

kunne forholde seg ulikt til disse problemstillingene avhengig av de grunnleggende prinsippene og beveggrunner som begrunner deres egne internasjonale skattesystem.

Det vil derfor bli interessant å se om mange av de landene som i dag har gunstige internasjonale skatteregimer, vil ha en sterkere interesse i å bevare «status quo»,

eller om de vil forholde seg til BEPS-planen på en positiv og proaktiv måte.

Skattemessig behandling av Total Return Swap-avtale

Skatteklagenemnda ved Sentralskattekontoret for storbedrifter har fattet vedtak om beskatning av en Total Return Swap-avtale (sak nr. 2006-043SKN). Saken gjaldt spørsmål om når swapavtalen skulle anses å være realisert.

Skattyter hevdet at det først var ved overdragelse eller avslutning av avtalen at det ble realisert en skattemessig gevinst eller et fradragsberettiget tap. Skatteklagenemnda kom imidlertid til at det forelå delrealiseringer ved den månedlige avregning av ytelser. Saken reiste også spørsmål om anvendelse av fritaksmetoden, nærmere bestemt om fradragsrett for tapene var avskåret, selv om det forelå skatteplikt for gevinstene. Det er tatt ut stevning i saken.

Realisasjon av Total Return Swap Om avtalen

Saken gjaldt en avtale om «Total Return Swap» (TRS) med aksjer i X som underliggende objekt. Om denne typen avtaler heter det i en definisjon publisert av Europakommisjonen (Commission Delegated Regulation (EU) No 231/2013 of 19 December 2012):

«A total return swap is an agreement in which one party (total return payer) transfers the total economic performance of a reference obligation to the other party (total return receiver). Total economic performance includes income from interest and fees, gains or losses from market movements, and credit losses. The exposure of the AIF is the market value of the equivalent reference assets which have a bearing on the economic performance of the swap.»

Aksjene i X var notert på utenlandsk børs. Avtalen var inngått mellom en bank (utsteder, heretter «Bank») og et selskap (innehaver, heretter Selskapet), som følge av at det ikke var ønskelig for Selskapet å erverve aksjer i X direkte. Avtalen innebar at Selskapet skulle stilles økonomisk som om Selskapet var eier av de aktuelle

aksjene. Banken ervervet aksjer i X. Avtalen inneholdt imidlertid ikke noe direkte krav om at Banken måtte erverve aksjene, og Selskapet hadde heller ikke på noe tidspunkt rett eller plikt til å overta underliggende aksjer.

Selskapets forpliktelser i avtaleperioden besto av en månedlig betaling av premie, beregnet til en rentesats knyttet til LIBOR av et beregningsgrunnlag som i utgangspunktet representerte anskaffelsesverdien av aksjene i X ved avtaleinngåelsen. Beregningsgrunnlaget skulle månedlig opp- eller nedjusteres etter kursen på X-aksjene på avtalte verdsettelsesdatoer. Premien skulle betales etterskuddsvis på fastsatte oppgjørsdager. Selskapet var i tillegg forpliktet til månedlig å betale Banken for kursfall på aksjene, fastsatt på nevnte verdsettelsesdatoer.

Motsvarende skulle Banken månedlig betale til Selskapet ved kursstigning. Banken skulle i tillegg betale Selskapet for et beløp tilsvarende 85 % av utbytte gitt på X-aksjene. Det var dermed tatt hensyn til 15 % kildeskatt i X' hjemland.

Avtalen ga adgang til nettoavregning («netting»), slik at bare én av partene faktisk overførte betaling til den andre ved et månedlig oppgjør.

Avtalen løp i utgangspunktet i tolv måneder, og ble inngått i 2006. Avtalen ble i 2007 overdratt fra Selskapet til et datterselskap iht. avtale mellom disse selskapene og Banken. Selskapet påberopte seg skattefritak ved «konsernforskriften», jf. FSFIN § 11–21. Avtalen ble av Selskapet verdsatt til kroner null ved overdragelsen.

Datterselskapet overtok ved utløp av avtaleperioden deler av aksjene, og inngikk en forlengelse av avtalen for resterende aksjer.

Anførsel fra skattyter

Selskapet viste til at realisasjon krever overgang av eiendomsrett og hevdet at skattemessig realisasjon først ville finne sted ved utløpet av avtaleperioden, eller ved overdragelse. Selskapet så det slik at partene hadde et løpende mellomværende som først ville gjøres opp endelig ved utløpet av avtaleperioden. De terminvise oppgjørene skulle i henhold til dette bare utgjøre en reduksjon av selskapenes kredittrisiko. Selskapet hevdet også at det var en underliggende forutsetning at Banken skulle kjøpe aksjene, at de på den måten skulle holdes utenfor markedet, og at Selskapet skulle stilles som om det betalte rente i et låneforhold. Det ble hevdet at selv om det i avtalen var angitt alternativer for sluttoppgjør, var de eneste reelle alternativene at Selskapet kjøpte X-aksjene, eller at de ble solgt i markedet.

Skatteklagenemndas vurdering Den økonomiske realitet

Skatteklagenemnda tok utgangspunkt i at avtalen innebar at Selskapet overtok den økonomiske eksponeringen i X-aksjene. Avtalen innebar et bytte av økonomiske posisjoner, der Selskapet økonomisk ble stilt som om Selskapet var eier, og hadde finansiert kjøp av X-aksjer ved lån fra Banken. En eventuell underliggende forutsetning om «fysisk levering» kunne ikke medføre at selskapet skulle likestilles med en som betaler renter i et låneforhold. TRS-avtalen innebar ingen slik rett eller plikt til X-aksjene.

Skatt Sentralskattekontoret for storbedrifter

Klassifisering av instrumentet

Skatteklagenemnda viste til verdipapirhandelloven (vphl.) av 2007 § 2–2, der det bl.a. fremgår at bytteavtaler (swaps) med finansielt oppgjør relatert til aksjer, er derivater. Reglene var tilsvarende i den tidligere verdipapirhandelloven av 1997. Skatteklagenemnda kom dermed til at TRS-avtalen utgjorde et finansielt instrument, nærmere bestemt en swapavtale med X-aksjene som underliggende objekt.

Nærmere om de månedlige oppgjørene

Hensikten med å bytte økonomisk posisjon ble oppfylt ved hvert månedlig oppgjørstidspunkt gjennom avtaleperioden, og ikke bare på tidspunktet for avslutning av avtalen. Skatteklagenemnda tolket avtalens bestemmelser om verdsettelse, fastsettelse av oppgjør og oppgjørstidspunkter slik at de månedlige oppgjørene ble bestemt til forskjellen mellom siste og forrige verdsettelse. Det at selskapet omtalte eventuelle oppgjør motsatt vei for en senere periode som «tilbakebetaling», innebar ikke at vederlaget for forrige periode ikke var endelig klarlagt og sikret. Selskapet hadde ikke vist til noe sted i avtalen hvor det skulle fremgå at det i et senere oppgjør eller i et sluttoppgjør skulle kompenseres for tidligere oppgjør mellom partene. Skatteklagenemnda tolket avtalen slik at senere oppgjør kun ville innebære en betaling til eller fra selskapet med utgangspunkt i utviklingen fra forrige fastsettelse. En etterfølgende fastsettelse av nettobetalning «motsatt vei» ville altså ikke innebære en justering for forhold som inntrådte før forrige fastsettelse, men kun en nettobetalning på bakgrunn av etterfølgende utvikling. De månedlige oppgjørene innebar dermed endelig oppgjør for den økonomiske utviklingen på aksjene den aktuelle perioden.

Denne vurderingen ble også støttet av at Selskapet selv, ved overdragelse av avtalen til sitt datterselskap, verdsatte avtalen til null. Overdragelsen skjedde på en avregningsdag, og selskapet vurderte det slik at det på dette tidspunktet ikke ville foreligge noen forpliktelse eller krav mellom partene.

At Selskapet hadde vurdert de månedlige betalingene som en form for sikringsordning, var ikke til hinder for at betalingene også fungerte som delrealisasjoner mellom de to partene ved oppgjør for hver månedlige termin.

Skatteklagenemnda la dermed til grunn at det forelå realisasjon som innvinning ved hver fastsettelse av månedlig oppgjør, dvs.

på avregningstidspunktet – når opplysninger om nivået på de enkelte elementene i oppgjøret var tilgjengelige slik at vederlaget kunne fastsettes. Det forelå ingen tvil om at det forelå en bindende avtale mellom partene, og gevinst/tap for perioden var på dette tidspunktet klarlagt og sikret.

Fritaksmetoden

Fritaksmetoden innebærer at aksjeselskaper mv. er fritatt for skatteplikt på gevinster og ikke har fradragsrett for tap på aksjer mv. i selskaper innenfor EØS, jf. skatteloven § 2–38 første og annet ledd. Fritak gjelder også på visse vilkår aksjer mv. i selskaper utenfor EØS, jf. sktl. § 2–38 tredje ledd. Reglene gjelder også for gevinster på finansielle instrumenter med bl.a. aksjer som underliggende objekt, jf. sktl. § 2–38 annet ledd bokstav c.

Gevinstene

TRSen hadde underliggende aksjer i X, som var hjemmehørende utenfor EØS. I slike tilfeller gjelder tilleggskrav om sammenhengende eiertid på to år og minst 10 % eierandel, for at gevinsten skal være omfattet av fritaksmetoden, jf. sktl. § 2–38 tredje ledd bokstav b. Selskapet oppfylte ikke disse kravene for skattefritak, og gevinstene ved hver realisasjon var dermed skattepliktige.

Tapene

Selskapet hadde også realisert flere tap. Normalt vil det foreligge fradragsrett for tap ved realisasjon, der gevinst ville være skattepliktig. Fradragsrett for tap på aksjer utenfor EØS eller finansielle instrumenter med slike aksjer som underliggende objekt, er imidlertid ikke fullt symmetrisk med skatteplikten for gevinst. Det gjelder bl.a. en identifikasjonsregel med nærstående. For å ha fradragsrett for tap, måtte selskapet og dets nærstående tilsammen ikke på noe tidspunkt de to årene frem til oppførelsestidspunktet ha eid 10 % eller mer av selskap X, jf. § 2–38 tredje ledd bokstav c. Som nærstående i denne sammenheng regnes bl.a. heleide datterselskap, jf. § 2–38 fjerde ledd. I dette tilfellet hadde det heleide datterselskapet som senere også overtok TRS-avtalen, en eierandel på mer enn 10 % i X i den aktuelle toårsperioden. Som følge av identifikasjon med datterselskapet, hadde Selskapet dermed ikke fradragsrett for de realiserte tapene.

Anførsel fra skattyter

Selskapet mente at beskatning av gevinstene uten fradragsrett for tapene, ville innebære en dobbeltbeskatning, at samme

verdistigning ville bli beskattet flere ganger, at hensynene bak regelen om avskjæring av fradrag for tap etter bokstav c ikke gjorde seg gjeldende i dette tilfelle, og at resultatet var åpenbart urimelig. Selskapets subsidiære påstand var dermed at bestemmelsen måtte forstås slik at det i dette tilfelle bare var et netto tap på en «eierandel» som kunne avskjæres, det vil si at fradrag for tap bare skulle avskjæres i dette tilfelle hvis tapene som ble realisert på TRSen tilsammen oversteg samlede gevinster over avtaleperioden.

Skatteklagenemndas vurdering

Skatteklagenemnda viste til at lovgiver bevisst har valgt asymmetri i forholdet mellom gevinster og tap for aksjer i selskaper utenfor EØS, for å hindre omgørelser. Det er i forarbeidene (Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) punkt 6.5.4.5. s. 70) pekt på at det uten identifikasjonsregelen vil være mulig for et selskap å beholde fradragsrett for tap ved å fordele aksjeposter mellom flere nærstående selskaper slik at de ikke oppfyller kravene til eierandel etter fritaksmetoden. Det var nettopp spredning av TRS-avtalen med X-aksjer som underliggende objekt, og eierskap til X-aksjer på forskjellige subjekter i konsernet som medførte forskjellen i vurdering for gevinster og tap. Skatteklagenemnda kom etter dette til at rimelighets- eller formålshensyn ikke i utgangspunktet ga grunnlag for å fravike lovens ordlyd.

Skatteplikt for gevinster uten fradragsrett for tapene, var en direkte følge av at TRSen skattemessig ble behandlet som terminvise delrealisasjoner. Dersom selskapet i stedet ble behandlet som om det hadde anskaffet X-aksjene, ville det gitt kun én realisasjon ved avslutning eller overdragelse av andelen. Det fremgår av Ot.prp. nr. 1 (2004–2005) punkt 6.5.2.4 s. 61 at hensynet til å tilrettelegge for bruk av derivater til sikring og risikostyring, tilsa at fritaksmetoden også burde gjelde for derivater som har aksjer som underliggende objekt. Dette skulle sikre lik beskatning av derivatet og det sikrede objektet. Samtidig ble det påpekt at det burde unngås løsninger som åpner for skattearbitrasje og uønskede tilpasningsmuligheter, for eksempel ved at ikke fradragsberettiget tap på aksjer gjøres om til fradragsberettiget tap på derivat. Det fremgår også at departementet vurderte å innføre en løsning med beskatning av gevinst på derivat, mens tilsvarende tap ikke skulle gis rett til fradrag. Dette ble ikke innført, men heller ikke utelukket som et mulig senere alternativ.

Formålet med å omfatte derivater under fritaksmetoden kunne tale for en slik netobetraktning som selskapet fremholdt. På den annen side hadde ikke lovgiver før innlemming av derivater under fritaksmetoden, foretatt noen gjennomgang av skatteeffekter for de ulike aktuelle derivatene.

Lovgiver hadde heller ikke utelukket at det i noen tilfeller kunne vedtas skatteplikt for gevinst uten fradragrett for tap. Når dette også var en effekt av den asymmetrien som fulgte direkte av lovteksten som gjelder generelt, la skatteklagenemnda til grunn at

rimelighets- eller formålsbetraktninger ikke var tilstrekkelig til å fravike lovteksten.

Det ble dermed lagt til grunn at selskapet hadde skatteplikt for realiserte gevinster, men ikke fradragrett for tap.

Avgiftsplikt ved oppføring av bygg i egen regi



Artikkelen er forfattet av:

Cand. jur.
Camilla Brunfelt
Den norske Revisorforening

Næringsdrivende som i egen regi oppfører, moderniserer eller pusser opp bygg ment for salg eller utleie, skal beregne merverdiavgift av egeninnsatsen ved slike arbeider.

Med oppføring av bygg i egen regi menes oppføring av bygg for egen regning som er ment for salg eller utleie. Oppføring av bygg i fremmed regi er oppføring av bygg for andre.

Ved oppføring av bygg for andre beregnes det merverdiavgift av avtalt vederlag etter hvert som leveranse av varer og tjenester finner sted. Den næringsdrivende er registreringspliktig i merverdiavgiftsmanntallet og skal beregne merverdiavgift etter de ordinære bestemmelsene. Salg og utleie av fast eiendom er derimot ikke avgiftspliktig, og næringsdrivende som oppfører eiendom for salg eller utleie skal i utgangspunktet ikke registreres i merverdiavgiftsmanntallet. På grunn av reglene som gjelder for bygg i egen regi vil det likevel kunne foreligge en registrerings- og avgiftsplikt.

Når skjer oppføringen i egen regi?

Normalt vil det være enkelt å fastslå om et bygg oppføres i egen eller i fremmed regi. I utgangspunktet reguleres dette av avtalen mellom kjøper og selger. Ved bygg i egen regi er det inngått avtale med en kjøper om overdragelse eller utleie av fast eiendom, eller det er intensjonen at slik avtale skal inngås. Ved bygg i fremmed regi er det inngått avtale med en byggherre om leveranser av varer og tjenester i forbindelse med byggearbeider.

Som hovedregel kan det legges til grunn at arbeidet skjer for egen regning i de tilfellene det bygges på egen eiendom, mens byggearbeidene skjer for fremmed regning

når det bygges på annen manns eiendom. I praksis er det lagt til grunn at hjemmelsoverføringen er avgjørende for skillet mellom oppføring i egen regi og oppføring for fremmed regning, se for eksempel BFU 85/02. Arbeid som utføres etter at hjemmelen til eiendommen er overført til ny eier, er konsekvent blitt ansett som utført for fremmed regning. Men det kan også være at arbeid som utføres før hjemmelsoverføringen, må anses utført for fremmed regning. Det vil i tilfelle bero på avtalen. Som utgangspunkt vil man imidlertid kunne legge til grunn at arbeidet skjer i egen regi så lenge hjemmelen til eiendommen ikke er overført til ny eier.

Hjemmel for registrerings- og avgiftsplikt

En næringsdrivende som har prosjekter både i egen og i fremmed regi, vil være registreringspliktig i merverdiavgiftsregisteret for sin omsetning til andre. For disse vil hjemmelen for avgiftsplikt på prosjektene som gjennomføres i egen regi følge av de ordinære reglene om uttak i mval. § 3-21 og § 3-22.

I henhold til disse bestemmelsene skal den næringsdrivende beregne merverdiavgift når varer og tjenester tas ut fra den registrerte eller registreringspliktige virksomheten. Merverdiavgift som skal beregnes ved uttaket, omtales som uttaksmerverdiavgift.

En næringsdrivende som bare har prosjekter i egen regi, vil i utgangspunktet ikke være registreringspliktig som følge av at han ikke har avgiftspliktig omsetning. Men i og med at registreringsplikten etter mval. § 2-1 også gjelder ved uttak, og fordi det er gitt en egen bestemmelse i mval. § 3-26 om



EGEN REGI: Som hovedregel kan det legges til grunn at arbeid skjer for egen regning når det bygges på egen eiendom, mens byggearbeidene skjer for fremmed regning når det bygges på annen manns eiendom.