



1. hefti TÍMARIT 7. árg
LÖGRÉTTU
Félags laganema við Háskólann í Reykjavík

ÚRRÆÐI LÁNVEITANDA VIÐ
VANEFNDIR LÁNTAKA I

EFTIR *Stefán A. Svansson*

A

FORGANGSÁHRIF RÉTTILEGA
INNLEIDDRA EES-REGLNA

EFTIR *Margræti Einarsdóttur*

B

SKIPTING Á SKATTLAGNINGAR-
RÉTTINUM MILLI HEIMILISFESTARRÍKIS
OG KELDULANDS

EFTIR *Ásmund G. Vilhjálmsson*

C

A	ÚRRÆÐI LÁNVEITANDA VIÐ VANEFNDR LÁNTAKA I EFTIR <i>Stefán A. Svansson</i>	9
B	FORGANGSÁHRIF RÉTTILEGA INNLEIDDRA EES-REGLNA EFTIR <i>Margréti Einarsdóttur</i>	25
C	SKIPTING Á SKATTLAGNINGARRÉTTINUM MILLI HEIMILISFESTARRÍKIS OG KELDULANDS EFTIR <i>Ásmund G. Vilhjálmsson</i>	39

ÚTGEFANDI

Lögrétta, félag laganema við Háskólann í Reykjavík

RITSTJÓRI OG ÁBYRGÐARMAÐUR

Þórdís Kolbrún Reykfjörð Gylfadóttir

RITNEFND

Anna Lilja Hallgrímsdóttir

Helga Reynisdóttir

Kári Sighvatsson

RITRÝNINEFND

Ragnhildur Helgadóttir, formaður

Sigurður Tómas Magnússon

Aðalsteinn Egill Jónasson

PRÓFARKALESTUR

Arnar Eggert Thoroddsen

HÖNNUN OG UMBROT

Hörður Kristbjörnsson

HEIMILISFANG OG NETFANG

Tímarit Lögréttu

Menntavegur 1

101 Reykjavík

ritnefnd@logretta.is

RITRÝNDAR FRÆÐIGREINAR

Stefán A. Svansson:

Úrræði lánveitanda við vanefndir lántaka I

Margrét Einarsdóttir:

Forgangsaðhrif réttilega innleiddra EES-reglna

Ásmundur G. Vilhjálmsson:

Skipting á skattlagningarréttinum milli heimilisfestarríkis og keldulands



MEISTARANÁM Í LÖGFRÆÐI

VIÐ LAGAÐEILD HÁSKÓLANS Í REYKJAVÍK

- Rannsóknartengt 2ja ára meistaranám til ML-gráðu.
- Námið hentar ekki aðeins þeim einstaklingum sem lokið hafa grunnnámi í lögfræði heldur einnig þeim sem hafa háskólaþróf í öðrum greinum.
- Nemendur sem hafa lokið grunnnámi í lögfræði geta lokið fullnaðarþrófi í lögfræði með meistaranáminu.
- Markmið námsins er að þjálfa og hvetja nemendur til greinandi og gagnrýnninnar hugsunar og vísindalegra vinnubragnaða.

- Einstaklingsbundin námsáætlun.
- Helstu einkenni námsins eru mikið val um áherslur og námsleiðir og margvíslegir möguleikar á sérhæfingu innan lögfræði og samþættingu við aðrar greinar.
- Gefinn er kostur á að ljúka meistaranámi á alþjóðasviði.

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

YFIRLIT YFIR KJÖRGREINAR OG MÁLSTOFUR 2011–2013

HAUSTÖNN 2011

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR	KENningarAR
Advanced Legal English	Erlendína Kristjánsson
Afbrotaræði	Svala Ólafsdóttir
Alþjóðleg lausafjárkaup	Þórður S. Gunnarsson
Alþjóðlegur skattaréttur II	Gunnar Gunnarsson
Evrópuréttur II: Internal market	Gunnar Þór Pétursson
Fjarskiptaréttur	Sigurjón Ingvason og Jóhanna H. Halldórsdóttir
Gagnaöflun og málfutningur í einkamálam	Sigurður Tómas Magnússon
Lagakenningar	David Þór Björgvinsson o.fl.
Lagasetning	Páll Þórhallsson
Legal Communication	Peter Chr. Dyrberg
Mannréttindasáttmáli Evrópu	Oddný Mjöll Arnardóttir
Málstofa í hjúkningar- og sambúðarrétti	NN
Málstofa um alþjóðlega mannréttindavernd - jafnrétti og bann við mismunun	Oddný Mjöll Arnardóttir
Málstofa: Auðlindir og stjórnsýsla- frá hugmynd til framkvæmdar	Kristín Haraldsdóttir, Elin Smáradóttir o.fl.
Neytendamarkaðsréttur	Gísli Tryggvason
Sjó- og flutningaréttur	Einar Baldvín Axelsson
Stjórnhættir hlutafélaga	Jóhannes R. Jóhannsson
The Law of the Sea and Iceland's Fishing Limits Disputes	Guðni Th. Jóhannesson o.fl.
Willem C. Vis Int. Commercial Arbitration Moot I (fyrrí hluti)	Garðar Viðir Gunnarsson
ML-ritgerð	Ýmsir

HAUSTÖNN 2012

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR	KENningarAR
Advanced Legal English	Erlendína Kristjánsson
Afbrotaræði	Svala Ólafsdóttir
Alþjóðaviðskipti	Þórdís Ingadóttir
Barnaréttur (Barnalög og barnaverndarlög)	David Þór Björgvinsson
Evrópuréttur II: Internal market	Gunnar Þór Pétursson
Evrópuréttur IV/State Aid	Peter Chr. Dyrberg
Evrópskur félagaréttur	Hallgrímur Ásgeirsson
Gagnaöflun og málfutningur í einkamálam	Sigurður Tómas Magnússon
Hlutverk verjenda í opinberum málum	Björn L. Bergsson og Guðrún S. Arnardóttir
Málstofa í almannatryggingarétti	Guðmundur Sigurðsson og Ragnhildur Helgadóttir
Málstofa í bótarétti	Guðmundur Sigurðsson
Málstofa í fjölmólarétti	Páll Þórhallsson
Réttlæskeningar	Stefán Einar Stefánsson
Stjórnhættir hlutafélaga	Jóhannes R. Jóhannsson
Skuldaskilaréttur	Steinn H. Guðbjartsdóttir og Valgerður Dís Valdimarsdóttir.
Mannréttindasáttmáli Evrópu	Oddný Mjöll Arnardóttir
Málstofa um alþjóðlega mannréttindavernd	Oddný Mjöll Arnardóttir
Stjórnsýsluréttur II	Margrét Vala Kristjánisdóttir
The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition I (fyrrí hluti)	Þórdís Ingadóttir
Umhverfisréttur	Kristín Linda Arnadóttir o.fl.
ML-ritgerð	Ýmsir

VORÖNN 2012

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR	KENningarAR
Alþjóðlegur einkamálaréttur, lagaskil á sviði samningaréttar	Herdis Hallmarsdóttir og fl.
Alþjóðlegur refsiréttur	Þórdís Ingadóttir
Auðgunar- og efnahagsbrot	Sigurður Tómas Magnússon og Björn Þorvaldsson
Auðlindaréttur	Kristín Haraldsdóttir
EU Constitutional Law	Gunnar Þór Pétursson
Evrópuréttur á sviði fjármálaþjónustu	Hallgrímur Ásgeirsson
Fjárfestingafélag, verðbréfasjóðir og lífeyrissjóðir	Tómas N. Möller
Hagnýtur samningaréttur	Þórður S. Gunnarsson og Aðalsteinn Leifsson
Heilbrigðisréttur	Dögg Pálsdóttir
Hlutverk verjenda í opinberum málum	Björn L. Bergsson og Guðrún S. Arnardóttir
International and European Energy Law - íslenskur orkuréttur	Dirk Buschle og Kristín Haraldsdóttir
Kaup á fyrirtækjum/samruni - áreiðanleikakannanir	Ólafur F. Haraldsson, Garðar G. Gíslason og Kristín Ewald
Málstofa I í stjórnsýslurétti	Margrét Vala Kristjánisdóttir o.fl.
Málstofa í stjórnskipunarétti og stjórnskipunarsögu	Ragnhildur Helgadóttir og Guðni Th. Jóhannesson
Málstofa um evrópskan samningarétt	Matthias G. Pálsson
Réttarsaga	Ragnhildur Helgadóttir og Guðni Th. Jóhannesson
Réttarsálfræði	Jón F. Sigurðsson og Gísli H. Guðjónsson
Skuldaskilaréttur	Steinn H. Guðbjartsdóttir og Valgerður Dís Valdimarsdóttir
Starfsemi fjármálfyrirtækja	Aðalsteinn E. Jónsson
Verktaka- og útbúðsréttur	Erlundur Gíslason og Othar Örn Petersen
Vörumerkjarettur	Ásdís Magnúsdóttir
Willem C. Vis Int. Commercial Arbitration Moot II (síðari hluti)	Garðar Viðir Gunnarsson
ML-ritgerð	Ýmsir

VORÖNN 2013

KJÖRGREINAR/MÁLSTOFUR	KENningarAR
Alþjóðadómstólar og friðsamlegar úrlausnir deilmála	Þórdís Ingadóttir
Alþjóðlegir og innlendir fjármögnunarsamningar	Guðmundur Ingi Sigurðsson
Alþjóðlegur skattaréttur I	Gunnar Gunnarsson
Auðgunar- og efnahagsbrot	Sigurður Tómas Magnússon og Björn Þorvaldsson
Bandarísk réttarsaga, réttarkerfi og lög	Steinn Jóhannsson og Drew Prisner
Comparative law	Milosz Hodun
Evrópskur fjölmólaréttur	Páll Þórhallsson
Evrópskur lyfjarettur	Gunnar Þór Pétursson
Evrópuréttur á sviði fjármagnsmarkaða	Hallgrímur Ásgeirsson
Hagnýtt réttarheimspekni	David Þór Björgvinsson
Hagnýtur samningaréttur	Þórður S. Gunnarsson og Aðalsteinn Leifsson
International and European Energy Law - íslenskur orkuréttur	Dirk Buschle og Kristín Haraldsdóttir
Málstofa um evrópskan samningarétt	Matthias G. Pálsson
Málstofa um hugverkasamninga	Hafliði Kr. Lárusson
Öfbeldis- og fíkniefnabrot	Svala Ólafsdóttir
The Philip C. Jessup Intern. Law Moot Court Competition II (síðari hluti)	Þórdís Ingadóttir
Vátryggingaréttur	Þóra Hallgrímsdóttir
ML-ritgerð	Ýmsir



FRÁ RITSTJÓRA

Þórdís Kolbrún Reykfjörð Gylfadóttir

Frá upphafi hefur það verið markmið laganema við Háskólann í Reykjavík að standa fyrir útgáfu á fræðiriti á sviði lögfræði. Tímarit Lögréttu á sér ekki langa sögu og þess vegna er ánægjulegt að fræðimenn og aðrir kjósi að birta skrif sín í tímaritinu. Við núverandi aðstæður er erfitt að fjármagna útgáfu sem þessa og hefur lagadeild Háskólans í Reykjavík verið útgáfunni öflugur bakhjarl. Ég vil fyrir hönd ritnefndar þakka Þórði S. Gunnarssyni deildarforseta lagadeildar sérstaklega fyrir að hafa ætíð borið hag útgáfunnar fyrir brjósti.

Að þessu sinni er efni tímaritsins fjölbreytt og hefur það að geyma þrjár ritrýndar fræðigreinar. Stefán A. Svansson hrl. á Juris og stundakennari við lagadeild, er höfundur ritgerðar sem ber heitið „Úrræði lánveitanda við vanefndir lántaka I – gjaldfelling lánasamninga“. Ritgerð hans er sú fyrri af tveimur um úrræði lánveitanda við vanefndir lántaka og leitast Stefán við að varpa ljósi á þau lagalegu álitafni sem lánveitendur standa frammi fyrir þegar til greina kemur að gjaldfella lánasamninga.

Því næst ber að nefna ritgerð eftir forstöðumann Evrópuréttarstofnunar og sérfræðing við lagadeild Háskólans í Reykjavík, Margréti Einarsdóttur, sem ber heitið „Forgangsrif réttilega innleiddra EES-reglna“. Í ritgerðinni leitar höfundur svara þeirri spurningu hvort EES-reglur,

sem réttilega hafa verið innleiddar í íslenskan rétt, hafi forgangsrif gagnvart ósamrýmanlegum reglum landsréttar, sem ekki eiga rætur sínar að rekja til EES-réttar.

Að lokum ber að nefna ritgerð Ásmundar G. Vilhjálmssonar hdl. sem er þriðji og síðasti hluti yfirgripsmikilla skrifa hans um skiptingu skattlagningaréttar vegna einstakra tekna milli heimilisfestarríkis og upprunalands tekna.

Ritryñinefnd Tímarits Lögréttu skipa Ragnhildur Helgadóttir prófessor, Sigurður Tómas Magnússon prófessor og Aðalsteinn Egill Jónasson dósent. Fyrir hönd ritstjórnar vil ég koma á framfæri þökkum til þeirra fyrir óeigingjarnt starf í þágu útgáfunnar.

FJÁRMÁLAUPPLÝSINGAR

Traustar upplýsingar sem lágmarka áhættu í viðskiptum



CREDITINFO

– forskot í krafti þekkingar





Stefán A. Svensson
hrl., LL.M.

ÚRRÆÐI LÁNVEITANDA VIÐ VANEFNDIR LÁNTAKA I - Gjaldfelling lánasamninga -

1. INNGANGUR	10
2. VANEFNDIR SAMKVÆMT LÁNASAMNINGUM	10
2.1. Almenn	10
2.2. Tilgangur vanefndaákvæða o.fl.	10
2.3. Dæmigerð vanefndaákvæði	11
3. GJALDFELLING LÁNASAMNINGA OG NÝTING ANNARRA VANEFNDAÚRRÆÐA	13
3.1. Almenn	13
3.2. Þurfa hagsmunir lánveitanda að vera fyrir borð bornir?	13
3.3. Hagsmunir lánveitanda fyrir borð bornir án þess að um samningsbundna vanefnd sé að ræða	17
3.4. Þýðing þess að lánveitandi hafi látið hjá líða að neyta vanefndaúrræða	19
3.5. Afleiðingar ólögætrar gjaldfellingar o.fl.	19
4. NOKKUR LOKAORÐ	21

1. INNGANGUR

Í núverandi árferði standa fjármálafyrirtæki oftsinnis frammi fyrir því að vanefndir verði á lánasamningum. Þurfa þá fjármálafyrirtæki, rétt eins og aðrir kröfuhafar við vanefndir skuldara, að tryggja hagsmuni sína eins og framast er kostur, þ.m.t. með því að beita samningsbundnum vanefndaúrræðum ásamt því að grípa til annarra viðeigandi úrræða. Þegar svo stendur á getur reynt á fjölmörg lögfræðileg álitæfni meðal annars á sviði fjármunaréttar, veðréttar og réttarfars.

Í grein þessari, sem er sú fyrir af tveimur um úrræði lánveitenda við vanefndir lántaka, verður einkum leitast við að varpa ljósi á ýmis lögfræðileg álitæfni sem lánveitendur standa frammi fyrir við *gjaldfellingu* (e. acceleration) lánasamninga. Í því sambandi verður sérstaklega brugðið ljósi á það álitæfni hvort samningsbundin vanefnd lántaka (vanefnd sem er sérstaklega skilgreind í samningi (e. event of default)) heimili lánveitanda skilyrðislaust að gjaldfella lánasamning, svo sem ef aðstaðan er sú að hagsmunir lánveitanda eru í reynd ekki fyrir borð bornir þrátt fyrir samningsbundna vanefnd. Er athyglisvert í því sambandi að bera saman réttarstöðuna að íslenskum rétti annars vegar og enskum rétti hins vegar. Enskur réttur er gjarnan notaður sem löggjöf (e. governing law) í alþjóðlegum lánasamningum og hefur það því raunhæfa þýðingu að bera saman réttarstöðuna að þessu leyti enda hafa íslenskir lögfræðingar í síauknum mæli þurft að fást við lánasamninga sem lúta enskum lögum eða sækja fyrirmynd sína þangað. Þá verður fjallað um það álitæfni hvort lánveitanda geti verið stætt á að grípa til vanefndaúrræða sé svo ástatt að lánveitandi telji með réttu að hagsmunum hans sé

stefnt í voða án þess þó að um skilgreinda vanefnd samkvæmt lánasamningi sé að ræða. Einnig verður fjallað um þýðingu þess að lánveitandi hafi látið hjá líða að neyta vanefndaúrræða. Að síðustu verður stuttlega vikið að mögulegum afleiðingum ólögætrar gjaldfellingar.

Í seinni greininni verður umfjöllunin hins vegar helguð úrræðum lánveitenda í kjölfar gjaldfellingar lánasamnings, þ.m.t. fullnustu veða og réttarfarslegra úrræða sem lánveitendur geta neytt. Í þeim tilvikum, rétt eins og við gjaldfellingu lánasamninga, geta lánveitendur staðið frammi fyrir fjölmörgum lögfræðilegum álitamálum.

Rétt er að taka fram að báðar greinarnar taka fyrst og fremst til þeirrar aðstöðu þegar lántakar eru lögaðilar. Greinarnar fjalla því ekki sérstaklega um réttarsamband lánveitenda og lántaka þegar hinir síðarnefndu eru neytendur en önnur sjónarmið geta þá átt við.¹

2. VANEFNDIR SAMKVÆMT LÁNASAMNINGUM

2.1. *Almennt*

Samhengisins vegna, og fyrir þá sem eru ekki vanir að sýsla með lánasamninga, er rétt í upphafi að gera stuttlega grein fyrir hefðbundnum vanefndaákvæðum samkvæmt lánasamningum og einnig þeim sjónarmiðum sem búa þeim að baki, þ.m.t. frá sjónarhóli lánveitenda og lántaka. Rétt er að taka fram að hvergi nærri er um tæmandi talningu slíkra ákvæða að ræða enda eru þau mjög breytileg eftir einstökum samningum.

2.2. *Tilgangur vanefndaákvæða o.fl.*

Tilgangur vanefndaákvæða er meðal annars að skilgreina fyrirfram þær aðstæður sem heimila lánveitanda að grípa

¹ Sjá nánar lög nr. 121/1994 um neytendalán, sbr. meðal annars afmörkun á gildissviði laganna í I. kafla þeirra.

til vanefndaúrræða, þ.m.t. að gjaldfella lánsskuldbindingu í heild eða að hluta.² Við samningu slíkra ákvæða leitast lánveitandi því við að skilgreina sem *vanefnd* fyrirfram tiltekin atvik eða aðstæður sem geta orðið honum tilefni til að draga greiðslugetu lántaka í efa.

Greiðsludráttur, þ.e. þegar greiðsla er ekki innt af hendi á gjalddaga, er oft aðeins eitt fjölmargra vanefndatilkvika samkvæmt lánasamningi. Þeim mun fleiri sem hin samningsbundnu vanefndatilkvik eru því sterkari er staða lánveitanda að því er varðar gjaldfellingu og beitingu annarra vanefndaúrræða. Í þessu sambandi má hafa í huga að vanefnd af hálfu lántaka og þar með réttur til að neyta vanefndaúrræða af hálfu lánveitanda skapar honum sterka samningsstöðu.³ Lánveitandi getur t.d. reynt að knýja fram breytingar á lánasamningi, svo sem hækkun samningsbundinna vaxta eða krafist frekari trygginga, í skjóli réttar síns til að grípa að öðrum kosti til vanefndaúrræða. Frá sjónarhóli lánveitanda getur jafnframt verið mikilvægt að tryggja sér visst sjálfðæmi um það hvort vanefnd hafi orðið og þar með hvort réttur til að neyta vanefndaúrræða hafi orðið virkur.

Hagsmunir lántaka við samningu vanefndaákvæða eru af augljósum ástæðum oft öndverðir hagsmunum lánveitenda. Þannig hafa lántakar sérstaka hagsmuni af því að reynt sé að stemma stigu við

samningsbundnum vanefndatilkvikum en slíkt dregur úr hættunni á því að vanefnd verði. Þá hafa lántakar, öndvert við lánveitendur, hagsmuni af því að réttur lánveitenda sé ekki of skilyrðislaus.⁴ Jafnframt hafa lántakar hagsmuni af því að vanefndatilkvik séu þess eðlis að hagsmunum lánveitenda sé raunverulega raskað. Það er meðal annars mikilvægt til að tryggja að lánveitandi geti ekki, t.d. með því að hóta gjaldfellingu, knúið fram breytingar á lánasamningi lántaka í óhag ef hagsmunum lánveitanda er í raun ekki stefnt í neinn voða enda þótt formleg vanefnd hafi orðið.

2.3 Dæmigerð vanefndaákvæði

Flokka má vanefndatilkvik í þrennt.⁵ Í fyrsta lagi má nefna greiðsludrátt (e. non-payment). Í annan stað brot á öðrum samningsbundnum skyldum lántaka, svo sem ábyrgðaryfirlýsingum (e. representations and warranties) og samningsbundnum hegðunarkvöðum (e. covenants). Í þriðja lagi getur verið um að ræða fyrirsjáanlega vanefnd (e. anticipatory default).

Vanefndatilkvik eru breytileg eftir einstökum lánasamningum. Eftir því sem hinir fjárhagslegu hagsmunir eru meiri eru fyrirfram skilgreind vanefndatilkvik yfirleitt fleiri og skilgreind með ítarlegri hætti, ekki síst þegar um alþjóðlega lánasamninga er að ræða. Algeng samningsbundin

2 David Adams: Banking and Capital Markets. England 2008, bls. 97-98. Um vanefndaákvæði almennt í lánasamningum sjá t.d. Philip R Wood: International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions. England 2007, kafla 6; Richard Youard: „Default in International Loan Agreements – I”, Journal of Banking Law, 1986, bls. 276-281 og Richard Youard: „Default in International Loan Agreements – II”, Journal of Banking Law, 1986, bls. 378-392.

3 David Adams: Banking and Capital Markets, bls. 104 og Philip R Wood: International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, bls. 99.

4 Sjá t.d. David Adams: Banking and Capital Markets, bls. 105 þar sem segir meðal annars: „Any breadth in the wording of the events of default will work for the borrower not just because it provides leeway, but also because a bank will be cautious about ‘grey areas.’”

5 Philip R. Wood: International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, bls. 100 og 101.

vanefndatilvik í lánasamningum eru meðal annars eftirfarandi:

- (i) Greiðsludráttur lántaka;
- (ii) Brot lántaka á einhverri annarri skuldbindingu samkvæmt lánasamningi, þ.m.t. hegðunarkvöðum sem hvíla á lántaka⁶;
- (iii) Brot gegn ábyrgðaryfirlýsingu⁷;
- (iv) Vanefnd samkvæmt samningi við þriðja mann⁸;
- (v) Gjaldþrotaskipti á búi lántaka, nauðasamningar, greiðslustöðvun og önnur áþekk úrræði sem beinast gegn lántaka;
- (vi) Fullnustugerðir, s.s. fullnusta veða, gagnvart lántaka;
- (vii) Staða lántaka breytist verulega til hins verra.⁹

6 Um tilgang hegðunarkvaða sjá t.d. Eilís Ferran: Principles of Corporate Finance Law. England 2008, bls. 328 þar sem segir meðal annars: „*The function of the covenants in a loan agreement is to seek to restrict the borrower in the conduct of its business and thus give the lender some control over the way in which that business is managed. They aim to ensure that the borrower's credit rating does not decline whilst the loan is outstanding.*“ Dæmigerðar hegðunarkvaðir lúta meðal annars að eftirfarandi: (i) skyldu lántaka til að reiða af hendi fjárhagslegar upplýsingar ýmiss konar, meðal annars í því augnamiði að auðvelda lánveitanda að hafa yfirsýn yfir stöðu lántaka; (ii) skyldu lántaka til að viðhalda tilteknum fjárhagslegum viðmiðunum, svo sem fyrirfram skilgreindu eiginfjárlutfalli, meðal annars í þeim tilgangi að aftra því að lántaki verði of skuldsettur þannig að dragi úr líkum á því að hann geti eftir fjárhagslegar skuldbindingar sínar gagnvart lánveitanda; (iii) takmörkunum á sölu og annarri ráðstöfun eigna lántaka, en slíkt getur dregið úr möguleikum lánveitanda á fullnustu; (iv) banni við frekari veðsetningum og áþekku tryggingaráðstöfunum af hálfu lántaka, meðal annars til að fyrirbyggja að aðrir lánveitendur njóti réttþærri stöðu gagnvart lánveitanda, einkum veðréttinda, t.d. við gjaldþrotaskipti; (v) skyldu lántaka til að upplýsa lánveitanda um ýmis atriði, svo sem vanefndatilvik, málshöfðanir og beitingu annarra réttaráræða af hálfu annarra lánveitanda. Um hegðunarkvaðir almennt í lánasamningum sjá t.d. David Adams: Banking and Capital Markets, kafla 7; Eilís Ferran: Principles of Corporate Finance Law, bls. 328-339, og Philip R Wood: International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, kafla 5.

7 Um tilgang ábyrgðaryfirlýsinga sjá t.d. Eilís Ferran: Principles of Corporate Finance Law, bls. 327 þar sem segir meðal annars: „*The representations and warranties that are finally agreed seek to encapsulate the factual circumstances in reliance on which the lender makes its decision to lend.*“ Dæmigerðar ábyrgðaryfirlýsingar lúta meðal

Lánasamningar kveða yfirleitt á um að þegar vanefnd verði heimili það beitingu vanefndaúrræða af hálfu lánveitanda, þ.m.t. gjaldfellingu lánasamnings. Við vanefnd lántaka kann lánveitandi að geta meinað lántaka að draga á frekari lánalínur sem hann kynni að öðrum kosti að njóta auk þess sem vanefnd á lánasamningi getur veitt lánveitanda rétt til að ganga að veðum og öðrum tryggingum. Því getur verið misjafnlega farið, bæði eftir einstökum lánasamningum svo og eðli vanefndatilvika, hvort vanefndatilvik jafngildi sjálfkrafa vanefnd. Þannig getur samningur kveðið á um að lántaka sé veittur tiltekinn frestur (e. grace period) til að yfirstiga viðkomandi vanefndatilvik.

annars að eftirfarandi: (i) að lántaki hafi stofnað réttlæga til lánskuldbindingarinnar, svo sem varðandi umboð, og að lánasamningur sé bindandi gagnvart lántaka samkvæmt þeim lögum sem gilda um viðkomandi samning, svo sem ef lántaki er erlendum lögaðili; (ii) yfirlýsingu lántaka um að lánasamningur hans og lánveitanda brjóti ekki gegn öðrum samningum lántaka; (iii) yfirlýsingu lántaka um að hvers kyns upplýsingar sem hann hefur látið af hendi til lánveitanda, þ.m.t. fjárhagslegar, séu réttar; (vi) yfirlýsingu lántaka um að engar málshöfðanir, fullnustugerðir eða aðrar áþekkar ráðstafanir séu til staðar eða yfirvofandi gagnvart sér; (v) yfirlýsingu lántaka um að ekki hafi orðið nein breyting til hins verra hjá honum, svo sem varðandi fjárhagslega stöðu frá síðasta fjárhagslega uppgjöri. Um ábyrgðaryfirlýsingar almennt í lánasamningum sjá t.d. David Adams: Banking and Capital Markets, kafla 5; Eilís Ferran: Principles of Corporate Finance Law, bls. 326-328, og Philip R Wood: International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, kafla 4.

8 Slík ákvæði, sem gjarnan eru nefnd „cross-default“ ákvæði, eru algeng í lánasamningum, einkum afþjótulegum, en samkvæmt slíkum ákvæðum getur vanefnd samkvæmt samningi við þriðja mann jafngilt vanefnd samkvæmt lánasamningi. Af því leiðir jafnframt, einkum ef slík ákvæði er að finna í mörgum samningum lántaka, að vanefnd samkvæmt einum samningi getur orðið þess valdandi að lántaki teljist hafa vanefnt fjölmarga samninga samtímis sem getur haft í för með sér alvarlegar afleiðingar fyrir lántakann. Um „cross-default“ ákvæði almennt sjá Philip R Wood: International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions, bls. 103-105, og Richard Youard: „Default in International Loan Agreements – II“, bls. 384 o.áfr.

9 Svokallað „Material Adverse Change Clause“ eða „MAC clause“. Um slík ákvæði almennt sjá t.d. Richard Hooley: „Material Adverse Change Clauses After 9/11“, í kafla 11 í ritinu: Commercial Law And Commercial Practice (ritstj. Sara Worthington). England 2003.

3. GJALDFELLING LÁNASAMNINGA OG NÝTING ANNARRA VANEFNDAÚRRÆÐA

3.1. Almenn

Að framan hefur samhengisins vegna verið stuttlega gerð grein fyrir ýmiss konar vanefndatilvikum samkvæmt dæmigerðum lánasamningum. Jafnframt hefur verið vikið að því að slíkar vanefndir heimila lánveitanda yfirleitt að grípa til vanefndaúrræða samkvæmt hlutaðeigandi samningi, þ.m.t. gjaldfellingar samnings. Hins vegar getur eins og bent var á í upphafi greinarinnar reynt á ýmis lögfræðileg álitafni í þessu tilliti sem verður nú vikið nánar að.

3.2. Þurfa hagsmunir lánveitanda að vera fyrir borð bornir?

Þegar vanefnd verður af hálfu lántaka gefur slíkt lánveitanda í þorra tilvika réttmæta ástæðu til að ætla að hagsmunum hans sem lánveitanda sé stefnt í voða. Þegar svo stendur á er ekki ástæða til annars en að ætla að lánveitandi hafi almennt fullan rétt á því að neyta þeirra samningsbundnu vanefndaúrræða sem hann hefur samkvæmt lánasamningi.

Þótt samningsbundin vanefnd af hálfu lántaka feli yfirleitt í sér að hagsmunum lánveitanda sé stefnt í raunverulegan voða þarf slíkt ekki endilega að vera raunin og getur það í sumum tilvikum verið háð hagsmunamati. Hugsu má sér nokkur dæmi í þessu sambandi en þau geta raunar verið fjölmörg. Í fyrsta lagi mætti ímynda sér að lántaki uppfylli einhvern tímann á gildistíma lánasamnings ekki að öllu leyti þær fjárhagslegu kvaðir sem eru lagðar á hann, svo sem varðandi eiginfjárlutfall. Slíkt kynni t.d. að stafa af ytri aðstæðum, svo

sem óhagstæðri gengisþróun. Allt að einu kynni fjárhagsleg staða lántaka samkvæmt öðrum viðurkenndum mælikvörðum að teljast sterk svo að ekki væri nein hættu á greiðslufalli af hálfu lántaka á gjalddaga. Í annan stað mætti ímynda sér að lántaki vanrækti, t.d. fyrir algjöra vangá, að fullnægja tiltekinni upplýsingaskyldu sem hvíldi á honum samkvæmt lánasamningi, svo sem að afhenda lánveitanda nýjustu ársreikninga. Í þriðja lagi má nefna það tilvik þegar óverulegur greiðsludráttur, t.d. aðeins nokkurra daga, verður á tiltekinni afborgun samkvæmt lánasamningi, eða að um leið og greiðsludráttur verður sýni lántaki sannanlega fram á að hann sé í þann mund að tryggja sér aðra fjármögnun sem geri það að verkum að hann geti innt af hendi hina gjaldföllnu afborgun þótt fáeinum dögum of seint sé. Vaknar sú spurning hvort vanefndir sem þessar heimili skilyrðislaust beitingu vanefndaúrræða af hálfu lánveitanda, þ.m.t. gjaldfellingu lánasamnings, þannig að lögmætt geti talist. Er þá sú forsenda jafnframt gefin að lánasamningur kveði á um slíkan skilyrðislausan rétt til handa lánveitanda.

Ekki er um mjög auðugan garð að gresja þegar kemur að íslenskum fræðum og dómaframkvæmd um þetta efni.¹⁰ Í þessu sambandi er þó athyglisvert til hliðsjónar að skoða nokkra íslenska hæstaréttardóma sem hafa fallið varðandi svokallaða eindögun (gjaldfellingu) eftirstöðva skulda þegar vanskil verða á einni afborgun, en í lánasamningum, þ.m.t. skuldabréfum, er algengt að finna ákvæði þess efnis að falli ein greiðsla í gjalddaga án greiðslu sé þá öll skuldin í gjalddaga fallin eða heimilt sé að líta svo á (l. *clausula cassatoria*).¹¹

¹⁰ Sjá þó t.d. til hliðsjónar Þorgeir Örylgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: Kröfuréttur I - efnind kröfu -. Reykjavík 2009, bls. 219 o.áfr.

¹¹ Sjá einnig til hliðsjónar 9. gr. laga nr. 75/1997 um samningsveð.

H 1979, bls. 211 Gjalddagi afborgunar samkvæmt handhafaskuldabréfi var 1. júní 1977. Skuldari fékk greiðslukröfu frá banka þann 10. júní og kom í bankann 15. júní til að greiða en þá hafði bréfið hins vegar verið tekið úr bankanum. Þótt skuldari hefði ekki greitt í beinu framhaldi af greiðslukröfunni taldi meirihluti Hæstaréttar greiðsludráttinn ekki slíkan að það réttlætti gjaldfellingingu.

H 1980, bls. 1974 Gjalddagi afborgunar samkvæmt handhafaskuldabréfi var 1. mars 1978. Ósannað þótti hins vegar að skuldari hefði fengið vitneskju um greiðslustað uns honum barst bréf dags. 29. mars þar sem tilkynnt var um gjaldfellingingu allra eftirstöðva bréfsins. Skuldari greiddi hina gjaldföllnu afborgun 5. apríl. Meirihluti Hæstaréttar staðfesti þá niðurstöðu héraðsdóms að gjaldfelling allra eftirstöðva hefði ekki verið heimil.

H 1983, bls. 691 Gjalddagi afborgunar samkvæmt handhafabréfi var 15. maí 1980. Skuldari var talinn hafa fengið tilkynningu um gjaldfellingingu í kringum 14. júlí og var afborgun geymslugreidd þann 24. júlí. Meirihluti Hæstaréttar og héraðsdómur töldu að greiðsludráttur væri ekki slíkur að réttlætti gjaldfellingingu.

H nr. 127/2006 Gjaldfellingu skuldabréfs hafnað meðal annars þar sem gögn málsins báru með sér að greiðslur fyrri afborgana af umræddu skuldabréfi höfðu í öllum tilvikum dregist nokkra mánuði fram yfir réttan gjalddaga, að því er virtist án athugasemda af hálfu kröfuhafa og hafði sá greiðsludráttur ekki leitt til gjaldfellingar skuldabréfsins. Ennfremur að vanskil á greiðslu dráttarvaxta, sem leiddu til gjaldfellingar skuldabréfsins, námu aðeins litlum hluta eftirstöðva skuldarinnar.

Sjá hins vegar til samanburðar:

H 1976, bls. 474 Gjalddagi samkvæmt handhafabréfi var 1. október 1974. Skuldari fékk tilkynningu um gjaldfellingingu hinn 12. október og geymslugreiddi hina gjaldföllnu afborgun þann 29. október. Var greiðsludráttur talinn slíkur að gjaldfelling væri heimil.

H 1982, bls. 371 Gjalddagi afborgunar samkvæmt handhafabréfi var 15. júní 1978 og var skuldari krafinn um greiðslu þann dag. Gjaldfelling eftirstöðva þann 31. júlí 1978 var talin heimil.

Af framangreindum dómum má ráða að íslenskir dómstólar hafa, a.m.k. í einhverjum tilvikum, ekki talið að greiðsludráttur réttlæti sjálfkrafa gjaldfellingingu allra eftirstöðva. Gildir einu þótt lánveitandi kunni að njóta slíks réttar samkvæmt skýru samningsákvæði. Í ritinu Kröfuréttur I – efnidir kröfu – segir meðal annars orðrætt um íslenska dómaframkvæmd:

Samningsákvæði um gjaldfellingingu geta verið hörd í garð skuldara, og því er í dómaframkvæmd viss tilhneiging til að túlka þau ekki fortaklaust eftir orðanna hljóðan. Á það a.m.k. við, ef greiðsludráttur er óverulegur og hefur ekki haft í för með sér tjón fyrir kröfuhafa, enda hafi skuldara hvorki skort vilja né getu til greiðslu.¹²

Með öðrum orðum þá virðist það meðal annars hafa haft þýðingu við mat á því hvort gjaldfellingarheimild sé til staðar hvort hagsmunir lánveitanda séu að sönnu fyrir borð bornir. Ef óverulegur greiðsludráttur verður ekki talinn til marks um að lántaki sé ófær um að greiða hefur slíkt getað staðið gjaldfellingingu í vegi.

Færa má rök að því að niðurstaða Hæstaréttar í ofangreindum dómum þar

12 Þorgeir Örylgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: Kröfuréttur I - efnidir kröfu -, bls. 221.

13 Um verulega vanefnd sem skilyrði riftunar sjá Þorgeir Örylgsson: Kaflar úr kröfurétti III. Riftun. Reykjavík 2002, bls. 13 o.áfr. Sjá einnig t.d. 25., 26., 39. og 54. gr. laga nr. 50/2000

um lausafjárkaup, sbr. og 1. mgr. 32. gr., 1. mgr. 42. gr. og 1. mgr. 51. gr. laga nr. 40/2002 um fasteignakaup.

sem gjaldfelling var talin óheimil eigi sér vissa hliðstæðu í reglum kröfuréttarins um verulega vanefnd sem skilyrði riftunar.¹³ Er þá meðal annars horft til þess að í kröfurétti, bæði íslenskum og norrænum, hefur greiðsludráttur ekki alltaf verið talinn jafngilda verulegri vanefnd.¹⁴ Í þessu sambandi má jafnframt hafa í huga að samkvæmt íslenskum rétti hefur verið talið að viss trúnaðarskylda (n. lojalitetsprinsíp) eða það sem stundum er kallað tillitsskylda gildi við gerð, framkvæmd og slit samninga þótt inntak þeirrar skyldu sé ekki alls kostar ljós. Í þessari skyldu hefur þó verið talið felast að samningsaðila beri að sýna gagnaðila sinum sanngjarnt tillit.¹⁵ Um inntak slíkrar skyldu segir meðal annars í *Kröfurétti I – efnidir kröfu* –:

Tillitsskylda getur birst í þeirri mynd, að samningsaðila sé ekki stætt á því að halda fram ítrasta rétti samkvæmt samningi, ef það leiðir til ósanngjarnrar niðurstöðu fyrir gagnaðila. Af því leiðir, að samningsaðili getur þurft að fallast á tilteknar breytingar á samningi, ef það hefur ekki í för með sér teljandi kostnað, áhættu eða óhagræði fyrir hann, sbr. sjónarmið að baki reglu 36. gr. smnl.¹⁶

Í framangreindum dómum voru skuldarar hins vegar einstaklingar. Er því að þessu leyti ekki um að ræða sambærilega stöðu og í tilviki lánasamninga þegar lántakar eru t.d. öflugir lögáðilar sem njóta meðal annars viðeigandi sérfræðiástoðar við gerð samninganna. Slíkir aðilar eiga að vera fullfærir um að gæta hagsmuna sinna við samningsgerð þannig að fullnægjandi teljist. Hlytur það eðli málsins

samkvæmt að draga umtalsvert úr þýðingu framangreindra dóma og sjónarmiða í þessu samhengi. Sjónarmið um fyrirsjáanleika og viðlík sjónarmið vegi þá eftir atvikum þyngra á metum en sanngirnissjónarmið. Í dómaframkvæmd má einnig sjá þess merkni að dómstólar séu síður reiðubúnir til að víkja frá orðalagi samnings þegar jafnræði er með aðilum.¹⁷

Einnig má velta fyrir sér þýðingu þess ef í lánasamningi væri gagnert kveðið á um að vanefnd af hálfu lántaka heimiláði lánveitanda beitingu allra vanefndaúrræða án tillits til þess hvort raunveruleg hætta væri á því að hagsmunum hans væri raskað eða að samningur kvæði sérstaklega á um að vanefndir skyldu ávallt skoðast sem verulegar. Væri slíku ákvæði fyrir að fara í lánasamningi þar sem lántaki væri öflugur lögáðili og hefði notið lögfræðiráðgjafar í tengslum við gerð samnings þannig að aðilar stæðu því sem næst jafnfætis hlyti það að mæla gegn því að dómstólar víkju slíku ákvæði til hliðar eða gæfu því aðra merkingu en mætti ráða af beinni textaskýringu.

Þá má hafa í huga þann greinarmun sem kröfurétturinn gerir á svokölluðum aðal- og aukaskyldum. Aðalskyldur eru yfirleitt skilgreindar sem þær skyldur sem efni samnings gengur fyrst og fremst út á, þ.e. þungamiðja samnings. Peningagreiðsla samkvæmt lánasamningi teldist t.d. aðalskylda. Aukaskyldur lúta hins vegar að skyldu sem samningur leggur á aðila án þess þó að hún verði talin aðalefni eða aðalskylda samnings.¹⁸ Færa má að því rök að hegðunarkvaðir ýmiss konar samkvæmt lánasamningi, svo sem skylda til að afhenda

13 Sjá t.d. Mads Bryde Andersen: Enkelte transaktioner. *Kaupmannahöfn* 2004, bls. 136-137, þar sem bent er á að vafi leiki á því hvort greiðsludráttur jafngildi alltaf verulegri vanefnd og að skoðanir danskra fræðimanna séu skiptar í þessu tilliti.

15 Um trúnaðarskylduna sjá t.d. Viðar Már Matthíasson: „Trúnaðarskyldan við gerð framkvæmd og slit samninga.“ *Úlflljótur*, 2. tbl. 2000, bls. 190-216; Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I – efnidir kröfu* –, bls. 85 o.áfr. og Jo Hov: *Avtaleslutning og*

ugydighet. Oslo 1998, bls. 39-43.

16 Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I – efnidir kröfu* –, bls. 93.

17 Sjá Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I – efnidir kröfu* –, bls. 158 o.áfr. og ýmsa dóma sem þar eru reifaðir.

18 Um aðal- og aukaskyldur sjá Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I – efnidir kröfu* –, bls. 83. o.áfr.

lánveitanda nýjasta ársreikning, myndu í einhverjum tilvikum teljast til aukaskyldna í kröfuréttarlegu tilliti. Lúti hegðunarkvöð hins vegar t.d. að því að lántaki veiti ekki öðrum veð eða tryggingar má færa að því rök að brot á slíkri kvöð teldist í reynd brot gegn aðalskyldu, eða því sem næst, meðal annars vegna þeirra ríku hagsmuna sem lánveitandi hefur af því að lántaki brjóti ekki gegn slíkri kvöð. Þótt brot á aukaskyldu geti vissulega haft sömu afleiðingar í för með sér og brot gegn aðalskyldu er slíkt ekki einhlítt. Þannig er t.d. talið að vanefnd sé almennt ekki það veruleg að réttlæti riftun þegar um brot gegn aukaskyldu er að ræða, þótt það sé heldur ekki útilokað, gagnstætt því sem gildir oft um brot gegn aðalskyldu.¹⁹ Þessi greinarmunur, eða áþekkk sjónarmið, kynni hugsanlega að hafa þýðingu við mat á því hvort samningsbundin vanefnd heimilaði fyrirvaralaust beitingu harkalegra vanefndaúrræða á borð við gjaldfellingu. Með öðrum orðum, ef um brot gegn aðalskyldu eða því sem næst er að ræða má ætla að meiri líkur séu á að slíkt heimili skilyrðislaust beitingu harkalegra vanefndaúrræða, þ.e. án þess að lántaka sé t.d. gefinn hæfilegur frestur á að bæta úr vanefnd, en þegar um brot gegn aukaskyldu er að ræða.

Athyglisvert er að skoða réttarstöðuna að enskum rétti í þessu samhengi. Í enskum rétti virðist lítil tilhneiging til að viðurkenna rétt dómstóla til að hverfa frá orðalagi lánasamninga.²⁰ Þá virðist ekki

talið að sérstök tillitsskylda gildi við þessar aðstæður, a.m.k. ef samningsákvæðin eru alveg skýr.²¹

Í ritinu *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions* segir meðal annars orðrétt um réttarstöðuna að enskum rétti í þessu tilliti og þau rök sem búa að baki viðhorfi enskra dómstóla:

*In English law acceleration is not a void penal forfeiture. English law does not impose “good faith” duties on use of a clear clause, i.e. predictability is a priority ... The English rationale of these cases is that business parties prefer effect to be given to their contracts as written and that the occasional abuse should be tolerated in the interest of this higher objective. In addition, the courts do not see their role as amending the agreement of the parties. For example, should a grace period be a day, three days, a week or a month? It is up to the parties to agree grace periods if they want to and indeed in practice considerable time in negotiations is spent on negotiating grace periods and other relaxations to events of default.*²² (leturbreyting höfundar)

Með öðrum orðum þá telja enskir dómstólar það meðal annars ekki hlutverk sitt að gefa samningsákvæðum aðra merkingu en má ráða af þeim samkvæmt orðanna hljóðan. Þvert á móti er áherslan lögð á fyrirsjáanleika, sbr. einnig eftirfarandi ummæli:

19 Þorgeir Örlýgsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: *Kröfuréttur I - efnir kröfu -*, bls. 95.

20 Sjá t.d. *Shepherd & Cooper Ltd. v TSB Bank plc* [1996] 2 All ER 654 (lánveitanda talið heimilt að grípa til vanefndaúrræðis í formi skipunar tilsjónarmanns (e. receiver) með lántaka einni klukkustund eftir að hann krafði lántaka um greiðslu); *Bank of Baroda v Panessar* [1987] 3 All ER 751 (lánveitanda talið heimilt að grípa til vanefndaúrræðis í formi skipunar tilsjónarmanns (e. receiver) með lántaka einni klukkustund eftir að hann krafði lántaka um greiðslu) og *The Laconia* (1977) AC 850 (greiðsla afborgunar af hálfu lántaka á mánuðegi, sem féll í gjalddaga á sunnudegi, talin vanefnd). Sjá einnig t.d. *The Chikuma* (1986) 1 All ER 652 (talinn greiðsludráttur af hálfu lántaka að 80 USD vantaði upp

á samningsbundna afborgun, en lántaka láðist við greiðslu að taka tillit til tiltekinnna áfallinna úmsýslugjalda).

21 Sjá einnig Viggo Hagström (í samarbeið með Magnus Aarbakke): *Obligasjonsrett*. Oslo 2004, bls. 43 þar sem segir meðal annars eftirfarandi um muninn á norskum og enskum rétti að því er varðar túlkun samninga: „Kontraktsvilkár skal etter norsk rett tolkes slik at det tilstrebes et resultat som fremtrer som rimelig og fornuftig. Dette står i motsegning til eksempelvis engelsk rett der det legges mer vekt på fourtuberegnelighet.“

22 Philip R Wood: *International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions*, bls. 114 og 116.

As Chitty says: “A concomitant of the doctrine of freedom of contract is that of the **sanctity of contracts**; and this is still a cardinal principle of English law because it suits the needs of a commercial community.” **The English lawyer handling a syndicated loan agreement which is governed by English law need not, therefore, as a matter of English law, concern himself with the question of whether any of its provisions are unfair, unreasonable or too one-sided, contrary to normal business practice or unnecessary to protect his client’s basic interests.**²³ (leturbreyting höfundar)

Í sjálfu sér er ekkert því til fyrirstöðu, a.m.k. að lögum, að lánveitandi og lántaki hér á landi samþykki að samningur lúti enskum lögum þannig að bindandi sé fyrir báða aðila.²⁴ Samningur gæti allt að einu lotið lögsögu íslenskra dómstóla.²⁵ Þá mætti jafnvel ímynda sér að lánveitandi og lántaki myndu samþykkja að tiltekin ákvæði lánasamnings, svo sem varðandi heimild til að gjaldfella, lytu enskum lögum en samningurinn lyti að öðru leyti íslenskum lögum, þótt slíkt kynni vissulega að geta leitt af sér einhver túlkunarvandkvæði.²⁶

3.3. Hagsmunir lánveitanda fyrir borð bornir án þess að um samningsbundna vanefnd sé að ræða

Að framan var meðal annars vikið að því að tilgangur vanefndaákvæða væri að skilgreina fyrirfram þær aðstæður sem heimila lánveitanda að grípa til

samningsbundinna vanefndaúrræða, þ.m.t. að gjaldfella lánsskuldbindingu.

Sú staða kann hins vegar að skapast að lánveitandi telji með réttu að hagsmunir hans séu að einhverju leyti fyrir borð bornir án þess þó að um skilgreinda vanefnd samkvæmt orðalagi lánasamnings sé að ræða (þ.e. samkvæmt vanefndaákvæði lánasamnings). Ástæður þessa geta t.d. legið í hreinni vangá eða vanrækslu við gerð lánasamnings. Ímynda má sér í dæmaskyni að í samningi skuldbindi lántaki sig til að viðhalda ákveðnu tryggingahlutfalli, svo sem að verðmæti framlagðra trygginga skuli hverju sinni svara a.m.k. til 120% af útistandandi lánsfjárhæð. Í vanefndaákvæði lánasamningsins, þ.e. því ákvæði sem vanefndir samkvæmt samningnum eru útlistaðar, sé hins vegar ekki kveðið á um að brot gegn þessari skuldbindingu jafngildi vanefnd samkvæmt samningnum og heimili þannig beitingu samningsbundinna vanefndaúrræða á borð við gjaldfellingu. Þegar svo stendur á sem hér segir má velta fyrir sér hver réttarstaða lánveitanda sé og hvort hann geti engu að síður gripið til samningsbundinna vanefndaúrræða.

Erfitt er að taka afdráttarlaust af skarið um hver réttarstaðan sé að þessu leyti að íslenskum rétti. Hér vegast að einhverju leyti á andstæð sjónarmið. Frá sjónarhóli lántaka má færa að því rök að lánveitandi verði að bera allan halla af því, meðal annars sem sérfróður aðili, ef ætlað tilvik er ekki skilgreint sem vanefnd samkvæmt lánasamningi. Túlka verði samning samkvæmt orðanna hljóðan. Frá sjónarhóli

²³ Richard Slater: „Syndicated Bank Loans“, Journal of Banking Law, 1982, bls. 188-191.

²⁴ Sjá t.d. Jo Hav: Aftaleslutning og ugyldighet, bls. 420, þar sem fram kemur meðal annars að samkvæmt norskum rétti er ekkert talið því til fyrirstöðu að samið sé um að samningur á milli norskra aðila lúti öðrum lögum en norskum enda þótt lögskiptin eigi sér t.d. eingöngu stað innan Noregs. Er meðal annars bent á að í samningum á sviði sjóréttar á milli norskra aðila hafi stundum verið samið um að þeir lytu enskum lögum þar sem „sjóréttslig lovgivning og sjóréttslige standardkontrakter er til dels sterkt pávirket av engelsk rett og engelsk tenkemåte“.

²⁵ Sjá t.d. Markús Sigurbjörnsson: Einkamálaréttarfar. Reykjavík 1993, bls. 24, þar sem meðal annars er bent á að ekki megi leggja þann skilning í ákvæði 1. mgr. 24. gr. laga nr. 91/1991 um meðferð einkamála að þar sé eingöngu átt við íslensk lög.

²⁶ Sjá hér einnig síðari málsfl. 1. mgr. 3. gr. laga nr. 43/2000 um lagaskil á sviði samningaréttar þar sem segir að samningsaðilar geti samið svo um að þau lög sem vísað sé til skuli gilda um samninginn í heild eða aðeins um tiltekinn hluta hans.

lánveitanda kann það hins vegar að virka ósanngjarnt ef hendur hans eiga að vera að öllu leyti bundnar ef við blasir að fyrir hendi séu aðstæður sem tefla hagsmunum hans sem lánveitanda í augljósa tvisýnu. Það hljóti að vera forsenda lánveitingar að lánveitandi geti gripið til gjaldfellingar ef hagsmunum hans sé stefnt í voða.

Einnig má velta fyrir sér möguleikum lánveitanda á að gripa til vanefndaúrræða samkvæmt *meginreglum kröfuréttar* þótt skilyrði gjaldfellingar séu ekki uppfyllt. Nánar tiltekið hvort lánveitandi gæti mögulega rift samningi, ef skilyrði riftunar samkvæmt *meginreglum kröfuréttar* væru á annað borð uppfyllt, enda þótt skilyrðum gjaldfellingar samkvæmt orðalagi lánasamnings væri ekki fullnægt. Slík staða er ekki óhugsandi, t.d. ef eitthvert ófyrirséð atvik ylli *fyrirsjáanlegum vanefndum* en í vanefndaákvæði lánasamnings væri ekki að finna ákvæði sem heimilaði *gjaldfellingu* við slíkar aðstæður.

Viss blæbrigðamunur er á riftun, þ.m.t. vegna fyrirsjáanlegra vanefnda, annars vegar og gjaldfellingu hins vegar þótt hin fjárhagslega niðurstaða fyrir lánveitanda kunni að verða sem næst hin sama. Inntaki riftunar hefur verið lýst þannig að efndir samnings séu felldar niður. Enn fremur, hafi annar hvor aðila eða báðir greitt verði ekki farið með þær greiðslur sem bindandi efndir samnings og skuli þær ganga til baka.²⁷ Gjaldfelling, öndvert við riftun, felur hins vegar ekki í sér að efndir samnings séu felldar niður. Þvert á móti felur gjaldfelling í sér að gjalddagi lánasamnings er færður fram. Er þannig í reynd um breytingu á samningi að ræða.²⁸ Við riftun lánasamnings, sé sú leið fær, bæri lántaka væntanlega að skila þeirri greiðslu, þ.e.a.s. lánsfjárhæðinni, sem hann hefði fengið frá lánveitanda. Réttur

lánveitanda til samningsbundinna vaxta er áhorfsmál. Lánveitandi gæti þó eftir atvikum reynt að byggja á því að hann ætti samfara rétti til endurgreiðslu lánsfjárhæðar (þ.e. höfuðstólsfjárhæðar) rétt á skaðabótum sem næmu þeim vöxtum sem hann hefði átt að njóta samkvæmt lánasamningi, þ.e. í samræmi við þá meginreglu kröfuréttar að sá sem riftir samningi getur um leið krafist skaðabóta sem geri hann eins fjárhagslega settan og ef samningur hefði verið efndur samkvæmt aðalefni sínu.

Ekki er víst að dómstólar fallist á að kröfuhafi geti skákað í skjóli meginreglna kröfuréttar um rétt til riftunar séu skilyrði gjaldfellingar samkvæmt lánasamningi ekki uppfyllt. Það þjóni vart tilgangi að skilgreina fyrirfram tiltekin vanefndatilvik ef lánveitandi geti einfaldlega gripið til riftunar samkvæmt meginreglum kröfuréttar.²⁹ Lánveitandi gæti á móti vísað til þess að eigi að takmarka rétt hans til að neyta lögmætra vanefndaúrræða samkvæmt meginreglum íslensks kröfuréttar þá verði slíkar takmarkanir að vera tilgreindar með beinum hætti í lánasamningi. Að öðrum kosti séu hendur lánveitanda ekki bundnar í þessu tilliti. Einfaldasta leiðin til að fyrirbyggja hvers konar óvissu í þessu sambandi er að lánasamningurinn sjálfur taki af skarið um þetta, þ.e. hvort lánveitandi njóti sjálfstæðs réttar til að neyta vanefndaúrræða samkvæmt meginreglum kröfuréttar eða ekki. Í lánasamningum banka og fjármálastofnana hér á landi virðist yfirleitt ekki vera að finna ákvæði um þetta þótt þess séu einhver dæmi.

3.4. Þýðing þess að lánveitandi hafi látið hjá líða að neyta vanefndaúrræða

Sú staða kann að vera uppi að vanefnd hafi að sönnu orðið samkvæmt lánasamningi

²⁷ Sjá Þorgeir Örlygsson: Kaflar úr kröfurétti III. Riftun, bls. 3-4. Sjá einnig ákvæði IX. kafla laga nr. 50/2000 um lausafjarþauk.

²⁸ Um muninn á riftun og gjaldfellingu sjá t.d. Viðar Már Matthíasson: Fasteignir og fasteignakaup. Reykjavík 2008, bls. 446.

²⁹ Sjá til hliðsjónar H nr. 127/2009.

en lánveitandi hafi hins vegar látið hjá líða að neyta vanefndaúrræða í kjölfar vanefndarinnar. Kemur þá til álita hvort lánveitandi geti á síðara tímamarki neytt vanefndaúrræða vegna umræddra vanefnda gagnvart lántaka þannig að lögmætt sé. Jafnframt má velta fyrir sér hver staða lánveitanda sé við samningsbundna vanefnd hafi sambærileg vanefnd áður orðið án þess hins vegar að lánveitandi hafi gripið til nokkurra vanefndaúrræða gagnvart lántaka af því tilefni.

Ekki er unnt að útiloka að slík háttsemi lánveitanda kunni að einhverju leyti að takmarka rétt hans til að neyta vanefndaúrræða, þ.m.t. gjaldfellingar. Tömlæti lánveitanda í þessu tilliti kann því að hafa áhrif, sbr. til hliðsjónar H 1948, bls. 100³⁰ og H nr. 127/2006³¹, sbr. og einnig til hliðsjónar eftirfarandi ummæli í *Kröfurétti I - efnir kröfu* - um áhrif þess að kröfuhafi láti það viðgangast að skuldari greiði afborganir seinna en samningur hans og skuldara segir til um:

Láti kröfuhafi það viðgangast í fleiri skipti, að skuldari greiði afborganir seinna en samningur hans og skuldara segir til um, getur það eftir atvikum haft þau áhrif, að slíkur greiðsludráttur verði síðar ekki talinn verulegur. Það hefur aftur þær afleiðingar, að ekki getur af því tilefni komið til beitingar vanefndaúrræðis eins og gjaldfellingar. Kröfuhafi getur þó hvenær sem er krafist þess af skuldara, að greiðslur verði í framtíðinni inntar af hendi á réttum tíma í samræmi við efni samnings, en vera kann, að hann þurfi að gera skuldara viðvart um það með hæfilegum fyrirvara.

Ein leið til að yfirstiga hugsanleg vandamál í þessu tilliti er að í lánasamningi sé

sérstaklega kveðið á um að enda þótt lánveitandi hafi látið hjá líða að neyta vanefndaúrræða á fyrri stigum takmarki það í engu rétt lánveitanda. Viðlíka orðalag má raunar oft finna í lánasamningum, bæði innlendum og erlendum.

3.5. Afleiðingar ólögmætrar gjaldfellingar o.fl.

Að síðustu má velta stuttlega fyrir sér þýðingu þess að lánveitandi neyti vanefndaúrræða, einkum gjaldfellingar, án þess að lögmætt teljist. Í sjálfu sér þarf slíkt ekki endilega að hafa í för með sér nein teljandi áhrif fyrir lántaka. Gjaldfelli lánveitandi lánasamning kann lántaki að láta hjá líða að endurgreiða lánsfjárhæðina telji hann skilyrði gjaldfellingar ekki vera til staðar. Yrði lánveitandi þá eftir atvikum að stefna lántaka til greiðslu skuldarinnar. Ef gjaldfelling lánasamnings yrði talin ólögmæt myndi slíkt aftur leiða til þess að lántaki yrði sýknaður af kröfu lánveitanda. Slík málaferli gætu vissulega verið tímafrek og haft í för með sér viss óþægindi og eftir atvikum kostnað fyrir lántaka en afleiðingarnar þyrftu ekki endilega að vera aðrar og meiri. Að sama skapi yrði lánveitandi ekki fyrir teljandi tjóni þótt tilraun hans til gjaldfellingar myndi þannig misfarast.

Undir öðrum kringumstæðum er staðan hins vegar ekki endilega jafn einföld. Að framan hefur aðeins verið vikið að svokölluðum „cross-default“ ákvæðum en samkvæmt slíkum ákvæðum gæti vanefnd samkvæmt samningi við þriðja mann jafngilt vanefnd samkvæmt lánasamningi. Af því leiddi jafnframt, einkum ef slík ákvæði væri að finna í mörgum samningum hlutaðeigandi lántaka, að vanefnd samkvæmt einum

30 Hér var um það að ræða að leigutaki hafði greitt húsaleigu um árabíl marga mánuði í einu eftir á. Var ósannað að lánveitandi hefði skorað á lántaka að breyta þessum greiðsluháttum og því ekki fallist á að leigutaki hefði fyrirgert leigurétti sínum vegna greiðsludráttar.

31 Dómurinn er reifaður í kafla 3.2 hér að framan.

samningi gæti orðið þess valdandi að lántaki teldist hafa vanefnt fjölmarga samninga. Þarf vart að fjölyrða að ef margir lánveitendur gjaldfella útistandandi lánsskuldbindingar lántaka á grundvelli slíkra ákvæða þá standa líkur til þess að lántaki verði ófær um að efna allar útistandandi lánsskuldbindingar.

Ef í ljós kemur að ekki hafi verið skilyrði til þeirrar gjaldfellingar sem varð þess upphaflega valdandi að aðrir lánveitendur gjaldfelldu sínar lánveitingar með tilheyrandi tjóni fyrir lántaka má velta fyrir sér réttarstöðu lántaka gagnvart þeim lánveitanda sem setti hrinu gjaldfellinga af stað með hinni ólögmætu gjaldfellingu. Ekki verður séð að reynt hafi á aðstöðu sem þessa í íslenskri dómaframkvæmd. Hér má hins vegar til hliðsjónar benda á enskan dóm, sbr. mál *Crimpfil Ltd. v Barclays Bank plc* [1995] CLC 385, CA, en í þessu máli var talið að lánveitandi hefði án réttmætrar ástæðu gjaldfellt lánasamning sem hefði aftur orðið þess valdandi að lántakinn hefði á endanum þurft að leggja upp laupana, meðal annars vegna þeirra neikvæðu rekstrarlegu áhrifa sem leiddu af gjaldfellingunni. Voru lántakanum dæmdar umtalsverðar skaðabætur úr hendi lánveitandans og var ekki fallist á þá málsástæðu lánveitandans að fjárhagsleg staða lántakans hafi verið orðin það bágborin að hin ólögmæta gjaldfelling hefði engu breytt.

Ætla má að réttarstaðan sé nokkuð áþekkt að íslenskum rétti. Þannig verður talið að ólögmæt gjaldfelling geti eftir atvikum valdið lánveitanda bótaábyrgð. Lántaki geti þannig eftir atvikum átt rétt á að fá bætt allt það fjárhagstjón sem hann verður fyrir vegna hinnar ólögmætu gjaldfellingar. Má einnig til hliðsjónar benda á að sé riftun lýst yfir án þess að skilyrði séu til riftunar, þ.e.a.s. að um ólögmæta riftun sé að ræða, hefur slíkt varðað bótaábyrgð, sbr. t.d. til hliðsjónar H

1928, bls. 838, H 1956, bls. 566 og H 1987, bls. 560.³²

Réttur til skaðabóta væri einnig háður öðrum skilyrðum bótaábyrgðar, þ.m.t. um orsakatengsl og sennilega afleiðingu. Lánveitandi gæti hugsanlega reynt að halda því fram að tjón lántaka í kjölfar ólögmætrar gjaldfellingar hafi ekki talist fyrirsjáanleg afleiðing og að skilyrðum skaðabótaábyrgðar væri því ekki fullnægt. Ekki er þó óraunhæft að ætla að lánveitandi viti eða megi vita að líkur geti staðið til þess að „cross default“ ákvæði sé í lánasamningum lántaka við aðra lánveitendur og afleiðingar ólögmætrar gjaldfellingar geti því verið lántaka mjög þungbærar. Yrðu dómstólar væntanlega að leggja sjálfstætt mat á þetta í hverju tilviki.

Að síðustu má velta upp því álitaefni hver sé möguleg réttarstaða lántaka gagnvart lánveitanda sem gjaldfellir lánasamning á grundvelli „cross-default“ ákvæðis þegar hin upphaflega gjaldfelling, þ.e. sú sem varð þess valdandi að annar lánveitandi gjaldfelli sinn lánasamning, var ólögmæt. Með öðrum orðum, ef staðan er t.d. sú að lánveitandi B gjaldfellir lánsskuldbindingu á grundvelli gjaldfellingar lánveitanda A en í ljós kemur að gjaldfelling lánveitanda A var ólögmæt. Hér gæti skipt máli með hvaða hætti „cross-default“ ákvæðið er orðað. Ef ákvæðið kveður t.d. á um að það sé skilyrði fyrir beitingu þess að *vanefnd* hafi orðið samkvæmt öðrum samningi þá sýnist skilyrðið vart uppfyllt ef í ljós kæmi (eftir á) að ekki hefði verið um að ræða vanefnd samkvæmt þeim samningi. Öðru kynni hugsanlega að gegna ef samningur kvæði á um að skilyrði „cross-default“ ákvæðis yrðu þá þegar virk við það að lánveitandi *neytti* vanefndaúrræða samkvæmt öðrum samningi. Þá væri réttur samkvæmt ákvæðinu ekki byggður á vanefnd samkvæmt öðrum samningi heldur eingöngu á því að vanefndaúrræða hefði

32 Sjá einnig Þorgeir Örylgsson: Kaflar úr kröfurétti III. Riftun, bls. 31-32.

verið *neytt*. Í þessu sambandi má einnig hafa í huga að það getur orðið lánveitanda sem vill nýta sér „cross-default“ ákvæði óeðlilega þungbært ef hann á að þurfa að setja sig í nokkurs konar dómarsæti og reyna að leggja t.d. mat á það hvort gjaldfelling samkvæmt öðrum samningi, þ.e. þeim samningi sem verður þess valdandi að lánveitandi ákveður að neyta „cross-default“ ákvæðisins, hafi að sönnu verið lögmæt, en slíkt kynni að hafa þýðingu við sakarmat.

4. NOKKUR LOKAORÐ

Af framangreindri umfjöllun má ráða að fjölmörg vandasöm lögfræðileg álitaefni geta tengst gjaldfellingu lánasamninga. Að einhverju leyti er hugsanlega hægt að yfirstíga slík vandamál fyrirfram, svo sem með því að vanda vel til allrar samningagerðar og eftir atvikum með vali á lögum þeim sem samningurinn skal lúta. Önnur vandamál er hins vegar erfiðara að leysa með vandaðri samningagerð einni sér.

HEIMILDASKRÁ

- David Adams: Banking and Capital Markets. England 2008.
- Eilís Ferran: Principles of Corporate Finance Law. England 2008.
- Jo Hov: Avtaleslutning og ugyldighet. Oslo 1998.
- Mads Bryde Andersen: Enkelte transaktioner. Kaupmannahöfn 2004.
- Mads Bryde Andersen: Grundlæggende aftaleret. Kaupmannahöfn 2002.
- Markús Sigurbjörnsson: Einkamálaréttarfar. Reykjavík 1993.
- Philip R Wood: International Loans, Bonds, Guarantees, Legal Opinions. England 2007.
- Richard Hooley: „Material Adverse Change Clauses After 9/11“. Í ritinu: Commercial Law And Commercial Practice (ritstj. Sara Worthington), England 2003.
- Richard Slater: „Syndicated Bank Loans“. Journal of Banking Law, 1982.
- Richard Youard: „Default in International Loan Agreements – I“. Journal of Banking Law, 1986.
- Richard Youard: „Default in International Loan Agreements – II“. Journal of Banking Law, 1986.
- Viðar Már Matthíasson: Fasteignir og fasteignakaup. Reykjavík 2008.
- Viðar Már Matthíasson: „Trúnaðarskyldan við gerð framkvæmd og slit samninga“. Úlfjótur, 2. tbl. 2000.
- Viggo Hagstrøm (i samarbeið með Magnus Aarbakke): Obligasjonsrett. Oslo 2004.
- Þorgeir Örlygsson: Kaflar úr kröfurétti III. Riftun. Reykjavík 2002.
- Þorgeir Örlygsson, Benedikt Bogason og Eyvindur G. Gunnarsson: Kröfuréttur I - efndir kröfu -. Reykjavík 2009.



Margrét Einarsdóttir
forstöðumaður Evrópuréttarstofnunnar
HR og LL.M. í Evrópurétti.

FORGANGSÁHRIF RÉTTILEGA INNLEIDDRA EES-REGLNA

1. INNGANGUR	26
2. FORGANGSÁHRIF Í EB-RÉTTI	26
3. FORGANGSÁHRIF Í EES-RÉTTI	26
3.1 Almenn	26
3.2 Bókun 35	27
3.2.1. Almenn	27
3.2.2. Gildissvið	27
3.2.3. Dómaframkvæmd EFTA-dómstólsins	28
3.3 Innleiðing - 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagsvæðing	29
3.3.1. Almenn	29
3.3.2. Dómaframkvæmd Hæstaréttar	30
4. NIÐURSTAÐA	35

1. INNGANGUR

Tilgangur þessarar greinar er að leita svara við þeirri spurningu hvort EES-reglur, sem hafa verið réttilega innleiddar í íslenskan rétt, hafi forgangsáhrif gagnvart ósamrýmanlegum reglum landsréttar, sem ekki eiga rætur sínar að rekja til EES-réttar. Rétt er að taka fram að ekki verður í þessari grein fjallað um stöðu þeirra EES-reglna sem hafa ekki, eða með ófullnægjandi hætti, verið innleiddar í landsrétt og þau áhrif sem slík vanræksla af hálfu íslenska ríkisins kann að hafa.¹ Þá verður ekki sérstaklega tekin til umfjöllunar meginregla EB-réttar um bein réttaráhrif² og sá munur sem er í EB-rétti og EES-rétti hvað það atriði varðar, nema að því leyti sem þörf er á til útskýringar á úrlausnarefni þessarar greinar.

2. FORGANGSÁHRIF Í EB-RÉTTI

EB-réttur³ getur að ákveðnum skilyrðum uppfylltum haft bein réttaráhrif í aðildarríkjum samningsins. Hefur þetta verið margstaðfest í dómum Evrópudómstólsins.⁴ Með beinum réttaráhrifum í EB-rétti er átt við að einstaklingar og lögaðilar geti byggt réttindi og skyldur í samskiptum sínum við yfirvöld í eigin landi á reglum sem settar eru af stofnunum Evrópusambandsins, án þess að þær hafi sérstaklega verið innleiddar í landsrétt viðkomandi aðildarríkis. Þá geta reglurnar einnig haft þýðingu í samskiptum einstaklinga eða lögaðila innbyrðis.⁵ Bein réttaráhrif EB-réttar sem slík, eru þó engin trygging fyrir því að löggjafarstofnanir einstakra aðildarríkja setji ekki síðar reglur

sem fari í bága við efni EB-réttar.

Með dómi Evrópudómstólsins í máli 6/64 Costa gegn ENEL⁶ var því slegið föstu að EB-réttur hefur forgangsáhrif gagnvart rétti aðildarríkja þegar landsrétti og EB-rétti lýstur saman. Hefur þessi regla verið áreittuð og útfærð nánar í fjölmörgum dómum dómstólsins. Samkvæmt þessari dómaframkvæmd felur reglan í sér að EB-regla, sem hefur bein réttaráhrif, gengur framar reglu landsréttar sem er andstæð henni, hvort sem regla landsréttar er eldri eða yngri en EB-reglan.⁷ Má segja að með þessu sé komið í veg fyrir að löggjafarstofnanir einstakra aðildarríkja geti sett reglu sem fer í bága við EB-rétt, þar sem slík regla er ekki skuldbindandi í rétti aðildarríkisins heldur vikur fyrir andstæðri EB-reglu. Er því ljóst að aðildarríkin hafa framselt lagasetningarvald sitt til stofnana Evrópusambandsins á þeim sviðum sem EB-rétturinn nær til.

3. FORGANGSÁHRIF Í EES-RÉTTI

3.1 Almenn

Í samningaviðræðum um EES-samninginn var lögð á það áhersla af hálfu Evrópubandalagsins að regla EB-réttar um forgangsáhrif yrði einnig hluti EES-réttar.⁸ Með því yrði tryggt að ef kæmi til árekstra milli settra laga sem ætlað væri að veita reglum EES-samningsins lagagildi og annarra settra laga myndu síðarnefndu lögini víkja. Að öðrum kosti yrði markmiðið um sameiginlegan markað ekki tryggt sem skyldi. EFTA-ríkin gátu hins vegar ekki fallist á slíka reglu, meðal annars þar sem hún

¹ Um slíkt tilvik var að ræða í Hrd. 1999, 4916 (Erla María Sveinbjörnsdóttir).

² Sjá má umfjöllun um bein réttaráhrif í EB-rétti í bók Davíðs Þórs Björgvinssonar, EES-réttur og landsréttur. Reykjavík 2006, bls. 142-149.

³ Með EB-rétti er hér átt við Rómarsamninginn og afleidda löggjöf.

⁴ Sjá t.d. mál 26/62 Van Gend en Loos [1963] ECR I, mál 41/74 Van Duyn [1974] ECR 1337 og mál 148/78 Tulio Ratti

[1979] ECR 1629.

⁵ Davíð Þór Björgvinsson, Lögskýringar. Reykjavík 2008, bls. 329.

⁶ Mál 6/64 Costa gegn ENEL [1964] ECR 585.

⁷ Sjá umfjöllun um bein réttaráhrif og forgangsáhrif EB-réttar í bók Pinedo-M. Elvira Méndez, EC and EEA Law. Groningen 2009, bls. 49-73 og í bók Davíðs Þórs Björgvinssonar, Lögskýringar, bls. 331-332.

⁸ Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur, bls. 101.

var talin fela í sér framsal lagasetningarvalds sem var talið ósamrýmanlegt fullveldi ríkjanna. Málamiðlun á milli þessara ósamrýmanlegu sjónamiða er að finna í bókun 35 við samninginn.⁹

3.2 Bókun 35

3.2.1 Almenn

Bókun 35 er svohljóðandi:

„Þar er með samningi þessum er stefnt að einsleitu Evrópsku efnahagssvæði sem byggist á sameiginlegum reglum, án þess að samningsaðila sé gert að framselja löggjafarvald til stofnana Evrópska efnahagssvæðisins; og þar eð þessum markmiðum verður því að ná með þeirri málsmeðferð sem gildir í hverju landi um sig

Stök grein

*Vegna tilvika þar sem getur komið til árekstra á milli EES-reglna **sem komnar eru til framkvæmdar** og annarra settra laga, skuldbinda EFTA-ríkin sig til að setja, ef þörf krefur, lagaákvæði þess efnis að EES-reglur gildi í þeim tilvikum.“ [leturbr. höf]*

Samkvæmt orðalagi bókunarinnar felst skuldbindingin í því að EFTA-ríkin verða sjálf að setja ef þörf krefur lagaákvæði sem tryggja að EES-reglur gildi framar öðrum settum lögum, þ.e. tryggi þeim forgang ef um árekstur er að ræða. Eru það því löggjafarstofnanir EFTA-ríkjanna sjálfrar sem eiga að sjá til þess að „EES-reglur sem komnar eru til framkvæmdar“ njóti forgangs

umfram ósamrýmanleg ákvæði landsréttar, sem ekki eiga rætur sínar að rekja til EES-réttar. Er EFTA-ríkjunum í sjálfvald sett með hvaða hætti þeir fullnægja þessari skuldbindingu. Með því að hafa þennan háttinn á var talið að ekki væri um að ræða framsal á fullveldi.¹⁰

3.2.2. Gildissvið

Bókun 35 tekur einungis til reglna „sem komnar eru til framkvæmdar“. Í enskum texta bókunarinnar segir; “implemented EEA rules“. Er því ljóst samkvæmt orðalagi bókunarinnar, að hún tekur einungis til EES-reglna sem innleiddar hafa verið í landsrétt samningsaðila.

Meginmál EES-samningsins hefur lagagildi hér á landi, sbr. 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið. Falla ákvæði meginmálsins því undir gildissvið bókunar 35 að því skilyrði uppfylltu, að þau séu óskilyrt og nægjanlega nákvæm¹¹.

Afleidda löggjöf ber að innleiða í landsrétt í samræmi við 7. gr. EES-samningsins.¹² Skuldbinding samkvæmt bókun 35 tekur einungis til afleiddrar löggjafar EES-samningsins eftir að hún hefur verið réttilega innleidd í landsrétt. Ef um ófullnægjandi innleiðingu á afleiddri löggjöf er að ræða getur hins vegar að ákveðnum skilyrðum uppfylltum skapast bótaskylda aðildarríkis, sbr. dóm EFTA-dómstólsins í máli E-9/97¹³ og Hrd. 1999, bls. 4916 (Erla María Sveinbjörnsdóttir)¹⁴. Ekki reynir á reglur um forgangsrif EES-réttar í slíkum tilvikum.

⁹ Sama heimild, bls. 101-102.

¹⁰ Bókun 35 var einungis talin skipta máli fyrir þau EFTA-ríki sem byggja á meginreglunni um tvíeðli þjóðaréttar og landsréttar, þ. á m. Ísland.

¹¹ Í ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins í máli E-1/01 (Hörður Einarsson) er staðfest að til að ákvæði falli undir gildissvið bókunar 35 verði það að vera „óskilyrt og nægjanlega nákvæmt“.

¹² 7. gr. EES-samningsins hljóðar svo: „Gerðir sem vísað er til eða er að finna í viðaukum við samning þennan, eða ákvörðu-

num sameiginlegu EES-nefndarinnar, binda samningsaðila og eru þær eða verða teknar upp í landsrétt sem hér segir:

a. gerð sem samsvarar reglugerð EBE skal sem slík tekin upp í landsrétt samningsaðila;

b. gerð sem samsvarar tilskipun EBE skal veita yfirvöldum samningsaðila val um form og aðferð við framkvæmdina.“

¹³ Mál E-9/97, Erla María Sveinbjörnsdóttir. REC 1998, 95.

¹⁴ Hrd. nr. 236/1999 (Erla María Sveinbjörnsdóttir).

3.2.3. Dómafrankvæmd EFTA-dómstólsins

EFTA-dómstóllinn hefur ítrekað glímt við túlkun á bókun 35. Dómurinn vék í fyrsta skipti að túlkun bókunarinnar í máli E-1/94 Restamark¹⁵ þar sem reyndi á hvort einkaleyfi finnsku áfengissöluinnar væri í samræmi við 16. gr. EES-samningsins. Í niðurstöðu dómsins kemur skýrt fram að túlka beri bókun 35 á þann veg að EES-reglur sem innleiddar hafa verið í landsrétt og eru nægilega óskilyrtar og skýrar gangi framur reglum landsréttar.

Í máli E-1/01 (Hörður Einarsson) var óskað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort samrýmanlegt væri EES-rétti að samkvæmt íslenskum lögum var hærri virðisaukaskattur lagður á bækur á erlendum tungumálum heldur en bækur á íslensku. Ef niðurstaðan yrði sú að íslenskar reglur um virðisaukaskatt á bókum væru ósamrýmanlegar EES-samningnum, var spurt hvort EES-samningurinn hefði að geyma ákvæði sem mælti fyrir um hvaða reglum skyldi beitt þegar ósamræmi væri milli reglna landsréttar og reglna sem leiddu af EES-samningnum. Varðandi síðarnefnda attriðið sagði í dómi EFTA-dómstólsins:

„Í fimmtu spurningu sinni er Héraðsdómur Reykjavíkur í raun að leita svars við því hvort ákvæði í meginmáli EES-samningsins skuli, samkvæmt EES-rétti, gilda framur ósamrýmanlegu ákvæði í landslögum. [...]

Í inngangi að bókun 35 með EES-samningnum kemur skýrt fram að í samningnum er ekki gerð krafa til þess að aðildarríki framselji lög-gjafarvald til stofnana EES, og að ná verði fram einsleitni innan EES með þeirri málmeðferð, sem gildi í hverju landi um sig. Af innganginum og af orðalagi bókunar 35 leiðir að skuldbindingin sem gengist hefur verið undir með bókuninni lýtur aðeins að EES-reglum sem lögfestar hafa verið í landsrétti. Eins og þegar hefur verið getið, hefur

meginmál EES-samningsins verið tekið upp í landslög. Meginmál samningsins hefur því verið „komið til framkvæmda“ í skilningi bókunar 35.

Skuldbinding sú, sem gengist er undir með bókun 35, getur þó ekki náð til allra ákvæða meginmáls samningsins. Hún varðar aðeins þau ákvæði sem þannig eru úr garði gerð að þau geti stofnað til réttinda sem einstaklingar og atvinnufyrirtæki geta reist á dómkröfur innanlands. Eins og dómstóllinn hefur áður talið, er um slíkt að ræða þegar viðkomandi ákvæði er óskilyrt og nægilega nákvæmt (sjá Restamark, áður vísað til, 77. liður).

Ákvæði 14. gr. EES-samningsins er sama efnis og 90. gr. samningsins um Evrópubandalagið. Síðarnefnda greinin hefur verið talin óskilyrt og nægilega nákvæm (sjá mál 57/65 *Lütticke* gegn *Hauptzollamt Saarlouis* [1966] ECR 205). Með hliðsjón af markmiðinu um einsleitni og til að tryggja sömu meðferð einstaklinga á öllu evrópska efnahagssvæðinu verður að telja 14. gr. EES-samningsins uppfylla þá kröfu að vera óskilyrt og nægilega nákvæm.

Fimmtu spurningu verður því að svara þannig, að þegar ákvæði landslaga samrýmist ekki 14. gr. EES-samningsins og sú grein hefur verið innleidd í landslög, er upp komin staða sem skuldbinding EFTA-ríkjanna í bókun 35 gildir um, en hún er reist á þeirri forsendu, að EES-regla, sem innleidd hefur verið í landsrétt, skuli hafa forgang.“

Með vísan til framangreindra dóma er ljóst að EFTA-dómstóllinn telur að á EFTA-ríkjunum, þ. á m. Íslandi, hvíli sú skuldbinding á grundvelli bókunar 35 að sjá til þess að EES-reglur, sem hafa verið réttilega innleiddar í landsrétt og eru óskilyrtar og nægilega nákvæmar, gangi framur öðrum reglum landsréttar, sem ekki eiga rætur sínar að rekja til EES-réttar.

Næst verður skoðað hvort Ísland uppfyllir framangreinda skuldbindingu sína.

3.3 Innleiðing – 3. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið¹⁶

3.3.1 Almennt

Með ákvæði 3. gr. eesl. leitaðist Alþingi við að fullnægja efni bókunar 35.¹⁷ Ákvæðið er svohljóðandi:

„Skýra skal lög og reglur, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær reglur sem á honum byggja.“

Eftir orðanna hljóðan er hér um að ræða hreina lögskýringarreglu sem mælir fyrir um að reglur landsréttar skuli skýrðar til samræmis við EES-samninginn. Ef Alþingi setti lög sem væri í andstöðu við EES-reglu, sem hefði verið réttilega innleidd í landsrétt, og ekki væri unnt að skýra hið nýja ákvæði í samræmi við eldra lagaákvæðið, bendir orðalag 3. gr. til þess að á grundvelli reglunnar um *lex posterior aetui* nýju lögin að gilda. Væru forgangsrif EES-reglna, sem hafa verið réttilega innleiddar í landsrétt, því ekki tryggð og 3. gr. eesl. því ekki í samræmi við skuldbindingu íslenska ríkisins á grundvelli bókunar 35, eins og hún hefur verið túlkuð af EFTA-dómstólum.

Athugasemdir í greinargerð með 3. gr. eesl. bjóða upp á annan lögskýringarkost. Þar segir meðal annars eftirfarandi:

„Í bókun 35 er fjallað um framkvæmd EES-reglna.

Íslenskum dómstólum ber að túlka íslensk lög í samræmi við þjóðarétt. Í dómum undanfarið hefur Hæstiréttur gengið mjög langt í þessu efni, sbr. t.d. hrd. 1990, bls. 2. Þar vék rétturinn frá nýlegum og skýrum dómafordæmum sínum og túlkaði lög m.a. til samræmis við þjóðréttarreglu, sem gildir ekki sem lög hér á landi, þ.e. túlkun mannréttindanefndar Evrópu á tiltekinni grein

mannréttindasáttmála Evrópu. Samkvæmt þessu verður að telja að verði árekstur milli laga, sem sett hafa verið vegna skuldbindinga í þjóðréttsamningi, og annarra innlendra réttarreglna veiti dómafordæmi Hæstaréttar visbendingu um að innlenda reglan verði túlkuð til samræmis við þjóðréttarregluna eftir því sem framast er kostur.

Þar fyrir utan er sterk hefð fyrir þeirri reglu í íslenskum rétti að sérlæg gangi framur almennum lögum, þ.e. að lög, sem eru almenns eðlis, eru ekki talin fella brott eldri sérreglur laga um sama efni nema brottfellingarinnar sé getið sérstaklega í yngri lögnum. Oft myndi EES-regla vera sérregla um tiltekið efni.

Í 3. gr. felst m.a. að innlend lög sem eiga stöð í EES-samningnum verði jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamrýmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög víki þeim ekki ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram.

Þetta er nauðsynlegt til þess að tryggja samræmi í reglunum á Evrópska efnahagssvæðinu. Í bókun 35 er og skýrt tekið fram að þessi skýringarregla skuli ekki hafa í för með sér framsal á löggjafarvaldi og er 3. gr. við það miðuð.¹⁸
[leturbr. höf]

Samkvæmt framangreindum ummælum virðist markmið löggjafans vera það að jafnan beri að túlka EES-reglur, sem hafa verið réttilega innleiddar í landsrétt, sem sérreglur. Á grundvelli *lex specialis*-reglunnar gangi þær því framur yngri ósamrýmanlegum lagaákvæðum og séu forgangsrif þeirra þannig tryggð.¹⁹ Þessi ummæli í greinargerðinni eru hins vegar ekki í beinu samræmi við orðalag ákvæðisins sjálfs. Kemur það því í hlut dómstóla að skera úr um hvert er raunverulegt inntak 3. gr. eesl. og hvort hún tryggi í reynd forgangsrif EES-reglna, sem hafa verið réttilega innleiddar í landsrétt.

¹⁶ Hér eftir nefnd eesl.

¹⁷ Alþt. A 1992-1993 (þskj. 1), bls. 224.

¹⁸ Sama heimild.

¹⁹ Það er viðurkennd lögskýringarregla að sérreglur gangi

framur almennum reglum, (*lex specialis*) sjá t.d. bók Davíðs Þórs Björgvinssonar, *Lögskýringar*, bls. 225.

3.3.2 Dómafrákvæmd Hæstaréttar i) Hrd. 2003, 2045 (Hörður Einarsson)²⁰

Í máli Harðar Einarssonar reyndi á skýringu á 3. gr. eesl. Málavextir voru í fáum orðum þeir að H var gert að greiða 24,5% virðisaukaskatt af tollverði bóka á ensku sem hann flutti inn frá Bretlandi og Þýskalandi, en 14% virðisaukaskattur var lagður á innlendar bækur, sbr. 6. tl. 2. mgr. 14. gr. laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt. Taldi hann þennan greinarmun fara meðal annars í bága við 2. mgr. 14. gr. meginmáls EES-samningsins og krafðist þess að úrskurður ríkistollanefndar þar um yrði felldur úr gildi. H byggði kröfu sína í málinu á 3. gr. eesl. og vísaði til þess að með þessu ákvæði hefði verið leidd í íslensk lög sú skuldbinding, sem Ísland hefði tekið á sig með bókun 35 við EES-samninginn, en samkvæmt henni væri EES-reglum ætlað að hafa forgang þar sem EES-reglug og önnur landslög kynnu að rekast á. Eins og áður hefur verið rakið var í málinu aflað ráðgefandi álits frá EFTA-dómstólnum þar sem sérstaklega var spurt hvort EES-samningurinn hefði að geyma ákvæði sem mæltu fyrir um hvaða reglum skyldu beitt þegar ósamræmi væri milli reglna landsréttar og reglna sem leiða af EES-samningnum. Héraðsdómur komst að þeirri niðurstöðu, meðal annars með hliðsjón af ráðgefandi áliti EFTA-dómstólsins, að reglug laga nr. 50/1988 um virðisaukaskatt á bækur væru andstæðar 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins. Væri því kominn upp árekstur milli laga nr. 50/1988 og 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins. Þessi niðurstaða var staðfest í Hæstarétti.

Í dómi Hæstaréttar sagði meðal annars:

„Með 2. gr. laga nr. 2/1993 um Evrópska efnahagssvæðið var meginmáli EES-samningsins veitt lagagildi hér á landi. Samkvæmt 3. gr. laganna skal skýra lög og reglug, að svo miklu leyti sem við á, til samræmis við EES-samninginn og þær

reglug, sem á honum byggja. Af athugasemdum með frumvarpi til laganna um þessa grein verður ráðið, að henni hafi verið ætlað að fullnægja skuldbindingu sammingsaðila í bókun 35 við EES-samninginn, en þar segir meðal annars, að komi til árekstra á milli EES-reglna, sem komnar séu til frákvæmda, og annarra settra laga skuldbindi EFTA-ríkin sig til að setja, ef þörf krefji, lagaákvæði þess efnis að EES-reglug gildi í þeim tilvikum. Í athugasemdum segir jafnframt, að í 3. gr. felist meðal annars, að innlend lög, sem eigi stóð í EES-samningnum, verði jafnan túlkuð sem sérreglug laga gagnvart ósamræmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög viki þeim ekki, ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram. Þetta sé nauðsynlegt til að tryggja samræmi í reglunum á Evrópska efnahagssvæðinu. Í bókun 35 sé og skýrlega tekið fram, að þessi skýringarregla skuli ekki hafa í för með sér framsal á löggjafarvaldi og sé 3. gr. við það miðuð.

Í þessu ljósi verður að telja, að ákvæði 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins um bann við skattlagningu, sem er til þess fallin að vernda óbeint framleiðsluvörur eins sammingsaðila gagnvart framleiðsluvörum annarra aðila sammingsins, beri að skýra sem sérreglu um skattalega meðferð á innflutningi frá öðrum EES-ríkjum, er gangi framur eldra ákvæði áðurgildandi 6. tl. 14. gr. laga nr. 50/1988 um lægri virðisaukaskatt af sölu bóka á íslenskri tungu en annarra bóka. Eftir að EES-samningnum var veitt lagagildi með lögum nr. 2/1993 var því óheimilt að gera greinarmun á bókum á íslensku og öðrum tungum við álagningu virðisaukaskatts.“ [leturbr. höf]

Á grundvelli framansagðs var fallist á kröfu H og úrskurður ríkistollanefndar ógiltur.

Ólafur Jóhannes Einarsson telur að Hæstiréttur hafi í umræddum dómi bæði byggt á því að ákvæði 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins sé sérregla gagnvart

virðisaukaskattslögum, sbr. 3. gr. eesl., og einnig á því að ákvæðið gangi framur á grundvelli lex posterior-reglunnar. Þar sem byggt sé á báðum þessum lögskýringarreglum, sem hvor um sig stóð til að láta umrætt ákvæði EES-samningsins víkja til hliðar viðkomandi lagagrein, dragi það úr gildi dómsins sem fordæmis um túlkun á 3. gr. eesl.²¹

Davíð Þór Björgvinsson virðist hins vegar líta svo á að í máli Harðar Einarssonar hafi Hæstiréttur valið þann lögskýringarkost sem athugasemdir sem fylgdu frumvarpi til eesl. gera ráð fyrir, þ.e. að á grundvelli 3. gr. eesl. beri ávallt að skilgreina EES-reglur sem sérreglur sem leiði til þess að þær gangi framur reglum landsréttar, sbr. lex specialis-reglan.²² Telur Davíð Þór það þó orka tvímælis að ávallt sé unnt að líta á EES-reglur sem sérreglur óháð aðstæðum eða innbyrðis tengslum reglnanna að öðru leyti.

Hér er tekið undir siðarnefndan skilning á dómi Hæstaréttar í máli Harðar Einarssonar. Hæstiréttur hefði getað valið þá leið að láta 6. tl. 2. mgr. 14. gr. laga nr. 50/1988 víkja fyrir 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins á grundvelli lex posterior-reglunnar, enda er 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins yngri lagaákvæði. Hæstiréttur velur hins vegar að beita 3. gr. eesl. og telur ákvæðið leiða til þess að líta beri á 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins sem sérreglu gagnvart 6. tl. 2. mgr. 14. gr. laga nr. 50/1988, sem gangi því framur. Ekki verður talið að 2. mgr. 14. gr. EES-samningsins sé í eðli sínu sérregla gagnvart 6. tl. 2. mgr. 14. gr. laga nr. 50/1988.²³ Virðist Hæstiréttur því túlka 3. gr. eesl. á þann veg að á grundvelli

hennar beri jafnan að líta á EES-reglur, sem innleiddar hafa verið í landsrétt, sem sérreglur er gangi framur yngri lögum, ef þau stangist á, nema löggjafinn taki annað sérstaklega fram. Er þessi túlkun í samræmi við ummæli í greinargerð við 3. gr. eesl., enda eru þau tekin orðrétt upp í dómi réttarins. Þá styður það þessa niðurstöðu að Hæstiréttur velur að taka sérstaklega fram að eftir að EES-samningnum var veitt lagagildi með eesl. hafi verið „óheimilt að gera greinarmun á bókum á íslensku og öðrum tungum við álagningu virðisaukaskatts“.

Athygli er vakin á því að í athugasemdum í greinargerð við 3. gr. eesl., sem vísað er til í dómnum, segir að í umræddu lagaákvæði felist meðal annars, að innlend lög, sem eigi stóð í EES-samningnum, verði jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamræmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög víki þeim ekki, ef þau stangast á, „nema löggjafinn taki það sérstaklega fram“. Virðist hér því gerður sá fyrirvari á forgangsráttum réttilega innleiddra EES-reglna, að ef skýr vilji löggjafans stendur til þess að setja lagaákvæði sem er í andstöðu við réttilega innleidda EES-reglu sé honum það heimilt. Þrátt fyrir ofangreinda athugasemd bendir dómur Hæstaréttar í máli Harðar Einarssonar til þess að dómstólar muni ganga langt í því að tryggja réttilega innleiddum EES-reglum forgangsrátt gagnvart ósamræmanlegum ákvæðum landsréttar.²⁴

ii) Hrd. nr. 220/2005 (tóbaksdómurinn)

Í tóbaksdómnum var tekist á um gildi tiltekinna ákvæða í lögum nr. 6/2002,

²¹ Ólafur Jóhannes Einarsson, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“. Tímarit lögfræðinga 2007 (4), bls. 392.

²² Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur, bls. 119-123 og 130.

²³ 14. gr. EES-samningsins hljóðar svo: „Einstökum samningsaðilum er óheimilt að leggja hvers kyns beinan eða óbeinan skatt innan lands á framleiðsluvörur annarra samningsaðila umfram það sem beint eða óbeint er lagt á sams konar innlendir framleiðsluvörur.“

Samningsaðila er einnig óheimilt að leggja á framleiðslu-

vörur annarra samningsaðila innlendan skatt sem er til þess fallinn að vernda óbeint aðrar framleiðsluvörur.“

²⁴ Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur frá 31. október 2000, í máli Lánasýslu ríkisins gegn Íslandsbanka FBA hf. reyndi á túlkun á 3. gr. eesl. Verður að skilja rökstuðning héraðsdóms svo að í reynd veiti 3. gr. eesl. lögfestum EES-reglum forgang gagnvart öðrum reglum landsréttar, sem ekki er að rekja til EES-réttar. Í dómi Hæstaréttar Hrd. 2001. 2505, var leyst úr málinu á öðrum grundvelli og reyndi þar með ekki á þessar aðferðir héraðsdómara við beitingu réttarheimilda. Sjá nánar; Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur, bls. 115-119.

um tóbaksvarnir, meðal annars 6. mgr. 7. gr. laganna en samkvæmt því ákvæði var óheimilt að hafa tóbak sýnilegt á sölustöðum. Áfrýjendur kröfðust viðurkenningar á því að þeim væri heimilt að hafa tóbaksvörur sýnilegar viðskiptavinum verslunar sinnar og byggðu meðal annars á því að fyrrnefnt ákvæði bryti í bága við ákvæði 11. og 36. gr. EES-samningsins. Ekki var hins vegar byggt á því með skýrum hætti af hálfu áfrýjanda að fyrrnefnd ákvæði skyldu hafa forgangsáhrif og var þannig hvorki vísað til 3. gr. eesl. né bókunar 35 í stefnu í héraði. Í dómi Héraðsdóms Reykjavíkur sagði meðal annars;

„Með dómi Hæstaréttar Íslands frá 16. desember 1999 í málinu nr. 236/1999 var slegið föstu að það leiddi af 7. gr. EES-samningsins og bókun 35 við hann að samningurinn fæli ekki í sér framsal löggjafarvalds. Hins vegar hefði meginmál EES-samningsins lagagildi hér á landi. Væri samkvæmt framansögðu eðlilegt að lögin sem lögfestu meginmál samningsins væru skýrð svo að einstaklingar ættu kröfu til þess að íslenskri löggjöf væri hagað til samræmis við EES-reglur. Tækist það ekki leiddi það aflögum nr. 2/1993 og meginreglum og markmiðum EES-samningsins að íslenska ríkið yrði skaðabótaskyldt að íslenskum rétti. Stefnandi hefur krafist viðurkenningar á því að honum sé heimilt að sýna tóbaksvörur í verslun sinni þrátt fyrir fyrirmæli 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 sem banna slíkt. Þó svo að komist yrði að þeirri niðurstöðu að ákvæði 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 færu gegn 11. gr. eða 36. gr. EES-samningsins, myndi sú niðurstaða ekki leiða til þess að stjórnskipulega settum ákvæðum 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 yrði ekki beitt. Slík niðurstaða kynni hins vegar að mynda bótagrundvöll, sbr. m.a. dómur hæstaréttar frá 16. desember 1999. Þegar af þessari ástæðu verður kröfum stefnanda á þeim grunni að tilvitnuð ákvæði laga nr. 6/2002 fari gegn ákvæðum 11. gr. og 36. gr. EES-samningsins hafnað.“ [leturbr: höf]

Hæstiréttur staðfesti ofangreinda niðurstöðu með skírskotun til forsendna héraðsdóms. Er enga sjálfstæða umfjöllun að finna í dómi réttarins um þetta atriði.

Eins og áður hefur komið fram hefur meginmál EES-samningsins lagagildi hér á landi, sbr. 2. gr. eesl. Í tóbaksdóminum reyndi því á samspil réttilega innleiddra EES-reglna (11. og 36. gr. EES-samningsins) og ósamrýmanlegs yngra ákvæðis (6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002), sem ekki á rætur sínar að rekja til EES-samningsins. Í niðurstöðu héraðsdóms, sem Hæstiréttur staðfesti, segir að EES-samningurinn geti ekki leitt til þess að stjórnskipulega settum lögum verði ekki beitt. Virðist hér því litið svo á að réttilega innleiddar EES-reglur hafi ekki sérstöðu ef þeim lýstur saman við önnur ákvæði íslensks réttar, heldur sömu stöðu og almenn lög og geti því ekki haft forgangsáhrif.

Þessi dómur vekur upp margvíslegar spurningar, einkum þegar hann er borinn saman við dóm Hæstaréttar í máli Harðar Einarssonar. Eins og áður hefur verið rakið var í máli Harðar Einarssonar byggt á því, að réttilega innleiddar EES-reglur skyldu hafa forgang gagnvart ósamrýmanlegum reglum landsréttar sem ekki áttu rætur sínar að rekja til EES-réttar. Snérist meðferð málsins að miklu leyti um þetta og var meðal annars leitað álits EFTA-dómstólsins til að fá úr þessu skorið. Fimm manna dómur Hæstaréttar hafði hið ráðgefandi álit EFTA-dómstólsins til hliðsjónar við úrlausn málsins. Hljóta framangreind atriði að styrkja fordæmisgildi máls Harðar Einarssonar varðandi túlkun á 3. gr. eesl. og bókun 35.

Í tóbaksdóminum var hins vegar ekki leitað ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins og krafa þess efnis virðist ekki hafa verið uppi í málinu. Þá var af hálfu áfrýjanda ekki byggt á því með skýrum hætti að réttilega innleiddar EES-reglur, þ.e. 11. gr. og 36. gr. EES-samningsins, skyldu hafa forgangsáhrif og var þannig í stefnu í héraði hvorki

vikið að 3. gr. eesl., né bókun 35 og þeim sjónarmiðum um forgangsáhrif réttilega innleiddra EES-reglna sem framangreind ákvæði fela í sér. Má því segja að niðurstaða Hæstaréttar endurspegli framangreinda kröfugerð áfrýjanda þar sem ekki er tekið á álitaefninu um hugsanleg forgangsáhrif réttilega innleiddra EES-reglna með skýrum hætti. Þá virðist gæta ákveðins misskilnings þar sem í tóbaksdóminum er vísað til dóms Hæstaréttar í máli nr. 236/1999 en atvik í því máli eru ósambærileg.

Í máli nr. 236/1999 (Erla María Sveinbjörnsdóttir) var um það að ræða að tilskipun nr. 80/987/EBE um samræmingu á lögum aðildarríkjanna um vernd til handa launþegum, hafði ekki verið réttilega innleidd í landsrétt og að verulegt misræmi var á milli tilskipunarinnar og laga nr. 53/1993 um ábyrgðasjóð launa vegna gjaldþrota. Leiddi þetta til þess að íslenska ríkið hafði í verulegum mæli brugðist þeirri skyldu að tryggja E réttindi til greiðslu úr ábyrgðasjóði launa við gjaldþrot að íslenskum rétti, svo sem honum bar í samræmi við tilskipun nr. 80/987/EBE. Í bar því skaðabótaábyrgð gagnvart E vegna þessara mistaka.

Eins og áður hefur verið rakið á bókun 35 eingöngu við þegar um er að ræða réttilega innleiddar EES-reglur. Það sama er að segja um 3. gr. eesl. sem var sett til að fullnægja skuldbindingum íslenska ríkisins á grundvelli bókunar 35. Sjónarmið um forgangsáhrif gátu því ekki átt við í máli Erlu Maríu Sveinbjörnsdóttur þar sem umrædd tilskipun hafði ekki verið réttilega innleidd í landsrétt. Í tóbaksdóminum lék hins vegar enginn vafi á því að þær EES-reglur sem á reyndi höfðu verið réttilega innleiddar í landsrétt, sbr. 2. gr. eesl. Var því um að ræða tilvik þar sem bókun 35 og 3. gr. eesl. hefðu átt að koma til skoðunar.

Þá má benda á að í tóbaksdóminum var engin tilraun gerð til að svara því hvort

ákvæði 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 bryti í raun og veru gegn 11. gr. eða 36. gr. EES-samningsins. Meginþungi málsins fór í að skoða hvort fyrrnefnt ákvæði 6. mgr. 7. gr. laga nr. 6/2002 bryti í bága við 73. gr. og 75. gr. stjórnarskrárinnar. Var niðurstaðan að svo væri og var fallist á viðurkenningarkröfu áfrýjanda á þeirri forsendu.

iii) Aðrir dómur

Í dómi Hæstaréttar nr. 274/2006, Ákærvaldið gegn X frá 24. maí 2006²⁵ voru málavextir þeir að X var ákærður fyrir að brjóta gegn 20. gr. áfengislaga nr. 75/1998, sem mælir fyrir um bann gegn áfengisauglýsingum. Af hálfu ákærða var þess óskað að leitað væri ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins á því hvort 20. gr. áfengislaga væri samrýmanleg bókun 47 við EES-samninginn og álitaefnum því tengdu. Héraðsdómur Reykjavíkur hafnaði því að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins og var sú niðurstaða staðfest með vísan til forsendna í Hæstarétti. Í dóminum sagði meðal annars:

„Mál af samkynja toga og hér er til meðferðar hafa áður komið til kasta dómstóla. Hefur þar verið tekist á um hvort 20. gr. áfengislaga standist ákvæði stjórnarskrár, m.a. um tjáningarfrelsi, eignarrétt og jafnræði. Úrlausnarefni í þessu máli snýst sem fyrr um gildi og skýringu á nefndri 20. gr. áfengislaga og hvort hún standist ákvæði stjórnarskrár, þar sem stjórnskipulega settum lögum verður ekki vikið til hliðar með öðrum hætti. EFTA dómstöllinn mun ekki fjalla um slíka lagaskýringu. Stóðar því ekki að leita ráðgefandi álits hans í þessu máli. Verður kröfum ákærða um það því hafnað.“

Ólafur Jóhannes Einarsson telur að varla verði annað ráðið af þessum dómi, og fyrrnefndum tóbaksdómi, en að Hæstiréttur telji eesl. hafa sömu stöðu og almenn lög.

Rétturinn telji heimilt að beita 20. gr. áfengislaga án tillits til þess hvort ákvæðið samrýmist EES-samningnum. Þó bendir hann á að ekki sé ljóst hvort að þær gerðir sem vísað er til í ofangreindum dómi og er að finna í bókun 47 við EES-samninginn hafi verið innleiddar í íslenskan rétt.²⁶

Hér verður dregið í efa að framangreindir dómur gefi tilefni til slíkra ályktana. Líkt og í tóbaksdóminum er í forsendum Hæstaréttar í máli nr. 274/2006 hvorki minnst á bókun 35 né 3. gr. eesl. Verður þetta talið draga úr fordæmisgildi ofangreindra dóma um það álitafni sem hér er til skoðunar. Þá má benda á að ekki er ljóst hvort að þær EES-reglur sem byggt var á í málinu hafi verið lögfestar og því óljóst hvort skilyrði bókunar 35 hafi verið uppfyllt. Þá verður að hafa í huga að íslenskir dómstólar hafa heimild en ekki skyldu til að leita ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins, sbr. 1.-3. gr. laga nr. 21/1994 um öflun álits EFTA-dómstólsins um skýringu samnings um Evrópska efnahagssvæðið. Verður því að forðast að draga miklar ályktanir af dómum þar sem synjað er um öflunar ráðgefandi álits.

Fordæmisgildi ofangreinds dóms verður einnig að skoða í ljósi síðari dóms Hæstaréttar í máli nr. 599/2006, Ákærvaldið gegn Á frá 14. júní 2007 en í því máli var einnig ákært fyrir brot gegn 20. gr. áfengislaga. Á byggði sýknukröfu sína meðal annars á því að 20. gr. áfengislaga bryti í bága við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum. Ekki var leitað álits EFTA-dómstólsins um framangreint álitafni. Í dómi héraðsdóms, sem staðfestur var í Hæstarétti, sagði meðal annars:

„Ákærði byggir sýknukröfu sína meðal annars á því að ákvæði 20. gr. áfengislaga fari í bága við skuldbindingar íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum með því að slíkt auglýsing-

abann leiði til þess að erlendir áfengisframleiðendur, þar á meðal framleiðendur áfengs bjórs, standi höllum fæti gagnvart innlendum framleiðendum í samkeppni á íslenskum markaði. Er af hálfu ákærða meðal annars vísað til dóma Evrópudómstólsins svo og dóma EFTA-dómstólsins þar sem leitað var álits hans varðandi túlkun reglna EES-samningsins um frjálsta vöru- og þjónustuviðskipti. Af dómaframkvæmd þessara dómstóla verður ráðin sú meginniðurstaða að reglur um frjálst flæði vöru og þjónustu standi ekki í vegi slíks auglýsingabanns nema að unnt sé að ná fram heilsuverndarmarkmiðum bannans með aðferðum sem hafi minni áhrif á markaðsfrelsið. [...] Þykir ekki hafa verið í ljós leitt í máli þessu að unnt sé með öðrum aðferðum að ná fram sömu heilsuverndarmarkmiðum og liggja að baki ákvæði 20. gr. áfengislaga sem þá hefðu minni áhrif á markaðsfrelsið. Verður því ekki fallist á þessi rök fyrir sýknukröfu ákærða.“

Þessi niðurstaða sýnir að talið var hafa þýðingu fyrir niðurstöðu málsins hvort 20. gr. áfengislaga bryti í bága við EES-samninginn og þær skuldbindingar sem af honum leiða. Hvorki héraðsdómur né Hæstiréttur taldi þörf á að afla ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins heldur nægði að skoða dómafordæmi Evrópudómstólsins og EFTA-dómstólsins til að fá úr þessu skorið. Var niðurstaðan sú að 20. gr. áfengislaga bryti ekki gegn EES-samningnum. Reyndi því ekki á álitafni um forgangsráðfrelsi réttilega innleiddra EES-reglna.

Þessi dómur staðfestir það mat íslenskra dómstóla að ekki sé þörf á að afla ráðgefandi álits EFTA-dómstólsins til að fá úr því skorið hvort 20. gr. áfengislaga samræmist skuldbindingum íslenska ríkisins samkvæmt EES-samningnum. Dregur sú niðurstaða enn frekar úr fordæmisgildi ofangreinds dóms Hæstaréttar nr. 274/2006 frá 24. maí 2006 um það atriði sem hér er til umfjöllunar.

²⁶ Ólafur Jóhannes Einarsson, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“, bls. 398-399.

4. NIÐURSTAÐA

Í máli Harðar Einarssonar var réttilega innleiddri EES-reglu veitt forgangsáhrif gagnvart ósamrýmanlegu ákvæði íslensks réttar, sem ekki átti rætur sínar að rekja til EES-réttar. Eins og áður hefur verið rakið verður talið að fyrrnefndur dómur hafi ríkt fordæmisgildi varðandi túlkun á 3. gr. eesl. og bókun 35. Bendir dómurinn til þess að langt sé gengið í því að veita réttilega innleiddri EES-reglu forgangsáhrif gagnvart ósamrýmanlegu ákvæði íslensks réttar. Ef útilokað væri að skýra ákvæði landsréttar til samræmis við réttilega innleidda EES-reglu með hefðbundnum hætti yrði á grundvelli 3. gr. eesl. hin réttilega innleidda EES-regla jafnan túlkuð sem sérregla gagnvart ósamrýmanlegu ákvæði landsréttar sem gengi þar af leiðandi framur ákvæði landsréttar, sem ekki á rætur sínar að rekja til EES-réttar.²⁷ Samkvæmt þessum skilningi uppfyllir Ísland í reynd yfirleitt skuldbindingar sínar á grundvelli bókunar 35. Tóbaksdómurinn vekur þó upp réttmætar spurningar um það álitafni sem hér er til skoðunar. Eins og áður hefur verið rakið eru þó ýmis atriði í dómnum sem draga verulega úr fordæmisgildi hans að því er varðar túlkun á 3. gr. eesl. og bókun 35. Sömu sögu er að segja um dóm Hæstaréttar nr. 274/2006, Ákærvaldið gegn X, sérstaklega þegar hann er skoðaður í ljósi síðari dóms réttarins nr. 599/2006, Ákærvaldið gegn A. Af síðarnefnda dómnum má draga þá ályktun að það hafi þýðingu hvort ákvæði landsréttar, í þessu tilviki 20. gr. áfengislaga, brjóti í bága við EES-samninginn og þær

skuldbindingar sem af honum leiða.

Óumdeilt er að tvenns konar fyrirvara verður að gera á forgangsáhrifum réttilega innleiddra EES-reglna;

Í fyrsta lagi segir í athugasemdum í greinargerð með 3. gr. eesl. að í henni felist meðal annars, að innlend lög, sem eigi stóð í EES-samningnum verði „jafnan túlkuð sem sérreglur laga gagnvart ósamrýmanlegum yngri lögum, að því leyti að yngri lög viki þeim ekki, ef þau stangast á, nema löggjafinn taki það sérstaklega fram“²⁸. Ekki er óhugsandi að sú staða komi upp að vilji Alþingis standi til þess að setja lög sem brjóta í bága við réttilega innleidda EES-reglu. Ef sá vilji er skýr verður á grundvelli framansagðs að telja að íslenskir dómstólar myndu byggja á hinni nýju reglu landsréttar. Þrátt fyrir að ólíklegt verði talið að oft muni reyna á þetta í framkvæmd er hér um að ræða mikilvægan fyrirvara með tilliti til fullveldis Íslands.²⁸

Í öðru lagi verður einnig að gera þann fyrirvara að ef EES-regla hefur verið réttilega innleidd í landsrétt með stjórnvaldsfyrirmælum og Alþingi setur síðar ósamrýmanlega lagareglu verður að teljast útilokað að EES-reglan gæti í slíku tilviki vikið til hliðar almennum lögum.³⁹ Myndi EES-reglan því ekki hafa forgangsáhrif og íslenska ríkið því ekki uppfylla skuldbindingar sínar á grundvelli bókunar 35.

27 Lögskýringarreglan *lex specialis* er almennt reist á þeirri forsendu að unnt sé að skilgreina aðra regluna sem sérreglu gagnvart hinni. Í dómi Hæstaréttar í máli Harðar Einarssonar er lagt til grundvallar að jafnan beri að skilgreina EES-reglur sem sérreglur sem gangi þannig framur ákvæðum landsréttar, óháð raunverulegu eðli reglunnar. Þessi aðferðarfræði kann að orka tvímælis í framkvæmd, til dæmis ef yngra ákvæði landsréttar, sem í eðli sínu væri sérregla, yrði látið þoka fyrir réttilegra innleiddi EES-reglu, sem í eðli sínu væri almenn regla.

28 Hér verður ekki leitast við að svara þeirri spurningu hvort íslenska ríkið gæti huganlega borið bötaábyrgð í slíkum tilvikum.

29 Leiðir þessi niðurstaða af lögskýringarreglunni *lex superior* sem gengur út á að regla sem byggir á æðri réttarheimild gangi fyrir reglum sem hvíla á heimildum sem neðar standa.

HEIMILDASKRÁ

Alþingistíðindi.

Davíð Þór Björgvinsson, EES-réttur og landsréttur. Reykjavík 2006.

Davíð Þór Björgvinsson, Lögskýringar. Reykjavík 2008.

Ólafur Jóhannes Einarsson, „Bókun 35 og staða EES-samningsins að íslenskum rétti“.

Tímarit lögfræðinga 2007 (4), bls. 371-411.

Pinedo-M. Elvira Méndes, EC and EEA Law. Groningen 2009.

Dómaskrá

Dómar Hæstaréttar:

Dómur Hæstaréttar frá 14. júní 2007 í máli nr. 599/2006.

Hrd. 2006, 2646.

Hrd. 2006, 1689.

Hrd. 2003, 2045.

Hrd. 2001, 2505.

Hrd. 1999, 4916.

Dómar EFTA-dómstólsins:

Mál E-1/01, Hörður Einarsson.

Mál E-1/94, Restamark.

Dómar Evrópuþingdómstólsins:

Mál 148/78 Tulio Ratti.

Mál 41/74 Van Duyn.

Mál 57/65 Lütticke.

Mál 6/64 Costa gegn ENEL.

Mál 26/62 Van Gend en Loos.



Ásmundur G. Vilhjálmsson
lögmaður

SKIPTING Á SKATTLAGNINGARRÉTTINUM MILLI HEIMILISFESTARRÍKIS 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 þriðji og síðasti hlutinn af grein um skiptingu skattlagningarréttar vegna einstakra tekna milli heimilisfestarríkis og keldulands. Við túlkun skattalaga miðað við gildandi lög 1. jan. 2010.

1.3.3. SKIP- OG LOFTFÖR	42
1.3.3.1 Almennt	42
1.3.3.2 Gildissvið. Til hvers konar tekna tekur 8. gr. OECD-fm	42
1.3.3.3 Aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar	44
1.3.3.4 Þátttaka í samstarfsverkefnum	44
1.3.3.5 Hagnaður af sölu skipa og loftfara	45
1.3.4 SJÁLFSTÆTT STARF	45
1.3.4.1 Skattlagning samkvæmt innlendum rétti	45
1.3.4.2 Skattlagning samkvæmt tvísköttunarsamningum	46
1.3.4.2.1 Almennt	46
1.3.4.2.2 Gildissvið. Til hvers konar tekna tók 14. gr. OECD-fm	47
1.3.4.2.3 Hugtakið „fastur staður“	48
1.3.4.2.4 Tekjuuppgjör fastrar stöðvar	49
1.4 FJÁRMAGNSTEKJUR	49
1.4.1 Skattlagning samkvæmt innlendum rétti	49
1.4.1.1 Fasteignir	49
1.4.1.1.1 Hverjir sæta skattskyldu	50
1.4.1.1.2 Að hverju beinist skattskyldan?	50
1.4.1.1.3 Hvers konar tekjur eru skattskyldar?	51
1.4.1.2 Lausafé	52
1.4.1.3 Eignarhlutir í félögum	54
1.4.1.3.1 Arðgreiðslur milli landa. Fastar starfsstöðvar	55
1.4.1.4 Vextir	56
1.4.1.5 Uppgjör tekna af eignum	59
1.4.1.6 Skattlagning	61
1.4.2 SKATTLAGNING SAMKVÆMT TVÍSKÖTTUNARSAMNINGUM	62
1.4.2.1 Fasteignir	62
1.4.2.1.1 Afmörkun á gildissviði 6. gr. OECD-fm	62
1.4.2.1.1.1 Hugtakið fasteign	62
1.4.2.1.2 Hinar raunverulegu tekjur, sbr. 3. mgr. 6. gr.	63
1.4.2.1.3 Afmörkun gagnvart atvinnurekstri og sjálfstæðu starfi	64
1.4.2.2 Skattlagning hagnaðar vegna sölu fasteigna	64
1.4.2.3 Uppgjör tekna	65
1.4.2.4 Fasteign í heimilisfestarlandi eða þriðjalandi	66
1.4.3 Arður	66
1.4.3.1 Hugtakið arður	69
1.4.3.2 Uppgjör arðs	71
1.4.3.2.1 Uppgjör í keldulandi samnings	71
1.4.3.2.2 Uppgjör í heimilisfestarríki samnings	72
1.4.3.3 Rekstrarstöðvarfyrirvari	72
1.4.3.4 Söluhagnaður af hlutabréfum	73
1.4.4 VEXTIR	73

1.4.4.1	Hvers konar tekjur heyra undir 11. gr. OECD-fm	74
1.4.4.1.1	Skilgreining vaxta	74
1.4.4.1.2	Staðsetning tekjuuppsprettunnar – frá hvaða landi stafa vextirnir	75
1.4.4.1.3	Of háir vextir	76
1.4.4.2	Uppgjör vaxta	77
1.4.4.3	Rekstrarstöðvarfyrirvari	77
1.4.4.4	Afföll, gengishagnaður o. fl.	77
1.4.5	HÖFUNDALAUN	77
1.4.5.1	Hvers konar tekjur heyra undir 12. gr. OECD-fm	77
1.4.5.2	Of há höfundalaun	79
1.4.5.3	Rekstrarstöðvarfyrirvari	79
1.4.5.4	Sala óefnislegra eigna	80
1.4.6	HAGNAÐUR AF SÖLU EIGNA	80
1.4.6.1	Tímasetning sölu	81
1.4.6.2	Ákvörðun hagnaðar	81
1.4.6.2.1	Endurheimtar fyrningar	81
1.4.6.2.1.1	Ísland sem kelduland	81
1.4.6.2.1.2	Ísland sem heimilisfestarríki	82
1.4.6.3	Gengisumreikningur	83

1.3.3. SKIP- OG LOFTFÖR

1.3.3.1 Almennt

Íslensk skattalög gera almennt ekki greinarmun á skattlagningu atvinnurekstrartekna eftir atvinnugreinum. Hlotnist innlendum aðila atvinnurekstrartekjur heyra þær einfaldlega undir B-lið 7. gr. TSL óháð því hvers eðlis atvinnurekstur hans er. Á sama hátt myndi erlendis búsettur aðili er stundar atvinnurekstur hér á landi á fastri starfsstöð skattleggjast samkvæmt 4. tölul. 3. gr. TSL. Þessu er öðruvísi farið samkvæmt alþjóðlegum skattarétti. Um atvinnurekstur almennt er fjallað í 7. gr. OECD-fm á meðan 8. gr. fyrirmyndarinnar hefur að geyma sérreglu um rekstur skipa- og loftfara. Samkvæmt nefndri grein skal einungis skattleggja hagnað af rekstri skipa- og loftfara í alþjóðlegum flutningum í því landi þar sem raunveruleg framkvæmdastjórn hefur aðsetur sitt.³

Skipting skattlagningarréttarins samkvæmt umræddri grein er því verulega frábrugðin skiptingunni samkvæmt 7. gr. OECD-fm. Í fyrsta lagi er skattlagningarréttinum ekki úthlutað til heimilisfestarlandsins heldur landsins þar sem raunveruleg framkvæmdastjórn fyrirtækis hefur aðsetur sitt. Oft er þetta land hið sama og heimilisfestarland fyrirtækis, en stundum ekki og helgast það af því að hugtakið „fyrirtæki“ í 8. gr. fyrirmyndarinnar merkir ekki endilega það sama og „fyrirtæki í samningsríki“, sbr. d-lið 1. mgr. 3. gr. OECD-fm. Aðili (d. person) eins og t. d. félag í skilningi 8. gr. getur því haft á vegum sínum önnur fyrirtæki en það fyrirtæki sem stundar skipa- og loftferðir á alþjóðaleiðum.

Í annan stað skiptist

skattlagningarrétturinn samkvæmt 8. gr. OECD-fm milli heimilisfestarlands og keldulands samnings ekki samkvæmt starfsstöðvarreglunni.⁴ Það land, sem hýsir aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar, hefur þannig eitt og aðeins eitt rétt á að skattleggja alheimstekjur af rekstri skipa og loftfara í flutningum á alþjóðaleiðum. Ef aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar er í heimilisfestarlandi, sem oftast myndi vera samkvæmt ofansögðu, er keldulandi samnings því óheimilt að skattleggja og gildir einu þótt skipa- og loftfarafyrirtæki sé með starfsemi í umræddu landi er fullnægir skilyrðum 5. gr. til að teljast föst starfsstöð.

Ef raunveruleg framkvæmdastjórn er staðsett í keldulandi samnings takmarkast skattlagningarréttur þess hins vegar ekki við tekjur sem unnt er að heimfæra til fastrar starfsstöðvar í því landi samkvæmt hefðbundnum heimfærslureglum um tilheyrslu tekna (e. allocation). Tekjur fastra starfsstöva í öðrum löndum reiknast einnig með í uppgjörinu. Að síðustu greinir það 8. gr. frá 7. gr. fyrirmyndarinnar, þegar raunveruleg framkvæmdastjórn fyrirtækis er í keldulandi samnings, að heimilisfestarlandi ber að milda tvískattlagningu samkvæmt undanþáguaðferð með stighækkunarfyrrvara. Leiðir þetta af orðalaginu „skal einungis“ og gildir einu þótt samningurinn mæli fyrir um frádráttaraðferð varðandi flestar aðrar tekjur.

1.3.3.2 Gildissvið. Til hvers konar tekna tekur 8. gr. OECD-fm

Í íslenskum skattarétti er ekki að finna neitt ákvæði sem tekur til sambærilegra tekna og 8. gr. OECD-fm eins og áður segir. Þær tekjur sem fjallað er um í 8. gr. eru því skilgreindar sem almennar atvinnurekstrartekjur

³ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 214.

⁴ En hún veitir upprunalandinu rétt á að skattleggja en

síðan ber heimilisfestarlandinu skylda að milda (venjulega) samkvæmt skattfrádráttaraðferð.

samkvæmt íslenskum rétti, sbr. B-lið 7. gr. TSL. Eigi að síður ber að leggja hið sérstaka ákvæði í 8. gr., en ekki hið almenna ákvæði í 7. gr., til grundvallar skiptingu skattlagningaréttar vegna slíkra tekna.⁵ Skipting samkvæmt 7. gr. fyrirmyndarinnar á því aðeins við í undantekningartilvikum svo sem er ákveðnar tekjur frá rekstri skipa- og loftfara verða ekki felldar undir 8. gr. fyrirmyndarinnar af hvaða ástæðum sem það kann að stafa.⁶

Á þetta getur reynt þegar aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar er staðsett í þriðjalandi eða þegar eingöngu er um að ræða innanlandsflutninga.⁷ Fiskveiðar teljast t. d. ekki alþjóðlegir flutningar og heyra tekjur af slíkum atvinnurekstri því ekki undir 8. gr. fyrirmyndarinnar heldur 7. gr. Samkvæmt athugasemdum OECD-fm tekur 8. gr. umfram allt til flutninga á fólki og vörum svo og starfsemi er tengjast umræddum verkum beint.⁸ Sem dæmi má nefna miðasölu fyrir önnur fyrirtæki, rekstur fólksflutningabifreiða milli ákveðins bæjar og flugvallar (Keflavík-Reykjavík-Keflavík), vöruflutningar milli lagers og hafnar eða flugvallar.⁹ Á hótélrekstur er þó

venja að líta sem sjálfstæðan rekstur nema tilgangurinn með rekstrinum sé eingöngu að fullnægja svefnþörfum millilandafarþega (e. transitpassenger).¹⁰

Hugtakið „flutningar á alþjóðaleiðum“ ber samkvæmt d-lið 1. mgr. 3. gr. OECD-fm að túlka svo að átt sé við sérhverja flutninga með skipi eða loftfari, sem rekið er af fyrirtæki, ef raunveruleg framkvæmdastjórn þess hefur aðsetur í sanningsríki, nema skipið eða loftfarið sé eingöngu notað til flutninga milli staða í hinu sanningsríkinu.¹¹ Með þessu ákvæði er leitast við að tryggja að ríkið þar sem framkvæmdastjórn hefur aðsetur sitt hlotnist skattlagningaréttur alheimstekna fyrirtækis vegna reksturs skipa og loftfara í alþjóðlegum flutningum. Hér til teljast ekki aðeins tekjur vegna reksturs skipa og loftfara til og frá aðseturslandinu. Einnig flutningar í aðseturslandinu og flutningar í önefndu þriðja landi heyra undir skilgreininguna „alþjóðlegir flutningar“.¹²

Skattlagning verður hins vegar ekki byggð á 1. mgr. 8. gr. OECD-fm ef eingöngu er um að ræða flutninga milli staða í hinu sanningsríkinu, það er því ríki þar sem raunveruleg framkvæmdastjórn hefur ekki

5 Takmörkuð skattskylda erlendra aðila sem stunda atvinnurekstur hér á landi fer eftir 4. tölul. 3. gr. TSL. Samkvæmt henni ræður úrslitum hvort aðili stundi atvinnurekstur á fastri starfsstöð. Aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar hér á landi er því ekki fullnægjandi til að koma fram skattskyldu samkvæmt nefndri grein. Teljist aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar erlends fyrirtækis föst starfsstöð samkvæmt 4. tölul. 3. gr. TSL hefur Ísland heimild til að skattleggja tekjur af rekstri skipa og loftfara í alþjóðlegum siglingum sem tilheyra henni. Hinn hluti alheimsteknanna, sem tvísköttunarsamningur veitir Íslandi heimild til að skattleggja, getur Ísland því ekki skattlagt, vegna skorts á innlendra skattlagningarheimild. Þar sem hitt sanningsríkið, það er heimilisfestarland fyrirtækis, ber samkvæmt A- eða B-lið 23. gr. OECD-fm að milda samkvæmt undanþáguaðferð, leiðir þetta til tvískattlagningar þess hluta teknanna. Í því tilvikum sleppa tekjurnar því algerlega við skattlagningu. Þar sem slíkt félag myndi í flestum tilvikum teljast heimilisfast á Íslandi samkvæmt 2. mgr. 2. gr. TSL er þó hverfandi hætta á því.

6 Sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 8-liður athugasemda við 8. gr.

7 Svo sem ræða má af 13-lið athugasemda við 8. gr. (2008-útgáfan) OECD-fm.

8 Sbr. 4-lið athugasemda við 8. gr. (2008-útgáfan) OECD-fm.

9 Sbr. 8-lið athugasemda við 8. gr. (2008-útgáfan) OECD-fm.

Nánar, sjá Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 14-liður athugasemda við 8. gr.

10 Sbr. 11-lið athugasemda við 8. gr. (2009-útgáfan) OECD-fm. Um sölu á tollfríum vörum, sjá Anders Oreby Hansen og Nikolaj Bjørnholm: Lempelse af dobbeltbeskatning, bls. 411.

11 Í LSRM 1983, 159 úrskurðaði Landsskattarétturinn, að hafrannsóknarskip stundaði ekki alþjóðlegar siglingar samkvæmt 3. mgr. XI. gr. í áðurgildandi tvísköttunarsamningi milli Danmerkur og Singapore. Fyrir lá að skipið flutti ekki farþega eða vörur, heldur sigldi einungis til og frá hinum einstöku rannsóknarsvæðum og var annars nástan kyrrstætt á rannsóknarsvæðinu. Úrslit málsins höfðu þýðingu varðandi skiptingu skattlagningaréttarins vegna launa yfirstýrirmanns. Í þágildandi samningi var ekki sambærilegt ákvæði og d-liður 1. mgr. 3. gr. OECD-fm um túlkun á hugtakinu „flutningar á alþjóðaleiðum“. Eflaust hefði niðurstaðan oróið sú sama þótt slík skilgreiningu hefði verið að finna í samningnum. — Sjá frumvarp til laga nr. 174/2006 um breyting á lögum nr. 90/2003, athugasemdir við 1. gr. en þar segir svo: „Með oröðunum „flutninga á alþjóðaleiðum“ er átt við flutningastarfsemi sem bæði getur eingöngu verið utan Íslands (semsagt ekki eingöngu á Íslandi) eða milli Íslands og annarra landa.“

12 Sbr. f-lið 5 athugasemda við 3. gr. OECD-fm (2008-útgáfan) þar sem fram kemur að hugtakið „flutningar á alþjóðaleiðum“ hafi rýmri merkingu en venjulega er lagt í það.

aðsetursitt. Helgast það af því að ekki er um að ræða alþjóðlega flutninga í merkingu e-liðar 1. mgr. 3. gr. fyrirmyndarinnar þegar svo stendur á.¹³ Undir slíkum kringumstæðum er þess vegna ekki um annað að ræða en að byggja skattlagningarréttinn á 7. gr., sem þýðir að hlutadeigandi ríki, getur skattlagt ef aðili er heimilisfastur þar eða stundar atvinnurekstur á fastri starfsstöð í því ríki.¹⁴ Ákvæði 8. gr. OECD-fm einskorðast við hagnað fyrirtækis af rekstri skipa- eða loftfara í alþjóðlegum flutningum. Hlotnist slíkum aðila, sem hlutareiganda eða lánveitanda, arður eða vextir í tekjur, er því ekki sjálfgefið að unnt sé að byggja skattlagninguna á 8. gr.¹⁵ Um skiptingu skattlagningarréttar vegna slíkra tekna fer því almennt samkvæmt 10. eða 11. gr. fyrirmyndarinnar eftir því sem við á.¹⁶

1.3.3.3 Aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar

Í 8. gr. OECD-fm er ekki skilgreint hvað átt er við með aðsetri raunverulegrar framkvæmdastjórnar. Þegar raunveruleg framkvæmdastjórn skips og eða loftfars í flutningum á alþjóðaleiðum hefur aðsetur á fastri starfsstöð og sá staður er ekki aðsetur

raunverulegrar framkvæmdastjórnar heildarstarfseminnar segir í athugasemdu OECD-fm við 8. gr. fyrirmyndarinnar að líta skuli á föstu starfsstöðina sem aðsetur raunverulegrar framkvæmdastjórnar flutningsstarfseminnar í skilningi 1. og 2. mgr. 8. gr. fyrirmyndarinnar.¹⁷

1.3.3.4 Þátttaka í samstarfsverkefnum Samkvæmt 4. mgr. 8. gr. OECD-fm gilda ákvæði 1. mgr. einnig um hagnað sem hlýst af þátttöku í rekstrarsamvinnufélögum (e. pool), í samstarfsverkefnum eða í alþjóðlegum rekstrarsamtökum.¹⁸ Þessi rekstrarform eru ekki sérstaklega skilgreind í ákvæðinu.¹⁹ Eðli málsins samkvæmt taka þau þó einkum til samstarfsverkefna á sviði alþjóðlegra siglinga og loftferða og má sem dæmi um það nefna SAS, Scandinavian Airlines Service.²⁰

Þótt ákvæði 8. gr. fyrirmyndarinnar taki ekki til allra þátttökuforma í persónubundnu félagi um rekstur skipa- og loftfara á alþjóðlegum flutningaleiðum breytir það ekki svo miklu fyrir Ísland. Þannig má telja víst að hagnaðarhlutur þátttakanda í sameignarfélagi eða samlagsfélagi um alþjóðlegar siglingar og loftferðir fari eftir 8.

13 Samkvæmt 2. mgr. 8. gr. OECD-fm gilda þó hliðstæðar reglur um skip og báta sem notaðir eru í flutningum á „innlendum vötnum“ og gilda um skip og loftför í „flutningum á alþjóðaleiðum“. Þetta á einnig við þótt skip eða bátur sé eingöngu notað til flutninga innanlands í því landi sem ekki hýsir framkvæmdastjórnina. Samkvæmt 16. lið athugasemda við 8. gr. OECD-fm (2008-útgáfan) er tilgangurinn með þessu ákvæði að setja reglur um skiptingu skattlagningarréttar vegna skipa og báta sem notaðar eru til flutninga á ám og vötnum svo og skiptaskurðum eða fljótum. Um 2. mgr. 8. gr. nánar, sjá Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., liður 24 athugasemda við 8. gr.

14 Sbr. f-lið 5 liðar athugasemda við 8. gr. Þetta gildir þó ekki eins og áður sagði ef slík starfsemi tengist flutningum á alþjóðaleiðum.

15 Sbr. 14 lið athugasemda við 8. gr. (2008-útgáfan) sem gerir kröfu um að slíkar tekjur verði að tengjast flutningastarfseminni beint eða náið til heyrna undir ákvæðið.

16 Álitamál getur samt verið hvort arður, vextir o. fl., sem tengjast rekstri skips og loftfars í flutningum á alþjóðaleiðum náið eða beint, skuli yfir höfuð heimfærð hjá þeim. Þetta gildir jafnvel þótt í rekstrarstöðvarfyrirvara m. a. 4. mgr. 10. gr. og 4. mgr. 11. gr. sé ekki vísað til 8. gr. Sjá nánar hér á eftir um sams konar vandamál þegar fasteignir eiga í hlut.

17 Sbr. lið 21. athugasemda við 8. gr. OECD-fm (2008-útgáfan). Í 3. mgr. 8. gr. er fjallað um það sértílvik er raunveruleg framkvæmdastjórn hefur aðsetur um borð í skipi eða bát. Það ákvæði hefur þó ekki mikla þýðingu hér á landi, sbr. Edward Anderson í Edward Andersson, Nils Mattsson, Aage Michelsen og Frederik Zimmer: Hinn norræni tvísköttunarsamningur með athugasemdu, 2. útg., bls. 106.

18 Í hinum upphaflega texta fyrirmyndarinnar var þetta orðað svo á ensku: „The provisions of paragraph 1 shall also apply to profits from the participation in a pool, a joint business or an international operating agency.“

19 Hugtökin „pool“ o. fl. sáu fyrst dagsins ljós 7. des. 1944 í samningi um alþjóðlegt farþegaflug, sjá Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., liður 69 athugasemda við 8. gr.

20 Í 33. lið athugasemda OECD-fm við 8. gr. áskilja Danmörk, Noregur og Svíþjóð sér rétt til að setja sérstök ákvæði varðandi hagnað sem fyrirtækjasamsteypunni SAS hlotnast. Ekki þarf því að koma á óvart að 8. gr. norræna tvísköttunarsamningsins gerir ráð fyrir annarri lausn á tvísköttunarsvandamálinu en fyrirmyndin. Skattlagningarrétturinn er þar nefnilega ekki lagður til aðseturslandsins heldur heimilisfestarlandsins. Sérstök ákvæði er ennfremur að finna um tekjur sem SAS hlotnast í bókun III með samningnum.

gr. OECD-fm óháð því hvað form er annars á þátttökunni.

Ef raunveruleg framkvæmdastjórn sameignarfélags eða samlagsfélags, sem rekur skip eða loftför um flutninga á alþjóðaleiðum, er staðsett í öðru ríki en þátttakandinn/-endurnir er/eru heimilisfastur/-ir í, hefur það einkum tvenns konar afleiðingar. Í fyrsta lagi getur landið þar sem raunveruleg framkvæmdastjórn hefur aðsetur sitt skattlagt hluta þátttakandans í alheimshagnaði fyrirtækisins er stafar af rekstri skipa og loftfara í flutningum á alþjóðaleiðum.²¹ Í annan stað er heimilisfestarland þátttakandans, það er Ísland í þessu tilviki, skyldugt að veita mildun samkvæmt undanþáguaðferð með stighækkunarfyrirvara.²² Ísland getur semsé ekki skattlagt en er heimilt að taka tillit til teknanna við ákvörðun skattstigans.

1.3.3.5 Hagnaður af sölu skipa og loftfara

Um skiptingu skattlagningarréttar vegna sölu skipa og loftfara í flutningum á alþjóðaleiðum er fjallað í 3. mgr. 13. gr. OECD-fm. Samkvæmt greininni má einungis skattleggja hagnað af sölu slíkra eigna í því ríki þar sem raunveruleg framkvæmdastjórn fyrirtækis, er rekur hlutaðeigandi skip og loftfar, hefur aðsetur sitt. Þessu er eins farið um hagnað af sölu lausafjár sem notað er við rekstur umræddra eigna. Ákvæði 3. mgr. 13. gr. fyrirmyndarinnar byggir því á sömu megin sjónarmiðum varðandi skiptingu skattlagningarréttarins og 8. gr. Í báðum tilvikum ræður semsé úrslitum hvar raunveruleg framkvæmdastjórn fyrirtækis hefur aðsetur.²³

1.3.4 SJÁLFASTÆTT STARF

1.3.4.1 Skattlagning samkvæmt innlendum rétti

Heimild til að skattleggja tekjur vegna sjálfstæðs starfs er erlendum aðili stundar hér á landi getur annað hvort byggst á 4. tölul. eða 3. tölul. 3. gr. TSL. Grundvallarmunur er á þessum ákvæðum og lýtur hann bæði að gildissviði og uppgjöri svo og skattlagningu þeirra tekna sem undir þau falla.

Skoðum fyrst gildissviðið

Ákvæði 4. tölul. 3. gr. TSL gerir kröfu um að aðili reki atvinnu á fastri starfsstöð. Hann verður því að stunda atvinnurekstur á ákveðnum viðskiptastað í ekki mjög skamman tíma. Hversu lengi atvinnureksturinn þarf að vera stundaður er ómögulegt að segja fyrir um en ekki er óvarlegt að reikna með fimm til sex mánaða tímabili í því sambandi. Samkvæmt 3. tölul. 3. gr. TSL stofnast skattskylda hins vegar um leið og erlendum aðili veitir móttöku frá íslenskum aðila greiðslu vegna þjónustu eða starfsemi hér á landi. Þar er því ekki gerð krafa um að atvinnureksturinn sé stundaður á ákveðnum stað á landinu eða að hann hafi ákveðinn varanleika.

Afmörkun

Undir atvinnurekstur á fastri starfsstöð fellur hvers konar atvinnurekstur sem er. Erfiðara er aftur á móti að skýra hvað átt er við með þjónustu og starfsemi. Eftir því sem næst verður komist mun þó vera átt við störf er áðurgildandi 14. gr. og nügildandi 17. gr. OECD-fm tekur til. Þeir sem heyra undir ákvæðið eru því umfram allt sjálfstætt starfandi menn á sviði persónulegrar þjónustu svo sem ráðgafar, endurskoðendur,

²¹ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 218.

²² Sbr. auðkenninguna „skal einungis“. Ef íslenskur aðili er þátttakandi í sameignarfélagi sem hlotnast tekjur af rekstri skipa og loftfara í flutningum á alþjóðaleiðum þýðir þetta að hann getur beitt fyrir sig undanþáguákvæðinu í samningi ef raunveruleg framkvæmdastjórn þess er í öðru landi. Í þessu

sambandi gildir einu þótt fyrirtækið hafi aflað hluta af tekjum sínum á fastri starfsstöð hér á landi.

²³ Ákvæði 3. mgr. 15. gr. OECD-fm hefur að geyma sérstakt ákvæði um starfsmenn um borð í skipum og loftförum í flutningum á alþjóðaleiðum.

lækna, lögmennt o. fl. annars vegar og listamenn og íþróttamenn hins vegar.

Vikjum þá að uppgjörinu

Fasta starfsstöð ber að gera upp eins og sjálfstætt fyrirtæki. Til tekna koma því allar tekjur sem unnt er að heimfæra hjá starfsstöðinni og til frádráttar allur sá rekstrarkostnaður sem notaður er við öflun þeirra. Þetta geta bæði verið innlendar og erlendar tekjur og gjöld. Uppgjörð samkvæmt 3. tölul. 3. gr. TSL takmarkast hins vegar við tekjur er aðila hlotnast vegna þjónustu og starfsemi hér á landi og er ekki heimilt að draga neinn kostnað frá þeim. Viðtakandi þarf semsé að greiða brúttóskatt af greiðslunni.²⁴

Skattlagning²⁵

Munur er á skattlagningu tekna eftir því hvort þær falla undir 3. eða 4. tölul. 3. gr. TSL. Felst hann aðallega í uppgjörinu. Þannig sæta tekjur samkvæmt 3. tölul. brúttóskattlagningu en tekjur samkvæmt 4. tölul. nettóskattlagningu.

Tekjur samkvæmt 3. tölul. skattleggjast með þremur skatthlutföllum eftir því hver viðtakandi greiðslunnar er. Mönnum ber þannig að greiða 15% tekjuskatt, hlutafélögum og samvinnufélögum 18% skatt og öðrum lögaðilum 32,7% skatt, sbr. 3. tölul. 70. gr. TSL. Reiknast skatturinn af heildargreiðslunni, sem þýðir, að ekki er heimilt að draga neinn kostnað frá henni. Umræddur skattur er endanlegur hjá lögaðilum. Einstaklingar eru hins vegar skyldir að greiða útsvar til viðbótar tekjuskattinum sem þýðir að heildartekjuskattur og útsvar þeirra getur orðið 28,1% (15%+13,10%).

Tekjur samkvæmt 4. tölul. skattleggast líka með þremur skatthlutföllum eftir því

hvaða form er á atvinnurekstri viðtakanda hverju sinni. Þannig eru einstaklingar skyldir greiða eftir atvikum 37,22%, 40,12% eða 46,12% allt eftir fjárhæð teknanna, sbr. 1.–3. tölul. 1. mgr. 61. gr. TSL. Á sama hátt eru hlutafélög og samvinnufélög skyldug að greiða 18% en aðrir lögaðilar 32,7% skatt. Í öllum tilvikum reiknast skatturinn af tekjuskattsstofni, sbr. 61. gr. TSL. Frá heildartekjum samkvæmt 4. tölul. 3. gr. TSL má því draga rekstrarkostnað það er þau heildargjöld sem ganga til að afla teknanna.

Menn, sem afla tekna, er sæta skattlagningu samkvæmt 3. og 4. tölul. eiga ekki rétt á persónuafslætti frá reiknuðum skatti og kann sú takmörkun hugsanlega að stríða gegn 3. mgr. 24. gr. OECD-fm og eða skuldbindingum Íslands samkvæmt EES samningnum.

1.3.4.2 Skattlagning samkvæmt tvísköttunarsamningum

1.3.4.2.1 Almennt

Íslensk skattalög hafa ekki að geyma sérstök ákvæði um skattlagningu tekna af sjálfstæðu starfi eða annarri sjálfstæðri vinnu. Slíkar tekjur eru því meðhöndlaðar eins og hverjar aðrar atvinnurekstrartekjur í skattalegu tilliti að minnsta kosti þegar um heimilisfasta aðila er að ræða.²⁶ Í dag er þessu eins farið samkvæmt OECD-fyrirmyndinni. Hins vegar er rétt að geta þess að alveg fram til 2000 hafði fyrirmyndin að geyma sérstakt ákvæði um sjálfstætt starf í 14. gr. og er því eins farið um flest alla þá tvísköttunarsamninga sem Ísland hefur gert, jafnvel eftir að aðildarríki sambandsins voru hvött til að fella umrædda 14. gr. niður.²⁷ Af þeim sökum ber að leggja 14. gr. OECD-fm en ekki 7. gr. til grundvallar skattlagningu þegar tekjur sem heyra undir áðurgildandi

²⁴ Sjá 16. gr. laga nr. 128/2009.

²⁵ Sjá 16. gr. laga nr. 128/2009.

²⁶ Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 192.

²⁷ Sbr. Aage Michelsen, 3. útg., bls. 233. Undantekinn er þó tvísköttunarsamningurinn við Bandaríki Norður-Ameríku.

2. mgr. 14. gr. fyrirmyndarinnar eiga í hlut.²⁸ Rétt er því að fjalla í stuttu máli um innihald hennar.

Í framkvæmd skiptir almennt ekki máli hvort tekjur falla undir 14. gr. eða 7. gr. ákveðins tvísköttunarsamnings. Eins og 7. gr. fyrirmyndarinnar kveður 14. gr. nefnilega svo á um að heimilisfestarland atvinnurekanda hafi forgangsrétt á að skattleggja. Undantekningin í 7. gr., sem heimilar keldulandi samnings að skattleggja hagnað, er tilheyrir fastri starfsstöð í því ríki, á sér einnig hliðstæðu í 14. gr., er leyfir keldulandi samnings að skattleggja hagnað sem tilheyrir „föstum stað“ í því ríki. Rekstrarstöðvarfyrirvararnir í 4. mgr. 10. gr., 4. mgr. 11. gr., 3. mgr. 12. gr. og 21. gr. OECD-fm vísuðu sömuleiðis áður fyrr bæði til 7. gr. og 14. gr. Sama gildir um 2. mgr. 13. gr. fyrirmyndarinnar er fjallar um hagnað af sölu lausafjár er notað er í tengslum við óflun tekna fastrar starfsstöðvar eða fasts staðar.

1.3.4.2.2 *Gildissvið. Til hvers konar tekna tók 14. gr. OECD-fm*

Hugtakið sjálfstætt starf í skilningi 2. mgr. 14. gr. OECD-fm merkti einkum sjálfstæða starfsemi á sviði vísinda, bókmennta, lista eða uppeldis- og kennslumála, svo og sjálfstæða starfsemi á vegum læknis, lögmans, verkfræðings, arkitekts, tannlæknis og endurskoðanda. Þessi starfsheiti eru aðeins nefnd í dæmaskyni og má því ekki lita á þau sem tæmandi upptalningu á þeim starfsstéttum er undir ákvæðið falla.²⁹

Við túlkun 14. gr. fyrirmyndarinnar er nauðsynlegt að afmarka hana gagnvart 7. gr. er fjallar um almennan atvinnurekstur og 15. gr. er fjallar um ósjálfstætt starf eða endurgjald fyrir persónulega vinnu. Einnig getur reynt á neikvæða afmörkun ákvæðisins gagnvart 11. gr. er fjallar um stjórnarlaun³⁰ og 17. gr. er fjallar um listamenn og íþróttamenn.³¹ Afmörkunina gagnvart almennum atvinnurekstrartekjum, sem 7. gr. OECD-fm tekur til, verður að framkvæma á grundvelli túlkunar á 2. mgr. 14. gr., með samanburði á þeirri starfsemi sem verið er að flokka við hin frjálsu störf sem sérstaklega eru upptalin í ákvæðinu.

Almennt skiptir þó ekki máli undir hvora greinina tekjur eru heimfærðar þar sem skipting skattlagningarréttar samkvæmt þeim er sú sama. Öðru máli gegnir hins vegar um afmörkunina gagnvart 15. gr. fyrirmyndarinnar, þar sem sú grein mælir fyrir um annars konar skiptingu en 14. gr.³² Ákvæði 15. gr. tekur til persónulegra þjónustustarfa, það er dæmigerðrar vinnu en 14. gr. til sjálfstæðrar starfsemi af persónulegum toga eða verktöku. Læknir eða lögfræðingur, sem ráðinn er til starfa hjá öðrum aðila gegn endurgjaldi heyrir sem sé undir 15. gr., en sjálfstætt starfandi lögmaður og læknir (verktaki) undir 14. gr. Komi upp ágreiningur um afmörkunina hér á landi við framkvæmd þeirra tvísköttunarsamninga sem Ísland hefur gert myndi vera gengið útfrá afmörkun sjálfstætt starfandi manna gagnvart launþegum samkvæmt innlendum rétti.³³

28 Ákvæði 14. gr. notar hugtakið maður (e. person) sem samkvæmt a-lið 1. mgr. 3. gr. tekur jafnt til einstaklinga og félaga. Íslensk lögmansstofa í einkahlutafélagsformi sem starfrækir útibú í London myndi því vera dæmd á grundvelli 14. gr. en ekki 7. gr. Philip Baker: Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2. útg., bls. 294 getur þó þýskis dóms þar sem Bundesfinanzhof úrskurðaði að félag gæti ekki innt af hendi sjálfstætt starf (d. fri erhverv). Ekki er því óeðlilegt þótt margir telji að hugtakið aðili í 3. tölul. 3. gr. TSL taki umfram allt til manna, það er einstaklinga.

29 Sbr. 2-lið 14. gr. OECD-fm. (1997-útgáfan).

30 Kelduland samnings getur samkvæmt 16. gr. OECD-fm óhindrað skattlagt stjórnarlaun, sem fyrirtæki með heimilisfesti þar, greiðir til þeirra meðlima sinna sem búsettir eru erlendis.

31 Samkvæmt 17. gr. OECD-fm er heimilt að skattleggja listamenn og íþróttamenn í því landi sem list- eða íþróttaviðburður er framkvæmdur. Ekki er því gerð krafa um að starfsemin sé stunduð á föstum stað eins og samkvæmt 14. gr.

32 Ákvæði 14. gr. heimilar þannig ríki að skattleggja ef unnt er að heimfæra tekjurnar til fasts staðar þar, en eftir ákvæði 15. gr. skiptir höfuðmáli hvar vinna er innt af hendi.

1.3.4.2.3 Hugtakið „fastur staður“

Í 14. gr. OECD-fm, eins og hún hljóðaði, þar til hún var felld brott, var ekki að finna neina skilgreiningu á hugtakinu föstum stað. Í athugasemdum við ákvæðið í fyrirmyndinni kom hins vegar fram að enda þótt ákvæði 7. og 14. gr. væru byggðar á sömu meginreglum hefðu menn viljað takmarka notkun hugtaksins „föst starfsstöð“ við 7. gr. OECD-fm. Sem dæmi um „fastan stað“ var síðan talið upp í ákvæðinu vitjunarherbergi læknis, skrifstofa lögmanns og arkitekts.³⁴ Við ákvörðun á efni hugtaksins „fastur staður“ má því almennt ganga út frá því að unnt sé að miða við auðkenni hugtaksins „föst starfsstöð“. Hugtökin gegna þannig sama tilgangi, það er að ákveða hvenær nægjanlega rík tengsl hafi myndast við ákveðinn stað í keldulandi samnings svo að það ríki eigi rétt á að skattleggja.

Við ákvörðun á föstum stað samkvæmt 14. gr. fyrirmyndarinnar reynir því á sams konar viðmið og þegar um fasta starfsstöð er að ræða í 7. gr., sbr. 1. mgr. 5. gr. OECD-fm.³⁵ Í fyrsta lagi verður að vera um að ræða atvinnustöð eða stað, það er rými, þar sem atvinna eða starfsemi er framkvæmd. Hinn umræddi staður er venjulega læknastöð

eða skrifstofa. Umråd yfir slíkum stað er þó ekki óhjákvæmilegt skilyrði fyrir því að fastur staður myndist. Íbúð, sem notuð er við framkvæmd sjálfstæðs starfs, getur verið fullnægjandi til að stofna skattskyldu.³⁶ Í annan stað verður staðurinn að vera varanlegur. Eins og þegar um fasta starfsstöð er að ræða getur verið erfiðleikum bundið að fullyrða hvað nákvæmlega fellst í því hugtaki. Almennt verður þó að gera ráð fyrir að starfsemin sé stunduð á staðnum í ekki mjög skamman tíma og sýnist ekki óvarlegt að miða við fimm til sex mánuði í því sambandi.³⁷

Hinn fasti staður verður að standa manni „jafnaðarlega til ráðstöfunar“. Þessi tilgreining vikur svoldið frá auðkenningunni í 1. mgr. 5. gr. fyrirmyndarinnar sem gerir kröfu um að starfsemi „fari [að nokkru eða öllu leyti] fram“ á fastri atvinnustöð. Samkvæmt hljóðan orða ákvæðisins þarf því ekki að vera um að ræða stöðuga notkun á staðnum. Óvíst er þó hvort þessi orðalagsmunur skipti nokkru máli í raun.³⁸ Almennt er talið að ekki sé unnt að færa ákvæði 3. mgr. 5. gr. OECD-fm um byggingastarfsemi o. fl. í keldulandi samnings sem varir 12 mánuði eða lengur yfir á 14. gr. með beinum hætti. Sjálfstæðir

33 Sbr. meginregluna í 2. mgr. 3. gr. varðandi tilgreiningu tekna. Þessu til stuðnings, sjá Philip Baker: *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2. útg., bls. 294. Hins vegar heldur Klaus Vogel: *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 3. útg., 14-liður athugasemda við 14. gr. OECD-fm að hér sem endranær beri að viðhafa sjálfleidda túlkun. Um afstöðu Dana, sjá Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2000, bls. 193, einkum tilvísun 452.

34 Sbr. 4-lið 14. gr. OECD-fm. (1997-útgáfan).

35 Sbr. Klaus Vogel: *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 3. útg., 22-liður athugasemda við 14. gr. Philip Baker: *Double Conventions and International Tax Law*, 2. útg., bls. 296 og áfram. Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2000, bls. 194, einkum tilvísun 454.

36 Sbr. Klaus Vogel: *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 3. útg., 23-liður athugasemda við 14. gr. er visar til dóms sem fjallar um skattlagningu lögmanns sem gerði út heiman frá sér. Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2000, bls. 194.

37 Í dómi Bundesfinanzhofs, *Bundessteuerblatt* 1993, II. bls. 655, þurfti að taka afstöðu til þess, hvort 14. gr. tvískötunarsamningsins milli Þýskalands og Ítalíu frá 1925 tæki til embættismanns á eftirlaunum. Málavextir voru þeir

að embættismaðurinn dvaldi frá 10. maí til 21. júní 1989 (1. mánuður og 10 dagar) og frá 20. ágúst til 24. sept. (1. mánuður og 4 dagar) 1989 í hjólhýsi sínu sem var staðsett við Feneyjar. Á umræddu tímabili vann embættismaðurinn við endurskoðun á ¾ hluta þáttar er hann var höfundur að í bók um lögfræðilegt efni sem hann var meðhöfundur að. Vegna þessa gerði maðurinn kröfu um að heimilisfestarlandið Þýskaland mildaði skattlagningu teknanna vegna hans hluta af bókinni samkvæmt undanþáguaðferð. Í forsendum Bundesfinanzhofs koma fram að hugtakið „fester Mittelpunkt“ í samningnum gerði kröfu um sérstaklega náð samband við hlutaðeigandi stað. Í því fælist krafa um ákveðna tímalengd starfseminnar á staðnum. Bundesfinanzhofs sagði einnig að í málinu væri ekki nauðsynlegt að ákvarða hversu lengi starfsemin þyrfti að vara en 6 mánuðir væru þó algert lágmark í því sambandi. Þar sem ekki væri um að ræða „fester Mittelpunkt“ á Ítalíu samkvæmt þessu viðmiði var kröfu embættismannsins um mildun samkvæmt undanþáguaðferð hafnað.

38 Sbr. Klaus Vogel: *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 3. útg., 25-liður athugasemda við 14. gr. er visar til dóms sem fjallar um skattlagningu lögmanns sem gerði út heiman frá sér. Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2000, bls. 195, einkum tilvísun 457.

ráðgjafar eins og t.d. verkfræðingar, arkitektar o. fl. aðilar, sem starfa í 12 mánuði eða lengur við byggingarframkvæmdir verða því ekki taldir hafa fastan stað í keldulandi samnings alfarið á þeim grundvelli.

1.3.4.2.4 Tekjuuppgjör fastrar stöðvar
Í 14. gr. OECD-fm er ekki að finna leiðbeiningar um uppgjör tekna vegna reksturs fastrar stöðvar. Það má þó ekki skilja svo að tekjurnar skuli gerðar upp samkvæmt innlendum rétti eins og þegar um tekjur af fasteignum er að ræða, sbr. 1. gr. fyrirmyndarinnar. Ákvæði 14. gr. byggir að verulegu leyti á sömu grundvallarreglum og 7. gr. OECD-fm og ber því að taka mið af þeim við uppgjör tekna samkvæmt 14. gr. Eftir brottfall 14. gr. úr fyrirmynd OECD eru jafnvel líkur á að þetta sjónarmið hafi öðlast enn meira vægi. Um uppgjör tekna vegna fastrar starfsstöðvar vísast að þar af leiðandi til kafla 1.3.2.4 hér að framan.

1.4 FJÁRMAGNSTEKJUR

1.4.1 Skattlagning samkvæmt innlendum rétti

Ísland hefur tiltölulega víðtækan rétt á að skattleggja tekjur af eignum er erlendis búsettir menn afla hér á landi. Ekki einasta er unnt að skattleggja reglulegar tekjur eigna heldur og hagnað af sölu þeirra. Til að skattlagningin gangi eftir verða eignirnar þó að tengjast Íslandi með ákveðnum hætti. Þessi tengsl orka sjaldnast tvímælis þegar um fasteignir er að ræða. Annaðhvort eru þær staðsettar hér á landi eða ekki. Sama máli gegnir um eignarhluti í félögum. Aðeins er heimilt að skattleggja eignarhluti í íslenskum félögum og verður að ganga út

frá því að með umræddu orðasambandi sé umfram allt átt við félög sem skráð eru hér á landi í hlutafélagaskrá o. s. frv.

Meira vafamál ríkir aftur á móti um skattlagningu lausafjár og lýtur sú óvissa einkum að því hvort skattskyldan takmarkist við tekjur, sem innlendir aðilar inna af hendi, eða hvort einu máli gildi hvort greiðandinn er innlendir eða erlendir aðili. Aðeins þurfi að sannreyna hvort eignin sé staðsett hér á landi þegar leiga eða sala á sér stað. Eftir setningu laga nr. 70/2009 hefur þessi óvissa heldur aukist frekar en hitt. Stafar það af því að í athugasemdum við 1. gr. frumvarps til þeirra laga um skattlagningu vaxta er tekið fram að „Ákvæðið á (eigi) við um þá vexti sem íslenskir skattaðilar greiða erlendum aðilum“.³⁹

Samkvæmt gagnályktun frá þessu orðalagi hljóta vextir, sem erlendir aðilar greiða erlendum aðilum, því að vera undanþegnir skattskyldu hér á landi og gildir einu þótt um sé að ræða viðskipti með íslensk skuldabréf hér á landi og erlendis.⁴⁰ Í næstu köflum hér á eftir verður fjallað um takmarkaða skattskyldu af eignum samkvæmt innlendum rétti og tvísköttunarsamningum. Til skoðunar koma því einkum ákvæði 5.-8. tölul. 3. gr. laga nr. 90/2003 um tekjuskatt með breytingum samkvæmt lögum nr. 70/2009, sbr. 70. gr. sömu laga með breytingum samkvæmt lögum nr. 128/2009, og ákvæði 10-13. gr. samningsfyrirmyndar OECD.

1.4.1.1 Fasteignir

Um takmarkaða skattskyldu tekna af fasteignum er fjallað í 5. tölul. 3. gr. TSL og hljóðar hún svo:

³⁹ Sjá þskj. 155 — 118 mál, sbr. <http://www.althingi.is/alttext/137/s/0155.html>.

⁴⁰ Svo sem staðfest var með ákvarðandi bréfi rikisskattstjóra dags. 4. maí 2010, sbr. bréf merkt T-Ákv. 10-003, en þar segir m.a.: „Með vísan til framangreinds er það álit rikisskattstjóra að vextir sem myndast við kaup og sölu á íslenskum kröfum

milli tveggja erlendra aðila, þ.e. aðila sem ekki bera hér á landi fulla og ótakmarkaða skattskyldu skv. 1. eða 2. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt, eru ekki skattskyldir samkvæmt 8. tölul. 3. gr. áður greindra laga og þar af leiðandi ber ekki að halda eftir staðgreiðslu skv. lögum nr. 45/1987, um staðgreiðslu opinberra gjalda.“

Allir aðilar sem eiga fasteign hér á landi eða hafa rétt yfir fasteign hér á landi er þeir hafa af tekjur eða teljast hafa af tekjur, þar með talinn söluhagnað, samkvæmt ákvæðum laga þessara skulu greiða tekjuskatt af þeim tekjum.

Takmörkuð skattskylda vegna fasteigna byggist á reglu í alþjóðlegum skattarétti sem kölluð hefur verið staðsetningarreglan (d. beliggenheds-princippet) og nýtur hún almennrar viðurkenningar meðal þjóða. Samkvæmt reglunni ber að skattleggja tekjur af fasteign í því landi sem hún er staðsett í. Ekki þarf því að koma á óvart þótt skattalög Norðurlandanna hafi að geyma ákvæði sem heimilar þeim að gera eigendum fasteigna að sæta takmarkaðri skattskyldu.⁴¹ Við ákvörðun á efn 5. tölul. 3. gr. TSL reynir á nokkur álitamál og verður nú fjallað um þau.

1.4.1.1.1 Hverjir sæta skattskyldu

Þeir sem sæta takmarkaðri skattskyldu samkvæmt 5. tölul. 3. gr. TSL eru

allir aðilar sem eiga fasteign hér á landi eða hafa rétt yfir fasteign hér á landi.

Allir aðilar geta út af fyrir sig bæði verið allir menn og lögaðilar. Eigi að síður verður að ganga út frá því að þetta séu umfram allt menn þar sem útleiga, þar með talið sala fasteigna á vegum lögaðila telst í flestum tilvikum atvinnurekstur á fastri starfsstöð.

Helgast það af því að útleiga fasteigna er yfirleitt það umfangsmikil að litið er á hana sem atvinnurekstur. Til skattskyldu hjá lögaðilum kemur því aðeins að starfsemin standi yfir í skemmri tíma en krafist er til að föst starfsstöð myndist samkvæmt 4. tölul. 3. gr. TSL, það er skemur en fimm til sex mánuði eða að um sé að ræða tómar byggingar.

Skattskyldan beinist að öllum sem hafa tekjur af fasteignum. Ef um hagnað er að ræða stafar hann jafnan af sölu á eign sem aðili er þinglýstur eigandi að. Hins vegar þarf svo ekki að vera þegar um leigu er að ræða, sbr. orðalagið „hafa rétt yfir fasteign“ í ákvæðinu. Nægilegt er þannig að hlutadeigandi hafi umráð eignar sem gefur af sér tekjur. Framleigi aðili eign, sem hann hefur á leigu, til annars aðila ber honum því að greiða skatt af framleigutekjunum samkvæmt þessari grein. Þegar um íbúðarhúsnæði er að ræða kemur þó aðeins til skattlagningar að tekjur af framleigunni nemi hærri fjárhæð en útgjöld manns vegna húsaleigunnar, sbr. 3. mgr. B-liðar 30. gr. TSL (leiga á möti leigu).

1.4.1.1.2 Að hverju beinist skattskyldan?

Skattskyldan samkvæmt 5. tölul. 3. gr. TSL beinist umfram allt að tekjum af fasteignum. Fasteign telst vera afmarkaður hluti lands ásamt mannvirki sem varanlega er við landið skeytt eða fest.⁴² Afmarkaður hluti lands er t. d. ákvæðið land eða lóð. Mannvirki, sem varanlega eru við land skeytt eða fest, teljast

⁴¹ Um Danmörk, sjá 5. tölul. 2. gr. kelduskattalaganna: „Ejer fast ejendom her i landet eller har indtægter af samme eller af her i landet oprettet familiefideikommis, jf. lov nr. 139 af 1. maj 1954 § 2, stk. 1, herunder kapital båndlagt i overensstemmelse med reglerne i § 4 i lov nr. 563 af 4. oktober 1919 eller i § 6 i lov nr. 139 af 1. maj 1954. Skattepligten omfatter endvidere fortjeneste ved afståelse af fast ejendom omfattet af ejendomsavancebeskatningsloven eller afskrivningslovens § 21.“

Um Noreg, sjá grein 2.-3. tekju- og eignarskattlaganna: „Person som ikke er bosatt og selskap m.v. som ikke er hjemmehørende i riket.

(1) Person, selskap eller innretning, som ikke har skatteplikt etter §§ 2-1 eller 2-2, plikter å svare skatt av a. formue i og inntekt av fast eiendom eller løsøre som

vedkommende eier eller rår over her i riket.“

Um Svíþjóð, sjá Inkomstskattalagan (1999:1229) „18 § /Träder i kraft 1:2005-01-01/ Den som är begränsat skattskyldig är skattskyldig i

6. inkomstslaget kapital för löpande inkomster av en privatbostadsfastighet eller en privatbostadsrätt i Sverige,

7. inkomstslaget kapital för kapitalvinst på en fastighet i Sverige eller på en privat- eller näringsbostadsrätt som innefattar nyttjanderätt till ett hus eller en del av ett hus i Sverige, och ...“

⁴² Sbr. 2. gr. laga nr. 40/2002 um fasteignakaup. Einnig má hafa hliðstjón af 3. gr. laga nr. 6/2001 um skráningu og mat fasteigna. Um fasteignarhugtakið nánar, sjá Viðar Már Matthíasson, Ársskýrsla fasteignamat ríkisins 2003.

hins vegar hvers konar byggingar þar með talið hús á landi, framkvæmdir á og í landi svo sem brýr, bryggjur, dráttarbrautir girðingar, ræktun á bújörðum, vegir, jarðgöng, möstur o. fl.

Til fasteignar, það er lands eða löðar teljast bæði lífrænir og ólífrænir hlutar þess. Ávextir á trjám, kartöflur í jörðu, gras á túni, sandur í námu heyra því undir fasteignahugtakið. Þetta gildir þó aðeins á meðan umræddar eignir eru eðlilegur eða náttulegur hluti af viðkomandi eign. Um leið og þær hafa verið skyldar frá fasteign með varanlegum hætti ber hins vegar að líta á þær sem lausafé. Um slegið gras eða hey bónda gilda þó sérreglur. Þannig er það talið vera hluti framgengins búfjár að hausti. Við sölu á bújörð er því ekki venja að tilgreina það sérstaklega.

Undir fasteign heyra einnig eignarhlutar í húsi eða mannvirki sem skiptist í fleiri en einn slíkan. Íbúð í fjölbýlishúsi eða blokk sem telst t.d. 2,5% hluti af allri fasteigninni er því fasteign. Hugtakið fasteign einskorðast ekki heldur við heilar eignir. Leigi eða selji aðili hlutdeild í húsnaði, sem hann á, myndi það teljast ráðstöfun á fasteign samkvæmt ofansögðu. Hin takmarkaða skattskylda tekur bæði til ráðstöfunar hins beina og óbeina eignarréttar eða afleiddra eignarréttinda. Þetta er alveg klárt um sölu á afnotarétti fasteigna, það er leigu. Önnur fasteignatengd réttindum falla þó einnig undir ákvæðið. Erlendur aðili, sem á veiðirétt í laxveiðiá hér á landi, ber því að svara skatti af sölu á honum samkvæmt þessari grein.

Kaup á rétti til að búa í íbúð, svonefndur búseturéttur, skattleggst nú eins og fasteignaréttindi. Gildir einu máli þótt

í eðli sínu sé um að ræða kröfurétt er veitir búsetuhafa einungis rétt til að búa í íbúðinni í ótiltekinn tíma.⁴³ Selji maður búseturétt, sem hann keypti á 10 millj., á 12 millj., telst mismunurinn, það er 2 millj., því eignahagnaður. Eigi takmarkað skattskyldur aðili í hlut ber því að skattleggja tekjurnar samkvæmt 5. tölul. 3. gr. TSL. Ekki er langt síðan farið var að skattleggja búseturétt eins og fasteignaréttindi. Fram til ársloka 2008 voru tekjurnar nefnilega meðhöndlaðar sem vextir.⁴⁴

1.4.1.1.3 *Hvers konar tekjur eru skattskyldar?*

Þeir sem skattskyldir eru samkvæmt 5. tölul. 3. gr. TSL eru allir aðilar, sem eiga eða ráða yfir fasteign hér á landi, er þeir hafa af tekjur eða teljast hafa tekjur, þar með talið söluhagnað. Leigi maður eign, sem hann á eða hefur rétt yfir, telst sá hafa tekjur af henni. Ekki þarf að deila um það. Vafamál er aftur á móti hvað orðin „eða teljast hafa af tekjur“ merkja. Ákvæðið sjálft segir ekkert um þetta og verður því að leita annað til skýringar á því.

Fram til 1979 var skylt að reikna þeim á áttu íbúðarhúsnaði tekjur af eignarhaldinu. Slíkir menn töldust því hafa tekjur af fasteign sinni.⁴⁵ Á móti hinum reiknuðu tekjum gátu menn hins vegar dregið viðhald og vaxtagjöld. Með setningu laga nr. 40/1978, sbr. nú lög nr. 90/2003, var þessi tekjufærsla lögð af. Áfram helst þó í lögum heimild til handa skattyfirvöldum að gera skattaðilum tekjuviðbót ef heildarleiga af íbúðarhúsnaði þeirra náði ekki hlunnindamati húsnaðis, sbr. 1. málsl. 2. mgr. 2. tölul. C-liðar 7. gr. TSL, sbr. 118. gr. TSL.⁴⁶

⁴³ Sjá 10. gr. laga nr. 66/2006 um húsnaðissamvinnufélög.

⁴⁴ Sjá 8. mgr. 17. gr. TSL eins og henni var breytt með c-lið 2. gr. laga nr. 164/2008.

⁴⁵ Sbr. c-lið 1. mgr. 7. gr. laga nr. 68/1971 um tekjuskatt og eignarskatt.

Samkvæmt skattmatsreglum fjármálaráðherra er þetta hlunnindamat nú 5,0% af fasteignamatsverði íbúðar, bílskúrs og lóðar.⁴⁷ Leigi maður út íbúð, sem metin er til fasteignamats á 20 millj., telst hann því hafa 1.000.000 kr. í leigutekjur af henni. Gildir einu máli þótt hinar raunverulegru leigutekjur nemi lægri fjárhæð. Af íbúðarhúsnæði, sem skattaðili á og notar til eigin þarfa, ber ekki að reikna húsaleigutekjur eins og áður segir. Orðið skattaðili í þessu sambandi er túlkað rúmt í framkvæmd. Ef um mann er að ræða tekur það því ekki aðeins til hans sjálfs heldur einnig manna, sem hann ber framfærsluábyrgð á, svo sem maka, þar með talið sambúðaraðila, barna og aldraðra foreldra.

Ákvæði 5. tölul. 3. gr. TSL tekur einnig til hagnaðar af sölu fasteigna. Með hagnaði er átt við mismun á söluverði og kaupverði eftir atvikum að teknu tilliti til verðbreytinga til ársloka 2001. Selji maður eign á undirverði, það er lægra verði en markaðsverði hennar nemur, er ekki með vísan til orðalagsins „tel(ja)st hafa af tekjur“ unnt að gera honum tekjuviðbót sem mismununinum nemur. Þess í stað ber að endurákvæða tekjurnar á grundvelli 2. mgr. 57. gr. TSL sem þýðir að mismunurinn telst til tekna hjá þeim sem ávinningsins nýtur sem í flestum tilvikum er kaupandi eignarinnar. Seljandinn, það er eigandi eignarinnar, er því ekki skattlagður þegar svo stendur á. Þetta gildir fortakslaust þegar um er að ræða einstaklinga svo sem föður eða son. Heimfærsla hagnaðar er því

með öðrum hætti en reglulegra tekna af leigu á undirverði. Mismunurinn telst auk þess ekki hagnaður heldur gjöf sem þýðir að innlenda skattlagningarheimild vantar. Selji hérlendur maður erlendis búsettum syni sínum fasteign t.d. íbúð á undirverði hefur Ísland því ekki heimild til að skattleggja.

1.4.1.2 Lausafé

Um takmarkaða skattskyldu tekna af lausafé er fjallað í 1. tölul. 3. gr. TSL og hljóðar hún svo:

„Allir aðilar sem hafa hér á landi tekjur af leigu, afnotum eða rétti til hagnýtingar á lausafé, einkaleyfum, hvers konar réttindum eða sérþekkingu, svo og af söluhagnaði vegna slíkra eigna, skulu greiða tekjuskatt af þeim tekjum.“

Ákvæði 1. tölul. 3. gr. TSL tekur til allra aðila, það er allra manna og allra lögaðila, er hafa tekjur af leigu og sölu á hvers konar lausafé. Til að afmarka lausafé í þessu sambandi er venja að beita útilokunaraðferð, það er neikvæðri skilgreiningu eins og við afmörkun tekna sem falla undir II. gr. TSL. Með lausafé er því átt við eignir sem ekki eru fasteignir, vörur⁴⁸ eða eignarhlutir í félögum. Hér til teljast bæði efnisleg (líkamleg) verðmæti svo sem munir og óefnisleg verðmæti (ólíkamleg) eins og verðmæt hugverkaréttindi, einkaleyfi, vörumerki, hönnun, sérleyfi og sérþekking, þar með talið afnot af efnaformúlum o. fl.⁴⁹

Samkvæmt þessu er ákvæði 1. tölul. 3. gr.

46 Árleg afnot skulu metin til tekna sem jafngildi 5% af fasteignamati íbúðarhúsnæðisins (þ.m.t. bílskúr og önnur sérstaklega metin mannvirki á lóð íbúðarhúsnæðis) og lóðar og margfölduð með gildistólu þess svæðis þar sem húsnæðið er sbr. eftirfarandi:

Gildistala:	Staðsetning (sveitarfélagsnúmer innan sviga)
1.00	Reykjavík (0000), Seltjarnarnes (1100), Mosfellsbær (1604), Kópavogur (1000), Garðabær (1300), Álftanes (1603), Hafnarfjörður (1400).
0.80	Grindavík (2300), Sandgerði (2503), Garður (2504), Reykjanesbær (2000), Vogar (2506), Akranes (3000), Akureyri (6000), Árborg (8200), Hveragerði (8716), Ölfus (8717).
0.70	Önnur sveitarfélög.

Athuga ber að þessi regla gildir eingöngu um íbúðarhúsnæði. Ef leiga eftir atvinnuhúsnæði er lægri en 5,0% af fasteignamati húss er því ekki unnt að gera skattaðili tekjuviðbót sem nemur mismununinum.

47 Sbr. vefslóðina: <http://stjornartidindi.is/Advert.aspx?ID=44e1e003-41f3-4a30-8cd3-5854fb4649e6>

48 Ekki er þó unnt að útiloka að vara geti breyst í venjulegt lausafé t. d. þegar aðili hættir rekstri og útskattar vörubirgðir sínar.

49 Ákvæði 3. gr. TSL hefur ekki að geyma sambærilegt ákvæði og 3. tölul. A-liðar 7. gr. TSL sem leggur leigu og sölu höfundaréttar að jöfnu við skattlagningu annarra aflatekna.

TSL án efa mjög rúmt, jafnvel of rúmt.⁵⁰ Í skattframkvæmd hefur t.d. aldrei tíðkast að innheimta skatt affflugvéla- og eðaskipaleigu. Með lögum nr. 174/2006 var þess vegna ákveðið að þrengja gildissvið ákvæðisins örlítið. Færa það nær raunveruleikanum svo að segja. Tekjur af leigu loftfara⁵¹ og skipa, sem notuð eru til flutninga á alþjóðaleiðum, voru semsé felldar undan skattskyldusviði ákvæðisins. Í athugasemdum við ákvæðið í frumvarpi til nefndra laga sagði að tilgangurinn væri að aðlaga skattumhverfið hér á landi breytingum í alþjóðlegum skipa- og flugrekstri. Innlendir aðilar ættu þannig í fæstum tilvikum sjálfir atvinnutæki sín heldur leigðu þau af erlendum aðilum. Þessir erlendu aðilar kærðu sig auðvitað ekki um að greiða innlendan skatt og til að koma í veg fyrir að honum yrði bætt við leiguna var ákveðið að undanþiggja hana tekjuskatti.⁵²

Í frumvarpi að ofangreindum lögum kemur fram að með orðunum „flutninga á alþjóðaleiðum“ sé átt við flutningastarfsemi sem bæði getur eingöngu verið utan Íslands eða milli Íslands og annarra landa.⁵³ Jafnframt sagði að flugvélar og skip stundugu alla jafna blandaða starfsemi, það er væru ýmist í flutningum utan lögsögu Íslands eða til og frá Íslandi. Skilsmunurinn þarna á milli væri óljós en það sem úrslitum réði væri staðsetning starfsstöðvarinnar.⁵⁴ Aðeins yrði því heimilt að skattleggja leigutekjurnar hér á landi þegar hinn erlendi leigusali skipa- og loftfara gerði út frá fastri

starfsstöð hérlandis.⁵⁵

Tekjur þær, sem sæta skattskyldu samkvæmt 1. tölul. 3. gr. TSL, eru í flestum tilvikum greiðsla fyrir afnot ofanefndra eigna, það er leiga. Ákvæði 1. tölul. 3. gr. TSL var upphaflega lögfest með lögum nr. 40/1978 og eins og það hljóðaði þá var ekki heimilt að skattleggja hagnað af sölu lausafjár samkvæmt ákvæðinu. Heimild til skattlagningar hans var hins vegar bætt inn í ákvæðið með b-lið 1. gr. laga nr. 95/1998 í kjölfar þess að yfirsattanefnd úrskurðaði að lagaheimild vantaði til að skattleggja hann.⁵⁶ Ýmislegt er þó á huldu um umfang skattskyldunnar og helgast það umfram allt af orðalagi viðbótarinnar sem hljóðar svo: „svo og af söluhagnaði vegna slíkra eigna“.⁵⁷

Tveir möguleikar koma til greina í þessu sambandi, annars vegar rúm túlkun og hins vegar þröng túlkun. Samkvæmt hinni rúmu túlkun er heimilt að skattleggja hagnað af sölu lausafjár per se óháð því hvort það hefur verið leigt hingað til lands eða ekki. Aðeins þurfi að kanna hvort um sölu sé að ræða og hvort eignin hafi verið staðsett hér þegar salan átti sér stað. Samkvæmt því er ekki skilyrði að greiðandi söluverðsins sé innlendir aðili, maður eða lögaðili, þar með talið föst starfsstöð erlends aðila. Eignir fullnægja auðvitað misvel þessu skilyrði. Staðsetning efnislegra eigna er ekki vandamál. Aftur á móti er það erfiðara viðfangs þegar óefnislegar eignir eiga í hlut.

Ef ákvæði 1. tölul. 3. gr. TSL verður

50 Um túlkunina í framkvæmd, sjá vefslóðina http://www.rsk.is/show_page.asp?url=international/limitedtaxliability_03.asp&val=5.0.

51 Í málsliðnum er notað hugtakið loftfar þar sem það nær ekki einungis til flugvéla heldur einnig annarra loftfara, svo sem þyrlna.

52 Nánar, sjá <http://www.althingi.is/altext/133/s/0286.html>. Það athugist í þessu sambandi að aðeins leiga er undanþegin tekjuskatti samkvæmt þessu ákvæði. Hagnaður af sölu þeirra, sem gerður var skattskyldur með lögum nr. 95/1998, er því ekki undanþeginn skatti.

53 Sbr. <http://www.althingi.is/altext/133/s/0286.html>.

54 Þetta er í samræmi við almenna túlkun á 8. gr. OECD-fm um flutninga á alþjóðaleiðum.

55 Í þessu sambandi virðast menn þó hafa gleymt að ákvæði 8. gr. OECD-fm hefur ekki að geyma starfsstöðvarfyrirvara.

56 Um skattskyldu lausafjár erlendis búsettra aðila fyrir setningu laga nr. 95/1998, sjá YSÚ 1059/1997, Ríkisskattstjóri kærði til yfirsattanefndar álagningu opinberra gjalda A árið 1995. A, er bar takmarkaða skattskyldu hér á landi tekjuárið 1994, seldi á því ári trillubát, sem A hafði tekið í arf eftir föður sinn. Taldi ríkisskattstjóri að skattleggja bæri söluhagnað A vegna sölu bátsins þar sem söluhagnaður af lausafé væri almennt skattskyldur á grundvelli reglna um takmarkaða skattskyldu. Ríkisskattstjóri vísaði ekki til sérstakrar lagaheimildar fyrir þessari reglu, en virtist byggja ályktun sína einvörðungu á tilteknum úrskurði ríkissattanefndar (ÚRN 347/1986). Yfirsattanefnd taldi að ekki yrði dregin sú ályktun af fyrrnefndum úrskurði sem ríkisskattstjóri gerði og hafnaði kröfu hans um takmarkaða skattskyldu mannsins.

57 Nánar til samanburðar, sjá 5. tölul. 3. gr. TSL og 7. tölul. 3. gr. TSL.

talið hafa svona rúma merkingu þarf erlendis búsettur aðili, sem selur lausafé hingað til lands, að greiða tekjuskatt af söluhagnaði þess nema hagnaðurinn sé gagnbert undanþeginn skattlagningu.⁵⁸

Mjög ósennilegt verður að telja að hann sé tilbúinn til þess. Tengsl mannsins við landið eru nefnilega svo veik. Skatturinn lendir því óefað á hinum innlenda aðila án nokkurra möguleika á endurgreiðslu hans.⁵⁹ Samkvæmt hinni þröngu túlkun verður greiðandi söluverðsins að hafa varnarþing hér á landi. Þar að auki er gerð krafa um að hið selda lausafé hafi aflað tekna hér á landi með leigu, afnotum eða hliðstæðum hætti.

Ofangreind þrenging byggist umfram allt á orðalaginu „vegna slíkra eigna“, það er eigna, sem áður hafa aflað tekna með leigu, afnotum eða rétti til hagnýtingar hér á landi. Í þessu sambandi má þó ekki gleyma meginreglu 2. mgr. 11. gr. TSL, sem undanþiggur hagnað af sölu lausafjár almennt skattlagningu hjá mönnum, nema eignin hafi verið notuð í atvinnurekstri hjá hlutaðeigandi eða maðurinn hafi keypt eignina gagnbert í þeim tilgangi að selja hana aftur með hagnaði. Af þessu leiðir að hagnaður af sölu lausafjár í eigu manna er almennt skattfrjál. Hvort heldur maður aðhyllist rúma eða þrönga túlkun á ákvæði 1. tölul. 3. gr. TSL telst sala eignarinnar þó ávallt innflutningur sem þýðir að auk tekjuskatts verður að greiða innflutningsgjöld þar með talið virðisaukaskatt.

1.4.1.3 Eignarhlutir í félögum

Um takmarkaða skattskyldu tekna af eignarhlutum í íslenskum fyrirtækjum er fjallað í 7. tölul. 3. gr. TSL og hljóðar hún svo:

Allir aðilar sem hafa tekjur, þar með talinn sölu-

hagnað, af íslenskum hlutabréfum, stofnbréfum eða öðrum réttindum til hlutdeildar í hagnaði eða af rekstri íslenskra fyrirtækja skulu greiða tekjuskatt af þeim tekjum.

Þetta ákvæði er sambærilegt 1. tölul. 3. gr. TSL. Í stað lausafjár beinist skattlagningin nú aðeins að eignarhlutum í íslenskum fyrirtækjum, það er hlutabréfum, stofnbréfum og öðrum réttindum til hlutdeildar í hagnaði eða af rekstri íslenskra fyrirtækja. Tekjurnar, sem um ræðir, eru því ekki leiga heldur arður, þar með talið vextir, sem færðir hafa verið félagsmanni í samvinnufélagi til séreignar, í stofnsjóði, sbr. 5. tölul. og 1. tölul. C-liðar 7. gr. TSL.⁶⁰

Eignarhald á hlutabréfum getur gefið af sér bæði reglulegar og einstaklega tilfallandi tekjur eða hagnað. Með reglulegum tekjum er umfram allt átt við venjulegan arð, það er úthlutun af árshagnaði, sem aðalfundur ákveður eftir tillögu stjórnar. Sem arður skattleggst einnig lækkun hlutafjár og úthlutun við félagsslit. Um skattalega meðferð óheimilla úttekta eða dulinn arð ríkir hins vegar meiri efi. Þegar um ótakmarkað skattskyldan aðila er að ræða ber að skattleggja slíkar yfirfærslur sem laun, sbr. 1. tölul. A-liðar 7. gr. TSL eða gjöf, sbr. 4. tölul. A-liðar 7. gr. TSL allt eftir því hvort viðkomandi hlutareigandi er starfsmaður hlutafélagsins eða ekki, sbr. lög nr. 133/2001 um breyting á 9. gr. þágildandi tekju- og eignarskattslaga nr. 75/1981.

Hins vegar er allsendis óvíst að það eigi við um þá, sem takmarkaðri skattskyldu sæta. Hvorki 11. gr. TSL né 7. tölul. 3. gr. TSL segir þannig nokkuð um það. Einstaklega tilfallandi tekjur eða hagnað öðlast maður þegar eignarhluturinn, hlutabréfið, sem gaf af sér arðinn, er selt. Hagnaðurinn er

⁵⁸ Athuga ber að þessar greiðslur eru staðgreiðsluskyldar samkvæmt lögum nr. 45/1987 um staðgreiðslu opinberra gjalda, sjá annars vegar A-lið 2. gr. og hins vegar 6. tölul. 5. gr. laganna.

⁵⁹ Í þessu sambandi má einnig spyrja sig hver réttarstaða

greiðanda teknanna er ef honum hefur verið tjáð að hinn erlendi aðili sé atvinnurekandi.

⁶⁰ Þetta gat skipt máli þegar vextir sættu ekki takmarkaðri skattskyldu en hefur minni þýðingu núna.

skattskyldur eins og beinlínis er tekið fram í ákvæðinu. Um skattalega meðferð hinna ýmsu hlutabréfablendinga eins og valrétt og framvirka samninga ríkir hins vegar alger óvissa. Einkum og sér í lagi gildir þetta ef kaupandinn nýtir ekki kaup- eða sölurétt sinn heldur krefst eingöngu mismunargreiðslu. Í framkvæmd er þessi greiðsla nú skattlögð sem vextir, sbr. 2. mgr. 8. gr. TSL en óvíst er hvort sú flokkun haldi gagnvart alþjóðlegum skattarétti.⁶¹ Í því sambandi er rétt að minna á að þar eru tekjurnar taldar sæta skiptingu samkvæmt 21. gr. OECD fm sem aðrar tekjur.

Félagsmenn í samvinnufélögum öðlast ekki eignarhluti í þeim á sama hátt og hluthafar gera í hlutafélögum, þar með talið einkahlutafélögum. Slikar eignir geta því ekki gefið af sér hagnað. Þátttakendur í samvinnufélögum eiga hins vegar rétt á hlutdeild í árhagnaði félagsins og ákvarðast hún annars vegar, sem almennir vextir, og hins vegar, sem hagnaðarhlutdeild eftir viðskiptaveltu. Þessi flokkun breytir þó engu um skattskylduna. Heyra tekjurnar því undir 7. tölul. í báðum tilvikum. Þótt vextir væru undanþegnir skatti samkvæmt 3. gr. fram til 1. júlí 2009, sbr. lög nr. 191/2009 þurftu erlendis búsettir samvinnufélagsmenn því að greiða skatt af þeim.

Ákvörðun reglulegra tekna af hlutabréfum og stofnbrefum í íslenskum fyrirtækjum veldur sjaldnast vafa. Öðru máli gegnir hins vegar um „önnur réttindi til hlutdeildar í hagnaði eða af rekstri íslenskra fyrirtækja“. Ýmsar tekjur koma þó upp í hugann í þessu sambandi. Fyrst skal nefna rétt erlendis búsetts aðila til hlutdeildar í hagnaði sameignarfélags eða samlagsfélags sem ekki

er sjálfstæður skattaðili.⁶² Vafalaust er að slíkar tekjur heyra undir orðalagið.

Jafnvel er hugsanlegt að unnt sé að fella undir það tekjur vegna leigu eða sölu á fyrirtæki t. d. einstaklingsfyrirtæki gegn greiðslu í formi hlutdeildar í rekstrarafgangi eða veltu. Gefi fyrirtæki út skuldabréf (s. vinstandelningsbrev) og tengi vexti af þeim afkomu sinni um ókomna framtíð hefur það hins vegar engin áhrif á eðli þeirra. Tekjurnar, sem bréfin gefa af sér, teljast eftir sem áður vextir.

1.4.1.3.1 Arðgreiðslur milli landa. Fastar starfsstöðvar

Árið 1998 var ákveðið að arður sem íslensk hlutafélög, þar með talið einkahlutafélög, samvinnufélög og samlög, sbr. 1. tölul., 2. og 3. tölul. 2. gr. TSL fengju greiddan erlendis frá skyldi undanþeginn tekjuskatti hér á landi samkvæmt 9. tölul. 31. gr. TSL.⁶³ Skattur á arð sem innlend hlutafélög greiddu til erlendra hlutafélaga, þar með talið einkahlutafélög, samvinnufélaga og samlaga, hélst hins vegar óbreyttur. Umræddir aðilar þurftu því samkvæmt þágildandi 2. tölul. 70. gr. TSL að geiða 15% afdráttarskatt af arðinum, sbr. 7. tölul. 3. gr. TSL.⁶⁴

Ísland er aðili að Evrópska efnahagssvæðinu. Samkvæmt 4. gr. samningsins er hvers konar mismunun á grundvelli ríkisfangs bönnuð. Meginmáli samningsins þar með talið umræddu ákvæði hefur verið veitt lagagildi hér á landi. Ákvæði 4. gr. hefur bein áhrif hér á landi. Þar að auki er Ísland skulbundið að breyta innlendum lögum sem stríða gegn því svo að ákvæðið öðlist forgang, sbr. bókun 35 með EES samningnum. Ákvæði 9. tölul. 31. gr.

⁶¹ Samkvæmt lögum nr. 8/2008 var þó ákveðið að skattleg- gja afleiðusamninga sem seldir eru á skipulegum verðbré- famörkuðum, þar sem undirliggjandi verðmæti eru eingöngu hlutabréf eins og hlutabréf, sbr. 18. gr. TSL. Með lögum nr. 128/2009 var þetta hins vegar fellt niður svo að skattlagning- in er óbreytt frá því sem hún var áður.

⁶² Í þessu sambandi ber þó að hafa í huga að slíkur aðili sætir einnig skattlagningu samkvæmt 4. tölul. 3. gr. TSL. Hlutdeild

þátttakenda í sameignarfélagi, sem er sjálfstæður skattaðili, er hins vegar skattfrjál.

⁶³ Sbr. 4. gr. laga nr. 95/1998.

⁶⁴ Ath. með 7. gr. laga nr. 61/2008 var þessi skattur lækkaður um 5%, það er úr 15% í 10%. Um frumvarpið, sjá <http://www.althingi.is/altext/135/s/0816.html>. Um skattlagninguna í dag, sjá lög nr. 128/2009.

TSL var upphaflega þessu marki brennt. Eigi að síður liðu um tíu ár þar til því var breytt svo að innlend og erlend félög á evrópska efnahagssvæðinu sætu við sama borð að þessu leyti.⁶⁵

Arður, sem innlendir aðilar fá greiddan, skattleggst með ýmsum hætti. Hlutfélög, samvinnufélög og samlög eru undanþeginn skattskyldu eins og áður segir. Sameignarfélag, þar með talið samlagsfélag verða aftur á móti að greiða 15% skatt, sbr. b-lið 7. tölul. 71. gr. TSL. Arður er einstaklingum utan rekstrar hlotnast ber hins vegar 18% skatt, sbr. a-lið sama tölulíðar. Föst starfsstöð, er erlendur aðili rekur hér á landi, telst ekki sjálfsstætt fyrirtæki. Þess í stað er litið á það sem útibú hins erlenda aðila sem þýðir að það sætir sömu skattlagningu og hann. Útibúi hlutafélags ber því að greiða 15% skatt, útibúi manns eftir atvikum 37,22%, 40,12% eða 46,12% skatti. Skatturinn tekur til alheimsteknanna, þar með talið arðs er starfsstöðinni hlotnast frá innlendum og erlendum aðilum.

Samkvæmt samningnum um evrópska efnahagsvæðið (ees-samningurinn) hafa

menn rétt á að stofna fyrirtæki í öllum aðildarríkjum samningsins, þar á meðal að ákveða rekstrarform þess. Er einstökum aðildarríkjum óheimilt að hindra þetta með beinum eða óbeinum hætti eins og mismun við skattlagningu. Í Frakklandi hefur fallið dómur þar sem dæmt var að neitun fastrar starfsstöðvar um arðsbótargreiðslu (avoir fiscal) fæli í sér brot á umræddum rétti.⁶⁶ Þessi dómur hefur án efa fordæmisgildi hér á landi, sbr. 1. gr. ees-samningsins. Sama gildir um Saint-Gobain málið svokallaða en þar var dæmt að erlend starfsstöð fransks fyrirtækis í Þýskalandi ætti rétt á að njóta sömu réttinda samkvæmt tvísköttunarsamningi og innlend félög.⁶⁷ Í ljósi þessa er því óhjákvæmilegt að breyta 9. tölul. 31. gr. TSL svo að yfir allan vafa sé hafið að fastar starfsstöðvar fyrirtækja á Evrópska efnahagssvæðinu siti við sama borð að þessu leyti.⁶⁸

1.4.1.4 Vextir

Erlendir aðilar sem eiga peninga í banka eða lána peninga hingað til lands hafa löngum verið undanþegnir skatti af vöxtunum. Byggist þetta umfam allt á

65 Sjá lög nr. 128/2009, sbr. <http://www.althingi.is/altext/stjt/2009128.html>.

66 Sjá mál nr. 270/83: Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi, Saml. 1986, bls. 273.

67 Sjá Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegn Finanzamt Aachen-Innenstadt [1999] ECR I-6161.

68 Gagngert reyndi á þetta í YSÚ 53/2009 en þar sem um var að ræða félag í Kanada náði krafan ekki fram að ganga. Kærandi, sem var hlutafélag skráð í Kanada, starfærði dótturfélagið X ehf. hér á landi. Kærandi hugðist stofna dótturfélag í Kanada, Z, sem síðan myndi koma á fót útibúi hér á landi. Lét ríkisskattstjóri uppi bindandi álit á skattalegum áhrifum þeirra ráðagerða og eftirfarandi ráðstöfunum hlutfjár og arðs milli X ehf., Z og útibúsins. Í úrskurði yfirkattaneftar málinu var talið rétt að byggja á því að skilyrði takmarkaðrar skattskyldu samkvæmt 4. tölul. 3. gr. laga nr. 90/2003 væru uppfyllt í tilvikum fyrirhugaðrar starfsemi Z hér á landi, en í bindandi áliti ríkisskattstjóra var efast um að svo væri og álit látið uppi með fyrirvara í því sambandi. Þá var bindandi áliti ríkisskattstjóra breytt þannig að fallist var á með kærandi að tekjuskattur Z vegna starfærslu fastrar starfsstöðvar hér á landi yrði 15% af tekjuskattstofni, en ekki 26% svo sem ríkisskattstjóri byggði á, enda væri Z félag með takmarkaðri ábyrgð. Kom fram í úrskurðinum að skatthlutfall lögaðila með takmarkaða skattskyldu hér á landi réðist af félagaforni hans

á sama hátt og við ætti um lögaðila sem væru heimilisfastir hér á landi. Á hinn bóginn hafnaði yfirkattaneftnd því að Z yrði heimill frádráttur vegna arðstekna frá X ehf. á grundvelli 9. tölul. 31. gr. laga nr. 90/2003 þar sem skýra yrði umrædda frádráttarheimild svo að það væri skilyrði frádráttarins að um væri að ræða arðgreiðslur til lögaðila sem væru heimilisfastir hér á landi eða í öðru aðildarríki á Evrópska efnahagssvæðinu. Þá var því sömuleiðis hafnað að útibú Z hér á landi og X ehf. gætu fengið heimild skattstjóra til samsköttunar samkvæmt 55. gr. laga nr. 90/2003 þar sem umrædd lagaheimild tæki einungis til hlutafélaga, einkahlutafélaga og samlagshluta félaga sem heimilisföst væru hér á landi og heimilaði ekki samsköttun með hlutafögum, sem heimilisföst væru erlendis og kynnu að bera takmarkaða skattskyldu hér á landi. Vegna viðbáru kæranda um að bann við samsköttun erlends móðurfélags, sem hefði með höndum starfsemi hér á landi frá fastri atvinnustöð, með innlendu dótturfélagi bryti í bága við ákvæði samnings um Evrópska efnahagssvæðið (EES-samningsins) benti yfirkattaneftnd á að þar sem Kanada væri ekki aðili að EES-samningnum nytu hvorki kærandi né dótturfélagið Z verndar samningsins vegna hinnar fyrirhuguðu starfsemi félaganna hér á landi, enda væru bæði félagin skráð í Kanada og heimilisföst þar í landi. Kærandi hefði því enga hagsmuni af því að fá leyst úr slíkum álitaeftnum í tengslum við mál félagsins.

sögulegum ástæðum. Yrðu slíkir vextir skattlagðir var þannig talið yfirgnæfandi líklegt að skattinum myndi verða bætt við vextina. Hinn erlendi lánveitandi bæri því ekki skattinn í raun heldur hinn innlendi lántakandi. Þetta má skýra með eftirfarandi dæmi.⁶⁹

Ímyndum okkur að erlent félag láni innlendu félagi 10.000.000. Fjárhæðin getur verið í hvaða gjaldmiðli sem er. Af þessari fjárhæð ber að greiða 10% í vexti og eru vaxtatekjurnar því 1.000.000. Gerum nú ráð fyrir að heimilt sé að leggja 15% afdráttarskatt á upphæðina samkvæmt innlendum rétti. Skattur af vöxtunum er því 150.000. Milli Íslands og heimilisfestarríkis lánveitandans er í gildi tvísköttunarsamningur og samkvæmt honum má Ísland ekki beita nema 10% skatthlutfalli. Lækkar skatturinn því úr 150.000 í 100.000.

Þetta er tiltölulega einfalt. Athugum nú hvernig skattlagningin er í heimilisfestarríki lánveitandans. Á Íslandi var greiddur brúttóskattur. Skatturinn í heimilisfestarríki landsins er hins vegar nettóskattur. Hið erlenda félag átti ekki lánsfjármagnið á bók. Til að lána 10.000.000 hingað til lands þurfti fyrirtækið því að taka lán. Vextir af þessu fé eru 950.000. Samkvæmt því eru raunverulegar tekjur fyrirtækisins af láninu til Íslands 1.000.000-950.000 eða 50.000. Af þessum mismun greiðir félagið 15% í skatt eða 7.500. Heildarskattur félagsins er því 100 á Íslandi og 7.500 í heimilisfestarríki félagsins eða 107.500

Samkvæmt tvísköttunarsamningnum milli Íslands og heimilisfestarríkis lánveitandans ber að milda þessa

tvískattlagningu með venjulegum skattfrádrætti. Samkvæmt því á félagið rétt á að draga hinn íslenska skatt, það er 100.000 frá hinum erlenda skatti, það er 7.500. Þessi frádráttur getur þó aldrei orðið hærri en heimilaður frádráttur er samkvæmt mildunarjöfnunni. Takmarkast hann því við heildarskattinn af alheimstekjunum sinnum brotið erlendar (nettó)tekjur deilt með alheims(netto)tekjur, það er $7.500 \times \frac{1.000.000-950.000}{1.000.000-950.000}$ eða 7.500. Hinn íslenski skattur fæst með öðrum orðum ekki frádrægin og hljóta allir að sjá að ekki er hægt að ætlast til þess að hið erlenda félag sætti sig við það.

Fyrirtækið mun því bæta skattinum við vextina sem þýðir að hið innlenda félag verður að greiða skattinn. Til þess að tryggja þetta hafa flestir erlendir lánsamningar að geyma svokölluð „gross up“⁷⁰ ákvæði sem heimilar lánveitanda að gjaldfella lánið og krefjast endurgreiðslu lánsfjárhæðarinnar án nokkurs frádráttar. Vorið 2009 var lagt til að vextir sem erlendum aðilum hlotnaðist í tekjur yrðu skattlagðir. Er bent var á að þetta kynni að gefa hinum erlendu aðilum rétt á að gjaldfella lán sín var tillagan dregin til baka svo að unnt væri að meta áhættuna.⁷¹ Lauk því starfi um haustið 2009. Að því loknu var tillagan endurflutt og samþykkt sem 1. gr. laga nr. 70/2009.⁷² Þetta ákvæði, sem er 8. tölul. 3. gr. TSL, hljóðar svo:

Allir aðilar sem hafa vaxtatekjur hér á landi af bankainnstæðum, verðbréfa- og fjárfestingarsjóðum, skuldabréfum eða öðrum kröfum og fjármálagerningum, sbr. 3. tölul. C-liðar 7. gr., skulu greiða tekjuskatt af þeim tekjum. Ákvæði þetta gildir þó hvorki um vexti sem greid-

69 Dæmi þetta er notað með góðfúslegu leyfi KPMG, sbr. fyrirlestur Ágústs Karls Guðmundssonar hjá Skattaréttarfélagi Íslands dags. 16. apríl 2009.

70 Sjá http://en.wikipedia.org/wiki/Gross_up_clause. „A gross up clause is a provision in a contract which provides that all payments must be made in the full amount, free of any deductions or withholdings, and without exercising any right of set-off. The provision will usually indicate that if

there is a mandatory withholding or deduction by operation of law (usually with respect to tax), then the paying party shall “gross up” the payment so that the receiving party receives the same net amount.“

71 Sjá 136 löggjafarþing, sbr. þskj. 618-366 mál. Frumvarp þetta varð síðar að lögum nr. 46/2009.

72 Sjá 137 löggjafarþing, sbr. þskj. 191-118 mál.

dir eru af Seðlabanka Íslands né þá vexti sem greiddast erlendum ríkjum, alþjóðastofnunum eða öðrum opinberum aðilum sem undanþegnir eru skattskyldu í heimilisfestarríki sínu. Þá á ákvæðið ekki við í þeim tilvikum þar sem um er að ræða tvísköttunarsamning milli Íslands og heimilisfestarríkis móttakanda vaxtanna þar sem kveðið er á um að ekki skuli draga afdráttarskatt af vaxtatekjum. Fjármálaráðherra er heimilt að setja reglugerð er kveður nánar á um framkvæmd þessa ákvæðis.

Ákvæði 1. gr. laga nr. 70/2009 öðlaðist þegar gildi⁷³ og kom til framkvæmda vegna vaxta sem gjaldfelli og urðu greiðslukræfir frá og með 1. september 2009 eða síðar. Hafi hluti vaxta áunnist fyrir gildistöku laganna eru þeir hvorki skattskyldir né staðgreiðsluskyldir.⁷⁴ Samkvæmt ákvæðinu ber erlendis búsettum mönnum almennt að greiða skatt af vaxtatekjum er þeir hafa hér á landi. Tekur skattskyldan til vaxta af inneignum í bönkum og af hvers konar kröfum þar með talið lánsfé.

Ríki og alþjóðastofnanir eru þó undanþegnar skattskyldunni. Sama gegnir um þá opinberu aðila sem undanþegnir eru skattskyldu í heimilisfestarríki sínu. Tekjuskattur af vöxtum er ýmist 15% eða 10%. Í tvísköttunarsamningum er þó algengt að Ísland hafi afsalað sér skattlagningarrétti til vaxta.⁷⁵ Getur Ísland því ekki skattlagt vextina þegar svo stendur á. Með setningu ofangreindra ákvæða skapar Ísland sér nokkra sérstöðu umfram önnur ríki að minnsta kosti á EES svæðinu þar sem skattlagning vaxta heyrir nefnilega til algerra undantekningar hjá þeim.⁷⁶

Eins og áður hefur komið fram skortir nokkuð á skýrleika varðandi afmörkun

hinna einstöku tekna í 3. gr. Þannig veit maður ekki hvort með launum í skilningi 1. tölul. sé bæði átt við greiðslur í peningum og fríðu þar með talið hlunnindum eða einungis peningagreiðslur. Eins er þessu farið um endurgjald til höfunda; telst það launatekjur eða fjármagnstekjur er semsé spurning. Úr þessu er aðeins bætt um vextina. Á eftir upptalningu á vaxtauppsprettunum, það er bankainnstæðum, verðbréfum- og fjárfestingarsjóðum, skuldabréfum eða öðrum kröfum og fjármálagerningum, er vísað til 3. tölul. C-liðar 7. gr. TSL með skammstöfuninni: sbr.

Enda þótt þessi tilvísun virki svolítið ankannalega fær hún mann til að staldra við og athuga nánar frumvarpið til laganna en þar kemur fram að skilgreiningu á því hvað teljast vextir sé að finna í 3. tölul. C-liðar 1. mgr. 7. gr. sbr. 8. gr. laganna.⁷⁷ Með vöxtum í 8. tölul. 3. gr. TSL er því átt við reglulega vexti og verðbætur svo og hvers kyns gengishagnað og afföll af keyptum verðbréfum, víxlum og sérhverjum öðrum kröfum og hvers kyns aðrar tekjur af peningalegum eignum.⁷⁸ Vaxtahugtakið samkvæmt þessu er því mjög rúmt.

Síðast en ekki síst verður greiddandi vaxtanna að vera íslenskur skattaðili. Þetta kemur þó ekki fram í ákvæðinu sjálfu heldur frumvarpinu til laganna, sbr. eftirfarandi setningu: „Ákvæðið á við um þá vexti sem íslenskir skattaðilar greiða erlendum aðilum.“⁷⁹ Hugtakið íslenskir skattaðilar er þó ekki skilgreint og veit maður því ekki hvort átt er við ótakmarkaða skattskyldu aðila eingöngu eða ótakmarkaða skattskyldu aðila og takmarkaða skattskyldu aðila eins og fastrar starfsstöðvar. Á þetta mun aðallega reyna við sölu á skuldum og kröfum svo

73 Frumvarpið var samþykkt 29. júní 2009.

74 Sbr. 29. gr. laga nr. 70/2009

75 Hinn 1. júlí 2009 eru þetta 21 ríki af 36. Undantekningar eru samningar við Eistland, Lettland, Lítháen og Portúgal sem kveða á um 10% staðgreiðsluskatt, Grikkland er með 8%, Spánn með 5% og Rúmenía 3%.

76 Sjá umsögn Viðskiptaráðs Íslands um frumvarpi, sbr. <http://www.vi.is/files/Afdrattarskattar%20>

skodun-_856118458.pdf

77 Sbr. <http://www.althingi.is/lagas/nuna/2003090.html>

78 Tilvísunin í 8. tölul. 3. gr. TSL hefði því átt að vera svo: „Allir aðilar sem hafa vaxtatekjur hér á landi af bankainnstæðum, verðbréfa- og fjárfestingarsjóðum, skuldabréfum eða öðrum kröfum og fjármálagerningum samkvæmt 3. tölul. C-liðar 7. gr. sbr. 8. gr. ...“

79 Sbr. <http://www.althingi.is/lagas/nuna/2003090.html>.

og fjármálagerningum. Ef kaupandi slíkra verðmæta er erlendur aðili þarf seljandi ekki að óttast að þurfa að greiða tekjuskatt af ávöxtun sinni. Það er þó hæð því að hann sé erlendur aðili líka.⁸⁰

1.4.1.5 Uppgjör tekna af eignum

Reglur um uppgjör tekna af eignum hjá mönnum og lögaðilum hafa nú mikið til verið samræmdar. Áður fyrr greiddu menn brúttóskatt af reglulegum tekjum af eignum. Var því ekki unnt að draga neinn kostnað frá þeim, sbr. 2. mgr. B-liðar 30. gr. TSL.⁸¹ Hins vegar greiddu lögaðilar nettóskatt af reglulegum tekjum af eignum. Kostnaður við öflun þeirra, þar með talið viðhald, er því frádráttarbær. Gildi þessa var þó lítið þegar erlendir aðilar áttu í hlut. Hjá þeim reiknaðist skattur því yfirleitt af heildartekjum nema ef til vill þegar um útleigu á fasteignum var að ræða. Eftir setningu laga nr. 128/2009 sæta allar reglulegar tekjur af eignum, sem erlendir lögaðilar afla hér á landi brúttóskattlagningu, nema fasteignatekjur, sbr. b-lið 5. tölul. 70. gr. TSL.⁸²

Frá þessari reglu um brúttóskattlagningu manna eru tvær undantekningar. Í fyrsta lagi er heimilt að undanskilja 30% af leigutekjum af íbúðarhúsnæði skattlagningu.⁸³ Til skatts koma því einungis 70% af greiddri leigu. Í annan stað má undanskilja allt að 100.000 kr. af greiddum vöxtum skattlagningu. Með þessu er verið að jafna stöðu ótakmarkað skattskyldra og takmarkað skattskyldra, sbr. 3. mgr. 61. gr. TSL.

Hagnaður af sölu eigna hjá mönnum og lögaðilum er gerður upp eins. Til skatts kemur því aðeins söluverð að frádregnu

kaupverði eftir atvikum að teknu tilliti til verðbreytinga.⁸⁴ Telja verður þetta afdráttarlaust þótt í hlutaðeigandi lagaákvæðum (sjá t.d. 7. tölul. 70. gr.) sé aðeins talað um tekjur.⁸⁵ Samkvæmt skattalögum er heimilt að fresta eða dreifa skattlagningu hagnaðar af sölu ákveðinna eigna og afli seljandi annarrar sams konar eignar innan ákveðins tíma má færa niður kaupverð eignarinnar um fjárhæð söluhagnaðarins. Þessar heimildir eru út af fyrir sig ekki bundnar við innlenda aðila og geta erlendir aðilar því notið frestunarinnar eða dreifingarinnar bjóði þeim svo við að horfa.

Um heimild aðila til að færa niður kaupverð annarrar eignar um fjárhæð hagnaðar gilda ólíkar reglur eftir því um hvers konar eign er að ræða.

Hlutabréf. Einstaklingar sem selja hlutabréf eru skyldir að svara skatti af hagnaðinum á því ári er hann myndast. Sama gildir um einstaklinga í rekstri. Lögaðilum er hins vegar heimilt að undanþiggja hagnaðinn skatti eins og þegar um arð er að ræða. Þetta gildir bæði um innlenda og erlenda lögaðila er takmarkaðri skattskylda sæta samkvæmt 7. tölul. 3. gr., sbr. a-lið 9. tölul. 31. gr. TSL eins og henni var breytt með 2. gr. laga nr. 38/2008.

Innlendir aðilar geta þó aðeins notið undanþágu frá skatti af hagnaði af sölu hlutabréfa í félögum, sem skráð eru erlendis, að þeir sýni fram á að hagnaður af starfsemi hins erlenda félags hafi verið skattlagður með sambærilegum hætti og hér á landi. Eins og þegar um arð er að ræða

80 Svo sem nú hefur verið staðfest með ákvarðandi bréfi dags. 5. maí 2010 (T-Ákv. 10-003) en þar segir: „Með vísan til framangreinds er það álit ríkisskattstjóra að vextir sem myndast við kaup og sölu á íslenskum krófum milli tveggja erlendra aðila, þ.e. aðila sem ekki bera hér á landi fulla og ótakmarkaða skattskyldu skv. 1. eða 2. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt, eru ekki skattskyldir samkvæmt 8. tölul. 3. gr. áður greindra laga og þar af leiðandi ber ekki að halda eftir staðgreiðslu skv. lögum nr. 45/1987, um staðgreiðslu opinberra gjalda.“

81 Verði greiðslufall á kröfu er heimilt að fresta greiðslu

skatts af vöxtum hennar. Hafi skattur verið greiddur af vöxtunum og krafan tapast má mótreikna þeim við aðra vexti. Sama gildir um aðrar fjármagnstekjur og er rétturinn í sjálfu sér óháður því hvort vextir eru skattskyldir eða ekki.

82 Sbr. b-lið e-liðar 16. gr. laga nr. 128/2009.

83 Sjá annars vegar a-lið 5. tölul. og hins vegar b-lið 8. tölul. 70. gr. TSL eins og henni var breytt með 16. gr. laga nr. 128/2009.

84 Athuga ber að ólíkar reglur gilda um ákvörðun verðbóta eftir því hver selur, sjá nánar 18.-19. gr. TSL.

85 Sjá nánar lög nr. 128/2009.

má skattur af hagnaði hins erlenda félags, því eigi vera lægri en skattur af hagnaði félaga í einhverju aðildarríkja Efnahags- og framfarastofnunarinnar í París (OECD), aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum.

Fyrnanlegar eignir. Íbúðarhúsnæði.

Erlendis búsettur aðili, maður eða fyrirtæki, sem hlotnast hagnaður af sölu fyrnanlegrar eignar eða íbúðarhúsnæðis á rétt á að fresta skattlagningu hagnaðarins um tvenn áramót. Kemur hagnaðurinn þá til skatts nema seljandinn kaupir aðra sams konar eign og færi niður kaupverð hennar um fjárhæð hagnaðarins. Í skattfrákvæmd var þetta túlkað svo að eignin þyrfti að vera staðsett hér á landi svo að þetta væri heimilt. Til

skamms tíma var því ekki unnt að færa niður kaupverð fyrnanlegrar eignar eða íbúðarhúsnæðis sem aðili keypti á erlendri grund.⁸⁶

Byggðist þetta á því mati skattyfirvalda að forsenda frestunar hagnaðarins væri að hagnaður af endurfjárfestingunni teldist til tekna hér á landi.⁸⁷ Ekki var unnt að útiloka að þessi frákvæmd fæli í sér brot á frelsisákvæðum EES samningsins einkum réttinum til að leita sér að vinnu í öðru aðildarríki og réttinum til að stofnsetja sig í öðru aðildarríki, sbr. 28. gr. og 31. gr. EES-samningsins.⁸⁸ Vegna þessa töldu t. d. Danir nauðsynlegt að breyta eignahagnaðarskattalögum (d. Ejendomsavancebeskatningslov) sínum þannig að menn hefðu að minnsta kosti rétt á að fresta greiðslu skattsins.⁸⁹

86 Sjá til hliðsjónar dóm Hæstaréttar dags. 7. febr. 2008 í málinu nr. 187/2007: Hrafnhildur Njálasdóttir gegn íslenska ríkinu. Tekjuskattur. Evrópska efnahagssvæðið. Gjafsókn. H krafoðst þess að ógiltur yrði úrskurður yfirsattanefndar varðandi tekjufráslu söluhagnaðar á skattframtali 2002 vegna tekjuársins 2002. Jafnframt krafoðst hún þess að viðurkennt yrði með dómi að henni hefði verið heimilt að nota frestaðan söluhagnað á skattframtali 2002 vegna tekjuársins 2001 til endurfjárfestingar í fyrirtæki í Danmörku á árinu 2002. Samkvæmt 1. mgr. 13. gr. laga nr. 75/1981 um tekjuskatt og eignarskatt eru megin skilyrði fyrir því að komast hjá skattlagningu söluhagnaðar að eignir sem fyrnanlegar eru samkvæmt 32. gr. laganna yrðu fyrndar sem söluhagnaðinum nam. Í málinu voru engin gögn um þann rekstur, sem H sagðist hafa hafið í Danmörku og af þeim skattgögnum frá Danmörku sem lögð voru fram í málinu varð ekki ráðið að hún hefði haft skattskyldar atvinnurekstrartekjur þar í landi. Af yfirlýsingu H í stefnu til héraðsdóms var þó ljóst að skilyrði 1. mgr. 13. gr. laga nr. 75/1978 var ekki fullnægt. Stafaði þetta af því að atvinnurekstrareignir þær er stefandi hugðist færa niður höfðu verið keyptar í nafni óstofnaðs einkahlutafélags í Danmörku. Var í því sýknað af kröfu H og reyndi ekki á reglur samnings um Evrópska efnahagssvæðið.

87 Sbr. YSÚ 300/2002, 424/2004 og YSU 300/2005 er allir fjalla um sömu grundvallarspurningu. Einnig vísast til ákvarðandi bréfs ríkisskattstjóra dags. 29. maí 2000 nr. 18/2000.

88 Sbr. málið C-345/05, frákvæmdastjórnin gegn Portúgal, sem kveðinn var upp 26. október 2006. (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0345:EN:HTML>). Athuga einkum eftirfarandi málsgreinar:

38 The Commission claims, secondly, that the Portuguese Republic has failed to fulfil its obligations under Articles 28 and 31 of the EEA Agreement, relating to freedom of movement for workers and freedom of establishment.

39 As stated in Article 6 of the EEA Agreement, in so far as they are identical in substance to the corresponding rules of the Treaty and to acts adopted in application of the Treaty,

the provisions of the Agreement are, in their implementation and application, to be interpreted in conformity with the relevant rulings of the Court given prior to the date of signature of that Agreement.

40 Furthermore, both the Court of Justice and the EFTA Court have recognised the need to ensure that the rules of the EEA Agreement which are identical in substance to those of the Treaty are interpreted uniformly (Keller Holding, paragraph 48 and the case-law cited).

41 It is to be noted that the rules prohibiting restrictions on freedom of movement and freedom of establishment laid down in Articles 28 and 31 of the EEA Agreement are identical to those established by Articles 39 EC and 43 EC.

89 Sjá Ejendomsavancebeskatningsloven § 6 B. Ophører en persons skattepligt efter kildeskattelovens § 1 som følge af fraflytning, eller bliver en person efter bestemmelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst hjemmehørende i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland, beskattes fortjeneste, der nedsætter anskaffelsessummen efter § 6 A, stk. 1, på tidspunktet for skattepligtsophævelse eller flytningen af skattemæssigt hjemsted. Det gælder dog kun, hvis den erhvervede ejendom er beliggende i en fremmed stat, på Færøerne eller i Grønland. Den fortjeneste, der stammer fra nedsættelse af anskaffelsessummen, er fortjeneste fra fast ejendom beliggende i den stat, hvor den afståede ejendom lå.

Stk. 2. Der kan gives henstand med skatten efter stk. 1 efter reglerne i kildeskattelovens § 73 E.

Stk. 3. Hvis det ved afståelse af den erhvervede ejendom eller ved ejerens død, efter at der er indtrådt skattepligt efter stk. 1, konstateres, at afståelsessummen henholdsvis handelsværdien ved død er mindre end anskaffelsessummen, nedsættes det skattepligtige beløb efter stk. 1 med forskellen. Det skattepligtige beløb kan ikke blive negativt.

Stk. 4. Får ejeren igen skattemæssigt hjemsted her, inden den erhvervede ejendom er afstået, bortfalder pligten til at svare skat efter stk. 1, indtil ejeren på ny opfylder betingelserne i stk. 1, 1. pkt.

Hinn 18. júní 2008 fór Eftirlitsstofnun EFTA þess á leit við fjármálaráðherra að ofanefndum fjárfestingarhömlum yrði aflétt að því er íbúðarhúsnæði varðaði.⁹⁰ Þetta varð það til þess að 17. gr. TSL var breytt þannig að þeir sem selja íbúðarhúsnæði hér á landi geta nú endurfjárfest í Færeyjum eða einhverju þeirra ríkja sem aðild eiga að Evrópska efnahagssvæðinu.⁹¹ Enginn fyrirvari er á þessari heimild. Þar sem hagnaður af sölu eigna skattleggst aðeins í því landi, sem seljandinn er heimilisfastur, hefur Ísland því ekki rétt að skattleggja hinar frestuðu tekjur.

Menn sem selja fyrnanlegar eignir með hagnaði geta átt rétt á að fresta hagnaði af sölu þeirra eins og íbúðareigendur. Sama gildir um þá sem selja lönd bújarða og ófyrnanleg náttúruauðævi á þeim svo og varanlegar aflaheimildir. Í tilmælum sínum láðist Eftirlitsstofnun EFTA að minnast á réttarstöðu þessara aðila. Að óbreyttum lögum var þeim því meinað að endurfjárfesta í sams konar eignum erlendis.

Varð þetta til þess að fjármálaráðuneytið beindi þeim tilmælum til embættis ríkisskattstjóra dags. 19. okt. 2009 að gera ráðstafanir sem miðuðu að því að tryggja að túlkun skattyfirvalda á 14. og 15. gr. laga nr. 90/2003, um tekjuskatt, yrði með þeim hætti að ákvæðin tækju jafnt til fyrningar og lækkunar á stofnverði eigna hvort sem þær væru staðsettar á Íslandi, í einhverju aðildarríkja Evrópska efnahagssvæðisins eða aðildarríkja stofnsamnings Fríverslunarsamtaka Evrópu eða í Færeyjum.

Til að njóta þessa þarf skattaðili að uppfylla öll skilyrði lagagreinanna þar með talið að sýna fram á það að eign hafi verið fyrnd eða færð niður í hinu erlenda ríki.⁹²

1.4.1.6 Skattlagning

Um skattlagningu fjármagnstekna er fjallað í 5. til 8. tölul. 70. gr. TSL og samkvæmt þeim ákvæðum er skattlagningin ólík eftir því hvort móttakandi teknanna er einstaklingur eða lögaðili annars vegar og eðli teknanna hins vegar, sbr. eftirfarandi yfirlit.

Tekjur af	fast- eignum	lausafé	eignar- hlutum	peningum
Menn	18%	18%	18%	18%
Lögaðilar	18%	18%	15%	15%

Erlendis búsettir menn, það er einstaklingar, sem ekki stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð, greiða sama skatt af fjármagnstekjum og hérlendis búsettir menn gera. Skattur þeirra er því 18% og er það endanlegur skattur. Af því leiðir að ekki ber að greiða útsvar af tekjunum. Nokkuð skortir þó á að þetta komi jafn skýrt fram í núgildandi og í áðurgildandi lögum þar sem gagngert var vísað í 3. mgr. 61. gr. þessu til áréttingar, sbr. 4. tölul. áðurgildandi laga nr. 90/2003 áður en henni var breytt með lögum nr. 128/2009. Þessu er eins farið um lögaðilana. Lögaðilar með heimilisfesti erlendis greiða nú allir sama skatt, en áður fyrir var hann ólíkur eftir rekstrarformum (hlutafélög versus sameignarfélag).

Endurgjald fyrir hvers konar hugverk, bókmenntir og listir, hvort sem um er að ræða afnot eða sölu, sem ótakmarkað skattskyldum höfundum og öðrum rétt höfum, hlotnast skattleggst sem aflatekjur eftir atvikum með 37,22%, 40,12% eða 46,12% skatti, sbr. 4. tölul. A-liðar 7. gr. TSL. Í skattfrankvæmd er gert ráð fyrir að takmarkað skattskyldir menn séu skattlagðir eins, það er eftir atvikum með 37,22%, 40,12% eða 46,12% skatti. Þetta orkar þó mjög tvímælis vegna þess að umræddar

⁹⁰ Sjá PR (Press releas) (08)32: Iceland asked to amend restrictive rules on taxation of capital gains from the sale of residential real estate, sbr. <http://www.eftasur.int/information/pressreleases/2008pr/dbafile14235.html>.

⁹¹ Sjá 2. gr. laga nr. 164/2008.

⁹² Sjá ákvarðandi bréf ríkisskattstjóra til allra skattstjóra dags. 21. okt. 2009 nr. T-Ákv. 09-002. Nánar, sjá http://rsk.is/fagadilar/akvbref/beinir/2009/takv_2009_002.is.html

tekjur eru í eðli sínu afrakstur af eign, það er hugsmíð, og teljast því eignatekjur. Ef skattleggja á slíkar tekjur, sem launatekjur, frekar en fjármagnstekjur, verður því að að setja sérstakar reglur um það. Það hefur ekki verið gert og hlýtur skattlagningin því að fara eftir eðli teknanna.

Breyting hefur einnig átt sér stað á skatti einstaklinga í rekstri af fjármagnstekjum. Áður fyrr þurftu slíkir aðila að greiða atvinnurekstrar tekjuskatt af fjármagnstekjum sem þeim hlotnaðist. Í stað 10% fjármagnstekjuskatts greiddu þeir 24,10% + 13,10% tekjuskatt og útsvar. Frá og með 1. jan. 2010 greiða einstaklingar í atvinnurekstri hins vegar sama skatt og einstaklingar sem ekki stunda atvinnurekstur. Erlendis búsettir menn, sem hlotnast fjármagnstekjur, eiga ekki rétt á persónuafslætti. Í áðurgildandi skattalögum var þetta gangvert tekið fram en svo er ekki í núgildandi skattalögum og er það galli.

1.4.2 SKATTLAGNING SAMKVÆMT TVÍSKÖTTUNARSAMNINGUM

1.4.2.1 Fasteignir

Í samningsfyrirmynd OECD er fjallað um skiptingu skattlagningarréttar vegna tekna af fasteignum í 1. gr. Þetta ákvæði byggir á staðsetningarreglu (d. beliggenhedsprincip) eins og innlendur réttur. Ef fasteign er staðsett í keldulandi samnings getur það ríki semsé óhindrað skattlagt allar þær tekjur sem hún gefur af sér. Heimilisfestarland verður því að milda samkvæmt undanþágu- eða skattafrádráttaraðferð, sbr. A- eða B-liður 23. gr. Staðsetningarreglan endurspeglar almennt viðhorf þess efnis að sérstaklega náið samband sé á milli fasteignar og landsins sem hún er staðsett í. Á vissan hátt er hún því eins konar hornsteinn, sem gengið

er útfrá í alþjóðlegum skattarétti bæði við ákvörðun á takmarkaðri skattskyldu samkvæmt innlendum rétti og skiptingu skattlagningarréttarins samkvæmt tvísköttunarsamningum.⁹³

1.4.2.1.1 Afmörkun á gildissviði 1. gr. OECD-fm

1.4.2.1.1.1 Hugtakið fasteign

Ákvæði 1. gr. fyrirmyndarinnar á aðeins við þegar fasteign er staðsett í keldulandi samnings. Réttur til skattlagningar tekna af fasteign sem staðsett er í heimilisfestarriki samnings eða ónefndu þriðja landi fer því aðallega eftir 2l. gr. en hún eftirlætur heimilisfestarrikinu skattlagningarréttinn. Í 2. mgr. 1. gr. er að finna skilgreiningu á hugtakinu fasteign og hljóðar það svo:

- (1) „Hugtakið „fasteign“ skal hafa þá merkingu sem það hefur samkvæmt lögum þess samningsríkis þar sem fasteignin er (agv: kelduland).⁹⁴
 (2) Í öllum tilvikum felur hugtakið í sér fylgify með fasteign, áhöfn (agv: búþeningur, gripir) og tæki, sem notuð eru í landbúnaði og við skógarnytjar, réttindi varðandi landeignir samkvæmt reglum einkamálaréttar (agv: fullvirðisréttur)⁹⁵, afnotarétt af fasteign og rétt til breytilegrar eða fastrar þóknunar sem endurgjald fyrir hagnýtingu á eða rétt til hagnýtingar á náum (agv: mól, sandur o. fl.), lindum og öðrum náttúruauðlindum.
 (3) Skip og loftför teljast ekki til fasteigna.“⁹⁶

Innihald hugtaksins fasteign ræðst annars vegar af túlkun á 2. mgr. 1. gr. og hins vegar af túlkun innlendsréttar í því ríki sem fasteign er staðsett í, sbr. 1. málsli. ákvæðisins, sem visar um skilgreininguna til keldulands samnings. Skilgreiningin í 3. málslið 2. mgr.

⁹³ Sbr. Aage Michelsen, 3. útg., bls. 262. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 219 og áfram.

⁹⁴ Það er að segja kelduland samnings þegar fasteign er staðsett þar.

⁹⁵ Slíkar eignir sæta því ekki skiptingu sem lausafé, sbr. 2. mgr. 13. gr. OECD-fm.

⁹⁶ Slíkar eignir teljast lausafé eins og í innlendum rétti.

1. gr. hefur að geyma neikvæða afmörkun gagnvart skipum og loftförum.⁹⁷ Slíkar eignir geta því aldrei talist fasteignir og breytir engu þótt þær séu skilgreindar sem slíkar í keldulandi samnings. Hér á landi þarf ekki að hafa áhyggjur af þessari undanþágu þar sem þessu er nokkurn vegin svona fyrirkomid í landsrétti.

Í sambandi við hina jákvæðu afmörkun er mikilsvært að átta sig á því að tekjur af landbúnaði og skógrækt teljast tekjur af fasteignum óháð því hvernig með þær er farið í innlendum rétti hlutaðeigandi lands.⁹⁸ Komi upp ágreiningur milli 2. másl. 2. gr. 1. gr. og innlandsréttar í keldulandi samnings um afmörkun fasteignarhugtaksins ber að leggja skilgreininguna í 2. másl. 2. gr. 1. gr. til grundvallar, sbr. orðalagið í inngangi ákvæðisins „Í öllum tilvikum felur hugtakið í sér ...“. Skilgreining ákvæðisins hefur - svo langt sem það nær - því forgang gagnvart innlendum rétti í keldulandi samnings.

Ef ekki er unnt að ákveða hvort um fasteign er að ræða á grundvelli hinnar neikvæðu eða jákvæðu afmörkunar hugtaksins ræðst ákvörðunin af lögum keldulands samnings. Þetta gildir ekki aðeins þegar samningi er beitt í keldulandi samnings heldur einnig þegar verið er að framkvæma hann í heimilisfestarríki skattaðila eða ónefndu þriðja ríki.⁹⁹ Tilvísun ákvæðisins til innlendra laga í keldulandi samnings er út af fyrir sig almenns eðlis. Eigi að síður hefur hún verið túlkuð svo að umfram allt sé átt við merkingu hugtaksins fasteign í skattalögum.¹⁰⁰ Hér á landi skipta

ákvæði 2. tölul. C-liðar 7. gr., 14. gr. (almennar fasteignir) og 17. gr. (íbúðarhúsnæði) TSL því mestu máli við afmörkun hugtaksins.¹⁰¹

1.4.2.1.2 Hinar raunverulegu tekjur, sbr. 3. mgr. 1. gr.

Í 3. mgr. 1. gr. fyrirmyndarinnar segir að ákvæði 1. mgr. gildi um tekjur af beinni hagnýtingu, leigu og hvers konar öðrum afnotum fasteignar. Hér til teljast því bæði greidd og reiknuð húsaleiga. Ef erlendis búsettur maður leigir út íbúð sína fyrir lægra verð en sem nemur 5,0% af fasteignamati húss, bílskúrs og lóðar heyrir munurinn, það er hinar reiknuðu húsaleigutekjur, undir 1. gr., sbr. 2. másl. 2. tölul. C-liðar 7. gr. TSL.¹⁰²

Í 1. gr. segir ekkert um það hvernig tekjur af fasteign, leiga og hagnaður, skuli gerðar upp. Ákvæðið vikur þannig frá 2.-1. mgr. 7. gr. fyrirmyndarinnar sem fjallar um tekjur af rekstri fastrar starfsstöðvar. Samkvæmt þessu er ekkert til fyrirstöðu að kelduland samnings geri tekjurnar upp í samræmi við innlend lög. Hér á landi ber því fara eftir lögum um tekjuskatt nr. 90/2003.¹⁰³

Áður fyrr var óheimilt að skattleggja vexti er erlendis búsettum aðila hlotnaðist í tekjur hér á landi. Frá þessu var þó vikið er vextirnir tengdust rekstri á fastri starfsstöð með beinum hætti. Um slíka tengingu var talið að ræða ef vextirnir stöfuðu af viðskiptakröfu eða sjöðseign fyrirtækis í banka. Eðlilegt var því að menn spyrðu sig hvort þetta gæti ekki líka átt við um fasteignir. Í því sambandi mætti hugsa sér að umráðamaður fasteignar setti leigu inn í

⁹⁷ Í fyrirmynd OECD er þetta ekki sérstakur málsliður. Samkvæmt því heyrir hann undir 2. másl.

⁹⁸ Ath. í þessu sambandi 14. gr. TSL.

⁹⁹ Sbr. 2-lið athugasemda við 6. gr. OECD-fyrirmyndarinnar (2008-útgáfan). Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 64-liður athugasemda við 6. gr.

¹⁰⁰ Skilgreining skattalaga á hugtakinu hefur samsagt forgang. Hafi þau ekki að geyma skilgreiningu á hugtakinu verður hins vegar að leita fræðslu um innihald þess í hinni almennu einkamálagöggjöf, sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 67-liður athugasemda við 6. gr. Edward Andersson í Edward Andersson, Nils Mattsson, Aage

Michelsen og Frederik Zimmer: Norræni tvísköttunarsamningurinn með athugasemdum, 2. útg., bls. 88.

¹⁰¹ Í ljósi þess hvað þessar skilgreiningar eru veikar má þó búast við því að hin einkaréttarlega skilgreining fasteignahugtaksins skipti verulegu máli.

¹⁰² Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 222, einkum tilvísun 179 á þeirri síðu.

¹⁰³ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 222. Sbr. 4-lið athugasemda við 6. gr. OECD-fyrirmyndarinnar (2008-útgáfan). Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 15-liður athugasemda við 6. gr. Zimmer, 3. útg., bls. 189.

banka og nyti vaxta af henni eða fasteigninni tilheyrði viðhalds- eða framkvæmdasjóður sem gæfi af sér vexti.

Enda þótt rekstrarstövarfyrirvarinn í 4. mgr. 11. gr. OECD-fm (vaxtaákvæðið) hafi aðeins að geyma tilvísun 7. gr. (og áður 14. gr.) fyrirmyndarinnar eru menn samt almennt á því að gera beri upp vexti sem hafa náði samband við fasteign með öðrum tekjum af henni.¹⁰⁴ Þeir vextir, sem hér um ræðir, eru því umfram allt vextir af viðhaldsreikningi og eða framkvæmdasjóði. Vegna þess að slíkir reikningar eru almennt á nafni hlutaðeigandi hússjóðs er þetta ekki vandamál hér á landi.

1.4.2.1.3 Afmörkun gagnvart atvinnurekstri og sjálfstæðu starfi

Ýmsar af þeim tekjum, er falla undir ákvæði 1. gr. samningsfyrirmyndarinnar, sem tekjur af fasteignum, myndu vafalaust vera skattlagðar sem tekjur af atvinnurekstri eða sjálfstæðri starfsemi samkvæmt innlendum skattarétti. Svo er t. d. um tekjur af landbúnaði og skógrækt. Hið sama gildir um tekjur af útleigu á atvinnuhúsnæði og kaup og sölu fasteigna í atvinnuskyni. Eigi að síður ræðst skipting skattlagningarréttarins af 1. gr. en ekki 7. gr. svo sem beinlínis leiðir

af 4. mgr. 1. gr. fyrirmyndarinnar.¹⁰⁵

Samkvæmt athugasemdum fyrirmyndar OECD að tvísköttunarsamningi gegnir forgangur 1. gr. umfram allt því hlutverki að tryggja að kelduland samnings geti - jafnvel þótt fasteignin teljist ekki föst starfsstöð - hindrunarlaust skattlagt tekjur af fasteignum sem staðsettar eru innan landamerkja þess.¹⁰⁶ Forgangur 1. gr. kemur hins vegar ekki í veg fyrir að fasteign teljist til fastrar starfsstöðvar í keldulandi samnings ef skilyrði eru til þess á annað borð samkvæmt lögum þess lands.¹⁰⁷

1.4.2.2 Skattlagning hagnaðar vegna sölu fasteigna

Ákvæði 1. gr. OECD-fm fjallar umfram allt um reglulegar tekjur af fasteignum. Í henni er því ekkert rætt um skiptingu skattlagningarréttar vegna hagnaðar af sölu þeirra. Um hann fjallar 13. gr. fyrirmyndarinnar og grundvallast skipting skattlagningarréttar samkvæmt henni einnig á staðsetningarsjónarmiði. Ákvæði 1. mgr. 1. gr. og 1. mgr. 13. gr. eru því algerlega hliðstæð sem þýðir að kelduland samnings hefur bæði skattlagningarréttinn varðandi reglulegar og einstaklega tilfallandi tekjur, það er hagnað.

104 Séu menn almennt á því að ákvæði 4. mgr. 11. gr. sé tæmandi þannig að keldulandi samnings sé óheimilt að telja vexti með við uppgjör tekna af fasteignum leiðir af sjálfu sér að halda verður vöxtum af sjóði bónda eða vexti, sem skógræktandi fær vegna sölu með greiðsluskilmálum, aðskildum frá tekjum af fasteigninni, það er búrekstri eða skógrækt. Slík aðgreining getur ekki talist eðlileg, sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 222, einkum tilvísun 179 á þeirri síðu. Sjá hins vegar um þetta Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 9-lið athugasemda við 6. gr. og „Vor art. 10-12“ 18-lið, en þar kemur fram að almennt sé talið að vextir geti ekki fallið undir 6. gr. Mjög ríkar kröfur verður því að gera til tengsla vaxta við fasteign svo að unnt sé að taka þá með við tekjuuppgjörið, jafnvel er hugsanlegt að útleigan og salan verði að fullnægja skilyrðum um atvinnurekstur á fastri starfsstöð. Sjá til hliðsjónar U 1996, 1187 H/TfS 1996, 532 H, en þar hafnaði hæstiréttur Danmerkur að vextir á fjárfestingarreikningi teldu tekjur af fasteign samkvæmt d-lið 1. mgr. 2. gr. kelduskattalaganna, sbr. nú 5-lið 2. gr. Um dóminn nánar, sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 223.

105 Almennt skiptir þetta ekki máli nema skipting skattlagningarréttar samkvæmt 6. og 7. gr. hlutaðeigandi tvísköt-

tunarsamnings sé ólík.

106 Sbr. athugasemd 4.2-lið við 6. gr. fyrirmyndarinnar (2008-útgáfan). Vegna þessa hafa menn deilt um það hvort útilokað sé að beita ákvæðinu um atvinnurekstur á fastri starfsstöð ef útleiga eða sala fasteigna fullnægir á annað borð þeim kröfum sem gerðar eru til hans. Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 222, einkum tilvísun 176. Úr réttarframkvæmd, sjá U 1996, 1187 H/TfS 1996, 532 H en þar dæmdi Hæstaréttur Danmerkur að heimilt væri að skattleggja tekjur af útleigu fasteignar samkvæmt c-lið 1. mgr. 2. gr. þágildandi kelduskattalaga um takmarkaða skattskyldu fastrar skattstöðvar. Sama regla ætti að gilda hér., sbr. 4. tölul. 3. gr. TSL.

107 Þar sem skattlagningarréttur keldulands samnings samkvæmt 6. gr. sætir engri takmörkun þótt fasteign tilheyri fastri starfsstöð verður að telja - jafnvel þótt fasteignin tilheyri föstu starfsstöðinni - að kelduland samnings geti gert upp tekjur hennar samkvæmt innlendum lögum. Uppgjörsgreglur 2.-6. mgr. 7. gr. takmarka með öðrum orðum á engan hátt uppgjör tekna af fasteignum, sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 199-liður athugasemda við 6. gr. Almennt hefur þetta þó ekki mikil áhrif á uppgjörið samkvæmt íslenskum rétti.

Hugtakið fasteign í 1. mgr. 13. gr. ber að afmarka á sama hátt og í 2. mgr. 1. gr. Jafnframt á 13. gr. það sameiginlegt með 1. gr. að taka einungis til fasteigna sem staðsettar eru í keldulandi samnings. Tekjur af fasteignum sem staðsettar eru í heimilisfestarríki eða ónefndu þriðja landi heyra því sennilega undir 21. gr. Þar sem kelduland samnings hefur forgangsrétt á að skattleggja hvers konar tekjur af fasteignum liggur beint við að heimilisfestarríki verður að milda samkvæmt undanþágu- eða skattafrádráttaraðferð, sbr. A- eða B-lið 23. gr.¹⁰⁸

1.4.2.3 Uppgjör tekna

Í 1. gr. OECD-fm er ekkert fjallað um uppgjör tekna af fasteignum og vikur hún að því leyti frá 7. gr., sbr. 2-1. mgr. greinarinnar. Kelduland samnings getur því einfaldlega ákveðið að tekjurnar skuli gerðar upp í samræmi við innlend lög. Njóti ekki við lagafyrirmæla um uppgjórið verður að styðjast við innendar verklagsreglur. Um uppgjör tekna af fasteignum samkvæmt innlendum lögum gilda ólíkar reglur eftir því hver móttakandi greiðslunnar er.

Tekjurnar, sem eignirnar gefa af sér, skattleggjast þannig sem fjármagnstekjur ef þær tilheyra einstaklingum. Fjármagnstekjuskattur er brúttóskattur og er því almennt ekki unnt að draga nein gjöld frá þeim. Ef um er að ræða atvinnurekstrarfasteignir ber hins vegar að svara nettóskatti af tekjunum. Af því leiðir

að draga má frá þeim þau gjöld sem ganga til að afla teknanna, halda þeim við og tryggja. Í grundvallaratriðum er þessu eins farið um reglulegar tekjur af fasteignum, er hérlendis búsettum aðilum hlotnast, af fasteignum sem þeir eiga erlendis.

Ísland, sem heimilisfestarríki, getur því gert upp umræddar tekjur samkvæmt innlendum lögum eða verklagsreglum.¹⁰⁹ Tilvisun 2. mgr. 1. gr. fyrirmyndarinnar til innlandsréttar í keldulandi samnings fjallar enda aðeins um það hvað við sé átt með hugtakinu fasteign, ekki hvernig gera beri upp tekjur af henni. Uppgjör reglulegra tekna af fasteignum skapar því yfirleitt ekki vandamál þegar um einstaklinga er að ræða. Því er hins vegar ódrúvisi farið um þá sem stunda atvinnurekstur með leigu eða sölu fasteigna.

Við slíkar að stæður geta nefnilega bæði komið upp vandamál varðandi afmörkun tekna og gjalda. Hér að framan var fjallað um afleiddar tekjur af fasteignum eins og vexti. Líklega er aðeins unnt að gera þá upp með fasteignatekjum að leiga eða salan teljist atvinnurekstur. Eins er þessu farið um vaxtagjöld. Vextir af skuldum sem hvíla á eigninni eru vafalaust frádráttarbærir. Um frádráttarbærni vexta af öðrum skuldum orkar hins vegar tvímælis.

Við ákvörðun frádráttarbærra vaxta þegar um takmarkaða skattskyldu er að ræða ganga Danir út frá nokkurs konar líkindareglu. Samkvæmt henni er litið svo á að skuldir allt að 80% af markaðsverðmæti

108 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 224. — Samkvæmt 23-lið athugasemda fyrirmyndar OECD við 13. gr. (2008-útgáfan) jafngildir sala á fasteignafélögum, það er félögum sem hafa þann megintilgang að eiga og reka fasteignir, sölu á fasteign, hjá sumum ríkjum. Ákvæði 1. mgr. 13. gr. fyrirmyndarinnar veitir þó keldulandi samnings ekki skattlagningarrétt þegar svo stendur á, jafnvel ekki þótt fasteignin sé staðsett þar. Ath. hins vegar 2. mgr. 13. gr. norræna tvísköttunarsamningsins er hljóðar svo: „Hagnað, sem aðili heimilisfastur í samningsríki hlýtur af afhendingu hlutabréfa eða annarrar hlutareignar í félagi sem hefur þann megintilgang að eiga fasteignir og á eignir sem (áður en skuldir eru dregnar frá) eru að minnsta kosti að 75 hundraðshlutum beint eða óbeint fölgjar í fasteign sem staðsett er í öðru samningsríki, má skattleggja í síðarnefnda ríkinu.“

109 Sbr. Tfs 1994, 604 LSR. Um dóminn nánar, sjá Aage Michelsen í RR 1994, nr 10, SM 273. Fyrirmynd OECD, 2008-útgáfan, 4-liður athugasemda við 6. gr., síðasti liðurinn, og 12-liður athugasemda við 13. gr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 15-liður athugasemda við 6. gr. Philip Baker: Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2. útg., bls. 171. Frederik Zimmer í Internasjonal Inntektsskatterett, 3. útg., bls. 189 hefur þó með tilvisun til tvísköttunarsamningsfyrirmyndar UN bent á, að það geti varla orkað tvímælis að kelduland samnings sé skyldugt að heimila frádrátt á gjöldum sem tengjast fasteigninni (einkum viðhaldi, fyrningu, fasteignagjöldum og tryggingum), í þeim mæli að minnsta kosti, sem umrædd gjöld, eru frádráttarbær samkvæmt innlendum rétti.

fasteignar tilhefryri henni nema skattyfirvöld geti sýnt fram á annað. Vexti af skuldum að þessu marki er því heimilt að draga frá tekjum sem fasteign gefur af sér umyrðulaust. Reglan takmarkast við fasteignir í Danmörku og er því ekki unnt yfirfæra hana á eignir sem heimilisfastir aðilar í Danmörku eiga erlendis með beinum hætti.¹¹⁰ Hér á landi er ekki við neina svona verklagsreglu að styðjast og því óvíst hvernig á þessu yrði tekið í framkvæmd.

Uppgjör heimilisfestarríkis á tekjum af fasteignum í keldulandi samnings skiptir aðallega máli varðandi ákvörðun mildunarháfra tekna samkvæmt aðferðarákvæðum 23. gr. Almennt gildir nefnilega að því hærri sem tekjurnar eru því meiri verður mildunin er skattaðili getur krafist.¹¹¹ Til að fyrirbyggja þetta skylda sum lönd aðila til að nýta frádrátt. Þetta gildir einkum um þá frádráttarliði sem ekki er skylt að nota eða þegar velja má um tímafærslu tekna á fleiri en einu ári. Hér til teljast t. d. fyrningarkostnaður og vextir.¹¹² Fyrningarkostnaður er skyldubundin á Íslandi svo þetta er ekki vandamál hvað hann varðar. Meira svigrúm er hins vegar varðandi tímafærslu vaxta. Þar getur maður valið um greiðslutíma og áfellingartíma.

1.4.2.4 Fasteign í heimilisfestarlandi eða þriðjalandi

Ákvæði 1. gr. OECD-fm tekur eingöngu til fasteigna sem staðsettar eru í keldulandi samnings. Ef fasteign er staðsett í heimilisfestarríki skattaðila eða ónefndu þriðja landi skiptist skattlagningarrétturinn

hins vegar samkvæmt 21. gr.¹¹³ Samkvæmt 1. mgr. nefndrar greinar hefur heimilisfestarríkið þá forgangsrétt á að skattleggja. Fasteignir eru undanskyldar rekstrarstöðvarfyrirvaranum í 2. mgr. 21. gr. Hvað varðar skilgreininguna á fasteign vísar 2. mgr. 21. gr. hins vegar til 2. mgr. 1. gr.

Þegar fasteign er staðsett í heimilisfestarríki samnings verður að skilja þessa tilvísun svo að leggja beri lög heimilisfestarríkisins frekar en ekki lög keldulands samnings til grundvallar ákvörðun um það hvort um fasteign er að ræða eða ekki.¹¹⁴ Undanþága 2. mgr. 21. gr. hvað fasteignir varðar hefur samkvæmt athugasemdum samningsfyrirmyndar OECD einkum þá þýðingu að ekki er unnt að skattleggja tekjur af fasteign, sem staðsett er í heimilisfestarríki samnings, með tekjum af fastri starfsstöð í keldulandi samnings.¹¹⁵

1.4.3 Arður

Í köflum 1.3 hér að framan var gerð grein fyrir skiptingu skattlagningarréttar varðandi tekjur af atvinnurekstri samkvæmt 7. gr. OECD-fm.¹¹⁶ Umfjöllunarefnið þar var semsé þær aðstæður er aðili heimilisfastur í samningsríki aflar tekna með atvinnurekstri á fastri starfsstöð í hinu ríkinu, það er keldulandi samnings. Starfsstöðin, sem atvinnureksturinn er stundaður á, telst ekki sjálfstæður skattaðili og þaðan af síður er um sjálfstætt fyrirtæki að ræða. Byggi heimilisfestarríki atvinnurekanda skattlagningarrétt sinn á alheimsreglunni getur aðilinn, því bæði þurft að greiða skatt af heimisfestarlands- og keldulandstekjum

¹¹⁰ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 223.

¹¹¹ Þetta má sýna með einföldum hætti svo: Skoðum fyrst brúttóaðferðina og svo nettóaðferðina: Mildunarháfar tekjur x brúttó mildunarháfar tekjur/alheimstekjur, 50/100, gefur mildun jafnt og 0,50. Mildunarháfar tekjur - gjöld, nettó mildunarháfar tekjur/alheimstekjur, 40/100 gefur mildun jafnt og 0,40. Afletting tvískattlagningar þegar brúttóaðferð er beitt gefur því hærri mildun.

¹¹² Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls.

224. Nánar, sjá Bent Munch Pedersen í SU (Skatt udlænd), 1998,3. Sami í SU 1999,185.

¹¹³ Sbr. 1-liður athugasemda við 6. gr. (20058-útgáfan) OECD-fm.

¹¹⁴ Sbr. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 3. útg., 31-lið athugasemda við 21. gr.

¹¹⁵ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 225.

¹¹⁶ Um arð, sjá Aage Michelsen, 3. útg., bls. 263. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 226.

sínum.¹¹⁷

Þessi skattlagning beinist umfram allt að hinum reglulegu tekjum starfsstöðvarinnar. Heimtaka hagnaðarins, það er mismunurinn á heildartekjum og heildargjöldum, er hins vegar almennt skattfrjáls. Tekjur fastrar starfsstöðvar í keldulandi samnings sæta því ekki efnahagslegri tvískattlagningu eins og úthlutaður hagnaður hlutafélags. Gagnstætt fastri starfsstöð telst slíkt félag sjálfstæður skattaðili, sem þýðir, að álagður skattur í heimilisfestarríki samnings á hagnaðinn er yfirleitt endanlegur. Hluthafar í keldulandi samnings þurfa því almennt ekki að óttast að verða skattlagðir nema hagnaði félagsins sé úthlutað til þeirra. Um skiptingu skattlagningarréttarins þegar svo stendur á er fjallað 10. gr. OECD-fm. Tekur hún til hagnaðar af hlutareign í félögum sem úthlutað er til hlutareiganda eða hluthafa þar með talið fengins arðs fra hlutafélagi.

Gildissvið 10. gr. fyrirmyndarinnar takmarkast þar að auki við arð, er félag heimilisfast í samningsríki úthlutar til aðila sem heimilisfastur er í hinu samningsríkinu, það er keldulandi samnings, eða ónefndu þriðja ríki.¹¹⁸ Hvort sem félagið er skyldugt að halda eftir afdráttarskatti (e. withholdingtax) af arðinum eða ekki, er það hluthafinn, sem á endanum ber skattinn. Heimilisfestarríki samnings í merkingu 10. gr. telst þess vegna það ríki, sem hluthafinn er búsettur í, en kelduland samnings það samningsríki, sem félagið, er greiðir af hendi arðinn á heima. Í 10. gr.

OECD-fm er skattlagningarrétti til arðs skipt á milli keldulands samnings og heimilisfestarríkis.¹¹⁹

Við skiptinguna er annars gengið út frá því að heimilisfestarríki hluthafans skuli hafa forgangsrétt á að skattleggja arðinn. Frá þessari meginreglu er þó vikið í 2. mgr. 10. gr. fyrirmyndarinnar, sem mælir svo fyrir um, að kelduland samnings megi leggja allt að 5% til 15% skatt á heildar(brúttó) fjárhæð arðsins. Heimilisfestarríki hluthafans ber því að milda samkvæmt aðferðarákvæðum 2. mgr. A-liðar eða 1. mgr. B-liðar 23. gr., OECD-fm, það er veita skattfrádrátt vegna álagðs skatts í keldulandi samnings.¹²⁰

Samkvæmt 2. mgr. 10. gr. er gerður greinarmunur á úthlutun til móðurfélags og úthlutun til annarra hluthafa. Í því sambandi er rétt að vekja athygli á því að greinin vikur frá móður-dóttur-tilskipun Ervrópusambandsins og innlendum rétti varðandi skilgreiningu á því hvenær móðurfélag telst vera fyrir hendi. Samkvæmt 2. mgr. 10. gr. verður móðir þannig að lágmarki að eiga 25% í félaginu, sem greiðir út arðinn, en samkvæmt móður-dóttur tilskipuninni er gengið út frá 10% eignarhaldi. Samkvæmt innlendum rétti áður fyrr var engin eignarhaldskrafa gerð og gildi því einu hversu stór eignarhluti móðurinnar var. Með lögum nr. 128/2009 hefur þessu nú verið breytt þannig að áskilið er að félag eigi í lok þess árs, sem arður er greiddur vegna, a.m.k. 10% í þeim lögaðila sem greiðir arðinn.¹²¹

117 Þessu er í grundvallaratriðum eins farið þegar persónubundin félög, sem ekki teljast sjálfstæðir skattaðilar, eiga í hlut.

118 Vegna þessa er aðeins unnt að skattleggja arð frá félagi í heimilisfestarríki skattaðila eða ónefndu þriðja ríki í heimilisfestarríkinu, sbr. 21. gr. OECD-fm. Samkvæmt íslenskum skattalögum sætir aðeins arður greiddur af íslenskum fyrirtækjum takmarkaðri skattskyldu, sbr. 7. tölul. 3. gr. TSL. Athuga þó arð erlendis frá sem tilheyrir fastri starfsstöð hér á landi.

119 Arðsákvæði þeirra tvísköttunarsamninga sem Ísland hefur gert vikja oft frá samningsfyrirmynd OECD, sbr. 10. gr. Helgast það af því hversu frábrugðnar þær reglur eru sem einstök lönd nota til að afleita efnahagslegri tvísköttun, það er skattlagningu hinna reglulegra tekna félags og úthlutun þeirra sem hagnaðar til félagsmanna í því, sbr. Philip Baker: Double Taxation Convention and International Tax Law, 2.

útg., bls. 227.

120 Arður, sem hlutafélag greiðir öðru hlutafélagi, er undanþegin félagaskatti. Greiði félagið arðinn út úr landinu var hann hins vegar til skamms tíma skattskyldur. Ýmsir héldu því fram að þetta bryti í bága við stofnsetningarrétt EES-samningsins, sjá Vala Valtýsdóttir: Áhrif EES-samningsins á íslenska skattarétt, Lögmannablaðið 2000, bls. 27 og áfram. Leiddi þetta til þess að gildissvið frádráttarreglunnar var vikkað. Í dag er arður sem greiddur er félögum með staðfestu á evrópska efnahagssvæðinu því undanþeginn skatti eins og fenginn arður sem íslensk hlutafélög móttaka. Um framkvæmdina í Danmörku, sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 197, einkum tilvísun 466. Aage Michelsen, 3. útg., bls. 264.

121 Sjá 7. gr. laga nr. 128/2009. Eignarhaldskrafa þessi gildir frá og með 1. jan. 2010.

Við úthlutun til móðurfélags má ríkið þar sem félagið er greiðir út arðinn er heimilisfast, það er að segja kelduland samnings, skattleggja arðinn með 5% skatti af heildarúthlutuninni ef ofangreint skilyrði um tiltekið lágmarkseignarhald er fullnægt. Aðrir hluthafar, þar á meðal aðalhluthafar, þurfa hins vegar að svara 15% skatti. Í þessu

sambandi ber þó að geta þess að algengt er að Ísland viki frá fyrra viðmiðinu í tvísköttunarsamningum við önnur lönd, sbr. eftirfarandi yfirlit.¹²²

Frá ofangreindum reglum eru tvær undantekningar að finna í innlendum rétti.

LAND (A)	ARÐUR (B)		KRAFA (C)
Staðfestir samningar Samningsbundin lönd	Einstaklingar og fyrirtæki, almennt	Fyrirtæki sem fullnægja C um	Ákv. lágmarks eignarhald
Staðfestir samningar	(%)	(%)	(%)
1 Belgía	15	5	10
2 Kanada	15	5	10
3 Kína	15	5	25
4 Danmörk	15	0	10
5 Eistland	15	5	25
6 Færeyjar	15	0	10
7 Finnland	15	0	10
8 Frakkland	15	5	10
9 Þýskaland	15	5	25
10 Grænland	15	5	25
11 Ungverjaland	15	5	10
12 Írland	15	5	25
13 Lettland	15	5	25
14 Litháen	15	5	25
15 Luxemborg	15	5	25
16 Malta	15	5	10
17 Holland	15	0	10
18 Noregur	15	0	10
19 Pólland	15	5	25
20 Portúgal	15	10	25
21 Rússland	15	5	25
22 Spánn	15	5	25
23 Svíþjóð	15	0	10
24 Sviss	15	5	25
25 Tékkland	15	5	25
26 Slóvakía	10	5	25
27 Víetnam	15	10	25
28 Bretland	15	5	10
29 Bandaríki N-Ameríku	15	5	10
Ósamningsbundin lönd ¹²³	10	10	10
Óstaðfestir samningar:			
Ítalía	15	5	10

122 Sjá vefslóðina: http://www.rsk.is/show_page.asp?url=international/corporations_05.asp&val=2.0. Ath. ekki er vist að þessi veðslóð sé enn þá virk.

123 Þótt Íslandi sé heimilt að halda eftir 15% afdráttarskatti til manna, sem búsettir eru erlendis, leiðir af 4. tölul. 70. gr. TSL að skatturinn getur aldrei orðið hærrí en 10%.

1.4.3.1 Hugtakið arður

Fjallað er um það hvaða skilning beri að leggja í hugtakið arð við framkvæmd samnings í ákvæði 3. mgr. 10. gr. OECD-fm. Til að fyrirbyggja ágreining milli einstakra landa um ákvörðun arðs í skilningi 10. gr., hefði sjálfsagt verið best, að skilgreina hugtakið með tæmandi hætti í samningsfyrirmyndinni, það er sleppa að vísa til laga í öðru hvoru ríkinu um túlkun þess. En vegna þess hversu ólíkt arðshugtakið er í lögum einstakra aðildarríkja OECD hefur það ekki tekist.¹²⁴ Í staðin var sú leið farin að láta 3. mgr. 10. gr. telja upp helstu tekjulindir arðs en að vísa að öðru leyti um afmörkunina til keldulands samnings:

„Hugtakið „arður“ merkir í þessari grein tekjur af hlutabréfum, arðsskilríkjum eða arðsréttindum, námuhlutabréfum, stofnbreífum eða - að undanskilyldum skuldakröfum - öðrum réttindum til hlutdeildar í hagnaði, svo og tekjur af öðrum félagsréttindum sem skattlögð eru á sama hátt og tekjur af hlutabréfum samkvæmt löggjöf þess ríkis þar sem félagið sem framkvæmir úthlutunina er heimilisfast.“¹²⁵

Tilvísun ákvæðisins til skattalöggjafar í keldulandi samnings er sett þannig fram að ekki þarf að sundurgreina arð samkvæmt þröngri (venjulegur arður) og rúmri merkingu (dulinn arður). Aðalatriðið er hvort hlutaðeigandi tekjur séu skattlagðar eins og arður samkvæmt skattalögum

keldulands samnings. Þau skattalög, sem mestu skipta um skattlagninguna, eru gildandi lög á þeim tíma sem arður er greiddur. Umfang hugtaksins í lögum á þeim tíma, er samningur var gerður, er því aukaatriði.¹²⁶

Eðli arðshugtaksins er auðvitað mismunandi eftir löndum. Ef Ísland er kelduland samnings ræðst inntak hugtaksins umfram allt af 7. tölul. 3. gr. TSL, sbr. nánar 2. mgr. 11. gr. sömu laga. Sem arður samkvæmt þeirri grein reiknast 1) venjuleg úthlutun, 2) lækkan á hlutafé og 3) úthlutun við félagsslit. Övenjuleg eða óheimil úthlutun telst hins vegar laun þegar um starfandi hluthafa er að ræða en gjöf þegar aðrir eiga í hlut.¹²⁷ Taki erlendis búsettur maður verðmæti út úr innlendu hlutafélagi andstætt ákvæðum hlutafélagalaga um arðsúthlutun ætti því að skattleggja hann samkvæmt 1. og eða 2. tölul. 3. gr. TSL sem þýðir að skipting skattlagningarrettarins fer eftir 15. gr. OECD-fm.¹²⁸

Þetta er út af fyrir sig gott og blessað. Vandamálið er hins vegar að allsendis er óvíst hvort launahugtakið í 1. og eða 2. tölul. 3. gr. TSL taki til dulins arðs enda skýrskotar 2. mgr. 11. gr. TSL aðeins til 1. tölul. A-liðar 7. gr. og 4. tölul. A-liðar sömu greinar. Hugsanlegt er því að skattlagningarheimild vanti þegar svona stendur á. Ósamræmi í skilgreiningu á arðshugtakinu milli landa er algengt. Hér á landi skattleggjast endurkaup hlutafélags á eignarhluta hluthafa sem hagnaður. Í Danmörku eru slík endurkaup

¹²⁴ Sbr. OECD-fyrirmyndina (2008-útgáfan), 23-liður athugasemda við 10. gr.

¹²⁵ Í ensku útgáfunni hljóðar ákvæðið svo: „The term „dividends“ as used in this Article means income from shares, „jouissance“ shares or „jouissance“ rights, mining shares, founders' shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from other corporate rights which is subjected to the same taxation treatment as income from shares by the laws of the State of which the company making the distribution is a resident.“ Í enskri útgáfu tvísköttunarsamninga, sem Ísland hefur gert, er notað orðið dividend. Þetta orð er svo þýtt sem ágóðahlutur, sem hlýtur að verða að teljast einkennilegt þar sem til undantekninga heyrir, að umrætt orð, ágóðahlutur, sé notað

um arð í skattarétti.

¹²⁶ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 228. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 199-liður athugasemda við 10. gr.

¹²⁷ Skattlagning óheimilla úttekta er auðvitað með ýmsum hætti hjá þjóðum. Algengast er að þær séu skattlagðar sem arður og er Ísland þá bundið af því, sbr. OECD-fyrirmyndina, 2008-útgáfan, 28-liður athugasemda við 10. gr. Álitamál er þó hvort þetta eigi ekki aðeins við um ákvörðun mildunarinnar. Sjá nánar Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 229. Aage Michelsen, 3. útg., bls. 263.

¹²⁸ Hér gengið út frá því að fullnægjandi skattlagningarheimild sé fyrir hendi en alls ekki er víst að svo sé í raun.

á hinn bóginn oftast skattlögð sem arður.¹²⁹ Málið er ekki heldur svo einfalt hér á landi.

Hin rúma arðskilgreining, sem 11. gr. TSL hefur að geyma, tekur þannig einkum til manna. Þegar um fyrirtæki er að ræða er hins vegar litið á arðinn sem hverjar aðrar tekjur og því skiptir höfuðmáli hvort unnt sé að undanþiggja þær skattlagningu samkvæmt 9. tölul. 3l. gr. TSL eða ekki. Við mat á skattfrelsinu verður að hafa í huga að arðshugtakið samkvæmt því ákvæði er mun þrengra en arðshugtakið í 11. gr. TSL. Einungis arður, sem úthlutað er samkvæmt XII. kafla laga nr. 2/1995, um hlutafélög, og laga nr. 138/1994, um einkahlutafélög, er nefnilega frádráttarbær. Lækkun hlutafjár samkvæmt VII kafla og úthlutun við félagsslit samkvæmt XIII kafla hlutaðeigandi laga telst því að fullu til tekna.

Aðila getur semsé hlotnast tekjur sem skilgreindar eru sem arður samkvæmt innlendum lögum hér á landi og Ísland er bundið af samkvæmt alþjóðlegum rétti en verið meinað að undanþiggja arðinn afdráttaskatti vegna ákvæðis sem undanskilur greiðsluna arði. Eins horfir þetta við þegar innlend fyrirtæki móttaka lækkun eða úthlutun við félagsslit erlendis frá. Ef til vill er staða þeirra þó eilítið betri en erlendu félaganna þar sem Íslands er bundið af arðsskilgreiningu keldulandsins.¹³⁰ Keldulandstilvísun 3. mgr. 10. gr. vísar nefnilega frá hinni almennu tilvísun í 2. mgr. 3. gr. fyrirmyndarinnar, sem túlkuð

er þannig að átt sé við löggjöf þess lands er framkvæmir samning hverju sinni.¹³¹

Ef Ísland er heimilisfestarríki ber því að leggja 10. gr. til grundvallar lögskiptunum jafnvel þótt greiðslan teljist ekki arður samkvæmt íslenskum lögum. Við þetta mat er þó nauðsynlegt að hafa í huga að túlkun keldulands samnings hefur einungis forgang gagnvart hinni samningsbundnu mildun í heimilisfestarríki skattaðila það er útreikning á fjárhæð skattundanþágu með stighækunarfyrirvara eða skattfrádrætti. Skattlagning arðsins í því ríki er því aukaatriði.¹³² Ísland grtur því skattlagt þrátt fyrir allt. Ekki er heldur unnt að nota 3. mgr. 10. gr. fyrirmyndarinnar sem skiptingarákvæði ef hlutaðeigandi greiðsla telst hvorki arður samkvæmt löggjöf keldulands samnings né samkvæmt hinni almennu skilgreiningu 3. mgr. 10. gr. Í því sambandi gildir einu þótt greiðslan sé skilgreind, sem arður, samkvæmt lögum heimilisfestarríkisins.¹³³

Þótt ákvæði 10. gr. OECD-fm vísi til löggjafar í keldulandi samnings um skilgreiningu á arði eru takmörk fyrir því hvaða tekjur unnt er að skilgreina sem arð. Kelduland samnings hefur með öðrum orðum ekki algerlega frjálsar hendur við ákvörðun arðshugtaksins. Þetta helgast af því að 3. mgr. 10. gr. hefur auk tilvísunar til löggjafar í keldulandi samnings að geyma skilgreiningu á arðshugtakinu. Þessi skilgreining, sem samanstandur af

129 Sbr. B-lið 16. gr. álagningarlaganna er hljóðar svo: „Afstár en aktionær eller andelshaver aktier, andelsbeviser og lignende værdipapirer, herunder konvertible obligationer, samt tegningsret til sådanne værdipapirer til det selskab, der har udstedt de pågældende værdipapirer, medregnes afståelsessummen i den pågældendes skattepligtige almindelige indkomst. Dette gælder ikke ved afståelse af aktier m.v., der er omfattet af § 7 A, og når det ved udstedelsen af aktierne er betinget, at aktierne ved afståelse eller ved medarbejderens død tilbagesælges til selskabet, der i så fald er forpligtet til at erhverve disse. Det er dog en betingelse, at medarbejderaktionæren ikke er hovedaktionær i selskabet efter aktieavancebeskatningslovens § 11, stk. 2-4.”

130 Þótt Ísland, sem heimilisfestarland, verði að setta sig við að leggja beri 10. gr. til grundvallar auðkenningu teknanna breytir það í sjálfu sér ekki meðhöndlun þeirra samkvæmt

innlendum lögum.

131 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 229

132 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 229, einkum tilvísun 198 á þeirri síðu.

133 Selji aðili með heimilisfesti í Danmörku íslensku hlutafélagi hlutabréf sín í félaginu skattlegst það sem hagnaður hér á landi. Ákvæði 10. gr. er því ónothæft. Eðlilegt er því að menn spyrji hvaða skiptingarákvæði eigi að nota. Í Danmörku kemur ákvæði 4. mgr. 13. gr. varla til álita þar sem tekjurnar eru ekki hagnaður samkvæmt dönskum lögum. Prautalendingin er því 21. gr. er fjallar um aðrar tekjur. Samkvæmt þeirri grein hefur heimilisfestarríkið forgangsrétt á að skattleggja og kemur því eðlilega ekki til neinnar mildunar í Danmörku þegar svo stendur á, sbr. 1. mgr. 21. gr.

dæmum af nokkrum algengum arðslindum, er vissulega frekar veik. Eigi að síður gefur hún ákveðna vísbendingu um hvar ytri mörk hugtaksins liggja. Greiðslur samkvæmt 7. tölul. 3. gr., sbr. 11. gr. TSL falla þó ávallt undir samningsákvæði eins og 10. gr.¹³⁴

Samkvæmt 3. mgr. 10. gr. OECD-fm ber að afmarka arð gagnvart tekjum af skuldakröfum. Vextir af skiptiskuldabréfum geta þannig ekkitalist arður. Breytirenghúþótt þeir séu skilgreindir sem slíkir í keldulandi samnings.¹³⁵ Ákvæði 10. gr. einskorðast við úthlutun frá félögum. Með félögum í þessu sambandi er umfram allt átt við félög sem teljast sjálfstæðir skattaðilar samkvæmt lögum hlutaðeigandi lands.¹³⁶ Samkvæmt íslenskum lögum sæta þátttakendur í sameignarfélagi ekki skattlagningu vegna úttekta sinna úr félaginu. Þess í stað greiða þeir skatt af hagnaði félagsins í hlutfalli við eignarhlutdeild sína. Á þessu byggir fyrirmynd OECD þar sem í henni kemur fram að slíkar úttektir teljist ekki arður samkvæmt 10. gr. heldur atvinnurekstrartekjur þátttakendanna.¹³⁷

1.4.3.2 Uppgjör arðs

1.4.3.2.1 Uppgjör í keldulandi samnings
Við álagningu afdráttarskatts gerir ákvæði 2. mgr. 10. gr. OECD-fyrirmyndarinnar mun á úthlutun arðs til móðurfélags, það er félags í hinu aðildarríkinu, sem á beint 25% af hlutafénu í því félagi er greiðir út arðinn og úthlutun til annarra hluthafa.¹³⁸ Við úthlutanir dótturfélags til móðurfélags getur ríkið, þar sem félagið er úthlutar arðinum á heima, aðeins skattlagt arðinn með 5% hlutfalli af brúttóarðinum. Á hinn bóginn

er hlutfallið 15% við úthlutanir til annarra hluthafa. Samkvæmt þessu er tvenns konar hámark á skatthlutfalli arðs, sem unnt er að beita, annars vegar 5% hámark og hins vegar 15% hámark. Ákvæðið segir aftur á móti ekkert til um það hvernig kelduland samnings skuli ákvarða arðstekjurnar í innlendum rétti hjá sér.

Kelduland samnings verður því ekki talið brjóta samning þótt það ákveði að gera skuli tekjurnar upp á nettógrunni. Landið þarf aðeins að gæta þess að skatturinn af nettótekjunum sé ekki hærri en 5% eða eftir atvikum 15% af heildartekjunum. Samkvæmt a-lið 7. tölul. 70. gr. TSL hefur Ísland heimild til að skattleggja arð sem takmarkað skattskyldum mönnum hlotnast með 18% skatthlutfalli. Ljóst er því að Ísland getur ekki fullnýtt skattlagningarheimild sína samkvæmt OECD-fyrirmyndinni. Öðru máli gegnir þegar lögðilar eiga í hlut. Hjá þeim er skatturinn nefnilega 15%, sbr. b-lið sama tölulíðar.

Í því sambandi er þó undirskilið að eignarhald móðurinnar nái ekki 25% í dótturinni. Annars lækkar afdráttarskatturinn í 5%. Samkvæmt samningsfyrirmyndinni er ekki gerð krafa um að félag hafi átt 25% eignarhlut í hinu innlenda félagi í neinn ákveðinn lágmarkstíma. Í sjálfu sér er ekkert því til fyrirstöðu að félagið njóti hins lægra skatthlutfalls þótt lágmarkinu hafi verið náð skömmu fyrir úthlutun. Hér eins og annars staðar í skattaréttinum gildir þó að ekki sé unnt að byggja rétt á málamyndasamningum. Komi í ljós að kaup á viðbótareignarhlut eru ekki raunveruleg getur félag því átt á hættu að skattlagning samkvæmt hinu lægra skatthlutfalli verði

134 Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 230. Nánar um afmörkun arðshugtaksins, sjá Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5. útg., 185-liður við 10. gr.

135 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2008-útgáfan, 24-liður athugasemda við 10. gr.

136 Hugtakið félag er skilgreint í b-lið 1. mgr. 3. gr. svo: „félag“ merkir sérhver persóna að lögum eða sérhverja sameiningu

sem að því er skatta varðar telst persóna að lögum“.

137 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2008-útgáfan, 27-liður athugasemda við 10. gr.

138 Hér er auðvitað undirskilið að arðurinn sé ekki undanþeginn skatti samkvæmt 9. tölul. 31. gr. TSL eða gildandi tvísköttunarsamningi milli Íslands og hlutaðeigandi samningsríkis.

hafnað.

1.4.3.2.2 Uppgjör í heimilisfestarríki sammings

Heimilisfestarríki er ekki skyldugt að gera arðstekjur upp á einn ákveðinn hátt. Jafnvel þótt kelduland sammings hafi heimild til að skattleggja heildararðstekjur hluthafa með allt að 15% skatthlutfalli og innheimti slíkan skatt er heimilisfestarríkið ekki skyldugt að gera arðstekjurnar upp sem brúttótekjur hjá sér. Við uppgjör hinna mildunarhæfu arðstekna, sem leggja ber til grundvallar skattafrádráttarmildunni í 23. gr. fyrirmyndarinnar verður því að fylla hlutaðeigandi tvísköttunarsamning með innlendum verklagsreglum, það er íslenskum verklagsreglum hér á landi.¹³⁹

Hér á landi hefur ekki verið lögfest nein sérstök aðferð við uppgjör mildunarhæfra tekna. Eðli málsins samkvæmt hlýtur uppgjórið því að fara eftir II kafla skattalaganna annars vegar og III kafla sömu laga hins vegar. Menn, það er einstaklingar greiða 18% skatt af arði og er almennt ekki unnt að draga neinn kostnað frá honum. Skattur þeirra er því sem næst brúttóskattur. Þessu er öðruvísi farið ef maður stundar atvinnurekstur eða lögadili er móttkandi arðsins. Frá tekjum slíkra aðila, þar með talið af arði, er nefnilega heimilt að draga kostnað við öflun þeirra.¹⁴⁰ Skattur þeirra er því nettóskattur. Við mildun samkvæmt skattafrádráttaraðferð á skattaðili rétt á að draga erlendan arðskatt frá íslenska skattinum.

Forsenda fyrir frádrætti er því að aðili greiði arðskatt hér á landi. Skattur, sem

frádráttur er leyfður á, getur þó aldrei verið hærri en íslenska skattinum nemur, það er 15 og eða 18%. Heildarskattur manna af mótteknum arði frá félögum, sem heimilisföst eru í ríki, er Ísland hefur gert tvísköttunarsamning við, er því sjaldan lægri en 15%. Ef arðurinn er undanþeginn skatti hér á landi svo sem algengt er um arð sem hlutafélög, þar með talið einkahlutafélög, fá greiddan erlendis frá, leiðir af sjálfu sér að ekki er unnt að veita neina mildun.¹⁴¹ Félagið, er í hlut á, getur hins vegar reynt að fá arðskattinn dreginn frá tekjum sem rekstrarkostnað.

1.4.3.3 Rekstrarstöðvarfyrirvari

Ákvæði 10. gr. ganga almennt út frá því að hlutabréfin séu í eign manns eða félags í hinu sammingsríkinu enda er algengast að því sé þannig farið. Föst starfsstöð eða staður, sem maður eða félag í sammingsríki rekur í keldulandi sammings, getur auðvitað líka átt hlutabréf og beri að heimfæra þau hjá starfsstöðinni eða staðnum verður að gera arðinn af bréfunum upp með tekjum starfsstöðvarinnar eða staðarins. Þetta leiðir sjálfkrafa af starfsstöðvarfyrirvara 4. mgr. 10. gr.¹⁴²

Heimfærsla hlutabréfa til fastrar starfsstöðvar eða staðar hefur aðallega tvær afleiðingar. Í fyrsta lagi sætir afdráttarskattlagning keldulands sammings ekki sömu takmörkum og í 2. mgr. 10. gr. getur. Kelduland sammings er því ekki óheimilt að leggja hærri skatt á heildararðinn en eftir atvikum aðeins 5% eða 15% skatt. Sé um að ræða einstakling í

139 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2008-útgáfan, 21-liður athugasemda við 10. gr.

140 Sem dæmi um slíkan kostnað má nefna vexti af lánnum er tekin hafa verið til að kaupa fyrir hlutabréf, sjá nánar Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 232, einkum tilvísun nr. 203, þar sem grein er gerð fyrir dönskum dómum varðandi slíkan frádrátt.

141 Sjá Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 232, einkum tilvísun 204 á þeirri síðu.

142 Rekstrarstöðvarfyrirvarinn í 4. mgr. 10. gr. tekur umfram allt til arðs frá félögum í keldulandi sammings. Arður frá

félögum í heimilisfestarríki eða önefndu þriðja landi getur þó einnig tilheyrt fastrí starfsstöð eða stað, sbr. 7. gr. og áður 14. gr. OECD-fm. Ef félag í heimilisfestarríki greiðir arð til fastrar starfsstöðar í keldulandi sammings getur heimilisfestarríkið ekki ekki skattlagt arðinn með allt að 15% skatthlutfalli sem kelduland sammings. Þessi niðurstaða getur virst ósanngjörn vegna þess að með henni verður staða heimilisfestarríkisins lakari en keldulands sammings. Í fyrirmynd OECD að tvísköttunarsamningi segir enda að sammingsríkin geti vikið frá fyrirmyndinni að þessu leyti, sbr. OECD-fyrirmyndina, 2008-útgáfan, 5-liður athugasemda við 21. gr.

rekstri er þannig ekkert því til fyrirstöðu að leggja t. d. 37,22%, 40,12% eða 46,12% skatt á arðinn. Í annan stað leiðir það af heimfærslu teknanna til fastrar starfsstöðvar eða staðar að gera verður arðinn upp sem nettótekjur, sbr. 7. gr. (og áður 14. gr.).¹⁴³

1.4.3.4 Söluhagnaður af hlutabréfum

Hagnaður af sölu hlutabréfa skal samkvæmt 4. mgr. 13. gr. OECD-fm aðeins skattlagður í heimilisfestarríki aðila. Kelduland samnings hefur því ekki rétt á að skattleggja hagnaðinn að neinu marki eins og þegar um arð er að ræða, sbr. 2. mgr. 10. gr. fyrirmyndarinnar. Þetta gildir þó ekki ef hlutabréf tilheyra fastri starfsstöð eða föstum stað í keldulandi samnings. Samkvæmt 2. mgr. 13. gr. samningsfyrirmyndarinnar hefur kelduland samnings nefnilega heimild til að skattleggja hagnaðinn eins og aðrar tekjur starfsstöðvarinnar eða staðarins þegar svo stendur á. Föst starfsstöð, sem erlendur aðili rekur hér á landi, á ekki rétt á að undanþiggja hagnað af sölu hlutabréfa, sem það á í öðrum félögum, skatti samkvæmt a-lið 9. tölul. 31. gr. TSL.

Í þessu felst auðvitað mismun sem hugsanlega er bæði í andstöðu við alþjóðlegan skattarétt, sbr. 25. gr. fyrirmyndarinnar um bann við mismunun við skattlagningu á ólíkum rekstrarformum (innlent fyrirtæki sem starfrækir útibú og erlent fyrirtæki sem starfrækir útibú) og EES rétt, einkum banninu við hindrun á frjálsri stofnsetningu fyrirtækja en samkvæmt því er óheimilt að hindra fyrirtæki í að velja sér það rekstrarform er best hentar starfseminni hverju sinni.

1.4.4 VEXTIR

Ákvæði 11. gr. fyrirmyndarinnar gildir við þær aðstæður er aðili heimilisfastur í samningsríki færgreidda vexti frá keldulandi samnings.¹⁴⁴ Vextirnir verða semsé að vera upprunir í keldulandi samnings. Eins og skattlagning arðs grundvallast skipting skattlagningarréttar vaxta á málamiðlun milli ólíkra sjónarmiða í aðildarríkjum OECD. Skattlagningarrétturinn er í höndunum á heimilisfestarríkinu, það er landinu sem viðtakandinn er búsettur í. Kelduland samnings hefur hins vegar rétt á að skattleggja vexti, sem uppruna eiga í því ríki, að ákveðnu hámarki. Samkvæmt 2. mgr. 11. gr. nemur þetta hámark 10% af heildarvöxtunum.

Heimilisfestarríki verður því að milda tvískattlagninguna samkvæmt skattafrádráttaradferð, sbr. 2. mgr. A-liðar 23. gr. eða 1. mgr. B-liðar 23. gr. OECD-fm vegna skattsins sem greiddur hefur verið í keldulandi samnings. Ákvæði 11. gr. fyrirmyndarinnar hafði áður fyrr almennt lítið gildi hér á landi. Samkvæmt íslenskum skattalögum var nefnilega ekki fyrir að fara neinni innlendra skattlagningarheimild. Með lögum nr. 70/2009 hefur nú verið bætt úr því. Ísland getur þó ekki skattlagt hafi það afsalað sér skattlagningarrétti í tvísköttunarsamningi, sbr. 3. másl. 1. gr. laganna er hljóðar svo: „Ákvæðið á ekki við kveði tvísköttunarsamningur sem Ísland hefur gert við erlent ríki á um að ekki skuli haldið eftir afdráttarskatti af vöxtum.“

¹⁴³ Af þessu leiðir að arður frá félagi í keldulandi samnings sem ber að telja til tekna hjá fastri starfsstöð eða stað vegna rekstrarstöðvarfyrirvara 4. mgr. 10. gr. OECD-fm mun verða skattlagður mildar en arður frá félagi í keldulandi samnings er ekki tilheyrir slíkum aðila þar sem skattlagningin beinist

að nettóarðinum en ekki brúttóarðinum það er heildararðstekjum hluthafa án nokkurs frádráttar.

¹⁴⁴ Sjá Aage Michelsen, 3. útg., bls. 267. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 233.

1.4.4.1 Hvers konar tekjur heyra undir 11. gr. OECD-fm

1.4.4.1.1 Skilgreining vaxta

Í 3. mgr. 11. gr. eru vextir skilgreindir með svofelldum hætti:

„Hugtakið „vextir“ merkir í þessari grein tekjur af hvers konar skuldakröfum, hvort sem þær eru tryggðar með veði í fasteign eða ekki, og hvort sem þeim fylgir réttur til hlutdeildar í hagnaði skuldunautar eða ekki, og einkum og sér í lagi, tekjur af ríkisverðbréfum og tekjum af skuldabréfum eða skuldaviðurkenningum, þar með talinn gengismunur og vinningar tengdir slíkum verðbréfum, skuldabréfum eða skuldaviðurkenningum. Refsiálögur vegna síðbúinna greiðslna (dráttarvextir, agv) teljast ekki vextir samkvæmt þessari grein.“¹⁴⁵

Þessi skilgreining er tæmandi. Gagnstætt skilgreiningunni á arði í 3. mgr. 10. gr. fyrirmyndarinnar hefur skilgreiningin á vöxtum í 3. mgr. 11. gr. því ekki að geyma neina tilvísun í lög keldulands samnings.¹⁴⁶ Um vaxtatekjur og vaxtagjöld hér á landi er fjallað í 8. gr. og 49. gr. TSL. Hugtakið er þó ekki sérstaklega skilgreint í hvorugri greininni og ræðst merking þess því umfram allt af almennri málvenju. Samkvæmt því mun vera átt við greiðslu fyrir afnot af peningum eða umliðan skuldar og ákvarðast þeir á hverjum tíma, sem tiltekinn hundradshluti af láni eða skuld, miðað við almanaksárið, það er tímabilið frá ársbyrjun til ársloka.

Ákvæði 1. mgr. 8. gr. TSL fjallar annars um

vexti af innstæðum og inneignum í bönkum, þar með talið vexti af stofnsjóðseignum, svo og vexti af hvers konar útstandandi kröfum, afföll af keyptum kröfum og gengishagnað. Þetta er hið almenna ákvæði og tekur það umfram allt til þeirra sem stunda atvinnurekstur. Til vaxta samkvæmt þessari skilgreiningu teljast einnig verðbætur á höfuðstól og afborganir, (vaxta)vinningar og dráttarvextir.

Um vexti sem mönnum hlotnast er aftur á móti fjallað í 2. mgr. greinarinnar og sýnist það vaxtahugtakjafnvel nokkuð rýmra en hið fyrra. Auk vaxta af innstæðum og inneignum þar með talið hvers konar kröfum samkvæmt ofansögðu falla þannig undir vaxtahugtakið afföll og gengishagnaður af keyptum verðbréfum, víxlum og sérhverjum öðrum kröfum sem í eðli sínu telst hagnaður en skattleggst eftir atvikum sem fenginn afföll eða gengishagnaður þar með talið hagnaður af hvers konar fjármálagerningum.¹⁴⁷

Þessu er í grundvallaratriðum eins farið um vaxtagjöld samkvæmt 49. gr. TSL, sbr. 1. tölul. þeirrar greinar en vextir samkvæmt henni teljast bæði vextir af skuldum, föstum og lausum, þar með taldir dráttarvextir svo og hvers konar lántökukostnaður, árlegur eða tímabundinn fastakostnaður, þóknanir, stimpilgjöld og þinglýsingarkostnað af lánum. Þetta rúma vaxtahugtak stemmir ágætlega við vaxtahugtak 3. mgr. 11. gr. OECD-fm. Ef skuldari endurgreiðir kröfuhafa hærri fjárhæð en hann fékk að láni teljast það vextir samkvæmt athugasemdom við ákvæðið í fyrirmyndinni.¹⁴⁸ Selji kröfuhafi skuldaviðurkenninguna þriðja aðila fyrir

145 Hið enska ákvæði hljóðar svo: „The term „interest“ as used in this Article means income from debt-claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor's profits, and in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures. Penalty charges for late payment shall not be regarded as interest for the purpose of this Article.“

146 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2008-útgáfuna, 21-lið athugasemda við 11. gr.

147 Almennt er talið að tekjur manna af afleiðum falli undir 2. mgr. 8. gr. TSL, sbr. eftirfarandi orðalag. „Til tekna í þessu sambandi telst enn fremur gengishækkun hlutdeildarskírteina, svo og hvers kyns gengishagnaður og afföll af keyptum verðbréfum, víxlum og sérhverjum öðrum kröfum og hvers kyns aðrar tekjur af peningalegum eignum“. Þótt slíkt orðalag sé ekki að finna í 1. mgr. greinarinnar verður almennt að ganga útfrá því að hið sama eigi við um atvinnurekendur. Tekjur af afleiðum skattleggjast því sem vextir hjá fyrirtækjum.

148 Sbr. OECD-fyrirmyndina, 2008-útgáfuna, 20-lið athugasemda við 11. gr.

hærra verð en hún hljóðar á, semsé á yfirverði, er á hinn bóginn litið á það sem hagnað sem þýðir að skattlagningarrétturinn skiptist eftir 13. gr. fyrirmyndarinnar.¹⁴⁹

Yfirleitt breytir þessi aðgreining ekki neinu ef Ísland er kelduland samnings þar sem tvísköttunarsamningur getur ekki rýmkað gildissvið hinnar takmörkuðu skattskyldu. Selji takmarkað skattskyldur aðili kröfu fyrir hærra verð en hún hljóðar á þarf hann því ekki að óttast að vera gerður hagnaðarskattur af sólunni. Afleiðingar hinnar tæmandi skilgreiningar á vaxtahugtakinu sjást hins vegar betur ef Ísland er heimilisfestarríki. Þá ber nefnilega að milda samkvæmt almennri skattafrádráttaraðferð, sbr. 2. mgr. A-liðar 23. gr. eða 1. mgr. B-liðar 23. gr., enda þótt tekjurnar teljist afföll eða gengishagnaður samkvæmt íslenskum lögum.¹⁵⁰

Afmörkun vaxta gagnvart arði veldur stundum erfiðleikum.¹⁵¹ Reynt er þó að fækka ágreiningstílefnunum eins og unnt er í fyrirmyndinni. Þannig segir í 3. mgr. 11. gr. OECD-fm að réttur kröfuhafa til hlutdeildar í hagnaði skuldunautar teljist vextir. Í athugasemdum OECD-fyrirmyndarinnar kemur fram að þetta eigi umfram allt við ef augljóst er af almennu auðkenni kröfu að hún sé vaxtaberandi lán.¹⁵² Vextir af skiptiskuldabréfum teljast sömuleiðis vextir uns umbreyting í hlutabréf hefur átt sér stað.

Ákvæði 2. málslíðar 3. mgr. 11. gr. fyrirmyndarinnar hefur að geyma neikvæða afmörkun á vöxtum. Samkvæmt henni teljast refsialögur vegna síðbúinnar greiðslu kröfu ekki vextir. Ekki er því unnt að fella dráttarvexti undir 11. gr. OECD-fm og breytir engu í því sambandi þótt þeir teljist vextir samkvæmt innlendum rétti hlutaðeigandi lands. Í OECD fyrirmyndinni er þetta rökstutt með vísan til þess að refsialögur vegna síðbúinnar greiðslu séu í eðli sínu - jafnvel þótt refsialagið sé reiknað út eins og dráttarvextir eða á annan hátt - nokkurs konar bætur til kröfuhafa vegna fjárhagslegs taps hans.¹⁵³

Stundi kröfuhafi atvinnurekstur á fastri starfsstöð og umræddar refsialögur tengjast starfsemi hans fer um skattlagninguna samkvæmt 7. gr. fyrirmyndarinnar. Ef atvinnurekstri er ekki til að dreifa eða ekki er unnt að heimfæra tekjurnar hjá starfsstöðinni kemur hins vegar til greina að fella tekjurnar undir 21. gr.¹⁵⁴

1.4.4.1.2 Staðsetning tekjuuppsprettunnar – frá hvaða landi stafa vextirnir

Ákvæði 11. gr. OECD-fm fjallar eingöngu um vexti sem stafa frá keldulandi samnings. Kelduland samnings hefur þess vegna aðeins heimild til að skattleggja vexti upp að ákveðnu marki að þeir eigi uppruna sinn

149 Sjá Zimmer, 3. útg., bls. 206. Verðbætur teljast vextir í merkingu fyrirmyndarinnar, sjá Mattsson í Edward Andersson, Nils Mattsson, Aage Michelsen og Frederik Zimmer: Hinn norræni tvísköttunarsamningur með athugasemdum, 2. útg., bls. 143. Um vandamál varðandi fjárhagslega samninga, sjá Søren Rasmussen og Jens Wittendorff, í framlagi Danmerkur í ársskýrslu IFA-ráðstefnunnar 1995, sbr. Cahiers LXXXb, bls. 151 og áfram. Ove Lykke Zeimer í SU 1997/36.

150 Sbr. Niles Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 235.

151 Þótt 10. gr. vísi um túlkun arðs til löggjafar í keldulandi samnings verður að afmarka arð gagnvart vöxtum á grundvelli túlkunar á hlutaðeigandi samningsákvæðum. Arðsskilgreiningin í 3. mgr. 10. gr. undanskilur jú gagnert skuldakröfur. Í vafatilvikum eins og þegar skera þarf úr því hvort um þunna (magra) eiginfjármögnun (vaxtaumbreyting eða frádráttar-skerðing) er að ræða verður þó að ganga útfrá löggjöfnni í keldulandinu, sbr. OECD-fyrirmyndin, 2009-útgáfan, 19-liður athugasemda við 11. gr.

152 Sjá til hliðsjónar eftirfarandi orðalag 7. tölul. 3. gr. TSL: „... eða öðrum réttindum til hlutdeildar í hagnaði eða af rekstri ...“. Enda þótt umrætt orðalag vísi umfram allt til tekna af sameignarfélögum, sem ekki eru sjálfstæðir skattaðilar, er ekki unnt að útiloka að um sé að ræða vexti. Teljist so vera takmarkar ákvæðið líklega skattlagningarrétt Íslands, sbr. Niles Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 236 varðandi túlkun á samsvarandi ákvæði í dönsku kelduskattalögnum. Í norræna tvísköttunarsamningnum hefur orðalagið „... hvort sem þeim fylgir réttur til hlutdeildar í hagnaði skuldunautar ...“ verið fellt brott úr ákvæðinu. Óvíst er þó að það breyti so miklu um niðurstöðuna, sjá Nils Mattsson í Edward Andersson, Nils Mattsson, Aage Michelsen og Frederik Zimmer: Norræni tvísköttunarsamningurinn með athugasemdum, 2. útg., bls. 141.

153 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2008-útgáfan, 22-liður athugasemda við 11. gr.

154 Sbr. Nils Mattsson í Edward Andersson, Nils Mattsson, Aage Michelsen og Frederik Zimmer: Norræni tvísköttunarsamningurinn með athugasemdum, 2. útg., bls. 142.

þar. Stundum getur verið erfitt að ákveða hvar uppspretta vaxta er, frá hvaða landi stafa þeir er því álitafnið. Vegna þessa hefur verið sett sérstakt ákvæði um uppruna vaxta í 5. mgr. 11. gr. fyrirmyndarinnar.

Meginreglan. Í 1. másl. 5. mgr. 11. kemur fram sú meginregla að vextir skuli teljast vera upprunir í samningsriki ef þeir eru greiddir af hlutaðeigandi ríki sjálfu eða öðru opinberu stjórnvaldi í ríkinu. Fyllingarregla. Hvað aðra vaxtagreiðendur snertir er við það miðað að þeir séu heimilisfastir í ríkinu. Samkvæmt því teljast vextir upprunir í hlutaðeigandi ríki ef þeir eru greiddir af aðila sem heimilisfastur í því ríki. Fullnægi greiðandi (skuldari) ekki þessu skilyrði, vextirnir eru t. d. greiddir af aðila sem er með heimilisfesti í heimilisfestarríki samnings eða ónefndu þriðja ríki á 11. gr. ekki við.

Starfsstöðvarfyrirvari. Frá ofangreindri meginreglu er síðan vikið í 2. másl. 5. mgr. 11. gr. OECD-fm. Samkvæmt henni skulu vextir teljast stafa frá því samningsriki þar sem aðili hefur fasta starfsstöð eða fastan stað. Þegar svo stendur á gildir því einu hvort skuldari er heimilisfastur í öðru hvoru samningsríkinu eða ónefndu þriðja landi. Skilyrði er þó að skuldin hafi verið stofnuð

af starfsstöðinni eða staðnum og umræddur aðili greiði vextina. Ákvæði 2. másl. 5. mgr. 11. gr. fyrirmyndarinnar á aðeins við þegar augljóst (e. clear, d. ábenbar) samband er milli skuldar og atvinnureksturs skuldarans á föstu starfsstöðinni eða staðnum.¹⁵⁵

Ekki er því nóg að unnt sé að draga vextina frá tekjum föstu starfsstöðvarinnar eða staðarins samkvæmt almennum uppgjorsreglum við uppgjör tekjuskattstofns hennar.¹⁵⁶ Ef vextirnir eru bornir af starfsstöðinni eða staðnum þýðir undantekningarreglan meðal annars að kelduland samnings með vísan til 2. mgr. 11. gr. fyrirmyndarinnar getur gert kröfuhafa að greiða allt að 10% skatt af vöxtunum jafnvel þótt bæði skuldari og kröfuhafi séu búsettir í heimilisfestarríki.¹⁵⁷

1.4.4.1.3 Ofháir vextir

Ákvæði 1. mgr. 11. gr. OECD-fm fjallar um það tilvik þegar heimtir vextir af kröfu eru hærrí en almennir markaðsvextir og orsök þessa er að rekja til hagsmunatengsla aðila. Gerist aðilar sekir um slíka hliðrun eða undanskot á tekjum á 11. gr. aðeins við um þá vexti sem samsvara markaðsvöxtunum. Skattlagning afgangans, það ermismunarins á umkröfðum vöxtum og markaðsvöxtunum, fer hins vegar

155 Sbr. OECD-fyrirmyndin, 2008-útgáfan, 27-liður athugasemda við 11. Með þessu er gefið til kynna að undantekningarreglan eigi við ef t. d. stjórn föstu starfsstöðvarinnar (staðarins) tekur lánið og notar það til að fullnægja skuldbindingum hennar, lánið er skuldfært í rekstri föstu starfsstöðvarinnar (staðarins) og fasta starfsstöðin greiðir kröfuhafa vextina beint. Ennfremur á undantekningarreglan við þótt höfuðstöðvarnara taka lánið ef það er síðan eingöngu notað af starfsstöðinni (staðnum), þótt höfuðstöðvarnara greiði vextina, ef þeir eru síðan skuldfærðir starfsstöðinni (staðnum). Undantekningarreglan á hins vegar ekki við ef höfuðstöðvarnara taka lánið og notar það síðan við rekstur fastra starfsstöðva í aðskildum löndum.

156 Það vandamál sem til umfjöllunar er í 2. másl. 5. mgr. 11. gr. má því ekki rugla saman við tekjuuppgjör fastrar starfsstöðvar eða staðar samkvæmt 7. gr. og áður 14. gr. í 2. másl. 5. mgr. 11. gr. eru hugtökin föst starfsstöð og áður staður hjá skuldara notuð til að ákveða staðsetningu tekjuuppsprettu hjá kröfuhafa en staðsetningu hennar ber að ákveða með tilliti til stöðu kröfuhafa samkvæmt samningnum. Ákvæði 2. másl. 5. mgr. 11. gr. á t.d. við þótt skuldari kröfu, það er sá aðili

sem stundar atvinnurekstur á fastri starfsstöð eða stað nýtur alls ekki verndar samkvæmt samningi t. d. vegna þess að hann er búsettur í ónefndu þriðja ríki, sbr. 1. gr. OECD-fm.

157 Ef skuldari er búsettur í þriðjaríki, P, en vextirnir eru greiddir af fastri starfsstöð er skuldarinn rekur í landinu K til kröfuhafa sem er búsettur í heimilisfestarríkinu H, getur landið K, kelduland samnings, lagt allt að 10% afdráttarskatt á brúttóvextina. Samkvæmt undantekningarreglunni í 2. másl. 5. mgr. 11. gr. hefur landið K nefnilega rétt á að líta svo á að vextirnir séu upprunir þar. Þar með er þó ekki sagt að málefni heimilisfestarríkisins H og þriðjaríkisins P séu afgreidd. Ef tvísköttunarsamningur hefur verið gerður milli þessara ríkja hefur ríkið P rétt á að líta svo á að vextirnir séu upprunir þar, sbr. 1. másl. 5. mgr. 11. gr. Fyrirmynd OECD (2005-útgáfan) leysir ekki öll vandamál sem upp geta komið í þessu sambandi, sbr. 28-lið athugasemda við 11gr. Almennit verður að telja að heimilisfestarríkið beri að veita mildun samkvæmt skat- tafrádráttaaðerð vegna beggja samninganna. Heildarfjárhæð mildunarinnar getur þó varla orðið hærrí en skattur heimilisfestarríkisins af vöxtunum.

eftir öðrum ákvæðum fyrirmyndarinnar, allt eftir því hvert raunverulegt eðli greiðslunnar segir til um hverju sinni.¹⁵⁸

1.4.4.2 Uppgjör vaxta

Kelduland samnings getur samkvæmt 2. mgr. 11. gr. lagt allt að 10% skatt á heildarfjárhæð vaxta. Í ákvæðinu segir hins vegar ekkert um það hvernig vextir skuli gerðir upp, aðeins hver hámarkskatturinn megi vera. Um uppgjörið hlýtur því að fara eftir innlendum lögum og eða verklagsreglum svo langt sem þær ná. Erlendis búsettir menn sem fá vexti greidda hér á landi greiða brúttóskatt af vöxtunum. Almennt eiga þeir því ekki rétt á neinum frádrætti. Sama gildir um hérlendis búsetta menn sem fá vexti í tekjur erlendis frá. Þeir greiða brúttóskatt einnig.

Þetta er heldur flóknara tilfelli lögáðila. Erlendis búsettir lögáðilar eru þó í grundvallar atriðum eins settir og menn. Almennt eiga þeir því ekki rétt á neinum frádrætti. Meira vafamál er hins vegar um innlenda lögáðila og tengist það umfram allt ákvörðun hinna mildunarhæfu tekna. Útreikningurinn byggist á mildunarbrotinu: erlendar tekjur deilt með alheimstekjum og er því augljóst að mildunin verður meiri eftir því sem erlendu tekjurnar eru hærri.

1.4.4.3 Rekstrarstöðvarfyrirvari

Hámark er á skattlagningarreitti keldulands samnings. Samkvæmt 2. mgr. 11. gr. OECD-fm má ekki leggja hærri skatt á heildarfjárhæð vaxta en 10%. Þetta hámark gildir ekki ef vextirnir tilheyra atvinnurekstri á fastri starfsstöð eða stað sem fyrirtæki í samningsríki stundar í keldulandi samnings, sbr. 4. mgr. 11. gr. fyrirmyndarinnar. Ákvæði

4. mgr. 11. gr. hefur því umfram allt það gildi að heimila keldulandi samnings að skattleggja vexti óháð því hámarki sem í 2. mgr. getur. Tilheyri vextirnir fastri starfsstöð eða stað ber að gera þá upp með tekjum hlutaðeigandi aðila en af því leiðir að bæði heimilisfestarríki og kelduland samnings eru skyldugt að gera upp vextina sem nettótekjur.¹⁵⁹

1.4.4.4 Afföll, gengishagnaður o. fl.

Undir 3. mgr. 11. gr. OECD-fm heyra eins og áður segir ákveðin afföll. Þau afföll, sem ekki falla undir vaxtahugtakið, er venjulega aðeins unnt að skattleggja sem kröfusöluhagnað í heimilisfestarríki skattaðila, sbr. 13. gr. fyrirmyndarinnar.

1.4.5 HÖFUNDALAUN

Ákvæði 12. gr. OECD-fm fjallar um höfundalaun sem uppruna eiga í keldulandi samnings. Samkvæmt greininni er einungis heimilt að skattleggja höfundalaun í heimilisfestarríki skattaðila.¹⁶⁰ Öfugt við það sem gildir um arð og vexti hefur kelduland samnings þar af leiðandi ekki rétt á að skattleggja höfundalaun upp að einu ákveðnu hámarki. Vegna þessa þarf heimilisfestarríki ekki að veita mildun samkvæmt 23. gr. fyrirmyndarinnar. Almennt er þess vegna litið svo á að kelduland hafi afsalað sér skattlagningarreitti.

1.4.5.1 Hvers konar tekjur heyra undir

12. gr. OECD-fm

Í 2. mgr. 12. gr. er að finna skilgreiningu á því hvað átt er við með höfundalaunum og

¹⁵⁸ Sjá OECD-fyrirmynda, 2008-útgáfa, 32-lið athugasemda við 11. gr. Nils Mattsson í Eward Andersson, Nils Mattsson. Aage Michelsen og Frederik Zimmer: *Norræni tvísköttunarsamningurinn með athugasemdum*, 2. útg., bls. 143. Klaus Vogel: *Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar*, 5. útg., 119-liður athugasemda við 11. gr. Philip Baker: *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2. útg., bls. 254.

¹⁵⁹ Sbr. Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2009, bls. 238.

¹⁶⁰ Um skiptingu skattlagningarretrarins í einstökum tvísköt-

tunarsamngum sem Ísland hefur gert, sjá http://www.rsk.is/show_page.asp?url=international/corporations_05.asp&val=2.0

¹⁶¹ Í athugasemdum fyrirmyndar OECD, 2008-útgáfan, um höfundalaun er ekki eins og um vexti, sagt að skilgreiningin sé tæmandi, sbr. 21-liður athugasemda við 3. mgr. 11. gr. Sú staðreynd veitir ríki þó ekki almenna heimild til að leggja innlenda rétt til grundvallar ákvörðun um það hvaða tekjur heyra undir 12. gr.

hljóðar hún svo:¹⁶¹

„Hugtakið „höfundalaun“ merkir í þessari grein hvers konar greiðslur sem tekið er við sem endurgjaldi fyrir afnot eða rétt til afnota af hvers konar höfundarrétti á verkum á sviði bókmennta, lista eða vísindalegrar starfsemi, þar með töldum kvikmyndum, hvers konar einkaleyfi, vörumerki, mynstri eða líkani, teikningu, leynilegri formúlu eða framleiðsluáðferð, eða fyrir upplýsingar um reynslu á sviði iðnaðar, viðskipta eða vísinda.“¹⁶²

Höfundalaun eru í eðli sínu eins konar leiga fyrir afnot af óefnislegum eignum.¹⁶³ Greiðsla fyrir sölu hinna óefnislegu réttinda fellur því ekki undir ákvæði 12. gr. OECD-fm heldur 13. gr.¹⁶⁴ Samkvæmt 1963- og 1977-útgáfu fyrirmyndarinnar heyrðu tekjur „fyrir afnot eða rétt til afnota af hvers konar iðnaðar-, viðskipta- eða vísindabúnaði“, sem eru leigutekjur, undir ákvæðið. Svo er ekki lengur þar sem tilgreiningin var felld brott úr fyrirmyndinni árið 1992.¹⁶⁵ Nokkrir tvísköttunarsamningar er Ísland hefur gert hafa þó enn þá að geyma hliðstætt orðalag.¹⁶⁶

Í athugasemdum fyrirmyndarinnar kemur fram að orðalagið hafi verið fellt niður

til að tryggja að ekki orkaði lengur tvímælis að tekjur vegna umræddra afnota, þar með talið tekjur vegna afnota af gámum, heyrðu undir 7. gr. sem tekjur af atvinnurekstri.¹⁶⁷ Umræddar tekjur eru venjulega afeignarleigu (e. leasing). Hvort fjármögnunarleiga falli hér undir orkar þó tvímælis.¹⁶⁸ Við beitingu eldri samninga ber að túlka hið aflagða orðalag í samræmi viðurkennda merkingu þess í þeim fyrirmyndum sem þá giltu.¹⁶⁹ Heyrir það því eftir sem áður undir 12. gr.

Ákvæði 1. tölul. 3. gr. TSL fjallar um takmarkaða skattskyldu þeirra, sem hafa tekjur hér á landi, af afnotum lausafjár og er það mjög rúmt. Samkvæmt orðanna hljóðan tekur ákvæðið meðal annars til tekna vegna afnota af hvers konar „réttindum eða sérþekkingu“ þar með talið vegna afnota af einkaleyfum, hönnun o. fl. Þessu er í grundvallaratriðum eins farið um skilgreiningu fyrirmyndar OECD á höfundalaunum. Almennt hefur Ísland því ekki möguleika að skattleggja höfundalaun samkvæmt tvísköttunarsamningum er innihalda hliðstætt ákvæði og 12. gr. fyrirmyndarinnar.¹⁷⁰

Ákvæði 12. gr. OECD-fm gerir ekki

162 Hið enska ákvæði hljóðar svo: „The term „royalties“ as used in this Article means payments of any kind received as a consideration for the use of, or the right to use, any copyright of literary, artistic or scientific work including cinematograph films, any patent, trade mark, design or model, plan, secret formula or process, or for information concerning industrial, commercial or scientific experience.“ Í þeim tvísköttunarsamningum, sem Ísland hefur gert, er orðið höfundalaun yfirleitt ekki notað til að auðkenna þessar tekjur heldur orðið þóknun. Notkun orðsins þóknun í þessu sambandi er ef til vill ekki nægilega lýsandi heiti á þessum tekjum og því er orðið höfundalaun notað.

163 Þrátt fyrir þetta er ekki óhjákvæmilegt skilyrði að móttakandi greiðslu sé eigandi þeirra réttinda er gefa af sér höfundalaun, sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 8-liður athugasemda við 12. gr. Einnig Philip Baker: Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2. útg., bls. 268 og fram. Móttakendur greiðslna vegna höfundalauna á sviði iðnaðar, viðskipta og vísinda eru t. d. ekki endilega eigendur umræddra réttinda.

164 Um aðgreiningu höfundalauna og réttinda, sjá Philip Baker: Double Taxation Conventions and International Tax Law, 2. útg., bls. 267 og fram. Um sölu á höfundaréttindum þvert á landamæri, sjá Niels Josephsen og Niels Reinau í SU 2003, 52 (Óefnisleg réttindi - skattaleg álitaefni vengja yfirfærslu þeirra); og fleiri greinar í febrúarhefti Skat Umland,

meðal annars eftir Arne Møller Ottosen í SU 2004, 83 (Virðing á óefnislegum eignum), Niels Josephsen í SU 2004, 85 Juul Andersen og Thomas Bjerre í SU 2004, 85. (Millivirðlagning og óefnislegar eignir).

165 Sbr. Zimmer, 3. útg., bls. 211.

166 Sjá t.d. tvísköttunarsamninginn við Pólland.

167 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 9-liður athugasemda við 12 og 8-liður athugasemda við 5. gr.

168 Sbr. Zimmer, 3. útg., bls. 211.

169 Sbr. 1977-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 9-liður athugasemda við 12. gr. Við beitingu samninga, sem hafa að geyma hina eldri útgáfu, verður að greina örugglega í sundur greiðslu vegna afnota af umræddum tækjum (12. gt.) og greiðslna vegna sölu hans 7. gr., 13. gr., 14. gr. eða 21. gr.). Um kaupleigu, sjá Trends in International Taxation, 1985. Klaus Vogel: Doppelbesteuerungsabkommen Kommentar, 5 útg., 49-liðar athugasemda við 12. gr. Bertil Wiman í „Studier i Skatttarátt“ í afmælisriti Nils Mattsson, 1988, bls. 167, einkum bls. 199 og áfram. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 240. Aage Michelsen, 3. útg., bls. 272.

170 Þar með er þó ekki sagt að ákvæðið sé óþarft. Ákvæðið gegnir mikilvægu hlutverki þegar ekki er um tvísköttunarsamning að ræða. Þannig er það ákaflega þýðingarmikið tæki við hindrun á misnotkun á tvísköttunarsamningum. Sjá til fróðleiks Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2000, bls. 210.

kröfu um að hin ófnislegu réttindi séu tryggð með einkaleyfi eða þess háttar. Undir ákvæðið falla ekki heldur aðeins umsamdar greiðslur vegna afnota heldur og bætur vegna óréttmætrar notkunar höfundarréttar eða brota á höfundalögum.¹⁷¹ Afmörkun höfundalauna gagnvart tekjum af atvinnurekstri (7. gr.) og frjálsu starfi (14. gr.) veldur stundum erfiðleikum. Sama gildir um afmörkun gagnvart launuðu starfi, sbr. 15. gr.¹⁷² Er verið að selja þekkingu sem þegar er til staðar (afnot af hugsmíð) eða þjónustu með aðstoð slíkrar þekkingar (þjónusta) er semsé álitamálið.

Í athugasemdum OECD fyrirmyndarinnar er sérstaklega fjallað um mörkin á milli greiðslna fyrir upplýsingar á sviði iðnaðar-, viðskipta- og vísindalegar reynslu, sem falla undir 12. gr. annars vegar og greiðslna fyrir þjónustu hins vegar, sem í eðli sínu eru atvinnurekstrartekjur, og falla því undir 7. gr, sbr. 5. gr.

Greiðslur vegna þjónustu einkennast af því að einn aðili, seljandi þjónustunnar, notfærir sér fagþekkingu, sem starfsemi hans býr yfir, (seljandi sjálfur eða starfsmenn hans) til hagsbóta fyrir annan aðila, kaupanda þjónustunnar. Samkvæmt því heyrir álit lögmanns, verkfræðings og eða endurskoðanda því undir 14. gr., en ekki 12. gr. fyrirmyndarinnar.¹⁷³ Hugbúnaður í tölvur er líka dæmi um annað mjög flókið úrlausnarefni.¹⁷⁴ Er verið að selja vöru eða þjónustu eða leigja afnotarétt af hugsmíð, sem háð er höfundarétti, er semsé álitaeftnið þegar svo stendur á.

Þegar um er að ræða blandaða samninga getur meira að segja verið nauðsynlegt að skipta greiðslu upp í tvo eða fleiri þætti. Í OECD-fyrirmyndinni er t.d. nefnt að þóknun til hljómlistamanns vegna opinbers (samtimis) flutnings í útvarpi falli undir 17. gr.¹⁷⁵ Ef flutningurinn er hins vegar tekinn upp og síðan gefin út á plötu eða endurvarpað heyrir útgefutekjurnar undir 12. gr. Athuga ber að ekki skiptir máli hvort hinar ólíku greiðslur eru sérstaklega tilgreindar í samningnum eða ekki.¹⁷⁶

1.4.5.2 Ofhá höfundalaun

Ákvæði 4. mgr. 12. gr. OECD-fm er hliðstætt ákvæði 1. mgr. 11. gr. Umfjöllunarefnið er semsé afleiðingar þess að aðilar semja um hærri höfundalaun en markaðsverði endurgjaldsins nemur vegna hagsmunatengsla. Við slíkar aðstæður tekur 12. gr. fyrirmyndarinnar aðeins til þess hluta teknanna sem óháðir aðilar myndu hafa samið um, það er armslengdarverðsins. Afgangurinn eða munurinn á hinni umsömdu greiðslu og armslengdarverðinu heyrir því undir aðra eða aðrar greinar fyrirmyndarinnar.

1.4.5.3 Rekstrarstöðvarfyrirvari

Ef réttindinn, sem gefa af sér höfundalaunin, tilheyrir fastri starfsstöð eða stað í keldulandi samnings ber að gera þau upp með tekjum starfsstöðvarinnar eða staðarins. Kelduland samnings hefur því ótakmarkaðan skattlagningarrétt þegar svo stendur á.

171 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 8-liður athugasemda við 12. gr.

172 Sbr. Utv. 1971, bls. 119 FIN. Tvísköttunarsamningurinn milli Noregs og Þýskalands. Þýskur atvinnurekandi fékk einkaleyfi vegna uppfinningar starfsmanns síns. Samkvæmt lögum átti starfsmaðurinn rétt á þóknun sem nam 0,4% af áætluðu markaðsverði uppfinningarinnar og snérist málið um skattlagningu hennar. FIN taldi, eins og reyndar einnig þýsk skattfyrirvöld, að þóknunin væri laun og það sem mestu máli skipti í því sambandi var að starfsmaðurinn hafði ekki einkaleyfi á uppfinningunni heldur atvinnurekandi hans.

173 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 11-liður, einkum 11.4-liður, athugasemda við 12. gr.

174 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 12-liður athugasemda við 12. gr. Um afmörkun höfundarlaunahugtaksins í tengslum við rafræn viðskipti, sjá Anna Möllin Ottosen og Jørn Vestergaard-Jensen í SU 2001, 251 og Niles Winther Sørensen í SU 2002,248. Zimmer, 3. útg., bls. 211.

175 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 18-liður athugasemda við 12. gr.

176 Sagan um Peirre Boulez sýnir hverjar afleiðingar hins erfiða úrlausnarefnis um mörk höfundalauna og launa fyrir sjálfstætt starf geta orðið en þar var ekki talið unnt að milda tvískattlagningu.

1.4.5.4 *Sala óefnislegra eigna*
 Ákvæði 12. gr. OECD-fm fjalla aðeins um greiðslur vegna „afnota eða rétti að afnota“. Ef hugverkið sjálft er selt og yfirfærslan er endanleg teljast tekjurnar ekki leiga heldur eignahagnaður. Skattlagningarrétturinn tilheyrir því heimilisfestarríkinu, sbr. 4. mgr. 13. gr. fyrirmyndarinnar. Þetta gildir þó ekki ef hugverkið er „eign“ fastrar starfsstöðvar eða staðar, sbr. 2. mgr. 13. gr. Kelduland samnings getur því skattlagt tekjurnar þegar svo stendur á.

1.4.6 HAGNAÐUR AF SÖLU EIGNA

Ákvæði 13. gr. OECD-fm fjallar um skiptingu skattlagningarréttar vegna hagnaðar af sölu eigna og samsvarar hún í stórum dráttum skiptingu skattlagningarréttar vegna reglulegra tekna. Í 1. mgr. segir þannig að kelduland samnings hafi rétt á að skattleggja hagnað af sölu fasteigna og er það í samræmi við fyrirkomulag skattlagningarréttar hinna reglulegu tekna samkvæmt 1. gr. fyrirmyndarinnar. Slíkar tekjur er því unnt að skattleggja í keldulandi samnings.

Um skiptingu skattlagningarréttar vegna hagnaðar af sölu eigna, sem tilheyrir fastri starfsstöð, er fjallað í ákvæði 2. mgr. 13. gr. OECD-fm. Samkvæmt því hefur kelduland samnings skattlagningarrétt sem er sama fyrirkomulag og þegar reglulegar tekjur samkvæmt 7. gr. fyrirmyndarinnar og áðurgildandi 14. gr. eiga í hlut.

Í 3. mgr. 13. gr. OECD-fm er að finna ákvæði um skiptingu skattlagningarréttar vegna hagnaðar af sölu loftfara og skipa í flutningum á alþjóðaleiðum. Kemur fram að slíkan hagnað megi einungis skattleggja í því samningsríki þar sem raunveruleg stjórn hefur aðsetur sitt sem er í samræmi við skiptingu skattlagningarréttarins vegna hinna reglulegu tekna, sbr. 8. gr.

fyrirmyndarinnar. Fullkomið samræmi er því milli ákvæðanna.

Í 4. mgr. 13. gr. OECD-fm. er að finna sérstakt ákvæði um skiptingu skattlagningarréttar vegna hagnaðar af sölu hlutabréfa í fasteignafélögum. Kom það inn í fyrirmyndina 2003 og gegnir einkum þeim tilgangi að hindra að unnt sé að sleppa við skattlagningu hagnaðar af sölu fasteigna í keldulandi samnings með því að hlutafélagavæða þær. Ísland hefur ekki lögfest sérstakar reglur um skattlagningu hagnaðar af sölu hlutabréfa í fasteignafélögum. Ákvæðið hefur því einkum þá þýðingu að tryggja að aðili fá notið skattfrádráttar vegna skattlagningar hlutabréfanna í keldulandi samnings.¹⁷⁷

Ákvæði 13. gr. lýkur svo á 5. mgr. og er hún einskona uppsöfnunargrein. Hagnaðar af sölu allra annarra eigna en þeirra, sem gagnert heyra undir 1.-4. mgr. 13. gr. fyrirmyndarinnar, skiptist þannig samkvæmt henni. Sem dæmi um eignir, sem falla undir málsgreinina má nefna hlutabréf, lausafé og óefnislegar eignir svo og tilteknar kröfur eins og hlutdeildarskírteini. Hagnaður af sölu slíkra eigna má því einungis skattleggja í heimilisfestarríki samnings. Þegar vextir og arður eiga í hlut inniber þetta ákvæðið stílbrot á meginreglunni um samfylgd skattlagningarréttar vegna reglulegra tekna og hagnaðar því eins og áður sagði hefur kelduland samnings rétt á að skattleggja slíkar tekjur allt að ákveðnum hámarki.

Í umfjölluninni um skiptingu skattlagningarréttar vegna hinna reglulegu fjármagnstekna var rétt um skiptingu skattlagningarréttar vegna hagnaðar af sölu þeirra eigna sem gefa af sér hinar reglulegu tekjur. Umfjöllunin hér á eftir takmarkast því umfram allt við atriði sem ekki hafa verið rædd áður.

¹⁷⁷ Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 243.

1.4.1.1 Tímasetning sölu

Ákvæði 13. gr. OECD-fm fjallar ekkert um það hvað telst sala eða hvenær sala teljist hafa átt sér stað eða farið fram.¹⁷⁸ Þau atriði ráðast því umfram allt af innlendum reglum í hlutaðeigandi samningsríki. Hér á landi ber því að fara eftir lögum um tekjuskatt og gildir það bæði þegar Ísland er heimilisfestarríki og kelduland samnings.¹⁷⁹ Um hugtakið sölu, tímafærslu hagnaðar o. fl. vísast því til bókarinnar Skattur á fjármagnstekjur og eignir, bls. 169-292. Yfirfærsla á eignum frá fastri starfsstöð til höfuðstöðva og frá höfuðstöðvum til fastrar starfsstöðvar getur í einstaka tilvikum jafngilt sölu. Komi til þess getur myndast söluhagnaður og skattlagning því orðið virk. Í athugasemdum OECD-fm kemur fram að slík skattlagning sé í samræmi við 13. gr.¹⁸⁰

1.4.1.2 Ákvörðun hagnaðar

Ákvæði 13. gr. OECD-fm fjallar ekkert um það hvernig gera beri upp hagnað af sölu eignar. Eins og varðandi ákvörðun sölu, tímafærslu o. fl. verður því að eftirláta einstökum samningsríkjum ákveða uppgjör hans.¹⁸¹ Við framkvæmd ákveðins tvísköttunarsamnings hér á landi ber því að reikna út hagnaðinn samkvæmt ákvæðum laga nr. 90/2003 um tekjuskatt og gildir það bæði þegar Ísland er heimilisfestarríki og kelduland samnings.

1.4.1.2.1 Endurheimtar fyrningar

Lönd þar sem hagnaður af sölu eigna telst að fullu til tekna varðar ekkert um hvernig hann er samsettur. Sé hagnaðurinn hins vegar skattfrjáls geta komið upp álitamál þess efnis hvort ekki sé sanngjarnt og eðlilegt að skattleggja hann einkum og

sér í lagi ef hagnaðurinn samanstendur af kostnaði sem dreginn hefur verið frá tekjum. Á þetta reynir einkum þegar um fyrnanlegar eignir er að ræða.

Eins og alkunna er, er atvinnurekendum almennt heimilt að fyrna varanlega rekstrarfjármuni. Ef fyrnanleg eign er seld fyrir hærra verð en bókfært verð til skatts endurheimtir fyrirtækið eftir atvikum allan eða hluta af fyrningarfrádrættinum. Ef upprunalandi hagnaðarins er fyrirmunad að skattleggja hagnaðinn samkvæmt tvísköttunarsamningi er skiljanlegt að ríkið vilji skattleggja hinar endurfengnu fyrningar þar sem endurgreiðsla þeirra ber að nokkru leyti vottum að skattar fyrirtækisins hafi verið of lágir á fyrningartíma eignarinnar.

Mörg lönd greina í þessu sambandi á milli þess hvort í hlut á kelduland samnings, það er upprunaland tekna, eða heimilisfestarríki. Fróðlegt er að skoða hvernig þetta horfir við hér á landi.

1.4.1.2.1.1 Ísland sem kelduland

Tekjur aðila, sem stunda atvinnurekstur á fastri starfsstöð, þar með talið með útleigu á fasteign í atvinnuskyni, sæta takmarkaðri skattskyldu samkvæmt 4. tölul. (föst starfsstöð) eða eftir atvikum 5. tölul. (fasteignarekstur) 3. gr. TSL. Hvort heldur sem er ber að gera tekjurnar upp sem nettótekjur. Samkvæmt því á aðili rétt á að leggja saman heildartekjur af útleigunni og draga síðan frá þeim þau heildargjöld sem ganga til að afla teknanna, halda þeim við og tryggja, þar á með talið fyrningu hinnar útleigðu fasteignar og þeirra eigna sem notaðar eru við öflun tekna föstu starfsstöðvarinnar.

Hagnaður af sölu fasteigna og eigna, sem

178 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 4-liður athugasemda við 13. gr. en þar er að finna ýmis dæmi um ólík tímafærsluviðmið sölu.

179 Í hinu ríkinu verður að leggja reglur þess til grundvallar sölu. Noti það ríki annars konar viðmið en Ísland getur það valdið tvískattlagningu eða eftir atvikum ekkertvískattlagningu.

180 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 10-liður

athugasemda við 13. gr. og 15-lið athugasemda við 7. gr.

181 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 3- og 12-liður athugasemda við 13. gr.

tilheyrast fastri starfsstöð, sætir takmarkaðri skattskyldu eins og hinar reglulegu tekjur. Nemi söluverðið hærrí fjárhæð er bókfært verð til skatts þýðir það að skattaðili er að endurheimta að einhverju leyti áður fengnar fyrningar eignarinnar. Hér á landi er ekki gerður neinn greinarmunur á slíkri endurheimt og venjulegum söluhagnaði, sbr. 35. gr. TSL. Endurheimt fyrningar sætir því sams konar skattlagningu og hagnaður. Hafi Ísland, sem kelduland samnings, rétt á að skattleggja hagnað af sölu eignar er þess vegna ekkert því til fyrirstöðu að það nýti sér skattlagningarrétt sinn.¹⁸²

1.4.1.2.1.2 Ísland sem heimilisfestarríki
Skattaleg meðferð endurheimtra fyrninga er að ýmsu leyti meiri óvissu háð þegar Ísland er heimilisfestarríki. Rétt er þó að undirstrika að heimilt er samkvæmt íslenskum rétti að draga tap af rekstri fastrar starfsstöðvar, þar með talið vegna útleigu fasteigna, frá öðrum innlendum atvinnurekstrartekjum. Fyrir tilstilli alheimsreglunnar eru hinar erlendu tekjur gerðar upp samkvæmt sömu meginreglum og innlendu tekjurnar. Erlent tap lítur semsé sömu reglum og innlent tap. Þá er almennt viðurkennt að ekki sé heimilt að skerða þennan frádráttarrétt þótt Ísland, sem heimilisfestarríki, hafi afsalað sér skattlagningarrétti til hagnaðarins, það er skuldbundið sig til að milda samkvæmt undanþáguaðferð.¹⁸³ Einu máli gildir líka þótt orsök tapsins sé umfram allt að rekja til fyrningarfrádráttarinnar.

Við sölu á eignum, sem áður hafa verið

fyrndar, er algengt að aðili endurheimti áðurfengnar fyrningar hennar. Þetta stafar af því að fyrning eignarinnar hefur verið meiri en raunverulegri verðmætarýrning hennar nemur. Fjárhæð endurheimtrar fyrningar er óháð því hvort eign hafi einnig verið fyrnd í öðru ríki, þar með talið samningsríki. Þar sem hinar áðurgerðu fyrningar kunna að hafa minnkað skattskyldar tekjur hér á landi á árunum fram til sölu er nauðsynlegt að taka afstöðu til þess hvort telja beri hinar endurheimtu fyrningar með við ákvörðun hinnar mildunarhæfu tekna.

Þegar Ísland er heimilisfestarríki hafa endurheimtar fyrningar eins og þær eru ákveðnar samkvæmt lögum í keldulandi samnings aðeins þýðingu þegar Íslandi ber samkvæmt tvísköttunarsamningi að aflétta tvískattlagningunni samkvæmt skattafrádráttaraðferð.¹⁸⁴ Hinar endurheimtu fyrningar, það er hagnaður af sölu eignanna, teljast hluti af þeim stofni, er kelduland samnings getur skattlagt. Við sölu á eignum ber Íslandi samkvæmt 1. málsli 1. mgr. B-liðar 23. gr., OECD-fm, sem heimilisfestarríki, að veita mildun og takmarkast hún við fjárhæð hins erlenda skatts. Vegna þessa er æskilegt að reyna að átta sig á því hvort réttlætjanlegt sé að telja skatt af hinum endurfengnu fyrningum til hagnaðarins, það er hinna mildunarhæfu tekna.¹⁸⁵

Endurfengnu fyrninga eins og þær eru útreiknaðar samkvæmt íslenskum lögum, geta bæði haft þýðingu við framkvæmd mildunaraðferðarinnar undanþága frá

182 Um þetta vandamál í Danmörku, sjá Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2009, bls. 244.

183 Þessar staðreyndir hafa orðið tilefni til margvíslegra lagasetninga hjá öðrum þjóðum. Danmörku, sjá t. d. Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2006, bls. 252, einkum tilvísun 238 á þeirri síðu.

184 Þar sem einu gildir við beitingu undanþáguaðferðar hvaða skattur hefur verið greiddur í keldulandi samnings skiptir heldur ekki máli hvort keldulandið hafi yfir höfuð gert skattaðila að greiða skatt af hinum endurfengnu fyrningum.

185 En út frá því var einmitt gengið í TFS 1987, 269 Ø. Mál þetta fjallaði um Dana sem átti 50% eignarhluta í fasteign á Grænlandi. Hagnaður varð af sölu og var Dananum gert að

greiða 56.000 DKK skatt á Grænlandi, þar af stöfuðu 51.000 DKK af hækun eignarinnar og 5.000 DKK af endurfengnum fyrningum. Samkvæmt dönskum reglum nam skattur af sölu 126.819 DKK og stafað hann allur af endurfengnum fyrningum þar sem raunverulegur skattskyldur hagnaður af eigninni var enginn. Eystri landsréttur dæmdi að þótt útreikningur hagnaðarins á Grænlandi og í Danmörku væri ólíkur ætti maðurinn rétt á skattafrádrætti að fjárhæð 56.000 DKK. Allur hin Grænlenski skattur fékkst því frádrægin, en ekki aðeins 5.000 DKK sem nam skattinum af hinum endurfengnu fyrningum. Sjá nánar Niels Winther-Sørensen: *Skatteretten* 3, 2009, bls. 246, einkum tilvísun 239.

skatti og skattafrádráttar.¹⁸⁶ Úrlausnarefnið er semsé það hvort taka beri hinar endurfengnu fyrningar með við uppgjör heildarhagnaðarins eða hvort skipta beri honum í tvo aðskilda hluti, einn fyrir eiginlegan hagnað og annan fyrir endurfengnar fyrningar. Almennt er talið að ekki beri að skipta hagnaðinum upp með slíkum hætti heldur gera hann upp sem eina tölu nema öðruvísi sé mælt í lögum.¹⁸⁷

Samkvæmt samningsfyrirmynd OECD útilokar þetta þó ekki heimilisfestarríki frá að skattleggja endurfengnar fyrningar. Gildir það jafnvel þótt ríkið hafi skuldbundið sig til að milda samkvæmt undanþáguaðferð, það er sleppa tekjunum algerlega við skattlagningu.¹⁸⁸ Endurfengnar fyrningar bera nefnilega vott um að eign hafi verið fyrnd meira en raunverulegri verðmætarýrnun hennar nemur. Vegna þessa hafi skattar heimilisfestarríkisins orðið lægri en eðlilegt getur talist. Þrátt fyrir þessar athugasemdir fyrirmyndar OECD er vafasamt að Ísland muni nokkurn tíma grípa til skiptingar. Fyrir það fyrsta eru engin dæmi um það að landið hafi afsalað sér rétti til að skattleggja hagnað af sölu eigna og í annan stað tíðkast ekki að gera upp endurfengnar fyrningar sérstaklega samkvæmt lögum landsins.

1.4.1.3 Gengisumreikningur

Í fyrirmynd OECD er ekki að finna neinar reglur um það hvernig umreikna beri tekjur við uppgjör hagnaðar. Umreikningurinn hlýtur því að verða að fara eftir innlendum reglum í hlutaðeigandi landi. Þetta er óheppilegt vegna þess að það getur orsakað tvískattlagningu ef samningsríkin

framkvæma umreikninginn ekki eins. Þar sem innlendir tekjuskattur er ákveðinn í íslenskum krónum koma álitamál varðandi umreikning tekna einkum upp í sambandi við tekjur sem hérlendis búsettir menn afla með sölu eigna erlendis.

Tekjur er skattaðili aflar erlendis ber að umreikna í íslenskar krónur þegar honum hlotnast þær. Um tímafærsluna fer því samkvæmt 2. mgr. 59. gr. TSL. Miða ber við kaupgengi hlutaðeigandi gjaldeyris við skipti í banka umræddan dag. Þessu er í grundvallaratriðum eins farið um gjöldin að breyttu breytanda. Ef aðili skiptir ekki erlendum gjaldeyri, sem honum hlotnast, strax í íslenskar krónur teljast breytingar á gjaldeyriminum því ekki hluti af hinum upprunalegu tekjum heldur sérstakar tekjur, gengishagnaður eða gengistap.

Þegar um er að ræða hagnað af sölu eigna þarf að framkvæma tvo umreikninga. Fyrst er kaupverð eignarinnar reiknað út miðað við sölugengi¹⁸⁹ hlutaðeigandi erlends gjaldeyris þann dag er bindandi kaupsamningur um eignina er gerður. Síðan er söluverðið reiknað út miðað við kaupgengi¹⁹⁰ þann dag er sala eignarinnar er endanleg. Ef gengið hefur lækkað á tímabilinu frá kaupum til sölu getur aðili því þurft að greiða skatt af íslenskum hagnaði þótt söluverðið í erlendum verðmæli sé það sama og kaupverðið þannig að enginn hagnaður sé í erlendum verðmæli talið.¹⁹¹

186 Við beitingu á mildunaraðferðinni við venjulegan frádrátt skipta endurfengndr fyrningar máli við ákvörðun á hámarksmildunni, það er mildunarbrotinu: erlendar tekjur/alheims tekjur.

187 Sbr. Niels Winther-Sørensen: Skatteretten 3, 2009, bls. 246, einkum tilvísun 241.

188 Sbr. 2008-útgáfa samningsfyrirmyndar OECD, 14-liður athugasemda við 13. gr.

189 Sölugengi (sölugengi banka) er það gengi sem kaupandi kaupir gjaldeyrinn á í banka.

190 Kaupgengi (kaupgengi banka) er það gengi sem kaupandi selur gjaldeyrinn á í banka.

191 Um gengisskattlagningu nánar, sjá Ásmund G. Vilhjálmsson: Gengisskattlagning, Lögrétta, tímarit laganema við HR. Jan. 2007 (1. hefti 4. árg.).

HEIMILDASKRÁ

Fræðimenn, fræðirit og greinar:

Aarbakke, Magnus: Skatt på inntekt., 4. útg., Osló 1990.

Ágúst Karl Guðmundsson: Fyrirlestur á vegum KPMG hjá Skattaréttarfélagi Íslands dags. 16. apríl 2009.

Albregste, D. a: 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.

Andersen, Peter S.: SU 1998, 211.

Ásmundur G. Vilhjálmsson: Full og ótakmörkuð skattskylda fyrirtækja, BIFRÖST, rit lagadeildar Háskólans á Bifröst, Reykjavík, 2006.

Ásmundur G. Vilhjálmsson: Gengisskattlagning, Lögrétta, tímarit laganema við HR. Jan. 2007 (1. hefti 4. árg.).

Ásmundur G. Vilhjálmsson: Gerð og túlkun tvísköttunarsamninga. Úllfjótur, tímarit laganema við Háskóla Íslands, 1. tbl. 2007.

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

Athanas, Peter: Árskýrsla IFA-ráðstefnunnar 1996, sbr. Cahiers LXXXIa, bls. 21 og áfram, einkum bls. 29.

Baker, Philip: Double Taxation Convention and International Tax Law, 2. útg., London 1994.

Becker, Helmut: Europäische Steuerzeitung 1971,95.

Becker, Helmut: Der Betrieb 1990, 392.

Becker, Helmut: Der Betrieb 1998, 10.

Beicher, Inge og Clive M. Baxter: Framlag Dana á IFA-ráðstefnunni 1996, sbr. Cahiers LXXXIa, bls. 345 og áfram, einkum bls. 361.

Bjørnholm, Nikolaj og Anders Oreby Hansen: Lempelse af dobbeltbeskatning, 3. udg., Kaupmannahöfn 2002

Burgers, Irene: Taxation and Supervision af Branches of International Banks, Harren (Hollandi) 1991.

Frederiksen, Britt Blichfeld: Erhvervstilknyttede pensionsordninger og EU-retten, 1999.

Frederiksen, Britt Blichfeld: Juristen 2000/3, bls. 86 og áfram (Vandrende arbejdstageres pensionsforhold i EU-retlig belysning)

Gahleiter, Gerald og Clemens Nowotny: Bulletin for International Fiscal Documentation 2002/4, bls. 165 og áfram.

Hansen, Anders Oreby og Nikolaj Bjørnholm: Lempelse af dobbeltbeskatning, Kaupmannahöfn 2002. Ath.

Schaumburg, Harald: International Steuerrecht, 2. útg., Köln 1998.

Hemmelrath, A: Die Ermittlung des Betriebsstättengewinns im internationalen Steuerrecht, München 1982.

Hinnekins, Luck: Intertax 1988, 229.

Hinnekins, Luck: Intertax 1988, 321.

Hinnekins, Luck: Intertax 1998, 229, bls. 233 og áfram.

Jacobs, Otto H.: Internationale Unternehmensbesteuerung, 4. útg. München 1999.

Josephsen, Niels: SU 1996, 110.

Kumpf, Wolfgang: Besteuerung inländischer Betriebsstätten von Steuerausländern, Köln 1982.

- Kumpf, Wolfgang: Steuerberater Jahrbuch 1988/89, bls. 405 og áfram.
- Lindencrona, Gustaf: Dubbelbeskatningsavtalsrátt, 1994, bls. 54.
- Ludvigsen, Sara Stentz: SU 2000, 298.
- Matthiasson, Viðar Már: Ársskýrsla fasteignamats ríkisins 2003.
- Mattsson, Nils:
- Mattsson, Nils: Svensk internationell beskattningsrátt, 14. útg., Uppsölum, 2004.
- Melson, Gjert: Internett og immateriella verdier SR 2000, bls. 131.
- Michelsen, Aage: Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXIIIa, 1998.
- Michelsen, Aage: International skatteret, 3. útg., Kaupmannahöfn, 2003.
- Michelsen, Aage: R(evision)R(egnskabsvæsen) 1994, nr 10.
- Michelsen, Aage: R(evision)R(egnskabsvæsen) 1996, nr. 6.
- Molenaar, Dick: Taxation of international performing artistes, Doctoral series 10, Amsterdam 2005.
- Møller, Erik: RR 1963, 8,
- Møller, Erik: Cahiers de droit fiscal international 1967 II, bls. 144 og áfram og bls. 423 og áfram
- Nielsen, Thøger: Indkomstbeskatning II, Kaupmannahöfn 1972.
- Noes, Philip: SU 2005, 153.
- Ottosen, Anna Møllin og Jørn Vestergaard-Jensen: SU 2001, 251.
- Pedersen, Bent Munch: SU (Skatt udland), 1998,3.
- Pedersen, Bent Munch: SU 1998, 155.
- Pedersen, Bent Munch: SU 1999,185.
- Pötgens, Frank P. G: Income from International Private employment, Doctoral series, 12, Amsterdam 2007.
- Pötgens, Frank P. G. : European Taxation 2001/7-8, bls. 252.
- Quiste, Jørn: S(kat)U(dland) 1991, 69.
- Rasmussen, Søren og Jens Wittendorff: Framlag Danmerkur í ársskýrslu IFA-ráðstefnunnar 1995, sbr. Cahiers LXXXb, bls. 151 og áfram.
- Schoueri, Luis Edourdo: Intertax 1993, 20, bls. 23 og áfram.
- Schoueri, Luis Edourdo: Intertax 1993, 20, bls. 23 og áfram.
- Skaar, Arvid Aage: Permanent Establishment, Erosion of a Tax Treaty Principle, Deventer, 1991.
- Valtýsdóttir, Vala: Áhrif EES-samningsins á íslenska skattarátt, Lögmannablaðið 2000, bls. 27 og áfram.
- Vogel, Klaus og Rainer Prokisch: Ársskýrsla IFA-ráðstefnunnar 1993, sbr. Cahiers LXXVIIIa, bls. 19 og áfram, einkum bls. 27.
- Vogel, Klaus: Doppelbesteuerungsabkommen - Kommentar, 3. útg., München,1996.
- Vogel, Klaus: Doppelbesteuerungsabkommen - Kommentar, 4. útg., München 2003.
- Ward o. fl.: The other income article of income treaties, Bulletin 1990, bls. 409-424
- Wiman, Bertil: „Studier i Skattarátt“ í afmælisriti Nils Mattsson, Stokhólmi 1988.
- Winther-Sørensen, Niels o. fl.: Skatteretten 3, 3. útg., Kaupmannahöfn, 2000. Sami o. fl.: Skatteretten 3, 4. útg., Kaupmannahöfn 2006.
- Winther-Sørensen, Niels: Beskatning af international erhvervsindkomst, Kaupmannahöfn, 2000.
- Winther-Sørensen, Niels: International sambeskatning í heiðursrit (festskrift) Nils Mattsson, Uppsölum 2005.

Winther-Sørensen, Niels: Skat Udland 2001/12 nr. 357 (International pensionsbeskatning).
Winther-Sørensen, Niels: SU 2002, 248.
Zeimer, Ove Lykke: SU 1997, 36.
Zimmer, Frederik: Internasjonal inntektsskatterett, 3. utg., Oslo 2003.

Íslenskir dómur:

HRD 2004/1854 dags. 2. apríl 2004 í málinu nr. 77/2004: Protabú MD flugfélags ehf. gegn Leena Albedin (L) o.fl.
Dómur Hæstaréttar dags. 20. september 2007 í málinu nr. 523/2006: Impregilo SpA, útibú á Íslandi gegn íslenska ríkinu.
Dómur Hæstaréttar dags. 7. febr. 2008 í málinu nr. 187/2007: Hrafnhildur Njálisdóttir gegn íslenska ríkinu.

Danskir dómur:

Tfs 1987, 269 Ø
Tfs 1988, 388 LSR
Tfs 1988, 50 LSR
Tfs 1988, 677 LSR
Tfs 1989, 165 LSR
Tfs 1989, 465 V
Tfs 1989, 26 LSR
Tfs 1989, 465 V
Tfs 1990, 178
Tfs 1990, 443
Tfs 1990, 443
Tfs 1991, 309 LSR
Tfs 1994, 535
Tfs 1994, 604 LSR
Tfs 1996, 248 ØDL
Tfs 1996, 248 ØDL
Tfs 1996, 338 TSS
Tfs 1996, 460 TSS
Tfs 1996, 715 Ø
Tfs 1997, 356
Tfs 1998, 354 H
Tfs 1998, 548 LSR
Tfs 1998, 93 LSR
Tfs 1998, 793 LSR
Tfs 1998, 439 SKM
Tfs 1999, 82 DEP/TSS
Tfs 2001, 380 ØLD
Tfs 2001, 884
Tfs 2002, 311 LSR
Tfs 2003, 222 H
Tfs 2003, 755 Ø
Tfs 2004, 162 H

Tfs 2004, 224 LR
Tfs 2004, 524 LSR
Tfs 2004, 835 LR
Tfs 2005, 546 LSR

U 1989, 145 H/Tfs 1989, 38 H
U 1989, 1064 H/Tfs 1989, 605H
U 1992, 143/Tfs 1993,7 H
U 1996, 1187 H/Tfs 1996, 532 H

Danski landsskattarétturinn

LSRM 1983, 60
LSRM 1983, 61
LSRM 1983, 159

Tilkynningar danskra skattyfirvalda (skattaráðuneytið)

Skd. Medd. 1970, bls. 3 nr. 3
Skd. Medd. 1971, bls. 17 nr. 23

Úrskurðir danskra skattyfirvalda

SKM 2005, 420 LSR
SKM 2005, 532 LSR

Norskir dómar:

-hæstiréttur

Rt. 1985, bls. 957
Rt. 1984, bls. 99
Rt 1985, bls. 977
Rt. 1994, bls. 132
Rt. 1994, bls. 752
Rt. 1995, bls. 455
Rt. 1997, bls. 653
Rt. 1997, bls. 1646
Rt. 1998, bls. 794
Rt. 2002, bls. 718

-undirréttur

Utv. 1963, bls. 182 FIN
Utv. 1966, bls. 203 FIN
Utv. 1971, bls. 119 FIN
Utv. 1972, bls. 702 FD
Utv. 1980, bls. 596 URD
Utv. 1981, bls. 285 URD
Utv. 1982, bls. 495
Utv. 1984, bls. 163.

Utv. 1989, bls. 292 LRD
Utv. 1991, bls. 598 LRD
Utv. 1996, bls. 1156 FIN
Utv. 1998, bls. 1397 FIN
Utv. 2000, bls. 143 URD
Utv. 2002, bls. 286
Utv. 2002, bls. 649
Utv. 2002, bls. 1083
Utv. 2004, bls. 1083 URD

Þýskir dómar

Bundesfinanzhofs, dags. 29.7. 1992, sbr. Recht der internationalen Wirtschaft 1992,956, einkum bls. 958 og áfram.

Bundesfinanzhofs, dags. 5. febr. 1992

Bundesfinanzhofs, Bundessteuerblatt 1993, II. bls. 655.

Ríkisskattstjóri, bindandi álit (BÁR)

Bindandi álit ríkisskattstjóra, BÁR, nr. 1 frá 2008.

Ríkisskattanefnd

ÚRN 347/1986

Yfirskattanefndarúrskurðir:

YSÚ 1059/1997

YSÚ 0300/2002

YSÚ 0424/2004

YSU 0300/2005

YSÚ 0095/2005

YSÚ 0053/2009

Dómar Evrópuþingmálsins

Mál C-345/05, framkvæmdastjórnin gegn Portúgal, sem kveðinn var upp 26.

október 2006. ([http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0345:EN:HTML)

[uri=CELEX:62005J0345:EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0345:EN:HTML)). Athuga einkum eftirfarandi málsgreinar:

Mál C-307/97 Compagnie de Saint-Gobain, Zweigniederlassung Deutschland gegn Finazamt Aachen-Innenstadt [1999] ECR I-6161

Mál C-336/96 Mr. og Mrs Robert Gilly gegn Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin [1998] ECR I-2793.

Mál C-270/83: Framkvæmdastjórnin gegn Frakklandi, [1986] ECR 273.

Vefslóðir:

http://en.wikipedia.org/wiki/Gross_up_clause

http://rsk.is/show_page.asp?url=international/corporations_05.asp&val=2.0

http://rsk.is/show_page.asp?url=international/limited_taxliability_02.asp&val=5.0

http://rsk.is/show_page.asp?url=international/limitedtaxliability_02.asp&val=5.0

http://rsk.is/show_page.asp?url=international/limitedtaxliability_02.asp&val=5.0

<http://www.althingi.is/altext/133/s/0286.html>
<http://www.althingi.is/altext/133/s/0286.html>
<http://www.althingi.is/altext/135/s/0816.html>
<http://www.althingi.is/altext/stjt/2007.076.html>
http://www.rsk.is/birta_sidu.asp?vefslod=/ordsendingar/ordsending_launagr_2005_03.asp&val=7.0
http://www.rsk.is/show_page.asp?url=international/corporations_05.asp&val=2.0
http://www.rsk.is/show_page.asp?url=international/corporations_05.asp&val=2.0
http://www.rsk.is/show_page.asp?url=international/limitedtaxliability_03.asp&val=5.0
<http://www.stjornartidindi.is/Advert.aspx?ID=65fef24f-44d7-4c08-9733-5424e9fccc>
http://www.vi.is/files/Afdrattarskattar%20skodun_856118458.pdf

Skýrslur og nefndarálit:

- 50-Betækning nr. 1060/1985 um skattlagningu erlendra tekna í Danmörku og lok fullrar skattskyldu í Danmörku.
- Cahiers de droit fiscal international Vol LXXXb 1995: Cannes (France) International aspects of thin capitalization.
- Cahiers de droit fiscal international Vol LXXXIa 1996: Geneva (Switzerland) Principles for the determination of the income and capital of permanent establishments and their applications to banks, insurance companies and other financial institutions.
- Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXIIIa, 1998: London (United Kingdom) Tax treatment of corporate losses.
- Danmörk. Álagningarleiðbeiningar. Ligningsvejledningen 2004-2, D. A. 2.4.
- Fréttatilkynning eftirlitsstofnunar EFTA: PR (Press releas) (08)32: Iceland asked to amend restrictive rules on taxation of capital gains from the sale of residential real estate, sbr. <http://www.eftasurv.int/information/pressreleases/2008pr/dbaFile14235.html>.
- Handbók um virðisaukaskatt, Reykjavík 19
- Norræni tvísköttunarsamningurinn með athugasemdum, sjá Michelsen, Aage, Edward Andersson, Frederik Zimmer og Nils Mattsson: Hinn Norræni tvísköttunarsamningur með athugasemdum, 2. útg., Ósló 1991.
- Skattskylda, takmörkuð skattskylda o. fl.: Leiðbeiningar um útreikning gjalda hjá þeim aðilum sem þarf að handreikna. RSK, nóv. 1992 og nóv. 1994.
- Skýrsla efnahagsnefndar OECD sjá OECD committee on Fiscal Affairs: Discussion draft 2001.
- Skýrsla efnahagsnefndar OECD, sjá 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
- Skýrsla efnahagsnefndar 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.
- Skýrsla efnahagsnefndar OECD, sjá OECD Committee on Fiscal Affairs frá 1992: Cross-border income tax issues arising from stock-option plans.

Tvísköttunarsamningsfyrirmynd OECD með athugasemdum. Jafnan er byggt á 2008-útgáfu samningsfyrirmyndarinnar nema annað komi beinlins fram í tilvísun.

ÞÖKKUM EFTIRTÖLDUM AÐILUM
VEITTAN STUÐNING

ATVINNUHÚS
Hverfisgata 4, 101 Reykjavík

JÁS LÖGMENN
Klapparstíg 16, 101 Reykjavík

KÓPAVOGUR

CONGRESS REYKJAVÍK
Engjateigur 5, 105 Reykjavík



BORGARLÖGMENN EHF.

Steinunn Guðbjartsdóttir, hrl.
Páll Eiríksson, hdl.

Helgi Pétur Magnússon, hdl.
Guðrún Hólmsteinsdóttir, hdl.
Stefanía Sæmundsdóttir, hdl.
Valgerður Valdimarsdóttir, hdl.
Þórður Guðmundsson, hdl.

Suðurlandsbraut 6, Reykjavík
s. 533 1330
www.borgarlogmenn.is



LÖGMÁL

ÁSGEIR ÞÓR ÁRNASON HRL.
ELVAR ÖRN UNNSTEINSSON HRL.
LÚÐVÍK ÖRN STEINARSSON HRL.
MAGNÚS GUÐLAUGSSON HRL.
UNNSTEINN ÖRN ELVARSSON HDL.
ELÍNBOG JÓNSDÓTTIR LÖGFR.

Lögmál 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



FULLTINGI
slysa- og skaðabótamál



JURIS
ALMENNA
LÖGFRÆÐISTOFAN



LÖGMANNSSTOFA



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