir neinni breytingu uppgjöri og skattlagningu tekna fastrar starfsstöðvar. Hins vegar verður kveðið skýrar á um skatthlutföllin sem hin einstöku rekstrarform þurfa að bera.

Tekjuskattur manna verður því eftir atvikum 24,10%, 27% eða 33%, sbr. 1.-3. tölul.

1. mgr. 66. gr. verði henni breytt eins og lagt er til í frumvarpinu. Heildarskattur manna að teknu tillits til útsvars verður því 37,10%, 40,10% og 43,10%.

Tekjuskattur hlutafélaga og einkahlutafélaga hækkar að sama skapi úr 15% í 18%, og sameignarfélaga og samlagsfélaga, sem eru sjálfstæðir skattaðilar, úr 23,5% í 32,7%. Tekjuskattur sameignarfélaga og samlagsfélaga, sem ekki eru sjálfstæðir skattaðilar eru hins vegar eftir atvikum, 37,10%, 40,10% og 43,10% ef þátttakendurnir eru menn en 18% ef þátttakendurnir eru hlutafélög.

1.3.2 Skattlagningin samkvæmt tvísköttunarsamningu

1.3.2.1 Ákvæði 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar

Hina almennu reglu um skiptingu skattlagningararréttar vegna atvinnurekstrar-tekna er að finna í 7. gr. OECD-fm. Ákvæðið tekur til hagnaðar er fyrirtæki í aðildarríki aflar. Hugtakið „fyrirtæki í aðildarríki“ er skilgreint í d-lið 1. tölul. 3. gr. fyrirmyndarinnar og eftir því er þar segir visar skilgreiningin ekki til þess staðar sem atvinnureksturinn er stundaður heldur til þess staðar er aðilinn, sem stendur fyrir honum, er heimilisfastur. Hugtakanotkun þess lands, það er heimilisfestarríkis atvinnurekanda, hefur þar afleiðandi forgang við ákvörðun á því hvort atvinnurekstur teljist vera fyrir hendi. Samkvæmt því myndi fyrirtæki teljast íslenskt ef sá aðili sem rekur það er heimilisfastur hér á landi samkvæmt 4. gr. ákveðins tvísköttunarsamnings.

Rétturinn til að skattleggja atvinnurekstrartekjur er að meginstefnu til hjá heimilisfestarlandi skattaðila. Þetta leiðir af inngangi 1. mgr. 7. gr. fyrirmyndarinnar þar sem segir að hagnað fyrirtækis í aðildarríki megí einungis skattleggja í því ríki. Kelduland samnings

er því útilokað frá að skattleggja og þar sem ekki er um ræða tvískattlagningu hvílir engin skylda á heimilisfestarlandi skattaðila að veita mildun samkvæmt aðferðarákvæði 23. gr. Þetta gildir þó ekki ef fyrirtæki í aðildarríki stundar atvinnurekstur á fastri starfsstöð í keldulandi samnings. Rekstur fastrar starfsstöðvar felur þess vegna í sér undantekningu frá meginreglunni um forgangsrétt heimilisfestarlands skattaðila til að skattleggja atvinnurekstur.

Föst starfsstöð er hvorki sjálfstæður réttar- eða skattaðili. Hins vegar þýðir reglan, ef skilyrðum 5. gr. OECD-ím um fasta starfsstöð er fullnægt, að kelduland samnings getur skattlagt þær tekjur sem tilheyra föstu starfsstöðinni og leiði það til tvískattlagningar, sem oftast myndi vera, á það undir heimilisfestarland skattaðila að milda samkvæmt aðferðarákvæði 23. gr. fyrirmyndarinnar. Gildi reglunar takmarkast þó ekki eingöngu við það tilvik er einstaklingur eða félag, sem er heimilisfast í öðru aðildarríkinu, stundar atvinnurekstur á fastri starfsstöð í hinu aðildarríkinu. Ákvæði 7. gr. um atvinnurekstrartekjur og reglan um fasta starfsstöð hefur einnig úrslita þýðingu varðandi skattlagningu tekna sem persónubundin félög svo sem sameignarfélög og samlagsfélög aflla.

1.3.2.1.1 Afmörkun á þeim tekjum sem ákvæði 7. gr. tekur til

„Hagnaður fyrirtækis í aðildarríki“ „atvinnurekstrarhagnaður (tekjur)“ og hliðstæð orð eru hugtök sem eins og önnur slík orð innihalda tilvik er greinast í skýran kjarna og meira eða minna þokukennt eða óskýrt jaðarsvæði. Undir kjarnan falla tilvik sem enginn ágreiningur er um að líta ber á sem avinnurekstur.⁴³ Sem dæmi um þau má

nefna verslun, iðnað, verksmiðjurekstur, bankastarfsemi o. fl. sem stunduð er á ákveðnum stað og almenningur getur komið og gert viðskipti sín. Tekjur af slíkri starfsemi falla því skilyrðislaust undir 7. gr. fyrirmyndarinnar.

Úti á jaðrinum er hins vegar að finna tilvik þar sem þetta orkar meira tvímælis. Ýmsar ástæður liggja að baki þessu. Í fyrsta lagi er alls ekki víst að innihald atvinnurekstrarhugtaksins sé það sama í tveimur eða fleiri löndum. Hér á landi falla t. d. undir hugtakið sjálfstæður atvinnurekstur mun fleiri tilvik en það sem kallað er Gewerbetrieb (smáíðnaður) í þýskum rétti. Þýska atvinnurekstrarhugtakið er semsé þrengra en hið íslenska. Það sem í Þýskalandi er skilgreint sem „Einkünfte aus selbständiger Arbeit“ eða sjálfstætt starf, og tekjur af fasteignum, flokkast nefnilega sem atvinnurekstur hér á landi.

Á öðrum sviðum hefur Ísland þó sérstöðu. T.d. tíðkast ekki að skattleggja leigu á íbúðarhúsnæði sem atvinnurekstur nema stofnkostnaður þess sé yfir ákveðnu lágmarki, sbr. 2. mgr. 30. gr. SL. Þetta gildir fortakslaust nema leigt sé út undir atvinnurekstur og í því sambandi gildir einu hvert umfang leigunnar er. Útleiga einstaks herbergis sem nemur t. d. aðeins 10% af heildareigninni fyrir skrifstofuaðstöðu einkahlutafélags skattleggst því skilyrðislaust sem atvinnurekstur hér á landi þótt ekki myndi hvarfla að neinu öðru ríki að gera það umfangsins vegna.

Hvorki í 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar né athugasemdam við hana er að finna skilgreingu á því hvað átt er við með atvinnurekstri í skilningi ákvæðisins. Almennt verður þess vegna að ganga út frá því að hugtakið beri að túlka í samræmi við innlendan rétt í notkunarlandi samnings.⁴⁴

⁴³ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 157. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., athugasemdir við 7. gr., liður 30.

⁴⁴ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 157. Zimmer, bls. 140 á áfram. Arvid A. Skaar: Permanent

Establishment, 1991, bls. 245 á áfram. Klaus Vogel og Reiner Prokisch hafa sett fram og rökstutt kenningar um sjálfeidda túlkun, sbr. Klaus Vogel og Rainer Prokisch í aðalskýrslu IFA-ráðstefnunnar 1993, sbr. Cahiers LXXVIIIa, bls. 19 og áfram, einkum bls. 27.

Ákvörðun um það hvort erlendis búsettur aðili teljist stunda atvinnurekstur hér á landi fer því eftir íslenskum lögum. Hugtakið atvinnurekstur er þó hvernig skilgreint í íslenskum rétti. Á hugtakið hefur þó reynt í fjölmörgum dómum og úrskurðum skattyfirvalda og má telja víst að niðurstaða þeirra muni verða lögð til grundvallar ákvörðun á innihaldi þess í tvísköttunarsamningum.⁴⁵

1.3.2.1.2 *Neikvæð afmörkun gagnvart hinum skiptingarákvæðum*

Almennt er talið að neikvæð afmörkun gefi réttari mynd af innihaldi atvinnurekstrarhugtaksins en sú jákvæða afmörkun sem gerð var hér að framan. Afmörkun á hugtaki er sögð vera neikvæð ef útilokunaraðferð er beitt við túlkun þess og sagt að undir hugtakið falli öll tilvik af ákveðinni gerð nema tilvikin a, b og c svo dæmi sé tekið. Hin neikvæða afmörkun byggist annars vegar á árekstrarreglunni (d. kollisions-reglen) í 7. mgr. 7. gr. OECD-fm og hins vegar á almennri túlkun á 7. gr. samningsfyrirmyndarinnar í því samhengi sem hún stendur, það er gagnvart 8. gr. annars vegar og áðurgildandi 14. gr. hins vegar.

1.3.2.1.2.1 *Árekstrarreglan í 7. mgr. 7. gr.*

Í 7. mgr. 7. gr. OECD-fm er að finna reglu sem fjallar um það hvað beri að gera þegar ákveðnar tekjur falla bæði undir ákvæði 7. gr. samkvæmt túlkun á 1. mgr. 7. gr. í samræmi við ákvæði 2. mgr. 3. gr. og önnur ákvæði fyrirmyndarinnar. Slíkur árekstur getur

komið upp þegar fyrirtæki í aðildarríki fær greiddan arð, vexti og eða höfundalauna. Í þeim tilvikum á sér stað árekstur á milli 7. gr. og eftir atvikum 10. gr. (arður), 11. gr. (vextir) eða 12. gr. (höfundalaun). Af þeim sökum þarf að skera úr því undir hvaða skiptingarákvæði tekjurnar falla.

Komi þessi staða upp mælir 7. mgr. 7. gr. fyrirmyndarinnar svo fyrir um að umrædd ákvæði, það er 10. gr., 11. gr. eða 12. gr. skuli hafa forgang gagnvart 7. gr. OECD-fm. Ákvæði 7. gr. er því eins konar varaskeifa þegar um slíkar tekjur er að ræða. Í framkvæmd reynir þó aðallega á 7. mgr. 7. gr. ef skattlagningarréttinum í 10. gr., 11. gr. eða 12. gr. í hlutaðeigandi tvísköttunarsamningi er skipt með öðrum hætti en í 7. gr.⁴⁶

Þegar fyrirtæki í aðildarríki rekur fasta starfsstöð í hinu aðildarríkinu verður að lesa ákvæði 7. mgr. 7. gr. í samhengi við svokallaðan starfsstöðvarfyrirvara í 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr. og 3. mgr. 12. gr. OECD-fyrirmyndarinnar. Samkvæmt honum ber þrátt fyrir árekstrarregluna í 7. mgr. 7. gr. að leggja ákvæði 7. gr. til grundvallar skiptingu á skattlagningarréttinum ef arður, vextir og höfundalaun tilheyra fastri starfsstöð, sem fyrirtæki í aðildarríki rekur í keldulandi samnings, samkvæmt venjulegum reglum um heimfærslu tekna og gjalda.⁴⁷

Föst starfsstöð getur auðvitað átt faseignir. Vegna þessa væri ekki óeðlilegt þótt ákvæði 6. gr., sem fjallar um skiptingu skattlagningarréttar varðandi tekjur af fasteignum, innihéldi sambærilegan starfsstöðvarfyrirvara og ákvæðin um arð, vexti og höfundalaun. Svo er þó ekki. Þvert á móti er tekið fram, sjálfsagt í öryggisskyni,

⁴⁵ Um skilgreiningu hugtakisins, sjá Ásmund G. Vilhjálmsson: Skattur á fyrirtæki, bls. 24 og áfram.

⁴⁶ T. d. má skattleggja vexti sem uppruna eiga í keldulandi samnings með allt að 10% af brúttótekjunum samkvæmt 2. mgr. 11. gr. Vegna 7. mgr. 7. gr. gildir þetta einnig um vexti sem fyrirtæki í aðildarríki hlottast í tengslum við atvinnurekstur sinn. Ákvæði 7. mgr. 7. gr. hefur hins vegar ekkert gildi ef vextirnir eiga uppruna í heimilisfestarlandi fyrirtækisins því þá er kelduland samnings útilokað frá því að skattleggja bæði samkvæmt 7. mgr. 7. gr. og 1. mgr. 11. gr.

⁴⁷ Það er mikilsvert að hafa í huga að starfsstöðvarfyrirvararinnar í 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr. og 3. mgr. 12. gr. fyrirmyndarinnar á ekki við ef ekki er unnt að heimfæra arðinn, vextina eða höfundalaunin undir fasta starfsstöð í keldulandi samnings. Þá er nefnilega heimilt að skattleggja t. d. vextina samkvæmt 2. mgr. 11. gr. með 10% af brúttótekjunum ef vextirnir eru greiddir af skuldara sem þar er heimilisfastur jafnvel þótt færa beri vextina til tekna hjá aðalstöðvunum en ekki föstu starfsstöðinni í keldulandi samnings.

að staðsetningarreglan í 6. gr. gildi einnig, þegar fasteign tilheyrir fastri starfsstöð, sem fyrirtæki í aðildarríki starfrækir í hinu ríkinu.⁴⁸ Umrætt ákvæði hefur því algeran forgang gagnvart 7. gr. fyrirmyndarinnar

Síðastu árekstrarregluna er að finna í 2. mgr. 21. gr. Umrædd grein tekur til tekna sem „ekki er fjallað um í undanfarandi greinum“. Af samhenginu milli 7. mgr. 7. gr. og 1. mgr. 21. gr. leiðir að ákvæði 21. gr. er meira til vara en 7. gr. fyrirmyndarinnar. Leiðir þetta beinlínis af orðalagi 1. mgr. 21. gr., þar sem fjallað er um atvinnurekstrartekjur í undanfarandi greinum, nefnilega 7. gr. Gagnstætt starfsstöðvarfyrirvaranum í 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr. og 4. mgr. 12. gr. hefur starfsstöðvarfyrirvarinn í 2. mgr. 21. gr. því lítið sem ekkert sjálfstætt gildi.⁴⁹

1.3.2.1.2.2 Afmörkun gagnvar hinum skiptingarákvæðunum

Eins og 7. mgr. 7. gr. OECD-fm er orðuð, hefur ákvæðið aðeins beina þýðingu eftir að sannreynt hefur verið, að aðili stundi atvinnurekstur á fastri starfsstöð í keldulandi samnings og hlotnast tekjur, sem álitamál er hvort heyri undir 7. gr. eða eitthvert annað skiptingarákvæði samnings. Ákvæðið eins og það hljóðar tekur því ekki til þess, er ákveða þarf hvort skattaðili hefur hlotnast tekjur, sem 7. gr. fyrirmyndarinnar tekur yfirhöfuð til, það er að segja hvort aðili stundi atvinnurekstur eða ekki í keldulandi samnings.

Þótt þannig sé ekki unnt að nota ákvæði 7. mgr. 7. gr. fyrirmyndarinnar, sem heimild um ákvörðun tekjuuppsprettu, orkar samt ekki tvímælis að afmarka verður 7. gr. neikvætt gagnvart öðrum ákvæðum samnings þegar skera þarf úr því hvort fyrir liggja atvinnurekstrartekjur sem 7. gr. tekur til. Í fyrsta lagi verður að afmarka 7.

gr. gagnvart 6. gr., sem fjallar um tekjur af fasteignum, í annan stað gagnvart 8. gr., sem fjallar um tekjur af siglingum og loftferðum á alþjóðaleiðum og loks gagnvart 14. gr. er fjallar um tekjur af frjálsu starfi.

Í 2. mgr. 6. gr., 1. og 2. mgr. 8. gr. sbr. d-lið 1. mgr. 3. gr. fyrirmyndarinnar, svo og 2. mgr. 14. gr. er skilgreint hvaða tekjur heyra undir umræddar greinar. Þegar ákveðnar tekjur lúta skiptingu samkvæmt þessum greinum njóta þær forgangs gagnvart 7. gr. á grundvelli sérákvæðissjónarmiða (d. lex specialis). Samkvæmt íslenskum lögum teljast tekjur af siglingum og loftferðum og frjálsu starfi atvinnurekstrartekjur. Hlotnist erlendum aðila þær getur hann því þurft að sæta skattlagningu samkvæmt 4. tölul. 3. gr. SL eða eftir atvikum 3. tölul. sömu greinar að því er frjálst starf varðar.

Sama gildir um tekjur af fasteignum, að minnsta kosti þegar um atvinnuhúsnæði er að ræða. Í þessu sambandi ber að hafa í huga að kveðið er sérstaklega á um skattlagningu tekna af fasteignum í 3. gr. SL, sbr. 5. tölul. hennar. Sú staðreynd útilokar þó ekki heimfærslu skattlagningarinnar undir 4. tölul. ef skilyrði um fasta starfsstöð eru fyrir hendi. Í 3. gr. SL er hins vegar engin ákvæði að finna um takmarkaða skattskyldu tekna af alþjóðlegum siglingum loftferðum og sæta þær tekjur því skattlagningu samkvæmt hina almenna ákvæði.

Það að tekjur af fasteignum, siglingum og loftferðum svo og frjálsu starfi samkvæmt tvísköttunarsamningi teljast atvinnurekstrartekjur samkvæmt innlendum rétti getur skipt máli í þeim tilvikum er hlutaðeigandi ákvæði tvísköttunarsamanings eiga ekki við. Svo er t. d. er skattaðila hlotnast tekjur af fasteign frá öðru ríki en aðildarríki samnings (hinu ríkinu) eða ótilgreindu þriðja ríki. Undir

⁴⁸ Sbr. 4. mgr. greinarinnar er hljóðar svo: „Ákvæði 1. og 3. mgr. gilda einnig um tekjur af fasteign sem tilheyrir fyrirtæki.“

⁴⁹ Ákvæði 2. mgr. 21. gr. var fyrst tekið upp í OECD-fyrirmyndina árið 1977. Þar sem ekki ber að leggja sjálfstæða merkingu

í ákvæðið, er ekki ástæða til að túlka samninga er ekki hafa það að geyma, öðruvísi en samninga þar sem ákvæðið er að finna. Nánar, sjá Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 365.

slikum kringumstæðum ber því að líta svo á að tekjurnar falli undir hið almenna ákvæði 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar um atvinnureksrartekjur. Sérákvæðið í 6. gr. (staðsetningarreglan) á því ekki við undir þeim kringumstæðum.

Í ákveðnum tilvikum getur jafnvel þurft að afmarka atvinnurekstrartekjur gagnvart launatekjum samkvæmt 15. gr. fyrirmyndarinnar. Þar sem OECD-fm veitir engar leiðbeiningar um það hvernig afmarka beri þessar tvær ólíku tekjur hvora gagnvart annarri, verður við framkvæmd samnings hér á landi samkvæmt 2. mgr. 3. gr. í vafatilvikum, að afmarka hugtökin í samræmi við innlendan rétt. Sama gildir við afmörkun atvinnurekstrartekna gagnvart lífeyri í þeim tilvikum er aðili selur fyrirtæki sitt gegn því að mega njóta hluta af afrekstri þess í ákveðinn tíma í framtíðinni.⁵⁰

1.3.2.2 Föst starfsstöð samkvæmt 5. gr.

OECD-fyrirmyndarinnar

Ákvæði 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar veitir heimilisfestarlandi atvinnurekanda forgangsrétt til að skattleggja tekjur fyrirtækis í aðildarríki.⁵¹ Almennt hefur kelduland samningsins því ekki skattlagningarétt þegar um atvinnurekstrartekjur er að ræða. Erlent fyrirtæki sem selur vörur hingað til lands þarf því ekki að óttast að tekjuskattur verði heimtur af söluverðinu. Á þessari reglu er ein mikilvæg undantekning og tekur hún til þess tilviks að fyrirtæki í aðildarríki samnings stundar atvinnurekstur á fastri

starfsstöð í hinu ríkinu.

Nauðsynlegt er því að skilgreina það hugtak. Hugtakið föst starfsstöð kemur einnig fyrir í innlendum skattalögum, sbr. 4. tölul. 3. gr. SL. Þar með er þó ekki sagt að hugtakið föst starfsstöð í þeirri grein hafi sömu merkingu og hið alþjóðlega hugtak sem fjallað er um í fyrirmynd OECD.⁵² Íslenskir dómstólar og skattýfirvöld munu þó vafalaust horfa til þess hvernig hugtakið föst starfsstöð er skilgreint í fyrirmyndinni ef á hugtakið reynir. Helgast það umfram allt af hallkvæmnisáæðum. Samræmd túlkun minnkar þannig líkurnar á tükunarágreiðningu milli ríkja.

Þrátt fyrir ætlað samkvæmni milli hugtaksins föst starfsstöð í íslenskum skattalögum og OECD-fyrirmyndinni er alls ekki víst að það sem telst föst starfsstöð í skilningi 4. tölul. 3. gr. SL teljist föst starfsstöð í merkingu ákveðins tvísköttunarsamnings. Fyrir það fyrsta getur innihald hugtaksins í umræddum tvísköttunarsamningi verið ólíkt innihaldi hugtaksins í OECD-fyrirmyndinni. Í annan stað ber að hafa í huga að hugtakið föst starfsstöð í 4. tölul. 3. gr. - þegar allt kemur til alls - er innlent hugtak, sem óháð innihaldi þess í einstökum tvísköttunarsamningum, getur haft aðra merkingu en sambærilegt hugtak í OECD-fyrirmyndinni.

Breyting á 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar eða athugasemdum við hana veldur því ekki sjálfkrafa breytingum á innihaldi hugtaksins í 4. tölul. 3. gr. SL. Ekkert er því heldur til fyrirstöðu að hlutaðeigandi þjóðir

50 Sjá U 1989, 145 H/Tfs 1989, 38 H. Greiðslur til fyrrverandi félagsmanns í sameignarfélagi á eftirlaunum skattlagðar sem atvinnurekstrartekjur. Á tekjurnar var með öðrum orðum litið sem hagnaðarhlutdeild.

51 Sjá eftirtalda höfunda: Noregur: Zimmer, bls. 140 og áfram. Arvid Aa. Skaar: Permanent Establishment. Erosion of a Tax Treaty Principle, Deventer Boston 1991. Danmörk: Michelsen, bls. 234 og áfram. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 124 og áfram. Sami: Skatteretten 3, 2006, bls. 157 og áfram. Sami: Beskatning af international erhvervsindkomst. Kaupmannahöfn 2000. Erik Møller, R & R 1963, bls. 8 og áfram. Sami: Cahiers de droit fiscal international 1967 II, bls. 144 og

áfram og bls. 423 og áfram.

52 Slik samræmd túlkun er reyndin á Norðurlöndunum. Um Danmörku, sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 129. Um Noreg, sjá Zimmer, bls. 140. Hugtakið er þó sagð aðeins þrengra en samkvæmt innlendum rétti. Um Svíþjóð, sjá Mattsson, bls. xxx. - Hin danska túlkun er byggð á rannsóknnum Erik Møllers, sbr. grein hans í RR 1963, 8 og kemur þar m. a. fram að þetta hafi verið gildandi réttur samkvæmt 2. gr. dönsku ríkisskattalaganna (d. statsskatteloven) frá 1903 en telja má víst að þau lög hafi verið höfð til hljóðjónar setningu fyrstu tekju- og eignarskattlaganna hér á landi 1921, sbr. 2. gr. þeirra.

velji aðra útfærslu á hugtakinu í einstökum atriðum.⁵³ Hugtakið föst starfsstöð er venjulega skilgreint í hlutaðeigandi tvísköttunarsamningi og ber auðvitað að leggja hana til grundvallar notkun/framkvæmd samningsins í hlutaðeigandi landi þótt hún viki frá skilgreiningu hugtaksins í OECD-fyrirmyndinni eða í innlendum rétti. Teljist aðili ekki stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð í skilningi ákvæðisins í umræddum tvísköttunarsamningi er kelduland samnings því útlokað frá að skattleggja tekjur sem ákvæði 7. gr. tekur til.⁵⁴

Ákvæði 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar inniheldur alls 7. málsgreinar. Þar af geyma fyrstu þrjár málsgreinar jákvæða afmörkun á hugtakinu fastri starfsstöð. Í þeim er hugtakið skilgreint og dæmi nefnd um það hvenær slík starfsemi teljist vera fyrir hendi. Neikvæð afmörkun er hins vegar að finna í 4. mgr. Hlutverk málsgreinarinnar er því aðallega að undanskilja ákveðna starfsemi hugtakinu föst starfsstöð. Ákvæði 5. mgr. er aftur á móti eins konar varaskeifa eða öryggisventill. Hlutverk þess er því umfram allt að koma í veg fyrir misnotkun

á föstu starfsstöðvar-stofnuninni sem atvinnustöð. Síðustu tvær málsgreinar innihalda á hinn bóginn aðallega skýringar. Tilgangur þeirra er því að taka af öll tvímæli um ákveðinn rétt.

1.3.2.2.1 Hin jákvæða afmörkun

Í 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er hutakið föst starfsstöð skilgreint svo: „Í þessum samningi merkir hugtakið „föst starfsstöð“ fastan atvinnustað⁵⁶ þar sem starfsemi fyrirtækis fer að nokkru eða öllu leyti fram.“⁵⁷ Þetta er hin almenna skilgreining á hugtakinu fastri starfsstöð eða föstum atvinnustað og segir hún út af fyrir sig ekki mikið. Upptalning á nokkrum algengum gerðum atvinnustaða sem endurspeglar fasta starfsstöð í 2. mgr. auðveldar hins vegar aðeins verkið en þar segir: Hugtakið „föst starfsstöð“ merkir einkum.⁵⁸

- a) staður, þaðan sem fyrirtæki er stjórnað,⁵⁹
- b) útibú;
- c) skrifstofu;
- d) verksmiðju;
- e) verkstæði;

53 Sem dæmi um það má nefna þá reglu lokamálsliðar 4-liðar 2. gr. dönsku kelduskattalaganna og 6. málslið a-liðar 2. gr. dönsku félagaskattalaganna sem mæla svo fyrir um að byggingarstarfsemi, mannvirkjagerð o. fl. skuli teljast föst starfsstöð frá fyrsta degi starfseminnar. Samkvæmt þessu getur starfsemi jafnvel í mjög skamman tíma orðið til þess takmörkuð skattskylda myndist. Engum erfiðleikum er heldur bundið fyrir Danmörk, sem kelduland samnings, að skattleggja starfsmenn föstu starfsstöðvarinnar. Hafi Danmörk hins vegar gert tvísköttunarsamning við hlutaðeigandi ríki er að jafnaði ekki unnt að skattleggja starfsstöðina fyrr en að loknum 12 mán. starfstíma, sbr. 3. mgr. 5. gr.

54 Ekki er þó unnt að leggja skilgreiningu einstakra tvísköttunarsamninga á hugtakinu til grundvallar skýringu þess samkvæmt innlendum rétti, þar hefur OECD-fyrirmyndin forgang ef þess er nokkur kostur.

55 Íslenskir tvísköttunarsamningar nota orðið atvinnustofnun í þessu sambandi en álitamál er hvort það orð sé ekki of yfirþyrmandi. Nánar tiltekið er um að ræða þýðingu á enska orðinu place, sbr. place of business, en stofnun, sbr. orðið atvinnustofnun myndi líklega verða þýtt sem place of institution.

56 Hin enska hljóðan er svona. „For the purposes of this Convention, the term “permanent establishment” means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on.“

57 Athuga ber að þessi upptalning er ekki tæmandi, sbr. 12-liður athugasemda við 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, 2003-útgáfan. Umræddir staðir eru heldur ekki strangt tiltekið fastar starfsstöðvar heldur fastir verzlunar(viðskipta)staðir. Um fasta starfsstöð er því aðeins að ræða að staðirnir fullnægi þeim skilyrðum sem tilgreind eru í 1. mgr. 5. gr.

58 Hér er átt við þann stað þar sem fyrirtæki eða hluta af því er stjórnað. Almennit verður að gera kröfu um það að stjórnin eigi sér stað á föstum starfsstað í keldulandi samnings, sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 3. útg., 49-liður athugasemda við 5. gr. Stjórn fyrirtækis getur aldrei talist vera undirbúnings- eða aðstoðarstarfsemi í skilningi 4. mgr. 5. gr. — Ákvæði a-liðar 2. mgr. 5. gr. hefur aðallega þýðingu í þeim tilvikum sem félagar er ekki heimilisfast í því ríki sem stjórnin hefur aðsetur sitt. Ef félag ber fulla skattskyldu í því ríki sem stjórnin hefur aðsetur sitt telst það ríki venjulega heimilisfestarland þess, sbr. 3. mgr. 4. gr. Ákvæði a-liðar 2. mgr. 5. gr. getur einnig haft þýðingu varðandi hlutlausar (e. silent partner) þátttöku í persónubundnum félögum. Helgast það af því að aðsetur stjórnar getur skapað fasta starfsstöð fyrir einstaka félagsmenn einkum og sér í lagi ef félagið er ekki sjálfstæður skattaðili.

59 Sbr. orðalagið „Í þessum samningi merkir hugtakið „föst starfsstöð“ fastan atvinnustað þar sem starfsemi fyrirtækis fer að nokkru eða öllu leyti fram.“

- f) námu, gas- eða olíulind, grjótnámu eða annan stað þar sem náttúruauðlindir eru nýttar.

Þótt 2. mgr. geri ekki kröfu um að sú starfsemi, sem þar er tilgreind, verði að fullnægja hinu almenna skilyrði 1. mgr. til að teljast atvinnurekstur⁶⁰ er eigi að síður byggt á því við túlkun ákvæðisins í framkvæmd. Atvinnustaður eins og skrifstofa telst því ekki föst starfsstöð ef fyrirtæki stundar enga starfsemi þar. Samkvæmt 1. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar verður eftirfarandi skilyrðum að vera fullnægt svo að um fasta starfsstöð sé að ræða.⁶¹

Verslunar(viðskipta)staður (d. forretningssted, e. place of business).⁶² Fyrir það fyrsta verður að vera fyrir hendi verslunar(viðskipta)staður. Þessi staður er oftast en ekki ákveðin bygging eða hús svo og rými í byggingu. Aðili verður að hafa umráð yfir staðnum. Hvort umráðin byggjast á eignarhaldi, leigu eða láni gildir hins vegar einu.⁶³ Jafnvel er ekki skilyrði að aðli eigi lagalegan rétt á umráðunum.

Heimildarlaus umráð yfir stað geta því skapað skattskyldu.⁶⁴ Utleiga á stað, sem aðili hefur umráð yfir í ekki mjög skamman tíma, gera hins vegar umráðin að engu, upphelja þau ef svo má segja.

Verslunarviðskiptastaður einskorðast síður en svo við byggingar eða hús svo og rými í þeim. Umráð yfir ákveðnum lóða- eða landsskika getur einnig verið verslunar(viðskipta)staður. Sem dæmi um það má nefna sölupláss á markaði, aðstöðu á lóð o. fl. Verslunar(viðskipta)staður er líka fyrir hendi þótt aðeins sé um að ræða aðstöðu hjá öðru fyrirtæki svo sem afnot af skrifborði.⁶⁵ Þegar persónubundin félög eiga í hlut nægir jafnvel að einn þátttakandi hafi umráð staðar. Umráð eins jafngilda nefnilega umráðum allra.

Hið umrædda svæði eða staður er umfram allt efnislegt rými. Öfnisleg verðmæti eins og t. d. heimasíða á Internetinu getur því almennt ekki talist verslunar(viðskipta)staður.⁶⁶ Meira álitamál er hins vegar um geymslu stað eða staðsetningu miðlara (e. server). Í lok níunda áratugar síðustu aldar var gerð rannsókn á vegum OECD

60 Sjá Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 3. útg., 28-liður athugasemda við 5. gr. Óróvisi nálgun er hjá Skaar. Hann skiptir skilyrðinu í þrjá þætti, hlutlægan hluta, huglægan hluta og starfslegan hluta. Hinn hlutlægi hluti samanstendur af tveimur skilyrðum, annars vegar the place of business og the location test. Þessi skilyrði samsvara nokkurn veginn fyrstu tveimur skilyrðunum í hinni hefðbundnu útfærslu. Hin huglægu skilyrði greinast einnig í tvennt, annars vegar The right to use test og The permanence test. Fyrra skilyrðið er nátengt hinu fyrsta í hinni hefðbundnu útfærslu en hið seinna hinu síðara. Hinn starfslegi hluti (n. funktionnelle) skiptir Skaar í tvennt, annars vegar The business activity test og The connection test sem samsvarar þriðja skilyrðinu í hinni hefðbundnu útfærslu. Sjá nánar Skaar, 1991, bls. 106-107.

61 Sbr. The place of business test. Í íslensku tvísköttunnarsamningunum er þessi staður kallaður atvinnustöð eða atvinnustofnun, sem merkir staður þar sem atvinnurekstur er stundaður. Norðurlandabýjódóirnir (Danmörk og Norðmenn) nota hins vegar yfirlétt forretningssted sem þýðir verslun, viðskiptastofa o. s. frv.

62 Sbr. Zimmer, bls. 143.

63 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 4.1-liður athugasemda við 5. gr. Athugið þessum lið var bætt inn í athugasemdirnar 2003.

64 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 168, einkum tilvísun 18. Úr skattfræmðum í Danmörku, sjá Tfs 1989, 465 V. Dansk flutningafyrirtæki (samlagsfélag) leigði

10 m2 herbergi ásamt húsgögnum af þýsku flutningafyrirtæki í Flensburg. Aðstaðan var ekki talin verslunarviðskiptastaður. Ekki vegna aðstöðunar sem slíkar heldur þeirra starfa sem þar fóru fram. Zimmer, bls. 143. Úr skattafræmðum í Noregi, sjá Utv. 1991, bls. 598 LRD. Skrifstofa með 25 skrifborðum sem starfsmenn aðila gátu notað talin verslunar(viðskipta)staður. Utv. 1981, bls. 285 URD, Herbergi. sem var mjög illa staðsett á borpalli (n. rigg) talið fullnægja skilyrðinu. Herbergið var útbúið með skrifpúlti. Utv. 2000, bls. 143 URD. Herbergi heima hjá fulltrúa fyrirtækis talið verslunar(viðskipt)staður (n. forretningsinnretning).

65 Sjá Gjert Melsom: Internett og immaterielle verdier i SR 2000, bls. 131 og áfram, einkum bls. 150-152. D. a. Albrege: The Server as a Permanent Establishment and the Revised Commentary on Article 5 of the OECD Model Tax Treaty: Are the E-commerce Corporate Income Tax Problem solved? Intertax 2002, bls. 356-364.

66 Sbr. efnahagsnefnd OECD, OECD committee on Fiscal Affairs: „Treaty Characterization Issues Arising from E-Commerce: Report Adopted by the Committee by the committee on Fiscal Affairs“ gefin út af OECD í: Issues in International Taxation, No. 8 „2002 Reports Related to the OECD Model Tax Convention“. Athugasemdirnar má finna í OECD-fm, sjá 2005-útgáfan, liður 42.1-42.10. Um ákvæðin frekar, sjá Sara Stentz Ludvigsen í SU 2000, 298. Anders Oreby Hansen og Nikolaj Bjørnholm: Lempelse af dobbeltbeskatning, bls. 298 og áfram. Niels Winther-Sørensen í SU 2002, 248.

um það hvenær netviðskipti gætu talist föst starfsstöð. Í framhaldinu var nokkrum nýjum athugasemdum bætt við 5. gr. fyrirmyndarinnar. Ekki ber þó að túlka athugasemdirnar þannig að um sé að ræða breytingu á fyrirmyndinni, það er rýmkun á starfsstaðarviðmiðuninni heldur er umfram allt um skýringar eða áréttingar að ræða. Leiðbeiningarnar taka því jafnt til nýrri sem eldri samninga.⁶⁷

Ofangreind rannsókn leiddi sem sagt í ljós að til þess að heimasíða gæti talist föst starfsstöð þyrfti einhvers konar starfsemi að vera stunduð í tengslum við hana.⁶⁸ Heimilisfestarland hefur þannig forgangsrétt á að skattleggja viðskipti sem eiga sér stað í gegnum netið. Við mat á því hvort fyrir liggja föst starfsstöð verður að framkvæma ítarlega könnun bæði á vél(tækja)búnaði þar með talið miðlara (e. server) og hugbúnaði eða forritum, þar með talið heimasíðu, sem er sambland af vélbúnaði og hugbúnaði, svo og þeirri starfsemi/þjónustu sem heimasíðan veitir. Hugbúnaður og forrit ein og sér fullnægja ekki kröfu 1. mgr. 5. gr. OECD-fm þess efnis að í keldulandi samnings skuli vera „atvinnustað(ur)“ sem í 2-lið athugasemda við 5. gr. er túlkað sem „aðstaða eins og rými eða í ákveðnum tilvikum tæki eða búnaður“.⁶⁹ Almennt geta hugbúnaður og forrit því ekki talist föst starfsstöð.

Hins vegar er það ekki útilokað þegar miðlari (e. server) á í hlut. Miðlari telst þó fráleitt ávallt föst starfsstöð eiganda hlutaðeigandi heimasíðu. Hyggist fyrirtæki koma sér upp heimasíðu byrjar það yfirleitt á því að hafa samband við aðila sem selur vistun heimasíðna (e. Internet Service Provider eða ISP) og spyrja hvort hann vilji vista heimasíðuna. Samþykki vistunaraðilinn það

er málið afgreitt. Eigandi heimasíðunnar, hlutaðeigandi fyrirtæki, kemur þess vegna ekkert nálægt miðlaranum sem slíku. Mjög vafasamt er að föst starfsstöð myndist við þessar aðstæður. Til að föst starfsstöð stofnist verður hið erlenda fyrirtæki sem sé að vera eigandi eða rekstraradili miðlarans sem vistar heimasíðuna.

Hér sem endranær gildir þó að miðlarinn verður að vera staðsettur á ákveðnum stað í hlutaðeigandi landi til að teljast föst starfsstöð.⁷⁰ Til að stunda netviðskipti í hlutaðeigandi landi er ekki nauðsynlegt frá tæknilegu sjónarmiði að hafa miðlara staðsettan þar. Þannig er ekkert því til fyrirstöðu að fyrirtæki stundi netviðskipti í einu landi í gegnum miðlara í öðru landi. Viðskiptalandið getur þá ekki gert fyrirtækinu skatt þegar svo stendur á. Almennt þarf fyrirtæki, sem selur vistun heimasíðna, ekki heldur að óttast að verða talin föst starfsstöð hins erlenda fyrirtækis á grundvelli umboðsmannareglunnar, sbr. 5. og 6. mgr. 5. gr. OECD-fm vegna þess að heimasíðan ræður einfaldlega ekki yfir umboði til að binda höfuðstöðvarnar en tilvist slíks umboðs er alger forsenda þess að föst starfsstöð geti orðið til.⁷¹

Mikið þarf því til svo að verslun um netið verði til þess að föst starfsstöð í öðru landi teljist hafa myndast. Þar við bætist að netverslun hefur oftast en ekki á sér undirbúnings- og aðstoðarmennskublæ. Heimasíða, sem einkennist af slíkum störfum, fullnægir ekki skilyrðum 4. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar til að teljast föst starfsstöð og gildir einu þótt fyrirtæki í öðru ríki eigi eða reki miðlarann sem hún er vistuð. Sem dæmi um slíkar undirbúnings og aðstoðarframkvæmd má nefna viðhald

67 Sbr. Efnahagsnefnd OECD, sjá OECD Committee on Fiscal Affairs: „Clarification on the Application of The Permanent Establishment Definition in e-commerce: Changes to the Commentary on the Model Tax Conventions on Article 5“, 22.12.2000, liður 4.

68 Á ensku hljóðar þetta svo: „... i.e facility such as premises or, in certain instances, machinery or equipment.“

69 Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 182.

70 Sbr. OECD-fm, 2005-útgáfan, liður 42.10 athugasemda við 5. gr.

71 Sbr. OECD-fm, 2005-útgáfan, liður 42.7 athugasemda við 5. gr.

og tryggingu á tengslum viðskiptamanns og fyrirtækis (ígildi símalínu), kynningu á vöruúrvali, þar með talið auglýsingu, söfnun upplýsinga o. fl.⁷²

Fastur (d. fast, e. fixed) verslunar(viðskipta) staður.⁷³

Í annan stað verður verslunar(viðskipta) staðurinn að vera fastur (e. fixed) en með því er átt við tengsl við ákveðinn landfræðilegan stað. Hinn umræddi staður þarf þó ekki að vera fasttengdur við landið eins og fasteign.⁷⁴ Söluvagn, sem fluttur er á milli staða, telst t. d. ekki verslunarviðskiptastaður í skilningi l. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.⁷⁵ Láti aðilinn söluvagninn vera kyrran á ákveðnum stað um nokkurn tíma (fimm til sex mánuði) kann það að breyta niðurstöðunni. Eins er

þessu farið um skip og báta. Skip á veiðum telst t. d. ekki föst starfsstöð.⁷⁶ Borpallur, sem er fasttengdur við hafsbótan á ákveðnum stað á hafi úti (innan landhelginnar), fullnægir hins vegar án nokkurns vafa skilyrðinu.⁷⁷

Í skilyrðinu um að verslunar(viðskipta) staðurinn skuli vera fastur, það er tengdur við ákveðinn stað, felst einnig krafa um ákveðinn varanleika en það er tímaþáttur. Ákvæði l. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar nefnir þó ekki nein tímamörk eða tímallengd í þessu sambandi.⁷⁸ 12. mánaða tímamörkin í 3. mgr. 5. gr. tekur eingöngu til þeirrar starfsemi sem þar er tilgreind. Í athugasemdum OECD kemur fram að réttarframkvæmd í aðildarríkjum sambandsins sé ekki einhlýtt hvað þetta varðar. Fátítt er þó að starfsemi sem stendur

⁷² The location test.

⁷³ Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 5-liður athugasemda við 5. gr. Í 5.1-lið athugasemdana ræðir einmitt um þau vandamál sem komið geta upp við ákvörðun á því hvort fastur staður teljist vera fyrir hendi þegar um er að ræða starfsemi sem flyst frá einum stað til annars milli svæða sem liggja hlið við hlið eða í nægri horvar annarrar.

⁷⁴ Úr réttarframkvæmd frá Noregi, sjá Rt. 1994, bls. 752. Málið varðaði skattskyldu ensks félags Alphawell sem var í eigu manns að nafni Pegrum (75%) og eiginkonu hans (25%). Pegrum var daglegur stjórnandi Alphawell og eini starfsmaður. Alphawell og Statoil gerðu með sér samning um landfræðilega greiningu á ákveðnu svæði og annaðist Pegrum, sem búsettur var í Englandi um hana. Til að sinna þessum stórförum dvaldi Pegrum að jafnaði sex mánuði á ári í Noregi við söfnun upplýsinga og kynningu á niðurstöðum sínum, í nánú samstarfi við starfsmenn Statoil. Sjálf greiningin fór hins vegar fram í Englandi. Á árunum 1983-86 fór Pegrum til Noregs um 50 sinnum og dvaldi þar samtals í um 600 daga. Á meðan Pegrum dvaldi í Noregi fékk hann til afnota ýmsar skrifstofur í tveimur byggingum á Stavanger svæðinu í eigu Statoil. Einnig fór hann nokkrum sinnum til Bergen, eftir því um hvers konar verkefni var ræða og mögulegri stöðu á lausu skrifstofuplássi. Hæstiréttur Noregs dæmdi að ekki væri um fastan verslunar(viðskipta)stað að ræða með svofelldum rökum: „Pegrum ble anvist kontorpláss av Statoil på forskjellige steder, ikke bare i Stavanger-området, men også i Bergen. Kontoret ble dels valgt ut fra hva som til enhver tid var ledig, men særlig ut fra hvilket prosjekt han skulle arbeide med. Arbeidet skjedde tidvis også i kontorlandskap ... jeg kan vanskelig se at Alphawell forretningssted kann karakteriseres som „fast“. Í málinu skipti tímallengdin einngi máli. Ýmsir hafa orðið til að gagnrýna niðurstöðuna, sjá Zimmer, bls. 144. Er það eðlilegt vegna þess að því má halda fram að hún samræmist ekki athugasemdum 5.1-5.4 í 2005-útfáfu OECD-fyrirmyndarinnar við 5. gr.

⁷⁵ Sbr. ummæli Hæstaréttar Noregs í Rt. 1984, bls. 99 en þar sagði að fiskibátur „mangler ... helt det geografiske tilknytningsspunkt som ligger i kravet til at det skal være „a fixed place of business“.

⁷⁶ Sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., 14-liður athugasemda við 5. gr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 168. Zimmer, bls. 145. Skaar, 1991, bls. 128 og áfram. Erlendis t.d. í Danmörku, Noregi og Englandi hefur sýnt sig að skilyrðið um föst tengsl starfsstaðar við ákveðinn landfræðilegan stað skiptir verulegu máli um skattskyldu fyrir ólíuánaðinn í Norðursjó. Sjá t. d. TFS 1988, 388 LSR og TFS 1988, 50 LSR, en þar var því hafnað að köfunarútbúnaður fyrirtækis teldist föst starfsstöð þar sem hann væri staðsettur á fljótandi borpalli er reglulega væri fluttur frá einum stað til annars. Sjá einnig Utv. 2004, bls. 1083 URD, er fjallaði um jarðskjálftamælingar undan Filabeinsströndinni (Áfrýjað). Starfsemin varði í tvö ár og fólst í því að tvö skip sigldu fram og aftur um svæði sem var 561 x 1100 ferkilómetrar að stærð. Rétturinn komst að þeirri niðurstöðu að þetta væri einstakt atvik hvað hina landfræðilegu staðsetningu varðaði og afgreiddi málið á grundvelli tímans sem það tók. Dóminum var áfrýjað og sagði Hæstaréttur, sbr. Utv. 2002, bls. 649, að einstök verk sem aðeins tækju nokkrar vikur að framkvæma gætu ekki skapað fasta starfsstöð.

⁷⁷ Í 6-lið athugasemda við 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar (2005-útgáfan), sem fyrst kom inn í 2003-útgáfuna, segir að „very short periode of time“ geti eftir atvikum verið fullnægjandi til að skapa fasta starfsstöð. Tímallengdin er itarlega rædd af Skaar, 1991, bls. 209 og áfram. Gagnreg reyndi á tímallengdina í Alphawell málinu. Þar taldist dvöl í landi í um 50 skipti samtals 600 daga á 4 ára tímabili fullnægjandi og skipti ekki máli þótt hún væri ekki samfelld. Fjöldi og lengd dvalar á ólíkum stöðum getur þó skipt máli. Í Utv. 2002, bls. 1083 tóldust 66 dagar af skammur tími en um var að ræða mat á dvöl gagnvart landi (Filabeinsströndin) sem samningur hafði verið gerður við áður en athugasemdirnar um tímallengd starfsstöðvar kom inn í 6-lið 5. gr. Um hæstaréttardóminn, sjá Utv. 2004, bls. 649. Dómurinn er itarlega ræddur af Zimmer, sjá Skatterett, 2005, bls. 331, einkum bls. 363.

⁷⁸ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 168. Zimmer, bls. 146.

skemur en sex mánuði teljist mynda fasta starfsstöð.⁷⁹

Við mat á tímalengdarskilyrðinu skiptir mestu máli hvað fyrir skattaðila vakir með staðsetningu starfsstöðvarinnar á hlutaðeigandi stað. Leggist starfsstöðin af eftir skamman tíma í rekstri vegna óviðráðanlegra atvika svo sem andláts skattaðila, gjaldþrots eða þvíumlíks breytir það þess vegna engu um tilvist hennar hafi skattaðili á annað borð ætlað sé að láta starfsstöðina vara í ekki mjög skamman tíma.⁸⁰

Starfsemi (d. udøvelse af virksomhed, e. business) á föstum verslunar(viðskipta)stað. Þriðja og síðasta skilyrðið gerir kröfu um að verslun(viðskipti) (e. business) séu stunduð á staðnum. Að jafnaði telst þessu skilyrði fullnægt ef á staðnum eru menn sem inna af hendi ákveðna vinnu eða þjónustu. Tilvist manna er þó ekki óhjákvæmilegt skilyrði fyrir starfrækslu verslunar(viðskipta)staðar. Um starfsemi er að ræða þótt vinnan sé meira eða minna sjálfvirk. Eins og áður greindi verður verslunar(viðskipta)staður að hafa nokkurn varanleika. Þar með er þó ekki sagt að starfsemin megi aldrei stöðvast. Regluleiki verður þó að vera einhver, sem

þýðir, að athafnir mega vera með hléum svo fremi að þær séu endurteknar með hæfilegu millibili.

Á hinum fasta verslunar(viðskipta) stað þarf ekki endilega að vera stunduð framleiðsla til tekjuöflunar í þágu höfuðstöðva fyrirtækisins.⁸¹ Skilgreiningin á fastri starfsstöð samkvæmt 1. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er þannig í eðli sínu mjög rúm. Undir hana geta því fallið ýmis konar undirbúnings- og aðstoðar(hjálpar) starfsemi sem beinlínis er undanskilin frá hugtakinu fastri starfsstöð í 4. mgr. 5. gr.⁸²

Stundi aðili leigu í atvinnuskyni á lausafé til þriðja manns, þar með talið rekstrarleigu, á fastri starfsstöð í keldulandi samnings, telst sá staður föst starfsstöð. Öðru máli gegnir ef munirnir eru leigðir frá heimilisfestarlandi skattaðila til þriðja manns í keldulandi samnings. Í því sambandi breytir engu þótt hinir leigðu munir séu geymdir á ákveðnum stað í keldulandi samnings.⁸³ Leiga á fasteign getur valdið því að föst starfsstöð stofnist svo fremi að einhver starfsemi sé rekin í eigninni. Eins og þegar um lausafé er að ræða er því ekki nóg að fyrirtæki í aðildarríki taki fasteign sem staðsett er í samningsríki á leigu.⁸⁴ Bein eða óbein starfsemi verður þannig að tengjast henni svo að föst

⁷⁹ Sbr. OECD-fyrirmyndi, 2005-útgáfan, 6.3-liður athugasemda við 5. gr.

⁸⁰ Sbr. OECD-fyrirmyndi, 2005-útgáfan, 3-liður athugasemda við 5. gr.

⁸¹ Úr réttarfræðingum í Noregi, sjá til fróðleiks Rt. 1984, bls. 99 í svokölluðu Alaska máli en þar komst Hæstiréttur að þeirri niðurstöðu að starfsemi sjómanna á bryggju gæti ekki talist fastur verslunar(viðskipti)staður. Hið sama gilti um geymslustað útgerðarinnar fyrir net í Alaska. Um bryggjustarfsemina sagði rétturinn: „Jeg kann ikke se at det kaioimråde kan representere en forretningsinnretning som driften foregår fra“. Og um geymslustaðinn kom fram: „At det ut fra denne opplagsplass skulle være utøvd forretningsvirksomhed, er ikke godtgjort.“

⁸² Ráði fyrirtæki, sem stundar leigu á lausafé, starfsmenn til að annast samsetningu munanna og veita leigutökum í keldulandi samnings ákveðna þjónustu, getur verið álítmál hvort hinir leigðu munir sjálfir teljist ekki föst starfsstöð einkum og sér í lagi ef þeir eru staðsettir á ákveðnum stað. Minni hættu er á því að slíkt álítmál komi upp ef starfsmennirnir framkvæma vinnu sína undir stjórn, ábyrgð og áhættu leigutaka. Í því sambandi er þó undirskilið að starfsmenn leigusala beri ekki viðtækari ábyrgð en gengur og gerist, sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 8 liður athugasemda við 5.

gr. Hvort föst starfsstöð teljist hafa myndast við ofangreindar aðstoður verður semsé að meta í hverju tilvikum fyrir sig og er því ekki unnt að setja neinar almennar reglur um úrlausn á því.

⁸³ Sjá OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfuna, 8-liðu athugasemda við 5. gr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., athugasemdir við 5. gr., liður 23.

⁸⁴ Sbr. Tfs 1989, 465 V. Dönsk hjón stofnuðu sameignarfélag í Þýskalandi sem átti að starfrækja flutningamiðlun. Undir starfsemina leigðu þau um 10. fm skrifstofu hjá þýsku flutningamiðlunarfyrirtæki í Flensburg. Dönsk hjónin áttu hlutafélag Padborg og var það einnig í flutningamiðlunargeiranum. Hæstiréttur taldi ekki sannað að í skrifstofunni í Flensburg væri stundaður sjálfstæður atvinnurekstur í slíkum mæli að unnt væri að líta á hana sem fasta starfsstöð í Þýskalandi. Ekki kemur þó nógu skýrt fram af forsendum dómsins hvort þess afstaða Hæstiréttar stafi af því að skilyrðinu um starfsemi á verslunar(viðskipta)stað hafi ekki verið fullnægt eða ekki hafi fundist neinar tekjur er tilheyruðu staðnum. Almennt er þó talið að niðurstaðan byggist á hínu fyrirtæki aðtriði. Sjá einnig LSRM 1983, 61, en þar dæmdi Landskattarátturinn að ekki væri um að ræða fasta starfsstöð í því tilvikum er danskur sendi-
ibilstjóri leigði herbergi hjá þýskum endurskoðanda sínum og innti af hendi vinnu þar einu sinni til tvisvar á ári.

starfsstöð teljist hafa myndast.

Ákveðinn verslunarviðskiptastaður á föstum stað þar sem starfsemi er innt af hendi er semsé lágmarkskrafa sem fullnægja verður svo að föst starfsstöð teljist hafa myndast. Á það við um alla starfsemi þar á meðal þau tilvik sem talin eru upp í dæmaskyni í 2. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar nema annað sé gagnert tekið fram í hlutaðeigandi samningi. Þótt fyrirtæki í aðildarríki samnings ráði yfir stað í keldulandi samnings sem skilgreindur er sem skrifstofa telst hann því aðeins föst starfsstöð að fyrirtækið hafi með höndum rekstur á staðnum í skilningi 1. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.⁸⁵

Stundi fyrirtæki ekki atvinnurekstur á föstum stað í keldulandi samnings er keldulandið útilokað frá því að skattleggja tekjur er tilheyra atvinnurekstri samkvæmt 7. gr. Í ákveðnum tilvikum getur verið erfitt að skilja kröfu 1. mgr. 5. gr. um starfsemi frá álitamálinu um það hvaða tekjur tilheyri starfsstöðinni samkvæmt 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar. Þannig reynir ekki á tekjuuppgjörsálitamálið samkvæmt 7. gr. nema fyrst sé staðfest að föst starfsstöð teljist vera fyrir hendi í keldulandi samnings.⁸⁶

1.3.2.2.2 Hin neikvæða afmörkun.

Undirbúnings- og hjálparstarf

Þótt erlent fyrirtæki stundi atvinnurekstur á ákveðnum verslunar(viðskipta)stað í

keldulandi samnings er ekki sjálfgefið að um fasta starfsstöð sé að ræða. Ákvæði 4. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar undanþiggur nefnilega ákveðna starfsemi eða störf frá því að teljast föst starfsstöð. Gildir einu máli þótt starfsemin fullnægi öllum þeim skilyrðum sem krafist er samkvæmt 1. mgr. greinarinnar til að teljast föst atvinnustöð. Sameiginlegt þessum undanþágum er að þær fjalla allar um undirbúnings- og aðstoðar(hjálpar)starfsemi.⁸⁷ Ákvæði 4. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar hljóða annars svo:

Þrátt fyrir framangreind ákvæði þessarar greinar tekur hugtakið “föst atvinnustöð” ekki til:

- a) nýtingar á aðstöðu eingöngu til geymslu, sýningar eða afhendingar⁸⁸ á vörum í eigu fyrirtækisins;
- b) starfrækslu á lager fyrir vörur í eigu fyrirtækisins eingöngu til geymslu, sýningar eða afhendingar;⁸⁹
- c) starfrækslu á lager fyrir vörur í eigu fyrirtækisins eingöngu til vinnslu hjá öðru fyrirtæki;
- d) starfrækslu á föstum atvinnustað eingöngu til notkunar við innkaup á vörum eða öflun upplýsinga fyrir fyrirtækið;
- e) starfrækslu á föstum atvinnustað eingöngu til að annast sérhverja aðra

85 Til fróðleiks, sjá U 1989, 1064 H/TFS 1989, 605 H. Í málinu þótti yfir alla vafa hafið að danskur aðili stundaði atvinnurekstur á fastri starfsstöð í Sviss. Atvinnureksturinn fólst í sölu á tyggigúmmii og þegar það hafði verið sannreynt lág beint við að taka afstöðu til þess hvaða tekjur tilheyru föstu starfsstöðinni samkvæmt 7. gr. tvísköttunarsamningnum milli Sviss og Danmerkur.

86 Par sem um undanþágur frá almennri reglu er að ræða ber að túlka þessi ákvæði þröngt. Sama máli gegnir um athafnirnar. Þannig má spyrja hvort athafnirnar taki bæði til undirbúnings- og aðstoðarframkvæmda eða annars hvors þessa. Orðasambandið: „other activity of a preparatory or auxiliary character” stýður síðarnefndu túlkunina. Því til styrktar má benda á 21-lið athugasemda við 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, 2005-útgáfunnar. Um þetta nánar, sjá Zimmer, bls. 151. Skaar, 1991, bls. 288-290.

87 Í samningsfyrirmynd Sameinu þjóðanna er afhending (e. delivery) ekki með í upptalningu a- og b-liðar. Það þýðir að

starfræksla á lager til afhendingar á vörum getur talist föst starfsstöð þótt sölusamningarnir séu gerðir annars staðar.

88 Í samningsfyrirmynd Sameinu þjóðanna er afhending (e. delivery) ekki með í upptalningu a- og b-liðar. Það þýðir að starfræksla á lager til afhendingar á vörum getur talist föst starfsstöð þótt sölusamningarnir séu gerðir annars staðar.

89 Samkvæmt 23-lið athugasemda við 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, tekur e-liður 4. mgr. 5. gr. m. a. annars til starfrækslu fastra verslunar(viðskipta)staða sem annast auglýsingastarfsemi, safna upplýsingum, framkvæma vísindalegar rannsóknir eða þjónusta einkaleyfis- eða vísu-þekkingarsamninga (know how) ef slík starfsemi felst í undirbúnings- eða aðstoðarmennsku. Í dæmaskyni, sjá til hliðsjónar TFS 1991, 309 LSR en þar var starfræksla skrifstofu með 6-7 starfsmönnum ekki talin föst starfsstöð. Landsskattarétturinn dæmdi að starfsemi dönsku fulltrúaskrifstofunnar væri umfram allt af undirbúnings- og aðstoðarstarfagerð í formi ráðgjafar og auglýsingamennsku gagnvart huganlegum viðskiptamönnum.

- undirbúnings- eða aðstoðar(hjálpar) starfsemi fyrir fyrirtækið;⁸⁹
- f) starfrækslu á föstum atvinnustað eingöngu til samhæfingar á starfsemi sem fellur undir a- til e-lið, að því gefnu að öll sú starfsemi sem fram fer á fasta atvinnustaðnum vegna þessarar samhæfingar felist í undirbúnings- eða aðstoðar(hjálpar) starfsemi.

Stundi fyrirtæki í aðildarríki eina eða fleiri af ofangreindum aðstoðar- eða hjálparstörfum er skilyrðinu um fasta starfsstöð í keldulandi samnings ekki fullnægt. Kelduland samningsins hefur því ekki rétt á að skattleggja atvinnurekstrartekjur fyrirtækis í aðildarríki samnings þegar svo stendur á, sbr. 1. másl. 1. mgr. 7. gr. OECD-fm.

Undanþágurnar í 4. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar eru að nokkru leyti rökstuddar með því að erfitt sé að réttlæta skattlagningu í keldulandi samnings, þegar atvinnurekstur með tengsl við fastan verslunar(viðskipta)stað þar, er ekki beinlínis tekjuskapandi heldur aðallega af undirbúnings- eða aðstoðar(hjálpar) gerð.⁹⁰ Þess vegna kunni að vera erfiðleikum bundið að heimfæra nokkrar tekjur til starfsstaðarins.⁹¹ Umfram allt eru ákvæðin

þó niðurstaða samningaviðræðna um skiptingu skattlagningarrettarinnar milli tveggja eða fleiri jafn(vel)stæðra eða -settra ríkja. Ákvæðin henta því síður þegar um er að ræða iðnaðarland og þróunarland.⁹²

Í a- til d-lið 4. mgr. 5. gr. er að finna dæmi um starfsemi á föstum verslunar(viðskipta) stað sem ekki telst föst starfsstöð í skilningi 1. mgr. greinarinnar. Þessi upptalning er ekki tæmandi svo sem ráða má af uppsöfnunarákvæðinu í e-lið um „... sérhverja aðra undirbúnings- eða aðstoðarstarfsemi fyrir fyrirtækið“. Stundum getur verið erfitt að afmarka undirbúnings- og aðstoðar(hjálpar) framkvæmd gagnvart annarri starfsemi. Við það verk er þýðingarmikið samkvæmt athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar að reyna að átta sig á því hvort staðurinn er mikilsverður og þýðingarmikill hluti af heildarstarfsemi fyrirtækisins.⁹³ Teljist svo vera eru meiri líkur en minni á því að um fasta starfsstöð að ræða. Ekki er því unnt að líta á starfsemina sem undirbúnings- eða aðstoðarstarfsemi þegar svo stendur á. Hin hjálpanði starfsemi verður sem sagt að vera óveruleg eða lítilsgild með tilliti til hinna tekjuaflandi þátta fyrirtækisins, það er höfuðstöðvana, sem þýðir að meta verður hvert tilvik fyrir sig.⁹⁴

Álitafni um myndun fastrar starfsstöðvar

90 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 23-liður athugasemda við 5. gr.

91 Sjá Thøger Nielsen: Indkomstbeksatning II, bls. 600. Zimmer, bls. 151. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., 85-liður athugasemda við 5. gr.

92 Sem dæmi um þetta má taka teppasala sem hefur fastan verslunar(viðskipta)stað í Austurlöndum. Hann notar staðinn til innkaupa á teppum sem síðan eru flutt til Evrópu til endursölu með verulegum hagnaði að sjálfsgöðu. Við slíkar aðstæður er ekki ósanngjarnt að halda því fram að hluti ágóðans hafi orðið til í Austurlöndum. Þar eru launin jafnan lág. Samkvæmt d-lið 4. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er kelduland samnings þó útilokað frá að skattleggja hluta ágóðans. Starfsstöðin er þannig eingöngu notuð til að safna saman og geyma vörur til síðari afhendingar. Fyrirmynd Sameinuðupþjóðanna að tvísköttunarsamningi er sambærileg OECD-fyrirmyndinni hvað þetta varðar. Í henni er þó enga undanþágu að finna varðandi afhendingu á vörum. Söfnun á vörum myndar því ekki fasta starfsstöð. Hins vegar gerir afhendingin það, sjá nánar Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsab-

kommen Kommentar, 4. útg., 98-liður athugasemda við 5. gr.

93 Sbr. OECD-fyrirmyndinni, 2005-útgáfunni, 24-lið athugasemda við 5. gr. Ef á starfsstöðinni er rekin sams konar eða skyld starfsemi og á höfuðstöðvunum fellur hún því fyrir utan undanþágúákvæðið.

94 Í OECD-fyrirmyndinni, 2005-útgáfunni, 24-lið athugasemda við 5. gr., segir að fastur verslunar(viðskipta)staður stundi að minnsta kosti ekki undirbúnings- eða aðstoðarstarfsemi, ef hinn almenni tilgangur hans er sambærilegur hinum almenna tilgangi fyrirtækisins. Felist hinn sameiginlegi tilgangur fyrirtækis í því að þjónusta einkaleyfi o. fl. og fyrirtækið aflar tekna með því, fellur verslunar(viðskipta)staður, sem innir af hendi sambærilega starfsemi, ekki undir undanþágu 4. mgr. 5. gr. Öðru máli gegnir hins vegar ef starfsemi fasta verslunar(viðskipta)staðarins tengist ekki tekjuöflun fyrirtækisins með beinum hætti, sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 23-lið athugasemda við 5. gr. Úr danski skattfrankvæmd, sjá t. d. SKM 2005, 532 LSR. Aðstoðarfrankvæmd ekki talin föst starfsstöð.

samkvæmt 4. mgr. 5. gr. OECD-Ím eru einnig uppi á borðinu þegar um rafræn viðskipta er að ræða.⁹⁵ Eins og sagði hér að framan getur sá, sem á eða rekur miðlara, talist stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð að ákveðnum skilyrðum fullnægðum. Gangi starfsemin t.d. út á að selja vistun á heimasíðum er ljóst að um er að ræða hluta af kjarnastarsemi fyrirtækis en ekki undirbúnings- eða aðstoðarstarfsemi. Noti eigandinn miðlarann aðallega til að kynna og eða auglýsa eigin vörur fellur starfsemin hins vegar undir undanþágu ákvæði 4. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar. Mundangshófið fastrar starfsstöðvar og undirbúnings eða aðstoðarstarfsemi getur því verið mjótt. Fari samningsgerð, greiðsla og afhending fram í gegnum miðlarann telst starfsemin þannig vafalaust hluti af kjarnastarfsemi sem þýðir að föst starfsstöð telst vera fyrir hendi.⁹⁶

Hinir ýmsu staflíðir 4. mgr. 5. gr. hafa ólík gildissvið. Í a-lið er umfjöllunarefnið lagerinn. Samkvæmt honum telst aðstaða m. a. til geymslu, sýningar og afhendingar á vörum ekki föst starfsstöð einfaldlega vegna þess að engin tekjuöflun fer þar fram. Vörurnar verða að tilheyra fyrirtækinu sem rekur lagerinn svo að undanþágan eigi við.⁹⁷ Aðstaða til geymslu, sýningar og afhendingar á vörum í eigu þriðja manns getur því talist föst starfsstöð. Þar er jú um að ræða leigu. Undanþágan takmarkast annars við geymslu, sýningu og afhendingu á hinni upprunalegu vöru. Starfsemi eins og afhending á varahlutum í hinar upprunalegu afhentu vörur svo og viðhald eða viðgerðir á þeim telst því ekki undirbúnings- eða aðstoðarstarfsemi samkvæmt ákvæðinu.⁹⁸

Ákvæði b-liðar tekur til birgðahaldsins

sem slíks. Fari fram einhvers konar vinnsla á vörunum á geymslustaðnum fellur starfsemin semsé utan við ákvæðið.⁹⁹ Ákvæði c-liðar undniskilur birgðahald á vörum sem eingöngu eru sendar til vinnslu hjá öðru fyrirtæki frá stofnun fastrar starfsstöðvar. Ef íslensk sjávarútvegsfyrirtæki sendir t. d. fisk til vinnslu í Kína telst vinnlustaðurinn ekki föst starfsstöð íslenska fyrirtækisins. Gildir einu þótt kínverska fyrirtækið áframsendi hann svo annað, jafnvel til endanlegs kaupanda. Ákvæði d-liðar tekur til verslunar(viðskipta)staða sem eingöngu eru notaðir til innkaupa á vörum og söfnunar á hvers konar upplýsingum. Skilgreining á hugtakinu upplýsingasöfnun, sem undirbúnings- og aðstoðar(hjálpar) starfsemi, gegnir umfram allt því hlutverki að tryggja að fréttasöfnunar, öflunar) skrifstofur erlendra blaða og fréttastofa teljist ekki föst starfsstöð.¹⁰⁰ Undanþágan takmarkast þess vegna við innkaup og söfnun/öflun á vörum og upplýsingum til notkunar í fyrirtækinu sem rekur upplýsingaöflunarskrifstofuna. Innkaup/upplýsingasöfnun fyrir aðra veldur því skilyrðislaust myndun fastrar starfsstöðvar.

Samkvæmt f-lið 4. mgr. 5. gr. veldur það ekki myndun fastrar starfsstöðvar samkvæmt 4. mgr. 5. gr. þótt fleiri en ein tegund af starfsemi sem tilgreind er í a- til e-lið 4. mgr. 5. gr. ákvæðisins eigi sér stað á fasta verslunar(viðskipta)staðnum samtímis (fjölþætt starfsemi). Fari hins vegar fram athafnir sem einangrad séð gera staðinn ekki af fastri starfsstöð og viðvik sem skilyrðislaust valda því að hann telst föst starfsstöð (blönduð starfsemi) gegnir öðru máli.¹⁰¹ Sem dæmi um það má nefna

95 Sjá OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfuna, athugasemdir 42.7-42.9 við 5. gr.

96 Sbr. Zimmer, bls. 153.

97 Útleiga á lagerplássi svo að aðrir geti notað það til útstillingar á vörum sínum fellur því ekki undir ákvæðið, sbr. Zimmer, bls. 152.

98 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 25-lið athugasemda við 5. gr.

99 Sbr. Zimmer, bls. 152.

100 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 22-lið athugasemda við 5. gr.

101 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfuna, 30-lið athugasemda við 5. gr. Um innkaup fastrar starfsstöðvar á vörum fyrir höfuðstöðvar, sjá Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 587 og áfram.

að á fasta verslunar(viðskipta)staðnum eigi sér stað bæði endurgjaldslaus afhending á vörum og sala á vörum til höfuðstöðvanna.¹⁰² Enn þá síður á undanþágan við ef auk sölu til höfuðstöðva fer fram sala til samstæðubundinna félaga.¹⁰³

Undanþáguákvæði staflíða a-f ber samsé að túlka þröngt. Á hinn bóginn eiga undanþágurnar í 4. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar við þótt á fasta verslunar(viðskipta)staðnum séu gerðir samningar sem nauðsynlegir eru til að inna af hendi undirbúnings- eða aðstoðarstarfsemina sem slíka. Fyrirtæki í aðildarríki telst því ekki stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð þótt það í tengslum við öflun lagerhúsnæðis geri samning um leigu þess, ráði starfsfólk til að annast vörumóttöku, vöruafhendingu, upplýsingaöflun o. fl. Sala á eignum sem notaðar hafa verið í tengslum við undirbúnings- og eða aðstoðarstarfsemina skapar ekki heldur fasta starfsstöð.¹⁰⁴

1.3.2.2.3 Bygginga-, mannvirkja- og samsetningaframkvæmd

Byggingaframkvæmdir, mannvirkjagerð, samsetningar- eða uppsetningaradgerðir á ákveðnum stað í keldulandi samnings telst föst starfsstöð samkvæmt 3. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.¹⁰⁵ Við skýringu á ákvæði 3. mgr. 5. gr. reynir á ýmis álitamál.

Fyrir það fyrsta verður að ákveða til hvaða starfsemi ákvæðið tekur. Hvað er átt við með byggingaframkvæmdum, mannvirkjagerð o. s. frv. er með öðrum orðum álitafnið. Í alþjóðlegum skattarétt er sú skoðun almennt ríkjandi að túlka beri 3. mgr. 5. gr. rúmt. Undir ákvæðið falla því ekki aðeins bygging og eða reisning húsa heldur og verklegar framkvæmdir af ýmsum toga svo sem vega-, brúa- og jarðgangnagerð, reisning á möstrum fyrir rafmagnslínur til flutnings á rafmagni, lagning á hvers konar leiðslum í jörðu.¹⁰⁶

Í annan stað þarf að taka afstöðu til þess - ef við á - hvaða hlíðarstarfsemi heyrir undir hinar einstöku framkvæmdir sem fyrirtæki hefur með höndum. Taki erlent verktakafyrirtæki á leigu skrifstofu eða verkstæði í tengslum við verklegar framkvæmdir í keldulandi samnings veldur það ekki endilega stofnun fastrar starfsstöðvar samkvæmt 1. eða 2. mgr. 5. gr.¹⁰⁷ Þess í stað ber að líta á aðstöðuna sem óaðskiljanlegan hluta af hinum verklegu framkvæmdum. Leigutíminn reiknast því inn í heildar tímann sem varið er til framkvæmdanna.¹⁰⁸ Undir ákvæðið fellur einnig skipulagning og stjórnun þar með talið eftirlit með framkvæmdum, áður en eiginlegar framkvæmdir hefjast, á meðan stendur á verki og eftir að starfsemi lýkur, ef það er í höndum sama verktaka og annast

102 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 30-lið athugasemda við 5. gr.

103 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 26-liður athugasemda við 5. gr. Leiðslur og rör, sem lögð eru um landssvæði ákveðins ríkis geta verið föst starfsstöð. Hins vegar er ekki unnt að útiloka að um sé að ræða undirbúnings og hjálpar starfsemi, sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan 26.1-lið athugasemda við 5. gr.

104 Í athugasemdum OECD-fyrirmyndinnar kemur þannig skýrlega fram að vörur sem hafa verið notaðar á vörusýningu falli undir undanþágu 4. mgr. 5. gr. þótt þær séu seldar í ráðstefnuloð, sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 29-lið athugasemda við 5. gr.

105 Hins enski texti hljóðar svo: „A building site or construction or installation project constitutes a permanent establishment only if it lasts more than twelve months.“ Einstakir samningar geta þó verið mun viðtækari, sbr. 3. mgr. 5. gr. norræna tvísköttunarsamningsins er hljóðar svo: „Byggingar-, mannvirkja-, samsetningar- eða uppsetningarframkvæmd eða

starfsemi, sem felur í sér skipulagningu, eftirlit, ráðgjöf eða aðra aðstöð eða framlag starfslíðs í sambandi við slíka framkvæmd, telst því aðeins föst atvinnustöð að framkvæmdin eða starfsemin vari lengur en tólf mánuði í samningsríki.“

106 Um leit að öliu og öðrum náttúruauðindum orkar tvírnælis, sjá Skaar, 1991, bls. 403-404. Zimmer, bls. 148.

107 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 16-lið athugasemda við 5. gr.

108 Fyrirtæki tekur t.d. á leigu skrifstofuhúsnæði 1. mars ákveðið árið 1. Tilgangur þess að er undirbúa framkvæmdir, koma upp vinnubúðum, ráða starfsmenn o. fl. Hinar verklegu framkvæmdir hefjast svo 1. júní og standa til 1. febr. árið 2. Halda þá allir af landi brott nema starfsmenn skrifstofunnar sem fá það hlutverk að ganga frá, greiða ógreidda reikninga o. fl. Starfi þeirra lýkur ekki fyrr en 1. mars árið 2. Hvort hafa framkvæmdirnar staðið í átta mánuði (frá júní til febr.) eða tólfmánuði (frá mars til mars?

um verklegu framkvæmdirnar.¹⁰⁹ Annist annar eða aðrir verktakar (undirverktakar) um þessi verk verður því að meta skattalega stöðu þeirra á grundvelli 1. mgr. 5. gr.¹¹⁰

Þau verk sem um ræðir í 3. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar eru í eðli sínu tímabundinn. Álitamálin sem krefjast úrlausnar eru því náskyld tímabætti varanleikakröfunar í 1. mgr. greinarinnar, sbr. orðið fastur (e. fixed). Samkvæmt 3. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er skilyrði að framkvæmdirnar vari að lágmarki í 12. mánuði svo að föst starfsstöð teljist hafa stofnast.¹¹¹ Tíminn byrjar að líða þegar verktakinn hefur framkvæmd sína og lýkur þegar henni er lokið eða verktakinn hættir við framkvæmdina. Ef ekki liggur fyrir hversu langan tíma verk muni taka þegar framkvæmdir hefjast er þó ekki unnt að byrja að skattleggja aðila fyrr en verkið hefur varað 12 mánuði eða lengri tíma.

Tími undirvertaka aðalverktaka telst með tíma aðalverktaka. Vari framkvæmd aðalverktaka 10 mánuði og undirverktaka 3 mánuði er skilyrðinu um 12 mánaða verktíma því fullnægt. Við ákvörðun á skattalegri stöðu undirverktaka gildir hins vegar aðeins verktími hans. Stöðvun framkvæmda veldur almennt ekki frestun á framrás tímans og gildir einu af hvaða ástæðum stöðvunin stafar. Föst starfsstöð getur semsé talist myndast þótt verktíminn fari yfir tólfmánaðatímakið af óviðráðanlegum orsökum svo sem drætti á verklokum hjá undirverktökum,

óhagstæðum veðurskilyrðum, verkföllum svo nokkuð sé nefnt.¹¹²

Við ákvörðun á tímallengd framkvæmdar er nauðsynlegt að reyna að átta sig á því hvort um eitt einstakt verk eða fleiri verk er að ræða. Á milli verka geta líka verið slík tengsl að eðlilegt sé og sanngjarnt að líta á þau sem eina framkvæmd. Allir verktakarnir vinna t. d. fyrir sama aðila, verkin eru öll unnin á sama stað eða svæði, eitt verk tekur við af öðru o. s. frv. Ýmis dæmi má nefna um þetta. Erlendur aðili tekur t. d. að sér að byggja raðhús eða íbúðarblokk fyrir tiltekinn fjölda einstaklinga. Þótt verktakinn gerir fleiri en einn samning mæla eðlisrök með því að líta á alla húsbygginguna sem eitt verk. Öðru máli gegnir ef verktakin tekur að sér að reisa einbýlishús fyrir ólíka aðila á sitthvorum staðnum.¹¹³

Einkennandi fyrir byggingu raðhúss er að verkkaupendurnir (íbúðarkaupendurnir) eru fleiri en einn. Þrátt fyrir það kann að vera rétt á líta á verkið sem eina framkvæmd. Gildir það einkum ef verktakinn er einn og sami aðili. Á hliðstæð álitamál getur reynt þegar verksalarnir (verktakarnir) eru fleiri en einn. Erlent fyrirtæki tekur t. d. að sér ákveðið verk en rétt áður en 12. mánaða tímafresturinn rennur út framselur það smíðina eða semur við annan aðila um að ljúka framkvæmdinni. Með samningum af þessu tagi má auðveldlega komast hjá því að föst starfsstöð myndist. Eðlilegt er því að ríki reyni að hindra það með samningum sín á milli. Það hafa t.d.

109 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 17-lið athugasemda við 5. gr.

110 Sjá þó 3. mgr. 5. gr. norræna tvísköttunarsamningsins, sbr. Zimmer, bls. 148. Skaar, 1991, bls. 407 og áfram.

111 Samkvæmt samningsfyrirmynd Sameinuðu þjóðanna er fresturinn 6. mánuðir, sbr. 3. mgr. 5. gr. hans.

112 Sbr. Zimmer, bls. 149. Skaar, 1991, bls. 384 og áfram. Úr réttarframkvæmd í Noregi, sjá Utv. 1966, bls. 203 FIN.

113 Ágreiningur um tengsl milli verka var til meðferðar í Utv 1980, bls. 596 URD. Málavextir voru þeir að amerískt félag, Gurtler að nafni, tók að sér að leggja rör á hafsbotni og var það þáttur í undirbúningi fyrir borun eftir olíu. Á árunum 1977-1978 annaðist fyrirtækið verk þetta fyrir ýmis félög á

norska landgrunninu. Verkin stóðu yfir frá tveimur til þremur vikum upp í ca. fjóra mánuði. Oft var hlé á milli verka en stundum skoruðust þau. Verkin voru unnin á fleiri en einum stað á norska landgrunninu. Meirihluti þeirra fór þó fram á Ekofisk-svæðinu. Rétturinn hafnaði að líta bæri á öll verkin sem eitt verk, sbr. eftirfarandi röksemd hans: „det er tale om riktignok likeartede, men dog kortvarige oppdrag om utføres på forskjellige steder og som blir avsluttet og fakturert for hver gang.“

Einkennandi fyrir byggingu raðhúss er að verkkaupendurnir (íbúðarkaupendurnir) eru fleiri en einn. Þrátt fyrir það kann að vera rétt á líta á verkið sem eina framkvæmd.

Norðurlöndin gert, sbr. 4. mgr. 5. gr. norræna tvísköttunarsamingsins.¹¹⁴

Samkvæmt þessari grein ber að líta á fyrirtækin sem eitt fyrirtæki ef ákveðnum skilyrðum er fullnægt. Fyrsta skilyrðið varðar samband fyrirtækjanna. Þannig er gerð krafa um að þau séu tengd hagsmunaböndum, viðskipta- eða fjölskylduböndum. Í annan verður starfsemi fyrirtækjanna að verulegu leyti að vera sams konar eða eins. Þriðja skilyrðið gerir kröfu um að framkvæmdin sé ein og hin sama og má ætla að það skilyrði verði túlkað eins og lagt er til í athugasemdum við 3. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.¹¹⁵

Framkvæmdir eru annars jafn ólíkar og þær eru margar. Sumar fara fram á ákveðnum stað en aðrar dreifast yfir stærra svæði. Nauðsynlegt getur líka verið að slaka aðeins á kröfunni um að verk verði að hafa föst tengsl við ákveðinn landfræðilegan stað þegar um mannvirkjagerð og samsetningar- eða uppsetningaradgerðir er að ræða. Við lagningu vegar flyst verkið þannig frá einum stað til annars eftir því sem vegurinn lengist eða skriður fram. Sama máli gegnir um lagningu á leiðslu eða streng. Ekki orkar tvímælis að slík starfsemi fellur undir 3. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.¹¹⁶

Afar þýðingarmikið er fyrir fyrirtæki að halda 12 mánaða tímafrestinn. Þar sem föst starfsstöð telst vera fyrir hendi frá því að framkvæmdir hefjast (frá fyrsta degi) getur rof hans haft alvarlegar afleiðingar fyrir skattaðila. Ekki einasta öðlast kelduland samnings þá rétt á að skattleggja starfsemina eins og um sjálfstætt innlent fyrirtæki sé að ræða frá því að verkið hófst. Allir starfsmenn

stöðvarinnar, sem venjulega eru ótakmarkað skattskyldir í heimilisfestar ríki fyrirtækis, verða líka sjálfkrafa skattskyldir í keldulandi samnings. Í því sambandi gildir einu þótt þeir hafi gætt sín sérstaklega vel á því að fara ekki yfir 183 daga tímamörkin sem umræðir í a-lið 2. mgr. 15. gr. OECD-fm, sbr. c-lið sömu greinar.

1.3.2.3 *Vara starfsstöðvarákvæðin í 5–6. mgr. 5. gr. Umboðsmannareglan*

Í umfjölluninni hér að framan var höfuðáherslan lögð á sjálfa starfsstöðina það er stofnunina eða fyrirtækið sem slíkt í keldulandi samnings. Lítið sem ekkert hefur því verið rætt um starfslið hennar. Þegar fjallað var um verslunar(viðskipta) stað hér að framan, var þó bent á það að slíkur staður geti talist starfsstöð í merkingu fyrirmyndarinnar þótt engir starfsmenn væru á staðnum. Svo er fyrir að fara ef á starfsstaðnum eru vélar t.d. sjálfsalar og því um lík tæki sem geta framkvæmt einföld störf. Í öðrum tilvikum er hugsanlegt að fyrirtæki hafi ekki yfir föstum verslunar(viðskipta)stað að ráða heldur aðeins fulltrúa (starfsmaður) sem gætir hagsmuna þess í landinu. Af þeim sökum er mikilvægt að reyna að átta sig á því hvort fulltrúinn skapi fasta starfsstöð fyrir fyrirtæki í aðildarríki með starfsemi sinni. Í OECD-fyrirmyndinni er kveðið á um þetta tilvik í 5. mgr. 5. gr.¹¹⁷

Ákvæði 5. mgr. 5. gr. OECD-fm er í eðli sínu varaákvæði, eins konar öryggisventill, fyrir ákvæði 1. og 2. mgr. 5. gr. um fasta starfsstöð. Á greinina reynir því aðeins í þeim tilvikum er staður fullnægir ekki þeim kröfum sem

114 Ákvæði þetta hljóðar svo: „Við ákvörðun þess tímabils sem um ræðir í 3. mgr. telst starfsemi, sem rekin er af fyrirtæki sem er hagsmunatengt öðru fyrirtæki, vera rekin af því fyrirtæki sem það hefur hagsmunatengsl við, ef starfsemin er að verulegu leyti sams konar og sú starfsemi sem síðarnefnda fyrirtækið rekur og starfsemi beggja fyrirtækjanna tengist sömu framkvæmdinni.“

115 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 18-liður athugasemda við 3. mgr. 5. gr.

116 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 20-lið athugasemda við 5. gr.

117 Ákvæðið hljóðar svo: „Burt séð frá ákvæðum/Þrátt fyrir ákvæði 1. og 2. mgr., skal aðili - annar en umboðsmaður með sjálfstæða stöðu sem ákvæði 6. mgr. tekur til - sem kemur fram fyrir fyrirtæki og hefur, og jafnaðarlegar beittir, í samningsríki valdi til að gera samninga í nafni fyrirtækisins, skal fyrirtækið talið hafa fastan atvinnustað í því ríki hvað varðar hvers konar starfsemi sem aðilinn framkvæmir fyrir fyrirtækið, nema starfsemi aðilans einkoröð við starfsemi sem umræðir í 4. mgr., sem ef hún ferir fram á fastri starfsstöð yrði ekki talin fastur atvinnustaður fastrar starfsstöðvar samkvæmt ákvæði þeirrar greinar.“

umræðir í 1. og 2. mgr. greinarinnar til að vera föst starfsstöð. Teljist fyrirtæki reka fastan verslunar(viðskipta)stað í aðildarríki samnings sem fullnægir skilyrðum 1. og 2. mgr. 5. gr. til að vera föst starfsstöð skiptir því ekki máli hvort henni tengjast háðir eða óháðir umboðsmenn sem hafa takmarkað eða ótakmarkað umboð til að gera samninga fyrir hönd hins erlenda aðila.¹¹⁸

Þegar föst starfsstöð verður til í keldulandi samnings samkvæmt 1. til 3. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar helgast það af starfsemi sem hið erlenda fyrirtæki stendur sjálft fyrir eins og áður segir. Stofnist föst starfsstöð í hinu ríkinu samkvæmt 5. mgr. greinarinnar er það vegna starfa einhvers annars en fyrirtækis í aðildarríki samnings. Grundvallarmunur er þess vegna á efni 1. til 3. mgr. annars vegar og 5. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar hins vegar. Þessi annar aðili sem umræðir í nefndri grein getur verið heimilisfastur í hlutaðeigandi samningsríki eða einhverju ótilgreindu þriðja landi. Hvort heldur sem er tengist hann fyrirtæki í aðildarríki samnings með þeim hætti að hann skoðast sem náttúrlæg framlenging af því.

Athafnir eða gerðir þessa annars aðila í þágu hins erlenda aðila valda með öðrum orðum því að sá telst reka fasta starfsstöð í hlutaðeigandi landi. Í hinum enska texta OECD-fyrirmyndarinnar er notað heitið „agent“ um þennan aðila. Þess vegna kallast ákvæðið venjulega agentákvæðið eða umboðsmannsreglan. Setning reglunnar byggist aðallega á hallkvæmnisrökum.

118 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, athugasemd 31. við 5. gr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg. 122-liður athugasemda við 5. gr. Arvid A. Skaar: Permanent Establishment, 1991, bls. 468. Zimmer, bls. 153. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 174 og áfram. Um umboðsmannaregluna í dönskum tvísköttunarsamningum, sjá Niels Josephsen í SU 1996, 110.

119 Um frekari ástæður fyrir setningu reglunnar, sjá Arvid A. Skaar: Permanent Establishment, 1991, bls. 463 og áfram. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, bls. 151 og áfram. Ákvæði 5. og 6. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar fjalla umfram allt um það hvort fyrirtæki teljist stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð í keldulandi samnings eða ekki. Skattaleg staða umboðsmannsins, það er hvort hann ber ótakmarkaða

Væri hún ekki fyrir hendi gætu fyrirtæki þannig auðveldlega komist hjá því að sæta skattskyldu í keldulandi samnings vegna fastrar starfsstöðvar með því að láta aðra óháða aðila annast um erindrektur sinn.¹¹⁹

Háður (ekki sjálfstæður) umboðsmaður skapar fasta starfsstöð fyrir fyrirtæki í aðildarríki samnings þegar hann kemur fram fyrir hönd fyrirtækis samkvæmt umboði og beitir þessari heimid jafnaðarlega.¹²⁰ Umboðsmaðurinn getur bæði verið einstaklingur eða lögaðili. Oft er hann starfsmaður hins erlenda fyrirtækis en það er þó ekki skilyrði. Umboðið verður að hafa ákveðið innihald eða efni. Fulltrúinn verður þannig að hafa umboð til að gera samninga fyrir hið erlenda fyrirtæki sem hafa verulega þýðingu fyrir það. Takmarkist umboðið eingöngu við innri málefni fyrirtækisins svo sem ráðningu starfsfólks skapar það ekki fasta starfsstöð.

Umboðsmaður verður að nota umboð sitt jafnaðarlega (reglulega) eins og áður segir. Samkvæmt OECD-fyrirmyndinni velður starfsemi umboðsmanns fyrir hið erlenda fyrirtæki ekki myndun fastrar starfsstöðvar ef beiting umboðsins takmarkast við einstök tilvik.¹²¹ Umboðsmaður verður semséð að beita umboði sínu oft og með reglubundnum hætti. Með öðrum orðum verður umboðsmaðurinn að stunda atvinnurekstur. Hversu oft ræðst þó umfram allt af eðli hlutaðeigandi starfsemi.¹²² Sjá nánar þegar rætt verður um skilyrði stofnunar fastrar starfsstöðvar á grundvelli umboðsmennsku hér á eftir.

Effyrirtæki ákveður að staðsetja sig í öðru

eða takmarkaða skattskyldu, er því í sjálfu sér aukaatriði.

120 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfuna, 32-33.1-liði athugasemda við 5. gr.

121 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfuna, 32-lið athugasemda við 5. gr. annars vegar og 33.1-lið athugasemda við sömu grein. Athugið að umræddum lið var bætt inn í fyrirmyndina 2003.

122 Sbr. Rt. 1994, bls. 752 Alphawell sem reifaður er í tilvisun 57 hér að framan. Samkvæmt því sem fram kom í málinu hafði fulltrúi fyrirtækisins gert upphaflega samninginn við Statoil. Síðan samdi hann um framlengingu á honum þrisvar sinnum á ári. Viðræður um framlengingu samningsins tóku um 15. mín hverju sinni og dæmdi rétturinn að skilyrðið um jafnaðarlega beitingu (e. habitually exercise) væri ekki fullnægt.

riki með því að láta háðan (ekki sjálfstæðan) aðila, sem er sjálfstæður skattaðili í landinu, annast starfsemi sína, ræður það út af fyrir sig ekki yfir föstu starfsstöðinni í keldulandi samnings. Hún lítur alfarið stjórn hins háða aðila. Eigi að síður ber ákvæði 5. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar vott um að ríki teljist undir slíkum kringumstæðum hafa þess konar tengsl við kelduland samnings að eðlilegt og sanngjarnt sé að umrætt land hafi rétt á að skattleggja hluta af þeim hagnaði sem rekja má til starfa hins háða aðila.

1.3.2.3.1 Óháðir (sjálfstæðir)

umboðsmenn – ákvæði 6. mgr. 5. gr.

Ákvæði 5. mgr. 5. gr. OECD-fm verður að lesa í samhengi við 6. mgr. greinarinnar, sbr. orðalagið: Þrátt fyrir ákvæði 1. og 2. mgr. skal aðili, að undanteknum slíkum óháðum umboðsaðila, sem ákvæði 6. mgr. tekur til, — ...¹²³ Teljist skilyrðum 6. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar fullnægt er því útilokað að fyrirtæki geti haft fasta starfsstöð í ríki samkvæmt varaákvæði 5. mgr. Ákvæði 6. mgr. 5. gr. gegnir því umfram allt þeim tilgangi að undanskilja ákveðna tegund umboðsmennsku, sem ella myndi álitin föst starfsstöð samkvæmt 5. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, frá gildissviði 5. mgr. greinarinnar.¹²⁴

Hin neikvæða afmörkun í 6. mgr. 5. gr. tekur einkum til þess, er fyrirtæki stundar viðskipti í keldulandi samnings með aðstoð „miðlara, umboðsmanns eða annars óháðs (sjálfstæðs) fulltrúa“. Enn fremur er skilyrði að hlutaðeigandi aðilar annist erindreksturinn „innan marka

venjulegs atvinnureksturs þeirra (síns)“. Fari sjálfstæður umboðsaðili út fyrir mörk atvinnurekstrar síns, það er gerir annað og meira en venjulegt er í atvinnugrein hans, við framkvæmd umboðsins, er þess vegna ekki unnt að nota ákvæði 6. mgr. 5. gr.¹²⁵ Hvort það leiðir til myndunar fastrar starfsstöðvar í keldulandi samnings hjá umbjóðandanum ræðst hins vegar af 5. mgr. greinarinnar.

Sjálfstæður umboðsmaður. Óháðis-skilyrðið

Fyrra skilyrði þess að umboðsmaður falli undir 6. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar er að hann sé óháður hinu erlenda fyrirtæki um framkvæmd vinnu sinnar. Við mat á óháðinu í þessu sambandi skiptir mestu að reyna að átta sig á því hvaða lagaleg og efnahagsleg tengsl eru milli aðila.¹²⁶ Nafnið sem aðilar velja á samband sitt er því aukaatriði. Heiti sambands getur þó skipt máli óbeint, það er verið til leiðsagnar. Oft er þannig unnt að draga ákveðnar ályktanir um innihald eða eðli vinnu af starfsheitinu einu saman. Ef heiti sambands (miðlari, umboðsmaður, fulltrú, heildsali) er lýsandi fyrir lagalega stöðu aðila, er t. d. varla unnt að horfa fram hjá því við mat á skattalegri stöðu þeirra.

Íathugasemdamynd OECD-fyrirmyndarinnar kemur fram, að umboðsmaður teljist ekki óháður, ef hann er háður nákvæmum fyrirmælum eða yfirgripsmiklu eftirliti hins erlenda fyrirtækis um starfsemi sína. Sömuleiðis telst aðili tæplega óháður ef rekstrarábyrgðin gagnvart þriðja manni hvílir ekki á fulltrúanum heldur hinum erlenda aðila.¹²⁷ Hins vegar gerir það aðila

123 Það sem eftir er af ákvæðinu hljóðar svo: „... sem rekur starfsemi fyrir fyrirtæki, hefur og venjulega beitir umboði í samningsríki til að gera samninga í nafni fyrirtækis, skal þetta fyrirtæki teljast hafa fasta starfsstöð í ríkinu með tilliti til sérhverrar starfsemi, sem hann annast fyrir fyrirtækið nema starfsemi hans sé takmörkuð við slíkar aðgerðir sem um ræðir í 4. mgr. sem, ef þær eru framkvæmdar á föstum viðskipta(verslunar)stað, ekki valda því að hinn fasti verslunar(viðskipta)staður teljist föst starfsstöð í umræddu ákvæði.“

124 Minnt skal á að ákvæði 5. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar er

aðeins til vara. Aðeins reynir því á ákvæðið í þeim tilvikum er föst starfsstöð telst ekki vera fyrir hendi samkvæmt hinum almennu ákvæðu, sbr. 1. og 2. mgr. greinarinnar.

125 Ákvörðun á því hvort aðili er fyrir innan eða utan marka venjulegs atvinnurekstur síns ræðst af því sem venjulegt er í atvinnugreininni ekki hjá hlutaðeigandi aðila, sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 38,9-liður athugasemda við 5. gr.

126 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 37-lið athugasemda við 5. gr.

127 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 38-lið athugasemda við 5. gr.

ekki sjálfkrafa háðan þótt hann verði að hlýta faglegri leiðsögn hins erlenda aðila varðandi einstök viðskipti. Eins og sumir, sem taka að sér ákveðin verk fyrir aðra, verða miðlarar, umboðsmenn og fulltrúar, auðvitað að fara eftir ákveðnum reglum við framkvæmd vinnu sinnar.

Almennt verður að gera kröfu um að aðilarnir séu ekki tengdir persónulegum böndum. Starfsmaður erlends aðila getur samsé ekki verið óháður umboðsmaður. Launþegi er jú háður fyrirætlum vinnuveitanda síns um framkvæmd vinnu samkvæmt almennum húsbóndareglum. Þar sem fjárhagsleg tengsl skipta máli við matið getur aðili, sem telst lagalega óháður, verið háður ef hinn erlendí aðili er eini umbjóðandi hans.¹²⁸ Sérstök álitamál geta líka komið upp þegar móðurfélag í einu landi á ráðandi hlut í dótturfélagi öðru landi. Þótt móðurfélagið stjórni dótturfélaginu leiðir það ekki sjálfkrafa til þess að dótturfélagið teljist föst starfsstöð fyrir móðurfélagið og öfugt, sbr. 5. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.¹²⁹

Á hinn bóginn er ekki útilokað að dótturfélag geti verið umboðsmaður móðurfélags. Ákvæði 5. mgr. 7. gr. OECD-

fyrirmyndarinnar segir aðeins að við mat á hæði eða óhæði móður- og dótturfélaga skuli fara eftir sömu reglum og þegar um óskylda aðila er að ræða.¹³⁰ Með öðrum orðum verður að horfa fram hjá móður-dótturfélagssambandinu við matið á því hvort dótturfélagið sé svo háð móðurfélaginu við framkvæmd starfa sinna að móðurfélagið teljist stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð hjá því.¹³¹ Matið á hæðinu er því hvorki viðtækara né strangara þótt um skylda aðila er að ræða.¹³²

Samband móður-dótturfélaga verða stöðugt þýðingarmeiri í alþjóðlegum viðskiptum.¹³³ Dótturfélag þarf þó að greiða skatt í því landi sem það er heimilisfast eins og fastar starfsstöðvar. Í stað þess að stofna dótturfélag eða koma upp fastri starfsstöð í landi getur því verið freistandi fyrir móðurfélag að semja við óháðan umboðsmann til að annast um sölu á vörum sínum. Með því móti kemst móðurfélagið nefnilega hjá að greiða skatt af heildarsöluverði varanna þar sem aðeins umboðslaun dótturfélagsins koma til skatts í keldulandi samnings.¹³⁴

128 Sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg. 145. athugasemd við 5. gr. Um afmörkun háðs og óháðs umboðsmanns samkvæmt fyrirmynd OECD, sjá 38-lið og áfram athugasemda við 5. gr.

129 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 176. Zimmer, bls. 157. Skaar, 1991, bls. 539.

130 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 38.1-lið og 40-lið athugasemd við 5. gr.

131 Framkvæmi dótturfélag störf fyrir móðurfélag í keldulandi samnings sem veldur því að föst starfsstöð myndast hjá móðurfélaginu breytir það engu um skattalega stöðu dótturfélagsins. Ef dótturfélagið er heimilisfast í því landi sem móðurfélagið telst reka fasta starfsstöð í vegna umboðsstarfa dótturfélagsins ber dótturfélaginu því eftir sem að telja fram og greiða skatt af heildartekjum sínum þar á meðal þóknun vegna sölu á vörum móðurfélagsins. Verði móðurfélag takmarkað skattskyldt vegna umboðsstarfa dótturfélagsins eru afleiðingarnar þær að kelduland samnings fær rétt á að skattleggja þær tekjur sem móðurfélaginu hlotnast vegna umboðsstarfa dótturfélagsins. Hins vegar er ekki unnt að gera móðurfélaginu skatt af öðrum tekjum dótturfélagsins. Spurningunni um það hvort erindrekstur dótturfélags fyrir móðurfélag valdi því að móðurfélag telst stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð í keldulandi samnings má því ekki rugla saman við álitamálið um það hvort móðurfélag beri lagalega skyldu að telja tekjur dótturfélags fram hjá sér eins og gildir í sumum löndum þegar um þvingaða samsköttun er að ræða.

132 Til fróðleiks, sjá Rt. 1997, bls. 653. Í málinu reyndi á það hvort þýskt félag, Simens AG, skammtstafað SAS, stundaði atvinnurekstur á fastri starfsstöð í Noregi. Norskt dótturfélag hins þýska félags, Simens AS, skammtstafað SAS hafði gert samning við HYDRO um meiriháttar tækjasamsetningu. Við framkvæmd þessa verks naut SAS ríkulegrar aðstoðar SAG og í tengslum við það kom upp það álitamál hvort SAG stundaði atvinnurekstur á fastri starfsstöð í Noregi. SAG hélt því fram að aðstoð þess hefði aðeins falist í að útvega vinnuafli á leigu sem ekki telldist föst starfsstöð í skilningi tvísköttunarsamnings milli Noregs og Þýskalands. Að mati Hæstiréttar Noregs var talið sannað miðað við aðstæður í málinu að aðstoðin hefði verið mun umfangsmeiri. Í ljósi þessa var dæmt að föst starfsstöð hefði myndast.

133 Þetta gildir einkum þegar alþjóðlegar samsteypur eiga í hlut. Í stað þess að setja á fót fasta starfsstöð eða dótturfélag til að annast um viðskipti móðurfélagsins í eigin nafni þess stofnar móðurfélagið hins vegar dótturfélag og semur við það um að annast viðskiptin sem sjálfstæðan umboðsmann. Með því mótt er unnt að komast hjá að þurfa að greiða skatt af hagnaði starfsstöðvarinnar eða dótturfélagsins því aðeins umboðslaunin í keldulandi samnings eru skattlögg.

134 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 10.2-lið athugasemda við 1. gr. sem virðist opna möguleika á að móðurfélag teljist föst starfsstöð dótturfélagsins. Nánar, sjá Zimmer, bls. 157. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 177.

Innan venjulegra marka atvinnureksturs þeirra

Síðara skilyrði þess að umboðsmaður falli undir 6. mgr. 5. gr. OECD-fm, það er sé óháður hinum erlenda aðila, er að vinna hans falli innan venjulegra marka atvinnureksturs hans.¹³⁵ Umboðsmaður, sem ekki aðeins selur vörur í eigin nafni, það er innan marka venjulegs atvinnureksturs síns, heldur hefur einnig umboð til að gera samninga fyrir hönd hins erlenda aðila, og gerir þá í reynd, er í athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar um þetta skilyrði, nefndur sem dæmi um aðila sem starfar innan marka venjulegs umboðs síns.¹³⁶

Við mat á þessu skilyrði er að öðru leyti lögð áhersla á það að athuga skuli hvað er venjulegt í atvinnugreininni en ekki hjá hlutaðeigandi aðila.¹³⁷ Komi í ljós eftir slíka skoðun að óháður umboðsmaður hefur farið út fyrir venjuleg mörk atvinnureksturs síns við framkvæmd umboðsins er ekki unnt að nota 6. mgr. 5. gr. Hvort það leiði til þess að hið erlenda fyrirtæki teljist hafa stofnað fasta starfsstöð í keldulandi samnings ræðst hins vegar af þeim skilyrðum sem 5. mgr. greinarinnar setur fyrir því.¹³⁸

135 Úr danskri réttarframkvæmd, sjá U 1996.1187 H/TfS 1996, 532 H. Eystri landsréttur dæmdi að störf lögmannna. sem ráðnir höfðu verið til að stjórna útleigu á fasteignum með venjulegum hætti. illu því að föst starfsstöð myndaðist hjá eiganda fasteignanna er var búsettur í Sviss. Málinu var áfrýjað og komst Hæstiréttur að gagnstæðri niðurstöðu: „Også efter det for Højesteret oplyste må det lægges til grund, at begge advokater udøvede en virksomhed, der er sædvanlig for ejendomsadministratorer, og at advokaterne i denne forbindelse handlede inden rammerne af deres sædvanlige forretningsvirksomhed. Det er ikke godtgjort, at deres forhold til [skatteyderen] har været af en sådan karakter, at de kan betegnes som afhængige repræsentanter i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i art. 5, stk. 4, i dobbeltoverenskomsten. Det gør i denne henseende ingen forskel, at advokat ..., ud over at være administrator, også var medejer af ejendomme. Advokaternes administrationsvirksomhed kan derfor ikke udgøre et fast driftsted for [skatteyderen], jfr. aftalens art 5, stk. 5.“

136 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 38-liður athugasemda við 5. gr. Felist þessi störf umboðsins umfram allt í verkefnum sem heyrna undir 4. mgr. (undirbúnings- og aðstoðarstörf) getur starfseminn þó áfram heyrnt undir 6. mgr.

137 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 38.9-liður athugasemda við 5. gr.

138 Um matið, sjá til fróðleiks TfS 2004, 162 H. Í málin hélt danskur maður því fram að hann ræki fasta starfsstöð í

Þýðingarmestu tilvikin sem valda því að aðili fer út fyrir venjulegt umboð sitt tengjast iðulega heimild til að gera samninga fyrir hönd hins erlenda aðila, sbr. nánar hér á eftir.¹³⁹

1.3.2.3.2 Skilyrði fastrar starfsstöðvar samkvæmt 5. mgr. 5. gr.

Þótt fyrirtæki sé ekki með fasta starfsstöð í keldulandi samnings samkvæmt 1. og 2. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar getur það eigi að síður talist hafa fasta starfsstöð þar. Svo er ef umboðsmaðurinn „kemur fram fyrir hönd fyrirtækis og hefur heimild í (keldulandi samnings) til að gera samninga í fyrirtækisins nafni og beitir þessari heimild að jafnaði ...“¹⁴⁰ Fulltrúi eins og sá sem nefndur er í 5. mgr. 5. gr. getur bæði verið einstaklingur og félag það er lögðili. Ekki skiptir heldur máli hvort hann er heimilisfastur í keldulandi samnings eða ótilteknu þriðja landi. Umboðsmaðurinn getur semsé verið takmarkað skattskyldur í hlutaðeigandi landi.

Almennt er þó unnt að krefjast þess að hann hafi einhvervaranleg tengsl við landið.¹⁴¹ Andstætt 1. og 2. mgr. 5. gr. er hins vegar

Þýskalandi. Hagnaður af sölu þýrlu sem maðurinn átti væri því undanþeginn skatti í Danmörku, sbr. undanþágu mildunina skv. þágildandi tvísköttunarsamningi milli Danmerkur og Þýskalands. Hvað varðar umboðsmannsregluna var á því byggt að Daninn hefði leigt þýrluna Þýsku fyrirtæki sem framleigði hana síðan áfram til hins endanlega notanda. Rekstrarháttan gagnvart hinum endanlega notanda hvíldi á framleigusalanum, það er hinu þýska fyrirtæki, enda leigði það út þýrluna í eigin nafni. Hið þýska fyrirtæki réð yfir fleiri þýrlum sem einnig voru leigðir út. Með vísan til þessa var því talið að líta yrði á hið þýska fyrirtæki sem óháðan umboðsmann gagnvart Dananum og að vinna lægi innan marka venjulegrar atvinnustarfsemi þess.

139 Þetta er þó aðeins sagt í dæmaskyni, sjá nánar OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 38.8-liður athugasemda við 5. gr.

140 Sbr. hins enska texta er hljóðar svo: „... is acting on behalf of an enterprise and has, and habitually exercises, in a Contracting State an authority to conclude contracts in the name of the enterprise, ...“

141 Sbr. Arvid A Skaar: Permanent Establishment, 1991, bls. 485. Í OECD fyrirmyndinni kemur fram að það leiði af kröfunni um að fulltrúinn skuli koma „venjulega“ fram og gera samninga, að fyrirtækið, sem hann tengist, verði að hafa verið til lengur en skemur í keldulandi samnings svo að föst starfsstöð teljist hafa myndast og fyrirtækinu sé skylt að sæta takmarkaðri skattskyldu.

ekki nauðsynlegt að hann hafi föst tengsl við ákveðin landfræðilegan stað í keldulandi samnings. Hvorki umboðsmaðurinn né fyrirtækið þarf að hafa slík tengsl svo að föst starfsstöð teljist vera fyrir hendi.¹⁴² Umboð, sem fulltrúi í keldulandi samnings hefur, skapar þó aðeins fasta starfsstöð að það lúti að eiginlegri starfsemi (aðalstarfsemi) fyrirtækis.¹⁴³ Heimild til handa aðila til að ráða starfsmenn, taka á leigu fasteignir, kaupa varanlega rekstrarfjármuni, (innri málefni), allt í nafni fyrirtækis, nægir því ekki.¹⁴⁴ Öðru máli gegnir hins vegar ef umboðið lýtur að sölu á vörum í nafni fyrirtækis.

Almennt eru ekki gerðar sérstakar kröfur um tilvist eða eðli umboðs. Stöðuumboð jafnt sem önnur umboð með eða án tilvistar sérstaks aðila fullnægja því skilyrðunum.¹⁴⁵ Álitamál getur þó verið hvort skilja beri hugtakið umboð svo að fulltrúinn verði nauðsynlega að hafa heimild til að gera bindandi samning í nafni hins erlenda fyrirtækis eða hvort nóg sé að hann komi samningi á og láti hinu erlenda fyrirtæki svo eftir að ljúka honum. Út af fyrir sig er ekki

skilyrði að umboðsmaður hafi heimild til að ákveða samningsskilmála frá a til ö. Um umboð er því að ræða þótt umboðsmaður noti staðlaða samninga.¹⁴⁶ Jafnvel er nóg að fulltrúinn skrái aðeins nafn kaupanda, tegund vöru og magn en faxi samninginn svo til hins erlenda fyrirtækis til staðfestingar.

Í þeim tilvikum sem undirritun fyrirtækis á samning er aðeins til málamynda mæla hallkvæmnisrök einnig með því að líta eigi svo á að samningsgerðin falli undir hugtakið umboð.¹⁴⁷ Á því er líka byggt í OECD-fyrirmyndinni.¹⁴⁸ Ástæðan að baki slíku sjónarmiði er til þess að gera einföld. Í ljósi nútíma fjarskiptatækni yrði annars auðvelt að komast hjá því að föst starfsstöð samkvæmt 5. mgr. 5. gr. stofnist. Fulltrúinn verður hins vegar að nota umboð endurtekið, það er reglulega. Notkun þess má heldur ekki takmarkaðst við afmörkuð atvik. Þótt byggja verði tilvist fastrar starfsstöðar í þessu tilviki á raunverulegu umfangi viðskipta er ekki útilokað að unnt sé að horfa til þess í hvaða mæli fyrirtæki hefur reiknað með að umboð yrði notað er það var veitt.¹⁴⁹ Í athugasemdum OECD-

142 Sbr. Arvid A Skaar: Permanent Establishment, 1991, bls. 464. Í þýskum rétti er t. d. talið að söluumaður í skipasölubás geti verið föst starfsstöð þótt skipið sé ekki fasttengt við landið, það er sjávarbotninn, sjá Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., 124 liður athugasemda við 5. gr.

143 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfunna, 33-liður athugasemda við 5. gr.

144 Þegar fulltrúi innir af hendi í undirbúnings- eða aðstoðarstarf má bæði rökstyðja það að ekki sé um að ræða fasta starfsstöð með vísan til þess að slíkt starf fullnægi ekki skilyrðum 5. mgr. 5. gr. til að teljast föst starfsstöð og til 4. mgr. 5. gr. Sjá til fróðleiks TFS 1989, 165 LSR. Þýsk félag hugðist setja á fót lager hjá dönsku félagi. Þýska félagið ætlaði sjálfst annast um sölu varanna, þar með talið með útsendingu á sölumönnum og söluupplýsingum. Danskir viðskiptamenn áttu síðan að senda pantanir sínar til danska félagsins sem annaðist um afgreiðslu þeirra. Landsskattarétturinn lagði áherslu á að danska félagið hefði ekki heimild til að binda þýska félagið, þar sem söluskilmálar og verð fóru eftir þeim söluupplýsingum sem sendar höfðu verið þeim af þýska félaginu. Ákvörðun um kaup vegna greiðsluferfiðleika viðskiptamanns o. fl. var auk þess alfarið á valdi hins þýska félags. Verkefni danska félagsins lutu því umfram allt að undirbúnings- og aðstoðarframkvæmdum. Af því leiddi að þýska félagið var ekki talið hafa fasta starfsstöð í Danmörku.

145 Varðandi umboð sem hafa sérstaka tilvist (þar með talið stöðuumboð) hafa menn velt fyrri sér hvort með „umboði“

sé átt við hina innri heimild (d. indre bemyndigelse) eða hina ytri lagalegu stöðu (d. ydre legitimation). Frederik Zimmer, bls. 155 og Jørn Quiste í SU 1991, 69 telja að hin innri heimild skipti mestu máli. Arvid A. Skaar: Permanent Establishment, 1991, bls. 498 og áfram, segir að þetta, það er eðli umboðsins, eigi að ráðast af innlendum rétti þess lands sem noti samninginn hverju sinni. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, bls. 601 leggur áherslu á lagalegu stöðu umboðsins gagnvart þriðjamaðmanni. Zimmer, 2. útg., bls. 155, bendir hins vegar á að það leiði af kröfunni um að umboði skuli vera beitt jafnaðarlega að vandamálf af þessu tagi komi sárásjaldan upp. Í 3. útg. bókar hans er hvergi vikið að þessu.

146 Sbr. Zimmer, bls. 155. Klaus Vogel: Athugasemd 141 við 5. gr.

147 Sbr. Zimmer, bls. 155 sem tilgreinir 33-lið athugasemda við 5. gr., einkum 1. tölul. Þeirrar greinar, máli sínu til stuðnings. Sömu skoðunar er Skaar, 1991, bls. 492, en þar segir: „An agency PE is constituted, however, when the approval of the contract is a pure formality, and not a real part of the negotiations.“ Klaus Vogel: Athugasemdir 140-141 við 5. gr.

148 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfunna, athugasemd 33 við 5. gr. Sjá einnig Arvid A. Skaar: Permanent Establishment, 1991, bls. 490 og áfram. Zimmer, bls. 155. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 180. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., 118-liður athugasemda við 5. gr.

149 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 180. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 3. útg., 120-liður athugasemda við 5. gr.

fyrirmyndarinnar um þetta segir hins vegar aðeins að byggja verði ákvörðunina á raunverulegri stöðu viðskiptanna, sem þýðir að meta verður hvert tilvik sér.¹⁵⁰

Þótt um sé að ræða fullrúa, er hefur umboð, leiðir notkun þess í nafni fyrirtækis í aðildarríki, þó ekki til myndunar fastrar starfsstöðvar í keldulandi samnings, ef starf umboðsmanns takmarkast við þess háttar aðgerðir sem um ræðir í 4. mgr. 5. gr. og þessar aðgerðir, ef þær væru framkvæmdar á föstum verslunar (viðskipta) stað, myndu ekki leiða til stofnunar fastrar starfsstöðvar. Felast starf umboðsmanna í innkaupum á vörum eða söfnun upplýsinga þarf því almennt ekki að hafa neinar áhyggjur af því að föst starfsstöð myndist. Fullnægi umboðsmaður hins vegar þeim skilyðum sem krafist er til myndunar fastrar starfsstöðvar heyrir undir starfsstöðina ekki aðeins sú starfsemi, sem veldur því að föst starfsstöð telst vera fyrir hendi, heldur sérhver sú starfsemi önnur er umboðsmaðurinn annast í nafni fyrirtækisins.

1.3.2.4 Uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar

1.3.2.4.1 Hlutverk uppgjörins

Rétturinn til að skattleggja tekjur af atvinnurekstri samkvæmt 1. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar tilheyrir heimilisfestarlandinu, sbr. orðalagið „er einungis skattlagður“.¹⁵¹ Að jafnaði er keldulandi samnings því óheimilt að skattleggja og gildir einu þótt tekjurnar eigi uppruna í starfsemi með ákveðin tengsl við landið eins og sölu á vörum til viðskiptamanna sem búsettir eru þar. Starfræki fyrirtæki í aðildarríki fasta

starfsstöð í keldulandi samnings ber hins vegar að skipta skattlagningarréttinum á milli þess ríkis og heimilisfestarlands skattaðila.¹⁵²

Kelduland samnings hefur heimild til að skattleggja þann hluta af hagnaði fyrirtækis sem tilheyrir föstu starfsstöðinni. Afganginn, það er þann hluta, sem ekki tilheyrir föstu starfsstöðinni heldur höfuðstöðvunum, er kelduland samnings semsé óheimilt að skattleggja. Umræddur hluti er þar af leiðandi undanþeginn (d. ekseptionslempelse, undanþágumildun) skattlagningu í keldulandi samnings. Þar sem hluti af tekjunum sætir skattlagningu í keldulandi samnings ber heimilisfestarlandi skattaðila að milda skattlagningu fyrirtækisins samkvæmt undanþágu- eða frádráttaraðferð, sbr. A- eða B-liður 23. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.

Réttur til mildunar takmarkast þó við hinar mildunarhæfu tekjur, það er þann hluta teknanna, sem tilheyrir föstu starfsstöðinni. Starfsstöðinni ber að gera upp þessar tekjur sem nettótekjur. Til skatts koma því heildartekjur af frádregnum heildarútgjöldum. Afar þýðingarmikið er að heimilisfestarland og kelduland samnings geri tekjur fastrar starfsstöðvar upp eins. Þetta er nauðsynlegt til að unnt sé að hindra tvískattlagningu eða það sem verra er, tviökkiskattlagningu. Af skiptingarákvæðum 6.-22. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er ákvæði 7. gr. eina ákvæðið sem hefur að geyma reglur um uppgjör tekna, sbr. 2. til 6. mgr. ákvæðisins. Þar sem einstök aðildarríki, heimilisfestarland og kelduland samnings, eru skyldug að nota þessar reglur við uppgjör mildunarhæfra tekna veitir slíkt

¹⁵⁰ Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfuna, athugasemd 33.1-lið við 5. gr.

¹⁵¹ Ákvæði 7. gr. hefur verið í endurskoðun undanfarin ár. Hófst vinnan 2006 og er reiknað með að henni ljúki 2010. Nýtt ákvæði mun þá taka gildi. Hið nýja ákvæði sem þegar hefur verið kynnt felur þó ekki í sér breytingu frá eldri rétti heldur er tilgangurinn aðeins að gera ákvæðið skýrarar. Sjá

Discussio draft on a new Article 7 (Business Profits) of the OECD Model Tax Convention, /, July to December 2008.

¹⁵² Skilyrði er að um sé að ræða fasta starfsstöð í keldulandi samnings. Reki fyrirtæki fasta starfsstöð í önefndu þriðja ríki eða heimilisfestarlandi sínu, er aðeins unnt að skattleggja tekjur af henni í heimilisfestarlandinu.

fyrirkomulag ákveðna tryggingu fyrir því að samræmdu uppgjóri sé beitt.

Á uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar reynir í tveimur tilvikum samkvæmt innlendum rétti, annars vegar við afmörkun á tekjum sem sæta takmarkaði skattskyldu samkvæmt 4. tölul. 3. gr. SL og hins vegar við ákvörðun á mildunarhæfum tekjum samkvæmt tvísköttunarsamningum. Þótt ekki sé fyrir að fara neinni þjóðréttarlegri skyldu fyrir ríki að gera tekjur fastrar starfsstöðvar upp eins í báðum tilvikum er það yfirleitt gert hjá flestum þjóðum. Ástæða þessa er tvíþætt. Ekki er óalgennt að gripið sé til OECD-fyrirmyndarinnar sem hjálpargagns við túlkun innlendra reglna. Þá er venja að fylla ófullkomin ákvæði tvísköttunarsamninga með innlendum lögum og verklagsreglum.¹⁵³

1.3.4.4.2 Hin óbeina aðferð

Við tekjuuppgjör fastrar starfsstöðvar er venja að greina á milli óbeinnrar og beinnrar aðferðar.¹⁵⁴ Samkvæmt hinni beinu aðferð er gengið út frá þeirri ímynd eða hugmynd öllu heldur að fasta starfsstöðin sé efnahagslega sjálfstæð eining. Athugið að hér er einungis um að ræða ímynd vegna þess að fasta starfsstöðin er hvorki sjálfstæður réttaráðili né skattaðili heldur aðeins ósjálfstæður hluti af ákveðinni fyrirtækjaheild, höfuðstöðvum fyrirtækis í öðru landi.

Við tekjuuppgjör samkvæmt hinni beinu aðferð þarf kelduland samnings, rekstrarlandið eða starfsstöðvarlandið, því ekki að gera upp heildartekjur fyrirtækisins, föstu starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna, þvert á móti er fullnægjandi að ákvarða heildartekjur og heildarútgjöld starfsstöðvarinnar. Nánari grein verður gerð fyrir hinni beinu aðferð í kafla 6.3.2.4.3 hér á

eftir.

Meira tillit er hins vegar tekið til þess að fasta starfsstöðin er ósjálfstæður hluti af stærri fyrirtækjaheild samkvæmt hinni óbeinu aðferð. Við tekjuuppgjör samkvæmt þeirri aðferð er þess vegna nauðsynlegt að gera fyrst upp alheims tekjur og alheims útgjöld fyrirtækisins. Mismuni þessa þáð er hagnaðinum eða tapinu er svo skipt á milli starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna eftir ákveðnum skiptilyklum.

1.3.2.4.2.1 Hin óbeina aðferð sem almenn skiptiaðferð

Hin óbeina aðferð í víðasta skilningi orðsins gengur út frá því að starfsstöðin sé ósjálfstæður hluti af ákveðinni fyrirtækjaheild. Til grundvallar aðferðinni liggur að báðir hlutar fyrirtækisins, höfuðstöðvarnar og starfsstöðin, stuðli að heildarhagnaði þess. Vegna þessa eigi að skipta heildarhagnaðinum á milli fyrirtækjahlutanna að tiltölu miðað við stærð þeirra. Þegar hinni óbeinu aðferð er beitt felast tekjur fastrar starfsstöðvar eingöngu í raunverulegum tekjum og gjöldum. Ekkert tillit er því tekið til reiknaðra tekna og gjalda vegna innbyrðis viðskipta föstu starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna.

Nokkrir annmarkar eru á notkun hinnar óbeinu aðferðar. Í fyrsta lagi veldur beiting hennar erfiðleikum í starfsstöðvarlandinu.¹⁵⁵ Öfugt við hina beinu aðferð er þannig ekki nóg að gera upp tekjur sem tilheyra starfsstöðinni. Til að unnt sé að skipta hagnaðinum á milli föstu starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna verður semsé að gera upp alheimstekjurnar bæði í heimilisfestarlandinu og starfsstöðvarlandinu. Uppgjör

¹⁵³ Við uppgjör á tekjum samkvæmt 2.-6. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er það iðulega svo að innlendum réttur afmarkar hvaða tekjur eru skattskyldar og hvaða frádrátt megi draga frá þeim, hvenær skuli telja tekjur til tekna og gjöld til frádráttar þeim, umreikning erlendra tekna til innlendra svo nokkuð sé nefnt.

¹⁵⁴ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 187. Zimmer, bls. 161.

¹⁵⁵ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 187. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., 104-liður athugasemda við 7. gr. og áfram.

í heimilisfestarlandinu litur lögum heimilisfestarlandsins en í starfsstöðvarlandinu er gengið út frá lögum starfsstöðvarlandsins.¹⁵⁶

Þessi uppgjörsmáti gerir ekki aðeins meiri kröfur til fyrirtækisins sem slíks. Það verður jú að gera upp tekjur sínar samkvæmt lögum tveggja landa. Álag eykst einnig á skattayfirvöld vegna eftirlits með skattskilum fyrirtækisins.¹⁵⁷ Í annan stað getur verið vandkvæðum bundið að finna heppilega aðferð (skiptilykill) til að skipta heildarhagnaðinum á milli starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvarinnar á nákvæman og einhlytan hátt. OECD-fyrirmyndin flokkar slíka skiptilykla í þrennt. Samkvæmt fyrsta flokki er hagnaðinum skipt eftir sölu (veltu), öðrum flokki eftir launaútgjöldum og þriðja flokki eftir framlögðu fé eða eigin fé.¹⁵⁸

Samkvæmt hinni óbeinu aðferð er þar að auki lítið sem ekkert tillit unnt að taka til þess að einstakir hlutar fyrirtækis fást

við ólíka starfsemi. Höfuðstöðvarnar eru t. d. framleiðslufyrirtæki en starfsstöðin sölufyrirtæki. Almennt ber þó að forðast að láta valið á aðferð ráðast eingöngu af hagkvæmismáti eins og uppruna tekna. Jafnvel þótt að með hinni óbeinu aðferð sé leitast við að ákvarða tekjur, sem næst því er þær myndu verða ákvarðaðar samkvæmt hinni beinu aðferð, getur verið munur á aðferðunum. Þýðingarmikið er því að taka stefnumarkandi ákvörðun um skiptingu tekna strax í upphafi svo að ekki fari á milli mála á hverju hún grundvallast.¹⁵⁹

Flest ríki, þar á meðal Ísland, nota hina beinu aðferð við uppgjör á tekjum fastrar starfsstöðvar.¹⁶⁰ Aðferðin er líka lögð til grundvallar í fyrirmynd OECD að tvísköttunarsamningi. Við framkvæmd tvísköttunarsamninga sem gerðir eru á grundvelli OECD-fyrirmyndarinnar er aðeins unnt að beita hinni óbeinu aðferð við tekjuuppgjör að hún sé venjulega notuð eftir innlendum rétti.¹⁶¹ Jafnframt verður

156 Kelduland samnings getur ekki lagt uppgjör fyrirtækis í heimilisfestarlandi athugasemdalest til grundvallar skiptingu hagnaðar. Það starfar af því að uppgjör tekna í löndunum getur verið svo ólíkt. Löndin geta t. d. notað mismunandi matsreglur, fyringarreglur og tímafærslureglur svo að nokkuð sé nefnt. Þetta sjónarmið nýtur stuðnings í OECD-fyrirmyndinni, 2005-útgáfunni. Eins og segir í 28-liðu athugasemda við 7. gr. er ekki unnt að krefjast þess að eitt land fylgi reglum annars lands við skiptingu tekna milli starfsstöðvar og höfuðstöðva.

157 Almenn upplýsingaskylda gagnvart starfsstöðvarlandi eða samningur um skyldu heimilisfestarlands til að senda keldulandi samnings upplýsingar um tekjur fyrirtækis í heimilisfestarlandi myndi tvímælalaust vera til bóta. Varasamt getur þó verið að veita slíkar upplýsingar vegna réttmætra ástæðna alþjóðlegra fyrirtækja um er að vískvæmd viðskiptaleyndarmál komist í hárnæli eða verði heyrum kunn.

158 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 27-liður athugasemda við 7. gr. Á umræddum stað í athugasemdunum er engri aðferð veittur forgangur umfram aðra. Þvert á móti er sagt að val á aðferð fari eftir aðstæðum í hverju máli. Skipting eftir veltu henti ef til vill best hjá fyrirtækjum sem stunda sölu á vörum og þjónustu með mikillri framlegð. Á sama hátt sé unnt að notast við veltu við sölu á váttryggingum hjá tryggingafyrirtækjum. Á hinn bóginn geti verið æskilegra að skipta eftir kostnaði þegar um er að ræða framleiðslufyrirtæki. Gildir það ekki hvað sist þegar um er að ræða fyrirtæki sem framleiða hráefni. Þessu er í grundvallaratriðum eins farið þegar um er að ræða fyrirtæki sem krefjast mikils vinnuafns við framleiðslu sína. Loks kunnir framlagt fé að vera heppilegri skiptingarkill þegar um er að ræða fjárfestingarfyrirtæki. Þótt upptalningin á skiptilyklum sé takmörkuð við þessa þrjá

kosti útilokar það ekki að unnt sé að nota aðra möguleika. Í þýskum fræðibókum hefur verið lagt til að millilandamæranleg fyrirtæki skipti heildarhagnaðinum eftir áhættumati, sbr. Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 385.

159 Sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., 101-liður athugasemda við 7. gr. er gagnrýnir þýska fræðimenn fyrir skort á töku stefnumarkandi ákvörðunar.

160 Af einstökum Evrópulöndum, sem víkja frá þessu, má nefna Sviss. Í ársskýrslu IFA-ráðstefunnar 1996 getur Peter Athanas þess að aðferðin hafi einnig mikla þýðingu við uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar í Ástralínu, Japan og Malasíu, sjá Peter Athanas í ársskýrslu IFA-ráðstefunnar 1996, sbr. Cahiers LXXXIa, bls. 21 og áfram, einkum bls. 29.

161 Hinn takmarkaði möguleiki á að nota hina óbeinu aðferð við uppgjör tekna samkvæmt tvísköttunarsamningum sem eru gerðir eftir OECD-fyrirmyndinni er sérstaklega undirstrikaður í fyrirmyndinni. Samkvæmt því er „aðeins heimilt að nota hina óbeinu aðferð, í undantekningartilvikum, þegar það af sögulegum orsökum hefur verið venja í fortíðinni og er almennt viðurkennt í hlutaðeigandi landi, bæði af skattayfirvöldum og skattaðilum sem fullnægjandi.“, sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 25-liður athugasemda við 7. gr. i. f. Víkjandi staða hinnar óbeinu aðferðar gagnvart hinni beinu þýðir samkvæmt OECD-fyrirmyndinni, að val á skiptingaraðferð eigi umfram allt að gegna þeim tilgang að leiða fram niðurstöðu um skattskyldar tekjur sem nalgast eins og kostur er þá niðurstöðu sem leidd er fram um skattskyldar tekjur samkvæmt hinni beinu aðferð, sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 27-liður athugasemda við 7. gr. i. f.

hin óbeina aðferð að leiða til hliðstæðrar tekjuuppgjörsniðurstöðu sem meginreglur 7. gr. um heimfærslu tekna kveða á um. Síðast en ekki síst takmarka reglur, sem lúta að framkvæmd tekjufærslunnar, möguleika ríkja til að fylgja hinnu óbeinu aðferð. Leiðir þetta af 6. mgr. 7. gr. sem gerir kröfu um að fyrirtæki fylgi sams konar heimfærslureglu frá ári til árs.¹⁶²

Samkvæmt íslenskum skattarétti geta aðeins erlend váttryggingafélög, sem starfa hér á landi á fastri starfsstöð, notað óbeina aðferð við uppgjör útibúsins, sbr. 2. mgr. 3. tölul. 70. gr. SL.¹⁶³ Ákvæðið mælir fyrir um uppgjör tekjuskattstofns og tekur því bæði til reglulega og óreglulegra tekna. Þar að auki er uppgjörð fortakslaut sem þýðir að almennt er ekki unnt að veita undanþágu frá greininni. Þótt íslensk skattalög hafi aðeins að geyma reglur um uppgjör tekna útibúa erlendra váttryggingafélaga er ekki unnt að útiloka að aðrir, sem reka fastar starfsstöðvar hér, geti fengið heimild til að gera upp tekjur samkvæmt óbeinni aðferð. Um eiginlega skyldu til að nota uppgjörsaðferðina hjá fyrirtækjunum er þó varla að ræða. Hið sama gildir um innlend váttryggingafélög sem reka útibú erlendis. Við uppgjör sitt ber þeim almennt að nota hina beinu aðferð og óháð því hvað innlend lög í starfsstöðvarlandinu segja um uppgjörð.¹⁶⁴ Almennt er því ekki unnt að skylda þau til að nota óbeina aðferð nema lög keldulandsins kveði á um það.

1.3.2.4.2.2 *Hin óbeina aðferð sem fyllingarregla*

Að undanteknum útibúum erlendra

váttryggingafélag hér á landi ber að leggja hina beinu aðferð til grundvallar tekjuuppgjöri fastra starfsstöðva. Þetta þýðir þó ekki að aldrei geti reynt á hina óbeinu uppgjörsaðferð við tekjuuppgjör fastrar starfsstöðvar. Í einstaka tilvikum kann að vera nauðsynlegt að grípa til hennar sem hjálpartækis við uppgjör samkvæmt hinni beinu aðferð.¹⁶⁵ Svo er t. d. þegar ekki er unnt að notast við hina beinu aðferð vegna skorts á fullnægjand bókhaldsgögnum. Hið sama gildir þegar skipta þarf gjöldum sem meira og minna eru sameiginleg föstu starfsstöðinni og höfuðstöðvunum. Í slíkum tilvikum virkar aðferðin því sem fyllingarregla.

Í OECD-fyrirmyndinni er sérstaklega rætt um erfiðleika við að afla fullnægjandi bókhaldsgagna hjá föstu starfsstöðinni sem ástæðu fyrir beitingu aðferðarinnar. Það eigi t. d. við þegar um er að ræða lítil fyrirtæki sem starfa beggja megin landamæra í löndum sem liggja hlið við hlið. Sama máli gegnir þegar starfsstöðin og höfuðstöðvarnar eru mjög tengdar þannig að ekki er unnt að skilja á milli þeirra með góðu móti. Samkvæmt athugasemdum við fyrirmyndina ber þá að nota hina óbeinu aðferð ef það er venjulegt í hlutaðeigandi ríki. En jafnvel þótt ekki sé venjulegt að beita aðferðinni getur verið réttlæt看legt að gera það í undantekningartilvikum svo sem þegar áætla þarf skiptingu af hagkvæmnisástæðum.¹⁶⁶

Hvorki í lögum né stjórnvaldsfyrirmælum hér á landi er að finna reglu sem gerir ráð fyrir beitingu hinnar óbeinu aðferðar við slíkar aðstæður. Ef erfiðleikum er bundið

162 Sbr. Zimmer, bls. 161. Sjá einnig discussion draft 2001, en þar segir að hin óbeina aðferð komi aðeins til greina „in a very small number of cases“ og að vinnureglan geri ekki ráð fyrir að þörf sé fyrir ákvæðið í 4. mgr. 7. gr. fyrirmyndarinnar, sbr. liður 180.

163 Hliðstæða reglu er að finna í 12. gr. dönsku félagaskattalaganna. Um túlkun þessa, sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 189-190.

164 Sbr. Inge Beicher og Clive M. Baxter í dönsku skýrslunni á IFA-ráðstefnunni 1996, sbr. Cahiers LXXXII, bls. 345 og áfram, einkum bls. 361. Á þessu virðist einnig byggt í LSRM

1964, 97, en þar var fallis á kröfu dansks tryggingafélags um að reiknaðir vextir á grundvelli iðgjalda af seldum trygginga til váttryggingataka í Svíþjóð, skyldu teljast til tekna hjá fastri starfsstöð, er tryggingafélagið rak í Svíþjóð, en af því leiddi að þeir voru undanþegnir skatti í Danmörku samkvæmt dansk-sænska tvísköttunarsamningnum.

165 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 191. Zimmer, bls. 161.

166 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfan, 24-liður athugasemda við 7. gr.

að sannreyna tekjur fastrar starfsstöðvar vegna ágalla á bókhald og reikningskilum eða vegna annarra ástæðna, verður þess vegna að reyna til þrautar að gera upp tekjur starfsstöðvarinnar samkvæmt hinni beinu aðferð.¹⁶⁷ Í framkvæmd hér á landi er því líklegra að gripið verði til hinnar óbeinu aðferðar til fyllingar við heimfærslu á gjöldum sem snerta bæði föstu starfsstöðina og höfuðstövarinnar. Helsta dæmið um slík gjöld er auðvitað almennur (yfir) stjórnunarkostnaður, auglýsingaferð, rannóknar- og þróunarkostnaður og markaðsleit svo nokkuð sé nefnt.¹⁶⁸

Þótt hin óbeina aðferð sé aðeins notuð til fyllingar eru vandamálin samfara beitingu hennar ekkert auðveldari í meðförum. Fyrirtæki getur því lent í erfiðleikum með að gera upp tekjurnar eða gjöldin og skipta þeim með fullnægjandi hætti. Léttara er ekki heldur fyrir skattfyrvöld að fylgjast með því að uppgjörð sé rétt og sannleikanum samkvæmt. Ákveða verður skiptingarlykil í hverju tilviki fyrir sig eftir því sem best hentar starfseminni. Eðlilega hlýtur valið þó ávallt að vera nokkuð matskennt. Þetta eykur hættuna á því að heimilisfestarland og kelduland samnings, starfsstöðvarlandið, skipti tekjunum eða gjöldunum á ólíkan hátt.

Vegna skorts á reglum um framkvæmd skiptingar má almennt ganga út frá því sem vísu að heimilt sé að notast við innlendar verklagsreglur um skiptingu teknanna eða gjaldanna við tekjuuppgjörð samkvæmt tvísköttunarsamningum. Hér á

landi er hvorki við skráð lög eða auglýstar verklagsreglur að styðjast við ákvörðun á skiptingarlykli þegar hin óbeina aðferð er notuð til fyllingar við gjaldskiptingu. Fyrirtæki hefur því tiltölulega frjálsar hendur við framkvæmdina. Sé skiptingin vefengd verður hlutaðeigandi þó ávallt að vera tilbúin að rökstyðja skiptinguna fyrir skattfyrvöldum.

1.3.2.4.3 Hin beina aðferð

Við framkvæmd tvísköttunarsamninga á Íslandi ber almennt að gera upp hagnað fastrar starfsstöðvar samkvæmt hinni beinu aðferð.¹⁶⁹ Þetta gildir hvort heldur fasta starfsstöðin er staðsett hér á landi, það er Ísland er kelduland samnings, eða erlendis, það er Ísland er heimilisfestarland samnings. Mælt er fyrir um hina beinu aðferð í 2. og 3. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar og hljóða málsgreinarnar svo:

„2. Þegar fyrirtæki í samningsríki stundar atvinnurekstur í hinu samningsríkinu á fastri starfsstöð skal hvort samningsríki um sig, nema annað leiði af ákvæðum 3. mgr., heimfæra hjá föstu starfsstöðinni þann hagnað sem ætla má að komið hefði í hennar hlut ef hún væri sérstakt og sjálfstætt fyrirtæki sem hefði haft með höndum sams konar eða svipaðan atvinnurekstur við sömu eða svipaðar aðstæður og kæmi að öllu leyti sjálfstætt fram í skiptum við það fyrirtæki sem hún er föst starfsstöð fyrir.

3. Við ákvörðun hagnaðar fastrar atvinnustöðvar skal leyfa sem frádrátt útgjöld sem stofnað er til

167 Ef ekki er unnt að sannreyna tekjur og gjöld fyrirtækis vegna þess hversu ónákvæm skráning þeirra er eða fylgiskjöl beinlínis vantar gildir sú regla samkvæmt íslenskum rétti að ákvarða beri tekjuskattsstofn fyrirtækisins að álitum eins og það er kallað. Undir slíkum kringumstæðum getur verið fylgilega réttlætanlegt að nota hina óbeinu aðferð við skiptingu tekna og jalda. Ekki aðeins auðveldar það skattfyrvöldum að skipta tekjunum. Dómstólar geta einnig haft hliðsjón af reglunni við könnun á því hvort sanngjarnri skiptingu hafi verið beitt. Þegar ágallar eru á bókhaldi og reikningskilum fyrirtækis er því viðbúið að hin óbeina aðferð fái aukið vægi. Eftir sem áður ber þó að leggja áherslu á það að fylgja skal hinni beinu aðferð ef þess er nokkur kostur.

168 Í 16-lið athugasemda við 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, 2005-útgáfunni segir eftirfarandi um þetta: „Í einstaka tilvikum er augljóslega nauðsynlegt að meta þau gjöld sem um ræðir eða ætla þau með hefðbundnum aðferðum. T. d. varðandi stjórnunarkostnað vegna reksturs höfuðstöðva getur verið réttlætanlegt að gjaldfæra hluta samkvæmt veltu (eða jafnvel heildartekjum) starfsstöðvarinnar af heildarveltu fyrirtækisins.“

169 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 192. Zimmer, bls. 161.

af hálfu föstu atvinnustöðvarinnar, þar með talinn kostnað við framkvæmdastjórn og almenna stjórnun, hvort heldur kostnaðurinn er til orðinn í því ríki þar sem fasta atvinnustöðin er eða annars staðar.¹⁷⁰

Tekjuuppgjör samkvæmt hinni beinu aðferð byggir á þeirri mynd eða hugmynd (d. fiktion) öllu heldur að fasta starfsstöðin sé sjálfstætt óháð fyrirtæki, sbr. nánar næsta kafla hér á eftir.¹⁷¹ Ákvæði 7. gr. fyrirmyndarinnar er þó ekki algilt. Undir það falla semsé ekki allar tekjur. Nauðsynlegt er þannig að lesa ákvæðið í samhengi við 2. mgr. 13. gr. OECD-fyrirmyndarinnar.

Umrætt ákvæði heimilar keldulandi samnings að skattleggja hagnað vegna sölu á eignum sem tilheyra fastri starfsstöð í því ríki. Skattlagningarrétturinn tekur til hagnaðar af sölu allra eigna nema fasteigna.¹⁷² Engu máli skiptir því hvort um er að ræða varanlega rekstrarfjármuni (d. næringsaktiver) eða fjárfestingareignir (d. anlægsaktiver).¹⁷³ Tekjur af sölu allra þessara eigna ber að heimfæra undir föstu starfsstöðina. Með þessu er þó ekki öll sagan sögð. Kelduland samnings er einnig heimilt að skattleggja hagnað af sölu föstu starfsstöðarinnar að hluta eða fullu, sér eða

saman, með höfuðstöðvunum. Helgast það af því að litið er á viðskiptin eins og um sölu einstakra eigna sé að ræða, en ekki ákveðinni eignaeild, það er mismun heildareigna og heildarskulda.

1.3.2.4.3.1 Helstu efnisþættir sjálfstæðisimyndarinnar

Ákvörðun á efni sjálfstæðisimyndarinnar hefur beina þýðingu við skattlagningu í tveimur samningsríkjum (eða réttara sagt samningsbundna takmörkun á skattlagningarrétti í aðildarríkjum samnings) þar sem niðurstöður um fjölmörg atriðiveltur á því hversu sjálfstæð starfsstöðin telst vera gagnvart höfuðstöðvunum. Þeir sem fjalla um alþjóðlegan skattarétt eru þó langt frá því sammála um alla efnisþætti eða innihald sjálfstæðisimyndarinnar.¹⁷⁴ Hinum ólíku kenningum má þannig gróflaga skipta í tvo flokka, annars vegar kenningum um ótakmarkað (fullt) sjálfstæði og hins vegar kenningum um takmarkað sjálfstæði.¹⁷⁵

Ótakmarkað sjálfstæði

Þegar um er að ræða viðskipti á milli starfsstöðvar og höfuðstöðva hennar ber eftir kenningunum um ótakmarkað sjálfstæði að gera þau upp samkvæmt

170 Á ensku hljóða þessi ákvæði svo: „2. Subject to the provisions of paragraph 3, where an enterprise of a Contracting State carries on business in the other Contracting State through a permanent establishment situated therein, there shall in each Contracting State be attributed to that permanent establishment the profits which it might be expected to make if it were a distinct and separate enterprise engaged in the same or similar activities under the same or similar conditions and dealing wholly independently with the enterprise of which it is a permanent establishment. — 3. In determining the profits of a permanent establishment, there shall be allowed as deductions expenses which are incurred for the purposes of the permanent establishment, including executive and general administrative expenses so incurred, whether in the State in which the permanent establishment is situated or elsewhere.”

171 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 194. Zimmer, bls. 160 og áfram.

172 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 24- og 27-liður athugasemda við 13. gr.

173 Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 194, einkum tilvísun 194 á þeirri síðu. Sú skoðun er því ekki rétt að heimfærsla tekna til fastrar starfsstöðvar takmarkist

við eignir sem hafa atvinnurekstrarleg einkenni, það er aflag tekna í reglulegri starfsemi (d. erhvervsmæssig karakter).

174 Álitamál tengd umfangi sjálfstæðisimyndarinnar hafa verið til umræðu innan OECD udanfarin ár. Árið 2001 gaf stofnunin þannig út umræðuðróg (e. discussion draft) með heitinu: The attributions of profits to permanent establishment. (Hér eftir kallað Discussion draft 2001) Álitamál varðandi sjálfstæði starfsstöðvar skipta meðal annars máli, þegar tap er af rekstri höfuðstöðva eða annarra rekstrarstaða, en hagnaður af rekstri fastrar starfsstöðvar. Samkvæmt kenningunni um hið takmarkaða sjálfstæði skal telja starfsstöðinni til tekna þær tekjur er henni tilheyra. Ekki er því heimilt að jafna tapi höfuðstöðva á móti hagnaði hennar. Samkvæmt kenningunni um hið ótakmarkaða sjálfstæði ber hins vegar að skipta heildarhagnaði (eða tapi) fyrirtækisins, það er „business profits“ á milli einstakra hluta fyrirtækisins. Sé hagnaður af einum rekstrarhluta en tap af öðrum þurrkast það því út. Um samanburð á þessu vandamáli í einstökum löndum, sjá The Attribution of Profits to Permanent Establishments: The taxation of intra-company dealings í ritstjórn Raffaele Russo, Preface by Kees van Raad, IFA, Ágúst 2005.

175 Sjá Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervesindkomst, bls. 245 og áfram.

armlengdarverðum.¹⁷⁶ Af því leiðir að greiðslur eins og vextir, leiga og höfundalaun vegna innbyrðis viðskipta teljast tekjur hjá þeim hluta fyrirtækisins er veitir þeim móttöku en útgjöld hjá þeim hluta fyrirtækisins sem innir þær af hendi. Uppgjör tekna og gjalda samkvæmt þessari aðferð líkist því einna helst uppgjöri sem beitt er þegar um er að ræða móður- og dótturfélag í fullri eign móðurfélagsins. Ótakmarkað sjálfstæði fastrar starfsstöðvar í jafn ríki mæli og hér er gert ráð fyrir er þó yfirleitt hafnað af fræðimönnum.¹⁷⁷

Eðlilega er því erfitt að finna dóm og úrskurði svo og fræðileg skrif til styrktar henni. Önnur kenning um uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar, rekstrargagnsemiskenningin (d. funktions-nytte-teorien) er líka stundum nefnd í þessu sambandi. Verulegur munur er þó að henni og kenningunni um ótakmarkað sjálfstæði.¹⁷⁸ Fyrir það fyrsta er ekki nauðsynlegt að leysa álítaefnið um sjálfstæði eða ekki sjálfstæði föstu starfsstöðvarinnar. Í staðin er litið á starfsstöðina sem hluta af fyrirtækinu, sem slíku, og af þeim sökum þurfi aðeins að taka afstöðu til þess hversu stór hluti af heildarhagnaðinum tilheyrir henni.

Við ákvörðun á hagnaðarhlutanum ber samkvæmt rekstrargagnsemiskenningunni að gera upp heildatekjur og gjöld samkvæmt hinni beinu aðferð og skipta honum svo á milli starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna með hliðsjón af gagnsemi hvors fyrirtækjahluta fyrir reksturinn. Til að framkvæma skiptinguna verður

því að reikna út hvað einstakir þættir starfseminnar gagnast rekstrinum mikið og eru tekjur einstakra hluta starfseminnar svo fundnir með því að leggja saman tekjur þeirra þátta sem honum tilheyrja.

Þegar um innbyrðis viðskipti er að ræða ber að gera rekstrargagnsemina upp samkvæmt armlengdarverðum. Láni starfsstöð höfuðstöðvum peninga nemur rekstrargagnsemi lánsins því vöxtum af láninu. Þar sem heildartekjur fyrirtækisins aukast ekki um viðskiptin minnkar rekstrargagnsemi höfuðstöðvanna samsvarandi. Samtala heildar rekstrargagnsemi einstakra hluta fyrirtækisins er því jöfn heildartekjum fyrirtækisins. Þótt rekstrargagnsemiskenningin sé frábrugðin kenningunni um ótakmarkað sjálfstæði leiða kenningarnar oftan en ekki til svipaðrar niðurstöðu varðandi innbyrðis viðskipti milli starfsstöðvar og höfuðstöðva.

Tekjur hjá einum hluta jafnast nefnilega út af gjöldum hjá öðrum hluta fyrirtækis. Þrátt fyrir nokkurn stuðning þeirra sem fjalla um alþjóðlegan skattarétt er rekstrargagnsemiskenningunni þó almennt hafnað sem tekjuuppgjörsaðferð fastrar starfsstöðvar. Samkvæmt íslenskum skattarétti er þannig hvorki heimilt að nota aðferðina um ótakmarkað sjálfstæði né rekstrarntytsemi við uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar. Leiðbeiningar fyrirmyndar OECD um uppgjör fastrar starfsstöðvar mæla ekki heldur með að þeim sé beitt.¹⁷⁹

176 Með armlengdarverði er átt við verð sem óskyldir aðilar semja um við aðstæður þar sem andstæðir hagsmunir ríkja. Þessir hagsmunir lýsa sér gjarnan svo að seljandi óskar að fá sem hæst verð fyrir eign á meðan kaupandi vill gjalda sem lægst verð fyrir hana. Verðið, sem aðilar verða ásáttir um, er því eins konar málamiðlanverð.

177 Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 195.

178 Af einstökum fylgismönnum þessarar kenningar má nefna Helmut Becker í Europäische Steuerzeitung 1971,95. Sami í Der Betrieb 1998, 10. Sami í Der Betrieb 1990,392. Á sömu nótum, sjá Wolfgang Kumpf: Besteuerung inländischer Betriebsstätten von Steuerländern, 1982, bls. 98 og áfram. Sami í Steuerberater Jahrbuch 1988/89, bls. 405 og áfram. Otto H. Jacobs: Internationale Unternehmensbesteuerung,

4. útg. 1999, bls. 509 og áfram. Irene Burgers: Taxation and Supervision of Branches of international Banks, bls. 493 og áfram.

179 Um leiðbeiningarreglurnar nánar, sjá Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 205 á áfram. Um þessar mundir á sér stað inni OECD umræður um mögulega breytingu á ákvæði 7. gr. fyrirmyndarinnar varðandi uppgjör atvinnurekstrartekna. Bendir þessi vinna jafnvel til að orðalagi leiðbeininganna verði breytt þannig að fyrirtækjum verði gefinn kostur á rekstrarntytsemissaðferð við uppgjör tekna. Nánar, sjá Philip Noes í SU 2005, 153. Þótt orðalagi leiðbeininganna verði breytt með þessum hætti er þó alls ekki víst að það breyti neinu um gerð og túlkun eldri samninga.

Takmarkað sjálfstæði

Kenningin um takmarkað sjálfstæði fastrar starfsstöðvar gerir ráð fyrir skiptingu á heildarhagnaði fyrirtækis milli starfsstöðvar og höfuðstöðva eins og rekstrargagnsemiskeningin. Öfugt við hana er hins vegar gengið út frá því að fasta starfsstöðin sé í raun sjálfstætt fyrirtæki. Sjálfstæðið er þó ekki algert, eins og byggt er á samkvæmt kenningunni um ótakmarkað sjálfstæði heldur takmarkað, sem helgast af þeirri staðreynd, að starfsstöðin og höfuðstöðvarnar eru í raun einn og sami réttar- og skattaðilinn.

Meðal annars vegna þeirrar ríku áherslu sem lögð er á athugasemdir OECD-fyrirmyndarinnar við túlkun 7. gr. má fullyrða að almennur einhugur ríki um að sjálfstæðisímynd fastrar starfsstöðvar sé takmörkuð.¹⁸⁰ Það hindrar þó ekki að ágreiningur geti komið upp við úrlausn á einstökum álítaefnum. Sýnir það vafalaust hversu erfitt er að samræma hinn lagalega raunveruleika, að starfsstöðin er ekki sjálfstætt fyrirtæki, hugmyndinni eða ímyndinni um að svo sé í raun. Túlkun ákvæða um uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar á grundvelli orðanna hljóðan eingöngu veitir þó ekki fullnægjandi upplýsingar um innihald sjálfstæðisímyndarinnar. Þess vegna hlýtur efni sjálfstæðisímyndarinnar að stærstum hluta að ráðast af því hvaða vægi öðrum túlkunaráðferðum er gefið við skýringuna.

Í greininni um gerð og túlkun tvísköttunarsamninga var gerð grein fyrir þýðingu þess að komast að samræmdri niðurstöðu í ágreiningsmáli um alþjóðlegan skattarétt, en með því er átt við það að sams konar hugtak sé túlkað eins í tveimur

eða fleiri tvísköttunarsamningum.¹⁸¹ Við túlkun hugtaks samkvæmt þessari aðferð ber að leggja sérstaka áherslu á alþjóðlega skattframkvæmd, þar á meðal athugasemdir OECD-fyrirmyndarinnar. Þetta sjónarmið á einnig við um ákvörðun á efni sjálfstæðisímyndarinnar en þar reynir einkum á tvö álítaefni, annars vegar spurninguna um það hvaða tekjur tilheyra fastri starfsstöð (heimfærsluálitamál, d allokering) og hins vegar álítaefnið um skattalega meðferð innbyrðisviðskipta fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva.

Heimfæra má raunverulegar tekjur og gjöld hjá fyrirtæki á grundvelli áðurgerðrar heimfærslu á hinni tekjuaflandi starfsemi fyrirtækis, þar á meðal á eignum og skuldum.¹⁸² Samkvæmt þessu sjónarmiði ber ekki að telja fastri starfsstöð til tekna tekjur af vörum ef sala varanna fer ekki fram á föstu starfsstöðinni. Eins er þessu farið um afleiddar tekjur svo sem arð, vexti og höfundalaun. Tilheyri hlutabréfin, sem gefa af sér arðinn, ekki föstu starfsstöðinni, ber ekki að telja arðinn til tekna hjá föstu starfsstöðinni, svo einfalt er það. Í alþjóðlegri skattframkvæmd, þar á meðal athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar, má aukin heldur finna vísbendingu um að heimfærsla tekna og gjalda samkvæmt sjálfstæðisímyndinni skuli annars vegar gerð á grundvelli tengsla teknanna við atvinnurekstur á föstu starfsstöðinni og hins vegar á grundvelli tengsla tekna við ákvörðun stjórnar þegar hún er tekin.¹⁸³

Hvað varðar innbyrðis viðskipti starfsstöðva og höfuðstöðva sérstaklega bendir athugun á alþjóðlegum skattarétti, þar á meðal athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar, til þess, að það

180 Sbr. Aage Michelsen, bls. 249. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 196. Sami: Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 261 á áfram. Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, bls. 432. Zimmer, bls. 160. Nils Mattsson, bls. xxx. Gustaf Lindencrona: Dubbelbeskatningsavtalsrátt, 1994, bls. 54.

181 Sjá Ásmund G. Vilhjálmsson: Úlfjótur timarit laganema við HÍ. 1. tbl. 2007.

182 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 197, einkum tilvísun 95 á þeirri síðu, en þar er getið dóma sem gengið hafa um heimfærslu tekna og gjalda á grundvelli þessa sjónarmiðs í Danmörku.

183 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 198, einkum tilvísun 97 á þeirri síðu, en þar er getið dóma sem gengið hafa um heimfærslu tekna og gjalda á grundvelli þessa sjónarmiðs. Zimmer, bls. 157 og áfram.

ráðist umfram allt af tengslum (n. tilknytningskravet) viðskiptanna við hina tekjuaflandi starfsemi hlutaðeigandi aðila hvort leggja skuli armlengdar verð til grundvallar bókfærslu viðskiptanna eða hvort gera beri þau upp á kostnaðarverði. Þetta er almennt túlkað svo að ekki skuli beita armlengdarverðum, það er reikna tekjur eða gjöld af kröfustofnun eða skuldamyndun, nema viðskiptin séu nátengd hinni tekjuaflandi starfsemi sem fasta starfsstöðin og eða höfuðstöðvarnar hafa með höndum.

Í athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar er vissulega á stundum notuð önnur röksemdafærsla varðandi úrlausn einstakra mála. Í stað sjálfstæðisímyndarinnar er þannig gengið út frá því að umrædd fyrirtæki séu að meginstefnu óháð hvort öðru. Út af fyrir sig er ekkert óeðlilegt við slíka nálgun. Í flestum tilvikum leiða bæði stjórnarmiðin nefnilega til sömu niðurstöðu. Ef til vill endurspeglar stjórnarmiðið um að virða beri innbyrðis viðskipti fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva á grundvelli tengsla viðskiptanna við hina tekjuaflandi starfsemi einmitt slíka staðreynd. Í flestum ef ekki öllum tilvikum leiðir stjórnarmiðið semsé til sömu niðurstöðu og þær lausnir sem fyrirmynd OECD að tvísköttunarsamningi

leggur til að aðilar beiti.¹⁸⁴

1.3.2.4.3.2 Heimfærsla tekna til fastrar starfsstöðvar

Við framkvæmd tvísköttunarsamninga í Ameríku var áður fyrir venja að mæla fyrir um skiptingu á tekjum milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva samkvæmt reglunni um aðdráttarafl föstu starfsstöðvarinnar.¹⁸⁵ Aðdráttaraflsreglan (e. force of attraction) veitir starfsstöðvarlandi heimild til að skattleggja fyrirtæki af öllum tekjum, er stafa frá eða eiga uppruna sinni þar, óháð því hvort hvort unnt sé að heimfæra þær til föstu starfsstöðvarinnar eða ekki samkvæmt tengslareglunni.¹⁸⁶

Ekki er heimilt að nota aðdráttaraflsregluna samkvæmt íslenskum rétti eða OECD-fyrirmyndinni.¹⁸⁷ Í þessu felst bæði þrenging og rýmkun á skattlagningarvaldi keldulands samnings. Þrengingin lýsir sér þannig að ríki hefur ekki heimild til að skattleggja allar tekjur, sem uppruna eiga á yfirráðasvæði þess, heldur aðeins þær sem tengjast föstu starfsstöðinni. Rýmkunin birtist hins vegar svo að ríki er auk tekna, sem uppruna eiga í starfsstöðvarlandinu, heimilt að skattleggja tekjur, er uppruna eiga í önefndu þriðja landi eða heimilisfestarlandi fyrirtækis,

184 Á grundvelli alþjóðlegrar réttarframkvæmdar er ekki unnt segja fyrir um það með neinni vissu, á hvaða stjórnarmiði skuli byggja ákvörðun um það, hvenær beita skuli armlengdarverðum. Sjá nánar Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 156, einkum tilvisun 346 á þeirri síðu, en þar er getið dóma sem gengið hafa um heimfærslu tekna og gjalda á grundvelli þessa stjórnmiðs.

185 Um nánari lýsingu á aðdráttaraflsreglunni, sjá Thøger Nielsen: Indkomstbeskatning II, bs. 412 og áfram. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 157. Zimmer, bls. 158. Hin síðari á hafa þróunarlönd einkum nýtt aðdráttaraflsregluna, sjá nánar OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 5-10-liðir athugasemda við 7. gr.

186 Sem dæmi um virkni aðdráttaraflsreglunnar hefur verið nefnt að reglan heimili starfsstöðvarlandi að skattleggja vexti sem banki í starfsstöðvarlandi greiðir höfuðstöðvum í heimilisfestarlandi fyrirtækis þótt vextanna sé í raun aflað af höfuðstöðvunum en ekki starfsstöðinni. Uppgjör á tekjum samkvæmt aðdráttaraflsreglunni byggir á ákvörðun um uppruna sérhverra tekna. Í amerískum skattarétti er ítarlega fjallað um þetta, sjá m.a. tvísköttunarsamning Ísland og USA frá 1975. Hér á landi er viðbúið að reglan gæti valdið talsverðum

vandkvæðum þar sem heimfærsla atvinnureksartekna er svo nátengd álitamálinu hvaða tekjur og hvaða útgjöld beri að heimfæra til fastrar starfsstöðvar.

187 Sbr. orðalag 2. málslíðar 1. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er hljóðar svo: „... en þó einungis að því marki sem hagnaðurinn stafar frá fastri starfsstöð.“ (but only so much of them as is attributable to that permanent establishment.) Hið sama má ráða af orðalagi rekstrarstöðvunarfyrirvarans í 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr., 3. mgr. 12. gr. og 2. mgr. 21. gr. Að því er innlendan rétt varðar vísað til 3. tölul. 3. gr. SL. — Í 2. málsl. 1. mgr. 7. gr. UN-fyrirmyndarinnar er keldulandi samnings veittur aðeins viðtækari skattlagningarrettur og byggist það á eins konar aðdráttaraflsþjónarmiðum. sbr. eftirfarandi orðalag: „If the enterprise carries on business as aforesaid, the profits of the enterprise may be taxed in the other State but only so much of them as is attributable to (a) that permanent establishment; (b) sales in that other State of goods or merchandise of the same or similar kind as those sold through that permanent establishment; or (c) other business activities carried on in that other State of the same or similar kind as those effected through that permanent establishment.“

svo fremi að unnt sé að heimfæra þær hjá starfsstöðinni.

Það að aðdráttaraflsreglunni er hafnað sem heimfærsluviðmiði í tvísköttunarsamningsfyrirmynd OECD þýðir annars, að ekki skiptir máli hvort viðskiptamenn fyrirtækis eiga heima í starfsstöðvarlandinu eða heimilisfestarlandi fyrirtækisins. Aukaatriði er líka hvar eignir fastrar starfsstöðvar eru staðsettar, hvar greiðandi vaxta, hófundalauna o. fl. er heimilisfastur svo nokkuð sé nefnt. Mest um vert er sem sagt hvort unnt sé eða ekki unnt, að heimfæra (d. allokere) tekjurnar eða gjöldin hjá föstu starfsstöðinni samkvæmt því tengslaviðmiði sem ákvæði 7. gr. byggist á.

Heimfærsla tekna og gjalda til fastrar starfsstöðvar ber eins og áður segir að framkvæma eftir að staðsetning á hinni eiginlegu tekjuöflunarstarfsemi fyrirtækis hefur farið fram, þar á meðal staðsetningu á eignum og skuldum fyrirtækis. Ef tekjuöflunarstarfsemi, réttindin eða skyldunarnar, sem hafamyndað tekjurnareða skapað gjöldin, tilheyra föstu starfsstöðinni, leiðir af sjálfu sér að tekjurnar og gjöldin sem umræddar eignir og skuldir gefa af sér, ber að heimfæra hjá föstu starfsstöðinni einnig. Þau sjónarmið sem mestu skipta í þessu sambandi eru annars vegar tengsl teknanna við atvinnurekstur föstu starfsstöðvarinnar og hins vegar efni eð innihald framkvæmda eða stjórnarákvörðunar á þeim tíma sem ákvörðun er tekin. Verður nú nánari grein gerð fyrir þessum sjónarmiðum.

1.3.2.4.3.2.1 *Tengsl við atvinnurekstur föstu starfsstöðvarinnar*

Þegar sjónarmiðinu um tengsl tekna við atvinnurekstur föstu starfsstöðvarinnar er beitt við heimfærslu tekna og gjalda verður að rekja sig aftur á bak og skoða hvað athafnir (e.

functions) búa að baki þeirri tekjuskapandi og gjaldamyndandi starfsemi sem rekin er á föstu starfsstöðinni. Í framkvæmd er unnt að heimfæra stærsta hluta af tekjum og gjöldum til fastrar starfsstöðvar án mikillra vandkvæða samkvæmt þessari reglu.¹⁸⁸ Ef rekstur föstu starfsstöðvarinnar felst í sölu á vöru og þjónustu til viðskiptamanna í starfsstöðvarlandinu veldur þess vegna ekki erfiðleikum að ákveða að henni tilheyra tekjur af sölu og að vörunotkunin, gjöld starfsmanna sem vinna við sölu á fasta starfsstaðnum, leiga á verslunarhúsnæði á fasta starfsstaðnum undir sölustarfsemina o. fl. koma til frádráttar þeim.

Heimfærsla tekna ber eins og áður hefur verið nefnt að gera á grundvelli áðurgerðrar heimfærslu á tekjuaflandi starfsemi fyrirtækis þar á meðal þeim eignum og skuldum er starfsemi tilheyra. Við heimfærslu á fyrningum og hagnaði eða tapi af sölu eigna verður því að byrja á því að heimfæra eignirnar sem fyrningin er reiknuð af eða hagnaðurinn eða tapið stafa frá. Aðstaðan í einstökum málum hefur og þýðing svo sem sönnunarfærsla, gerð eignar sem heimfæra skal o. s. frv. Þegar um er að ræða efnislegar eignir getur landfræðileg staðsetning ákveðinnar eignar gefið vísbendingu um að hún tengist frekar atvinnurekstri á fastri starfsstöð en höfuðstöðvum.

Hin landfræðilega staðsetning er þó ekki einhlitt viðmið um það hvort eignin tilheyri fastri starfsstöð eða ekki. Eignir sem staðsettar eru fjarri starfsstöðvarlandinu geta auðveldlega haft nán tengsl við föstu starfsstöðina. Á hinn bóginn leiðir það af aðdráttaraflsreglunni (e. force of attraction) að eignir sem staðsettar eru í starfsstöðvarlandinu þurfa ekki endilega að tengjast föstu starfsstöðinni. Þessu er í grundvallaratriðum eins farið með gjöldin.

¹⁸⁸ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 199. Zimmer, bls. 162. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 4. útg., 113-liður athugasemda við 7. gr.:

Harald Schaumburg: International Steuerrecht, 2. útg., 1998, bls. 908, liður nr. 16.271.

Ekki skiptir máli hvar, það er í hvaða landi, eftt er eða stofnað er til gjalda, sbr. 3. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar svo fremi að það gangi til að afla tekna starfstöðinni til handa.

Þetta undirstrikar að ekki skuli leggja greiðslustaðarviðmið til grundvallar heimfærslu. Í staðinn á að kanna hvort stofnun gjalds sé til hagsbóta fyrir föstu starfsstöðina. Hvort gjald, sem einn hluti fyrirtækis, stofnar til hagsbóta fyrir annan hluta fyrirtækis, fæst endurgreitt, að einhverju eða öll leyti eða er jafnað með öðrum hætti með færslum á viðskiptareikningi fyrirtækjahlutanna, er því aukaatriði.¹⁸⁹ Sérdeilis erfitt getur auk þess verið að heimfæra ákveðnar eignir eins og t. d. peninga. Helgast það umfram allt af hinum heyfanlega eða öllu heldur kvikula eiginleika umræddra eigna. Til að heimfæra peninga er síðara sjónarmiðið, tengsl tekna við ákvörðun stjórnar á þeim tíma, er ákvörðun er tekin, því ef til vill heppilegra viðmið.

1.3.2.4.3.2.2 Tilgangur stjórnar Þegar ráðstöfun er gerð

Tilgangur stjórnar þegar ráðstöfun er gerð er síðara sjónarmiðið sem notað er við heimfærslu tekna og gjalda hjá fastri starfsstöð og höfuðstöðvum fyrirtækis. Viðmiðið byggist á samanburði við óháð fyrirtæki í samræmi við ímyndina um sjálfstæði föstu starfsstöðvarinnar. Þær athafnir, er skapa tekjur og eða mynda gjöld hjá sjálfstæðu fyrirtæki, byggjast svo til undantekningarlaust á meðvitundum ákvörðunum, sem unnt er að rekja til hlutaðeigandi aðila sjálfs, eða annarra, sem

taka ákvarðanirnar í umboði hans.

Þegar taka þarf ákvörðun um hvaða tekjur og gjöld tilheyra fastri starfsstöð hlýtur á sama hátt að vera undir aðila sjálfum komið innan vissra marka að ákveða hvort fasta starfsstöðin eða höfuðstöðvarnar skuli annast um framkvæmd þeirra athafna sem skapa hlutaðeigandi tekjur og eða mynda umrædd gjöld. Í þýskum rétti heitir þetta að maður sé tilneyddur einnig í skattarétti að virða „die freie unternehmenspolitische Entscheidung“.¹⁹⁰ Ekki er þó unnt að fylgja sjónarmiðinu um samanburð við sjálfstæð fyrirtæki takmarkalaust.

Þær athafnir, sem skapa tekjur og mynda gjöld hjá sjálfstæðu fyrirtæki, eru venjulega afleiðing einkaréttarlegra bindandi samninga um sölu, kaup, leigu o. s. frv. Þetta gildir jafnt hvort heldur í hlut eiga óskyld fyrirtæki eða móðurfélag og dótturfélag í fullri eign móðurfélagsins. Samningur sem þriðji aðili gerir við slíkt fyrirtæki binda venjulega aðeins fyrirtækið sem í hlut á. Þegar um er að ræða samning við fasta starfsstöð er þessu hins vegar öfugt farið. Hann bindur nefnilega ekki aðeins starfsstöðina heldur líka höfuðstöðvarnar, starfsstöðin er enda óaðskiljanlegur hluti af henni. Við gerð slíks samnings verður því allt fyrirtækið bundið.

Þar sem einu máli gildir fyrir þriðja aðila, hvort hann gerir samning við fasta starfsstöð eða höfuðstöðvar fyrirtækis, liggur í hlutarins eðli, að ekki er unnt að gera samningi milli hans og fyrirtækis um að fasta starfsstöðin, en ekki höfuðstöðvarnar, skuli vera samningsaðili, herra undir höfði, en leiðir af sjónarmiðinu um ákvörðun stjórnar á þeim tímamarki þegar

189 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfuna, niðurlag 16-liðar athugasemda við 7. gr. Birgjar fastrar starfsstöðvar eru oftast heimilisfastir í keldulandi samnings. Þetta stafar af því að atvinnurekstur föstu starfsstöðvarinnar er svo nátengdur því landi sem hún er staðsett í. Eftir sem áður breytir engu hvort kostnaður er inntur af hendi til aðila sem er heimilisfastur í keldulandi samnings, heimilisfestarlandinu eða ónefndu þriðja ríki.

190 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 202. Sami: Skatteretten 3, 2000, bls. 159, einkum tilvísun 352 á þeirri síðu, en þar er gerð grein fyrir þýskum dómum um efnið.

samningur er gerður. Samningurinn er jú ekki málamiðlun andstæðra sjónarmiða um hámarksverð og lágmarksverð eins og þegar óskyldir aðilar eiga í hlut. Í besta falli er því unnt að nota samninginn til sönnunar um vilja stjórnar við samningsgerðina, það er að segja á þeim tímapunkti þegar samingur er gerður.

Við matið á vilja stjórnar skiptir dagurinn þegar ákvörðun er tekin auðvitað höfuðmáli. Í því felst ekki umfram allt að framlögð sönnunargögn um vilja stjórnar þurfi að vera dagsett þann dag er ákvörðun er tekin heldur aðeins að ómögulegt sé fyrir stjórn að breyta vilja sínum með afturvirkum hætti. Sjónarmiðið um að aðstæður við samningsgerðina skipti höfuðmáli við heimfærsluna einskorðast enda alls ekki við svona tilvik, það er samning þriðja aðila við höfuðstöð/starfsstöð, heldur endurspeglar viðhorfið þvert á móti almenna reglu í skattarétti um að ekki sé unnt að endurgera eða taka upp þegar gerða samninga (d. omgörelsesprincíp). Samningur, sem einu sinni hefur verið gerður, stendur því óhaggður hvað sem liður breytingum á forsendum hans.

Það að dagurinn, sem ákvörðun er tekin, skipti mestu um vilja stjórnar, hefur meðal annars þýðingu við sönnunarmatið. Auðvitað er sjónarmiðið um tilgang stjórnar þegar ákvörðun er tekin einkum huglægs eðlis. Eigi að síður verður að vera unnt að færa sönnun á tilganginn með framlagningu skrásettra gagna. Í OECD-fyrirmyndinni að tvísköttunarsamningi segir að gera beri upp tekjur fastrar starfsstöðvar á grundvelli bókhalds fyrirtækisins.¹⁹¹ Af þessu leiðir þó ekki að bókhaldið ráði því hvernig tekjur og gjöld skuli heimfærð eða að það gefi

vísbendingu um hvernig það skuli gert.

Athugasemdirnar gera þó ráð fyrir að bókhaldið gefi sanna mynd af tekjum og gjöldum, eignum og skuldum starfsstöðvarinnar og þess vegna sé unnt að nota það til sönnunar um vilja stjórnar þegar ákvörðun er tekin. Við matið á vilja stjórnar hafa hinar daglegu færslur og önnur sönnunargögn almennt meira vægi en ársuppgjörið, afstemmingarnar o. fl. sem venjulega eru gerðar mun síðar. Vitaskuld er einnig unnt að sýna fram á vilja stjórnar með öðrum hætti, svo sem framlagningu á innbyrðis samningum,¹⁹² bréfaskiptum, fundargerðum, tölvuskeytum o. s. frv.¹⁹³

Höfuðáherslu ber að leggja á ákvörðun stjórnar fyrirtækis eins og áður segir. Fyrirtæki telst hinn skattskyldi aðili og samkvæmt c-lið 1. mgr. 3. gr. OECD-fyrirmyndarinnar getur það bæði verið einstaklingur eða félag. Við matið á vilja stjórnar ber því aðallega að skoða ákvarðanir þessara aðila. Ef ákvörðunarvald hefur verið framselt öðrum t. d. aðila á föstu starfsstöðinni eða tilteknum samstarfsmönnum ber að leggja ákvarðanir þeirra að jöfnu við vilja stjórnar. Eins er þessu háttáð þegar um persónubundin félög er að ræða svo sem sameiganfélög og samlagsfélög. Hafi slíkt félag sjálfstæða stjórn ber við heimfærslu tekna og gjalda hjá hlutaðeigandi félagi að líta svo á að einstakir félagsmenn hafi framselt ákvörðunarvald sitt til hennar.¹⁹⁴

1.3.2.4.3.2.3 *Gagnkvæmt mat á hinum ólíku sjónarmiðum*

Hér að framan var gerð grein fyrir hinum ólíku reglum við ákvörðu á heimfærslu

191 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2006-útgáfan, 12-liður athugasemda við 7. gr.

192 Um innbyrðis samninga, sjá OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfunna, 12.-lið athugasemda við 7. gr.

193 Athuga t.d. dóm Bundesfinanzhofs dags. 29.7.1992, sbr. Recht der internationalen Wirtschaft 1992,956, einkum bls. 958 og áfram. Í málinu var deilt um það hvort peningur (handbært fé, sjóður) sem aflað var af fastri starfsstöð japan-

sks fyrirtækis skyldu sæta eignarskattskyldu í Þýskalandi. Peningarnir höfðu verið lagðir inn á banka í Japan og dæmdi Bundesfinanzhof að það benti til þess að ekki bæri að heimfæra þá hjá föstu starfsstöðinni. Vilji stjórnar réði því semse hvaða hluta af fyrirtækinu þeir tilheyru.

194 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 202-203.

tekna og gjalda. Í framhaldi er eðlilegt að menn velti fyrir sér hver staða huglæga sjónarmiðsins um vilja stjórnar þegar ákvörðun er tekin sé gagnvart hlutlægu viðmiðunum eins og t. d. tengslum tekna og eða gjalda við atvinnurekstur á fastri starfsstöð. Oft leiða þessar matsreglur til sömu niðurstöðu og þegar svo er veldur heimfærslan engum vandamálum. Leiði matsreglurnar til ólíkrar niðurstöðu er hins vegar venja að lýsa sambandi þeirra svo að sjónarmiðið um tengsl við atvinnurekstur á fastri starfsstöð hafi forgang gagnvart vilja stjórnar þegar ákvörðun er tekin. Vegna þessa er erfitt að finna nokkur dæmi um það að fylgja beri yfirlýstum vilja stjórnar ef hann er í augljósri andstöðu við tengsl tekna eða gjalda við atvinnurekstur á fastri starfsstöð.¹⁹⁵

Eins og áður hefur komið fram ræðst styrkleiki tengslanna við atvinnurekstur á fastri starfsstöð af eðli atvinnurekstrarins og öðrum atriðum. Vægi sjónarmiðanna, sem ráða heimfærslunni, er því ekki það sama í öllum málum. Því veikari, sem tengslin eru, aukast mikilvægi hinna huglægu tengsla teknanna og eða gjaldanna við ákvörðun stjórnar á þeim tíma sem hún er tekin. Orki hins vegar tvímælis hvort stjórn hafi tekið nokkra ákvörðun um heimfærsluna við stofnun tekna og eða myndung gjalda verður að fara eftir tengslum þessa við atvinnurekstur á fastri starfsstöð, jafnvel þótt matið á heimfærslunni samkvæmt viðmiðinu leiði ekki til einhlítrar niðurstöðu.

1.3.2.4.3.2.4 Rekstrarstöðvarfyrirvari
í 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr., 3. mgr. 12. gr. og 2. mgr. 21. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er að finna ákvæði um rekstrarstöðvarfyrirvara. Ef arður, vextir, höfundalaun eða aðrar tekjur stafa af eignum, sem tilheyra fastri starfsstöð, leiðir af þessum ákvæðum að heimfæra ber tekjurnar hjá henni. Ákvæði 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr., 3. mgr. 12. gr. og 2. mgr. 21. gr. OECD-fyrirmyndarinnar um rekstrarstöðvarfyrirvara verður þó að lesa í samhengi við 7. mgr. 7. gr., sbr. 2. mgr. 3. gr. Tilgangur ákvæðanna er að skera úr ágreiningi um eðli tekna samkvæmt 7. gr. um skattlagningu atvinnurekstrartekna annars vegar og samkvæmt 10. til 12. gr. um skattlagningu arðs, vaxta og höfundalauna hins vegar sem stafa frá keldulandi samnings.

Samkvæmt 7. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er ákvæði 7. gr. um atvinnurekstrartekjur vikjandi þegar hagnaður af atvinnurekstri felur í sér „tekjur sem sérstök ákvæði eru um í öðrum greinum samningsins.“ Sérstaklega er fjallað um arð, vexti og höfundalaun frá keldulandi samnings í 10. til 12. gr. Þessi ákvæði veita keldulandi samnings forgangsrétt til að skattleggja ákveðinn hámarkshluta heildarteknanna.¹⁹⁶ Ákvæði 7. mgr. 7. gr. þýðir að kelduland samnings er ekki hindrað í að nýta sér þennan hlutfallslega skattlagningarétt vegna ákvæðis 1. mgr. 7. gr. Frá reglunni um að arður, vextir og höfundalaun, sem stafa frá keldulandi samnings, skuli sæta skattlagningu samkvæmt 10. til 12. gr. er þó ein mikilvæg

195 Kaupi fyrirtæki t. d. vél til notkunar á fastri starfsstöð orkar ekki tvímælis að bæði tekjurnar, sem vélin aflar, og gjöldin, sem hún skapar, tilheyra föstu starfsstöðinni. Ef vélin er notuð við framleiðslu, sem ekki fer fram á föstu starfsstöðinni, ber hins vegar að heimfæra hana hjá höfuðstöðvunum hvað sem líður vilja stjórnar um annað. Sjá til fróðleiks U 1989/1064 H/ TFS 1989, 605 H, en þar var augljóst að vilji skattaðila stóð til þess að tekjur vegna sölu á hrágúmmii o. fl. til þriðjaaðila og arður frá Svissnesku hlutfélagi bæri að heimfæra á fastri starfsstöð í Sviss. Hæstiréttur hafnaði því hins vegar og dæmdi að heimfæra skyldi tekjurnar í Danmörku. Í þýskri réttarfræmð hefur Bundesfinanzhof dæmt að við heimfærslu í vafatilvikum skuli

leggja höfuðáherslu á vilja stjórnar („der erkennbaren Willen der Geschäftsleitung“) en að horfa beri fram hjá honum ef vilji stjórnar „im Widerspruch zu kaupmännischen und wirtschaftlichen Erfordernissen steht.“, sbr. dóm Bundesfinanzhofs 1987 II, 550, einkum bls. 551.

196 Rétt er að taka fram að ákvæði 12. gr. OECD-fyrirmyndarinnar veitir starfsstöðvarlandi ekki forgangsrétt á að skattleggja höfundarlaun. Einstakir tvísköttunarsamningar sem Ísland hefur gert hafa þó að geyma frávik frá þessu. Um framkvæmd þessa nánar, sjá vefslóðin: http://rsk.is/show_page.asp?url=international/corporations_05.asp&val=2.0

undantekning.

Þessi undantekning er í formi rekstrarstöðvarfyrirvara samkvæmt 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr., 3. mgr. 12. gr. er mæla svo fyrir að arður, vextir og þóknun, sem stafar frá keldulandi samnings, skuli eigi að síður sæta skattlagningu samkvæmt 7. gr. ef viðtakandinn stundar atvinnurekstur á fastri starfsstöð í keldulandi samnings og hlutaðeigandi eignir, kröfur eða réttindi, **tengjast henni beint**. Af rekstrarstöðvarfyrirvara 10. til 12. gr. leiðir semsé að forgangsréttur sá sem 7. mgr. 7. gr. veitir keldulandi samnings þegar um er að ræða arð, vexti og þóknun hefur í raun aðeins þýðingu í tveimur tilvikum, annars vegar þegar ekki er um að ræða fasta starfsstöð og hins vegar þegar um er að ræða fasta starfsstöð, en tekjurnar sem um ræðir, hafa ekki nein bein tengsl við hana.

Ákvæði um rekstrarstöðvarfyrirvara er einnig að finna í 2. mgr. 21. gr. tvísköttunarsamningsfyrirmyndar OECD. Hlutverk hans er þó nokkuð annað en fyrirvarans í 10. til 12. gr. Ákvæði 21. gr. tekur þannig til tekna, er aðili búsettur í aðildarríki, hlotnast og ekki er fjallað um í undanfarandi greinum samningsfyrirmyndarinnar eins og sagt er. Ákvæði 7. gr. tekur eins og fram hefur komið til atvinnurekstrartekna og þess vegna er fjallað um þær í undanfarandi greinum samkvæmt 21. gr. Þar af leiðandi kemur ekki til álita að nota 21. gr. um slíkar tekjur. Ákvæði 7. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar hefur því enga þýðingu í þessu sambandi, það

er gagnvart 21. gr. Í ákvæðinu segir aðeins að önnur samningsákvæði skuli hafa forgang gagnvart 7. gr. ef þau mæla sérstaklega fyrir um skattlagningu ákveðina tekna. Í tilfalli 21. gr. er því ekki til að dreifa þar sem ákvæðið hefur ekki að geyma nein fyrirmæli um skattlagningu atvinnurekstrartekna.

Ákvæði 21. gr. er því meira víkjandi en ákvæði 7. gr. fyrirmyndarinnar. Rekstrarstöðvarfyrirvari 2. mgr. 21. gr. kveður svo á um að ákvæði 1. mgr. greinarinnar eigi ekki við ef atvinnurekstur er stundaður á fastri starfsstöð í keldulandi samnings og eignin eða réttindin sem tekjurnar gefa af sér eru raunverulega bundin (d. direkte forbindelse, e. effectively connected) við hana. Eins og áður hefur verið bent á leiðir það beinlínis af orðalagi 1. mgr. 21. gr. að ákvæðið er ónothæft um aðrar tekjur, sem heyra undir 7. gr., þar á meðal arð, vexti og höfundalaun frá þriðja landi og heimilisfestarlandi aðila. Rekstrarstöðvarfyrirvarinn undirstrikar aðeins þetta en hefur að öðru leyti enga sjálfstæða þýðingu.

Hugtakið „raunverulega bundin“ (d. direkte forbindelse, e. effectively connected) er hvorki skilgreint í OECD-fyrirmyndinni né athugasemdum með henni. Orðalag ákvæðisins gefur þó varla tilefni til að heimta að arður, vextir og höfundalaun frá keldulandi samnings verði að hafa sérstaklega rík tengsl við fasta starfsstöð svo að unnt sé að taka tekjurnar með við uppgjör föstu starfsstöðvarinnar.¹⁹⁷ Slík krafa verður heldur ekki reist á hlutverki ákvæðisins

¹⁹⁷ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 205. Sami: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 366 og áfram. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommnetar, 3. útg., 15-liður og áfram og 25-liður og áfram athugasemda við 10.-12 gr., en þar ræðir um það hvort rekstrarstöðvarfyrirvarinn eigi í ríkari mæli en heimfærsla eftir öðrum viðmiðum að stýra heimfærslu arðs, vaxta og höfundalauna á fastri starfsstöð. Slíkri niðurstöðu til styrktar má

benda á dóm Eystri landsréttar í málinu U 1996, 1187 H/TfS 1996, 532. Dæmt að innistæða á fjárfestingarreikning skyldi heimafærast hjá fastri starfsstöð.

eða athugasemdum við það í OECD-fyrirmyndinni.¹⁹⁸ Þar að auki má benda á að yrði slík krafa viðurkennd myndi það leiða til mismunar á meðhöndlun arðs, vaxta og höfundalauna frá keldulandi samnings annars vegar og ónefndu þriðjalandi og eða heimilisfestarlandi¹⁹⁹ skattaðila hins vegar. Í sömu átt bendir ákvæði 2. mgr. 13. gr. um skiptingu á skattlagningarrétti hagnaðar af sölu eigna.²⁰⁰

1.3.2.4.3.2.5 Raunveruleg skipting tekna og gjalda

Oftast er unnt að finna út hvernig tekjum fyrirtækis skuli skipt á grundvelli sjónarmiðsins um tengsl tekna við þann atvinnurekstur sem stundaður er í hinum einstöku hlutum fyrirtækisins, fastrí starfsstöð og höfuðstöðvum. Ef

atvinnurekstur á fastri starfsstöð er skýrt afmarkaður frá öðrum atvinnurekstri t. d. vegna þess að þar er eingöngu stundað sala á ákveðnu landsvæði orkar ekki tvímælis að tekjur föstu starfsstöðvarinnar felast einkum í tekjum af sölu á vörum sem tilheyra starfsstöðinni og frá þeim má draga vörunotkun, laun starfsmanna föstu starfsstöðvarinnar er vinna við sóluna, húsaleigu föstu starfsstöðvarinnar svo dæmi sé tekið.²⁰¹

Þessu er í grundvallaratriðum eins farið um gjöldin svo sem undirstrikað er í 3. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar. Ákvæðið staðfestir að það sem mestu máli skiptir við heimfærslu gjalda er það hvort kostnaður „leiðir af því að um fasta atvinnustöð sé að ræða“ (e. for the purposes of the permanent establishment), það er að segja tengist

198 Í OECD-fyrirmyndinni segir aðeins, að með rekstrarstöðvarfyrirvaranum sé tekin afstaða gegn aðráttarfráslagsreglunni (e. force of attraction), og að ákvæðið sé að öðru leyti í samræmi við 7. gr., sbr. OECD-fyrirmundin, 2005-útgáfan, 31-liður athugasemda við 10. gr., 24-liður athugasemda við 11. gr. og 20-liður athugasemda við 12. gr. Notkun hugtaksins „raunverulega bundin“ (d. direkte forbindelse, e. effectively connected) er algerlega í samræmi við það sjónarmið, að rekstrarstöðvarfyrirvarinn gegni umfram allt því hlutverki að hindra skattlagningu samkvæmt aðráttarfráslagsreglunni. Sú staðreynd mælir gegn því að túlka hugtakið raunverulega bundin þannig að í því felist krafa um að hlutabréf, krófur og réttindi verði að hafa sérstaklega rík tengsl við föstu starfsstöðina svo að unnt sé að taka tekjurnar með í uppgjöri föstu starfsstöðvarinnar. Í athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar, 2005-útgáfunni við 7. mgr. 7. gr. er ekkert heldur að finna sem bendir til að sérstök heimfærslusjónarmið gildi um hlutabréf, krófur eða réttindi. Sjá nánar OECD-fyrirmyndina 2005-útgáfa, 32-lið athugasemda við 7. gr.

199 Eins og grein hefur verið gerð fyrir hefur rekstrarstöðvarfyrirvarinn í 2. mgr. 21. gr. OECD-fm ekkert sjálfstætt gildi við heimfærslu tekna sem falla undir 7. gr. þar sem ákvæði 21. gr. er víkjandi gagnvart 7. gr. Arður, vextir og höfundalaun, sem ekki stafa frá keldulandi samnings, heldur ónefndu þriðja landi eða frá heimilisfestarlandi, heyrja ekki undir 10.-12. gr., og eiga því að heimfærast hjá föstu starfsstöðinni samkvæmt almennum heimfærslusjónarmiðunum í 2. og 3. mgr. 7. gr. Þetta stýður það sjónarmið að ekki beri að setja fram kröfu um sérstök tengsl arðs, vaxta eða höfundalauna svo að unnt sé að taka þau með við uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar. Að öðrum kosti getur komið upp staða þar sem skattlagningarréttur starfsstöðvarlands sætir meiri takmörkunum þegar arður, vextir og höfundalaun eru greidd frá starfsstöðvarlandinu heldur en ef tekjurnar væru greiddar frá þriðja landi eða jafnvel heimilisfestarlandi.

200 Í 2. mgr. 13. gr. OECD-fm, sem fjallar um sölu eigna er tilheyra fastri starfsstöð, er ekki notað hugtakið „raunverulega bundin“ (d. direkte forbindelse, e. effectively connected)

heldur orðalagið lausafé, sem eru hluti fastrar starfsstöðvar er fyrirtæki rekur í aðildarríkis samnings (movable property forming part of the business property of a permanent establishment). Krafa um sérstaklega rík tengsl umræddra eigna verður semsé ekki leidd af orðalagi ákvæðisins. Ef slíkra tengsla væri krafist á grundvelli orðalags 10.-12. gr. myndi hagnaður af hlutabréfum, krófum og réttindum í ríkari mæli heimfærast til föstu starfsstöðvarinnar en reglubundur tekjum af umræddum eignum. Slík heimfærsla stríðir gegn meginreglunni um að heimfærsla tekna og gjalda, þar á meðal eignahaganður og -tap, beri að framkvæma á grundvelli áðurgerðar heimfærslu eignanna sem gefa af sér hinar afleiddu tekjur.

201 Ágreiningur getur auðvitað verið um umfang teknanna, sbr. Rt. 2002, bls. 718. Heerema III. Í málinu var deilt um umfang skattskyldu samkvæmt tvísköttunarsamningnum milli Noregs og Hollands vegna tekna, er fyrirtæki sem heimilisfast var í Hollandi, aflaði vegna skammtíma verkfema á Norska landgrunninu. Fyrirtækið stundaði hífingur á þungum hlutum og fólst það starf í verkfræðivinnu, framleiðslu, undirbúningi, flutningum til hífingarstaðarins, hífingum og frágangi. Einkennandi fyrir þessa vinnu var að undirbúningstíminn, sem átti sér stað utan Noregs, var tiltölulega langur, meðan framkvæmd verksins, sem átti sér stað í Noregi, tók mjög skammtíma tíma. Við álagningu í Noregi var fyrirtækið gert að greiða skatt af öllum tekjum sem tengdust verkinu í Noregi óháð því hvar það var unnið að undanskildri greiðslu fyrir verkfræðivinnuna. Fyrirtækið kærði og hélt því fram (hið sama gerðu og Hollensk skattyfirvöld) að Noregur hefði aðeins heimild til að skattleggja þær tekjur sem tengdust framkvæmd verksins í Noregi (beint). Málið gekk til dómstóla sem sýknuðu ríkið. Í rökstuðningi sínum fyrir því að skattskyldan væri ekki landfræðilega afmörkuð, eins og fyrirtækið hélt fram, sagði dómariinn, sem fyrstur greiddi atkvæði í réttinum, að þar sem frádráttarrétturinn væri ekki takmarkaður, sbr. 3. mgr. 7. gr., gæti rétturinn til að skattleggja tekjur ekki heldur verið takmarkaður. Samkvæmni hlýti að vera á milli tekna og gjalda.

atvinnurekstri föstu starfsstöðvarinnar. Ákvæði 3. mgr. 7. gr. fjallar aðeins um það hvaða gjöld beri að heimfæra til fastrar starfsstöðvar. Það hvort gjöldin eru frádráttarbær eða ekki ræðst hins vegar af innlendum rétti í keldulandi samnings.²⁰² Hér á landi kemur því ákvæði 1. mgr. 1. tölul. 31. gr. laga nr. 90/2003 einkum til skoðunar.

Í 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er ekkert fjallað um fyrningu varanlegra rekstrarfjármuna. Við framkvæmd þeirra tvísköttunarsamninga sem Ísland hefur gert hlýtur því að verða að nota þær fyrningarreglur sem kveðið er á um í innlendum lögum. Gildir þetta bæði við ákvörðun fyrnanlegra eigna, upphaf og lok fyrningar svo og fyrningarhlutföll þeirra eigna sem tilheyra fastri starfsstöð erlendra fyrirtækja hér á landi og fyrningarhlutföll þeirra eigna sem tilheyra föstum starfsstöðvum innlendra aðila erlendis. Skoða verður tengsl hverrar eignar við starfsstöðina og athuga hvort hún sé notuð við öflun tekna samkvæmt 33. gr. SL. Í því sambandi skiptir tilvist eignarinnar í

starfsstöðvarlandinu eðlilega mestu máli.²⁰³

Heimfærsla vaxta, þar með talið affalla, gengismunar o. fl. ber að framkvæma á grundvelli heimfærslu þeirra eigna, réttinda og skyldna sem gefa af sér eða valda umræddum tekjum og gjöldum. Þetta er langt frá því auðvelt verk.²⁰⁴ Vegna eðlis vaxta getur verið erfitt að skipta eða heimfæra kröfuna til ólíkra hluta fyrirtækis. Ef til vill hefur vilji stjórnar þegar ákvörðun er tekin því meira vægi þegar svo stendur á. Vextir af sjóði, hvort sem um er að ræða innstæðu eða yfirdrátt, sem notaður er við rekstur föstu starfsstöðvarinnar, ber án nokkurs vafa að heimfæra hjá henni. Auðvitað geta vextir af öðrum kröfum tilheyrt henni einnig.²⁰⁵ Sem dæmi um það má nefna vexti af kröfum sem starfsstöðin tekur við sem greiðslu á vörum eða þjónustu og sölu á varanlegum rekstrarfjármunum.²⁰⁶

Vextir, sem fastri starfsstöð hlotnast vegna rekstrars á banka, ber að heimfæra hjá starfsstöðinni.²⁰⁷ Ef bæði höfuðstöðvarnar og starfsstöðin eru aðilar að tilteknu láni getur þó verið erfiðleikum bundið að ákveða

202 Sbr. Zimmer, bls. 162. Discussion draft 2001, liður 174.

203 Þetta er þó ekki einhlítt. Þótt eign sé staðsett í starfsstöðvarlandinu er hugsalegt að hún sé eingöngu notuð á föstum(verslunar)viðskiptastað sem ekki telst föst starfsstöð eins og t. d. lager.

204 Sbr. Zimmer, bls. 163. Sjá einnig OECD-fyrirmyndina, 2005-útgafuna, 18.3-lið athugasemda við 7. gr. Þar er hins vegar litla leiðbeiningu að finna, aðeins sagt að æskilegt sé að finna hagkvæma lausn á skiptingunni byggða á fjárhagslegri uppbyggingu og starfsemi fyrirtækisins og starfsstöðvarinnar. Fjárhagsleg uppbygging fastrar starfsstöðvar er ítarlega rædd í discussion draft 2001, 137-liður og áfram. Með hliðsjón af reglum um þunna eiginfjármögnum hafa ríkt velt fyrir sér hvort tvísköttunarsamningar geri kröfu um ákveðna lágmarkseiginfjármögnun fastra starfsstöðva. Augljóst er að minni tekjur sitja eftir í keldulandi samnings ef starfsstöðin er aðallega fjármögnum með lánun. Hins vegar skapast hættu á að stærri hluti af hagnaðinum verði heimfærður þar en vera myndi ef um óskylda aðila væri að ræða ef eigin fjárhlutfallið er hátt. Almenn er víðurkennt að starfsstöðin skuli hafa nægilegt eigið fé til að standa undir framkvæmdum sínum. Vegna þessa skuli framkvæma heimfærslu á grundvelli sjónarmiða um þunna eiginfjármögnun, sbr. 149-liður. Hvernig það skuli gert kemur þó ekki fram, heldur biður frekari umræðu, sbr. 151-liður.

205 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international

erhvervsindkomst, bls. 485 og áfram. Við skiptingu á vöxtum milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva halda ýmsir því fram, þar á meðal Aage Michelsen, 3. útg., bls. 251 að takmarka beri vaxtagjöld fastrar starfsstöðvar við vexti af nauðsynlegum rekstrarlánun (d. nødvendig driftskapital). Aðrir eins og t. d. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 208 telja þó að þetta sé of þröngt viðmið.

206 Sbr. LSRM 1983, 60 sem fjallar um aðila búsettan í Sviss, er var þátttakandi í dönsku sameignarfélagi sem stundaði sölu á lóðum undir rauhús. Sem greiðslu fékk félagið m. a. afhent skuldabréf og var úrskurðað að vextir af þeim teldust tekjur hjá föstu starfsstöðinni. Gagnstæð niðurstaða varð í LSRM 1981, 197 og hefur það verið réttlætt með því að skuldabréfin hafi verið úthlutað eigendum í beinu framhaldi af afhendingunni. Skuldabréfin stóðu því ekki sem eign á efnahagsreikningi sameignarfélagsins. Sbr. sjónarmiðið um vilja stjórnar þegar ákvörðunin er tekin. Álitamálið er þó hvort ekki hafi borið að heimfæra vextina hjá félaginu vegna tengsla skuldabréfanna við atvinnurekstur þess.

207 Sbr. Utv. 2002, bls. 286. Í málinu var deilt um það hvort lán skyldi heimfært hjá fastri starfsstöð banka í Bretlandi (UK) eða hjá höfuðstöðvunum í Noregi. Yfirálagningarnefndin lagði áherslu á að áhættu- og lánsþæfnismatið hefði verið gert hjá höfuðstöðvunum, og þar hafði einnig fjármögnun lánsins átt sér stað. Lánið bæri því að heimfæra þar en af því leiddi að tekjurnar tilheyrðu höfuðstöðvunum.

hverjum lánið og þar með talið vextir af því tilheyrja í raun.²⁰⁸ Ef ekki er unnt að skipta vöxtum beint á grundvelli tengsla kröfu eða skuldar við rekstur eða vilja stjórnar verður að gera það að álitum, ef til vill á grundvelli hinnar óbeinu aðferðar. Þegar svo stendur á þarf því að kanna til hvers láni er varið.

Hlutabréf og arður geta auðvitað tilheyrt fastri starfsstöð. Við heimfærslu á þeim ber að fylgja sömu reglum og þegar um aðrar tekjur er að ræða. Áður en heimfærslan er gerð verður því að kanna hvaða hluta fyrirtæksins hlutabréfin tilheyrja.²⁰⁹ Séu þau eign föstu starfsstöðvarinnar á að heimfæra arðinn af bréfunum hjá henni.²¹⁰ Hagnaður af sölu hlutabréfa lýtur sömu reglum og arður. Auðveldast er að átta sig á heimfærslu hlutabréfa ef á föstu starfsstöðinni er rekið fjárfestingarfyrirtæki. Í öðrum tilvikum getur starfsstöðin hafa fengið bréfin sem greiðslu á vöru og þjónustu eða umbreytingu á skuld í eignarhluta. Rétt er einnig að kanna hvar hlutafélagin sem bréfin tengjast eiga heima. Meiri líkur eru þannig á að bréfin tilheyri starfsstöð ef hlutafélagin, sem bréfin eru í, eru staðsett í keldulandi samnings en

einhverju öðru landi.

Á alþjóðavettvangi hefur skipting á tekjum af óefnislegum verðmætum svo sem höfundalaunum, viðskiptavild o. fl. verið til umfjöllunar. Almennt eru menn sammála um að mjög erfitt sé að ákveða hverjum eignir eins og einkaleyfi og vörumerki að ekki sé talað um viðskiptavild tilheyrri.²¹¹ Hluti af skýringunni stafar af þeim tímamun sem er á milli gjaldfærslu á öflun umræddra eigna og tekjufærslu greiðslna af þeim. Hér á landi er t. d. heimilt að gjaldfæra útgjöld vegna slíkra eigna á því ári þegar lagt er í kostnað vegna þeirra óháð því hvenær aðila hlotnast tekjur af eignunum. Nýti skattaðili sér ekki þessa heimild ber að eignfæra kostnaðinn og ræðst gjaldfærslan síðan af því hvenær nýting eignarinnar við öflun tekna hefst. Þess vegna var í athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar, 1994-útgáfunni, lagt til að kostnaði við öflun slíkra eigna yrði skipt á milli höfuðstöðvanna og starfsstöðvarinnar. Í athugasemdunum segir hins vegar ekkert hvernig eigi að gera það.

Við uppgjör á tekjum fastrar starfsstöðvar verður einnig að skipta fjárfestingarkostnaði,

208 Bankastarfsemi getur verið æði fjölbætt. Til hennar teljast m. a. samskipti við viðskiptamenn, samningar um viðskiptakjör, gerð lánasamninga, undirritun skuldabréfa o. fl., greiðsla þar með talið yfirfærsla á peningalánum. Undirritun skuldabréfa/lánasamninga er því aðeins einn þáttur af mörgum sem koma til skoðunar við ákvörðun á því hvort heimfæra beri kröfu á fastri starfsstöð. Landfræðileg staðsetning viðskiptamanna er ekki einhlit mælikvarði á heimfærslu. Í sumum tilvikum getur verið réttmætt að heimfæra vaxtagreiðslur íslenskra viðskiptamanna hjá útibúi íslensks banka erlendis. Stofni íslenskur banki útibúi í landi með lægri skatta en hér á landi getur verið hagstætt fyrir bankann að láta tekjur sínar þar með talið vegna lána til íslenskra viðskiptamanna myndast í útibúinu. Einkum á þetta við ef milda ber tvískattlagningu samkvæmt undanþáguaðferð í samningi milli Íslands og hlutaðeigandi ríkis. Komi slík staða upp geta íslensk skattvirkni ekki breytt tekjufærslunni upp á eindæmi sitt heldur verður að meta heimfærsluna á grundvelli viðskiptasjónarmiða í hverju tilvik fyrir sig. Um banka nánar, sjá Cahiers de droit fiscal international Vol LXXXIa, 1996.

209 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 209.

210 Ef föst starfsstöð stofnar einkahlutafélag eða hlutafélag til að annast um ákveðna þætti starfsemi sinnar ber skilyrðislaust að heimfæra hlutabréfin hjá föstu starfsstöðinni.

211 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2003-útgáfuna, 174-lið athugasemda við 7. gr. Í athugasemdunum kemur fram að mjög erfitt sé að heimfæra eignarrétt að óefnislegum eignum til ákveðins hluta fyrirtækis og að rökstýðja að einmitt þessi hluti af fyrirtækinu skuli hlotnast höfundalaun frá öðrum hlutum eins og hann væri sjálfstætt fyrirtæki. Sú laus sem samningsríkjum er ráðlagt að nota virðist aðeins vera nothæf þegar óefnisleg eign á þróunarstigi/notkunarstigi er aflað til hagsbóta fyrir ákveðinn hluta fyrirtækis. Þá er mögulegt að skipta stofnkostnaðinum t. d. í hlutföllunum 40-60 milli föstu starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna. Ef óefnisleg eign er framleidd fyrir ákveðinn hluta af fyrirtæki og síðar kemur í ljós að annar hluti getur haft gagn af henni horfir þetta ódruvísi við. Í fyrstu atrennu sýnist þannig réttast að heimfæra stofnkostnaðinn allan hjá fyrr nefna fyrirtækjahlutunum. Þegar síðari hlutinn hefur notkun sína á eigninni getur hins vegar komið til álita að láta hann greiða höfundalaun eða jafnvel líta svo á að eignin hafi verið yfirfærð til hans.

þar með talið vaxtagjöldum, á milli föstu starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna.²¹² Í alþjóðlegum skattarétti hefur athyglin aðallega beinst að uppgjóri hins óvaxtaða hluta fjárfestinganna í þessu sambandi. Þessi hluti - gjafa- eða framlagshlutinn - (d. dotationskapital) samsvarar eigin fé hjá dótturfélagi.²¹³ Talsverð óvissa ríkir um uppgjör á fjárfestingarkostnaði fastra starfsstöðva samkvæmt tvísköttunarsamningum. Við uppgjör hans hlýtur því að verða að styðjast við innlendar verklagsreglur þar á meðal varðandi fjárhæð fjárfestingarkostnaðarinnar og hlutverk.

Við uppgjör á fjárfestingarkostnaði fastrar starfsstöðvar samkvæmt innlendum rétti skal byggja á heimfærslu á skuldum fyrirtækis. Gjafaframlagshlutinn getur þó í hæsta lagi myndað einhvers konar leiðréttingargrundvöll eða stærð, annað oráðstafað eigið fé.²¹⁴ Heimfærsla skulda ber annars að framkvæma á grundvelli almennra reglna um heimfærslu á tekjum, það er að segja tengslum við atvinnurekstur föstu starfsstöðvarinnar og vilja stjórnar á

ákvörðunartímamarknum. Við ákvörðun á tengslunum þegar um skuldir er að ræða liggur því í hlutarins eðli að kanna verður fyrst hvernig skuldin hefur stofnast, þar á meðal tilhvers lán hefur verið tekið.

Hafi föst starfsstöð tekið lán til að kaupa varanlega rekstrarfjármuni tengist lánið án vafa föstu starfsstöðinni með þeim hætti að yfir allan vafa er hafið að heimfæra ber það hjá henni. Öðru máli gegnir ef lánið hefur verið tekið til kaupa á eignum til notkunar í höfuðstöðvunum eða til að fjármagna einkaneyslu eigenda starfsstöðvar eða höfuðstöðva fyrirtækis. Fyrirtæki verður eðlilega að hafa ákveðið svigrúm til að breyta skuldsetningu sinni, endurskipuleggja lánin ef svo má segja. Í skattfrankvæmd getur eigi að síður verið erfitt að færa sönnur á það hvernig hinar ýmsu skuldir hafa stofnast, þar á meðal til hvers ákveðið lán hefur verið tekið.²¹⁵

Almennt hlýtur þó að eiga að miða við það að skuldirnar séu ekki hærri en samanlagðar heildarfjárfestingar og tap föstu starfsstöðvarinnar. Sá hluti skuldanna sem

212 Frá og með endurútgáfu OECD-fyrirmyndarinnar 1994 hefur þessu vandamáli verið meiri gaumur gefinn. Í athugasemdunum segir þannig að eldri ráðleggingar um skiptingu vaxta samkvæmt beinni og óbeinni aðferð hafi ekki reynst nógu hagkvæm þar sem beiting þeirra hafi leitt til ólíkrar niðurstöðu. Meirihluti aðildarríkjanna sé því þeirrar skoðunar að stefnt skuli að hagkvæmri lausn þar sem bæði sé tekið tillit til ólíkrar fjármögnunar fyrirtækis og mismunandi hlutverka einstakra hluta þess. Hið meinta samkomulag er þó ef til vill orðum aukið. Litlar sem engar upplýsingar eru nefnilega veittar um nánara innihald hinnar hagkvæmu lausnar. Í athugasemdunum segir annars að meginreglan um að ekki beri að reikna vexti af innbyrðis lánunum á milli fyrirtækja hluta skulu vera óbreytt. Þá eru veittar ráðleggingar um meðferð yfirfærslna á kröfum milli útibús og höfuðstöðvar banka, sbr. nánar 15.2-15.4-lið athugasemda 2005-útgáfunnar við 7. gr.

213 Unnt er að ákveða þennan hluta með þremur hlutlægum aðferðum. Eftir fyrstu aðferðinni - fjármagnsendurspeglunaraðferðinni - (d. kapitalspjelsmetoden) skal hlutfallið á milli gjafafjármagnsins og skulda föstu starfsstöðvarinnar endurspeglar hlutfallið á milli heildar eigin fjár fyrirtækisins og skulda. Með öðrum orðum er um að ræða einhvers konar leiðréttingarstærð. Samkvæmt annari aðferðinni samanburðaraðferðinni (d. sammenligningsmetoden) er gjafafjármagnshlutinn hins vegar ákveðinn með samanburði við eigin fé fyrirtækja af sömu stærð. Eftir þriðju aðferðinni er gjafafjármagnshlutinn reiknaður út á grundvelli þeirrar fjármagnskröfu sem t. d. hlutaðeigandi félagalög eða bankalög gera til rekstrarins. Auk þessara hlutlægu aðferða er unnt að

beita huglægum aðferðum við ákvörðun gjafafjármagnshlutans. Meðal þessara aðferða er að láta stærð gjafafjármagnshlutans ráðast af vilja stjórnar. Ítarleg grein er gerð fyrir þessum aðferðum af Irene Burgers: Taxation and Supervision of Branches of International Banks, 1991; og í skýrslu OECD: Attribution of Income to Permanent Establishment, Issues of International Taxations, nr. 5, 1993. — Álitamálið um upphæð gjafafjármagnshlutans verður að greina frá reglum um þunna eiginfjármögnun. Hlutverk gjafafjármagnshlutans er umfram allt að auðvelda fyrirtæki að taka afstöðu til þess hvort leiðréttu beri heildarvexti fastrar starfsstöðvar þar á meðal vexti vegna lána til þriðja manns. Hlutverk reglna um þunna eiginfjármögnun er hins vegar aðallega að skapa grundvöll til að takmarka frádrátt á vöxtum vegna lána til aðila sem á ráðandi hluti í fyrirtæki.

214 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 210.

215 Í sumum tilvikum er jafnvel unnt að sýna fram á að tiltekið lán hafi verið notað til að fjármagna bæði starfsemi fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva í ákveðnum hlutföllum t. d. 60-40. Þegar svo stendur á ber því að skipta útgjöldum lánsins á milli fyrirtækjahlutanna á grundvelli sjónarmiðsins um tengsl kostnaðar við atvinnurekstur á sama hátt og lánið hefði verið tekið af sitthvorum fyrirtækjahlutanum. Í öðrum tilvikum getur verið erfðara að sýna fram á ákveðna skiptingu á grundvelli notkunar láns. Svo er t. d. ef fyrirtækið notar sama bankareikning fyrir höfuðstöðvarnar og starfsstöðina. Allur kostnaður er því greiddur af sama reikningi.

umfram er þessa samtölu tengist því ekki föstu starfsstöðinni. Við uppgjör ætti því að sleppa umfram fjárhæðinni og vöxtum af henni úr rekstrinum og efnahaginum. Í þessu sambandi skiptir ekki máli hvernig lánið og vextir af því eru bókfærðir. Á hinn bóginn er varla unnt að krefjast þess að skattaðili sýni fram á að lán sem heimfæra ber á fastri starfsstöð samkvæmt ofangreindum meginreglum hafi bersýnilega verið notað til að fjármagna rekstur hennar.²¹⁶

Tekjur og gjöld fastrar starfsstöðvar eru auðvitað af ýmsu tagi. Umfjöllun eins og þessi getur því aldrei verið tæmandi. Áður en umfjölluninni lýkur er þó rétt að víkja aðeins að stjórnunarkostnaði. Vegna eðlis slíks kostnaðar getur verið erfiðleikum bundið skipta honum samkvæmt hinni beinu aðferð.²¹⁷ Hluti hans er eðli málsins samkvæmt ávallt sameiginlegur fastri starfsstöð og höfuðstöðvunum. Þegar tekjur fastrar starfsstöðvar eru gerðar upp kann því að vera nauðsynlegt að grípa til hinnar óbeinu (hlutfallslegu) aðferðar við skiptingu hans.²¹⁸ Vandamálið er aðeins að velja réttan skiptingarlykil.

216 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 174, einkum tilvísun 390 á þeirri síðu.

217 Í Noregi hafa fjögur mál komið til kasta dómstóla vegna skiptingar slíks kostnaðar. Þessi mál voruð öll frádráttarrétt sem tengdist útgerð borpalla og hliðstæðra farartækja í eigu erlendra fyrirtækja á Norska landgrunninu, sjá Rt. 1994, bls. 132 Uncle John, Rt. 1995, bls. 455 Safe Regalia, Rt. 1998, bls. 794 B. J. Services og Rt. 2002, bls. 718 Heerema III. Borpallar eru gjarnan notaðir til borunar á landgrunni í fleiri en einu landi. Þess á milli liggja þeir við festar í höfn reiðubúinir að halda á haf út þegar kallið kemur. Í ofangreindum málum var kröfu um fasta starfsstöð fullnægt en deilt var um umfang frádráttarréttar vegna framkvæmda á norska landgrunninu. Yfir allan vafa var hafið að unnt var að krefjast frádráttar vegna útgjalda - reglulegra og fastra - sem fyrirtækin urðu fyrir þann tíma sem pallarnir voru staðsettir á norska landgrunninu. Hins vegar var deilt um það hvort heimilt væri að gjaldfæra fastan kostnaði að tiltölu vegna þess tíma sem pallarnir voru við festar í höfn. Þýðingarmesti dómurinn féll í B. J. Services-málinu (dómurinn samræmist Uncle John dómnum en vikur frá Safe Regalia dómnum) en þar fékk skattaðili ekki úrlausn. Hæstiréttur lagði meðal annars áherslu á að virða bæri starfsstaðinn einangrað og kostnaður, sem fyrirtæki yrði fyrir þegar borpallur væri ekki á starfsstaðnum, væri þess vegna ekki unnt að draga frá tekjum. Í Heerema III málinu komst Hæstaréttur að annarri niðurstöðu varðandi vetrartímann er ekki var unnt að nota borpall vegna slæms veðurs. Dæmt var að fasta kostnaðinum skyldi dreift á rekstrartímann og sá hluti hans sem samsvaraði

1.3.2.4.4 Innbyrðis viðskipti milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðvanna

1.3.2.4.4.1 Almennt

Munurinn á hinum ýmsu sjálfstæðiskenningum fastrar starfsstöðvar kemur einna skýrast fram þegar um er að ræða innbyrðis viðskipti milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva. Þegar svo stendur á er nauðsynlegt að taka afstöðu til þess hvort gera beri viðskiptin upp á armslengdargrundvelli en af því leiðir að gervitekjur og gervigjöld geta myndast eða stofnast hjá aðilunum eða hvort eingöngu beri að skipta viðskiptakostnaðinum við afhendinguna á milli fyrirtækjanna, föstu starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna, á innkaupaverði.²¹⁹

Við mat á því hvort reikna skuli ávinning, það er gróða, (n. fortjenesteelement) af innbyrðis viðskiptum milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöva verður að kanna hver tengsl viðskiptanna eru við hina tekjuaflandi starfsemi fyrirtækisins.²²⁰ Komi í ljós eftir skoðun á viðskiptunum að um slík

tímanum er borpallurinn var í Noregi væri frádráttarbær.

Návar um þessi mál, sjá Zimmer, bls. 164-165. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 17-177-liður athugasemda við 7. gr.

218 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 16-liður athugasemda við 7. gr. Ítarlegri umfjöldun er hins vegar að finna hjá A. Hemmelrath: Die Ermittlung des Betriebsstättengewinns im internationalen Steuerrecht, 1982, bls. 257 og áfram.

219 Meginreglan í 2. mgr. 7. gr. OECD-fm þess efnis að tekjur fastrar starfsstöðvar skuli ákvarðaðar eins og um sé að ræða sérstakt og sjálfstætt fyrirtæki (e. a distinct and separate enterprise) styður það að reikna skuli tekjur.

220 Innbyrðis viðskipti milli höfuðstöðva og fatstrar starfsstöðvar eru ítarlega rædd í Discussion draft 2001. Útgangspunkturinn að leggja beri Guidelines for interpricing til grundvallar ákvörðun á tekjum fastrar starfsstöðvar veldur því að tillögur eru gerðar um að reikna beri tekjur í fleiri tilvikum en beinlínis verða leidd af athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar. Álitamál varðandi óefnislegar eignir beri þannig að ákvarða í hverju tilvik fyrir sig, sbr. 113-liður. Við innbyrðis þjónuskripti skuli byggja á meginreglunni um ávinningsfærslu ef afhendingin er nátekg tekjuöflunarstarfssemi fyrirtækis, sbr. 123- og 124-liður. Afstaðan er hins vegar óbreytt hvað varðar innbyrðis lán, sbr. 157-liður. Vexti beri því ekki að reikna, sem rökstutt er með vísan til þess, að mörg slík lán varði kaup og sölu á vörum og þjónustu, er ekki tíðkast að vaxtareikna. Jafnvel þótt um sé að ræða lán þar sem vextir eru reiknaðir hjá sambærilegum óháðum aðilum mæli einföld framkvæmd (e. administrative simplicity) með því að afgreiða öll lán eins.

tengsl er að ræða verður armslengdarverðum þó aðeins beitt í þeim tilvikum sem tengslin eru augljós eða nánin (d. nær).²²¹ Innbyrðis lán á milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva eru einmitt lýsandi fyrir þetta álitamáli. Af þeim ber almennt ekki að reikna vexti.²²²

Frá þessu er þó vikið þegar um er að ræða lán á milli banka og erlends útibús þess í keldulandi samnings. Helgast það af því að slíkt lán tengist hinni tekjuaflandi starfsemi útibúsins náði.²²³ Þar með er þó ekki sagt að reikna beri vexti skilyrðislaust af öllum lánnum slíkra aðila. Lán, sem veitt er útibúi, svo að það geti fullnægt kröfum keldulands samnings um ákveðið lágmarks eigið fé til tryggingar skuldbindingum sínum er t. d. skyldara framlagsfé en lánsfé. Eðli málsins samkvæmt ber því ekki að vaxtareikna það.²²⁴

Í samræmi við kenninguna um sjálfstæði föstu starfsstöðvarinnar ber að gera upp innbyrðis þjónustuviðskipti á

armslengdargrundvelli. Skilyrði er þó að hin veitta þjónusta sé nátengd hinni tekjuaflandi starfsemi fyrirtækisins. Fullnægi þjónustan ekki þessu skilyrði ber aðeins að heimfæra hin raunverulegu gjöld sem veiting þjónustunnar kostar. Kostnaðinum, sem framkvæmd þjónustuna felur í sér, verður því að skipta á milli starfsstöðvarinnar og höfuðstöðvanna á grundvelli einhvers konar gagnsemissjónarmiða. Þetta gildir bæði við uppgjör tekna fastrar starfsstöðvar samkvæmt innlendum lögum og tvísköttunarsamningum.²²⁵

Á svipuð sjónarmið reynir þegar um er að ræða yfirfærslu á eignum og skuldum milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva. Þetta er tiltölulega einfalt þegar um er að ræða vörur. Eigi fyrnanlegar eignir í hlut getur þó þurft að skoða málið aðeins frekar. Gildir það einkum þegar slíkar eignir hafa verið færðar niður um frestaðan söluhagnað varanlegra rekstrarfjármuna. Sum ríki gera

221 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 511 og áfram. Zimmer, bls. 165. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 17-177-liður athugasemda við 7. gr.

222 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005 útgáfan, 18.3-liður athugasemda við 7. gr. Í U 1992, 143/TfS 1993, 7 H (Texaco Danmark inc.) var dæmt að ekki bæri að reikna vexti af innbyrðis lánnum á milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva. Í OECD-fyrirmyndinni, 1992-útgáfunni, 18-lið athugasemda við 7. gr. sagði, að í þeim tilvikum sem höfuðstöðvar tækju lán hjá þriðja manni, og endurlánuðu fastri starfsstöð það, væri vaxtareikningur þó réttlætjanlegur og er það í samræmi við meginregluna um heimfærslu tekna og gjalda (skulda) þess efnis, að lán fyrirtækis hjá þriðjamaðmanni og þar með vaxtagjöld af því, beri að heimfæra hjá þeim sem notar lánið í atvinnurekstri sínum en ekki hjá þeim er tekur lánið eða eftir atvikum skrifar undir lánskjölin. Höfuðstöðvum er hins vegar óheimilt að áskilja sér þóknun vegna lánveitingarinnar, sjá Zimmer, bls. 166.

223 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2003-útgáfan, 19-liður athugasemda við 7. gr.

224 Sbr. TfS 1996, 715 Ø. Í málinu reyndi að frádráttarbærni vaxta af láni sem Citybank inc. hafði lánað útíbúi sínu í Danmörku. Lánið bar vott um vera framlagsfé til tryggingar á skuldbindingum útibúsins samkvæmt þágildandi reglum í dönskum bankalögum. Í samræmi við þessi lög var lánið óuppsgejanlegt í fimm ár og að þeim tíma lönnum var heimilt að segja því upp með fimm ára uppsagnarfresti. Eystri landsréttur sýnði um frádrátt á vöxtum og gengisnum vegna lánsins með eftirfarandi rökum: „Under hensyn til, at det lán, ..., er et 5-årig lán, der er anvendt som ansvarlig indskudskapital, finder Landsretten, at det følger af det anførte, at der ikke kan meddeles skattefradrag.“ — Niðurstaða Eystri landsréttar hefur verið gagnrýnd af fræðimönnum á sviði skattaréttar. Í því sambandi er því haldið fram að niðurstaðan byggist á ónákvæmri þýðingu A/S Skattekartotekets á athugasemdum

OECD-1992-fyrirmyndarinnar. Sjá nánar Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2006, bls. 213, einkum tilvísun 133 á þeirri síðu.

225 Í fyrirmyndum OECD að tvísköttunarsamningi alveg fram til 1992 sagði að þegar um væri að ræða minni háttar þjónustuviðskipti (d. underordnede tjenesteydelser) væri fræðilega rétt að gera upp innbyrðis viðskipti á armlengdarverðum. Af hagkvæmnisástæðum var aðildarríkjum stofnunarinnar þó ekki ráðlagt að gera það, sbr. OECD-fyrirmyndin, 1992-útgáfan, 19-liður athugasemda við 7. gr. Við endurskoðun athugasemdana 7. gr. 1994 voru ráðleggingarnar varðandi minn háttar þjónustuviðskipti (e. ancillary services) felldar brott og nokkrir nýir athugasemdalíðir teknir upp í staðinn um þjónustu (e. services) almenns eðlis. Í athugasemdunum segir m. a. að í þeim tilvikum sem fyrirtæki hafi með að gera sölu á þjónustu til þriðja manns gegn ákveðnu verði sé rétt að nota það verð við uppgjör innbyrðis viðskipta milli starfsstöðvar og höfuðstöðva, sbr. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan, 175-liður athugasemda við 7. gr. Sé þjónustan hins vegar tiltölulega almenns eðlis eða meira og minna sameiginleg fyrir allt fyrirtækið eins og t. d. endurmenntunarnámskeið fyrir starfsmenn bera vott um eigi hins vegar aðeins að skipta hinum raunverulegu útgjöldum í tengslum við hana. — Ákvörðun armslengdarverðs þýðir að hjá starfsstöðinni myndast gervitekjur og gervigjöld, það er að segja tekjur og gjöld er fyrirtækið sem heild hefur ekki ólást. Reki erlent fyrirtæki fasta starfsstöð hér á landi mun ákvörðun tekna og eða gjalda við síkar aðstæður því óhjákvæmilega hafa áhrif á skattskyldu hennar. Í öðrum tilvikum t. d. við afhendingu á þjónustu frá ótakmarkað skattskyldri fastri starfsstöð til höfuðstöðvanna hér á landi hefur ákvörðunin hins vegar eingöngu þýðingu við útreikning á hinum mildunarhæfu tekjum. Nánar um þetta, sjá Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 636 og áfram.

í þessu sambandi greinarmun á því hvort um er að ræða flutning frá og til fastrar starfsstöðvar innanlands eða erlendis og verður svo einnig gert hér.

1.3.2.4.4.2 Yfirfærslur frá og til fastrar starfsstöðvar hér á landi

Í íslenskum skattalögum er ekki að finna nein ákvæði um skattalegar afleiðingar þess að eign eða skuld er flutt af landi brott til höfuðstöðva erlendis. Skattalegar afleiðingar þessa verður því að meta á grundvelli þeirra meginreglna sem um það gilda samkvæmt alþjóðlegum skattarétti einkum fyrirmynd OECD að tvísköttunarsamningi og innlendra verklagsreglna að svo miklu leyti sem þær eru til.²²⁶

Kaup og sala á vörum milli fastrar starfsstöðvar og höfuðstöðva tengjast náið hinni tekjuaflandi starfsemi fyrirtækisins. Viðskiptin ber því að gera upp á armlengdargrundvelli alveg án tillits til þess hvort uppgjórið valdi gervitekjum og eða gervigjöldum. Armlengdarverðið ber að miða við þann dag er vörurnar eru afhentar, það er þann dag er áhættan á því

að þær rýrni eða skemmist af tilviljun flyst frá kaupanda til seljanda. Breyting á verðinu eftir þann dag til hækkunar eða lækkunar hefur því engin áhrif á uppgjórið. Þetta á sér bæði stoð í innlendum rétti, sbr. B-lið 7. gr. SL og alþjóðlegum skattarétti.²²⁷

Samkvæmt þessu verður að ætla að fullnægjandi innlend lagaheimild sé fyrir hendi til að skattleggja fasta starfsstöð af ímynduðum hagnaði við afhendingu vöru til höfuðstöðva erlendis.²²⁸ Þegar um er að ræða yfirfærslu á eignum þar með talið varanlegum rekstrarfjármunum, óefnislegum eignum svo sem viðskiptavild, hlutabréfum og krófum horfir þetta öðruvísi við. Fyrir það fyrsta er ekki um að ræða viðskipti sem tengjast hinni tekjuaflandi starfsemi náið. Almennt ber því ekki að reikna fastri starfsstöð gervitekjur eða -gjöld við yfirfærslu slíkra eigna. Eignirnar teljast því „seldar“ á bókfærðu verði.

Hins vegar er ekkert því til fyrirstöðu að ríki setji lög sem heimili tekjufærslu ímyndaðs hagnaðar þegar svo stendur á og hafa mörg ríki gert það.²²⁹ Þetta byggist á því að samkvæmt alþjóðlegum skattarétti,

226 Um framkvæmdina í Danmörku, sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, bls. 214.

227 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Beskatning af international erhvervsindkomst, bls. 578 og áfram. Frá reglunni um að miða skuli við armlengdarverð við þessar aðstæður er aðeins að finna eina undanþágu. Samkvæmt 5. mgr. 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, 2005-útgáfunni, ber ekki að reikna tekjur við kaup starfsstöðvar á vörum fyrir höfuðstöðva. Þótt íslensk skattalög hafi ekki að geyma slíka reglu má ætla að hún verði samt lögð til grundvallar hér á landi. Hins vegar á undanþága ekki við þegar höfuðstöðva kaupa vörur fyrir starfsstöð. Undanþágan frá meginregunni er rökstudd með vísan til þess að starfsemi sem aðeins felst í innkaupum á vörum fullnægi ekki skilyrðum 1. og 2. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, til að vera föst starfsstöð, sbr. d-lið 4. mgr. 5. gr. OECD-fyrirmyndarinnar, 2005-útgáfan, sbr. og 29-lið athugasemda við 7. gr.

Undanþágukvæði 5. mgr. 7. gr. hefur því aðeins þýðingu þegar skilyrðinu um fasta starfsstöð er fullnægt af öðrum orsökum.

228 Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, bls. 215, einkum tilvísun 137 á þeirri síðu en þar er gerð grein fyrir afstöðu danskra skattyfirvalda til málsins sem legði hafa fyrir síðan 1903. Álitamálið geta þó komið upp varðandi myndunartíma teknanna. Á að reikna starfsstöðinni tekjur strax við afhendingu á vörum til höfuðstöðvanna eða fyrst þegar vörurnar eru farnar út úr fyrirtækinu sem heildir. Þessu svarar Niels Winther-Sørensen ekki beint, sbr. Skatteretten 1, 2006, bls. 214. Sjá nánar Zimmer, bls. 167. OECD-fyrirmyndin, 2005-útgáfan svarar þessu ekki heldur. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 3. útg., 69-71-liður athugasemda við 7. gr. færir hins vegar rök fyrir því að miða skuli við tímamarkið þegar vörurnar eru farnar út úr fyrirtækinu sem heildir.

229 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2005-útgáfunna, 15-liðar athugasemda við 7. gr. Um framkvæmdina í einskum ríkjum, sjá t. d. Danmörk, sbr. § (grein) 8 A kelduskattalaganna er hljóðar svo: „Virksomhed her i landet anses først for opgivet, når afståelse af virksomhedens varelager, maskiner, driftsmidler og inventar m.v. har fundet sted. — Stk. 2. Overfører en skattepligtig varelager, maskiner, driftsmidler og inventar m.v. samt immaterielle aktiver som nævnt i afskrivningslovens § 40, stk. 1 og 2, der har været anvendt i skattepligtig virksomhed her i landet, til benyttelse i udlandet, sidestilles sådan overførelse med salg. Som salgssum betragtes værdien i handel og vandel på overførelsestidspunktet.“ Kelduskattalögin taka umfram allt til mánna. Hins vegar er hlíðstætt ákvæði finna í félagaskattalögum varðandi lögaðila, sbr. „§ 8 B. Erhverves afskrivningsberettigede aktiver fra et koncernforbundet selskab, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, uden at overdragelsen har medført dansk eller udenlandsk beskatning af eventuelle genvundne afskrivninger, gevinster eller tab, eller den udenlandske beskatning ved overdragelsen er blevet udskudt, indtræder det erhvervende selskab i det overdragende selskabs anskaffelsessummer og anskaffelsestidspunkter. De afskrivningsberettigede aktiver anses for afskrevet maksimalt efter danske regler indtil erhvervelsestidspunktet. § 4 A, stk. 2, 2. og 3. pkt., finder tilsvarende anvendelse. — Stk. 2. Erhverves goodwill eller andre immaterielle aktiver som nævnt i afskrivningslovens § 40 fra et koncernforbundet selskab, jf. kursgevinstlovens § 4, stk. 2, og er de oparbejdet af det overdragende selskab eller andre koncernforbundne selskaber, anses aktiverne under de i stk. 1 nævnte betingelser ved opgørelsen af den skattepligtige indkomst for oparbejdet af det erhvervende selskab.“

OECD fyrirmyndinni, er einstökum ríkjum talið heimilt að setja lagareglur um skattlagningu hagnaðar, þar með talið, á hvaða ári hann skuli teljast til tekna.²³⁰ Almenn ræðst það semsé af innlendum lögum í hlutaðeigandi ríki hvort yfirfærsla á eign frá fastrí starfsstöð til höfuðstöðva teljist sala í skattalegum skilningi.

Ákvörðun tekna þegar um innbyrðis yfirfærslu á vörum frá og til fastrar starfsstöðvar verkar í báðar áttir. Sama gildir um eignir. Fyrningarstofn eignar, sem föst starfsstöð fær afhenta frá höfuðstöðvum, myndi því væntanlega vera jafnt og bókfært verð hennar hjá höfuðstöðvunum. Hvort svo er í raun er þó allsendis óvíst. Þannig er jafnvíst að föst starfsstöð taki eign inn á markaðsverði. Svo er hún fyrnd eins og um nýkeypta eign er að ræða. Útsending eignarinnar að lokinni notkun er síðan mjög líklega gerð á bókfærðu verði. Hafi eignin verið fyrnd meira en eiginlegri rýrnun hennar nemur svo sem vegna niðurfærslu frestaðs söluhagnaðar verður Ísland því af skatttekjum þar sem skattskyldu starfsstöðvarinnar getur lokið án þess að nokkur eiginleg úttektarskattlagning fari fram.

1.3.2.4.4.3 Yfirfærslur frá og til fastrar starfsstöðvar erlendis

Erlend höfuðstöð, sem á og rekur innlenda starfsstöð, ber ekki ótakmarkaða skattskyldu hér á landi. Starfsstöðin getur

hins vegar þurft að sæta takmarkaðri skattskyldu. Þessu er ódrúvísi farið þegar um er að ræða innlenda höfuðstöð. Hún ber fulla og ótakmarkaða skattskyldu hér á landi. Skattskyldan er auk þess alheimsleg (e. world wide) sem þýðir að svara verður skatti af innlendum og erlendum tekjum.

Þetta getur hugsanlega haft áhrif á skattlagningu innbyrðis viðskipta milli innlendrar höfuðstöðvar og faststrar starfsstöðvar er hún rekur erlendis. Engu breytir nefnilega um skattskylduna hver selur eða eign. Vegna alheimsskattlagningarinnar skilar hagnaðurinn eða tapið sér hingað til lands fyrir eða síðar með einum eða öðrum hætti. Hin fasta starfsstöð er þannig ekki sjálfstætt fyrirtæki í eiginlegum skilningi þess orðs.

Á yfirfærslur milli innlendrar höfuðstöðvar og fastrar starfsstöðvar er því tæplega unnt að líta á sem sölu. Hugsanlega ber þó að taka tillit til þessa við ákvörðun mildunarhæfra tekna. Með því móti er nefnilega aðeins unnt að tryggja réttan útreikning á skattafrádrætti.²³¹ Eins og nefnt var hér að framan verður að ætla að gera beri upp innbyrðis afhendingu á vörum á armslengdargrunvelli. Þegar fyrnanlegar eignir eiga í hlut ber hins vegar enga skyldu til þess. Hliðstæðu máli gegnir þegar um er að ræða hlutabréf og kröfur. Uppgjör miðað við armslengdarverð tryggir þó án efa réttari heimfærslu hagnaðar slíkra eigna.²³²

230 Hin einstöku ríki hafa þannig samkvæmt fyrirmyndi OECD heimild til að skattleggja reglulega verðhækkun slíkra eigna (verðhækkunarskattlagning), sbr. 2005-útgáfa fyrirmyndarinnar, 2-liður athugasemda við 13. gr. Þegar einstökum ríkjum er veittur réttur til að skattleggja reglulegar verðhækkningar eignar með þessum hætti myndi það þykja óréttlátt ef ríki sem ekki hefði valið slíka lausn, yrði neitað að skattleggja verðhækkun eignar á ákveðnu tímupunkti eins og við flutning eignarinnar af landi brott.

231 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, bls. 217. Um framkvæmdina í Noregi, sjá Zimmer, bls. 166. Skattfrankvæmd hér á landi, sjá nánar bindandi álit ríkisskattstjóra, BÅR, nr. 1 frá 2008.

232 Þetta má skýra með eftirfarandi dæmi: Ótakmarkað skattskyldur einstaklingur lætur íslenskar höfuðstöðvar sínar kaupa hlutabréf fyrir 1. millj. Á þriðja ári (ár 3) eru þessi hlutabréf yfirfærð til fastrar starfsstöðvar í samningsríki. Við

það tækifæri er markaðsverð bréfan, armslengdarverðið, 3 millj. Á fimmta ári frá kaupum (ár 5) selur maðurinn hlutabréfin til þriðja manns fyrir 2. millj. Við sölu myndast því hagnaður að fjárhæð 1 millj. og telst hann allur til tekna hjá höfuðstöðvunum. Það athugið að starfsstöðin hefur ekki rétt á að gjaldfæra tap á sölu bréfan enda þótt þau hafi lækkað um 1 millj., það er úr þremur í tvær, frá því yfirfærslan átti sér stað. Hins vegar hefði málið horft ódrúvísi við, ef hlutabréfin hefðu verið seld á 4 millj. Tvær millj. af hagnaðinum hefði þá borið að telja höfuðstöðvunum til tekna (3-1) og eina millj. starfsstöðinni. Ákveði maður þrátt fyrir ofansagt að tekjufæra allan hagnaðinn hjá starfsstöðinni með þeim rökum að hlutabréfin tilheyri henni eftir yfirfærsluna myndi afleiðingin vera, það er ef milda ber samkvæmt undanþáguaðferð samkvæmt tvísköttunarsamningi hlutaðeigandi lands, að ekki er unnt að skattleggja hagnaðinn hér á landi.

1.3.2.4.5 Tap af rekstri fastrar starfsstöðvar

Tilgangur tvísköttunarsamninga er umfram allt að aflétta eða milda tvískattlagningu tekna. Eðlilega fjalla þeir því ekkert um tap fastrar starfsstöðvar. Skattaleg meðferð þess fer því eftir innlendum lögum í aðildarríki samnings. Samkvæmt 1. og 2. gr. SL gildir alheimsskattareglan hér landi. Til skatts koma því allar tekjur hlutaðeigandi aðila hvaðan sem þær stafa. Hér til teljast meðal annars tekjur fastrar starfsstöðvar. Með tekjum í þessu sambandi er átt við heildartekjur að frádrægnum heildargjöldum, það er rekstrar(afgang) hagnað eða rekstrar(halla)tap. Í eðli sínu er tekjuhugtakið því nettóhugtak.

Ef tap er af rekstri fastrar starfsstöðvar innlendra höfuðstöðva erlendis samkvæmt íslenskum lögum leiðir því af sjálfu sér að heimilt er að draga það að fullu frá tekjum höfuðstöðvarinna.²³³ Heimild fyrirtækja til að draga tap erlendis fyrirtækis frá hagnaði íslensks fyrirtækis takmarkast við fastar starfsstöðvar. Ef hið erlenda fyrirtæki er sjálfstætt fyrirtæki t. d. einkahlutafélag eða hlutafélag getur íslenska móðurfélagið því ekki nýtt sér tapið. Stafar það af því að ekki er unnt að samskatta félög þvert á landamæri eins og sums staðar erlendis.²³⁴

Heimild íslensks fyrirtækis til að nýta sér tap starfsstöðvar til frádráttar hagnaði hjá sér er óháð því hvers konar mildun er beitt við tvískattlagninguna í tvísköttunarsamningi landanna. Hafi Ísland afsalað sér skattlagningarrétti til

hagsbóta fyrir kelduland samnings, það er að segja, beri að beita undanþáguaðferð (d. eksemption) við mildunina, hefur fyrirtækið því óskoraðan rétt á að nýta sér tapið. Í raun er þess vegna ekkert því til fyrirstöðu að tapið sé (tví)dregið tvisvar sinnum frá tekjum. Fyrst hér á landi, árið, sem tapið myndast, og svo í starfsstöðvarlandinu, árið eftir að það myndaðist, sem yfirfært tap til frádráttar hugsanlegum hagnaði af rekstri starfsstöðvarinnar.

Þessu er í grundvallaratriðum eins farið við mildun samkvæmt skattafrádrætti (d. tax kredit). Þar sem tapið færast til lækkunar á hugsanlegum hagnaði starfsstöðvarinnar á öðru ári frá því að það myndaðist verður mildunin að sama skapi lægri. Gagnstætt því sem gildir þegar undanþáguaðferð er beitt er tapsfrádrátturinn því ekki vandmál. Tvífrádráttur gjalda, þar með talið taps af rekstri fastrar starfsstöðvar, er almennt talinn óæskilegur. Þess vegna reyna þjóðir gjarnan að takmarka hann með einhverjum hætti. Ríki getur t. d. ákveðið að banna frádráttinn per se.²³⁵ Eins kemur til greina að endurskattleggja hann að því leyti sem tvínotkuninni nemur.²³⁶

1.3.2.4.6 Gjaldmiðlaumreikningur

Í 7. gr. OECD-fyrirmyndarinnar er ekki að finna nein ákvæði um það hvernig einum gjaldmiðli skuli breytt í annan. Þess vegna er ekkert því til fyrirstöðu að setja innlendar reglur um umreikninginn.²³⁷ Þótt íslenskar krónur séu ekki lögmæltur uppgjörsmáti fyrirtækja hér á landi leiðir hann af eðli máls.²³⁸ Tekjuskatturinn er jú ákveðinn í

233 Sbr. Michelsen, bls. 320. Zimmer, bls. 167.

234 Sjá til fróðleiks 31. dónsku félagaskattalaganna. Um regluna nánar, sjá Aage Michelsen í Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXIIIa, 1998, bls. 57 og áfram. Um alþjóðlega samsköttun, sjá Niels Winther-Sørensen í heidursrit (festskrift) Nils Mattsson, bls. 515.

235 Það hafa t.d. Norðmenn gert, sbr. 5. tölu. § 6-2. er hljóðar svo: „Når det i skatteavtale med fremmed stat er bestemt at inntekt skal være unntatt fra skattlegging i Norge, kommer tilhørende kostnad eller tilsvarende tap ikke for noen del til fradrag ved ligning av inntekt her i landet.“ Eins var farið um Austurríki að minnsta kosti hér áður fyrr. Hinn 25. sept. 2001 staðfesti æðsti skattadómsstóll Austurríkis að tap af rekstri fastra starfsstöðva væri frádráttarbær frá hagnaði höfustöðvanna jafnvel þótt milda bæri samkvæmt

undanþáguaðferð. Um dóminn nánar, sjá Gerald Gahleiter og Clemens Nowotny í Bulletin for International Fiscal Documentation 2002/4, bls. 165 og áfram.

236 Árið 1987 fór fram itarleg skoðun á misnotkun tvísköttunarsamninga í Danmörku, sbr. 50-betækingen. Í framhaldi af endurskoðuninni voru sett lög til að fyrirbyggja hvers konar skattaflótta og innihalda þau m. a. reglur um endurskattlagningu taps af rekstri fastrar starfsstöðvar, sbr. D-lið 33. gr. álagningarlaganna.

237 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2003, bls. 219.

238 Ákvæði 91. gr. SL tekur nefnilega aðeins til þeirra sem hafa heimild til að telja fram tekjur sínar og gjöld í erlendum gjaldmiðli.

íslenskum krónum. Sérstakt leyfi þarf auk þess til að færa bókhald og gera ársreikning í erlendum verðmæli. Ekki þarf því að deila um það að tekjur og gjöld, sem heimfæra ber hjá fastri starfsstöð erlendis fyrirtækis hér á landi, verður að umreikna í íslenskar krónur. Álitamál geta þó komið upp um það við hvaða tímamark skuli miða umreikninginn.

Umreikninginn ber að miða við þann dag er aðili öðlast endanlegan rétt til tekna eða verður endanlega skyldur að inna gjöld af hendi, sbr. 59. gr. SL. Hlotnist aðila erlendir peningar í tekjur á því að miða umreikninginn við kaupgengi²³⁹ þess dags er hann öðlast þá. Verði aðili skyldur að inna af hendi gjald í erlendum gjaldmiðli miðast umreikningurinn hins vegar við sölugengi²⁴⁰ þess dags er til skyldunnar er stofnað. Breyting á kaup- eða sölugengi eftir myndunardag tekna og eða stofnunardag skyldu lýtur hins vegar almennu reglum um gengismun. Hér sem endranær skiptir greiðsludagur tekna eða gjalda því ekki máli við umreikninginn.

Þessu er í grundvallaratriðum eins farið við kaup og sölu eigna. Ófugt við tekjur og gjöld ber þó ekki að miða tekna/gjalda- umreikninginn við öðlun tekna eða stofnun gjalda heldur dagsetningu kaupsamnings. Hliðstæðar reglur gilda um uppgjör fastrar starfsstöðvar sem íslensk fyrirtæki rekur erlendis. Almennnt ber því að fylgja brúttóaðferð við uppgjör reglulegra tekna, það er að umreikna tekjur og gjöld sér. Uppgjör samkvæmt þessari aðferð eru mjög erfið og þess vegna afar freistandi að grípa til nettóaðferða, það er að umreikna niðurstöðutölur rekstrar- og efnahagsreikningsins. Við slíkar aðstæður þarf nefnilega aðeins að taka afstöðu til þess hvaða gengi skuli nota og koma tveir möguleikar til greina í því sambandi, meðalgengi ársins og árslokagengið.²⁴¹

239 Hér stendur kaupgengi fyrir það verð sem banki kaupir gjaldeyririnn á.

240 Hér stendur sölugengi fyrir það verð sem banki selur gjaldeyririnn á.

241 Sjá til hliðsjónar 91. gr. SL.

ÞÖKKUM EFTIRTÖLDUM AÐILUM VEITTAN STUÐNING

DÓMS OG
KIRKJUMÁLARÁÐUNEYTIÐ
Skuggasund 3, 150 Reykjavík

EFLING STÉTTARFÉLAG
Sætún 1, 105 Reykjavík

HÉRAÐSDÓMUR N-EYSTRA
Hafnarstræti 107, 600 Akureyri

LÖGMENN THORSPLANI EHF.
Fjarðargötu 11, 220 Hafnarfjörður

REYNIR KARLSSON HRL.
Logafold 102, 112 Reykjavík

RÉTTUR
Klapparstíg 25-27, 101 Reykjavík

SÝSLUMAÐURINN Á AKRANESI
Stillholti 16-18, 300 Akranesi

ÚTFARASTOFA ÍSLANDS
Suðurhlíð 35, 105 Reykjavík

TOLLSTJÓRINN Í REYKJAVÍK
Tryggvagötu 19, 101 Reykjavík

LÖGFRÆÐISTOFA INGA TRYGGVASONAR

**LÖGMENN
ARBAE SLF.**





Sigurjónsson & Thor ehf.

Valborg Kjartansdóttir hdl
Magnús H. Magnússon hrl

Lágmúla 7, 108 Reykjavík
sigthor@sigthor.com



SKATTFRANNSÓKNARSTJÓRI
RÍKISINS

Sími 550 8800 • Fax 550 8850
Gjaldfrjálst númer 800 5088
Borgartúni 7 • 150 Reykjavík
www.skattfrann.is



LÖGMÁL

ÁSGEIR ÞÓR ÁRNASON HRL.
ELVAR ÖRN UNNSTEINSSON HRL.
LÚÐVÍK ÖRN STEINARSSON HRL.
MAGNÚS GUÐLAUGSSON HRL.
MAGNÚS ÓSKARSSON HDL.
UNNSTEINN ÖRN ELVARSSON HDL.

Lögmal ehf.
Skólavörðustíg 12 • 101 Reykjavík
Sími 511 2000 • Fax 511 2001
logmal@logmal.is • www.logmal.is



Mörkin lögmannsstofa hf.

Suðurlandsbraut 4, 3. hæð, 108 Reykjavík
Sími 414 4100 • Fax 414 4101 • www.law.is



RÍKISENDURSKOÐUN

BDN
BBA // LEGAL



JURIS

ALMENNA
LÖGFRÆDISTOFAN



VARNARMÁLASTOFNUN ÍSLANDS

ICELANDIC DEFENCE AGENCY

PRICEWATERHOUSECOOPERS 



NEYTENDASTOFA

RSK

RÍKISSKATTSTJÓRI

LR

Lögfræðistofa Reykjavíkur



Efstaleiti 5
103 Reykjavík
Iceland
5 400 300
5 400 301

42 New Broad Street
London EC2M 1 JD
England
+44 (0) 207 920 3020
+44 (0) 207 920 3099

Codanhus
Gl. Kongevej 60, 5. sal
DK-1850 Frederiksberg C
Danmark
+45 70 229 224
+45 70 274 279

logos@logos.is
www.logos.is

LOGOS

LÖGMANNSÞJÓNUSTA
SÍÐAN 1907