



Handelshøyskolen BI

MAN 29201 Internasjonal skatterett - prosjektoppgave

Term paper 100% - W

Predefinert informasjon

Startdato:	08-09-2021 09:00	Termin:	202120
Sluttdato:	10-12-2021 12:00	Vurderingsform:	Norsk 6-trinns skala (A-F)
Eksamensform:	P		
Flowkode:	202120 20058 IN02 W P		
Intern sensor:	(Anonymisert)		

Deltaker

Menbere Woldesenbet Gebremichael

Informasjon fra deltaker

Tittel *: Kildeskatt på utbytte til Norge

Naun på veileder *: Eivind Furseth

**Inneholder besvarelsen
konfidensielt
materiale?:** Ja

**Kan besvarelsen
offentliggjøres?:** Ja

Gruppe

Gruppenavn: (Anonymisert)

Gruppenummer: 6

**Andre medlemmer i
gruppen:** Deltakeren har innlevert i en enkeltmannsgruppe

1 Introduksjon	2
1.1 Norsk intern rett og skatteavtaler	2
1.1.1 Utlån av aksjer	2
1.1.2 «Skattesalg»	3
1.1.3 TRS er forkortelse for Total Return Swap.	3
1.1.4 OECD Mønsteravtale.....	4
1.2 .Utbyttebegrepet	4
1.3 Kildeskatt	5
2 Kildeskatt på utbytte	5
2.1 Unntak for kildeskatt på utbytte	6
2.1.1 Unntak ved fritaksmetoden	6
2.1.2 Unntak gjennom skatteavtale	7
2.1.3 Beneficial owner etter Mønsteravtalen	7
2.2 Kildeskatt på utlån av aksjer	9
2.3 Kildeskatt ved utlån av aksjer	10
2.4 Kildeskatt ved «Skattesalg»	13
3 Konklusjon	15
4.Litteraturlister	17

Kildeskatt på utbytte til Norge

1. Introduksjon

I denne oppgaven skal jeg ta for meg kildeskatt på utbytte. Jeg ønsker å diskutere tre ulike avtaleformer som en utenlandsk aksjonær kan ilegges kildeskatt på og konkrete vurderinger i forbindelse med dette. Disse tre avtalene er utlån av aksjer, skattesalg og TRS-avtalen. Skattleggingen av utbytte vurderes etter skatteavtale og norsk intern rett. Vi ser også på Mønsteravtalen som er anbefalt internasjonalt å brukes som en mal på skatteavtaler landene inngår seg imellom. Vi vil se at det for alle tre tilpasningene nevnt ovenfor blir stilt spørsmålstegn ved hvorvidt den utbyttet deles til, er beneficial owner¹, jf. Mønsteravtalen artikkel 10 (2). Med andre ord hvem som er den faktiske eier av utbyttet.

1.1 Norsk intern rett og skatteavtaler

I norsk intern rett går i utgangspunktet ut på at utenlandske aksjonærer er skattepliktige til Norge for utbytte de får utdelt fra aksjeselskaper hjemmehørende i Norge, jf. Skatteloven § 10-13. Denne skatten, som altså er det som kalles for kildeskatt, er begrenset og satsen fastsettes av Stortinget. Den har som regel ligget på 25%, men kan i noen tilfeller være lavere der det foreligger skatteavtale. Det betyr at dersom den utenlandske aksjonæren er skattemessig hjemmehørende i et land som har en skatteavtale med Norge, er kildeskattesatsen vanligvis 15 % eller 5 %. Imidlertid er utenlandsk aksjonær ikke skattepliktig til Norge for gevinst ved realisasjon av aksjer, jf. sktl. §2-3 (1) c. Formålet med skatteavtaler er å hindre dobbeltbeskatning over landegrensene og forebygge internasjonal skatteunndragelse.

1.1.1 Utlån av aksjer

En aksjonær kan låne ut aksjer til en innlåner for en avgrenset periode. Innlåneren overtar da aksjene og avkastningen på aksjene i den avgrensede perioden betales til utlåner. Utlåner kompenseres også for risikoen som kommer med utlånet TRS-avtale.

¹ OECD Mønsteravtale artikkel 10(2)

1.1.2 «Skattesalg»

Når en aksjonær selger sine aksjer rett før utbyttedagen oppstår det som blir kalt for «skattesalg». Det som i praksis skjer er at aksjonæren mottar utbytte ved at salgsprisen på aksjene har økt på bakgrunn av en forventet utbytteutdeling. Deretter kjøper aksjonæren tilbake aksjene kort tid etter utbyttedagen, også kalt ex-utbytte dagen. Det er den dagen aksjen handles uten rett på vedtatt utbytte og derfor har prisen da også blitt redusert tilsvarende verdien som utdeles i utbytte fra og med den dagen. Ved å selge aksjen før denne ex-utbytte datoen får den utenlandske aksjonæren en fordel ved at man kan selge på en forhøyet salgpris, unngå skatt på utbyttet og kjøpe seg inn igjen. De har da tatt gevinsten i form av realisasjon etter verdiøkning på aksjene, som er fritatt for skatt etter skattelovens §2-3 (1) c, fremfor å motta avkastning i form av utbytte som ville vært kildeskattepliktig.

Utbytte til en utenlandsk aksjonær ilegges i utgangspunktet med 25 % i kildeskatt etter sktl. §10-13 og Stortingets skattevedtak §3-5 (3). Når aksjonærer kan spare skatt ved å selge aksjene før utbyttedatoen og kjøpe tilbake senere, må jo det bety at staten tilsvarende taper skatteinntekter. Dette er et problem som også tidligere er blitt omtalt av Dagens Næringsliv i januar 2018. Der skisseres aktiviteten i markedet under den såkalte «dividend season» med statistikk og det blir beskrevet hvordan utenlandske aksjonærer unngår utbyttebeskatning. Leserne får også kjennskap med såkalte «Dark pools» som er aksjehandels plasser hvor større aktører kan handle aksjer anonymt med hverandre utenfor den offentlige børsen.² Disse handelsplassene er ikke underlagt de samme rapporteringspliktene som de offentlige. Det er spesielt gjennom slike handelsplasser man mistenker at det unngås kildeskatt på grunn av at det er vanskelig å oppdage skattetilpasning.

1.1.3 TRS er forkortelse for Total Return Swap.

En TRS-avtale om en aksje har til hensikt å gi en den ene parten fordel av positiv kursutvikling på aksjen, mens den andre parten får fordel av en negativ

² Bertelsen (2014) Dagens Næringsliv, 3. juni 2014

kursutvikling. Den andre parten går inn i en slik avtale for å sikre seg mot tap og mottar eventuelt utbyttet på aksjen.

1.1.4 OECD Mønsteravtale

Mønsteravtalen er en mønsterskatteavtale og er utarbeidet av et organ i OECD som ikke har myndighet å binde medlemsstatene, kalt OECD Committee on Fiscal Affairs. Medlemslandene oppfordres til å benytte seg av avtalen med hverandre og med andre ikke medlems land. OECD kommentarene er utfyllende kommentarer til Mønsteravtalen og er ment til å brukes som en kilde for tolkningen av skatteavtaler. Høyesterett i Norge har også lagt dette til grunn når man skal tolke Norges skatteavtaler, jf. Rt. 1994 s.752. Det legges altså stor vekt på OECD kommentarene ved tolkningen av skatteavtaler basert på Mønsteravtalen.

Kommentarene er blant annet en viktig kilde for tolkningen av begrepet beneficial owner noe som Swiss Swap dommen viser. I OECD kommentarene står det at man tvilsomt er beneficial owner dersom man mottar og viderefører utbyttet. Dette ble blant annet vektlagt av sveitsisk høyesterett i sine begrunnelser i saken. Begrepet finner sted i Mønsteravtalen artikkel 10 nr. 2. Her står det at den som er beneficial owner av utbyttet får redusert kildeskatt. Formålet er å unngå dobbeltbeskatning og motvirke skatteunndragelse. Vi ser nærmere på beneficial owner begrepet senere i oppgaven.

1.2. Utbyttebegrepet

Vi tar for oss utbyttebegrepet før vi går løs på hovedtema som er kildeskatt på utbytte. I skattelovens §10-11 (2) beskrives utbytte som enhver utdeling som er en vederlagsfri overføring. Dette omfatter alle verdiutdelinger til aksjonærene, både penger og naturalytelser³. Kort fortalt betyr det at når en aksjonær får kjøpt noe til underpris eller solgt noe til aksjeselskapet til overpris sammenliknet med markedspris så skal dette betegnes som et utbytte. Hvem som skal skattlegges for et utbytte er ifølge aksjelovens/almennaksjelovens § 8-3 (1) den som eier aksjene

³ Zimmer (2014) s. 285

på tidspunktet for når utbyttet vedtas. I utgangspunktet skal dette føre til at skattebelastningen skjer på riktig skattesubjekt, men i noen tilfeller kreves det en konkret vurdering av situasjonen for å finne frem til hvem inntekten skal tilordnes.

Ved tilordningen av utbyttet tas det utgangspunkt i hvem som anses som reell eier på utbyttedagen, altså hvem som er den reelle mottakeren av utbyttet.

1.3. Kildeskatt

De fleste selskaper betaler en andel av årets overskudd til sine aksjonærer i form av utbytte. Dersom et selskap er hjemmehørende i utlandet, er det et generelt prinsipp at utbyttet kommer til beskatning (kildeskatt) der utbyttet anses blir opparbeidet (i kildestaten). Skattesatsen som trekkes i kildestaten er ofte litt lavere enn «full sats», som følge av skatteavtaler mellom Norge og de land hvor selskapene er hjemmehørende. 15 % er relativt normal sats i dag, med visse unntak.

En norsk skattyter/aksjonær vil også bli beskattet av norske myndigheter for utbyttet mottatt fra et utenlandsk selskap. For å unngå dobbeltbeskatning finnes det mekanismer for å kreve fradrag for kildeskatten i norsk skatt, slik at dobbeltbeskatning unngås.

Når utbyttet er utbetalt fra et utenlandsk selskap hjemmehørende i et annet EØS-land er utbyttet normalt omfattet av fritaksmetoden. Det kan ikke kreves fradrag for kildeskatt betalt til fremmed stat på inntekt som går inn under fritaksmetoden. Dette gjelder også kildeskatt på inntekt som skattlegges etter tre-prosentregelen. Dersom utbyttet ikke er omfattet av fritaksmetoden skal det også beskattes i Norge. For å unngå dobbeltbeskatning, må det da gis kreditfradrag for betalt skatt til utlandet.

2. Kildeskatt på utbytte

Aksjonær hjemmehørende utenfor EØS eller som ikke oppfyller vilkårene for fritak skal betale kildeskatt på utbytte, jf. Skatteloven §10-13. Det er det landet

hvor inntekten opptjenes i som har krav på den tilhørende kildeskatten, men det er det enkelte selskap som deler ut utbyttet som må trekke kildeskatten. Det kan være utfordrende for et selskap å vite hvilke aksjonærer som oppfyller kriteriene til skattefritak eller redusert sats. I Skattebetalingsforskriften §5-10a legges det opp til at selskapet skal trekke kildeskatt dersom man ikke er kjent med situasjonen til aksjonæren. Deretter kan aksjonæren heller kreve refusjon hvis kriteriene for det er oppfylt. På denne måten får skattemyndighetene mulighet til å kontrollere før utbytte eventuelt utbetales skattefritt eller med redusert sats.

2.1 Unntak for kildeskatt på utbytte

2.1.1 Unntak ved fritaksmetoden

Fritaksmetoden har som formål å hindre at inntekt skattlegges i flere ledd. Det gis fritak for skatt på utbytte og gevinst på aksjer, jf. Skatteloven § 2-38 (1). Samtidig medfører det et unntak fra kildeskatt for aksjonærer hjemmehørende utenfor Norge. Dette fritaket gjelder for selskaper som er hjemmehørende i EØS.

I skatteloven §2-38 (1) og (5) finner vi vilkårene for fritak som har til hensikt å tydeliggjøre hvem som omfattes. Dette også for å unngå situasjoner hvor det kan argumenteres for unnvikelse av kildeskatt på utbytte. Vilråene i fritaksbestemmelsen er at selskapet er hjemmehørende i Norge eller hjemmehørende i EØS ved at det er reelt etablert og driver reell økonomisk aktivitet innen EØS.

At selskapet er hjemmehørende i Norge eller EØS betyr videre at selskapet styres herfra⁴. Det vil si at de reelle driverne utfører arbeidet innenfor området og det samme med beslutningene som tas. Et selskap hvor de som reelt bestemmer og tar avgjørelser hører til i utlandet er ikke hjemmehørende i Norge.

At selskapet er reelt etablert i EØS vurderes ut fra tilstedeværelsen til selskapet. For eksempel at man har ansatte, eiendeler, kontorplasser o.l i EØS. Hvis

⁴ Rt. 2002 s. 1144 på s. 1148

selskapet også kan vise til egne inntekter så oppfyller det også vilkåret om reell økonomisk aktivitet.

2.1.2 Unntak gjennom skatteavtale

Skatteavtaler er en gjensidig avtale mellom partene som inngår avtalen og hovedformålet er å motvirke dobbeltbeskatning. Som beskrevet i innledningen har OECD laget en mønsteravtale for skatteavtaler. Det anbefales altså at landene bruker dette som mønster for sine skatteavtaler. Det vil på mange måter gjøre det enklere dersom alle regler og avtaler har det samme formål og fundament lagt til grunn. I praksis har Mønsteravtalen fått stor betydning og blir faktisk brukt for skatteavtaler mellom ulike land. Det Mønsteravtalen legger opp til er at landet som utdeler selskapet hører til skal gi avkall på eller kreve en redusert kildeskatt. Her kan man bruke 5% eller 15% sats for kildeskatt ut fra store eierposisjoner mottaker har i utbytteselskapet og hvor lenge dette har vedvart.

Avtalen forutsetter at det utenlandske selskapet er hjemmehørende i et skatteavtaleland, etter Skatteloven §2-3 (1). I tillegg setter Mønsteravtalen artikkel 5 og 19 (2) vilkår om at selskapet må ha et fast driftssted og etter artikkel 1 og 4 vilkår om at selskapet er «resident» i et skatteavtaleland. «Place of management» må også tilhøre skatteavtalelandet.

2.1.3 Beneficial owner etter Mønsteravtalen

Formålet med skatteavtalene er også å unngå internasjonal skatteunndragelse. Det er i oppnåelsen av dette formålet at begrepet beneficial owner er sentral ved at den som er beneficial owner av et utbytte får redusert kildeskatt. Begrepet beskrives i artikkel 10 (2) i Mønsteravtalen. Ved tolkningen av begrepet og vurderingen av om et selskap oppfyller kravene til beneficial owner er det viktig å huske på formålet om å unngå internasjonal skatteunndragelse⁵. Det har også til hensikt å unngå dobbeltbeskatning, men det er altså formålet om å unngå skatteunndragelse som er det avgjørende for akkurat denne vurderingen.

⁵ Skaar (2006) s. 55

Om selskapet er beneficial owner skal vurderes på tidspunktet for hver enkelt betaling. Da er det aktuelt å se hvordan tidligere utbetalinger har blitt behandlet. Ifølge OECD kommentarene til artikkel 10 punkt 12.4 skal det forstås slik at gjennomstrømmingsselskaper ikke tilfredsstillt kravene til beneficial owner. Kommentarene skisserer dette videre som et selskap som ikke kan forvalte mottatt utbytte slik det selv ønsker. Det er et gjennomstrømmingsselskap hvis selskapet ikke har frihet og bestemmelsesrett over hvordan utbyttet skal anvendes. I Swiss Swap saken fra 2015 ble dette lagt til grunn av høyesterett i Sveits. Saken omhandlet to danske banker som eide aksjer i sveitsiske aksjer og som på bakgrunn av skatteavtaler inngått med blant annet Storbritannia og Frankrike krevde refusjon av kildeskatt på utbyttet mottatt fra de sveitsiske selskapene. Sveitsisk høyesterett vektla i sin forklaring at beneficial owner er den som har bestemmelsesretten over utbyttet og som nyter fordelene av det. Den danske banken i saken ble ansett som et gjennomstrømmingsselskap på grunn av dets forpliktelse om å videreføre mottatt utbytte i de inngåtte TRS-avtalene.

Hvis mottakeren av utbyttet ikke har den endelige bestemmelsesretten over det vil den som regel ikke være beneficial owner. En som mottar og viderefører utbyttet kan mest sannsynlig ikke være beneficial owner, ifølge OECD kommentarene. Holdingselskap eller mellommenn kan i prinsippet da ikke være beneficial owner. I Swiss Swap saken stilte sveitsisk høyesterett minimumskrav om at mellommannen må kunne foreta enkelte avgjørelser uavhengig av andre. Deretter må man spørre hvor omfattende råderett en beneficial owner⁶ har. Svaret ligger i at mottakeren av utbyttet må kunne ta avgjørelser om utbyttet mot andres vilje.

I en konsernstruktur kan det være at begrensninger på forvaltningen av utbyttet naturlig ligger hos morselskapet eller konsernspissen. Betyr det at et konsernselskap ikke er beneficial owner når konsernet som helhet eller morselskapet har visse forpliktelser til anvendelsen av mottatt utbyttet? I Rt. 2002 s. 456 blir det i dommen uttalt at det uttalt at det ikke er uvanlig at beslutninger i datterselskaper bestemmes av morselskapet. Det vil si at et underliggende selskap ikke nødvendigvis er et gjennomstrømmingsselskap spesielt i et konsern hvor det

⁶ Swiss Swap Case punkt 5.2.1

oftest er best at konsernledelsen er den som har bestemmelsesretten. Det er akseptert at selskapet er bundet av konsernledelsens overordnede beslutninger.

Hvis selskapet etter kontrakt er bundet til å videreføre utbyttet er ikke bestemmelsesretten til stede. I Prevost Car saken fra 2009 ble dette praktisert. Her var det et canadisk selskap som utbetalte utbytte til et nederlandsk holdingselskap innen samme konsern. Holdingselskapet delte utbytte videre til sine aksjonærer og ble ansett av rettsinstansen som beneficial owner. En avgjørende årsak var at avtalen med å utbetale utbyttet bare gjaldt mellom aksjonærene, og ikke holdingselskapet selv. I dommen blir det uttalt at beneficial owner av utbytte er den som mottar det til sitt eget bruk og nytelse og som bærer selv risikoen og kontrollen på dette mottatte utbyttet. Hvis selskapet ikke bestemmer over bruken av utbyttet eller hvis det ikke vil nyte av fordelene av bestemmelsesretten, er det ikke beneficial owner⁷.

2.2 Kildeskatt på utlån av aksjer

Realisasjon av aksjer

Ifølge skatteloven §10-31 er må noe realiseres for at et skattemessig eierskap overføres. Utenlandske aksjonærer har fritak for skatteplikt til Norge på gevinst og tap ved realisasjon av aksjer. Det kan føre til at de har en fordel av å realisere aksjen før utbyttedagen for å unngå kildeskatt på utbyttet. I motsetning til realisasjon så er utbytte nemlig skattepliktig.

Skatteloven §9-2 (1) betegner realisasjon som en overføring av eiendomsrett som skjer mot vederlag og opphør av eiendomsrett. Bestemmelsen sier at det både er nødvendig at mottaker får eiendomsretten og at giveren gir den fra seg.

Problemstillingen oppstår ofte når man skal vurdere når eiendomsretten faktisk har opphørt. I forarbeidene til bestemmelsen står det at eierposisjon vanligvis opphører ved avhendelse.

En avhendelse foreligger når noe går over fra en eier til en annen eier. I praksis har det som regel skjedd en avhendelse dersom det foreligger en bindende avtale om dette. Det er viktig at størrelsen på vederlaget også er avtalt. Høyesterett

⁷ Prevost Car avsn. 12

uttalte i Rt. 2009 (Hurtigruten) at gevinsten må være «klarlagt og sikret for selgerne».⁸ I denne dommen ble det konkludert med at det ikke hadde skjedd en realisasjon på grunn av en due dilligence som var under arbeid. Størrelsen på vederlaget var altså ikke fastsatt. Gevinsten var derfor ikke klarlagt og sikret for selger. Det er likevel ikke en bindende avtale som er helt avgjørende når det er snakk om realisasjon av aksjer. I Nordea dommen fra 2002 blir følgende uttalt: «Et formelt bindende salg av aksjene er ikke nødvendigvis tilstrekkelig til at det foreligger en realisasjon. Det må også ha skjedd en reell avhendelse av den økonomiske interessen.»⁹ Vanligvis kan man konkludere med at realisasjon har skjedd når risiko og kontroll har blitt overført til kjøperen og at det på ingen måte ligger igjen noe hos selgeren.

2.3 Kildeskatt ved utlån av aksjer

En aksjonær kan låne ut aksjer til en innlåner for en avgrenset periode. Innlåneren overtar da aksjene og avkastningen på aksjene i den avgrensede perioden betales til utlåner. Utlåner kompenseres også for risikoen som kommer med utlånet. Ifølge skatteloven §9-11 så blir ikke aksjene realisert ved utlån av aksjer, det vil si at det ikke skjer noen endringer i forhold til hvem som er eier av aksjene. Spørsmålet blir derfor hvem som er det riktige skattesubjektet når utbyttet vedtas under låneperioden.

I henhold til skatteloven §9-11 skal dette i praksis løses ved at innlåner gir en utbyttekompensasjon til utlåner for avkastning på aksjen. Det medfører at det til slutt er utlåner som blir tilordnet utbyttet selv om aksjene ligger hos innlåner på tidspunktet for utbyttet. Det skjer altså ingen endring på eierskapet ved utlån av aksjer, hvis vi skal følge §9-11, og sånn sett virker det naturlig at utlåneren er den som skal belastes skatt. Problemet er at regelen ikke nødvendigvis har blitt fulgt i praksis. I Finansdepartementets uttalelse 20.08.2010 står det at det er innlåner som

⁸ <https://www.skatteetaten.no/en/rettskilder/type/uttalelser/domskommentarer/hoyesteretts-dom-av-7.-oktober-2009--hurtigruten-asa-hr-2009-01916--a/>

⁹ <http://www.skatterett.net/dommer/Rt-2002-798.pdf>

skattemessig skal tilordnes utbyttet. Det vil i så fall bety at ordningen med utbyttekompensasjon ikke skal følges.

Det som vanligvis skjer i praksis for utenlandske aksjonærer er å låne ut aksjene til en aktør innen EØS eller skatteavtaleland. Det er innlåner som forvalter og har råderetten over denne. Det er avtalt kompensasjon for risiko og avkastning på aksjen mellom innlåner og utlåner. I Norge dokumenter innlåneren at de er privatrettslig eier av aksjen.

For å svare på hvem av utlåner og innlåner som skal tilordnes utbytte må man stille spørsmål ved om det faktisk skjer en realisasjon av aksjen når man inngår en utlånsavtale. Hvis det foreligger en realisasjon, som regulert i skattelovens §9-2 (1), vil innlåneren anses som den reelle eier og skattesubjektet for utbyttet. Vi var inne på vilkårene til realisasjon etter denne bestemmelsen tidligere. Blant annet hadde høyesterett i Hurtigruten dommen vektlagt at gevinsten skulle være klarlagt og sikret for selger.

Skatteloven har en egen paragraf om lån av verdipapirer i §9-11. Forarbeidene til denne viser at prinsippene for realisasjon også gjelder ved utlån av verdipapirer. I Finansdepartementets brev til Oslo Børs datert januar 1998 tolker departementet at utlån av verdipapirer er realisasjon. I en utlånsavtale må utlåner gi fra seg sitt rettslige eierskap til aksjen. Det tyder da på at aksjen blir realisert, men overføringen av eierskapet gjelder bare for en avgrenset periode. Det kan være fra noen dager til mange måneder. Jo lenger utlånsperioden er, desto høyere er risikoen for at utlåneren ikke får aksjene tilbake. Samtidig får utlåner mer kompensasjon jo lenger denne utlånsperioden varer. Utlåner har i utgangspunktet også garantert å få de utlånte aksjene tilbake ved endt utlånsperiode. Sånn sett kan man jo anse utlåner for den reelle eier selv om den i utlånsperioden ikke har råderetten til aksjene.

For utlåner er imidlertid låneavtalen den eneste garantien for å få aksjene tilbake. Hvis for eksempel innlåner slås konkurs, står utlåner likt med øvrige kreditorer. Hvis utlåner ikke får tilbake aksjene må vel disse anses som realisert. Dette skjer først når det er sikkert at utlåner ikke får tilbake aksjene, altså ved misligholdt lån. Begge parter har nemlig intensjon om tilbakelevering av aksjene ved inngåelsen

av utlånsavtalen. Man kan altså ikke si at verdipapirlån er realisasjon når man ikke kan behefte at det skjer en realisasjon på tidspunkt for selve overleveringen av aksjene. Mislighold skjer uforutsett og er ikke intensjonen med utlånsavtalen.

Et annet element for vurderingen om hvem som er det riktige kildeskattesubjektet er eierposisjonen i aksjen. De direkte økonomiske rettighetene tilknyttet aksjen ligger hos innlåner. Ifølge aksjeloven og allmennaksjeloven §8-3 (1) er det innlåner som sitter med kontroll av aksjene og blant annet har retten til å motta utbytte. De faktiske forholdene i en utlånsavtale er derimot at utlåneren får utbyttet. I tillegg har utlåneren rett på andre tildelinger som for eksempel tegningsretter og andre typer utdelinger. I så fall tilsier det at det ikke har skjedd en realisasjon med tanke på at utlåner fortsatt har indirekte økonomisk rettighet og en viss eierposisjon i aksjen. Utlåneren tjener også mer på låneavtalen sammenlignet med om man satt med aksjene selv.

Det er likevel enkelte rettigheter utlåneren ikke beholder, som fortrinnsretten til å erverve nye aksjer i selskapet tilknyttet de utlånte aksjene. I tillegg må vi huske på at utlåneren ikke lenger vil beholde sin innflytelse knyttet til aksjene og sine forvaltningsrettigheter i aksjen. Dette taler da for at eierposisjonen er overført innlåner.

Tidligere drøftet vi også at vilkåret om at gevinsten skal være klarlagt og sikret. Det taler for at det blir en gevinst kun ved mislighold av låneavtalen. Dette kan ikke være noe som er forutsigbart og det er hvert fall ikke dette som er låneavtalens intensjon. Dermed kan heller ikke gevinsten anses som klarlagt og sikret ved utlånsavtalen. Det som imidlertid er sikkert er at intensjonen til begge parter, som er å få en meravkastning på aksjene. Begge parter har ingen motiv i at aksjene ikke skal tilbakeleveres. Utlåner har ikke til hensikt å bli kvitt sine eierposisjoner knyttet til aksjen og innlåner har ingen intensjon om å overta eierposisjonene fra utlåner. Da er det vanskelig å si at det foreligger en realisasjon ved en utlånsavtale etter realisasjonsparagrafen 9-2. På bakgrunn av det må konklusjonen være at det fortsatt er utlåner som har eiendomsrett og som skal tilordnes kildeskatt på utbyttet.

Vi kan også se til Mønsteravtalen og beneficial owner begrepet i vurderingen. Viktige vilkår for hvem som er beneficial owner var at selskapet ikke er et gjennomstrømmingsselskap og at det må ha bestemmelsesrett over utbyttet. Når utlånsavtalen sier at utlåner skal få utbyttet kan innlåner vanskelig anses å ha noen bestemmelsesrett over utbyttet og vil heller ikke nyte noen fordeler av et utbyttet. Ved å vektlegge Mønsteravtalen i vurderingen taler det da dermed også for at det er utlåner som skal belastes kildeskatt på utbyttet.

2.4 Kildeskatt ved «Skattesalg»

«Skattesalg» er når en aksjonær selger sine aksjer rett før utbyttedagen for å unngå skatt på utbytte for så å kjøpe de samme aksjene igjen etter på. Ved å selge aksjen før utbytte datoen får den utenlandske aksjonæren en fordel ved at man kan selge på en forhøyet salgsspris, unngå skatt på utbyttet og etter på kjøpe seg inn igjen. Utenlandsk aksjonær har da tatt gevinsten i form av realisasjon etter verdiøkning på aksjene, som er fritatt for skatt etter skattelovens §2-3 (1) c, fremfor å motta avkastning i form av utbytte som ville vært kildeskattepliktig. Her også tar vi for oss vurderingen av realisasjon av aksjen og hvem som skal ilegges kildeskatt. Det forutsettes at selger er utenlandsk aksjonær hjemmehørende i EØS og dermed omfattes av fritaksmetoden.

Hovedregelen for utbytte er fremdeles at det er eieren av aksjen på utbyttetidspunktet som skal ilegges skatt for mottatt utbytte. Når aksjonær selger en aksje, gir den fra seg eierskapet og bestemmelsesretten knyttet til denne. Dette tilsier at selger ikke er eieren av aksjen. Ved «skattesalg» kan man likevel mene at selgeren beholder utbytteretten gjennom den forhøyede salgssummen. Det igjen tilsier at eierposisjon ikke er opphørt ved at selger har økonomiske rettigheter på salgsdagen og frem til ex-utbyttedagen. Igjen reises spørsmålet om det foreligger en realisasjon – denne gang ved «skattesalg».

Gevinst skal være klarlagt og sikret. Ved «skattesalg» er det tydelig hva som er avtalt vederlag og selgeren får vederlaget for aksjene umiddelbart. Gevinsten kan da også fritt disponeres av selgeren. Dette taler for at den er klarlagt og sikret, altså at eierposisjonen er opphørt. Dette gjelder dog ikke hvis det er snakk om at

selger har en opsjon på tilsvarende aksje etter utbyttedagen. Selger har da nemlig ingen intensjon om å gi fra seg eierposisjonen.

Mye tyder på at det er et hull i regelverket og at selskap omfattet av fritaksmetoden faktisk kan unngå kildeskatt på utbytte ved «skattesalg». La oss se til Mønsteravtalen og regelen om beneficial owner. Igjen, så er det et vilkår at beneficial owner har frihet og bestemmelsesrett over utbyttet. Hvis salgssummen er en form for utbytte for selgeren, kan den anses å oppfylle dette vilkåret ved at den umiddelbart har full frihet og kontroll over disposisjonen av denne salgssummen. På den annen side har kjøper økonomisk kontroll over utbyttet umiddelbart når det mottas. Sånn sett kan både selger og kjøper anses som beneficial owner, men staten kan ikke ilegge kildeskatt på begge. Det er også vanskelig å forestille seg hvordan selger i praksis kan skattlegges for den andel av salgssummen som utgjorde utbyttet på salgstidspunktet.

2.5 Kildeskatt ved TRS-avtale

En TRS-avtale om en aksje har til hensikt å gi en den ene parten fordel av positiv kursutvikling på aksjen, mens den andre parten får fordel av en negativ kursutvikling. Det blir altså som et veddemål mellom disse partene hvor den ene betaler den andre om kursen stiger og den andre betaler den ene om aksjekursen synker. Den som vedder for kurs økning tar en såkalt «long posisjon» i aksjen, mens den som vedder for kurs nedgang tar det som kalles en «short posisjon» på aksjen. I tillegg avtales en rente og en margin til betaleren, samt at annen avkastning slik som utbytte skal betales til mottaker dersom dette utdeles.

For å vurdere hvilken part som skal ilegges kildeskatt på utbytte skal vi se på hvem som er den reelle mottakeren av utbytte. Her er det igjen et viktig vilkår at den reelle mottakeren har bestemmelsesretten og vil nyte fordelene av utbyttet. I en TRS-avtale er det betaleren, som er i short-posisjon, som har forvaltningsretten og råderetten til aksjene. Betaleren er fri til å realisere aksjen når den ønsker det. I tillegg er det betaleren som har møte- og stemmerett på generalforsamlingen. Dette tilsier at det er betaleren som er den reelle mottakeren av utbyttet.

I en TRS-avtale skal betaler imidlertid betale utbytte til mottaker, noe som kan tale for at betaler faktisk ikke har noen tilknytning til utbyttet og at det er mottaker som reelt får utbyttet. Med full innflytelse og råderett over aksjene er det likevel en viss risiko at betaleren ikke følger dette. Da ligger i så fall den økonomiske risikoen på mottakeren. Det er de økonomiske rettighetene som vektlegges for hvor eierposisjonen ligger. Med hensyn på det kan man tolke det som at mottakers økonomiske rettigheter til utbyttet veier tyngre enn betalers disposisjons- og forvaltningsrett i vurderingen av om hvem som er den reelle mottakeren.

Hvis vi skal se til Mønsteravtalen og regelen om beneficial owner så er det også her et vilkår frihet og bestemmelsesrett over utbyttet. I TRS-avtaler er det bestemt på forhånd at betaler skal betale utbyttet til mottaker, noe som taler for at betaleren ikke er beneficial owner. Mottakeren kan i tillegg håndheve avtalen for å få utbetalt utbyttet. Motargumentet er at på det tidspunktet betaleren mottar utbyttet så er den også tilgjengelig for betalerens kreditorer frem til den overføringen til mottaker faktisk finner sted. Da tilsier det at betaleren likevel har en viss kontroll over utbyttet på grunn av at det er en form for risiko til stede for mottakeren at kreditorene til betaleren blant annet kan ha prioritet og mulighet til å trekke fra eller sperre betalerens midler. På en annen side er dette også det eneste som kan som tale for at betaleren er beneficial owner og vil ikke veie opp for den økonomiske kontrollen mottakeren sitter med gjennom TRS-avtalen. Som følge av dette er det mer naturlig å anse mottakeren som beneficial owner og som skal beskattes for utbyttet.

3. Konklusjon

I samtlige tilpasningsformer var konklusjonen at motparten, hhv. innlåner, kjøper og betaler, ikke er beneficial owner av utbyttet. Det betyr da at det er motpart i avtalene som er det og som skal ilegges kildeskatt på utbytte. Ut fra vurderingene vi har tatt for oss i forbindelse med hvem som er skatterettslig mottaker av utbytte og som følgelig må trekkes kildeskatt på dette, veier det mot at den utenlandske aksjonæren skal beskattes for kildeskatt på utbyttet i alle avtaleformene. Det vil si at kildeskatt skal ilegges når aksjonær både er utlåner i en utlånsavtale, selger ved

«skattesalg» og mottaker i en TRS-avtale. Forutsetningen er at den utenlandske aksjonæren ikke kvalifiserer til fritaksmetoden. Så lenge den utenlandske aksjonæren ikke er omfattet av fritaksbestemmelsen må den altså betale kildeskatt av mottatt utbytte.

4.Litteraturlister

Litteratur

Aarbakke (1993) Aarbakke, Magnus, «Hvem har aksjonærrettighetene? særlig om splitting og eierskifte», Tidsskrift for Rettsvitenskap volum 1-2, 1993,

Bertelsen (2014) Bertelsen, Morten, «Lyser opp «dark pools»»,

Furuseth, Eivind. «Beneficial owner» i Praktisk internasjonal skatterett og internprising, Gjems- Onstad, Ole, Furuseth, Eivind (red.) Oslo: Gyldendal forlag, 2013 s. 169-212

Ole Gjems Onstad, Furuseth, Eivind «Beneficial owner» i Praktisk internasjonal skatterett og internprising, Gjems - Onstad, Ole, Furuseth, Eivind (red.) Oslo: Gyldendal forlag, 2013 s. 169-212

Skaar (2006) Skaar, Arvid Aage, Andersen, Mariann, Banoun, Bettina, mfl. Norsk skatteavtalerett, Oslo: Gyldendal akademisk, 2006

Zimmer, Fredrik. Bedrift, selskap og skatt: skattlegging av næringsdrivende, selskaper og eiere, 6. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2014

OECD kommentarene : OECD, 21. november 2017 Model Tax Convention on Income and on Capital – Condensed version, kan leses her:

<https://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>

Internett henvisninger

<https://www.skatteetaten.no/rettskilder/type/uttalelser/bfu/>

<https://oppslag.sticos.no/#/Emne/VisEmne/5494> hentet 16.10.2021

Rettspraksis

2009 FCA 57 Prévost Car, Federal Court of Appeal Canada

Rt. 2002 s. 798 Nordea

Rt. 2009 s. 1208 Hurtigruten