

Grænser for EU-staters skatteretlige anti-udnyttelsesregler

af

Ph.D.-stipendiat Jeppe Rune Stokholm

1. Indledning

Målet med denne artikel er at give en kort præsentation af de EU-retlige problemstillinger, der opstår, når nationalstater udformer og anvender skatteretlige anti-udnyttelsesregler herunder regler om »CFC-beskatning«, »Transfer Pricing«, »Tynd Kapitalisering« samt »afståelsesbeskatning ved flytning af ledelsens sæde« fra en medlemsstat til en anden medlemsstat.

Det vil ikke blive analyseret hvilken artikel i EF-Traktaten (TEF), der i de enkelte tilfælde vil være relevant at påberåbe sig. Dog lægges det til grund, at samspillet¹ mellem artikel 12 (det generelle forbud mod forskelsbehandling på grund af nationalitet), artikel 28 (varernes fri bevægelighed), artikel 39 (arbejdskraftens fri bevægelighed), artikel 43 (etableringsretten), artikel 49 (fri udveksling af tjenesteydelser) samt artikel 56 (kapitalens fri bevægelighed) giver rettigheder på skatteområdet, som fysiske personer samt selskaber kan påberåbe direkte for nationale domstole.

Endvidere vil der ikke blive sondret mellem, hvorvidt den enkelte skatteregel medfører en diskrimination² eller en restriktion³, dvs. hvorvidt der er tale om en hindring for den fri bevægelighed (restriktionsprøvelsen) eller en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer (diskriminationsprøvelsen). I stedet vil fællesbetegnelsen »indskrænkning« blive anvendt, hvor der må formodes at være tale om en EU-retlig diskrimination og/eller restriktion.

Endelig vil der ikke blive sondret mellem forskellen på diskriminations- og restriktionsprøvelsen, dvs. spørgsmålet om, hvorvidt et hensyn, der kan begrunde en indskrænkning i den fri bevægelighed skal være alment begrundet (restriktionsprøvelsen) eller sagligt begrundet (diskriminationsprøvelsen). Det skal hertil

¹ Jf. »The Hubbard Rule«: C-20/92, »Hubbard«, Saml. 1993 I, s. 3795, præmis 19.

² Om diskriminationsforbudet: Se bl.a. Niels Winther-Sørensen, »Skatteretten 3«, s. 431; Servaas van Thiel, »EU Case Law on Income Tax I«, s. 450; Servaas van Thiel, »Free movement of Persons and Income Tax Law«, s. 319 ff.

³ Om restriktionsforbuddet: Se bl.a. Niels Winther-Sørensen, »Skatteretten 3«, s. 453 ff.; Servaas van Thiel, »EU Case Law on Income Tax I«, s. 425; Servaas van Thiel, »Free movement of Persons and Income Tax Law«, s. 225 ff.

bemærkes, at det formentlig⁴ må antages, at det er lettere for skattemyndighederne at retfærdiggøre en hindring for den frie bevægelighed ud fra almene hensyn (restriktionsprøvelsen) frem for en argumentation baseret på, at saglige hensyn (diskriminationsprøvelsen) kan begrunde en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer.

2. Samspillet mellem EU-retten & skatteretten

I intern dansk skatteret samt i de øvrige EU-medlemsstater har EU-traktatens forbud mod restriktioner i den fri bevægelighed samt forbud mod national diskrimination fået en stadigt stigende betydning for den direkte beskatning af selskaber og personer. Ganske rammende har professor Frans Vanistendael⁵ i *European Taxation*⁶ beskrevet samspillet mellem frihedsrettighederne, EF-domstolen og nationalstaternes skattelovgivninger således:

»The basic problem is that in setting up their national tax systems, all Member States have paid lip service to the non-discrimination principle, but in practise the starting point for any income tax rule on non-residents has been that whenever it would be expedient a non resident could be taxed differently (e.g. more heavily) than a resident tax payer. Non-discrimination may have been the theory, but different treatment, if not outright discrimination, has been the practice«

EU-rettens princip om fri bevægelighed modificeres af en vis adgang for nationalstaterne til national selvbestemmelse på skatteområdet, idet skattelovgivningen som udgangspunkt fortsat antages at hidrøre under nationalstaterne. Selv om bestemmelserne om direkte beskatning således principielt henhører under medlemsstaternes kompetence, skal de under udøvelsen af deres kompetence overholde fællesskabsretten (jf. *Schumacker-sagen*⁷, *Wielockx-sagen*⁸, *Asscher-sagen*⁹ samt *Futura/Singer-sagen*¹⁰). Det er således nødvendigt at teste, hvorvidt nationale skatteregler, der kan siges at være i uoverensstemmelse med Fællesskabsretten, tjener et legitimt formål, som fællesskabet kan blåstemple.

Denne test, der i princippet er en undtagelse til frihedsrettighederne, kaldes

⁴ Om sondringen mellem diskriminations- og restriktionsprøvelsen: Se bl.a. Niels Winther-Sørensen, »Skatteretten 3«, s. 422 ff. Servaas van Thiel, »EU Case Law on Income Tax I«, s. 487 ff.; Servaas van Thiel, »Free movement of Persons and Income Tax Law«, s. 531 ff.

⁵ Professor Frans Vanistendael, K.U. Leuven, Belgium.

⁶ *European Taxation* Vol. 40, No. 1/2, 2000, »Fundamental freedoms of Citizens, Fundamental restriction on National Tax Law«, s. 4.

⁷ Sag C-279/93, »Schumacker«, Saml. 1995 I, s. 225, præmis 21.

⁸ Sag C-80/84, »Wielockx«, Saml. 1995 I, s. 2493, præmis 16.

⁹ Sag C-107/94, »Asscher«, Saml. 1996 I, s. 3089, præmis 36.

¹⁰ Sag C-250/95, »Futura Participations SA / Singer«, Saml. 1997 I, s. 2471, præmis 19.

»the rule of reason«, og blev udledt af EF-domstolen i *Cassis de Dijon-sagen*¹¹, der vedrørte art. 30 (nuværende art. 28) omhandlende varernes fri bevægelighed. *Cassis*-tankesættet kerne er, at en national regels EU-retlige »gyldighed« eller »ugyldighed« er betinget af, at den regeludstedende medlemsstat kan bevise, at den omstridte regel/praksis er udstedt/indført for at tilgodese samfundshensyn, der er legitime, og som Fællesskabet kan godkende.

Afgørende for Domstolens accept er, at et påberåbte hensyn også reelt er det, foranstaltningen tilsigter at realisere, samt at proportionalitetsbetingelsen er opfyldt, dvs. hvorvidt det pågældende hensyn kan opnås ved andre og mindre indskrænkende midler. Således konkluderede Domstolen i den danske *Vestergaard-sag*¹² (omhandlende skattemyndighedernes nægtelse af skattefradrag for udgifter afholdt i udlandet), at »en sådan forskellig behandling er hverken retfærdiggjort i det hensyn til at opretholde sammenhængen i en beskatningsordning eller til skattekontrollens effektivitet...«. Hensynet til sammenhængen i en beskatningsordning samt dette hensyns udstrækning er tidligere blevet udledt af Domstolen i bl.a. *Bachmann-sagen*¹³, *Wielockx-sagen*¹⁴ samt *Danner-sagen*¹⁵. Hensynet til skattekontrollens effektivitet er (udover i *Bachmann-* og *Dannersagen*) også blevet udledt i bl.a. *Schumacker-sagen*¹⁶.

Fælles for afgørelserne er, at Domstolen kategorisk har afvist, at kontrollens *i sig selv* kan begrunde en forskelsbehandling af sammenlignelige situationer. Ligeledes står det klart, at selvom et flertal af de europæiske medlemsstater har indført forskellige former for antiudnyttelsesregler, er dette ikke et hensyn eller en formildende omstændighed, der i sig selv kan begrunde eventuelle indskrænkninger i etableringsretten og/eller kapitalens fri bevægelighed¹⁷. Domstolen har således i flere sager tilkendegivet, at et skatteretligt regelsæt var uforeneligt med EU-retten, selvom adskillige lande i forbindelse med sagerne gav deres fulde støtte til de indførte regelsæt.

3. EU-retten & CFC-beskatning

CFC-regler har traditionelt taget deres udspring i de angelsaksiske lande, hvorfra forkortelsen CFC (Controlled Foreign Corporation) da også stammer. Pt. har 9 europæiske medlemsstater indført CFC-lovgivning. Det drejer sig om Danmark,

¹¹ Case C-120/79, »Cassis de Dijon«, (1979) ECR 649.

¹² Sag C-55/98, »Bent Vestergaard«, Saml. 1999 I, s. 2651, præmis 23.

¹³ Sag 204/90, »Bachmann«, Saml. 1992 I, s. 249.

¹⁴ Sag 80/94, »Wielockx«, Saml. 1995 I, s. 2493.

¹⁵ Sag C-136/00, »Danner«.

¹⁶ Sag 179/93, »Schumacker«, Saml. 1995 I, s. 225.

¹⁷ Se eksempelvis C-270/83, »Avoir Fiscal«, Saml. 1986, s. 273 samt C-297/93, »Schumacker«, Saml. 1995 I s. 225.

Finland, Frankrig, Tyskland, Italien, Portugal, Spanien, Sverige samt Storbritannien. Herudover har Østrig, Grækenland, Luxembourg, Irland samt Holland indført regler, der i deres struktur minder om de regler, der kendetegner CFC-beskatningen.¹⁸

CFC-beskatningen kommer i Danmark til udtryk gennem selskabsskattelovens § 32, hvorefter der sikres en løbende beskatning på dansk niveau af renter og anden finansiel indkomst, som optjenes i udenlandske datterselskaber under mere gunstig beskatning end i Danmark. Endvidere gælder, at de danske CFC-reglerne i et vist omfang virker sammen med de særlige regler for beskatning ved afståelse af aktier, der findes i aktieavancebeskatningslovens § 2a. Denne bestemmelse sigter mod at beskatte fortjeneste på aktier i finansielle selskaber hårdere end fortjeneste på andre aktier.

Selv om lov nr. 313 af 21/5-2002¹⁹ indfører mere objektive betingelser for CFC-beskatningen, ændrer dette ikke på, at loven på mange områder gør CFC-reglerne mere komplicerede end efter gældende ret. Med reglernes kompleksitet øges risikoen for, at reglerne får en restriktiv virkning på danske selskabers finansielle aktiviteter i udlandet. Endvidere vil reglernes skarpe sondring mellem indenlandsk og udenlandsk finansiel virksomhed samt sondringen mellem dansk og udenlandsk beskatningsniveau kunne virke diskriminerende, idet sammenlignelige situationer vil kunne blive behandlet forskelligt.

Der foreligger ikke på nuværende tidspunkt offentliggjort praksis om CFC-beskatningens forenelighed med EU-retten. Dog har foreneligheden været til debat²⁰, siden EF-domstolen den 16. juli 1998 afsagde dom i den såkaldte ICI-sag, selvom sagens genstand var en anden.

ICI-dommen vedrørte beskyttelsen i oprindelsesstaten til sekundært at etablere sig med datterselskaber i andre medlemsstater, jf. TEF art. 52, jf. art. 58 (nu art. 43, jf. art. 48²¹). Diskussionens genstand var, hvorvidt et engelsk moderselskab kunne få fradrag for et underskud, som var oppebåret fra et engelsk datter-datterselskab. Det engelske moderselskab ejede 49 pct. af et engelsk holdingselskab,

¹⁸ Jf. Sarah Kinkel, »EU Commission Urged to Remove CFC Barriers Between Member States«, *Tax Notes International*, 17. juni 2002, s. 1256.

¹⁹ I daglig tale kaldet »L 99«.

²⁰ Litteraturen vedrørende diskrimination og CFC-regler er righoldig. Se for generelt dansk bidrag Anja Svendgaard, »Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber«, s. 203 ff; Niels Winther-Sørensen, »Skatteretten 3«, s. 426; Søren Steenholdt i SU 1995.147; Aage Michelsen i NTS 1999.91. I international kontekst kan bl.a. henvises til Michael Lang, »CFC Legislation and Community Law«, *European Taxation* 2002.374; Klaus Vogel, »Frances Conseil D'Etat: Tax Treaties Prevail Over CFC Rules«, *Bulletin* 2002.498; Eric Bérengier, »French Administrative Supreme Court Holds that Tax Treaties Override French CFC Rules«, *Tax Planning International Review*, August 2002; Klaus Vogel, »Tax Treaties Versus CFC Rules in France«, *Bulleting* 2002.286; Daniel Sandler, »Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation«, s. 169 ff. samt Lars-Erik Wenehed, »CFC-Lagstiftning«, s. 110 ff.

²¹ Se generelt om kapitalens fri bevægelighed i EU og skatteretlige hindringer herfor: Karsten Engsig Sørensen i R&R 1996/7, s. 25 ff.

som ejede det pågældende datter-datter-selskab 100 pct. De engelske skattemyndigheder nægtede imidlertid moderselskabet fradrag for underskuddet med den begrundelse, at et flertal af holdingselskabets selskaber (19 ud af 23) var hjemmehørende uden for England. Af de 19 udenlandske selskaber, var de 6 hjemmehørende i andre EU-stater. EU-domstolen konkluderede i præmis 21, at

»...selv om bestemmelserne om etableringsfriheden ifølge deres ordlyd skal sikre national behandling i modtagelsesmedlemsstaten, indebærer de samtidig et forbud mod, at oprindelsesstaten forhindrer, at en af dens statsborgere etablerer sig i en anden medlemsstat, eller at et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning...gør det...«.

I et særnummer af *European Taxation* (Vol. 40, No. ½, 2000) giver en række teoretikere en EU-retlig vurdering af de enkelte medlemslandes skatteregler. Flere giver udtryk for, at landenes CFC-regler på baggrund af ICI-sagen kan være stridende med EU-retten.

Således anfører Bruno Gouthiere²² om de franske CFC-regler, at »in the light of the ICI case, it is likely that Article 52 EC Treaty could also be applicable where a French taxpayer, whether company or individual, is deterred from creating a PE or a subsidiary in another EU country«. Herefter konkluderes, at »with reference to the ICI case, the author would conversely believe that Article 209 B should be seen as being in conflict with the EC Treaty, as being incompatible with the freedom of establishment (there is not yet any court decision on this issue)«.

Om de britiske CFC-regler konkluderer Aparna Nathan²³, at »it is arguable, that the very existence of the CFC rules in their current form contravenes the EC non-discrimination principles. The rules, in effect, seek to deter persons in the United Kingdom from establishing subsidiaries in other EU Member States.

Tyske Ekkehart Reimer²⁴ er derimod mere direkte: »According to the ICI decision, the substantive scope of the freedom of establishment also covers companies which, like holding companies, derive but passive income and simply serve asset management purposes«.

3.1. Særligt om hensyn, der kan begrunde CFC-regler

Såfremt det måtte konkluderes, at en EU-stats CFC-regler strider med enten etableringsretten og/eller kapitalens fri bevægelighed, er spørgsmålet, om den indskrænkning, som reglerne medfører, er i overensstemmelse med de rettigheder, der følger af EU-retten.

Det kan diskuteres, hvorvidt et ønske om at modvirke skatteomgåelse er et hensyn, der kan begrunde en indskrænkning i eksempelvis etableringsretten. Årsagen er, at i den EU-retlige litteratur antages skatteomgåelse at falde ind

²² Bruno Gouthiere, Bureau Francis Lefebvre, Paris, s. 44 ff.

²³ Aparna Nathan, *Gray's Inn Tax Chambers*, s. 82

²⁴ Ekkehart Reimer, *University of Munich*, s. 48 ff.

under en undtagelsesbestemmelse vedrørende hensynet til den offentlige orden²⁵. Den ovenfor nævnte ICI-sag er dog et eksempel på, at Domstolen traditionelt anlægger en meget restriktiv fortolkning med hensyn til, hvornår der foreligger en mulighed for skatteomgåelse, der kan begrunde en indskrænkning. Der skal være tale om en reel skatteomgåelse, dvs. en hypotetisk risiko er ikke nok.

Endvidere kan det diskuteres, hvorvidt tab af skatteprovenu er et hensyn, der kan begrunde en indskrænkning i enten etableringsretten og/eller kapitalens fri bevægelighed. Igen er ICI-sagen interessant, idet Domstolen i præmis 28 statuerer følgende:

»Det bemærkes vedrørende argumentationen om, at det ikke er muligt at udligne det tab af skatteindtægter, som retten til at fradrage indenlandsk etablerede datterselskabers tab giver anledning til, gennem beskatning af overskuddet i datterselskaber med hjemsted uden for Det Forenede Kongerige, at det tab af skatteindtægter, der bliver tale om, ikke er af de hensyn, der er anført i traktatens artikel 56, og ikke kan anses for et tvingende hensyn af almen interesse, der kan påberåbes som begrundelse for en forskelsbehandling, der principielt strider mod artikel 54«.

ICI-sagen er i litteraturen blevet fremhævet som et eksempel på, at medlemsstaterne må indrette deres værnsregler således, at de kun omfatter arrangementer, hvis mål er skatteomgåelse - proportionalitetsprincippet var i den konkrete sag ikke opfyldt, idet reglerne tog sigte »på enhver situation«.²⁶

Sammenholdt med det faktum, at en potentiel mulighed for tab af skatteprovenu med ICI-sagen samt *Avoir Fiscal-sagen*²⁷ afvises som et hensyn af almen interesse, der kan påberåbes som begrundelse for en forskelsbehandling, må det anses som værende tvivlsomt, at en argumentation baseret på etableringslandets lave skattetryk vil nå til et andet resultat.

Problemstillingen eksemplificeres yderligere af, at EU-kommissionen i medfør af artikel 87 har godkendt visse »skatteoaser«, herunder de Kanariske øer, Madeira, Trieste, Gibraltar samt Dublin Docks. Det kan således anføres, at såfremt CFC-reglerne ikke er i strid med reglerne om den frie bevægelighed, kan de muligvis konkret vise sig at være i strid med de af EU-Kommissionen godkendte statsstøtteordninger.

4. EU-retten & Transfer Pricing

I takt med udviklingen af EU's indre marked og de fysiske grænsers forsvinden,

²⁵ Om TEF artikel 46: Se Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, »EU-retten 1«, s. 95 ff. samt »EU-retten 2«, s. 230.

²⁶ Jf. Anja Svendgaard, »Frivillig og tvungen sambeskatning af selskaber«, s. 208. Herudover kan henvises til Karsten Engsig Sørensen i SU 1998.230, Karsten Engsig Sørensen og Poul Runge Nielsen, »EU retten 1«, s. 95 ff., »EU retten 2«, s. 231, samt Niels Winther Sørensen i SR-Skat 2001.114.

²⁷ 270/83, »Avoir Fiscal«, saml. 1986 s. 273, præmis 25.

øges betydningen af den enkelte nationalstats TP-lovgivning²⁸ ved grænseoverskridende transaktioner. Ved TP-lovgivningens indførsel i Danmark blev samspillet mellem SKL § 3B og LL § 2 skarpt kritiseret af Erik Werlauff²⁹, der anførte, at følgende forhold kunne være i strid med EU-retten:

1. Der gælder en udvidet selvangivelsespligt ved transaktioner med udenlandske selskaber, men ikke ved transaktioner med indenlandske.
2. Der er udvidet dokumentations- og opbevaringspligt ved transaktioner med udenlandske selskaber, men ikke med indenlandske.
3. Reglerne kan medføre et betydeligt arbejde med dokumentation af prisfastsættelsen ved handel med udenlandske, men ikke med indenlandske selskaber.
4. Der er udvidede muligheder for skønsmæssig korrektion m.v. ved handel med udenlandske, men ikke med indenlandske selskaber.
5. Der gælder udvidede fristregler (2 år ekstra) for korrektion ved transaktioner med udenlandske selskaber i forhold til fristen ved handel med indenlandske selskaber.

4.1. Særligt om hensyn, der kan begrunde TP-regler

Skatteministeren³⁰ besvarede kritikken med, at formålet med de danske TP-regler – med henvisning til armslængdeprincippet- er at forhindre, at der ved handel mellem koncernselskaber fastsættes pris- og aftalevilkår, der ikke ville forekomme mellem uafhængige virksomheder. Uden de danske TP-regler ville koncernen kunne flytte fortjeneste fra et land til et andet, således at det samlede skattetilsvær påvirkes.

Herefter anførte Skatteministeren, at kravet om samhandel til markedspriser mellem interesseforbundne parter også gælder for rent interne transaktioner. I langt de fleste tilfælde vil der – i modsætning til grænseoverskridende forhold - ikke være noget incitament til forvriddning af priser og vilkår, idet den mindre skat i et selskab som følge af forvredne priser og vilkår vil blive modsvaret af en merskat i det andet selskab af nøjagtig samme størrelse.

Afslutningsvis anførte Skatteministeren, at EF-Domstolen flere gange har udtalt, at hensynet til en effektiv skattekontrol er et tvingende alment hensyn, der

²⁸ Om Transfer Pricing: Se for generelt dansk bidrag Jakob Bundgaard og Jens Wittendorff, »Armslængdeprincippet og Transfer Pricing«; Jan Pedersen, »Transfer Pricing – i international skatteretlig belysning«; Jan Pedersen m.fl., »Skatteretten 3«, s. 328ff.; Endvidere kan henvises til følgende tidsskrifter, der generelt vedrører Transfer Pricing: Tax Management Transfer Pricing Report; International Transfer Pricing Journal; Tax Planning International Transfer Pricing. Endelig kan henvises til følgende tidsskrifter, hvor der jævnligt bringes artikler om armslængdeprincippet og Transfer Pricing: Tax Planning International; European Taxation; Bulletin for International Fiscal Dokumentation; Intertax; Tax Notes International.

²⁹ SU 1997, 330.

³⁰ Se SU 1998,44.

kan berettigede hindringer i de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten.³¹

Til Skatteministerens første argument kan anføres, at dokumentationsforpligtelsen alene er af formel karakter, hvis formål er at sandsynliggøre en korrekt anvendelse af armslængdeprincipets materielle indhold. Skatteministeriets henvisning til armslængdeprincippet synes derfor ikke selvstændigt at tilbagevise Werlauffs kritik af, at det kan være en krænkelse af etableringsretten, at dokumentationsforpligtelsen kun gælder ved grænseoverskridende transaktioner.

Til Skatteministerens andet argument kan anføres, at selskaber i f.eks. Tyskland, Italien og Holland beskattes med en højere skatteprocent end den danske. I sådanne tilfælde synes der ikke at være nogen begrundelse for, at der skal gælde en særlig dokumentationsforpligtelse for de grænseoverskridende transaktioner, idet moderselskabet næppe vil søge at flytte indtægter til højere beskatning i disse lande. Såfremt et interesseforbundet selskab placeret i et sådant højskattelandskuld skulle have fremførbare underskud, kan det dog diskuteres, hvorvidt et dansk moderselskab i sådanne tilfælde vil være interesseret i at flytte overskud til beskatning dér. Henset til Skatteministerens argumentation er spørgsmålet imidlertid, hvorledes (og i hvilket omfang) situationen adskiller sig fra forhold, hvor et dansk selskab har skattemæssige underskud til fremførsel.

Årsagen er, at Skatteministeren anfører, at »der kan forekomme situationer, hvor der kan opnås en fordel ved skævvridning i rent nationale forhold, f.eks. hvis et af selskaberne har skattemæssigt underskud. I så fald vil der normalt alene være tale om skatteudskydelse i modsætning til en endelig skattebesparelse«. Henset til den på daværende tidspunkt gældende 5-års frist for fremførsel af underskud i LL § 15, kunne argumentationens rigtighed diskuteres (5-års fristen for fremførsel af underskud er med lov nr. 313 af 21/5-2002 blevet ophævet). I situationer, hvor fremførslen af et underskud ville falde for tidsfristen, kunne selskaber have en interesse i at flytte overskud fra et selskab til andet, for derved at få en skattebesparelse svarende til den til enhver tid gældende selskabsskatteprocent. I sådanne tilfælde, ville en undtagelse fra dokumentationspligten for danske selskaber kunne have en diskriminerende virkning i forhold til dokumentationsforpligtelsen for udenlandske selskaber.

For så vidt angår SEL § 31, kan danske moderselskaber vælge at lade sine 100 % ejede datterselskaber sambeskatte. Ved anvendelse af sambeskatningsreglerne, vil koncernen blive beskattet som en samlet enhed, hvilket yderligere eksemplificerer, at moderselskaber ikke altid pr. definition kun har et »incitament til forvridning af priser og vilkår«, når transaktionerne sker på tværs af grænserne. Endvidere vil sambeskatningsreglerne kunne medføre, at kun dele af koncernen er sambeskattet, hvorimod resten er holdt udenfor. Dermed kan interne overførsler, der ikke er dokumentationspligtige, påvirke det samlede koncernregnskab.

Kun Skatteministerens tredje argument vedrørende hensynet til en effektiv skattekontrol synes at have et indhold, der kan berettigede til det differentierede dokumentationsforpligtelsesbegreb. Spørgsmålet er imidlertid, hvad der helt præcist kan udledes af EF-Domstolens formulering »med klarhed og præcision at

³¹ Se f.eks. C-250/95, »Futura Participations SA / Singer«, Saml. 1997 I, s. 2471.

kunne kontrollere« i *Futura Participation/Singer-sagen*.

Sagen omhandlede et fransk selskab (Futura Participation), der havde en filial (Singer) i Luxembourg og som ønskede at fremføre et underskud i denne stat fra tidligere regnskabsår. De Luxembourgiske myndigheder afviste anmodningen med den begrundelse, at underskud kun kunne fremføres på betingelse af, at den skattepligtige førte et regnskab for den udøvede virksomhed, der var i overensstemmelse med lokale regler og opbevarede regnskabet lokalt. EF-Domstolen slog fast, at en sådan betingelse kunne udgøre en hindring for etableringsfriheden for selskaber, som ønsker at oprette en filial i en anden medlemsstat end den, hvor selskabet har hjemsted³²:

»Det eneste, de luxembourgiske myndigheder har behov for, når denne anmodning indgives, er imidlertid med klarhed og præcision at kunne kontrollere, at det underskud, der ønskes fremført, efter de Luxembourgiske regler om opgørelse af indkomst og underskud, der var gældende i det regnskabsår, hvor underskuddet er opstået, svarer til det underskud, den skattepligtige faktisk har haft i Luxembourg«.

4.2. Status på Domstolens arbejde med TP-lovgivningen

EF-Domstolen har endnu ikke taget stilling til TP-lovgivnings forenelighed med EU-retten. Dog ventes en afgørelse³³ fra Tyskland at medføre en præjudiciel forelæggelse for EF-Domstolen.

Sagen omhandler en fransk koncern med distributionsaktiviteter i Tyskland. Fra et tysk koncernselskab blev der i en årrække solgt varer til koncernselskaber i Frankrig samt Martinique til en pris, der lå under almindelig markedspris. Efter en skatterevision i det tyske selskab konstaterede de tyske skattemyndigheder, at varerne var solgt videre til pris, der ikke - som påkrævet af §1, stk. 1 i den tyske Aussensteuergesetz (AStG) – var på armslængdevilkår. Skattemyndighederne lavede derfor en korrektion af selskabets resultat før skat, der herefter blev forhøjet til det niveau, som resultatet ville have været, hvis varerne var blevet solgt til markedspris.

Imidlertid medfører de tyske TP-regler, at såfremt den franske koncern havde samlet alle sine aktiviteter inden for Tysklands grænser og havde undladt at handle med koncernselskaber udenfor Tyskland, ville reglerne ikke finde anvendelse. Den franske koncern påklagede herefter skattemyndighedernes korrektion.

Bundesfinanzhof slog fast, at den skattemæssige forskelsbehandling af samhandlen mellem indenlandske og udenlandske selskaber var diskriminerende iht. etableringsretten samt kapitalens fri bevægelighed. Da Bundesfinanzhof ikke havde kompetence til at forelægge sagen præjudicielt for EF-Domstolen, blev sagen henvist til Finanzgericht Münster.³⁴

På baggrund af sagen konkluderer Petra Eckl i *European Taxation 2002*.352 følgende:

³² Sag 250/95, »Futura Participations SA / Singer«, Saml. 1997 I, s. 2471, præmis 39.

³³ Se I B 141/00, *Deutsches Steuerrecht* 2001, s. 1290.

³⁴ Ref. No. 8 V 4639/00, *Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG)*, 2000, s. 1389.

»It is now strongly believed that the case will be brought before the ECJ in respect of the main proceedings either by the Tax Court of Münster or by the Federal Tax Court itself in the course of a possible appeal. In view of the latest developments in case law, unfavourable tax assessments based on Sec. 1, para. 1 of the FTA (AstG) should be appealed and then held in abeyance until the ECJ clarifies the situation«.

4.3. Status på Kommissionens arbejde med TP-lovgivningen

I erkendelse af, at kravet om armslængdepriser og TP-dokumentation i forbindelse med grænseoverskridende handler er stadigt stigende blandt medlemsstaterne i EU, har Kommissionen netop nedsat et fælles EU-forum³⁵, der skal belyse området.

Årsagen er bl.a., at selvom alle medlemsstater følger OECD's »Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations«, så tolkes og anvendes guidelinen i praksis forskelligt. Dette medfører øgede omkostninger for både virksomheder og skattemyndigheder. Målet for det fælles TP-forums arbejde er derfor at identificere og give løsningsforslag til de problemstillinger, der følger af divergerende TP-lovgivning i det indre marked.

5. EU-retten & Tynd Kapitalisering

Den skatteretlige behandling af problemstillinger vedrørende Tynd Kapitalisering (TC: Thin Capitalization) adskiller sig begrebsmæssigt ikke fra Transfer Pricing-problematikken.

I dansk ret³⁶ er et selskab tyndt kapitaliseret, såfremt selskabets kapitalbehov finansieres ved en i forhold til egenkapitalen uforholdsmæssig stor fremmedkapital, der stilles til rådighed af et selskab m.v. eller af en fysisk person med kontrollerende indflydelse. En tynd kapitalisering med stor gæld og lille egenkapital i forhold til en stor egenkapital og lille gæld medfører, at renterne på gælden til moderselskabet i modsætning til udbyttet kan fratrækkes ved opgørelse af selskabets skattepligtige indkomst.

Da TC-regler vedrører et moderselskabs måde at kapitalisere et datterselskab på, kan det diskuteres³⁷, hvorvidt reglerne strider med eksempelvis hensynet til kapitalens fri bevægelighed samt etableringsretten, idet nægtelse af rentefradrag for den del af gælden, der overstiger det enkelte medlemslands debt: equity ratio,

³⁵ KOM (2001) 582, s. 22.

³⁶ Jf. bemærkningerne til L 101 (lov nr. 432 af 28/6 1998)

³⁷ Litteratur vedrørende diskriminering og tynd kapitalisering: For dansk gennemgang anbefales: Jakob Bundgaard, »Tynd kapitalisering - en skatteretlig fremstilling«; Herudover kan henvises til f.eks. Søren Bjerre Nielsen i SO 1985.59; Lars Cort Hansen i SU 1998.236; Karsten Engsig Sørensen i SU 1998.320. I international kontekst kan henvises til David B. Oliver, »The impact of EU non-discrimination provisions in UK corporate tax law«, ECTR 1998.170; José M. Calderón Carrero, »Spanish Thin Capitalization in Light of the Non-Discrimination Principle: its Compatibility with Coule Tax Treaties and EC Law«, Intertax 1996.282; Nicolas Not, »Are French Thin Capitalisation Rules Compatible with OECD Model Convention?«, Tax Planning International Review, s. 16; Bruno Gouthière, »Thin Capitalization Rules and the Non-Discrimination Principle«, European Taxation 2002.159.

kan udgøre en hindring, der »direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt«³⁸ hindrer samhandelen, eller rettere: Hindrer et udenlandsk selskab i at etablere sig i en anden medlemsstat.

Herved forfordes udenlandske moderselskaber i forhold til indenlandske moderselskaber, idet indenlandske selskaber som udgangspunkt frit kan vælge af finansiere indenlandske datterselskaber med fremmedkapital, uden at datterselskabets rentefradrag beskæres. Da de danske TC-regler forudsætter et grænseoverskridende element, vil det derfor kunne argumenteres for, at regelsættet i realiteten diskriminerer f.eks. non-resident shareholders fra andre EU-lande.

Med udgangspunkt i Halliburton-sagen³⁹ kan der mod SEL § 11 endvidere indvendes, at reglen medfører større besvær i forbindelse med international låntagning end i forbindelse med national låntagning. En sådan argumentation vil ligeledes ved en udvidet fortolkning formentlig finde støtte i Eurowing-sagen⁴⁰, hvor Domstolen i præmis 44 udtalte følgende:

»En eventuel skattemæssig fordel, som tjenesteydere måtte have på grund af en lav beskatning i den medlemsstat, hvor de er etableret, kan ikke tjene som begrundelse for, at en anden medlemsstat skattemæssigt udsætter tjenesteydelsesmodtagere i den sidstnævnte stat for en mindre fordelagtig behandling (jf. for så vidt angår EF-traktatens artikel 52 (efter ændring nu artikel 43), dommen i sagen Kommissionen mod Frankrig, præmis 21, og Asscher-dommen, præmis 53).

Til argumentationen kan det tilføjes, at der i EU ikke er mange medlemsstater, der beskatter selskaber på en måde, der indebærer en potentiel skattebesparelse af en vis størrelse som følge af tynd kapitalisering i Danmark.

Afslutningsvis vil det kunne anføres, at reglerne om tynd kapitalisering - i modsætning til rent interne nationale koncernforhold - potentielt medfører øgede byrder for skatteydere, der er koncernforbundne med enheder i andre EU-lande. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt eksempelvis Futura-sagen⁴¹ kan give støtte for et argumentation gående på, at disse øgede byrder mangler proportionalitet.

³⁸ Jf. formuleringen i sag 8/74, »Dassonville«, vedrørende art. 30 (nuværende art. 28) omhandlende varernes fri bevægelighed. Paul Bate fra IBF forklarer i *European Taxation*, vol 40, no.1/2, s. 9 Dassonville-doktrinen betydning for den direkte beskatning således: »Although direct tax measures will rarely amount to a restriction on the free circulation of goods, the *Presse* case should be noted to illustrate how this can arise. This case concerned a French tax law that allowed newspaper publishers to set up a tax-free reserve for the purchase of buildings or equipment used for the business or to deduct from their profits expenditure incurred for this purpose; however, the relief was not available in respect of any part of the taxpayers publications that were printed outside France. The Court held, that the measure amounted to an incentive for French publishers to use printers based in France, which was an obstacle to intra-Community trade in brach of Article 30«.

³⁹ C-1/93, »Halliburton Services BV v. Staatssecretaris van Financiën«, Saml. 1994 I, s. 1137.

⁴⁰ C-294/97, »Eurowings Luftverkehrs AG«, Saml. 1999 I, s. 7447.

⁴¹ C-250/95, »Futura Participations SA / Singer«, Saml. 1997 I, s. 2471

5.1. Status på Domstolens arbejde med TC-lovgivningen

Forhåbentligt er en direkte tilkendegivelse fra EF-Domstolen omhandlende tynd kapitalisering på vej. Således har Finanzgericht Münster⁴² den 21. august 2000 forelagt følgende sag til præjudiciel prøvelse for så vidt angår de tyske TC-regler:

Sagen vedrører et Tysk GmbH, »Lankhorst-Hohorst«, hvis nominelle selskabskapital ved stiftelsen var 20,000 DEM. I årene 1987-1996 blev selskabskapitalen løbende udvidet til 2 millioner DEM. Moderselskabet var hollandsk (L H B) med et 100% ejerskab, der igen var ejet 100% af et andet hollandsk selskab (L T B). Den 1. december 1996 optog det tyske selskab et ansvarligt lån på 3 millioner DEM hos det hollandske concernselskab (L T B), og det var aftalt, at lånet skulle have karakter af egenkapital i selskabet. Lånet skulle tilbagebetales i 10 rater med start den 1. oktober 1998. Lånet blev flydende forrentet med 4,5% pro anno, hvorfor rentebetalingerne i 1997 udgjorde 135.000 DEM og året efter 109.000 DEM. I samme periode fik det tyske selskab store driftsmæssige underskud, og balancen viste tab, der ikke lod sig dække af selskabets aktiver. De tyske skattemyndigheder karakteriserede rentebetalingerne som maskeret udbytte, og nægtede fradrag for rentebetalingerne. Finanzgericht Münster forelagde herefter hjemlen til afslaget til præjudiciel prøvelse.

Årsagen til usikkerheden er, at de omtvistede regler har til hensigt at sikre, at al profit hidrørende fra tyske kilder skal beskattes i Tyskland, før disse distribueres videre til aktionærer, der ikke er berettiget til tysk »imputationscredit«⁴³. I praksis er tilfældet dog, at det som altovervejende udgangspunkt kun er udenlandske aktionærer (moderselskaber), der ikke er berettiget til den tyske imputationscredit. Endvidere følger det af de omtvistede regler, at et moderselskab frit kan vælge, hvorvidt et datterselskab skal finansieres med låne- eller egenkapital. For selskaber, der er kontrolleret fra udlandet, gælder dog en debt:equity ratio på 3:1 (fikseret gæld) og en debt:equity ratio på 0,5:1 (anden gæld). Imidlertid havde selskabets likvide problemer medført, at selskabets equity i perioden var nul. Alle rentebetalinger blev herefter nægtet fradrag samt beskattet som værende udbyttebetalinger.

Årsagen til den præjudicielle forelæggelse er, at Finanzgericht Münster frygter, at de tyske regler sammenholdt med etableringsretten er diskriminerende, idet reglerne behandler indenlandske og udenlandske selskaber forskelligt. Finanzgericht Münster fremhæver derfor i sin indbringelse, at selvom reglerne ikke beskatter rentebetalingerne som følge af nationalitet, så medfører reglerne, at kun udenlandske selskaber (der jo ikke har adgang til den tyske imputationscredit) bliver beskattet.

⁴² Einscheidungen Nr. 1005-1006, EFG 2000 Nr. 22, »Vorlage an den EuGH zur EG-Rechtswidrigkeit des § 8a KStG«, s. 1273.

⁴³ Tyskland afskaffede ved en skattereform i 2000 deres todelte selskabsskattesystem. Ifølge dette blev udloddet overskud beskattet med 30 % og overført overskud blev beskattet med 40 % eller 0 %. Ved en senere udlodning af overført overskud blev der ydet en skatterefusion på 10 % af beskattet overskud, mens der skulle betales 30 % skat af ubeskattet overskud (»imputationscredit«).

Som følge af sagens omstændigheder har generaladvokat Jean Mischo pr. 26. september 2002 indstillet til EF-Domstolen, at de tyske regler kendes i strid med det EU-retlige princip om fri etablering. Domstolens stillingtagen til spørgsmålet ventes primo 2003.

5.2. Særligt om de franske TC-regler og OECD's modeloverenskomst art. 24

Selvom Frankrig ikke har haft sine TC-regler til prøvelse for EF-Domstolen, har Frankrig via national prøvelse⁴⁴ af regler vedrørende tynd kapitalisering givet adskillige tolkningsbidrag til rækkevidden af ikke-diskriminationsprincippet i OECD's modeloverenskomst artikel 24.

Retten i Orleans statuerede i maj måned i den såkaldte »Andritz Sprout Bauer«-sag, at de franske regler om tynd kapitalisering stred med ikke-diskrimineringsbestemmelsen i art. 26, stk. 3, i den gamle 1959-dobbeltbeskatningsaftale mellem Frankrig og Østrig (svarende til artikel 24, stk. 5 i OECD's modeloverenskomst). Dobbeltbeskatningsaftalen fra 1959 blev senere blevet afløst af en ny dobbeltbeskatningsaftale fra 1993. I den nye dobbeltbeskatningsaftale er det udtrykkeligt bestemt, at overenskomstens regler ikke er til hinder for anvendelse af de franske regler om tynd kapitalisering.

Efter de franske regler om tynd kapitalisering kan franske selskaber, der kontrolleres fra udlandet, ikke fradrage renter vedrørende gæld til det udenlandske moderselskab for den del af renterne, som vedrører gæld, der ligger udover 1,5 gange egenkapitalen. Der findes ikke en tilsvarende begrænsning af rentefradragsretten vedrørende renter, der betales til franske moderselskaber. Den franske domstol mente herved, at det franske datterselskab af det østrigske moderselskab blev undergivet en mere byrdefuld beskatning end fransk ejede selskaber alene på grund af det udenlandske ejerskab. Hermed forelå der en overtrædelse af ikke-diskrimineringsbestemmelsen i 1959-dobbeltbeskatningsaftalen.

Efterfølgende har fransk retspraksis med sagerne »Schmalbach Lubeca Pet France« og »Société Andritz« statueret, at foreneligheden med OECD's Modelkonventions art. 24 er forskellig i følgende tre tilfælde:

1. Konventioner, hvor Frankrig særskilt har reserveret sin ret til at anvende TC-regler,
2. Konventioner, hvor Frankrig ikke særskilt har reserveret sin ret til at anvende TC-regler, samt hvor konventionen har en bestemmelse lig artikel 24, stk. 5 i modelkonventionen (men ikke en bestemmelse lig artikel 24, stk. 4), og
3. Konventioner, hvor Frankrig ikke særskilt har reserveret sin ret til at anvende TC-regler, men hvor konventionen har en bestemmelse lig artikel 24, stk. 4 (men ikke nødvendigvis også en bestemmelse lig artikel 24, stk. 5).

Forskellen på disse tre konventionstyper sammenfattes i Tax Planning Internatio-

⁴⁴ Se hertil Skat Udland 1997, side 266.

nal⁴⁵ således:

»Such French thin capitalization rules are compatible with the income tax conventions where France expressly reserves its right to apply Article 212-1° of the French Tax Code notwithstanding all the provisions of the relevant income tax convention; and such French thin capitalization rules are not compatible with the non-discrimination principles contained in the income tax conventions where France does not expressly reserve its right to apply Article 212-1° of the French Tax Code and which have a provision similar to paragraph 4 of Article 24 of the OECD Model Tax Convention on Income and Capital (with or without a provision similar to paragraph 5 of such article 24).

5.3. Særligt om hensyn, der kan begrunde TC-regler

Såfremt det konkluderes, at en TC-regel opstiller en hindring for enten etableringsretten, kapitalens fri bevægelighed eller tjenesteydelsernes fri bevægelighed, opstår spørgsmålet, om denne hindring lader sig begrunde af særlige hensyn.

Selvom EU-domstolen med Bachmann-sagen⁴⁶ accepterede et hensyn til sammenhængen i skattesystemet, så er dette hensyn efterfølgende blevet modificeret betydeligt med henholdsvis Wielockx-sagen⁴⁷ og Danner-sagen⁴⁸. Spørgsmålet er derfor, om der som modargument kan fremføres, at TC-lovgivningen reelt medfører, at tilladelse til rentefradrag forudsætter en beskatning af renteindtægten et andet sted hos et andet skattesubjekt på et niveau svarende til dansk selskabsbeskatning.

For så vidt angår den generelle undtagelsesbestemmelse omhandlende *hensynet til den offentlige orden* er det ikke fastslået endeligt, i hvilket omfang *ICI-sagen*⁴⁹ kan anvendes i relation til reglerne i SEL § 11. Det kan anføres, at selvom reglerne om tynd kapitalisering sigter mod at hindre skatteudnyttelse, så rammer SEL § 11 alle selskaber, der er koncernforbundne med udenlandske selskaber, uanset hvorvidt der består et motiv til skatteunddragelse i alle henseender. Omvendt kan det anføres, at SEL § 11 muligvis må antages at være proportional i det omfang, der er tale om långivning på armslængde-vilkår.

6. EU-retten & flytning af ledelsens sæde

Såfremt ledelsens sæde⁵⁰ for en virksomhed flyttes til Danmark fra udlandet

⁴⁵ *Nicolas Not*, »Are French Thin Capitalisation Rules Compatible with OECD Model Convention«, *Tax Planning International*, Vol. 28, No. 9, September 2001, s. 22.

⁴⁶ C-204/90, »Bachmann«, *Saml.* 1992 I, s. 1779.

⁴⁷ C-80/94, »Wielockx«, *Saml.* 1995 I, s. 2493.

⁴⁸ C-136/00, »Danner«.

⁴⁹ C-264/96, »ICI«, *Saml.* 1998 I, s. 4695

⁵⁰ Om flytning af ledelsens sæde: Se bl.a. Niels Mørch, »Cahirs LXXIIIa, s. 363 ff.; Steen Askholt og Aage Michelsen, »Cahirs LXXIIa, s. 273 ff.; Niels Winther-Sørensen, »Festskrift til Aage Michelsen«, s. 307 ff.; Erik Werlauff, »EU selskabsret«, s. 6 ff.; Søren Friis Hansen, »Julebogen

medfører dette som udgangspunkt fuld skattepligt for virksomheden til Danmark⁵¹. Ved opgørelsen af det tilflyttede selskabs indgangsværdier skal der tages afsæt i aktivernes og passivernes handelsværdier på tilflytningstidspunktet.

Hertil gælder for det første en undtagelse om aktier og passiver, der i forvejen beskattes i Danmark. Endvidere gælder der en undtagelse for afskrivningsberettigede aktiver, således at disse skal anses for anskaffet til den oprindelige anskaffelsessum, men således at de anses for afskrevet maksimalt efter danske regler, jf. SEL § 4 A, stk. 2. Er handelsværdien på tilflytningstidspunktet undtagelsesvis lavere end den maksimalt afskrevne værdi, skal handelsværdien lægges til grund.

Flyttes ledelsens sæde for en virksomhed i stedet fra Danmark til udlandet, anses aktiver og passiver, som ikke efter ledelsens fraflytning fortsat er omfattet af dansk beskatning, for afhændet på fraflytningstidspunktet, jf. SEL § 5, stk. 7. Der sker således en dansk ophørsbeskatning af virksomheden, selvom virksomheden stadig er »going concern« i et andet EU-land.

6.1. Status på Domstolens arbejde med lovgivning vedrørende fraflytningsbeskatning

I de senere år har bl.a. Storbritannien haft en række sager ved EF-domstolen omhandlende flytning af ledelsens sæde.

Den mest kendte er sagen vedrørende medievirksomheden *Daily Mail*⁵², der ønskede at flytte ledelsens sæde fra Storbritannien til Holland. Daily Mail havde på dette tidspunkt foretaget en række investeringer i udlandet, som endnu ikke havde været bragt til beskatning i Storbritannien.

På daværende tidspunkt fulgte det af britisk lovgivning, at der krævedes tilladelse til at flytte ledelsens sæde. Dog havde Storbritannien tilkendegivet, at en sådan tilladelse ville blive givet, såfremt Daily Mail lod investeringerne beskatte før fraflytningen. Daily Mail mente, at en sådan bestemmelse var diskriminerende og i strid med den fri etableringsret i TEF art. 52 (nuværende artikel 43). Domstolen fastslog, at selvom etableringsretten indeholder en særlig adgang for selskaber til at ophøre i et land for efterfølgende at etablere sig i et andet medlemsland, så inkluderer denne rettighed ikke en adgang for selskaber til alene at flytte ledelsens sæde. Sagens element af »avoidance«, dvs. medievirksomhedens forsøg på at bringe investeringerne til lavere beskatning i Holland end i Storbritannien, kan muligvis have påvirket Domstolen.

Selvom Storbritannien således vandt sagen, førte dommens præmisser til omfattende ændringer i Storbritanniens lovgivning. Om Daily Mail-dommen konkluderer Niels Winther-Sørensen i »Festskrift til Aage Michelsen«, s. 311:

»På baggrund af Daily Mail-dommen er det muligt at argumentere for, at den EU-retlige

1999«, s. 143 ff; Karsten Engsig Sørensen i NTS 1999.92, samme i UfR 1999B,163, samme i TfS 1999,324.

⁵¹ Se om undtagelsen hertil i SEL § 1, stk. 6, 3. punktum

⁵² Case 81/87 (1988) STC 787

beskyttelse ikke gælder ved flytning af ledelsens sæde fra den EU-stat, hvori selskabet er indregistreret, til en anden EU-stat. Argumentet synes imidlertid, særligt efter Centros Limited-dommen, tvivlsomt. De særlige værdiansættelsesregler for afskrivningsberettigede aktiver er ikke begrundet i nationale forskelle vedrørende selskabers tilknytning, jf. herved at tilsvarende regler gælder ved indtræden af begrænset skattepligt ved oprettelse af et fast driftssted og ved indtræden af fuld skattepligt for fysiske personer«.

En ny fransk sag⁵³, der omhandler de franske regler om fraflytningsbeskatning, er netop blevet forelagt EF-Domstolen og ventes at give et afgørende bidrag til den generelle vurdering af fraflytningsbeskatningens forenelighed med EU-retten.

Sagen omhandler en fransk statsborger, der blev beskattet af sin 50% ejerandel i et fransk selskab ved sin fraflytning fra Frankrig til Belgien. Den franske statsborger påklagede beskatningen med den begrundelse, at han var udsat for en beskatning som var i strid med TEF artikel 43 omhandlende etableringsretten.

Ved påklagelsen noterede Conseil D'Etat sig, at de franske regler om fraflytningsbeskatning var indført for at modvirke skatteunddragelse og skatteflugt. Herefter bemærkede Conseil D'Etat, at de franske regler om beskatning af aktieavancer alene fandt anvendelse, hvor en aktionær fraflyttede landet (uden nødvendigvis at afhænde aktierne). Som følge af de to modsat rettede hensyn, dvs. hensynet til undgåelse af skatteunddragelse kontra hensynet til den fri etableringsret i det indre marked, besluttede Conseil D'Etat's tvistmålsafdeling herefter at forelægge EF-Domstolen en anmodning om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

»Er etableringsfriheden i medfør af TEF artikel 43 til hinder for, at en medlemsstat, af hensyn til at imødegå en risiko for skatteunddragelse, indfører regler om beskatning af urealiseret værdistigning i tilfælde af flytning af det skattemæssige hjemsted?«⁵⁴

Det må antages, at ophørsbeskatningen kan virke diskriminerende for virksomheder, der ønsker at flytte til et andet land, idet de reelt forskelsbehandles i forhold til virksomheder, der nystartes med midler i det land, hvortil ledelsens sæde tilflyttes. Ophørsbeskatningen kan også virke som en restriktion, der hindrer den fri bevægelighed i det indre marked.

7. Sammenfatning

Gennemgangen viser, at der langfra er klarhed over, hvilke grænser der gælder for EU-staters skatteretlige antiudnyttelsesregler. Ovenstående eksempler på potentielle brud med fællesskabsretten sætter endvidere TEF's artikel 10 vedrørende loyalitets- og solidaritetsprincippet i et interessant perspektiv. Spørgsmålet er, om antiudnyttelsesregler på skatteområdet begrænser integrationen i det indre marked, og dermed er i strid med selve fællesskabets målsætning.

Derfor er det relevant at undersøge hvert enkelt element af de skatteretlige

⁵³ Sag C-9/02, »Hughes de Lasteyrie du Saillant«. Om fortolkning af forelæggelsen og sagens indhold: Se Antoine Valat i ET 2002.195.

⁵⁴ Se SU 2002.196.

antiudnyttelsesregler, der kan siges at stride med de frihedsrettigheder og forbudsbestemmelser, der følger af EU-traktaten. Selv om teorien har givet sine bud, vil de væsentligste fortolkningsbidrag i de kommende år udspringe fra EF-Domstolen via medlemsstaternes præjudicielle forelæggelser på området.

Både borgere, virksomheder og medlemsstater har interesse i denne udvikling. For når alt kommer til alt giver EU-traktaten en række friheder og rettigheder, som hver enkelt medlemsstat er forpligtet til at overholde.