

ΕΛΛΗΝΙΚΗ ΔΗΜΟΚΡΑΤΙΑ



ΕΘΝΙΚΟ ΚΑΙ ΚΑΠΟΔΙΣΤΡΙΑΚΟ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ
ΝΟΜΙΚΗ ΣΧΟΛΗ

ΤΟΜΕΑΣ ΔΙΕΘΝΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
ΠΡΟΓΡΑΜΜΑ ΜΕΤΑΠΤΥΧΙΑΚΩΝ ΣΠΟΥΔΩΝ
‘ΔΙΕΘΝΕΙΣ ΝΟΜΙΚΕΣ ΣΠΟΥΔΕΣ’

ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΑΚΟ ΕΤΟΣ: 2015-2016

ΔΙΠΛΩΜΑΤΙΚΗ ΕΡΓΑΣΙΑ
του Βασιλείου Καραμητσόπουλου
Α.Μ. 837

**«Η αντιμετώπιση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής
υπό το πρίσμα των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών της Ε.Ε.»**

Επιβλέπουσες Καθηγήτριες

Ρεβέκκα-Εμμανουέλα Παπαδοπούλου
Μεταξία Κουσκουνά
Φωτεινή Παζαρτζή

Αθήνα 2016

ΒΑΣΙΛΕΙΟΣ ΚΑΡΑΜΗΤΣΟΠΟΥΛΟΣ
A. M.: 837

«Η αντιμετώπιση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής υπό το πρίσμα των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών της Ε.Ε.»

Copyright © [*Βασίλης Καραμητσόπουλος*], 2016

Με επιφύλαξη παντός δικαιώματος. All rights reserved.

Απαγορεύεται η αντιγραφή, αποθήκευση και διανομή της παρούσας εργασίας, εξ ολοκλήρου ή τμήματος αυτής, για εμπορικό σκοπό. Επιτρέπεται η ανατύπωση, αποθήκευση και διανομή για σκοπό μη κερδοσκοπικό, εκπαιδευτικής ή ερευνητικής φύσης, υπό την προϋπόθεση να αναφέρεται η πηγή προέλευσης και να διατηρείται το παρόν μήνυμα.

Οι απόψεις και θέσεις που περιέχονται σε αυτήν την εργασία εκφράζουν τον συγγραφέα και δεν πρέπει να ερμηνευθεί ότι αντιπροσωπεύουν τις επίσημες θέσεις του Εθνικού και Καποδιστριακού Πανεπιστημίου Αθηνών.

Πίνακας Περιεχομένων

Πίνακας Περιεχομένων	2
ΕΙΣΑΓΩΓΗ	5
1. Οι θεμελιώδεις ελευθερίες και η καταχρηστική άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από αυτές	5
2. Η διμερής διάρθρωση της μελέτης	7
3. Οριοθετήσεις	7
ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ	10
Οι θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες και τα όρια που θέτουν επί των εθνικών κανόνων για την καταπολέμηση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής	10
Εισαγωγή	10
Κεφάλαιο 1ο	
Το πεδίο εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών	13
1.1. Η υποκειμενική επιδίωξη αποφυγής των εθνικών διατάξεων	13
1.2. Οι αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών: ένας πιθανός φραγμός στην καταχρηστική άσκησή τους;	16
1.2.1. Αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής της ελευθερίας κυκλοφορίας εργαζομένων	17
1.2.2. Αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης.	18
1.2.2.1. Υποκειμενικό και αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής	18
1.2.2.2. Η έννοια της εγκατάστασης	20
1.2.2.3. Ειδικά ζητήματα	22
1.2.2.3.1. Εταιρείες γραμματοκιβωτίου: εντάσσονται στο πεδίο εφαρμογής την ελευθερία εγκατάστασης;	23
1.2.2.3.2. Μεταφορά έδρας σε άλλο κράτος μέλος	25
1.2.3. Αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών	27
Κεφάλαιο 2ο	
Περιορισμοί των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών και δικαιολόγησή τους λόγω ανάγκης πρόληψης κατά της φοροαποφυγής	29
2.1. Οι φορολογικοί σύνδεσμοι και η χρήση τους για τον καθορισμό και τη διατήρηση (δηλαδή την πρόληψη κατά της αποφυγής) της φορολογικής αρμοδιότητας των κρατών μελών: πότε δημιουργούν απαγορευμένες διακρίσεις ή περιορισμούς των θεμελιωδών ελευθεριών.	31
2.1.1. Η ιθαγένεια	32
2.1.2. Ο τόπος κατοικίας και ο τόπος εγκατάστασης	34

2.1.3. Η προέλευση του εισοδήματος	35
2.2. Η δικαιολόγηση περιορισμών φορολογικής φύσης στις θεμελιώδεις ελευθερίες.	36
2.2.1. Οι βάσεις δικαιολόγησης των περιορισμών στις θεμελιώδεις ελευθερίες (είδη εξαιρέσεων)	36
2.2.1.1. Εξαιρέσεις προβλεπόμενες στη Συνθήκη	37
2.2.1.2. Νομολογιακές εξαιρέσεις (δικαιολογημένοι περιορισμοί) εξαιτίας επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος	37
2.3. Η πρόληψη κατά της κατάχρησης του ενωσιακού δικαίου ή της αποφυγής εθνικού δικαίου (και ειδικότερα φοροαποφυγής) ως λόγος δικαιολόγησης εθνικών φορολογικών μέτρων που θέτουν εμπόδια στην ελεύθερη κυκλοφορία	39
2.3.1. Επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος ή γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου;	39
2.3.2. Προϋποθέσεις αποδοχής της πρόληψης κατά της φοροαποφυγής ως λόγου δικαιολόγησης εθνικών μέτρων περιοριστικών των θεμελιωδών ελευθεριών.	41
2.3.2.1.. Εμπόδιο, όχι διάκριση	42
2.3.2.2. Απόκτηση ωφέλειας (πλεονεκτήματος)	43
2.3.2.3. Καθαρώς επίπλαστες καταστάσεις (wholly artificial arrangements)	44
2.3.2.4. Αναλογικότητα	46
Συμπεράσματα Α' μέρους	49

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ **50**

Το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο για την αντιμετώπιση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής, υπό το πρίσμα των θεμελιωδών ελευθεριών **50**

Εισαγωγή	50
1. Γενικά	50
2 Η Οδηγία 2016/1164 και οι προηγούμενες οδηγίες για την άμεση φορολογία: μια σημαντική διαφορά στους στόχους τους.	51
3. Προκαταρκτικές επισημάνσεις για την Οδηγία 2016/1164	52

Κεφάλαιο 1ο: **54**

Κανόνες παραγώγου δικαίου που στοχεύουν στην καταπολέμηση της Διάβρωσης της Φορολογικής Βάσης και της Μετατόπισης Κερδών (BEPS) **54**

1.1. Κανόνας περιορισμού των τόκων	54
1.1.1. Υποκεφαλαιοποίηση - Χρηματοδότηση με δάνεια	54
1.1.2. Τυπολογία εθνικών μέτρων περιορισμού των εκπιπτόμενων τόκων και σχετική νομολογία του Δικαστηρίου	56
1.1.3. Ο κανόνας περιορισμού των τόκων που υιοθετήθηκε με την Οδηγία 2016/1164	62
1.1.4. Κριτική στην επιλεγείσα ρύθμιση υπό το πρίσμα της νομολογίας του Δικαστηρίου και της ελεύθερης κυκλοφορίας	63
1.2. Κανόνες για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες (EAE)	65
1.2.1. Η πρακτική της μετατόπισης κερδών προς Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες και η ratio των εθνικών κανόνων για τις EAE	65

1.2.2. Η Νομολογία του Δικαστηρίου επί εθνικών κανόνων για Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες	68
1.2.3. Ο κανόνας για τις ΕΑΕ στην Οδηγία 2016/1164. Κριτική ως προς την συμβατότητά της με τις θεμελιώδεις ελευθερίες και την προεκτεθείσα νομολογία.	71
1.3. Κανόνες για τις ασυμφωνίες στη διαχείριση υβριδικών μέσων (Υβριδικές αναντιστοιχίες)	75
1.3.1. Η συνήθης εταιρική πρακτική και η ratio του κανόνα	75
1.3.2. Ο κανόνας για τις υβριδικές αναντιστοιχίες που συμπεριελήφθη στην Οδηγία 2016/1164	76
Κεφάλαιο 2ο	78
Πρόσθετοι κανόνες παραγωγού ενωσιακού δικαίου για την αντιμετώπιση λοιπών πρακτικών διασυνοριακής φοροαποφυγής	78
2.1. Φορολόγηση κατά την έξοδο	78
2.1.1. Πρακτικές φοροαποφυγής μέσω «μετανάστευσης»	78
2.1.2. Η συνήθης δομή και ratio των εθνικών μέτρων φορολόγησης κατά την έξοδο	79
2.1.3. Η Νομολογία του Δικαστηρίου	80
2.1.4. Η υιοθετηθείσα στην Οδηγία ρύθμιση για φορολόγηση κατά την έξοδο, και κριτική της υπό το πρίσμα των θεμελιωδών ελευθεριών	85
2.2. Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων (Γ.Κ.Α.Κ.)	86
2.2.1. Η ratio των Γενικών Αντι-Καταχρηστικών Κανόνων	86
2.2.2. Ο Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων της Οδηγίας 2016/1164	87
2.2.3. Κριτική στην υιοθετηθείσα ρύθμιση	88
Συμπεράσματα Β' μέρους	90
ΕΠΙΛΟΓΟΣ	92
Παράρτημα Αποφάσεων (με χρονολογική σειρά)	95
Βιβλιογραφικές Αναφορές	97

ΕΙΣΑΓΩΓΗ

1. Οι θεμελιώδεις ελευθερίες και η καταχρηστική άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από αυτές

Το εγχείρημα της εγκαθίδρυσης και λειτουργίας μιας εσωτερικής αγοράς, δηλαδή ενός χώρου χωρίς εσωτερικά σύνορα μέσα στον οποίο εξασφαλίζεται η ελεύθερη κυκλοφορία των προσώπων, των υπηρεσιών και των κεφαλαίων, αποτελεί τον κεντρικό και ιστορικά πρώτο στόχο της Ευρωπαϊκής Ένωσης. Μέσο εξασφάλισης της ελεύθερης κυκλοφορίας είναι οι διατάξεις για τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες, με τις οποίες αίρονται τα τεχνητά, θεσμικά και οικονομικά εμπόδια μεταξύ των κρατών μελών.

Η κατάργηση των διαφόρων τεχνητών εμποδίων στην κυκλοφορία των οικονομικών συντελεστών μεταξύ των κρατών έχει ως σκοπό ακριβώς να χορηγήσει στα οικονομικώς δρώντα πρόσωπα που βρίσκονται σε ένα κράτος τη δυνατότητα να αξιοποιήσουν χωρίς περιττά συναλλακτικά κόστη τα πλεονεκτήματα που προσφέρουν άλλα κράτη. Με τον τρόπο αυτό, σύμφωνα με την οικονομική θεωρία, αυξάνεται η οικονομική αποτελεσματικότητα.

Η αξιοποίηση οικονομικών πλεονεκτημάτων από τη διασυνοριακή οικονομική δράση επιτρέπεται για κάθε είδους τομέα, στον οποίο, κατά την ελεύθερη κρίση των οικονομικώς δρώντων προσώπων, μπορεί να υπερέχει κάποιο άλλο κράτος: ποιότητα προϊόντων, κόστος πρώτων υλών, εξειδίκευση ανθρώπινου δυναμικού, ποιότητα και επάρκεια υποδομών και πολλά άλλα. Μέσα στα παραπάνω πλεονεκτήματα, δίχως αμφιβολία, εντάσσεται και το θεσμικό πλαίσιο κάθε κράτους: προϋποθέσεις αδειοδότησης, διοικητικά κόστη, ταχύτητα απονομής δικαιοσύνης, ένταση διοικητικών ελέγχων, ακόμα και το ύψος της φορολογίας.

Με δεδομένη την κατάργηση των διασυνοριακών εμποδίων, αναπτύχθηκαν, όπως είναι φυσιολογικό, δύο αντίρροπες δυνάμεις. Η πρώτη ασκείται από τα οικονομικώς δρώντα πρόσωπα, τα οποία επιδιώκουν να αξιοποιήσουν κάθε προσφερόμενο πλεονέκτημα από την άσκηση διασυνοριακών δραστηριοτήτων. Όμως, ιδίως, στο πλαίσιο τομέων στους οποίους δεν

έχει προχωρήσει η εναρμόνιση των διατάξεων κρατών μελών (είτε απουσία σχετικής αρμοδιότητας της Ένωσης είτε απλώς απουσία σχετικής πρωτοβουλίας) δημιουργούνται πλεονεκτήματα ακριβώς λόγω των ανομοιοτήτων μεταξύ των νομικών συστημάτων. Όπως δείχθηκε ανωτέρω, ακόμα και τα νομικά πλεονεκτήματα αποτελούν πλεονεκτήματα απολύτως θεμιτό να αξιοποιούνται στο πλαίσιο μιας εσωτερικής αγοράς. Το ερώτημα περί θεμιτής ή όχι απόλαυσης των παραπάνω πλεονεκτημάτων προκύπτει όμως έντονα, όταν αφορά περιπτώσεις καταχρηστικής άσκησης των θεμελιωδών ελευθεριών. Ενδεικτικά τίθεται το ερώτημα αν καλύπτεται από τις θεμελιώδεις ελευθερίες κάποιος που θέλει να δραστηριοποιηθεί οικονομικά στο κράτος μέλος Α αλλά συστήνει μια ανώνυμη εταιρεία στο κράτος μέλος Β, χωρίς καμιά οικονομική δραστηριότητα σε αυτό, απλώς και μόνο επειδή εκεί είναι πολύ μικρότερο το ελάχιστο απαιτούμενο μετοχικό κεφάλαιο. Μέσω της εταιρείας αυτής δραστηριοποιείται αποκλειστικά στο κράτος μέλος Α. Το ενδεικτικό αυτό ερώτημα θα απαντηθεί στην ανάπτυξη που ακολουθεί στο κύριο μέρος της παρούσας,

Η δεύτερη, αντίρροπη δύναμη, ασκείται, όπως είναι αναμενόμενο, από τα κράτη μέλη. Τα κράτη μέλη, αμυνόμενα απέναντι σε πρακτικές όπως οι παραπάνω, επιδιώκουν με νομοθετικά ή άλλου είδους μέτρα να θέσουν εμπόδια στην άσκηση δραστηριοτήτων οι οποίες θεωρούν ότι ασκούνται κατά κατάχρηση των θεμελιωδών ελευθεριών, και με σκοπό την αποφυγή (ή άλλως, την παράκαμψη) της εθνικής νομοθεσίας.

Όπως προαναφέρθηκε, ένα από τα σπουδαία κίνητρα για την αξιοποίηση (άρα και την κατάχρηση) των δικαιωμάτων που απορρέουν από τις θεμελιώδεις ελευθερίες είναι και η απόλαυση φορολογικών πλεονεκτημάτων. Οι φορολογικοί κανόνες, και ειδικότερα όσοι αφορούν την άμεση φορολογία, παραμένουν στη σφαίρα της κυριαρχίας των κρατών μελών. Συνεπώς, είναι μεγάλες οι αποκλίσεις μεταξύ των φορολογικών συστημάτων των διαφόρων κρατών μελών, και η κατάσταση αυτή δημιουργεί τη δυνατότητα καταχρηστικής άσκησης των θεμελιωδών ελευθεριών για φορολογικούς σκοπούς, ή, απλούστερα, δημιουργεί δυνατότητες φοροαποφυγής¹.

Ωστόσο, μία δραστηριότητα που από την οπτική γωνία του κράτους μέλους είναι κατάχρηση, μπορεί από την οπτική γωνία του ενωσιακού δικαίου να είναι απλώς θεμιτή άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες. Η παρούσα μελέτη επιδιώκει ακριβώς, να αναζητήσει τα όρια που θέτουν οι οικονομικές ελευθερίες στους

¹ Φοροαποφυγή μπορεί, βεβαίως, να επιτευχθεί και σε αμιγώς εσωτερικές καταστάσεις, χωρίς διασυνοριακό στοιχείο, πιθανώς με κατάχρηση του σκοπού εθνικών διατάξεων. Η παρούσα μελέτη περιορίζεται, όμως, σε ζητήματα διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής, που στηρίζονται στις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες.

κανόνες για την αντιμετώπιση της φοροαποφυγής. Αντίστροφα ιδωθέν, το ίδιο ζήτημα μπορεί να τεθεί ως εξής: μπορούν οι θεμελιώδεις ελευθερίες να παράσχουν τη νόμιμη βάση για την τελεσφόρηση διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής;

2. Η διμερής διάρθρωση της μελέτης

Η μελέτη, στο πρώτο μέρος της, εστιάζει στα εθνικά μέτρα κατά των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής, υπό το πρίσμα του πρωτογενούς ενωσιακού δικαίου (θεμελιώδεις ελευθερίες) το οποίο ασκεί στα πρώτα *περιοριστική δράση*. Η παρουσίαση του θέματος δεν είναι περιπτωσιολογική, με βάση το είδος του εκάστοτε εθνικού αντικαταχρηστικού μέτρου, αλλά ακολουθεί τη δομή του δικανικού συλλογισμού του Δικαστηρίου όταν κρίνει μέτρα περιοριστικά των θεμελιωδών ελευθεριών. Προηγείται, δηλαδή, η έρευνα εάν μια υπόθεση εντάσσεται στο πεδίο εφαρμογής κάποιας θεμελιώδους ελευθερίας. Ακολουθεί η διαπίστωση εάν το υπό κρίση εθνικό μέτρο αποτελεί περιορισμό της εν λόγω θεμελιώδους ελευθερίας. Τέλος, εξετάζεται αν ο εν λόγω περιορισμός μπορεί να δικαιολογηθεί επί τη βάσει κάποιου νόμιμου λόγου δικαιολόγησης και αν το υπό κρίση μέτρο είναι κατάλληλο και αναλογικό προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Κατ' αναλογία, η δομή *του πρώτου μέρους* περιλαμβάνει αρχικά την εξέταση ζητημάτων πεδίου εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών. Ακολουθεί η προσέγγιση των μέτρων άμεσης φορολογίας που δύνανται να προκαλέσουν απαγορευμένη διάκριση ή περιορισμό στις θεμελιώδεις ελευθερίες. Στο τέλος τοποθετείται η εξέταση των λόγων δικαιολόγησης των μέτρων αυτών καθώς και των ζητημάτων αναλογικότητας.

Στο *δεύτερο μέρος* της η μελέτη εστιάζει στην -πρόσφατη- υιοθέτηση μέτρων παραγώγου ενωσιακού δικαίου για την αντιμετώπιση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής. Εδώ η παρουσίαση έχει διαφορετική δομή: γίνεται κάθετη μελέτη κάθε ενός από τα εξεταζόμενα μέτρα του παραγώγου ενωσιακού δικαίου ως προς τη *ratio*, το αναλυτικό ουσιαστικό περιεχόμενο και τη λειτουργία τους. Κοινή συνισταμένη όμως και εδώ είναι η σύγκριση των ως άνω μέτρων με την πλούσια νομολογία επί των αντίστοιχων εθνικών μέτρων και η προσπάθεια εξαγωγής συμπερασμάτων όσον αφορά τη συμβατότητά τους με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες.

3. Οριοθετήσεις

Ήδη αναφέρθηκε ότι αντικείμενο της παρούσας μελέτης δεν είναι κάθε είδους πρακτική φοροαποφυγής αλλά μόνο όσες στηρίζονται στο διασυννοριακό στοιχείο και στην αξιοποίηση των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών.

Περαιτέρω αν και δεν θα δοθεί κάποιος ορισμός της φοροαποφυγής, πρέπει να γίνουν κάποιες οριοθετήσεις σε σχέση με την παραπάνω έννοια και ιδίως τη διάκρισή της από συγγενείς έννοιες, όπως του φορολογικού σχεδιασμού από τη μία και της φοροδιαφυγής από την άλλη. Στη θεωρία, εντοπίζεται το απλοϊκό αλλά λειτουργικό σχήμα που διακρίνει τις παραπάνω τρεις έννοιες ως εξής: το αποτέλεσμα μείωσης της φορολογικής επιβάρυνσης ενός προσώπου εξαιτίας ενός συνόλου αθέμιτων και παράνομων πρακτικών, καλείται φοροδιαφυγή. Αν οι παραπάνω πρακτικές είναι νόμιμες μεν, αθέμιτες δε (καθώς παραβαίνουν το σκοπό αλλά όχι το γράμμα των διατάξεων που εφαρμόζουν), το αποτέλεσμα της μείωσης της φορολογικής επιβάρυνσης καλείται φοροαποφυγή. Τέλος εάν η μείωση της φορολογικής επιβάρυνσης επιτυγχάνεται αποκλειστικά με θεμιτά μέσα, πρόκειται για φορολογικό σχεδιασμό. Ανάμεσα στις δύο τελευταίες περιπτώσεις μπορεί να τοποθετηθεί και η έννοια του επιθετικού φορολογικού σχεδιασμού.

Σημειώνεται ότι ακόμα και στη νομολογία του Δικαστηρίου κάποιες φορές παρατηρείται, λανθασμένα, σύγχυση σε μεταξύ των εννοιών της φοροαποφυγής και της φοροδιαφυγής. Διευκρινίζεται, πάντως, προς τούτο, ότι δεν αποτελεί αντικείμενο της παρούσας μελέτης η φοροδιαφυγή και η φορολογική απάτη (μη δήλωση, απόκρυψη ή παραποίηση στοιχείων ή άλλες μορφές παράνομης -ή και εγκληματικής- συμπεριφοράς). Η παρούσα μελέτη ασχολείται αποκλειστικά με δραστηριότητες νόμιμες και διαφανείς, τα πραγματικά δεδομένα των οποίων, όμως, είναι οργανωμένα κατά τέτοιο τρόπο ώστε να μπορούν οι φορείς τους να αποφύγουν την επιβολή φόρου από μία ή περισσότερες εθνικές έννομες τάξεις, επικαλούμενοι μία ή περισσότερες θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες. Κατά συνέπεια, από το αντικείμενο μελέτης αποκλείεται μεν η φοροδιαφυγή, όμως ακόμα κι αν δεν δηλώνεται ρητά, αφορά εκτός από τις περιπτώσεις φοροαποφυγής και τις περιπτώσεις επιθετικού φορολογικού σχεδιασμού.

Πρέπει, επίσης, να γίνουν άλλες δύο αναγκαίες συμβατικές οριοθετήσεις του θέματος: Αφ' ενός η μελέτη περιορίζεται στο ζήτημα της άμεσης φορολογίας και οι λίγες αναφορές σε

υποθέσεις έμμεσης φορολογίας (ιδίως ΦΠΑ) είναι αποσπασματικές. Αφ' ετέρου, η παρούσα μελέτη δεν θα ασχοληθεί καθόλου με τον έτερο μεγάλο πυλώνα φοροαποφυγής, που είναι η αντίθετη με τις διατάξεις των κρατικών ενισχύσεων παραχώρηση ειδικών φορολογικών πλεονεκτημάτων από ορισμένα κράτη μέλη προς ορισμένες δραστηριότητες ή πρόσωπα.

Ως τελική επισήμανση αναφέρεται ότι δεν είναι στόχος της μελέτης η αξιολόγηση της οικονομικής αποτελεσματικότητας των θεσπιζόμενων μέτρων, είτε εθνικών είτε ενωσιακών. Εν τούτοις, δεν μπορεί αυτή η παράμετρος να αγνοηθεί εντελώς, καθώς μέσα στους σκοπούς της εγκαθίδρυσης της εσωτερικής αγοράς είναι και η οικονομική αποτελεσματικότητα. Η κρίση περί του αν κάποιο μέτρο, εθνικό ή ενωσιακό, δεν συμβαδίζει με τον ως άνω θεμελιώδη στόχο της Ένωσης, δεν περιττεύει να αναφερθεί ακόμα και σε μια αμιγώς νομική εργασία.

ΜΕΡΟΣ ΠΡΩΤΟ

Οι θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες και τα όρια που θέτουν επί των εθνικών κανόνων για την καταπολέμηση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής

Εισαγωγή

Αντικείμενο του πρώτου μέρους της παρούσας εργασίας είναι η μελέτη του πεδίου εφαρμογής, του ουσιαστικού περιεχομένου αλλά και των περιορισμών των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών που προβλέπονται στη Συνθήκη, με στόχο να απαντηθεί το ερώτημα εάν, και σε ποιο βαθμό, μπορούν αυτές να χρησιμοποιηθούν λυσιτελώς ως όχημα φοροαποφυγής για τα οικονομικώς δρώντα πρόσωπα στα κράτη μέλη της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Στο πρώτο κεφάλαιο η κεντρική επιδίωξή μου είναι να εξετάσω τις θεμελιώδεις ελευθερίες ιδίως ως προς το πεδίο εφαρμογής τους. Μέσω της ενδελεχούς μελέτης της νομολογίας του Δικαστηρίου, γίνεται η προσπάθεια να διαπιστωθεί αν υπάρχουν κάποια ειδικά κριτήρια τα οποία πρέπει να πληρούν τα οικονομικώς δρώντα πρόσωπα ή οι ίδιες οι οικονομικές δραστηριότητες, ώστε να μπορούν κατ' αρχήν, να υπόκεινται στο πεδίο εφαρμογής των οικονομικών ελευθεριών. Το βασικό ερώτημα που τίθεται και στο οποίο επιδιώκεται να δοθεί απάντηση είναι εάν απαιτείται η διαπίστωση ελάχιστου επιπέδου ουσιαστικής οικονομικής δραστηριότητας (economic substance test) για να μπορεί κάποιος να επικαλεστεί τις οικονομικές ελευθερίες. Εάν δηλαδή οι θεμελιώδεις ελευθερίες εξαιρούν από το πεδίο εφαρμογής τους δραστηριότητες που φαίνεται να μην είναι ουσιαστικές, γνήσιες ή οικονομικές (πχ εγκατάσταση εταιρειών γραμματοκιβωτίου -χωρίς ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα - σε κράτη μέλη με

ευνοϊκό φορολογικό καθεστώς) ή αν τελικά στο πεδίο εφαρμογής τους εντάσσεται κάθε δραστηριότητα με διασυννοριακό στοιχείο, ακόμα κι αν είναι ασήμαντη ή εντελώς εικονική.

Στο βαθμό που ισχύει η πρώτη εκδοχή, τότε η εξαίρεση ορισμένων δραστηριοτήτων από το πεδίο εφαρμογής κάθε θεμελιώδους ελευθερίας δημιουργεί ένα πρώτο φίλτρο και για δραστηριότητες με τις οποίες επιδιώκεται φοροαποφυγή. Στο βαθμό που ισχύει η δεύτερη εκδοχή, αυτό σημαίνει ότι κατ' αρχήν ακόμα και δραστηριότητες με τις οποίες επιδιώκεται φοροαποφυγή, δεν γίνεται να εξαιρεθούν από το πεδίο εφαρμογής των οικονομικών ελευθεριών.

Στο δεύτερο κεφάλαιο εξετάζεται εάν τα μέτρα που λαμβάνουν τα κράτη θέτουν περιορισμούς στην άσκηση των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών και εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις δύνανται αυτά να κριθούν ως δικαιολογημένα - και κατά συνέπεια ο περιορισμός της άσκησης των θεμελιωδών ελευθεριών επιτρεπτός. Οι οικονομικές ελευθερίες, πράγματι, δεν είναι απεριόριστες. Επιτρέπονται περιορισμοί -είτε αυτοί προβλέπονται στις συνθήκες, είτε έχουν προκύψει νομολογιακώς- που, όταν συντρέχουν, έχουν ως αποτέλεσμα να κρίνεται τελικά ως επιτρεπτό ένα μέτρο κατ' αρχήν αντίθετο προς το περιεχόμενο των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών. Στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης θα επιχειρηθεί, ιδίως, να μελετηθεί ένας από τους συχνότερα προβαλλόμενους από τα κράτη μέλη δικαιολογητικός λόγος για τη θέσπιση και διατήρηση τέτοιων -φορολογικής φύσης- μέτρων: η πρόληψη κατά της φοροαποφυγής. Συγκεκριμένα, επιχειρείται η διεξοδική εξέταση των προϋποθέσεων που φαίνεται να θέτει η νομολογία του Δικαστηρίου για να γίνει αποδεκτός ο παραπάνω ισχυρισμός. Εξετάζονται επίσης και άλλες σχετικές σταθμίσεις του Δικαστηρίου, όπως η αναλογικότητα του μέτρου προς τον επιδιωκόμενο σκοπό. Συμπερασματικά μπορεί να λεχθεί ότι η κρίση του Δικαστηρίου για το αν είναι επιτρεπτός ένας φορολογικής φύσης περιορισμός των οικονομικών ελευθεριών, όταν είναι θετική, δημιουργεί ένα δεύτερο φραγμό σε δραστηριότητες με τις οποίες επιδιώκεται φοροαποφυγή. Σε διαφορετική περίπτωση αφήνει ελεύθερο το πεδίο να αξιοποιηθούν οι θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες ανεξαρτήτως αν με αυτές επιδιώκεται φοροαποφυγή.

Πρέπει να επισημανθεί ότι η χρήση νομοθετικών ή άλλων μέτρων κατά της καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων που απορρέουν από τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες αποτελεί μια συχνότατη αντίδραση των κρατών μελών, ήδη από τα πρώτα χρόνια της προσπάθειας εγκαθίδρυσης της κοινής αγοράς. Η χρήση τέτοιων μέτρων, βέβαια, δεν αφορά μόνο το πεδίο των φορολογικών ρυθμίσεων. Τουναντίον, τα παραδείγματα της νομολογίας του Δικαστηρίου είναι πάρα πολλά και αφορούν κάθε είδους ρυθμίσεις. Όμως, απαντούν στο ίδιο ακριβώς ερώτημα: υπό ποιες προϋποθέσεις μπορεί το κράτος μέλος να θέτει όρους στην εφαρμογή των οικονομικών ελευθεριών; Γι' αυτό το λόγο, η νομολογία που εξετάζεται στο

πρώτο μέρος της παρούσας μελέτης αφορά περιπτώσεις καταχρηστικής -ή φερόμενης ως καταχρηστικής- άσκησης των οικονομικών ελευθεριών όχι αποκλειστικά με σκοπό τη φοροαποφυγή αλλά την αποφυγή κάθε είδους εθνικών ρυθμίσεων². Η αντιμετώπιση από το Δικαστήριο όλων των υποθέσεων που χαρακτηρίζονται από τη συστοιχία κατάχρησης ενωσιακού δικαίου και αποφυγής εθνικών διατάξεων είναι στην ουσία της η ίδια, ενώ η πλούσια νομολογία του Δικαστηρίου προσφέρει τη δυνατότητα διασάφησης πολλών ζητημάτων που δεν έχουν τεθεί ενώπιόν του σε φορολογικές υποθέσεις.

² Ενδεικτικά: κανόνες εταιρικού δικαίου, όπως το ελάχιστο ύψος μετοχικού κεφαλαίου εταιρείας, ρυθμίσεις ποσοτώσεων αλιείας (anti quota-hopping rules) κ.ά.

Κεφάλαιο 1ο

Το πεδίο εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών

Στη Συνθήκη θεσπίζονται ρητώς οι εξής θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες: ελευθερία κυκλοφορίας εμπορευμάτων, ελευθερία κυκλοφορίας προσώπων (εργαζομένων και εγκατάστασης) ελευθερία παροχής υπηρεσιών και ελευθερία κυκλοφορίας κεφαλαίων και πληρωμών. Θεμελιώδης, ασφαλώς, είναι και η ελευθερία κυκλοφορίας -μη οικονομικώς δρώντων- προσώπων όπως αυτή θεσπίζεται στα άρθρα 20.2 και 21 ΣΛΕΕ, ωστόσο στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης το ενδιαφέρον εστιάζεται, προφανώς, στις αμιγώς οικονομικές ελευθερίες, και ιδίως, όπως θα δειχθεί παρακάτω, στην ελευθερία εγκατάστασης.

1.1. Η υποκειμενική επιδίωξη αποφυγής των εθνικών διατάξεων

Αδιάφορος για το πεδίο εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών ο υποκειμενικός σκοπός των οικονομικώς δρώντων προσώπων -μεταξύ των οποίων και ο σκοπός αποφυγής εθνικών διατάξεων.

Το πρωταρχικό ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι εάν και υπό ποιες προϋποθέσεις ένα φυσικό πρόσωπο που επιδιώκει να φοροαποφύγει μπορεί, κατ' αρχήν, να επικαλεστεί λυσιτελώς ότι εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής μιας από τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες. Το ερώτημα μπορεί να αναδιατυπωθεί και ως εξής: Παίζουν ρόλο οι υποκειμενικές προθέσεις ενός προσώπου (όπως, για παράδειγμα, η πρόθεση φοροαποφυγής) στην κατάφαση ή άρνηση της υπαγωγής του στο πεδίο εφαρμογής μιας οικονομικής ελευθερίας; Για την απάντηση του ερωτήματος αυτού, χρήσιμη είναι η μελέτη της νομολογίας του Δικαστηρίου επί υποθέσεων φερόμενης κατάχρησης των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών με σκοπό όχι μόνο την αποφυγή φορολογικών επιβαρύνσεων αλλά γενικότερα την αποφυγή κάθε είδους εθνικών κανόνων που ρυθμίζουν τις οικονομικές δραστηριότητες.

Χαρακτηριστική υπόθεση στην οποία κρίθηκε αν η υποκειμενική πρόθεση αποφυγής εθνικών ρυθμίσεων επηρεάζει την κρίση περί πρόσβασης στο ενωσιακό δίκαιο και ειδικότερα

στις διατάξεις των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών είναι η υπόθεση *Centros*³. Σε αυτή την υπόθεση τέθηκε ενώπιον του Δικαστηρίου προδικαστικό ερώτημα δανικού δικαστηρίου με θέμα το αν είναι αντίθετη στις διατάξεις περί ελευθερίας εγκατάστασης η άρνηση των δανικών αρχών να καταχωρήσουν στα μητρώα τους υποκατάστημα εταιρείας συσταθείσας σύμφωνα με το δίκαιο άλλου κράτους μέλους στο οποίο και εδρεύει (Ηνωμένο Βασίλειο), χωρίς όμως να έχει σε αυτό οποιαδήποτε οικονομική δραστηριότητα. Ταυτόχρονα, με το υποκατάστημα αποσκοπείτο να παρασχεθεί η δυνατότητα στην εν λόγω εταιρία να ασκήσει το σύνολο των δραστηριοτήτων της εντός του κράτους στο οποίο θα ιδρυθεί το υποκατάστημα αυτό (Δανία), αποφεύγοντας έτσι την εκεί σύσταση εταιρίας και καταστρατηγώντας με τον τρόπο αυτό την εφαρμογή των εθνικών κανόνων περί συστάσεως εταιριών, οι οποίοι είναι αυστηρότεροι στο κράτος αυτό όσον αφορά την καταβολή ενός ελάχιστου εταιρικού κεφαλαίου, σε σχέση με το κράτος εγκατάστασης (Μ. Βρετανία). Το Δικαστήριο απάντησε ότι η άρνηση καταχώρησης δεν είναι σύμφωνη με την ελευθερία εγκατάστασης, όχι επειδή δεν επιτρέπεται η εφαρμογή προληπτικών μέτρων για έναν θεμιτό σκοπό όπως η αποφυγή διατάξεων που σκοπό έχουν την προστασία των πιστωτών, αλλά επειδή το συγκεκριμένο μέτρο της άρνησης καταχώρησης υποκαταστήματος κρίθηκε ως μη σύμφωνος με την αρχή της προσφορότητας και της αναλογικότητας.

Όμως στο πλαίσιο της μελέτης του παρόντος κεφαλαίου, που αφορά το πεδίο εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών, περισσότερη αξία έχει όχι τόσο η τελική κρίση του Δικαστηρίου, όσο μια σημαντική διάκριση που κάνει ήδη στη σκέψη 18: *«το γεγονός ότι το ζεύγος Bryde συνέστησε την εταιρία Centros στο Ηνωμένο Βασίλειο με σκοπό την αποφυγή της νομοθεσίας της Δανίας που επιβάλλει την καταβολή ενός ελάχιστου εταιρικού κεφαλαίου, πράγμα το οποίο δεν αμφισβητήθηκε ούτε με τις γραπτές παρατηρήσεις ούτε κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, δεν αποκλείει την υπαγωγή στους κανόνες περί ελευθερίας εγκαταστάσεως, κατά την έννοια των άρθρων 52 και 58 της Συνθήκης, της εκ μέρους της εν λόγω βρετανικής εταιρίας ιδρύσεως υποκαταστήματος στη Δανία. Πράγματι, το ζήτημα της εφαρμογής των άρθρων 52 και 58 της Συνθήκης διακρίνεται από το ζήτημα αν ένα κράτος μέλος μπορεί να λαμβάνει μέτρα για να εμποδίζει ορισμένους από τους υπηκόους του να επιχειρούν να αποφεύγουν καταχρηστικά την εφαρμογή της εθνικής νομοθεσίας τους καταφεύγοντας στις δυνατότητες που τους παρέχει η Συνθήκη.»* Η παραπάνω διάκριση μεταξύ των υποκειμενικών λόγων άσκησης μιας διασυννοριακής δραστηριότητας που προστατεύεται από τις θεμελιώδεις ελευθερίες από το ίδιο το δικαίωμα πρόσβασης στις θεμελιώδεις ελευθερίες διαπιστώνεται με πάγιο τρόπο από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Ανάλογη διατύπωση εντοπίζεται, επί παραδείγματι, και στην

³ ΔΕΚ 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126

υπόθεση *Inspire Art*⁴, στην οποία και πάλι το δικαστήριο έκρινε ότι «οι λόγοι για τους οποίους επιλέγει μια εταιρία να συσταθεί εντός ενός κράτους μέλους είναι, πλην της περιπτώσεως απάτης, άνευ σημασίας ως προς την εφαρμογή των κανόνων περί ελευθερίας εγκαταστάσεως».

Σύμφωνα με το Δικαστήριο, λοιπόν, είναι **διαφορετικό το ερώτημα** αν είναι εφαρμοστέο το Ευρωπαϊκό δίκαιο από το αν υπάρχει καταχρηστική άσκησή του και αν μπορεί να παίρνει σχετικά μέτρα για την αντιμετώπισή της κατάχρησης ένα κράτος μέλος. Ανεξάρτητα από την τελική κρίση του Δικαστηρίου για το αν ένα τέτοιο εθνικό μέτρο είναι δικαιολογημένο, το Δικαστήριο δεν εξαιρεί από το πεδίο εφαρμογής μιας οικονομικής ελευθερίας όσους έχουν ως υποκειμενικό σκοπό την αποφυγή εθνικών διατάξεων. Σχεδόν πανομοιότυπες διαπιστώσεις έχει κάνει το Δικαστήριο και σε υποθέσεις που αφορούσαν την ελευθερία παροχής υπηρεσιών⁵, την ελευθερία κυκλοφορίας εργαζομένων⁶ κ.ά..

Κατά συνέπεια μπορεί να λεχθεί ότι το Δικαστήριο, για να σχηματίσει κρίση για το αν εμπίπτει μια υπόθεση στο πεδίο εφαρμογής κάποιας θεμελιώδους οικονομικής ελευθερίας, **εξετάζει αποκλειστικά τα αντικειμενικά δεδομένα**. Το Δικαστήριο σχηματίζει, δηλαδή, την εκάστοτε κρίση του για την υπαγωγή στο πεδίο εφαρμογής μιας θεμελιώδους ελευθερίας με μόνο οδηγό τις απαιτούμενες από τις Συνθήκες αντικειμενικές προϋποθέσεις ενεργοποίησής της. Σε αυτό το στάδιο είναι μεν αδιάφορη η υποκειμενική πρόθεση κατάχρησης, όμως, δεν είναι αδύνατον ένα πρόσωπο ή μια δραστηριότητα να εξαιρεθεί από το πεδίο εφαρμογής μιας θεμελιώδους οικονομικής ελευθερίας, λόγω έλλειψης των αντικειμενικών προϋποθέσεων, όπως αυτές ερμηνεύονται από το Δικαστήριο, όπως θα δειχθεί αμέσως παρακάτω.

⁴ ΔΕΚ 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512

⁵ ΔΕΚ 5.10.1994, *TV10*, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362, στην οποία το Δικαστήριο, με σχεδόν πανομοιότυπη διατύπωση έκρινε ως εξής: «Το γεγονός ότι η TV 10 εγκαταστάθηκε, σύμφωνα με το αιτούν δικαστήριο, στο Μεγάλο Δουκάτο του Λουξεμβούργου με σκοπό να αποφύγει την εφαρμογή της ολλανδικής νομοθεσίας δεν σημαίνει ότι οι εκπομπές της δεν μπορούν να χαρακτηρισθούν ως "υπηρεσίες" υπό την έννοια της Συνθήκης. Το ζήτημα αυτό δηλαδή είναι ανεξάρτητο από το ζήτημα των μέτρων που μπορεί να λάβει ένα κράτος μέλος για να εμποδίσει τον παρέχοντα υπηρεσίες, που έχει εγκατασταθεί σε άλλο κράτος μέλος, να καταστρατηγήσει τη νομοθεσία του»

⁶ Βλ. ΔΕΚ 23.3.1982, *Levin*, 53/81, ECLI:EU:C:1982:105, σκ. 21 και 22 και ΔΕΚ 6.11.2003, *Ninni-Orasche*, C-413/01, ECLI:EU:C:2003:600 σκ. 31, όπου το Δικαστήριο έκρινε ότι το ζήτημα της καταχρήσεως δικαιώματος δεν μπορεί να ασκεί επιρροή στην κρίση αν η ενδιαφερόμενη εμπίπτει *ratione personae* στο πεδίο εφαρμογής των διατάξεων περί ελεύθερης κυκλοφορίας εργαζομένων.

1.2. Οι αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών: ένας πιθανός φραγμός στην καταχρηστική άσκησή τους;

Η μη εξέταση των υποκειμενικών προθέσεων κάθε οικονομικώς δρώντος προσώπου, δεν σημαίνει αυτομάτως ότι για κάθε πιθανό σχήμα διασυννοριακής οικονομικής δραστηριότητας που το πρόσωπο αυτό επιλέγει να εφαρμόσει μπορεί άνευ ετέρου να επικαλεστεί επιτυχώς μία από τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες. Αυτό συμβαίνει διότι ήδη το αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής κάθε ελευθερίας, όπως ερμηνεύεται από το Δικαστήριο, είναι δυνατόν να “φιλτράρει” ορισμένες δραστηριότητες, επί τη βάση ορισμένων αντικειμενικών κριτηρίων. Τα κριτήρια αυτά, όταν εμφανίζονται στη νομολογία, προκύπτουν κυρίως μέσω της ερμηνείας των γενικών εννοιών που χρησιμοποιεί ο συντακτικός νομοθέτης στις διατάξεις περί των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών (ιδίως: «εργαζόμενος» στα αρ. 45 επ. ΣΛΕΕ, «εγκατάσταση» στα αρ. 49 επ. ΣΛΕΕ, «υπηρεσίες» στα αρ. 56 επ. ΣΛΕΕ κ.ά.) και τείνουν να αποκλείσουν πρόσωπα που λ.χ. δεν ασκούν ουσιαστική, πραγματική ή γνήσια δραστηριότητα. Η τυχόν διαπίστωση τέτοιων κριτηρίων θα επισημαίνεται κατά την παρουσίαση της νομολογίας για το πεδίο εφαρμογής κάθε θεμελιώδους ελευθερίας στις παραγράφους που ακολουθούν.

Πρέπει συμπερασματικά να επισημανθεί ότι η πρακτική του Δικαστηρίου να δίνει πρώτα πρόσβαση στο ενωσιακό δίκαιο σε κάθε φορολογούμενο, ανεξάρτητα από την υποκειμενική του πρόθεση να αποφύγει τον εθνικό νόμο, και σε επόμενο στάδιο του δικανικού συλλογισμού⁷ συχνά να αναιρεί την προστασία αυτή, κρίνοντας ως δικαιολογημένο το υπό κρίση εθνικό αντικαταχρηστικό μέτρο, δεν είναι περιττή τυπολατρεία, που θα μπορούσε να παραλειφθεί με τη σκέψη ότι ούτως ή άλλως θα επέλθει στο τέλος το ίδιο αποτέλεσμα. Αντιθέτως, ο δικανικός συλλογισμός με την παραπάνω μορφή έχει μεγάλη σημασία, καθώς η εκ των προτέρων άρνηση της πρόσβασης ενός προσώπου στο ενωσιακό δίκαιο, δίχως η άρνηση να ερείδεται σε αντικειμενικά στοιχεία, θα έθετε σε ευθεία αμφισβήτηση την αποτελεσματική εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου. Αλλά υπάρχει και μια λιγότερο δογματική αλλά εξίσου σωστή δικαιολόγηση της συγκεκριμένης αντιμετώπισης από το δικαστήριο: αν ένα πρόσωπο δεν δύναται να κάνει *χρήση* μιας ελευθερίας, δεν είναι νοητό να κατηγορηθεί για *κατάχρησή* της.⁸

⁷ Η έρευνα για το αν τα εθνικά μέτρα κατά της φοροαποφυγής δημιουργούν περιορισμό στις θεμελιώδεις ελευθερίες, και το αν αυτά μπορούν να κριθούν επιτρεπτά βάσει κάποιου δικαιολογητικού λόγου είναι αντικείμενο του επόμενου κεφαλαίου.

⁸ Βλ. αναλυτικότερα επί του θέματος αυτού D. Weber, (2005) *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law for the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer Law International, σελ 13-14

1.2.1. Αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής της ελευθερίας κυκλοφορίας εργαζομένων

Η ελεύθερη κυκλοφορία εργαζομένων καθιερώνεται στα άρθρα 45 έως 48 ΣΛΕΕ και συνίσταται στην απαγόρευση διακρίσεων λόγω ιθαγένειας μεταξύ των εργαζομένων των κρατών μελών. Σημασία εδώ έχει να ερευνηθεί η έννοια του εργαζομένου, καθώς αυτή κατά συνέπεια καθορίζει σε μεγάλο βαθμό το πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας. Η έννοια του εργαζομένου στο ενωσιακό δίκαιο δεν ταυτίζεται με την έννοια που της δίδεται από τα δίκαια των κρατών μελών, αλλά διαμορφώνεται με αυτόνομη ενωσιακή ερμηνεία. Όπως είναι αναμενόμενο, το Δικαστήριο ερμηνεύει με ευρύτητα τον όρο, έχοντας εντάξει στους ωφελουμένους από την εν λόγω ελευθερία μέχρι και τους αναζητούντες εργασία⁹, ήδη πριν εξασφαλιστεί γι' αυτούς η ελευθερία κυκλοφορίας λόγω της θέσπισης της ευρωπαϊκής ιθαγένειας.

Στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης, πάντως, το σημείο που έχει σημασία είναι ότι η νομολογία φαίνεται να έχει υιοθετήσει ως προϋπόθεση υπαγωγής στην έννοια «εργαζόμενος» -και κατά συνέπεια στο πεδίο εφαρμογής της συγκεκριμένης ελευθερίας- την πλήρωση κάποιων αντικειμενικών κριτηρίων δραστηριότητας. Παρ' όλο που η νομολογία αυτή δεν αφορά υποθέσεις που έχουν σκοπό φοροαποφυγής, είναι φανερό ότι αφορά δυνητικά και τέτοιες υποθέσεις.

Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο κατά πάγια νομολογία του ορίζει ότι *ως «εργαζόμενος» πρέπει να θεωρείται κάθε άτομο που ασκεί πραγματικές και γνήσιες δραστηριότητες, αποκλεισμένων των δραστηριοτήτων που είναι τόσο περιορισμένες ώστε να εμφανίζονται ως καθαρώς περιθωριακές και επουσιώδεις¹⁰*. Συνεπώς, φαίνεται ότι το Δικαστήριο αποδέχεται την ύπαρξη ενός κριτηρίου γνησιότητας (ώστε να αποκλείονται οι μη γνήσιες άρα εικονικές δραστηριότητες) και ενός κριτηρίου ουσίας (ώστε να αποκλείονται δραστηριότητες περιθωριακές και επουσιώδεις). Παρά τις σαφείς αυτές οριοθετήσεις που κάνει παγίως η νομολογία, δεν έχει κριθεί με άμεσο τρόπο ως τώρα ότι κάποια δραστηριότητα στερείται γνησιότητας είτε ουσίας. Πάντως η χρησιμοποίηση της ερμηνείας του όρου «εργαζόμενος» ως

⁹ ΔΕΚ, 26.02.1991, *The Queen κατά Immigration Appeal Tribunal, ex parte Antonissen*, C-292/89, ECLI:EU:C:1991:80, σκ. 10, 12-13. Ιδιαίτερη σημασία έχει ότι η απόφαση αυτή αναγνώρισε στους αναζητούντες εργασία την δυνατότητα πρόσβασης στην ελευθερία κυκλοφορίας πριν ακόμη εξασφαλιστεί το δικαίωμα αυτό λόγω της θέσπισης ευρωπαϊκής ιθαγένειας.

¹⁰ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ, 04.06.2009, *Βάτσουρας και Κουπατάντζε κατά ARGE Nürnberg*, C-22, 23/08, ECLI:EU:C:2009:344, σκ. 26. Ουσιαστικά επαναλαμβάνεται ο ίδιος ορισμός του εργαζομένου που είχε ήδη δοθεί στη Levin (ΔΕΚ 53/81).

εργαλείο αποκλεισμού περιπτώσεων κατάχρησης επισημαίνεται και από τον γενικό εισαγγελέα Tesauro στην απόφαση Singh¹¹.

Παρά την περιορισμένη πρακτική εφαρμογή τους στην ελευθερία κυκλοφορίας εργαζομένων, τα κριτήρια γνησιότητας και ουσίας απαντώνται και στη νομολογία που αφορά το πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών - και υπονοούνται στην νομολογία περί ελευθερίας εγκατάστασης¹².

1.2.2. Αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης.

1.2.2.1. Υποκειμενικό και αντικειμενικό πεδίο εφαρμογής

Η ελευθερία εγκατάστασης εξασφαλίζεται από το άρθρο 49 ΣΛΕΕ¹³. Υποκείμενα της ελευθερίας αυτής είναι τόσο τα φυσικά, όσο και τα νομικά πρόσωπα. Συγκεκριμένα, με τη διάταξη του αρ. 49 ΣΛΕΕ τα κράτη μέλη υποχρεούνται να μην θεσπίζουν περιορισμούς στην ελευθερία εγκατάστασης των υπηκόων ενός κράτους μέλους σε ένα άλλο, ενώ δυνάμει του άρθρου 54 ΣΛΕΕ εξομοιώνονται προς τα φυσικά πρόσωπα- υπηκόους των κρατών μελών «*οι εταιρείες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Ένωσης*».

Το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης, ως προς τα φυσικά πρόσωπα, καλύπτει όσα πρόσωπα έχουν την ιθαγένεια κράτους μέλους. Δεν παίζει ρόλο εάν κατοικούν σε κάποιο κράτος μέλος της Ένωσης. Επίσης, το υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης εκτείνεται και στα μέλη της οικογένειας του δικαιούχου¹⁴. Από τους διάφορους τύπους νομικών προσώπων, υποκείμενα της ελευθερίας εγκατάστασης είναι μόνο οι εταιρείες, σύμφωνα με τη διατύπωση του άρθρου 54 ΣΛΕΕ. Διευκρινίζεται, περαιτέρω, στο ίδιο

¹¹ ΔΕΚ 7.7.1992, *The Queen κατά Immigration Appeal Tribunal και Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*. C-370/90 ECLI:EU:C:1992:296, Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα, σκ. 14 : «η νομολογία του Δικαστηρίου, από την οποία προκύπτει ότι, για να μπορεί μια επαγγελματική δραστηριότητα να θεωρηθεί ως τέτοιας φύσεως, πρέπει να ασκείται κατά τρόπο πραγματικό και γνήσιο και όχι να είναι απλώς περιθωριακή ή παρεπόμενη, μπορεί να παράσχει στις εθνικές αρχές χρήσιμο σημείο αναφοράς προς αποφυγή των καταχρήσεων. Όπως, το Δικαστήριο έχει προσφάτως διευκρινίσει ότι, ο εθνικός δικαστής, κατά την εκτίμηση του πραγματικού και γνήσιου χαρακτήρα ορισμένης δραστηριότητας, μπορεί να λάβει υπόψη του τη μη τακτική παροχή και την περιορισμένη διάρκεια των υπηρεσιών που παρασχέθηκαν στο πλαίσιο συμβάσεως περιστασιακής εργασίας»

¹² D. Webber, *ibid*, σελ. 23

¹³ Η ελευθερία εγκατάστασης παρουσιάζει πολλές ομοιότητες με την ελευθερία παροχής υπηρεσιών, που προβλέπεται στο άρθρο 56 ΣΛΕΕ, ωστόσο πρόκειται για δύο διαφορετικές ελευθερίες.

¹⁴ ΔΕΚ 7.7.1992, *The Queen κατά Immigration Appeal Tribunal και Surinder Singh, ex parte Secretary of State for Home Department*. C-370/90, Προτάσεις Γενικού Εισαγγελέα Tesauro

άρθρο ότι «ως εταιρείες νοούνται οι εταιρείες αστικού ή εμπορικού δικαίου, συμπεριλαμβανομένων των συνεταιρισμών, και των άλλων νομικών προσώπων δημοσίου ή ιδιωτικού δικαίου, με εξαίρεση εκείνων που δεν επιδιώκουν κερδοσκοπικό σκοπό».

Γίνεται εύκολα αντιληπτό, λόγω της μεγάλης οικονομικής σημασίας που έχουν τα νομικά πρόσωπα στις σύγχρονες οικονομίες, αλλά και λόγω του εκ φύσεως πλασματικού τους χαρακτήρα¹⁵, ότι είναι ο ευκολότερος τρόπος για να χτιστεί μέσω αυτών μια δραστηριότητα που έχει ως σκοπό τη φοροαποφυγή. Για το λόγο αυτό, έχει ιδιαίτερη σημασία στο παρόν κεφάλαιο να εξεταστούν οι προϋποθέσεις σύμφωνα με τις οποίες ειδικά τα νομικά πρόσωπα εμπίπτουν στο υποκειμενικό πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης, και επομένως μπορούν κατ' αρχήν να την επικαλεστούν.

Η πρώτη προϋπόθεση που θέτει η ως άνω διάταξη είναι οι εταιρείες να έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους. Από την προϋπόθεση αυτή προκύπτει το ερώτημα αν από την έννοια των εταιρειών του άρθρου 54 εξαιρούνται όσες οντότητες δεν έχουν νομική προσωπικότητα. Το ερώτημα αποκτά σημασία και ειδικότερα στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης, καθώς δεν είναι σπάνιο να οικοδομούνται μέσω τέτοιων οντοτήτων και σχήματα φοροαποφυγής¹⁶. Παρόλο που στην παράγραφο 2 του αρ. 54 γίνεται αναφορά στα νομικά πρόσωπα ως αν να είναι έννοια γένους των εταιρειών, γίνεται δεκτό από τους περισσότερους συγγραφείς ότι καλύπτονται και οι εταιρείες χωρίς νομική προσωπικότητα¹⁷.

Η δεύτερη προϋπόθεση για να αποκτήσει πρόσβαση στην ελευθερία εγκατάστασης μία εταιρεία είναι να συνδέεται, με κάποιον από τους αναφερόμενους στο άρθρο συνδέσμους -καταστατική έδρα ή κεντρική διοίκηση ή κύρια εγκατάσταση- με κάποιο κράτος μέλος. Το ενδιαφέρον στοιχείο που προκύπτει από την επιλογή του συντακτικού νομοθέτη των συγκεκριμένων -και μόνο- συνδέσμων, είναι ότι με αυτό τον τρόπο απορρίπτεται ευθύς εξαρχής η «θεωρία του ελέγχου». Σύμφωνα με τη συγκεκριμένη θεωρία, η εθνικότητα των μετόχων ή των προσώπων που διοικούν μια εταιρεία, είναι το στοιχείο που καθορίζει και την «εθνικότητα» της εταιρείας. Το ενδεχόμενο υιοθέτησης της θεωρίας του ελέγχου στο αρ. 54 ΣΛΕΕ, επομένως, θα οδηγούσε στην εξαίρεση των εταιρειών που έχουν κατά κύριο λόγο αλλοδαπούς μετόχους ή διοικούντες από την ελευθερία εγκατάστασης. Η εξαίρεση αυτή είχε προταθεί κατά τις διαπραγματεύσεις προ της σύναψης της Συνθήκης ΕΟΚ και είχε ως κύριο στόχο τον αποκλεισμό

¹⁵ «οι εταιρείες αποτελούν οντότητες που προβλέπονται από μία έννομη τάξη», βλ. ΔΕΚ, 27.09.1988, *Daily Mail*, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, σκ. 19

¹⁶ Webber σελ 27

¹⁷ Εμμέσως το ίδιο προκύπτει και από τη νομολογία. Βλ. ΔΕΚ 29.6.1999, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-172/98, ECLI:EU:C:1999:335, στην οποία το Δικαστήριο αποδέχθηκε ότι οι εθνικές διατάξεις που εφαρμόζονταν επί μη κερδοσκοπικών ενώσεων θα μπορούσαν να επηρεάσουν μια από τις θεμελιώδεις ελευθερίες, εννοώντας την ελευθερία εγκατάστασης.

των εταιρειών τρίτων χωρών να έχουν πρόσβαση στην ελευθερία εγκατάστασης ιδρύοντας απλά μια «εταιρεία γραμματοκιβωτίου» σε κάποιο κράτος μέλος¹⁸. Η επιλογή του συντακτικού νομοθέτη της τότε Ευρωπαϊκής Οικονομικής Κοινότητας, όμως, ήταν να παρέχεται πρόσβαση στην ελευθερία εγκατάστασης και σε εταιρείες που ο μόνος σύνδεσμός τους με την κοινότητα είναι π.χ. η καταστατική τους έδρα, ανεξαρτήτως της ιθαγένειας των μετόχων - και της προέλευσης των μετόχων. Εξετάζεται παρακάτω αν είναι δυνατόν με βάση τη νομολογία του ΔΕΚ να εξαιρεθούν από το δικαίωμα εγκατάστασης εταιρείες γραμματοκιβωτίου λόγω της μη άσκησης πραγματικής οικονομικής δραστηριότητας.

1.2.2.2. Η έννοια της εγκατάστασης

Στις συνθήκες, όπως φάνηκε αμέσως παραπάνω, προσδιορίζονται με σχετική σαφήνεια τα πρόσωπα που είναι φορείς της ελευθερίας εγκατάστασης, ανεξαρτήτως αν απαιτείται σε επιμέρους ζητήματα κάποια ερμηνευτική προσέγγιση. Αντιθέτως, από τα άρθρα της συνθήκης δεν προκύπτει με την ίδια σαφήνεια σε τι συνίσταται η έννοια της εγκατάστασης. Η νομολογία του Δικαστηρίου κάλυψε από νωρίς αυτά τα ερμηνευτικά ζητήματα, εξειδικεύοντας την έννοια της εγκατάστασης. Όπως ήταν αναμενόμενο, το Δικαστήριο ερμήνευσε τον όρο «εγκατάσταση» με ευρύτητα, διαπιστώνοντας ότι εμπεριέχει *«τη δυνατότητα του κοινοτικού υπηκόου να συμμετέχει, με σταθερό και συνεχή τρόπο, στην οικονομική ζωή άλλου κράτους μέλους εκτός του κράτους προελεύσεώς του και να αποκομίζει συναφώς οφέλη, διευκολύνοντας κατ' αυτόν τον τρόπο την οικονομική και κοινωνική αλληλοδιείσδυση στο εσωτερικό της Κοινότητας σε ό,τι αφορά τον τομέα των μη μισθωτών δραστηριοτήτων»*¹⁹.

Το Δικαστήριο συγκεκριμενοποιεί ακόμα περισσότερο την έννοια της εγκατάστασης στην υπόθεση *Factortame II*²⁰, στη σκέψη 20 της οποίας επισημαίνει ότι *«η έννοια της εγκαταστάσεως, όπως χρησιμοποιείται στα άρθρα 52 επ. της Συνθήκης (σ.σ. : σήμερα 49 επ. ΣΛΕΕ), ενέχει την πραγματική άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας με τη δημιουργία μιας μόνιμης εγκατάστασης σε άλλο κράτος μέλος για αόριστο χρονικό διάστημα»*. Συνεπώς τέσσερις είναι, σύμφωνα με το Δικαστήριο, οι σωρευτικές προϋποθέσεις που πρέπει να ισχύουν για να ενεργοποιηθεί η ελευθερία εγκατάστασης. Πρώτον, πρέπει να ασκείται οικονομική

¹⁸ Weber, D., ό.π., σελ. 29

¹⁹ ΔΕΚ 30.11.1995, *Gebhart*, C-55/1994, ECLI:EU:C:1995:411, σκ. 25. Βλ. σχετικά και ΔΕΚ 21.6.1974, *Reyners*, 2-74, ECLI:EU:C:1974:68σκ. 21

²⁰ ΔΕΚ 25.7.1991, *Factortame II*, 221/89, ECLI:EU:C:1991:320, σκ. 20

δραστηριότητα• δεύτερον, μέσω μιας μόνιμης εγκατάστασης• τρίτον, για αόριστο χρονικό διάστημα• και τέταρτον, σε ένα άλλο κράτος μέλος.

Η δεύτερη και τρίτη από τις παραπάνω προϋποθέσεις, που θέτουν, αντιστοίχως, ουσιαστικό και χρονικό κριτήριο στο είδος της εγκατάστασης. χρησιμοποιούνται κυρίως για την διάκριση από την ελευθερία παροχής υπηρεσιών. Η τέταρτη, εξάλλου, αποτελεί τη γενικότερη προϋπόθεση ενεργοποίησης κάθε θεμελιώδους ευρωπαϊκής ελευθερίας. Επομένως είναι περιορισμένο το ενδιαφέρον που παρουσιάζουν στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης. Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει, αντίθετα, η πρώτη προϋπόθεση, καθώς είναι η πλέον πρόσφορη για να εμποδίσει δραστηριότητες με τις οποίες επιδιώκεται φοροαποφυγή μέσω της χρήσης της ελευθερίας εγκατάστασης.

Προκαταβολικά σημειώνεται, πάντως, ότι το Δικαστήριο είναι φειδωλό στο να στερήσει από οποιοδήποτε πρόσωπο την πρόσβαση στην ελευθερία εγκατάστασης και προτιμά να εξετάζει πιθανή καταχρηστική άσκηση του ως άνω δικαιώματος σε επόμενο στάδιο, ήτοι στο πλαίσιο της δικαιολόγησης του κρατικού μέτρου που την απαγορεύει²¹. Αυτό δεν αλλάζει ούτε σε σχέση με την κατάφαση της οικονομικής δραστηριότητας, την οποία διαπιστώνει ακόμα και με οικονομικά παθητικές δραστηριότητες²². Εν τούτοις, υπάρχουν ενδείξεις στη νομολογία και απόψεις στη θεωρία, σύμφωνα με τις οποίες είναι δυνατόν να αποκλειστούν ήδη από το πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης πρόσωπα χωρίς πραγματική οικονομική δραστηριότητα, η εξέταση των οποίων ακολουθεί αμέσως παρακάτω.

Πιο συγκεκριμένα, ως προς την προϋπόθεση άσκησης πραγματικής οικονομικής δραστηριότητας (*actual pursuit of an economic activity*) και την έννοιά της επισημαίνεται ότι αυτή αναπτύχθηκε ήδη σε σχέση με την ελευθερία κυκλοφορίας εργαζομένων²³ και έχει το ίδιο περιεχόμενο στην ελευθερία εγκατάστασης. Δύο είναι τα βασικά χαρακτηριστικά της έννοιας της οικονομικής δραστηριότητας που εντοπίζει η θεωρία: πρώτον, θα πρέπει αυτή να συνίσταται στην παροχή ή ζήτηση υπηρεσιών. Δεύτερον, θα πρέπει να παρέχεται με ορισμένο αντάλλαγμα²⁴. Τα ειδικότερα ζητήματα που προκύπτουν σε σχέση με την έννοια της οικονομικής δραστηριότητας όταν αυτή αφορά την ελευθερία εγκατάστασης, συνίστανται σχεδόν αποκλειστικά στις εταιρείες γραμματοκιβωτίου και θα εξεταστούν αναλυτικά λίγο παρακάτω. Φαίνεται πάντως ότι το Δικαστήριο θεωρεί ότι πληρούται το κριτήριο της οικονομικής

²¹ Το ζήτημα της δικαιολόγησης των περιοριστικών κρατικών μέτρων επί των θεμελιωδών ελευθεριών εξετάζεται στο επόμενο κεφάλαιο.

²² Βλ. ενδεικτικά, ΔΕΚ 27.9.1988, *Daily Mail* και παρακάτω *ανάπτυξη για εταιρείες γραμματοκιβωτίου*, 81/87, ECLI:EU:C:1988:456, υποκεφάλαιο 1.4.3.1.

²³ Βλ. ανωτέρω, υπό 1.2.1., όπου αναλύονται τα δύο κριτήρια γνησιότητας και ουσίας.

²⁴ Βλ. Μαλαματάρη, Χρ. σε Χριστιανό, Β. (επιμ.), 2012, *Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ - Κατ' άρθρο ερμηνεία*, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 148

δραστηριότητας ακόμα και σε οικονομικά παθητικές δραστηριότητες, όπως λ.χ. η διαχείριση επενδύσεων. Υπάρχει, ωστόσο, νομολογία (υπόθεση Polysar²⁵) που κρίνει ότι η αποκλειστική δραστηριοποίηση μιας εταιρείας σε συμμετοχές, δεν αρκεί για να θεμελιώσει την ύπαρξη οικονομικής δραστηριότητας- όμως στην εν λόγω υπόθεση η έρευνα της οικονομικής δραστηριότητας έγινε στο πλαίσιο της εφαρμογής της οδηγίας για τον ΦΠΑ και όχι σε σχέση με το δικαίωμα εγκατάστασης, επομένως η ορθότητα της αναλογίας είναι αμφισβητήσιμη.

1.2.2.3. Ειδικά ζητήματα

Στο πλαίσιο του κεφαλαίου αυτού, έχει σημασία η εξέταση δύο ειδικότερων θεματικών. Αφ' ενός θα εξεταστεί αν και κατά πόσον μπορεί λυσιτελώς να γίνει επίκληση της ελευθερίας εγκατάστασης με την χρησιμοποίηση εταιρειών με μικρές ή ανύπαρκτες οικονομικές δραστηριότητες -που στην οικονομική γλώσσα χαρακτηρίζονται ως εταιρείες γραμματοκιβωτίου (letterbox/ shell companies). Στην παρούσα μελέτη, για λόγους συντομίας, ο όρος «εταιρείες γραμματοκιβωτίου» θα χρησιμοποιείται για να καλύψει μια σειρά από εταιρείες που κατά κανόνα έχουν σχεδόν μηδαμινή οικονομική δραστηριότητα και ο κύριος ή αποκλειστικός σκοπός της ίδρυσής τους -συνήθως στο πλαίσιο πολυεθνικών ομίλων- είναι η ελάττωση της συνολικής φορολογικής επιβάρυνσης του ομίλου²⁶. Ένα παράδειγμα εταιρειών που μπορεί υπό προϋποθέσεις να ενταχθεί σε αυτή την κατηγορία είναι οι εταιρείες συμμετοχών (holding companies). Παράλληλα με τις εταιρείες γραμματοκιβωτίου, θα εξεταστεί και η δυνατότητα επίκλησης του δικαιώματος εγκατάστασης από εταιρείες με αμφισβητούμενη ή, έστω, οικονομικά παθητική δραστηριότητα, όπως οι εταιρείες διαχείρισης επενδύσεων (investment management).

Αφ' ετέρου θα εξεταστεί το δεύτερο ειδικό ζήτημα που προκύπτει από δραστηριότητες με τις οποίες επιδιώκεται φοροαποφυγή, σε σχέση με το πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης: το ερώτημα που θα πρέπει να απαντηθεί είναι κατά πόσον η έννοια της

²⁵ ΔΕΚ 20.6.1991, *Polysar*, C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268

²⁶ Όπως έχει ήδη επισημανθεί παραπάνω, η παρουσίαση και ανάπτυξη των τυπικών πρακτικών και μηχανισμών φοροαποφυγής είναι αντικείμενο μελέτης του Β' μέρους, μαζί με την παράθεση των αντίστοιχων μέτρων παραγωγού ενωσιακού δικαίου που έχουν ληφθεί για την εξάλειψή τους. Ωστόσο, είναι φανερό ακόμα και από τα διδάγματα της κοινής πείρας ότι τόσο η δημιουργία εταιρειών-φαντασμάτων σε φιλικές φορολογικές δικαιοδοσίες, όσο και η μεταφορά έδρας μιας επιχείρησης σε φιλικότερη φορολογική δικαιοδοσία -χωρίς μεταφορά όμως και των δραστηριοτήτων της σε αυτή- είναι τυπικοί μηχανισμοί με τους οποίους οικοδομείται επιθετικός φορολογικός σχεδιασμός και μπορεί να υποστηριχθεί ότι, κατ' αποτέλεσμα, επιτυγχάνεται φοροαποφυγή.

ελευθερίας εγκατάστασης περιλαμβάνει στο περιεχόμενό της δικαίωμα μεταφοράς έδρας από ένα κράτος μέλος σε ένα άλλο.

Και τα δύο αυτά ειδικά ζητήματα, σχετίζονται άμεσα με πρακτικές ενδοομιλικού φορολογικού σχεδιασμού ή και φοροαποφυγής, καθώς πρόκειται για δύο κοινά μέσα με τα οποία επιδιώκονται οι παραπάνω σκοποί.

1.2.2.3.1. Εταιρείες γραμματοκιβωτίου: εντάσσονται στο πεδίο εφαρμογής την ελευθερία εγκατάστασης;

Σε σχέση με το αν οι εδρεύουσες σε κράτος μέλος της Ένωσης εταιρείες γραμματοκιβωτίου εντάσσονται στο πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης, πρέπει να γίνει εξ αρχής μια διάκριση, όπως εύστοχα παρατηρεί ο D. Weber²⁷.

Στην πρώτη περίπτωση, το ζήτημα είναι εάν ενεργοποιείται το δικαίωμα εγκατάστασης όταν εταιρείες που έχουν πραγματική οικονομική δραστηριότητα αποκτούν συμμετοχή σε κάποια εταιρεία γραμματοκιβωτίου που βρίσκεται σε άλλο κράτος μέλος. Η απάντηση είναι αρνητική: το δικαίωμα εγκατάστασης δεν ενεργοποιείται, καθώς η εταιρεία γραμματοκιβωτίου στην οποία συμμετέχει η οικονομικώς ενεργή εταιρεία δεν *ενέχει την πραγματική άσκηση μιας οικονομικής δραστηριότητας με τη δημιουργία μιας μόνιμης εγκατάστασης σε άλλο κράτος μέλος για αόριστο χρονικό διάστημα (κριτήρια Factortame II)*, αφού σε κάθε περίπτωση δεν πληρούται τουλάχιστον το πρώτο κριτήριο της πραγματικής άσκησης μιας οικονομικής δραστηριότητας.

Η δεύτερη περίπτωση, αντίθετα, προκύπτει όταν μια εταιρεία γραμματοκιβωτίου αποκτά συμμετοχή ή ιδρύει θυγατρική ή υποκατάστημα ή αποκτά μόνιμη εγκατάσταση (δευτερεύουσα εγκατάσταση) σε άλλο κράτος μέλος, και μόνο μέσω της τελευταίας ασκεί πραγματική οικονομική δραστηριότητα. Σε αυτή την περίπτωση, η νομολογία του Δικαστηρίου αλλά και το ίδιο το γράμμα της διάταξης του αρ. 54 ΣΛΕΕ φαίνεται ότι επιβάλλουν την ενεργοποίηση του δικαιώματος εγκατάστασης.

Πρώτον, το γράμμα της διάταξης του αρ. 54 ΣΛΕΕ, το οποίο θέτει τις προϋποθέσεις για να εξομοιωθεί μια εταιρεία ως προς το δικαίωμα εγκατάστασης με τα φυσικά πρόσωπα, δεν απαιτεί τίποτε άλλο παρά μόνο η ενδιαφερόμενη εταιρεία να έχει συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και να έχει την καταστατική της έδρα, την κεντρική της διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή της σε ένα κράτος μέλος της ένωσης. Οι εταιρείες γραμματοκιβωτίου, επομένως, που έχουν συσταθεί σύμφωνα με το δίκαιο κάποιου κράτους

²⁷ Weber, D., Ibid, σελ.40

μέλους και έχουν, τουλάχιστον, την καταστατική τους έδρα εντός της Ένωσης, δεν είναι δυνατόν με πειστικό τρόπο να υποστηριχθεί ότι μπορούν για οποιοδήποτε λόγο να εξαιρεθούν από αυτή. Η ερμηνεία που απαιτεί ως περαιτέρω προϋπόθεση πρόσβασης στο δικαίωμα (δευτερογενούς) εγκατάστασης την άσκηση πραγματικής οικονομικής δραστηριότητας εντός της χώρας στην οποία εδρεύει μια εταιρεία, δεν βρίσκει έρεισμα στο γράμμα του άρθρου 54 ΣΛΕΕ.

Δεύτερον, από νωρίς η νομολογία του Δικαστηρίου έχει κρίνει υποθέσεις στις οποίες εταιρείες χωρίς καμμία οικονομική δραστηριότητα στο κράτος καταστατικής έδρας τους (κράτος προέλευσης) άσκησαν το δικαίωμα δευτερεύουσας εγκατάστασης σε ένα άλλο κράτος μέλος (κράτος υποδοχής). Τέτοιες υποθέσεις συνήθως φτάνουν στο Δικαστήριο με τη μορφή προδικαστικών ερωτημάτων, καθώς το κράτος μέλος υποδοχής αρνείται να αναγνωρίσει στις θυγατρικές (ή υποκαταστήματα) των εταιρειών γραμματοκιβωτίου τη δυνατότητα άσκησης μιας δραστηριότητας ή την απολαβή κάποιου νόμιμου ευεργετήματος. Το Δικαστήριο, όμως, ποτέ δεν πείστηκε από το επιχείρημα των κρατών μελών ότι αυτές οι εταιρείες δεν είναι, δήθεν, υποκείμενα του δικαιώματος εγκατάστασης, αλλά αντιθέτως αναγνώρισε σε όλες τις περιπτώσεις ως επαρκείς προς αυτό τις προϋποθέσεις του αρ. 54 και μόνον αυτές. Είναι, βεβαίως, άλλο το ζήτημα εάν στη συνέχεια το υπό κρίση εθνικό μέτρο σε κάθε υπόθεση αξιολογήθηκε ως επιτρεπτός ή όχι περιορισμός της ελευθερίας εγκατάστασης. Αυτό όμως αποτελεί αντικείμενο μελέτης του δεύτερου κεφαλαίου.

Ενδεικτικά επισημαίνεται ξανά η προαναφερθείσα απόφαση *Centros*²⁸, ως χαρακτηριστική περίπτωση εταιρείας- γραμματοκιβωτίου, που μη ασκώντας καμμία απολύτως οικονομική δραστηριότητα στο κράτος μέλος καταγωγής, επεδίωξε να αποκτήσει δευτερεύουσα εγκατάσταση σε άλλο κράτος μέλος (υποδοχής). Στην υπόθεση αυτή, το επιχείρημα του κράτους μέλους υποδοχής (Δανία) ήταν ότι η ελευθερία εγκατάστασης δεν θα έπρεπε να εφαρμοστεί εν προκειμένω, καθώς δεν υπήρχε διασυνοριακό στοιχείο (οικονομική δραστηριότητα ποτέ δεν υπήρξε εκτός Δανίας). Το Δικαστήριο απάντησε ότι *«περίπτωση όπου μια εταιρία, συσταθείσα κατά το δίκαιο κράτος μέλους στο οποίο και εδρεύει, αποφασίζει να ιδρύσει υποκατάστημα εντός άλλου κράτους μέλους εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής του κοινοτικού δικαίου. Δεν έχει συναφώς σημασία αν η εταιρία δεν συστάθηκε εντός του πρώτου κράτους μέλους παρά μόνο με σκοπό να εγκατασταθεί στο δεύτερο όπου πρόκειται να ασκεί το κύριο μέρος ή και το σύνολο των οικονομικών δραστηριοτήτων της»*. Η *Centros* δεν ήταν η πρώτη απόφαση με τέτοιο περιεχόμενο, καθώς ίδια ήταν η κρίση του Δικαστηρίου ήδη από την υπόθεση *Segers*²⁹. Στην

²⁸ ΔΕΚ 9.3.1999, *Centros*, 212/97, ECLI:EU:C:1999:126. Για τα πραγματικά περιστατικά βλέπε ανωτέρω υπό 1.2.1.

²⁹ ΔΕΚ 10.7.1986, *Segers*, 79/85, ECLI:EU:C:1986:308

υπόθεση αυτή, είχε ιδρυθεί στη Μ. Βρετανία μια εταιρεία από Ολλανδούς μετόχους, με δραστηριότητες μόνο στην Ολλανδία. Από το Δικαστήριο, μεταξύ άλλων, κρίθηκε εάν η αναγνώριση του δικαιώματος δευτερεύουσας εγκατάστασης προϋποθέτει να ασκούνται πραγματικές οικονομικές δραστηριότητες στο κράτος προέλευσης, και η απάντηση ήταν αρνητική. Αλλά και στην *Inspire Art*³⁰ επιβεβαιώνεται η πάγια νομολογία του Δικαστηρίου με τη διαπίστωση ότι **«δεν έχει σημασία, ως προς την εφαρμογή των κανόνων περί ελεύθερης εγκαταστάσεως, το γεγονός ότι μια εταιρία έχει συσταθεί σε κράτος μέλος με σκοπό την εγκατάστασή της σε άλλο κράτος μέλος, όπου πρόκειται να ασκεί το κύριο μέρος ή και το σύνολο των οικονομικών δραστηριοτήτων της».**

1.2.2.3.2. Μεταφορά έδρας σε άλλο κράτος μέλος

Ιδιαίτερο ενδιαφέρον παρουσιάζει και το ζήτημα εάν η μεταφορά έδρας μιας εταιρείας από ένα κράτος μέλος προς ένα άλλο καλύπτεται από την ελευθερία εγκατάστασης - και αν συνεπώς πρέπει τα κράτη μέλη να απέχουν από τη θέσπιση σχετικών απαγορεύσεων, διακρίσεων ή άλλων εμποδίων. Είναι συχνή η πρακτική των κρατών να θέτουν, για παράδειγμα, “φόρους εξόδου” όταν μεταφέρεται εκτός χώρας η πραγματική έδρα- που κατά κανόνα θεμελιώνει και τη φορολογική αρμοδιότητα του εκάστοτε κράτους μέλους να φορολογήσει τα κέρδη της. Αντίστοιχα, είναι βασική επιδίωξη των επιχειρήσεων στην προσπάθειά τους να μειώσουν τη φορολογική επιβάρυνση τους, να μεταφέρουν την έδρα τους σε πιο φιλικές φορολογικά έννομες τάξεις, χωρίς να αλλάζουν τον τόπο άσκησης των πραγματικών τους δραστηριοτήτων. Είναι, πράγματι, μάλλον απίθανο μια εταιρεία που ασκεί επιτυχημένα οικονομική δραστηριότητα εντός ενός κράτους μέλους να θελήσει να μεταφέρει την έδρα της - και όχι τις δραστηριότητές της- σε ένα άλλο κράτος μέλος, με σκοπό άλλο πλην της αποφυγής φορολογικών ή άλλων εθνικών διατάξεων.

Η νομολογία στο ζήτημα της μεταφοράς έδρας είναι πολύ συντηρητικότερη σε σχέση με τις περιπτώσεις της δευτερεύουσας εγκατάστασης που εξετάστηκαν παραπάνω, αφού κατ’ αρχήν δεν την υπάγει στην έννοια της ελευθερίας εγκατάστασης³¹. Οι δύο χαρακτηριστικότερες αποφάσεις είναι οι *Daily Mail*³² και *Cartesio*³³.

³⁰ ΔΕΚ 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512

³¹ Βλ. όμως, αντίθετα, ΔΕΕ 29.11.11, *National Grid Indus*, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785

³² ΔΕΚ, 27.09.1988, *Daily Mail*, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456, σκ. 23-25.

³³ ΔΕΚ, 16.12.2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723, σκ. 110

Η Daily Mail, μια εταιρεία διαχείρισης επενδύσεων ιδρυθείσα σύμφωνα με το βρετανικό δίκαιο και εδρεύουσα στο Ηνωμένο Βασίλειο, ήθελε να αποφύγει την πληρωμή του υψηλού βρετανικού φόρου υπεραξίας όταν θα μεταβίβαζε σημαντικό μέρος του χαρτοφυλακίου της. Αποφάσισε λοιπόν να μεταφέρει την κεντρική της διοίκηση στην Ολλανδία, διατηρώντας όμως τη νομική της προσωπικότητα και την καταστατική της έδρα στο Ηνωμένο Βασίλειο. Η εταιρεία προχώρησε στη μετεγκατάσταση χωρίς να αναμείνει την εγκριτική απόφαση της βρετανικής φορολογικής διοίκησης. Η βρετανική φορολογική διοίκηση τελικά αρνήθηκε να εγκρίνει τη μεταφορά έδρας, και η εταιρεία με τη σειρά της προσέβαλε την άρνηση ως αντίθετη στα άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ. Το θέμα έφτασε μέσω προδικαστικού ερωτήματος στο Δικαστήριο που αποφάνθηκε ότι τα προβλήματα που προκύπτουν από τις διαφορές στις νομοθεσίες των κρατών μελών σχετικά με την ίδρυση και λειτουργία εταιρειών δεν επιλύονται από τις σχετικές διατάξεις της Συνθήκης και θα πρέπει να αντιμετωπιστούν στο μέλλον νομοθετικά ή συμβατικά. Περαιτέρω, το Δικαστήριο κατέληξε ότι τα άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ δεν παρέχουν κανένα δικαίωμα στις εταιρείες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους να μεταφέρουν την πραγματική τους έδρα σε άλλο κράτος μέλος.

Ο κανόνας αυτός οδήγησε σε δύο συμπεράσματα: πρώτον, ότι για τη μεταφορά της κύριας εγκατάστασης εταιρείας είναι απαραίτητη η λύση και επανίδρυσή της και επομένως, δεύτερον, ότι οι εταιρείες απολαμβάνουν πλήρως μόνο την ελευθερία δευτερεύουσας εγκατάστασης.

Στην πιο πρόσφατη υπόθεση *Cartesio*, το Δικαστήριο έμεινε σταθερό στην προηγούμενη νομολογία του, διευκρινίζοντας περισσότερο το ζήτημα του αν η μεταφορά έδρας σε κράτος μέλος άλλο από αυτό της ίδρυσής καλύπτεται ή όχι από το δικαίωμα εγκατάστασης. Σύμφωνα με τον ουγγρικό νόμο, μια εταιρεία ιδρυθείσα σύμφωνα με αυτόν δεν επιτρέπεται να μεταφέρει την πραγματική της έδρα του σε άλλο κράτος και να συνεχίσει ταυτόχρονα να λειτουργεί σύμφωνα με το ουγγρικό δίκαιο (υιοθετεί, δηλαδή, τη θεωρία της πραγματικής έδρας). Η μεταφορά της καταστατικής έδρας σε άλλο κράτος, απαιτεί ρευστοποίηση και επανασύσταση. Η *Cartesio*, ουγγρική εταιρεία, ήθελε να μεταφέρει τη *de facto* εταιρική έδρα της στην Ιταλία, και να συνεχίσει ταυτοχρόνως, να λειτουργεί υπό το ουγγρικό δίκαιο. Το Δικαστήριο, στο οποίο έφτασε με προδικαστικό ερώτημα η υπόθεση, κλήθηκε να εξετάσει τη συμβατότητα των παραπάνω διατάξεων του ουγγρικού νόμου με την ελευθερία εγκατάστασης. Έκρινε ότι οι εταιρείες είναι δημιουργήματα των εθνικών δικαίων και, λαμβάνοντας υπ' όψει ότι το εταιρικό δίκαιο δεν έχει εναρμονιστεί σε ενωσιακό επίπεδο, η σχετική αρμοδιότητα ανήκει στα κράτη μέλη και δεν εξαιρείται από αυτήν η δυνατότητα κάθε κράτους μέλους να μην επιτρέψει σε

εταιρείες που έχουν ιδρυθεί και λειτουργούν υπό το εθνικό του δίκαιο να διατηρούν αυτή τους την ιδιότητα αν αποφασίσουν να αλλάξουν την μεταφέρουν την πραγματική τους έδρα σε άλλο κράτος μέλος - αποκόποντας δηλαδή, τον απαιτούμενο από το εθνικό δίκαιο σύνδεσμο. Κατέληξε, επομένως, στο ότι ο σχετικός συγγρικός νόμος ήταν σύμφωνος προς το ευρωπαϊκό δίκαιο.

Διευκρινίζεται πάντως ότι η μεταφορά έδρας είναι εκτός πεδίου εφαρμογής της ελευθερίας εγκατάστασης μόνο όταν, όπως στα ανωτέρω πραγματικά περιστατικά, επιδιώκεται η μεταφορά της πραγματικής έδρας με διατήρηση όμως της νομικής προσωπικότητας της εταιρείας σύμφωνα με το δίκαιο του κράτους μέλους προέλευσης. Αν η μεταφορά έδρας συνοδεύεται και από επανασύσταση υπό το δίκαιο του κράτους μέλους υποδοχής, τότε έχει εφαρμογή το ευρωπαϊκό δίκαιο και θα αποτελούσε εμπόδιο στην ελευθερία εγκατάστασης η ύπαρξη μέτρου που θα επέβαλε λ.χ. την υποχρεωτική λύση και εκκαθάριση.³⁴ Ένα τέτοιο μέτρο θα έπρεπε να κριθεί μόνο ως προς το αν είναι δικαιολογημένο επί τη βάση κάποιου επιτακτικού λόγου δημοσίου συμφέροντος, όπως για παράδειγμα η πρόληψη κατά της φοροαποφυγής- όμως αυτό θα μελετηθεί στο επόμενο κεφάλαιο.

1.2.3. Αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών

Η ελεύθερη παροχή υπηρεσιών καθιερώνεται στα άρθρα 56- 62 ΣΛΕΕ. Από την νομολογία του Δικαστηρίου φαίνεται ότι ο πάροχος υπηρεσιών πρέπει να ασκεί οικονομική δραστηριότητα. Όπως και στην ελευθερία κυκλοφορίας εργαζομένων, απαιτείται η δραστηριότητα να είναι πραγματική και γνήσια και όχι περιθωριακή ή επουσιώδης³⁵. Επομένως με δραστηριότητες που δεν πληρούν τα παραπάνω κριτήρια δεν δύναται να ενεργοποιηθούν οι διατάξεις περί ελεύθερης παροχής υπηρεσιών. Περαιτέρω, πρέπει να σημειωθεί ότι για την παροχή υπηρεσιών απαιτείται η ύπαρξη εγκατάστασης -όχι όμως “μόνιμης εγκατάστασης”- στο έδαφος του κράτους μέλους υποδοχής. Κατά συνέπεια η απαίτηση από το κράτος υποδοχής για ύπαρξη μόνιμης εγκατάστασης έχει κριθεί πολλές φορές ως ασύμβατη με την ελευθερία παροχής υπηρεσιών³⁶.

³⁴ Βλ. Kazcorowska A., (2013) *European Union Law*. 3rd Edition, Routledge, σελ 698

³⁵ Βλ. ΔΕΚ 5.10.1988, *Steymann*, 196/87, ECLI:EU:C:1988:475, σκ. 13

³⁶ Βλ. Ενδεικτικά: ΔΕΚ 206/86, *Επιτροπή κατά Ιρλανδίας*, ΔΕΚ 15.5.1997, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-355/95, ECLI:EU:C:1997:241, ΔΕΚ 15.6.2005, *Επιτροπή κατά Πορτογαλίας*, C-171/02, ECLI:EU:T:2005:219

Πρέπει και εδώ να εξεταστεί, όπως έγινε και ανωτέρω, στο πλαίσιο της ελευθερίας εγκατάστασης, αν εταιρείες χωρίς -ή με ελάχιστη- οικονομική δραστηριότητα, όπως οι «εταιρείες γραμματοκιβωτίου» μπορούν να ενεργοποιήσουν την ελευθερία παροχής υπηρεσιών. Χρήσιμο είναι να επαναληφθεί και εδώ η ίδια διάκριση περιπτώσεων που διακρίνει και ο D. Weber, ως ακολούθως.

Στην πρώτη κατηγορία ανήκουν περιπτώσεις στις οποίες μια εταιρεία που ασκεί ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα αποκτά συμμετοχή σε μια εταιρεία γραμματοκιβωτίου, που δεν ασκεί καμιά οικονομική δραστηριότητα. Σε αυτή την περίπτωση, ακριβώς επειδή για την επίκληση της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών απαιτείται η παροχή μιας υπηρεσίας, και συνεπώς η άσκηση οικονομικής δραστηριότητας, δεν είναι δυνατόν να γίνει επίκληση της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών.

Στην περίπτωση, όμως, που εταιρεία μη ασκούσα καμμία οικονομική δραστηριότητα στο κράτος στο οποίο είναι εγκατεστημένη, παρέχει υπηρεσίες -μέσω π.χ. ενός υποκαταστήματος- σε ένα άλλο κράτος μέλος, δεν θα πρέπει να στερηθεί την πρόσβασή της στην ελευθερία παροχής υπηρεσιών. Είναι εμφανής η αναλογία με τις υποθέσεις *Centros* και *Segers* που εξετάστηκαν, ως αποφάσεις- οδηγίοι, στο πλαίσιο της ελευθερίας εγκατάστασης αλλά και την υπόθεση *Levin*, στο πλαίσιο της ελευθερίας κυκλοφορίας εργαζομένων. Αλλά και ειδικά στο πλαίσιο της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών το Δικαστήριο έχει κρίνει ότι: « **η Συνθήκη δεν απαγορεύει σε μια επιχείρηση να κάνει χρήση της ελευθερίας παροχής υπηρεσιών οσάκις δεν παρέχει υπηρεσίες εντός του κράτους μέλους στο οποίο είναι εγκατεστημένη**»³⁷.

Κατά συνέπεια, το κράτος μέλος υποδοχής δεν μπορεί κατ' αρχήν, να αξιώσει από μια εταιρεία -σύμφωνα με τον ορισμό του άρ. 54 ΣΛΕΕ- να ασκεί οικονομική δραστηριότητα και στο κράτος μέλος προέλευσης. Το ότι έχει συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία του κράτους προέλευσης σε συνδυασμό με το ότι έχει την καταστατική έδρα ή την κεντρική της διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους στο κράτος αυτό είναι επαρκές ώστε κατ' αρχήν να επιτρέπεται η παροχή υπηρεσιών και σε όλα τα υπόλοιπα κράτη μέλη χωρίς διακρίσεις ή εμπόδια.

³⁷ Βλ. ΔΕΚ 17.2.1998, *VT4*, C-56/1996, ECLI:EU:T:1998:33

Κεφάλαιο 2ο

Περιορισμοί των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών και δικαιολόγησή τους λόγω ανάγκης πρόληψης κατά της φοροαποφυγής

Ως σημείο εκκίνησης της ανάπτυξης του παρόντος κεφαλαίου κρίνεται σκόπιμο να τεθεί η υπενθύμιση ότι ο τομέας της άμεσης φορολογίας εμπίπτει στην αρμοδιότητα των κρατών μελών. Ωστόσο, το γεγονός αυτό δεν απαλλάσσει τα κράτη μέλη από την υποχρέωση τήρησης του ενωσιακού δικαίου κατά την άσκηση της φορολογικής τους εξουσίας, ακόμα και στον τομέα της άμεσης φορολογίας³⁸.

Πιο συγκεκριμένα, ειδικά στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης ενδιαφέρει η υποχρέωση των κρατών μελών, όταν θεσπίζουν κανόνες φορολογικού δικαίου, να σέβονται τις θεμελιώδεις ελευθερίες, στον πυρήνα των οποίων βρίσκεται η αρχή της μη διακριτικής μεταχείρισης. Οι θεμελιώδεις ελευθερίες, μάλιστα, θεωρούνται ως ειδικότερες εκφάνσεις της γενικής απαγόρευσης των διακρίσεων με βάση το κριτήριο της ιθαγένειας, όπως αυτή προβλέπεται στο άρθρο 18 ΣΛΕΕ³⁹.

Κατά συνέπεια, οι θεμελιώδεις ελευθερίες απαγορεύουν κάθε άμεση δυσμενή διάκριση λόγω ιθαγένειας. Απαγορεύουν, επιπλέον, και κάθε έμμεση διάκριση. Παράδειγμα έμμεσης διάκρισης μπορεί, υπό προϋποθέσεις, να αποτελέσει η χρήση του κριτηρίου της κατοικίας, καθώς οδηγεί συχνά στο ίδιο ουσιαστικό αποτέλεσμα με τη διάκριση στη βάση του κριτηρίου της ιθαγένειας. Αξίζει να σημειωθεί ότι αντίθετα στις θεμελιώδεις ελευθερίες δεν είναι μόνο τα μέτρα που εισάγουν δυσμενείς διακρίσεις για τα πρόσωπα (ή προϊόντα, ή κεφάλαια) διαφορετικής ιθαγένειας (ή προέλευσης), αλλά και αδιακρίτως επιβαλλόμενα μέτρα που, παρόλο που δεν εισάγουν διακρίσεις, καθιστούν δυσχερέστερη ή λιγότερο ελκυστική την άσκηση διασυνοριακών δραστηριοτήτων -εντός της ένωσης- με αποτέλεσμα οι ενδιαφερόμενοι να αποθαρρύνονται από το να κάνουν χρήση των δικαιωμάτων τους που απορρέουν από τις θεμελιώδεις ελευθερίες της Ε.Ε.⁴⁰. Βεβαίως, πρέπει να τονιστεί πως, όταν κρίνονται εθνικά

³⁸ Ενδεικτικά, βλ. ΔΕΚ 14.2.1995, *Schumacker*, C- 279/93, ECLI:EU:C:1995:31, σκ. 21

³⁹ Βλ. Φωτόπουλο, Γ.- Βραχάτη, Μ. σε Παμπούκη, Χ. (επιμ.), 2010, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, Νομική Βιβλιοθήκη, σελ. 1447

⁴⁰ Βλ. Αποφάσεις

ΔΕΚ 3.10.2002, *Danner*, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558, σκ. 29 και

ΔΕΚ 6.6.2000, *Verkooijen*, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294, σκ. 34-35.

μέτρα που αφορούν το πεδίο της άμεσης φορολογίας και εισάγουν εμπόδια στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών, η νομολογία δείχνει μια σταθερή τάση του Δικαστηρίου να αναζητεί και να εντοπίζει την ύπαρξη έμμεσης διακριτικής μεταχείρισης.

Η στάση αυτή του Δικαστηρίου ερμηνεύεται, ίσως, από τη προσπάθεια να αποφευχθεί υπέρμετρη και φανερή επέμβαση του σε τομείς που δεν ανήκουν στη νομοθετική αρμοδιότητα της Ένωσης. Μια τέτοια επέμβαση είναι ασφαλώς πιο νομιμοποιημένη, όταν οφείλεται στη διαπίστωση δυσμενούς διάκρισης και όχι απλού εμποδίου. Αλλά, επιπλέον, θα οδηγούσε εν τοις πράγμασι σε διάβρωση της θεμελιώδους δυνατότητας των κρατών μελών να αποφασίζουν με βάση τη φορολογική τους κυριαρχία με ποια φυσικά και νομικά πρόσωπα θα έχουν (φορολογικό) σύνδεσμο (nexus) ή της δυνατότητάς τους να περιορίζουν φορολογικές ελαφρύνσεις ή άλλα ευεργετήματα σε πρόσωπα που διατηρούν κάποιο σύνδεσμο με αυτά και να μην αναγκάζονται να τις επεκτείνουν ακόμα και σε πρόσωπα που δε συνδέονται με αυτά με κανένα τρόπο⁴¹. Συνεπώς, κατά τη μελέτη της νομολογίας σε σχέση με ζητήματα άμεσων φόρων, ίσως θα ήταν προτιμότερο να μη δίδεται τόσο έμφαση στην ορολογία που χρησιμοποιείται (διάκριση - εμπόδιο) αλλά στους εκάστοτε συλλογισμούς του Δικαστηρίου⁴².

Αντικείμενο του παρόντος κεφαλαίου είναι αφ' ενός η μελέτη των εθνικών κανόνων φορολογικού δικαίου που έχουν ως στόχο την πρόληψη κατά της φοροαποφυγής ως προς το αν θέτουν άμεσες ή έμμεσες διακρίσεις με βάση την ιθαγένεια ή εμπόδια στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών. Αφ' ετέρου, θα μελετηθεί το αν τα ως άνω μέτρα μπορούν να κριθούν ως επιτρεπτά, στη βάση κάποιου νόμιμου λόγου δικαιολόγησής τους, μέσα από την πλούσια νομολογία του Δικαστηρίου. Για να εξεταστούν τα ανωτέρω, όμως, πρέπει να προταχθεί η εισαγωγική παρουσίαση της φύσης των διαφόρων εθνικών φορολογικών κανόνων, ιδιαίτερα όσων ρυθμίζουν την αρμοδιότητα φορολόγησης μιας δραστηριότητας (φορολογικό διεθνές δίκαιο) αλλά και όσων θέτουν ρήτρες κατά της κατάχρησης ή της φοροαποφυγής (με σκοπό ακριβώς να προστατεύσουν από τη διάβρωση με καταχρηστικά μέσα τη φορολογική τους αρμοδιότητα).

Είναι, εξάλλου, δεδομένο, ότι στο σχεδιασμό των περισσότερων διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής η βασική επιδίωξη είναι, μέσω της κατάλληλης οργάνωσης και διαμόρφωσης (έως και χειραγώγησης) των πραγματικών περιστατικών, να επιτυγχάνεται η εφαρμογή κανόνων σύνδεσης με έννομες τάξεις που φορολογικά αποβαίνουν πιο συμφέρουσες για τους ενδιαφερόμενους. Για τους παραπάνω λόγους, προέχει η σύντομη παρουσίαση των

⁴¹ Βλ. Μαλαματάρης, Χ. (2010), *Η φορολογική κυριαρχία των κρατών μελών εντός της ΕΕ*, Αντ. Ν. Σάκκουλα, σελ. 56

⁴² Ibid, σελ.58

φορολογικών συνδέσμων και λοιπών εθνικών κανόνων κατανομής και διατήρησης της φορολογικής αρμοδιότητας.

2.1. Οι φορολογικοί σύνδεσμοι και η χρήση τους για τον καθορισμό και τη διατήρηση (δηλαδή την πρόληψη κατά της αποφυγής) της φορολογικής αρμοδιότητας των κρατών μελών: πότε δημιουργούν απαγορευμένες διακρίσεις ή περιορισμούς των θεμελιωδών ελευθεριών.

Ένα κράτος οριοθετεί τη φορολογική του αρμοδιότητα χρησιμοποιώντας φορολογικούς συνδέσμους με πρόσωπα, περιουσιακά στοιχεία και οικονομικές δραστηριότητες. Εκτός από χρήση συνδέσμων, το φορολογικό διεθνές δίκαιο των κρατών θέτει και κανόνες κατά των πρακτικών αποφυγής της φορολογικής τους αρμοδιότητας. Ως προς το περιεχόμενο των παραπάνω συνδέσμων, τα χρησιμοποιούμενα στη διεθνή πρακτική κριτήρια δεν είναι άπειρα: ένα κράτος δύναται να επιβάλλει φορολόγηση είτε σε πρόσωπα που έχουν την ιθαγένειά του είτε σε πρόσωπα και δραστηριότητες που βρίσκονται ή δημιουργούνται στην επικράτειά του.

Οι κανόνες κατά της διασυνοριακής φοροαποφυγής έχουν αντίστοιχα, λειτουργία προστασίας ή διατήρησης της καθορισμένης από τους εκάστοτε συνδέσμους φορολογικής αρμοδιότητας (και συνεπώς φορολογικής ύλης). Συνήθως οι αντικαταχρηστικοί φορολογικοί κανόνες λειτουργούν περιορίζοντας τις δυνατότητες των φορολογουμένων να αποφύγουν την διαπίστωση στο πρόσωπό τους ενός φορολογικού συνδέσμου. Αυτό εξηγείται εύκολο, καθώς, αντίστοιχα, ένας από τους κύριους μηχανισμούς που χρησιμοποιούν οι ενδιαφερόμενοι να φοροαποφύγουν είναι ακριβώς η αποφυγή της διαπίστωσης στο πρόσωπο ή τις δραστηριότητές τους της ύπαρξης φορολογικού συνδέσμου με μια έννομη τάξη (και η σύνδεσή τους με μία άλλη, ευνοϊκότερη).

Λαμβάνοντας υπόψη ότι οι τυπικοί σύνδεσμοι που χρησιμοποιούνται από το φορολογικό διεθνές δίκαιο των κρατών μελών είναι η ιθαγένεια, η κατοικία, η εγκατάσταση και η πηγή του εισοδήματος, γίνεται φανερό ότι σημαντικό μέρος των εθνικών κανόνων κατά της φοροαποφυγής αποσκοπούν στον να κάνουν λιγότερο ελκυστική ή λιγότερο εύκολη την αλλαγή κατοικίας ή τη μεταβολή της πηγής του εισοδήματος ή, επίσης, αναιρώντας τα φορολογικά πλεονεκτήματα που προσφέρει η σύνδεση με ένα άλλο κράτος. Οι αντικαταχρηστικοί κανόνες, επομένως, έχουν άμεση αναφορά στους φορολογικούς συνδέσμους.

Οι φορολογικοί σύνδεσμοι που χρησιμοποιούνται από τα εθνικά δίκαια για την κατανομή της φορολογικής τους αρμοδιότητας είναι δύο ειδών. Αφ' ενός οι υποκειμενικοί ή προσωπικοί σύνδεσμοι -που αφορούν δηλαδή το πρόσωπο του φορολογουμένου-, αφ' ετέρου οι

αντικειμενικοί σύνδεσμοι -που αφορούν το αντικείμενο του φόρου. Στην πρώτη περίπτωση ανήκει ο σύνδεσμος της κατοικίας ή της εγκατάστασης και ο σύνδεσμος της ιθαγένειας, ενώ στη δεύτερη περίπτωση ο συνδετικός παράγοντας είναι η προέλευση ή η πηγή (του εισοδήματος). Κατ' αρχήν, η υιοθέτηση υποκειμενικού συνδέσμου στη φορολογία εισοδήματος, οδηγεί σε *καθολικότητα της φορολόγησης* (άρα ένας υπήκοος ή κάτοικος ενός κράτους μέλους μπορεί να φορολογηθεί από το τελευταίο όχι μόνο για το εσωτερικό αλλά για το παγκόσμιο εισόδημά του)⁴³. Η υιοθέτηση αντικειμενικού συνδέσμου, αντίστοιχα, οδηγεί σε εφαρμογή του κριτηρίου της *εδαφικότητας* στη φορολόγηση (ιδίως του εισοδήματος).

Παρακάτω εξετάζονται οι συχνότερα χρησιμοποιούμενοι από τα δίκαια των κρατών μελών φορολογικοί σύνδεσμοι. Παρουσιάζεται η χρήση τους τόσο ως κριτηρίων κατανομής φορολογικών αρμοδιοτήτων όσο και ως κριτηρίων σε ρήτρες για την αντιμετώπιση της φοροαποφυγής. Δίδεται έμφαση στο ζήτημα εάν οι σύνδεσμοι αυτοί -τους οποίους κατ' αρχήν τα κράτη μέλη επιλέγουν ελεύθερα- καθώς και οι σχετικοί αντικαταχρηστικοί κανόνες είναι συμβατοί με τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Με την παράθεση υποθέσεων που απασχόλησαν τη νομολογία του Δικαστηρίου θα εξεταστεί πότε οι κανόνες που κάνουν χρήση των παραπάνω συνδέσμων θέτουν διακρίνοντας ή αδιακρίτως επιβαλλόμενα μέτρα που είναι κατ' αρχήν αντίθετα στις θεμελιώδεις ελευθερίες. Το επιτρεπτό ή όχι των ως άνω διακρίσεων ή περιορισμών στις θεμελιώδεις ελευθερίες εξετάζεται στα επόμενα υποκεφάλαια.

2.1.1. Η ιθαγένεια

Η ιθαγένεια δεν χρησιμοποιείται ως φορολογικός σύνδεσμος για τα φυσικά πρόσωπα από κανένα κράτος μέλος της Ε.Ε. και μόνο από ελάχιστα κράτη παγκοσμίως (στα οποία περιλαμβάνονται οι ΗΠΑ). Ο ίδιος κανόνας, αλλά με εξαιρέσεις, ισχύει και για την “ιθαγένεια” των νομικών προσώπων (ήτοι το δίκαιο σύμφωνα με το οποίο συστάθηκαν). Στο Πρότυπο Σύμβασης Αποφυγής Διπλής Φορολογίας του ΟΟΣΑ⁴⁴ η ιθαγένεια χρησιμοποιείται μόνο ως συμπληρωματικό κριτήριο για να εξακριβωθεί, σε περίπτωση αμφιβολίας, σε ποιο κράτος έχει κάποιος την κατοικία του.

⁴³ Η φορολόγηση για το παγκόσμιο εισόδημα ενός προσώπου από ένα κράτος δεν αποκλείει την πιθανότητα να φορολογείται μέρος των παραγόμενων σε άλλα κράτη εισοδημάτων του ίδιου προσώπου και από τα τελευταία.. Στην πράξη πάντως η διπλή φορολόγηση τις περισσότερες φορές αποκλείεται, δυνάμει διμερών διεθνών συμβάσεων, γνωστών ως Σ.Α.Δ.Φ. (Συμβάσεις Αποφυγής Διπλής Φορολογίας)

⁴⁴ Οργανισμός Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης

Γίνεται φανερό ότι η ιθαγένεια δεν χρησιμοποιείται ευρέως ως σύνδεσμος για την κατανομή της φορολογικής αρμοδιότητας των κρατών. Εν τούτοις, εντοπίζεται περισσότερο σε αντικαταχρηστικές ρήτρες. Σχετικό παράδειγμα αποτελεί η ρήτρα σύμφωνα με την οποία το πρόσωπο που φέρει τη ιθαγένεια ενός κράτους τεκμαίρεται ότι διατηρεί την κατοικία εντός του εντός του ίδιου κράτους για ορισμένο διάστημα μετά την μεταφορά της κατοικίας του ή της εγκατάστασής του σε άλλο κράτος. Εκ πρώτης όψεως η χρήση της ιθαγένειας σε αντικαταχρηστικές ρήτρες μοιάζει πολύ αποτελεσματική διότι τα πρόσωπα δεν επιθυμούν κατά κανόνα να απωλέσουν την ιθαγένειά τους, ακόμα και όταν έχουν ως κίνητρο την αποφυγή φόρων. Η αποτελεσματικότητα της, όμως, είναι εν τέλει αμφίβολη, επειδή η ιθαγένεια μπορεί πολύ εύκολα να παρακαμφθεί με τη σύσταση νομικών προσώπων υπό το δίκαιο άλλου κράτους που δεν καλύπτεται από την παραπάνω ρήτρα.

Σε σχέση με το ενωσιακό δίκαιο η ιθαγένεια είναι το κατ' εξοχήν απαγορευμένο κριτήριο διάκρισης, με την έννοια ότι η άνιση -δυσμενέστερη- μεταχείριση από ένα κράτος μέλος ενός προσώπου που φέρει την ιθαγένεια άλλου κράτους μέλους σε σχέση με τα πρόσωπα που φέρουν τη δική του ιθαγένεια αντίκειται σε όλες τις θεμελιώδεις ελευθερίες και στη γενική αρχή της μη διάκρισης με βάση την ιθαγένεια που καθιερώνεται στο άρθρο 18 ΣΛΕΕ. Η υπό ευρεία έννοια έδρα των εταιρειών σύμφωνα με το αρ. 54 ΣΛΕΕ (καταστατική έδρα ή κεντρική διοίκηση ή κύρια εγκατάσταση) αντιμετωπίζεται από το Δικαστήριο ακριβώς όπως και η ιθαγένεια, δηλαδή ως απαγορευμένο κριτήριο διάκρισης. Όπως επισημάνθηκε και ανωτέρω στο κεφάλαιο 1, δεν μπορεί να χρησιμεύσει ως κριτήριο διακριτικής μεταχείρισης σε βάρος μιας εταιρείας η ιθαγένεια των προσώπων που την ελέγχουν (μετόχων ή μελών του διοικητικού συμβουλίου της)⁴⁵, καθώς τα συστατικά στοιχεία πρόσβασης στο ενωσιακό δίκαιο για μια εταιρεία αναφέρονται περιοριστικά στο αρ. 54 ΣΛΕΕ.

Η κρίση του Δικαστηρίου περί του αν ένα εθνικό μέτρο ενέχει απαγορευμένη διάκριση βάσει ιθαγένειας δεν σχετίζεται με την κρίση του περί του αν αυτό το μέτρο μπορεί να δικαιολογηθεί με κάποιο επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος καθώς η κρίση αυτή έπεται (και θα εξεταστεί σε επόμενο κεφάλαιο). Για παράδειγμα, στην υπόθεση *Avoir Fiscal*⁴⁶ το Δικαστήριο έκρινε ότι είναι αντίθετη στην ελευθερία εγκατάστασης ρύθμιση σύμφωνα με την οποία ασφαλιστικές εταιρείες με την έδρα τους στη Γαλλία δικαιούνταν φορολογικό πλεονέκτημα (*avoir fiscal*) κατά τη διανομή μερισμάτων από μετοχές που κατείχαν σε γαλλικές εταιρείες, ενώ αντίστοιχο πλεονέκτημα δεν χορηγείτο σε εταιρείες που έδρευαν σε άλλο κράτος

⁴⁵ Η θεωρία που δέχεται αυτό το κριτήριο καλείται «θεωρία του ελέγχου»

⁴⁶ ΔΕΚ 28.1.1986, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, 270/83, ECLI:EU:C:1986:37

μέλος αλλά είχαν υποκατάστημα στη Γαλλία. Το επιχείρημα της γαλλικής πλευράς ότι η διάκριση ήταν απαραίτητη γιατί διαφορετικά υπήρχε κίνδυνος φοροαποφυγής δεν εξετάστηκε παρά μόνον ως βάση δικαιολόγησης.

2.1.2. Ο τόπος κατοικίας και ο τόπος εγκατάστασης

Ο τόπος κατοικίας ή εγκατάστασης είναι το δεύτερο, μετά την ιθαγένεια, κριτήριο με βάση το οποίο εφαρμόζεται η αρχή της καθολικότητας στη φορολόγηση (δηλαδή η φορολόγηση ενός προσώπου για το σύνολο των παγκόσμιων εισοδημάτων του από το κράτος κατοικίας ή εγκατάστασης). Σε αντίθεση με το κριτήριο της ιθαγένειας, χρησιμοποιείται ευρέως από τα περισσότερα κράτη του κόσμου. Παρά το γεγονός ότι η κατοικία αποτελεί πολύ σημαντικό συνδετικό στοιχείο, τα κράτη κατά κανόνα στην άμεση φορολόγηση των επιχειρηματικών δραστηριοτήτων (εισοδήματος - κερδών) εφαρμόζουν την αρχή της εδαφικότητας, χρησιμοποιώντας το κριτήριο της προέλευσης του εισοδήματος. Εντούτοις, για τη φορολόγηση εισοδήματος από μερίσματα και τόκους και άλλες επιστροφές από επενδύσεις, όπου είναι δύσκολο να εντοπιστεί εδαφικά η προέλευση του εισοδήματος, εφαρμόζεται το κριτήριο της κατοικίας, ή ως κριτήριο ασφαλείας, για τη φορολόγηση εισοδημάτων που δεν καλύπτονται από άλλα κριτήρια ή συνδέσμους Συμβάσεων Αποφυγής Διπλής Φορολογίας⁴⁷.

Η αποφυγή φορολόγησης στις περιπτώσεις που εφαρμόζεται το κριτήριο της κατοικίας επιτυγχάνεται ακριβώς με την προσπάθεια πραγματικής ή φαινομενικής μεταβολής της κατοικίας ή έδρας του ενδιαφερομένου προσώπου. Κατ' αντιστοιχία, τα εθνικά μέτρα που αποσκοπούν στην πρόληψη της φοροαποφυγής και διαφύλαξης της φορολογικής τους ύλης περιέχουν κανόνες που καθιστούν την αλλαγή κατοικίας ή έδρας δυσκολότερη ή ασύμφορη.

Διάφοροι τέτοιοι εθνικοί κανόνες έχουν εντοπιστεί στη διεθνή πρακτική και ενδεικτικά αναφέρονται οι πλέον συνήθεις. Κάποιες φορές τα κράτη δεν αναγνωρίζουν για κάποιο χρονικό διάστημα την αλλαγή κατοικίας. Άλλοτε θέτουν «φόρους μετανάστευσης». Άλλοτε αγνοούν το ότι μια θυγατρική εταιρεία εμπίπτει στη φορολογική αρμοδιότητα άλλου κράτους και φορολογούν τη μητρική που εδρεύει στο έδαφός τους και για τα κέρδη της μητρικής (κανόνες περί Ελεγχόμενων Αλλοδαπών Εταιρειών - ΕΑΕ)⁴⁸. Άλλες φορές τα κράτη θεσπίζουν κανόνες

⁴⁷ Weber, D., ό.π., σελ. 112

⁴⁸ Controlled Foreign Companies - CFC legislation.

που θέτουν ως προϋπόθεση την κατοικία στην επικράτειά τους προκειμένου να απολαύσει κάποιο πρόσωπο ορισμένα φορολογικά ωφελήματα⁴⁹.

Είναι φανερό ότι πολλοί από τους παραπάνω κανόνες, αναλόγως με τον τρόπο εφαρμογής τους, μπορεί να προκαλούν απαγορευμένες διακρίσεις ή εμπόδια στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών. Εντούτοις, ορισμένοι από τους παραπάνω κανόνες έχουν κριθεί ως επιτρεπτοί, με βάση δικαιολόγησης -ιδίως- την ανάγκη πρόληψης κατά της φοροαποφυγής. Ορισμένοι από τους παραπάνω κανόνες, όπως οι κανόνες φορολόγησης της μετανάστευσης και οι κανόνες φορολόγησης των Ελεγχόμενων Αλλοδαπών Εταιρειών έχουν ενταχθεί στη νέα Οδηγία 2016/1164 του Συμβουλίου, και, με τη λήξη της προθεσμίας μεταφοράς των κανόνων της στα εθνικά δίκαια, το 2019 θα εναρμονίσουν τους αντίστοιχους κανόνες σε όλα τα κράτη μέλη. Η αναλυτική μελέτη των κανόνων αυτών θα ακολουθήσει στο Β' μέρος της παρούσας.

2.1.3. Η προέλευση του εισοδήματος

Η προέλευση του εισοδήματος, όταν χρησιμοποιείται ως συνδετικό στοιχείο για τη θεμελίωση αρμοδιότητας φορολόγησης, αποτελεί τη βασική έκφραση της αρχής της εδαφικότητας στη φορολόγηση, και ως εκ τούτου διακρίνεται σημαντικά από τους συνδέσμους της ιθαγένειας και της κατοικίας που ακολουθούν την αρχή της καθολικότητας. Η φορολόγηση σύμφωνα με την αρχή της εδαφικότητας σημαίνει ότι ένα κράτος μπορεί να φορολογήσει μη κατοίκους του για εισοδήματα που η παραγωγή τους εντοπίζεται εδαφικά σε αυτό το κράτος. Σε μεγάλο βαθμό, όπως προαναφέρθηκε, ο σύνδεσμος της προέλευσης του εισοδήματος εφαρμόζεται ως κανόνας και συμπληρωματικά σε αυτόν εφαρμόζεται και ο σύνδεσμος της κατοικίας, για εισοδήματα των οποίων η προέλευση δεν μπορεί να εντοπιστεί. Το Δικαστήριο αποδέχεται, σε κάθε περίπτωση, ότι οι φορολογούμενοι που έχουν την κατοικία τους σε ένα κράτος μπορούν να φορολογούνται από αυτό για το παγκόσμιο εισόδημά τους, αναγνωρίζοντας δηλαδή ότι τα κράτη μέλη δύνανται να αποκλίνουν από την αρχή της εδαφικότητας⁵⁰, καθώς με την καθολική φορολόγηση στη βάση του κριτηρίου της κατοικίας είναι δυνατόν να φορολογείται και εισόδημα που προέρχεται από δραστηριότητα σε άλλο κράτος.

⁴⁹ Limitation on Benefits - LoB legislation.

⁵⁰ Βλ. απόφαση ΔΕΚ 14.12.1995, *Schumacker*, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31, σκ. 32: «στο κράτος κατοικίας εναπόκειται καταρχήν να φορολογεί συνολικώς τον υποκείμενο στον φόρο, λαμβάνοντας υπόψη τα στοιχεία που είναι συμφυή με την προσωπική και οικογενειακή του κατάσταση».

Η αρχή της εδαφικότητας έχει επίσης κριθεί αυτοτελώς από το Δικαστήριο ως προς το αν μπορεί να αποτελέσει αιτία διακριτικής μεταχείρισης, και το Δικαστήριο έκρινε ότι «Ένα τέτοιο σύστημα, που συνάδει προς την φορολογική αρχή της εδαφικότητας, δεν μπορεί να θεωρηθεί ότι συνεπάγεται διάκριση, εμφανή ή συγκεκαλυμμένη, απαγορευόμενη από τη Συνθήκη⁵¹.»

2.2. Η δικαιολόγηση περιορισμών φορολογικής φύσης στις θεμελιώδεις ελευθερίες.

Η θέσπιση μέτρων που συνιστούν περιορισμό στην άσκηση μιας ή περισσότερων από τις οικονομικές ελευθερίες, δεν συνεπάγεται αυτονόητα ότι τα εν λόγω μέτρα πρέπει να κριθούν ως απαγορευμένα από το Δικαστήριο, καθώς επιτρέπονται περιορισμοί στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών. Οι επιτρεπτοί αυτοί περιορισμοί βασίζονται σε τρεις κατηγορίες εξαιρέσεων: πρώτον, στις ρητές εξαιρέσεις, περιοριστικά αναφερόμενες στις διατάξεις της ΣΛΕΕ, χωριστά για κάθε ελευθερία· δεύτερον, στις μη ρητές (νομολογιακές) εξαιρέσεις, που αφορούν επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος· τρίτον, σε εξαιρέσεις που προκύπτουν ως αποτέλεσμα της υπεροχής των γενικών αρχών του ενωσιακού δικαίου.

Οι παραπάνω εξαιρέσεις σε κάθε περίπτωση ερμηνεύονται στενά και δεν οδηγούν αυτομάτως σε χαρακτηρισμό ως επιτρεπτού κάθε περιοριστικού των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών μέτρου που εμπίπτει σε κάποια από τις παραπάνω κατηγορίες. Εξάλλου, κάθε τέτοιο μέτρο πρέπει επιπροσθέτως να κριθεί σύμφωνο με την αρχή της αναλογικότητας, πρέπει δηλαδή να είναι πρόσφορο και αναγκαίο για την επίτευξη του νόμιμου σκοπού που επιδιώκει, καθώς και να μην περιορίζει δυσανάλογα τις θεμελιώδεις ελευθερίες, παρά μόνο μέχρι τον απολύτως αναγκαίο βαθμό.

Παρακάτω επιχειρείται μια σύντομη παρουσίαση των κατηγοριών εξαιρέσεων που προαναφέρθηκαν, με ειδική επισήμανση όσων έχουν σχέση με φορολογικά μέτρα ή και μέτρα κατά της κατάχρησης του ενωσιακού δικαίου και ειδικότερα της κατάχρησης με σκοπό τη φοροαποφυγή.

2.2.1. Οι βάσεις δικαιολόγησης των περιορισμών στις θεμελιώδεις ελευθερίες (είδη εξαιρέσεων)

⁵¹ ΔΕΚ 15.5.1997, *Futura Participations*, C-250/95, ECLI:EU:C:1997:239, σκ.22

2.2.1.1. Εξαιρέσεις προβλεπόμενες στη Συνθήκη

Οι περισσότερες από τις προβλεπόμενες στη Συνθήκη εξαιρέσεις (επιτρεπτοί λόγοι περιορισμού των οικονομικών ελευθεριών), δεν βρίσκουν, εν τοις πράγμασι, πεδίο εφαρμογής σε ζητήματα φορολογίας και καταπολέμησης της φοροαποφυγής. Συγκεκριμένα, οι εξαιρέσεις που προβλέπονται στη συνθήκη, εντοπίζονται συγκεκριμένα ως εξής: οι εξαιρέσεις από την ελεύθερη κυκλοφορία εμπορευμάτων προβλέπονται στο άρ. 36 ΣΛΕΕ· από την ελεύθερη κυκλοφορία εργαζομένων στο αρ. 45 παρ. 3,4 ΣΛΕΕ· από την ελευθερία εγκατάστασης στα άρθρα 51 και 52 ΣΛΕΕ, από την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών στο άρθρο 62 ΣΛΕΕ· από την ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων και πληρωμών στο άρθρο 65 ΣΛΕΕ.

Από όλες τις παραπάνω ρητές εξαιρέσεις, ιδιαίτερη σημασία στο πλαίσιο της παρούσας μελέτης έχουν μόνο οι τελευταίες, που αφορούν τα κεφάλαια και τις πληρωμές, και ειδικότερα ως προς τα μέτρα καταπολέμησης της φοροαποφυγής η περ. β' της παρ. 1 του άρθρου 65, σύμφωνα με την οποία «[οι διατάξεις του άρθρου 63 δεν θίγουν το δικαίωμα των κρατών μελών] να λαμβάνουν όλα τα απαραίτητα μέτρα για την αποφυγή παραβάσεων των εθνικών νομοθετικών και κανονιστικών διατάξεων, ιδίως στον τομέα της φορολογίας... ».

Τίθεται, επιπλέον, το ερώτημα εάν η πρόληψη κατά της (φορο)αποφυγής μπορεί να θεωρηθεί ως ειδικότερη έκφραση των λόγων δημοσίας τάξεως, που προβλέπονται ως ρητή κατηγορία λόγων εξαιρέσεων σε όλες τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Φαίνεται όμως ότι το Δικαστήριο θεωρεί ως λόγο δημοσίας τάξης την καταπολέμηση παράνομων πρακτικών όπως η φοροδιαφυγή και η απάτη, αλλά όχι νόμιμων όπως η (φορο)αποφυγή, και κατά συνέπεια δεν είναι δυνατόν στο πλαίσιο των λόγων δημοσίας τάξης να δικαιολογηθούν μέτρα για την καταπολέμηση της τελευταίας.⁵² Παρ' όλα αυτά, στην υπόθεση *Segers*⁵³ το Δικαστήριο δέχθηκε ότι το επιχείρημα της πρόληψης κατά της αποφυγής των εθνικών διατάξεων ουσιαστικά εντάσσεται στους λόγους δημοσίου συμφέροντος του άρθρου 52 ΣΛΕΕ.

2.2.1.2. Νομολογιακές εξαιρέσεις (δικαιολογημένοι περιορισμοί) εξαιτίας επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος

⁵² Weber, D., ό.π., σελ. 162

⁵³ ΔΕΚ 10.7.1986, *Segers*, 79/85, ECLI:EU:C:1986:308

Το Δικαστήριο έχει δεχθεί μια σειρά περιορισμών στην άσκηση των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών με δικαιολογητική βάση την ύπαρξη επιτακτικών λόγων γενικού δημοσίου συμφέροντος, που επιτρέπουν παρέκκλιση από τον κανόνα της ελεύθερης κυκλοφορίας. Οι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος, σε αντίθεση με τους λόγους που προβλέπονται ρητώς στη συνθήκη, δεν είναι μια λίστα κλειστού αριθμού εξαιρέσεων, αλλά μια ανοιχτή βάση δικαιολόγησης στην οποία το Δικαστήριο δύναται να εντάσσει περισσότερες περιπτώσεις.

Τρεις βασικές προκαταρκτικές επισημάνσεις πρέπει να γίνουν για τους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος. *Πρώτον*, ότι το Δικαστήριο σταθερά αρνείται να αναγνωρίσει ως τέτοιους, αμιγώς οικονομικούς και δημοσιονομικούς (ταμειακούς) λόγους⁵⁴. Ήδη λοιπόν, αφαιρείται από τα κράτη μέλη ένα εύκολο επιχείρημα για τη δικαιολόγηση φορολογικών μέτρων που αποσκοπούν μεταξύ άλλων στην προστασία της φορολογικής βάσης τους. *Δεύτερον*, ότι οι επιτακτικοί λόγοι γενικού δημοσίου συμφέροντος δεν είναι πρόσφοροι, με βάση τη νομολογία του Δικαστηρίου⁵⁵ να δικαιολογήσουν εθνικά μέτρα περιοριστικά των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών, σε τομείς όπου έχει επέλθει πλήρης εναρμόνιση (σε αυτή την περίπτωση ο περιορισμός των οικονομικών ελευθεριών μπορεί πάντως και πάλι να δικαιολογηθεί επί τη βάσει της ενωσιακής αρχής απαγόρευσης της κατάχρησης). Πάντως, τουλάχιστον μέχρι την υιοθέτηση της οδηγίας 2016/1164 για την καταπολέμηση των διεθνών πρακτικών φοροαποφυγής δεν βρίσκει εφαρμογή η παρούσα επισήμανση στον τομέα της άμεσης φορολογίας. *Τρίτον*, η σημαντικότερη επισήμανση σε σχέση με τους επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος στον τομέα των εθνικών μέτρων άμεσης φορολογίας σχετίζεται με τον «βαθμό» σύγκρουσης του εθνικού μέτρου με τις θεμελιώδεις ελευθερίες: οι επιτακτικοί λόγοι γενικού δημοσίου συμφέροντος δεν είναι πρόσφοροι να δικαιολογήσουν μέτρα που εισάγουν άμεση ή έμμεση διάκριση με βάση την ιθαγένεια (ή την προέλευση, όσον αφορά εμπορεύματα και προϊόντα) αλλά μπορούν να δικαιολογήσουν μόνο τη θέσπιση περιορισμών οφειλόμενων σε αδιακρίτως επιβαλλόμενα μέτρα. Βέβαια, στο σημείο αυτό ανακύπτει ξανά η επαμφοτερίζουσα στάση του Δικαστηρίου, που επισημάνθηκε και ανωτέρω, ως προς τον χαρακτηρισμό ενός μέτρου φορολογικής φύσης ως διακρίνοντος ή μη⁵⁶

Οι επιτακτικοί λόγοι δημοσίου συμφέροντος που έχουν γίνει αποδεκτοί από τη νομολογία στο πεδίο της άμεσης φορολογίας είναι τέσσερις: η αποτελεσματικότητα των

⁵⁴ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ 25.7.1991, *Gouda*, C-/288/89, ECLI:EU:C:1991:323 και ΔΕΚ 6.6.2000, *Verkooijen*, C- 35/98, ECLI:EU:C:2000:294 αντίστοιχα.

⁵⁵ Βλ. ΔΕΚ 31.3.1993, *Kraus*, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125

⁵⁶ Ως παράδειγμα αναφέρεται η υπόθεση *Bachmann* (ΔΕΚ 28.1.1992, *Bachmann*, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35)

φορολογικών ελέγχων⁵⁷, η ανάγκη εξασφάλισης της ισορροπίας και της αμοιβαιότητας διμερούς διεθνούς σύμβασης μεταξύ κράτους μέλους και τρίτης χώρας⁵⁸, η ανάγκη εξασφάλισης της συνοχής του φορολογικού συστήματος και η πρόληψη της κατάχρησης του ενωσιακού δικαίου ή της αποφυγής εθνικών (φορολογικών) κανόνων. Όλοι οι παραπάνω λόγοι έχουν γίνει κατά καιρούς δεκτοί από το Δικαστήριο σε φορολογικές υποθέσεις γενικά. Ο πρώτος από τους παραπάνω λόγους έχει εφαρμογή κατά βάση σε μέτρα που αφορούν την καταπολέμηση της φοροδιαφυγής και της απάτης. Ομοίως, ο δεύτερος αφορά περισσότερο συμβάσεις αποφυγής διπλής φορολογίας - στην εφαρμογή των οποίων κάποιες φορές ανακύπτουν ζητήματα φοροαποφυγής. Στο παρόν κεφάλαιο επιχειρείται η διεξοδική εξέταση του τελευταίου από τους ανωτέρω λόγους δικαιολόγησης, ως προς τις προϋποθέσεις εφαρμογή του και την ειδικότερη περιπτώσιολογία, με αναφορές στη νομολογία του Δικαστηρίου.

2.3. Η πρόληψη κατά της κατάχρησης του ενωσιακού δικαίου ή της αποφυγής εθνικού δικαίου (και ειδικότερα φοροαποφυγής) ως λόγος δικαιολόγησης εθνικών φορολογικών μέτρων που θέτουν εμπόδια στην ελεύθερη κυκλοφορία

2.3.1. Επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος ή γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου;

Δεν είναι απολύτως σαφές από τη νομολογία του Δικαστηρίου αν η πρόληψη της κατάχρησης του ενωσιακού δικαίου και αποφυγής εθνικών διατάξεων (στην οποία εντάσσεται και η πρόληψη κατά της φοροαποφυγής) λογίζεται ως επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος που δικαιολογεί περιορισμούς στις θεμελιώδεις ελευθερίες ή ως ξεχωριστή κατηγορία εξαιρέσεων, που βασίζεται σε γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου. Υπάρχουν αποφάσεις στις οποίες ρητώς δηλώνεται (πολύ συχνά ως *obiter dictum*) ότι η πρόληψη κατά της αποφυγής εθνικών διατάξεων είναι ένας από τους επιτακτικούς λόγους γενικού συμφέροντος. Στην υπόθεση *ICI*⁵⁹ (που αφορούσε περιορισμό στην ελευθερία εγκαταστάσεως λόγω μη αναγνώρισης έκπτωσης από το φόρο ζημιών θυγατρικών), το επιχείρημα της πρόληψης κατά της φοροαποφυγής αντιμετωπίζεται ως πιθανός άγραφος λόγος δικαιολόγησης. Αντίστοιχα, στην

⁵⁷ ΔΕΚ 15.5.1997, *Futura Participations*, C-250/95, ECLI:EU:C:1997:239 και

ΔΕΚ 8.7.1999, *Baxter*, C-254/97, ECLI:EU:C:1999:368

⁵⁸ ΔΕΚ 15.1.2002, *Gottardo*, C-55/00, ECLI:EU:C:2002:16

⁵⁹ ΔΕΚ 16.7.1998, *Imperial Chemical Industries*, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370

*Kraus*⁶⁰, που δεν αφορούσε φορολογικά ζητήματα, αφού πρώτα το Δικαστήριο διαπιστώνει την ύπαρξη περιορισμού στην ελευθερία κυκλοφορίας εργαζομένων, αναζητεί αν υπάρχει πεδίο δικαιολόγησης από επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος. Στο πλαίσιο αυτό διαπιστώνει ότι «το κοινοτικό δίκαιο δεν απαγορεύει σε κράτος μέλος να θεσπίζει, ελλείψει εναρμονίσεως, μέτρα που σκοπό έχουν να αποτρέψουν την καταχρηστική και αντίθετη προς το θεμιτό συμφέρον του εν λόγω κράτους εκμετάλλευση των δυνατοτήτων που δημιουργούνται δυνάμει της Συνθήκης». Αντιθέτως, σε άλλες υποθέσεις, όπως η *Leclerc, Lair, General Milk Products*, το Δικαστήριο αντιμετωπίζει το επιχείρημα κατά της αποφυγής εθνικών διατάξεων σε γενικές γραμμές ως διαφορετικής τάξης επιχείρημα.

Ο Weber επισημαίνει⁶¹ ότι είναι ορθότερο η αποφυγή εθνικών διατάξεων να αποτελεί χωριστό λόγο δικαιολόγησης, που μάλιστα μπορεί να ερείδεται σε γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου (την απαγόρευση καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων που απορρέουν από το ενωσιακό δίκαιο). Τονίζει, προς υποστήριξη αυτής της άποψης, ότι για την εκτίμηση της καταχρηστικής άσκησης δικαιώματος λαμβάνονται υπ' όψει οι υποκειμενικές προθέσεις του δικαιούχου, οι οποίες δεν λαμβάνονται και δεν πρέπει να λαμβάνονται υπ' όψει κατά την εξέταση των επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος.

Η προβληματική περί του αν υπάρχει συνεκτική γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου που επιτάσσει τα κράτη να καταπολεμούν καταχρηστική άσκηση των δικαιωμάτων που απορρέουν από αυτό ή αν απλώς επιτρέπεται στα κράτη να καταπολεμούν καταχρηστικές πρακτικές επί τη βάση επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος που αφορά τα κράτη μέλη δεν έχει επιλυθεί ούτε στη θεωρία ούτε στη νομολογία. Ειδικότερα όσον αφορά την άμεση φορολογία (και τη φοροαποφυγή στο πεδίο της άμεσης φορολογίας), στη θεωρία η άποψη που αποδέχεται την ύπαρξη γενικής αρχής του ενωσιακού δικαίου βρίσκει σημαντική στήριξη⁶². Υποστηρίζεται, όμως και το ακριβώς αντίθετο, ότι δηλαδή η μέχρι σήμερα νομολογία του ΔΕΕ δεν επιτρέπει το συμπέρασμα ότι η έννοια της φοροαποφυγής έχει αποεθνικοποιηθεί και ότι πλέον υπάρχει ενωσιακή αρχή για τη φοροαποφυγή⁶³.

Στην τελευταία άποψη συνηγορεί το γεγονός ότι η νομολογία που αποδέχεται την εφαρμογή ενωσιακής αρχής κατά της φοροαποφυγής προέρχεται αποκλειστικά από τομείς στους

⁶⁰ ΔΕΚ 31.3.1993, *Kraus*, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125

⁶¹ Webber, D, ό.π., σελ 166

⁶² Βλ. Piantavigna, P., “*Tax abuse in European Union Law: a theory*” (2011) 20 (3) EC Tax Review, 134-147 και Jimenez, A.M., ‘*Towards a homogenous theory of abuse in EU (direct) tax law*’, (2012) 66 (4 /5), Bulletin for International Taxation, 270-292.

⁶³ Panayi, C., (2013) “*European Union Corporate Tax law*”, Cambridge University Press, σελ. 333-338.

οποίους έχει επέλθει εναρμόνιση, είτε δηλαδή στο πεδίο του ΦΠΑ⁶⁴ είτε στο πεδίο της άμεσης φορολογίας αλλά εντός του πεδίου εφαρμογής κάποιας οδηγίας, όπως για παράδειγμα της οδηγίας περί διασυνοριακών συγχωνεύσεων, η οποία εμπεριέχει αντι-καταχρηστική ρήτρα⁶⁵. Με τη θέση σε ισχύ της νέας Οδηγίας για την καταπολέμηση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής, που αφορά πολύ μεγάλο μέρος των σχημάτων αποφυγής άμεσης φορολογίας, το ερώτημα εάν μπορεί να υποστηριχθεί ότι υπάρχει γενική αρχή του ενωσιακού δικαίου η οποία απλώς αντανάκλαται στις επιμέρους πρόνοιες της οδηγίας -ιδίως μάλιστα ενόψει του γεγονότος ότι η ίδια η οδηγία εμπεριέχει γενικό κανόνα απαγόρευσης των καταχρήσεων (Γ.Κ.Α.Κ.)⁶⁶, τίθεται σε νέα βάση.

Παρά την ανωτέρω διχογνωμία, και επί της ουσίας του θέματος, δύο ζητήματα είναι σαφή και αναμφισβήτητα και στο πεδίο της άμεσης φορολογίας. Αφ' ενός οι φορολογούμενοι είναι ελεύθεροι να οργανώσουν με τέτοιο τρόπο τις δραστηριότητές τους, ώστε να μειώσουν τη φορολογική τους επιβάρυνση. Αφ' ετέρου, τα κράτη μέλη έχουν -τουλάχιστον- τη δυνατότητα να θέτουν σε εφαρμογή μέτρα για να αποτρέψουν ορισμένες πρακτικές που θεωρούν καταχρηστικές. Παρακάτω θα εξεταστούν οι προϋποθέσεις που απαιτούνται, σύμφωνα με τη νομολογία, για να είναι επιτρεπτά τέτοιου είδους εθνικά μέτρα, όταν θέτουν περιορισμούς στις θεμελιώδεις ελευθερίες, υπό την δικαιολόγηση που παρέχει η πρόληψη κατά της φοροαποφυγής, ανεξαρτήτως της δογματικής θέσης που της αποδίδεται.

2.3.2. Προϋποθέσεις αποδοχής της πρόληψης κατά της φοροαποφυγής ως λόγου δικαιολόγησης εθνικών μέτρων περιοριστικών των θεμελιωδών ελευθεριών.

Κατ' αρχήν πρέπει να επισημανθεί ότι το γεγονός ότι τα κράτη μέλη έχουν διατηρήσει την αποκλειστική αρμοδιότητα να επιβάλλουν άμεσους φόρους έχει ως αυτονόητη λογική συνέπεια ότι τα κράτη μέλη πρέπει να έχουν τη δυνατότητα να ασκούν την ως άνω αρμοδιότητα αποτελεσματικά, προλαμβάνοντας πρακτικές αποφυγής των εθνικών (φορολογικών) διατάξεων. Ο παραπάνω σκοπός, είναι, δηλαδή, ένας θεμιτός σκοπός βάσει του οποίου το κράτος μέλος μπορεί, αν πληρούνται και άλλες προϋποθέσεις, να δικαιολογήσει μέτρα που περιορίζουν την

⁶⁴ΔΕΚ 21.2.2006, *Hallifax*, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121, σκ. 69, και ΔΕΚ 22.12.2010, *Weald Leasing*, C-103/09, ECLI:EU:C:2010:804, σκ. 33-34

⁶⁵ Όπως στις υποθέσεις *Kofoed* (ΔΕΚ 1.7.2010, *Kofoed*, C-321/05, ECLI:EU:T:2010:266) και *Foggia* (ΔΕΚ 10.11.2011, *Foggia*, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718) στις οποίες το Δικαστήριο υπαινίχθηκε ότι η αντικαταχρηστική ρήτρα της εν λόγω οδηγίας αποτελεί αντανάκλαση της αντίστοιχης γενικής αρχής του ενωσιακού δικαίου.

⁶⁶ General Anti-Abuse Rule (G.A.A.R.)

άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών. Παρακάτω επιχειρείται η παρουσίαση αυτών των προϋποθέσεων, όπως αυτές συνάγονται από τη σχετική νομολογία.

2.3.2.1.. Εμπόδιο, όχι διάκριση

Όπως προαναφέρθηκε, προϋπόθεση για να είναι αποδεκτό επί τη βάση κάποιου επιτακτικού λόγου δημοσίου συμφέροντος ένα μέτρο που έρχεται σε σύγκρουση με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες αποτελεί το να είναι αδιακρίτως επιβαλλόμενο μέτρο. Να μη δημιουργεί, δηλαδή, άμεση ή έμμεση διάκριση με βάση την ιθαγένεια (ή προέλευση, όσον αφορά τα εμπορεύματα και τα κεφάλαια). Τα μέτρα που δημιουργούν τέτοιου είδους διακρίσεις μπορούν να κριθούν συμβατά με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες μόνο εάν μπορούν να δικαιολογηθούν με κάποιον από τους ρητώς προβλεπόμενους σε κάθε ελευθερία λόγους. Ωστόσο, με δικαιολογητική βάση την ύπαρξη -άγραφου- επιτακτικού λόγου γενικού δημοσίου συμφέροντος, όπως η καταπολέμηση της φοροαποφυγής, υπάρχει δυνατότητα δικαιολόγησης, και άρα αναγνώρισης της συμβατότητας με το ενωσιακό δίκαιο αδιακρίτως επιβαλλομένων περιοριστικών μέτρων που θέτουν εμπόδια στην άσκηση των θεμελιωδών ελευθεριών. Αντικαταχρηστικοί κανόνες που δεν εισάγουν διακριτική μεταχείριση έχουν γίνει δεκτοί από το Δικαστήριο. Αν εισάγουν, όμως, άμεση διάκριση, με βάση την ιθαγένεια, ή έμμεση διάκριση, δεν μπορούν να θεωρηθούν επιτρεπτοί.

Χαρακτηριστικό παράδειγμα από τη νομολογία στο πεδίο της άμεσης φορολογίας εντοπίζεται στην υπόθεση *Lankhorst-Hohorst*⁶⁷, στην οποία το ΔΕΚ εξέτασε τη συμβατότητα γερμανικής διάταξης κατά της υποκεφαλαιοποίησης ή συγκεκριμένης κεφαλαιοποίησης (*thin capitalisation rule*). Η συγκεκριμένη διάταξη περιόριζε τη δυνατότητα των εταιρειών για έκπτωση των καταβεβλημένων τόκων από τα φορολογητέα κέρδη τους (ήτοι την καταχώρισή τους ως εξόδων), εφ' όσον το δάνειο προς εξόφληση του οποίου καταβάλλονταν οι τόκοι είχε χορηγηθεί από μέτοχο της φορολογούμενης εταιρείας και ήταν πάνω από τρεις φορές υψηλότερο της συμμετοχής τους στο μετοχικό κεφάλαιο. Στην ουσία με τη διάταξη αυτή, οι πληρωμές τόκων -άνω του συγκεκριμένου ορίου- προς τους μετόχους μιας εταιρείας λογίζονται ως συγκεκριμένη διανομή μερισμάτων και κατά συνέπεια δεν εκπίπτουν από το φορολογητέο εισόδημα. Σημειώνεται ότι οι κανόνες κατά της υποκεφαλαιοποίησης είναι από τους πλέον συνήθεις κανόνες αντιμετώπισης της φοροαποφυγής που εφαρμόζονται στη διεθνή πρακτική -

⁶⁷ ΔΕΚ 12.12.2002, *Lankhorst- Hohorst*, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749 βλ. αναλυτικότερα *infra*, Β' μέρος υπό 1.1.2.

μάλιστα η υποκεφαλαιοποίηση αντιμετωπίζεται εμμέσως και με τον κανόνα περιορισμού των τόκων που περιελήφθη στη νέα οδηγία 2016/1164 του Συμβουλίου, με την οποία πρόκειται σύντομα να εναρμονιστούν οι σχετικές νομοθεσίες των κρατών μελών. Ωστόσο, η υπό κρίση γερμανική διάταξη εφαρμοζόταν αποκλειστικά σε μετόχους που δεν ήταν κάτοικοι Γερμανίας (ή δεν ήταν εγκατεστημένοι στη Γερμανία), και συνεπώς δεν έγινε κατ' αρχήν αποδεκτό από το ΔΕΚ λόγω του ότι θέσπιζε απαγορευμένη διακριτική μεταχείριση. Στο πλαίσιο της εξέτασης του δικαιολογητικού ισχυρισμού που στηρίζεται στον κίνδυνο φοροαποφυγής, παρατήρησε ότι ένα τέτοιο μέτρο «δεν έχει ως ειδικό σκοπό τον αποκλεισμό της δυνατότητας να παρέχεται ένα φορολογικό πλεονέκτημα σε καθαρά επίπλαστες καταστάσεις, μόνος σκοπός των οποίων είναι η μη υπαγωγή στη γερμανική φορολογική νομοθεσία, αλλά αφορά, γενικώς, κάθε κατάσταση στην οποία η μητρική εταιρία έχει την έδρα της, για οποιονδήποτε λόγο, εκτός της Ομοσπονδιακής Δημοκρατίας της Γερμανίας. Όμως, μια τέτοια κατάσταση δεν συνεπάγεται, αυτή καθαυτή, κίνδυνο φοροαποφυγής, δεδομένου ότι, εν πάση περιπτώσει, η εταιρία αυτή υπάγεται στη φορολογική νομοθεσία του κράτους όπου είναι εγκατεστημένη», απορρίπτοντας το σχετικό ισχυρισμό.

2.3.2.2. Απόκτηση ωφέλειας (πλεονεκτήματος)

Η αποφυγή εθνικών διατάξεων δεν αποκτά νόημα παρά μόνο αν αυτή συνεπάγεται και ωφέλεια του ενδιαφερομένου (είτε δια της απόκτησης κάποιου πλεονεκτήματος είτε δια της αποφυγής κάποιου βάρους). Η έλλειψη ωφέλειας, επομένως, παίζει αναμφισβήτητα καθοριστικό ρόλο όταν εξετάζεται αν μια συμπεριφορά μπορεί να χαρακτηριστεί ως (φορο)αποφυγή. Αυτό δεν ισχύει όμως και αντιστρόφως, καθώς η απόκτηση ωφέλειας από μια οικονομική δραστηριότητα λόγω του διασυννοριακού της στοιχείου δεν σημαίνει κατ' ανάγκη ότι πρόκειται περί (φορο)αποφυγής.

Από τη νομολογία του Δικαστηρίου στον τομέα της άμεσης φορολογίας προκύπτει ότι το Δικαστήριο, όταν εξετάζει εάν υπάρχει φοροαποφυγή, επιδιώκει να εξακριβώσει εάν αποκτάται κάποια ωφέλεια. Στην υπόθεση *Avoir Fiscal*⁶⁸, για παράδειγμα, το Δικαστήριο δεν αρκείται στην υπόθεση ότι υπάρχει φοροαποφυγή, όσο κι αν μπορεί εύκολα αυτό να υποτεθεί. Σε περίπτωση αμφιβολίας το Δικαστήριο δε διστάζει να ζητήσει σχετικά στοιχεία από τις κρατικές αρχές. Συγκεκριμένα, στην παραπάνω απόφαση (σκ. 24) το Δικαστήριο κρίνει ότι «οι σχετικοί υπολογισμοί που προσκόμισε η γαλλική κυβέρνηση, για να αποδείξει ότι η χορήγηση του

⁶⁸ ΔΕΚ 28.1.1986, *Avoir Fiscal*, 270/83, ECLI:EU:C:1986:37

ευεργετήματος της πιστώσεως φόρου στα υποκαταστήματα και πρακτορεία εταιρειών που έχουν την καταστατική τους έδρα σε άλλα κράτη μέλη θα παρότρυνε για τις εταιρίες αυτές να περιλάβουν στο ενεργητικό των υποκαταστημάτων και πρακτορείων στη Γαλλία τις μετοχές γαλλικών εταιριών που κατέχουν, δεν φαίνονται πειστικοί. Πράγματι, οι υπολογισμοί αυτοί στηρίζονται στην υπόθεση, που δεν βρίσκει έρεισμα στο άρθρο 158α του γενικού φορολογικού κώδικα, ότι η μεταφορά στην κεντρική έδρα των εταιριών των κερδών που πραγματοποιούν τα υποκαταστήματα ή πρακτορεία συνδυάζεται με την πίστωση φόρου». Αλλά και στην προαναφερθείσα υπόθεση *Lankhorst-Hohorst*⁶⁹, το Δικαστήριο επισημαίνει την έλλειψη φορολογικού πλεονεκτήματος για να απορρίψει, μεταξύ άλλων, τον σχετικό προβαλλόμενο λόγο δικαιολόγησης.

2.3.2.3. Καθαρώς επίπλαστες καταστάσεις (*wholly artificial arrangements*).

Δεν επιτρέπεται τα εθνικά μέτρα να εξουδετερώνουν τα φορολογικά πλεονεκτήματα που προσφέρουν άλλα κράτη μέλη.

Ελλείπει εναρμόνισης στο πεδίο της άμεσης φορολογίας αυτονότητα οι ανομοιότητες μεταξύ των φορολογικών συστημάτων των κρατών μελών συνεχίζουν να υπάρχουν, και μάλιστα να δημιουργούν ευκαιρίες στους φορολογουμένους, καθώς και κίνητρα να αναπτύξουν και διασυνοριακή, εντός της ένωσης, οικονομική δραστηριότητα. Το θεμελιώδες ζήτημα που προκύπτει είναι αν η εκμετάλλευση ευκαιριών στο φορολογικό πεδίο μπορεί να κρίνεται γενικώς ως φοροαποφυγή και να δικαιολογείται συνεπώς η παρεμπόδισή της από τα κράτη μέλη, ή αν ο στόχος της δημιουργίας εσωτερικής αγοράς καλύπτει και την εκμετάλλευση των ευκαιριών που δημιουργούνται μεταξύ των διαφορετικών φορολογικών συστημάτων, ευνοώντας τον φορολογικό ανταγωνισμό μεταξύ των κρατών μελών και περιορίζοντας τη δυνατότητα των τελευταίων να επεμβαίνουν παρά μόνο για να παρεμποδίσουν τις καθαρώς επίπλαστες καταστάσεις.

Σε κάθε περίπτωση ο ανταγωνισμός μεταξύ των νομικών συστημάτων είναι η αυτονόητη συνέπεια της δημιουργίας μιας κοινής εσωτερικής αγοράς χωρίς την ύπαρξη, σε πολλούς τομείς, κοινών κανόνων. Το ίδιο ισχύει και στον τομέα της άμεσης φορολογίας. Μάλιστα, ένας από τους διακηρυγμένους στόχους της εσωτερικής αγοράς (που δε στερείται κανονιστικού υποβάθρου) είναι η οικονομική αποτελεσματικότητα, η οποία εξυπηρετείται με την επίτευξη, μεταξύ άλλων, χαμηλότερης φορολογικής επιβάρυνσης.

⁶⁹ ΔΕΚ 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749, σκ. 42

Επομένως πρέπει να αναζητηθούν τα όρια του δικαιώματος εκμετάλλευσης της ανομοιομορφίας των φορολογικών συστημάτων που παρέχουν οι θεμελιώδεις ελευθερίες, τα οποία δεν μπορούν παρά να βρίσκονται εκεί που αρχίζει η αθέμιτη χρήση του ως ανω δικαιώματος. Η νομολογία του Δικαστηρίου έχει μέχρι σήμερα δώσει αρκετές ενδείξεις ώστε να μπορεί να συναχθεί τότε η χρήση της ανομοιομορφίας των φορολογικών συστημάτων μπορεί να θεωρηθεί ως αθέμιτη φοροαποφυγή (και επομένως επιτρεπτός να περιοριστεί με τα κατάλληλα εθνικά μέτρα) και τότε όχι.

Στην υπόθεση *ICI*⁷⁰ κρίθηκαν φορολογικές διατάξεις του Ηνωμένου Βασιλείου που επέτρεπαν τη μείωση εταιρικού φόρου σε εταιρείες- μέλη κοινοπραξίας με την προϋπόθεση οι εταιρείες να βρίσκονται εγκατεστημένες στο Ηνωμένο Βασίλειο. Εντούτοις, η μείωση φόρου δεν ήταν εφικτή αν μια εταιρεία συμμετοχών είχε πολλές θυγατρικές εγκατεστημένες εκτός Ηνωμένου Βασιλείου. Σε αυτή την περίπτωση, όπως έκρινε το Δικαστήριο, δημιουργείται άνιση φορολογική μεταχείριση μεταξύ των εταιρειών που ήταν εγκατεστημένες στο Ηνωμένο Βασίλειο σε σχέση με αυτές που είχαν την έδρα τους σε άλλο κράτος μέλος, και έπρεπε να διερευνηθεί αν υπάρχει περιθώριο δικαιολόγησης (σκ.24). Κατά την εξέταση του προβαλλόμενου από το Ηνωμένο Βασίλειο δικαιολογητικού λόγου περί κινδύνου φοροαποφυγής, το Δικαστήριο περιέγραψε τον κίνδυνο φοροαποφυγής ως εξής: «*η επίμαχη νομοθεσία αποσκοπεί στη μείωση του κινδύνου φοροδιαφυγής, που συνδέεται, εν προκειμένω, με το ενδεχόμενο τα μέλη ενός consortium να οργανώνουν τη μεταφορά επιβαρύνσεων των εδρευουσών στην αλλοδαπή θυγατρικών σε θυγατρική εδρεύουσα στο Ηνωμένο Βασίλειο και να φροντίζουν, αντιστρόφως, ώστε τα κέρδη να εγγράφονται στα αποτελέσματα χρήσεως των εδρευουσών στην αλλοδαπή θυγατρικών*».

Όμως, το Δικαστήριο έκρινε ότι η επίμαχη νομοθεσία δεν στόχευε μόνο στον «*αποκλεισμό της δυνατότητας να παρέχεται ένα φορολογικό πλεονέκτημα σε καθαρά επίπλαστες καταστάσεις, μόνος σκοπός των οποίων είναι η καταστρατήγηση της φορολογικής νομοθεσίας του Ηνωμένου Βασιλείου, αλλά αφορούσε, γενικά, κάθε περίπτωση στην οποία η πλειονότητα των θυγατρικών εταιριών ενός ομίλου ήταν εγκατεστημένες για οποιοδήποτε λόγο εκτός του Ηνωμένου Βασιλείου*». Συνέχισε δε με τη σημαντική σκέψη ότι «*η εγκατάσταση εταιρίας εκτός του Ηνωμένου Βασιλείου δεν σημαίνει αυτοδικαίως και φοροδιαφυγή*⁷¹, δεδομένου ότι εν πάση περιπτώσει η εταιρία αυτή υπάγεται στη φορολογική νομοθεσία του κράτους εγκαταστάσεως».

Τόσο από την *ICI* όσο και από άλλες υποθέσεις που επαναλαμβάνουν την παραπάνω θέση

⁷⁰ ΔΕΚ 16.7.1998, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370

⁷¹ Πρόκειται περί λανθασμένης απόδοσης του όρου “tax avoidance” στην επίσημη ελληνική έκδοση, αντί του ορθού «φοροαποφυγή».

προκύπτει με σαφήνεια ότι το Δικαστήριο δεν υποθέτει ότι υπάρχει φοροαποφυγή απλά και μόνο επειδή ο φορολογούμενος επιλέγει μια άλλη φορολογική δικαιοδοσία.

Η σχετική νομολογία του Δικαστηρίου δεν περιορίζεται σε υποθέσεις που αφορούν περιορισμό της δυνατότητας μειώσεως φόρου που καταλαμβάνεται από άλλες δικαιοδοσίες, όπως στην ICI. Στην υπόθεση *De Lasteyrie*⁷², η οποία αφορούσε «φόρο μετανάστευσης» επιβαλλόμενο στο βασικό μέτοχο, ενώ υποστηρίχθηκε από τη Δανία (που είχε ασκήσει παρέμβαση) ότι ο σκοπός του ως άνω μέτρου ήταν «να εμποδίσει τη συρρίκνωση της βάσεως επιβολής φόρου του οικείου κράτους μέλους, στερώντας από τους φορολογούμενους τη δυνατότητα να αντλήσουν πλεονέκτημα από τις διαφορές που υφίστανται μεταξύ των φορολογικών συστημάτων των κρατών μελών». Το Δικαστήριο όμως παρατήρησε και εδώ ότι «μόνον η απώλεια εσόδων που υφίσταται ένα κράτος μέλος λόγω της μεταφοράς της φορολογικής κατοικίας ενός φορολογούμενου σε άλλο κράτος μέλος, το οποίο έχει διαφορετική και, ενδεχομένως, πλεονεκτική για τον φορολογούμενο αυτό φορολογική νομοθεσία, δεν αρκεί για να δικαιολογήσει περιορισμό του δικαιώματος εγκαταστάσεως». Οι παραπάνω προτάσεις δείχνουν ότι δεν επαρκεί για το χαρακτηρισμό μιας δραστηριότητας ως φοροαποφυγής ο προσπορισμός πλεονεκτήματος από τη χρησιμοποίηση της φορολογικής δικαιοδοσίας ενός κράτους μέλους και αντίστοιχα, της αποφυγής της φορολογικής δικαιοδοσίας ενός άλλου κράτους μέλους

2.3.2.4. Αναλογικότητα

Στη συντριπτική πλειονότητα των αποφάσεων του Δικαστηρίου που αφορούν τη συμβατότητα περιοριστικών αντικαταχρηστικών μέτρων με τις θεμελιώδεις ελευθερίες, λαμβάνεται υπ' όψει η αρχή της αναλογικότητας. Κατ' αρχήν, και μόνο το γεγονός ότι τα αντικαταχρηστικά μέτρα οδηγούν σε απόκλιση από τον κανόνα, που είναι η εφαρμογή του ενωσιακού δικαίου, σημαίνει ότι η χρήση τους πρέπει να είναι περιορισμένη και ότι το βάρος απόδειξης της κατάχρησης βαρύνει το μέρος που υποστηρίζει ότι υπάρχει κατάχρηση. Συνεπώς η εφαρμογή αντικαταχρηστικών μέτρων που περιορίζουν τις θεμελιώδεις ελευθερίες πρέπει να γίνεται αποδεκτή μόνο εάν αυτά λαμβάνουν υπ' όψει τις αντικειμενικές περιστάσεις κάθε περίπτωσης όσο και τις υποκειμενικές προθέσεις των ενδιαφερομένων- φορολογουμένων. Μόνο όταν τα σχετικά περιοριστικά μέτρα εμπεριέχουν τέτοια δυνατότητα καθίσταται εφικτό οι

⁷² ΔΕΚ, 11.3.2004, *De Lasteyrie*, C-9/2002, ECLI:EU:C:2004:138

εθνικές διοικητικές αρχές και τα εθνικά δικαστήρια να ερευνούν *in concreto* κάθε περίπτωση χωριστά και να λαμβάνουν υπ' όψει όλα τα παραπάνω.

Επομένως, όπως αναδείχθηκε ανωτέρω υπό 2.3.2.3, επιτρέπεται η αντικαταχρηστική νομοθεσία να στοχεύει στην καταπολέμηση αμιγώς τεχνητών (επίπλαστων) καταστάσεων που στοχεύουν στην παράκαμψη της εθνικής νομοθεσίας. Το ζήτημα όμως που παραμένει προς διευκρίνιση είναι πότε η σχετική αντικαταχρηστική νομοθεσία είναι επαρκώς εξειδικευμένη. Στην υπόθεση *X & Y II*⁷³ το Δικαστήριο ρητώς επεσήμανε ότι η ελευθερία κυκλοφορίας θα περιοριζόταν λιγότερο αν επιλέγονταν μέτρα «που είναι λιγότερο δεσμευτικά ή που θίγουν λιγότερο την ελευθερία εγκαταστάσεως και τα οποία αφορούν ειδικώς τον κίνδυνο οριστικής αναχωρήσεως του φορολογουμένου, τούτο δε για όλους τους τύπους μεταβιβάσεως μετοχών που ενέχουν τον ίδιο αντικειμενικό κίνδυνο», καθώς οι υπό κρίση διατάξεις του σουηδικού νόμου δεν είχαν ως ειδικό σκοπό να αποκλείσουν από ένα φορολογικό πλεονέκτημα τις αμιγώς τεχνητές εταιρικές μορφές -των οποίων ο σκοπός θα ήταν η καταστρατήγηση του σουηδικού φορολογικού νόμου-, αλλ' αφορούσαν, γενικώς, κάθε περίπτωση στην οποία, για οποιοδήποτε λόγο, η μεταβίβαση επί ζημιά πραγματοποιείτο προς εταιρεία συσταθείσα σύμφωνα με τη νομοθεσία άλλου κράτους μέλους, στην οποία ο μεταβιβάζων κατέχει συμμετοχή, ή προς μια θυγατρική εταιρία η οποία έχει δημιουργηθεί στη Σουηδία από μια τέτοια εταιρεία.

Άλλη σημαντική μεταγενέστερη απόφαση στην οποία εξετάστηκε η πρόληψη κατά της φοροαποφυγής ως επιτακτικός λόγος δημοσίου συμφέροντος και η συμμόρφωση του σχετικού μέτρου με την αρχή της αναλογικότητας είναι η *Marks & Spencer*⁷⁴. Στην υπόθεση αυτή κρίθηκε αν ήταν σύμφωνες προς την ελευθερία εγκατάστασης οι διατάξεις του βρετανικού φορολογικού νόμου που επέτρεπαν μεν την έκπτωση ζημιών θυγατρικών εταιρειών από το εισόδημα της μητρικής τους εταιρείας αν οι πρώτες ήταν εγκατεστημένες στο Ηνωμένο Βασίλειο, αλλά απαγόρευαν την αντίστοιχη έκπτωση αν οι θυγατρικές έδρευαν σε άλλο κράτος μέλος. Η υπόθεση έφτασε με προδικαστικό ερώτημα στο Δικαστήριο μετά την προσφυγή της βρετανικής μητρικής εταιρείας *Marks & Spencer* κατά της απόφασης της βρετανικής φορολογικής αρχής να μην αναγνωρίσει ως εκπιπόμενες από τα φορολογητέα κέρδη της, τις ζημιές που είχαν εμφανίσει οι θυγατρικές της σε άλλα κράτη μέλη (Βέλγιο, Γερμανία, Γαλλία).

Το Δικαστήριο έκρινε, βεβαίως, ότι οι ως άνω φορολογικές διατάξεις έθεταν εμπόδιο στην ελευθερία εγκατάστασης, αποτρέποντας τις βρετανικές εταιρείες από το να εγκαθιστούν θυγατρικές στα άλλα κράτη μέλη. Δέχθηκε όμως, επιπλέον, ότι οι ως άνω διατάξεις ήταν

⁷³ ΔΕΚ 21.11.2002, *X & Y II*, C-436/00, ECLI:EU:C:2002:704

⁷⁴ ΔΕΚ 13.12.2005, *Marks & Spencer plc*, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763

δικαιολογημένες στη βάση επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος, μεταξύ των οποίων και η ανάγκη πρόληψης κατά της φοροαποφυγής. Πράγματι, όπως θα δειχθεί αναλυτικότερα στο Β' μέρος, η δυνατότητα των πολυεθνικών ομίλων να μεταφέρουν ζημίες που σημειώσαν θυγατρικές μη εγκατεστημένες στη χώρα της μητρικής εμπεριέχει τον κίνδυνο να κατασκευάζεται με τεχνητό τρόπο η μεταφορά των ζημιών στην εταιρεία που είναι εγκατεστημένη στο κράτος μέλος με τον υψηλότερο φορολογικό συντελεστή.

Παρά το γεγονός ότι το Δικαστήριο αναγνώρισε την ύπαρξη επιτακτικών λόγων δημοσίου συμφέροντος για τη θέσπιση του παραπάνω νόμου, έκρινε ότι ο τελευταίος δεν ήταν σύμφωνος με την αρχή της *αναλογικότητας*. Συγκεκριμένα, έκρινε ότι το μέτρο ήταν δυσανάλογο σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό καθώς απέκλειε σε όλες ανεξαιρέτως τις περιπτώσεις μια μητρική εταιρεία από το να ωφεληθεί έκπτωσης των ζημιών που παρουσίασαν θυγατρικές της σε άλλα κράτη μέλη. Σε σχέση με το παραπάνω ζήτημα το Δικαστήριο έκρινε ότι, αν μια μητρική εταιρεία αποδείξει στις εθνικές φορολογικές αρχές ότι η εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος θυγατρική της έχει εξαντλήσει όλες τις δυνατότητες αναγνώρισης των ζημιών της στο κράτος μέλος που αυτή εδρεύει, είτε στην τρέχουσα, είτε σε προηγούμενες είτε σε επόμενες φορολογικές χρήσεις, τότε θα έπρεπε να μπορεί να ζητηθεί η έκπτωση των ζημιών από τα φορολογητέα κέρδη της μητρικής.

Συμπερασματικά, φαίνεται από την παραπάνω νομολογία ότι το Δικαστήριο, για να απαντήσει αν ένας αντικαταχρηστικός κανόνας είναι σύμφωνος προς την αρχή της αναλογικότητας, το Δικαστήριο κάνει *in concreto* έρευνα για τον ακριβή εντοπισμό του κινδύνου φοροαποφυγής. Τον έλεγχο αναλογικότητας περνά με επιτυχία κάποιο μέτρο μόνο εάν είναι επαρκώς εξειδικευμένο ώστε να μην καταλαμβάνει και περιπτώσεις που δεν σχετίζονται υποχρεωτικά με (φορο)αποφυγή⁷⁵.

⁷⁵ Ο παραπάνω κανόνας βρίσκει νομολογιακές εξαιρέσεις, ώστε δεν αποκλείεται ορισμένα μέτρα γενικότερης εφαρμογής να διέλθουν επιτυχώς τον έλεγχο αναλογικότητας, ενώ σπανιότατα ο έλεγχος αναλογικότητας παραλείπεται εντελώς- βλ. ειδικότερα D. Webber, *ibid*, σελ. 222-223

Συμπεράσματα Α' μέρους

Όπως αναδείχθηκε από το πρώτο μέρος της μελέτης, τα κράτη μέλη της ΕΕ, επιδιώκουν να περιορίσουν τις ευκαιρίες που διαμορφώνονται στο πλαίσιο μιας εσωτερικής αγοράς χωρίς κοινούς φορολογικούς κανόνες, ιδίως όταν κρίνουν ότι η αυτές οι ευκαιρίες δημιουργούνται ακριβώς λόγω της καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων που απορρέουν από τις θεμελιώδεις ελευθερίες.

Οι θεμελιώδεις ελευθερίες, ωστόσο, λειτουργούν ως ανάχωμα στην παραπάνω περιοριστική δράση των κρατών μελών. Οι φραγμοί που επιδιώκουν να θέσουν τα κράτη μέλη, απαντώνται από το Δικαστήριο σε δύο στάδια. Πρώτον, σε σχέση με το πεδίο εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών, το Δικαστήριο δεν δέχεται να εξαιρέσει από αυτό πρόσωπα απλώς και μόνον επειδή έχουν την υποκειμενική πρόθεση αποφυγής εθνικών διατάξεων (μεταξύ των οποίων και φορολογικών). Αλλά και οι αντικειμενικές προϋποθέσεις εφαρμογής των θεμελιωδών ελευθεριών, που επιτρέπουν τη διενέργεια στοιχειώδους ελέγχου οικονομικής ουσίας, πολύ σπάνια έχουν καταλήξει να επιτρέψουν τη στέρηση σε κάποιο πρόσωπο της πρόσβασης στις οικονομικές ελευθερίες εφ' όσον πληροί όλες τις τυπικές προϋποθέσεις της Συνθήκης.

Δεύτερον, το Δικαστήριο, αφού διαπιστώσει την ύπαρξη ενός κατ' αρχήν ασύμβατου με τις οικονομικές ελευθερίες μέτρου, δεν αναγνωρίζει εύκολα ότι ο περιορισμός που το εν λόγω μέτρο ασκεί είναι δικαιολογημένος. Αντιθέτως, απαιτεί μια σειρά προϋποθέσεων, η σημαντικότερη από τις οποίες είναι η διαπίστωση ότι το μέτρο στοχεύει σε αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις (*wholly artificial arrangements*). Επιτρέπεται, δηλαδή, στα οικονομικά δρώντα πρόσωπα εντός της Ένωσης να αξιοποιήσουν κάθε φορολογικό πλεονέκτημα που μπορούν να τους παράσχουν οι διασυνοριακές οικονομικές δραστηριότητες, μειώνοντας δηλαδή, τη συνολική φορολογική τους επιβάρυνση με τον κατάλληλο σχεδιασμό, με μόνη προϋπόθεση να μην εφαρμόζουν αμιγώς τεχνητές διευθετήσεις.

ΜΕΡΟΣ ΔΕΥΤΕΡΟ

Το παράγωγο ενωσιακό δίκαιο για την αντιμετώπιση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής, υπό το πρίσμα των θεμελιωδών ελευθεριών

Εισαγωγή

1. Γενικά

Στο δεύτερο μέρος το αντικείμενο της μελέτης μετατοπίζεται από τη νομοθετική δράση των κρατών μελών για την αντιμετώπιση της φοροαποφυγής προς τη νομοθετική δράση που έχει αναλάβει η Ένωση για τον ίδιο σκοπό. Ειδικότερα, στο πρώτο μέρος παρουσιάστηκε πώς οι δράσεις της Ευρωπαϊκής Ένωσης (της Επιτροπής, ως θεματοφύλακα των Συνθηκών, και του Δικαστηρίου, ως ερμηνευτή και εφαρμοστή αυτών) κατά κανόνα έχουν ως αποτέλεσμα τη συρρίκνωση των κανόνων που θέτουν τα κράτη μέλη για την καταπολέμηση της φοροαποφυγής, ώστε οι θεμελιώδεις ελευθερίες να μην περιορίζονται παρά μόνο με μέσα κατάλληλα και μη υπερβαίνοντα το αναγκαίο μέτρο για την επίτευξη του παραπάνω σκοπού. Στο δεύτερο μέρος θα εξεταστεί αφ' ενός το περιεχόμενο της νομοθετικής δράσης της Ένωσης στο πεδίο της αντιμετώπισης των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής, αφ' ετέρου κατά πόσον η παραπάνω νομοθετική δράση της Ευρωπαϊκής Ένωσης είναι σύμφωνη με τη νομολογία του Δικαστηρίου που έχει κρίνει τη συμβατότητα των εθνικών μέτρων αντίστοιχου περιεχομένου με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες.

Η πρώτη απολύτως αναγκαία επισήμανση που πρέπει να γίνει αφορά το θεσμικό πλαίσιο δια του οποίου η Ένωση νομοθετεί στον τομέα της άμεσης φορολογίας και οι συναφείς πολύ

σημαντικοί περιορισμοί στη δράση της. Δυνατότητα έκδοσης νομοθετικών πράξεων διαθέτει η Ένωση κατ' αρχήν μόνο για όσους τομείς της έχει παραχωρηθεί αντίστοιχη αρμοδιότητα από τις Συνθήκες⁷⁶. Κάθε νομοθετική πράξη πρέπει να στηρίζεται σε νομική βάση που παρέχεται από τη Συνθήκη. Είναι όμως γνωστό ότι τα κράτη έχουν διατηρήσει πλήρως την αρμοδιότητά τους στον τομέα της άμεσης φορολογίας και δεν υπάρχει ειδική νομική βάση για την ανάπτυξη νομοθετικής δράσης της Ένωσης στο συγκεκριμένο πεδίο. Για τις -λίγες- νομοθετικές δράσεις που έχει αναλάβει η Ένωση στον τομέα των άμεσων φόρων ως νομική βάση λειτούργησαν τα άρθρα 115 και 352 ΣΛΕΕ, τα οποία διακρίνονται από περιορισμούς που αφορούν την νομοθετική διαδικασία που απαιτούν, το είδος της παραγόμενης νομοθετικής πράξης και τον δικαιολογητικό λόγο θέσπισής τους.

Ειδικότερα, σύμφωνα με το άρ. 115 ΣΛΕΕ, το Συμβούλιο μπορεί να εκδώσει νομοθετικές πράξεις για την προσέγγιση των νομοθετικών, κανονιστικών και διοικητικών διατάξεων των κρατών μελών οι οποίες έχουν άμεση επίπτωση στην εγκαθίδρυση ή τη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς. Περαιτέρω, απαιτείται ομοφωνία, δηλαδή είναι αναγκαίο όλα τα κράτη μέλη να συμφωνήσουν στην έκδοση μιας πράξης (δεν ισχύει δηλαδή, εν προκειμένω, το υπερεθνικό πρότυπο αλλά το διακυβερνητικό). Τέλος, η νομοθετική πράξη πρέπει υποχρεωτικά να έχει τη μορφή της Οδηγίας.

2 Η Οδηγία 2016/1164⁷⁷ και οι προηγούμενες οδηγίες για την άμεση φορολογία: μια σημαντική διαφορά στους στόχους τους.

Η πρώτη Οδηγία που εξέδωσε η Ένωση για την αντιμετώπιση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής είναι η πολύ πρόσφατη Οδηγία 2016/1164. Δεν είναι βεβαίως η πρώτη φορά που σε παράγωγο δίκαιο στον τομέα της άμεσης φορολογίας επιδιώκεται η αντιμετώπιση της κατάχρησης ή της φοροαποφυγής: Η οδηγία για τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις (90/434), η οδηγία μητρικής- θυγατρικής (90/435) και η οδηγία για τους τόκους και τα δικαιώματα (2003/49), καθεμία από αυτές περιέχει ειδική ρήτρα κατά της καταχρηστικής άσκησης των δικαιωμάτων που απορρέουν από αυτές. Η νέα Οδηγία όμως διαφέρει σημαντικά στο πεδίο εφαρμογής της και στη λειτουργία της από τις προηγούμενες Οδηγίες που έχουν εκδοθεί στον τομέα της άμεσης φορολογίας: οι τελευταίες, ενσωματώνοντας ρήτρες κατά της

⁷⁶ Αρχή της δοτής αρμοδιότητας, αρ. 5 ΣΕΕ.

⁷⁷ Οδηγία 2016/1164 του Συμβουλίου της 12ης Ιουλίου 2016 για τη θέσπιση κανόνων κατά πρακτικών φοροαποφυγής που έχουν άμεση επίπτωση στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς

κατάχρησης απλώς εξασφάλιζαν ότι δεν θα ασκηθούν καταχρηστικά (μεταξύ άλλων, αλλά όχι αποκλειστικά, με σκοπό τη φοροαποφυγή) τα ειδικά δικαιώματα που οι ίδιες παρείχαν. Η Οδηγία 2016/1164, αντιθέτως, αντιμετωπίζει πολλαπλά ζητήματα αντί για ένα μόνο, όπως οι προηγούμενες οδηγίες. Γενικό αντικείμενό της είναι η αντιμετώπιση της φοροαποφυγής που επιτυγχάνεται από διασυνοριακές εταιρικές πρακτικές, που δεν στηρίζονται σε κάποια ειδική ευρωπαϊκή νομοθεσία, εκτός από τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες των Συνθηκών⁷⁸. Η έρευνα, λοιπόν, θα περιοριστεί στην ενδελεχή μελέτη της εν λόγω Οδηγίας, με την προσδοκία ότι οι επιμέρους ρυθμίσεις της μπορούν να τεθούν υπό συγκριτική ματιά με την πλούσια νομολογία του Δικαστηρίου για τα αντίστοιχα εθνικά μέτρα και τη συμβατότητά τους με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες.

3. Προκαταρκτικές επισημάνσεις για την Οδηγία 2016/1164

Η Οδηγία 2016/1164 αποτελεί μέρος μιας ευρύτερης πρωτοβουλίας της Επιτροπής, του «Πακέτου κατά της Φοροαποφυγής»⁷⁹, που σκοπό έχει να αντιμετωπίσει μια σειρά ζητημάτων που τίθενται, κατά κύριο λόγο, με το Σχέδιο Δράσης του ΟΟΣΑ κατά της Διάβρωσης της Φορολογικής Βάσης και της Μετατόπισης Κερδών (BEPS)⁸⁰. Η Οδηγία έχει ως στόχο να μεταφέρει με συνεκτικό τρόπο τις παραπάνω προτάσεις, με μορφή δεσμευτικών νομικών κανόνων και όχι απλώς Soft Law, στην Ευρωπαϊκή Ένωση. Το αποτέλεσμα που επιδιώκεται είναι η αντιμετώπιση πρακτικών στις οποίες οι φορολογούμενοι (αποκλειστικά εταιρείες, όχι τα φυσικά πρόσωπα) εκμεταλλεύονται τις διαφορές μεταξύ των διαφόρων φορολογικών συστημάτων μεταξύ των διαφόρων κρατών μελών. Ρητά δηλώνεται ότι τα μέτρα που υιοθετούνται με την Οδηγία θα αποτελούν απλώς ελάχιστα πρότυπα για τα κράτη μέλη, τα οποία θα μπορούν να υιοθετήσουν και υψηλότερα επίπεδα προστασίας.

Η διάρθρωση της ύλης στο παρόν μέρος διαμορφώνεται σε δύο κεφάλαια, στα οποία ομαδοποιούνται τα συνολικά πέντε μέτρα που λαμβάνονται με την Οδηγία 2016/1164. Στο πρώτο κεφάλαιο τοποθετούνται τα μέτρα της Οδηγίας που έχουν στόχο την καταπολέμηση της Διάβρωσης της Φορολογικής Βάσης και της Μετατόπισης Κερδών και περιέχονται στο ομώνυμο

⁷⁸ Επισημαίνεται πάντως ότι η Οδηγία εκτείνει το πεδίο εφαρμογής της, σε ορισμένα ζητήματα, και επί διασυνοριακών πρακτικών με τρίτες χώρες

⁷⁹ Το Πακέτο κατά της Φοροαποφυγής περιλαμβάνει επίσης: Σύσταση για τις Φορολογικές Συμβάσεις, Ανακοίνωση για την εξωτερική στρατηγική Αποτελεσματικής Φορολογίας και την τροποποίηση της Οδηγίας για τη διοικητική συνεργασία και την υποχρεωτική ανταλλαγή πληροφοριών στον τομέα της φορολογίας.

⁸⁰ OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013

σχέδιο δράσης του ΟΟΣΑ. Συγκεκριμένα, τα μέτρα αυτά είναι: ο κανόνας περιορισμού των τόκων, οι κανόνες για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες (ΕΑΕ) και οι κανόνες για τις Ασυμφωνίες στη μεταχείριση Υβριδικών Μέσων.

Στο δεύτερο κεφάλαιο αναλύονται τα πρόσθετα μέτρα που έλαβε η Οδηγία, τα οποία, αν και δεν εντάσσονται στις παραπάνω προτάσεις του ΟΟΣΑ δεν ήταν άγνωστα στη νομοθετική πρακτική των κρατών μελών: αφ' ενός οι κανόνες για τη φορολόγηση κατά την έξοδο, αφ' ετέρου ο Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων (Γ.Κ.Α.Κ.).

Τέλος, ως προς την παρουσίαση του θέματος επιλέχθηκε η κάθετη δομή. Κάθε μέτρο της Οδηγίας εξετάζεται αυτοτελώς. Προηγείται η παρουσίαση των συνηθέστερων εταιρικών πρακτικών που επιδιώκει να αποτρέψει. Έπεται η παρουσίαση της νομολογίας του Δικαστηρίου για αντίστοιχης φύσης εθνικούς κανόνες. Στο τέλος τοποθετείται η κριτική παρουσίαση της υιοθετηθείσας από την Οδηγία ρύθμισης, με έμφαση στα σημεία για τα οποία αμφισβητείται η συμβατότητα με τη νομολογία του Δικαστηρίου σε σχέση με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες.

Κεφάλαιο 1ο:

Κανόνες παραγώγου δικαίου που στοχεύουν στην καταπολέμηση της Διάβρωσης της Φορολογικής Βάσης και της Μετατόπισης Κερδών (BEPS)

1.1. Κανόνας περιορισμού των τόκων

Ο πρώτος κανόνας που περιέχει η οδηγία 1164/2016 αφορά τον περιορισμό του εκπίπτοντος από τα φορολογητέα κέρδη ποσού τόκων που καταβάλλει μια εταιρεία σε κάθε φορολογική χρήση. Ο παραπάνω κανόνας, συνδέεται στενά, αν και δεν ταυτίζεται, με τους κανόνες κατά της υποκεφαλαιοποίησης⁸¹. Για να γίνει κατανοητή η ratio του παραπάνω κανόνα, αλλά και ο ειδικότερος μηχανισμός λειτουργίας του, προηγείται η παρουσίαση των εταιρικών πρακτικών υποκεφαλαιοποίησης και υπέρογκων πληρωμών τόκων, τις οποίες επιδιώκει να αποθαρρύνει.

1.1.1. Υποκεφαλαιοποίηση - Χρηματοδότηση με δάνεια

Η υποκεφαλαιοποίηση είναι μια εταιρική πρακτική κατά την οποία συνδεδεμένες μεταξύ τους εταιρείες χαρακτηρίζονται από το γεγονός ότι ο λόγος των δανειακών υποχρεώσεων τους προς το μετοχικό τους κεφάλαιο είναι εξαιρετικά υψηλός. Οι πολυεθνικοί όμιλοι συχνά προτιμούν να στήνουν θυγατρικές εταιρείες τις οποίες δεν χρηματοδοτούν επαρκώς με εισφορά στο μετοχικό τους κεφάλαιο αλλά με χορήγηση δανείων προς αυτές. Η παραπάνω πρακτική εξηγείται εύκολα, καθώς κατά κανόνα οι πληρωμές τόκων που επακολουθούν, εκπίπτουν από τα φορολογητέα κέρδη της δανειζόμενης - θυγατρικής εταιρείας, ενώ, αντίθετα, η διανομή μερισμάτων οδηγεί σε υψηλότερο φόρο εταιρικών κερδών και επιπλέον επιβάλλεται επ' αυτών σημαντική παρακράτηση φόρου στην πηγή.

Το αποτέλεσμα της επιλογής της δανειοδότησης αντί της εισφοράς στο μετοχικό κεφάλαιο, όταν ο όμιλος εταιρειών λειτουργεί σε διασυνοριακό επίπεδο, έχει πολύ σημαντικά πρακτικά αποτελέσματα στην κατανομή της φορολογικής ύλης. Από την οπτική του κράτους

⁸¹ Thin Capitalisation rules

στο οποίο είναι εγκατεστημένη η δανειολήπτρια θυγατρική -συνήθως πρόκειται για κράτος με υψηλό φορολογικό συντελεστή επί των εταιρικών κερδών ή και υψηλό συντελεστή παρακράτησης φόρου επί των διανεμόμενων μερισμάτων-, η παραπάνω πρακτική αντιμετωπίζεται ως διάβρωση της φορολογικής βάσης και μετατόπισης των κερδών σε άλλη φορολογική δικαιοδοσία -η οποία, με βάση τη συνήθη οργάνωση των πολυεθνικών ομίλων, χαρακτηρίζεται από πολύ ευνοϊκότερο φορολογικό περιβάλλον.

Το Δικαστήριο έχει δώσει μια πολύ εύστοχη περιγραφή των πρακτικών υποκεφαλαιοποίησης, στην απόφασή του επί της υπόθεσης *Thin Cap Group Litigation*⁸²: «ένας όμιλος εταιρειών επιδιώκει τη μείωση της φορολογίας των κερδών μιας από τις θυγατρικές του, επιλέγοντας να χρηματοδοτήσει τη θυγατρική αυτή με δάνεια αντί με ίδια κεφάλαια, ούτως ώστε τα κέρδη της εν λόγω θυγατρικής να μεταφερθούν στη μητρική εταιρεία υπό μορφή τόκων, οι οποίοι εκπίπτουν κατά τον υπολογισμό των φορολογητέων κερδών, και όχι υπό τη μορφή μερισμάτων τα οποία δεν εκπίπτουν. Αν η μητρική εταιρεία είναι εγκατεστημένη σε κράτος όπου ο φορολογικός συντελεστής είναι χαμηλότερος από τον ισχύοντα στο κράτος εγκαταστάσεως της θυγατρικής, η φορολογική οφειλή μεταφέρεται έτσι στο κράτος που επιβάλλει τη χαμηλότερη φορολογία».

Αλλά και η Επιτροπή σε μια από τις πρώτες Ανακοινώσεις⁸³ σχετικά με τις πρακτικές φοροαποφυγής είχε εντοπίσει τη διαφοροποίηση των φορολογικών συνεπειών που έχει η χρηματοδότηση με κεφάλαια σε σχέση με τη δανειοδότηση: η χρηματοδότηση με επένδυση στο μετοχικό κεφάλαιο μιας εταιρείας έχει κανονικά ως αποτέλεσμα τη διανομή κερδών στο μέτοχο με τη μορφή μερισμάτων, αλλά μόνο αφού αυτά έχουν φορολογηθεί από το κράτος μέλος της θυγατρικής. Η χρηματοδότηση με δάνεια έχει ως αποτέλεσμα την πληρωμή τόκων προς τους δανειστές (που μπορεί να είναι επίσης μέτοχοι), όμως οι πληρωμές αυτές γενικά μειώνουν τα φορολογητέα κέρδη της θυγατρικής. Η διαφορετική μεταχείριση από τα κράτη μέλη των δύο ειδών πληρωμών, σύμφωνα με την οποία η φορολογική επιβάρυνση από το κράτος πηγής επί των καταβαλλόμενων τόκων είναι κατά κανόνα πολύ ελαφρύτερη σε σχέση με την επιβάρυνση επί των διανεμόμενων μερισμάτων, έχει ως αποτέλεσμα η χρηματοδότηση με δάνεια να καθίσταται σημαντικά πιο συμφέρουσα σε διασυνοριακό επίπεδο και μπορεί συνεπώς να οδηγήσει σε διάβρωση της φορολογικής βάσης στο επίπεδο του κράτους πηγής (κράτος στο οποίο εδρεύει η δανειζόμενη θυγατρική).

⁸²ΔΕΚ, 6.12.2007, *Thin Cap GLO*, C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754, σκ. 76

⁸³ European Commission, MEMO 07/558, 10 Dec 2007

1.1.2. Τυπολογία εθνικών μέτρων περιορισμού των εκπιπτόμενων τόκων και σχετική νομολογία του Δικαστηρίου

Όπως αναδείχθηκε παραπάνω, τα κράτη μέλη στα οποία εγκαθίστανται θυγατρικές πολυεθνικών ομίλων έχουν συμφέρον να αντιμετωπίσουν το φαινόμενο της διάβρωσης της φορολογικής τους βάσης θέτοντας μέτρα που εμποδίζουν την υποκεφαλαιοποίηση ή τα αποτελέσματά της καθώς και άλλες μεθόδους υπερβολικών πληρωμών τόκων.

Τα κράτη μέλη, επομένως, υιοθετούν μέτρα με σκοπό τον περιορισμό της δυνατότητας έκπτωσης των τόκων που οφείλονται σε υπέρογκο δανεισμό ή σε δανεισμό με υπερυψηλό επιτόκιο. Τα μέτρα αυτά είτε χρησιμοποιούν μια καθορισμένη αναλογία δανειακού χρέους προς το μετοχικό κεφάλαιο, που όταν υπερβαίνεται δεν αναγνωρίζονται ως εκπίπτοντες οι υπερβάλλοντες τόκοι -με δυνατότητα πρόβλεψης διαφορετικών ποσοστών αναλόγως με τον τομέα οικονομικής δραστηριότητας, είτε χρησιμοποιείται η περισσότερο ευέλικτη αρχή του πλήρους ανταγωνισμού, ή αλλιώς *arm's length principle*⁸⁴- αρχή που εφαρμόζεται στο πλαίσιο πρακτικών *transfer pricing* ή άλλων μεθόδων μεταφοράς κερδών- σύμφωνα με την οποία αναγνωρίζονται φορολογικά συναλλαγές μόνο μέχρι το ύψος που θα είχαν αν είχαν συναφθεί σε συνθήκες πλήρους ανταγωνισμού, ελλειπουσών δηλαδή των ειδικών σχέσεων μεταξύ των συναλλασσομένων.

Υπόθεση Lankhorst- Hohorst

Η πρώτη σημαντική υπόθεση σχετικά με εθνικό κανόνα κατά της υποκεφαλαιοποίησης που κρίθηκε από το Δικαστήριο είναι η Lankhorst- Hohorst⁸⁵ και έχει ήδη αναφερθεί συνοπτικά στο πρώτο μέρος της παρούσας. Στη συγκεκριμένη υπόθεση κρίθηκαν ασύμβατη με την ελευθερία εγκατάστασης η γερμανική νομοθεσία κατά της υποκεφαλαιοποίησης.

Σύμφωνα με τη νομοθεσία αυτή, οι τόκοι που καταβάλλονταν από μια εταιρεία προς δανειστές που είναι παράλληλα μέτοχοί της αντιμετωπίζονταν φορολογικά ως συγκαλυμμένη διανομή μερίσματος εάν οι μέτοχοι αυτοί δεν δικαιούνται πίστωσης εταιρικού φόρου. Την πίστωση φόρου, κατά κύριο λόγο δεν δικαιούνται οι μέτοχοι που ήταν κάτοικοι αλλοδαπής. Επομένως σχεδόν κάθε πληρωμή τόκου που κατευθυνόταν σε μη κάτοικο Γερμανίας

⁸⁴ Βλ. άρθρο 9 του υποδείγματος συμβάσεως σχετικά με το εισόδημα και το κεφάλαιο του Οργανισμού Οικονομικής Συνεργασίας και Ανάπτυξης (ΟΟΣΑ)

⁸⁵ ΔΕΚ 12.12.2002, *Lankhorst- Hohorst*, C-324/2000, ECLI:EU:C:2002:749

χαρακτηριζόταν ως μέρισμα, με συνέπεια τη βαρύτερη φορολογική επιβάρυνση τους σε σχέση με μετόχους- δανειστές κατοίκους Γερμανίας.

Η Ολλανδική μητρική εταιρεία της γερμανικής Lankhorst-Hohorst είχε παραχωρήσει δάνειο σε αυτή προκειμένου η τελευταία να μειώσει την έκθεσή της στον τραπεζικό δανεισμό και τους αντίστοιχους τόκους. Οι γερμανικές αρχές χαρακτήρισαν ως συγκαλυμμένη διανομή μερίσματος τις επακόλουθες πληρωμές τόκων από τη θυγατρική και επέβαλλαν επ' αυτών φόρο 30%. Μετά από προσφυγή της θυγατρικής η υπόθεση έφτασε στο Δικαστήριο με προδικαστικό ερώτημα. Το Δικαστήριο, αφού διέγνωσε τη διακριτική μεταχείριση που προκαλούσε η υπό κρίση νομοθεσία, απέρριψε τον δικαιολογητικό ισχυρισμό ότι αποσκοπούσε στην πρόληψη κατά της υποκεφαλαιοποίησης και της φοροδιαφυγής ακριβώς επειδή είχε ευρύτατο πεδίο εφαρμογής, εμποδίζοντας πολύ περισσότερες περιπτώσεις άσκησης της ελευθερίας εγκατάστασης και όχι μόνο τις αθέμιτες.

Υπόθεση Thin Cap GLO

Η απόφαση Lankhorst-Hohorst πυροδότησε σειρά προσφυγών από εταιρείες μέλη πολυεθνικών ομίλων που έδρευαν σε κράτη μέλη με νομοθεσία που περιόριζε την έκπτωση τόκων. Στην σημαντική υπόθεση Thin Cap GLO⁸⁶, που επακολούθησε, το Δικαστήριο, με ιδιαίτερη προσοχή, φαίνεται ότι διεύρυνε σε κάποιο βαθμό τη δυνατότητα των κρατών μελών να θέτουν νομοθετικά μέτρα περιορισμού των εκπιπτόμενων τόκων και κατά της υποκεφαλαιοποίησης. Τέθηκε στην κρίση του Δικαστηρίου, με προδικαστικό ερώτημα, το ζήτημα της συμβατότητας με τις οικονομικές ελευθερίες (ελευθερία εγκαταστάσεως, ελευθερία παροχής υπηρεσιών και ελευθερία κυκλοφορίας κεφαλαίων) διατάξεων του βρετανικού φορολογικού νόμου που περιόριζαν την έκπτωση καταβαλλόμενων τόκων από εταιρείες μέλη πολυεθνικών ομίλων.

Πιο συγκεκριμένα, μέχρι το 1995 η σχετική νομοθεσία προέβλεπε ότι όλοι οι τόκοι που καταβάλλονταν από θυγατρική εγκατεστημένη στο Ηνωμένο Βασίλειο σε εταιρεία του ίδιου ομίλου εγκατεστημένη στο εξωτερικό επαναχαρακτηρίζονταν ως μερίσματα (εξαιρούνταν ορισμένα κράτη μέλη με τα οποία είχαν προβλεφθεί σχετικές ρήτρες στις διμερείς φορολογικές συμβάσεις τους με το Ηνωμένο Βασίλειο). Από το 1995 έως το 1998 η τροποποιηθείσα νομοθεσία προέβλεπε ότι οι τόκοι που καταβάλλονταν μεταξύ συνδεδεμένων εταιρειών χαρακτηρίζονταν ως μερίσματα μόνο ως προς το μέρος που υπερβαίνει αυτό που θα

⁸⁶ ΔΕΚ 6.12.2007, *Test Claimants in the Thin Cap Litigation*, C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754

καταβαλλόταν αν δεν υπήρχε ειδική σχέση μεταξύ οφειλέτη και δικαιούχου των εν λόγω τόκων (arm's length principle), εκτός εάν η δανείστρια και η δανειζόμενη εταιρεία είχαν την έδρα τους στο Ηνωμένο Βασίλειο (ήταν υποκείμενες, δηλαδή, στο βρετανικό εταιρικό φόρο. Το 1998, η εφαρμογή της εθνικής νομοθεσίας κατά της υποτιμολόγησης και υπερτιμολόγησης (transfer pricing) επεκτάθηκε και στις πληρωμές τόκων μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων αλλά μέχρι το 2004 οι κανόνες αυτοί δεν ίσχυαν για πληρωμές τόκων μεταξύ εταιρειών που είχαν την έδρα τους στο Ηνωμένο Βασίλειο αλλά μόνο επί πληρωμών σε εταιρείες που έδρευαν στο εξωτερικό.

Οι υπό κρίση περιπτώσεις της κύριας δίκης, λοιπόν, αφορούσαν αιτήσεις που έκαναν διάφορες εγκατεστημένες στο Ηνωμένο Βασίλειο εταιρείες για αποζημίωση ή επιστροφή αχρεωστήτως καταβληθέντων φόρων που αναγκάστηκαν να καταβάλουν ως αποτέλεσμα της εφαρμογής της ως άνω νομοθεσίας για την υποκεφαλαιοποίηση.

Ελευθερία εγκατάστασης, ελευθερία παροχής υπηρεσιών ή ελευθερία κυκλοφορίας κεφαλαίων;

Η πρώτη ουσιαστική κρίση του Δικαστηρίου ήταν περί της εφαρμοστέας ελευθερίας στην υπό κρίση εθνική νομοθεσία. Το Δικαστήριο σημείωσε ότι η νομοθεσία αυτή επηρέαζε ενδοομιλικά δάνεια στα οποία τα οποία είχαν χορηγηθεί αποκλειστικά προς εταιρείες στις οποίες είτε η δανείστρια μητρική είτε η ελέγχουσα τη δανείστρια μητρική εταιρεία ασκεί αναμφισβήτητη επιρροή και καθορίζει τις δραστηριότητες της⁸⁷. Κατά συνέπεια *«η επίμαχη στην κύρια δίκη νομοθεσία, η οποία αφορά μόνον τις εντός ομίλου εταιρειών σχέσεις, επηρεάζει καθοριστικά την ελευθερία εγκαταστάσεως και, ως εκ τούτου, πρέπει να εξεταστεί υπό το πρίσμα του άρθρου 43 Ε»*⁸⁸. Πιθανούς περιορισμούς στην ελευθερία παροχής υπηρεσιών ή κυκλοφορίας κεφαλαίων τους αντιμετώπισε ως παρακολουθηματικούς, με την πάγια συλλογιστική του: *«Ακόμα και αν γίνει δεκτό ότι η εν λόγω νομοθεσία περιορίζει την ελεύθερη παροχή υπηρεσιών και την ελεύθερη κυκλοφορία κεφαλαίων, οι περιορισμοί αυτοί αποτελούν αναπόφευκτη συνέπεια ενδεχομένου εμποδίου στην ελευθερία εγκαταστάσεως και δεν δικαιολογούν, εν πάση περιπτώσει, μια αυτοτελή εξέταση της εν λόγω νομοθεσίας υπό το πρίσμα των άρθρων 49 ΕΚ και 56 ΕΚ»*⁸⁹. Συνεπώς, κατέληξε στο ότι οι απαντήσεις στα υποβληθέντα ερωτήματα πρέπει να δοθούν μόνο στο πλαίσιο της ελευθερίας εγκατάστασης.

⁸⁷ Ibid, σκ. 28

⁸⁸ Ibid, σκ. 33

⁸⁹ Ibid, σκ. 34

Το παραπάνω συμπέρασμα, πάντως, ήταν καθοριστικό για όσες από τις υποθέσεις της κύριας δίκης αφορούσαν ομίλους στους οποίους είτε η μητρική είτε η δανείστρια θυγατρική είχε την έδρα της σε τρίτη χώρα: υπό το πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας κυκλοφορίας κεφαλαίων θα εντάσσονταν και αυτές υπό την προστασία του ενωσιακού δικαίου, ενώ υπό το πρίσμα της ελευθερίας εγκατάστασης αυτές εξαιρούντο ολοκληρωτικά από την εφαρμογή των κανόνων περί ελεύθερης κυκλοφορίας.

Η υπό κρίση νομοθεσία κατά της υποκεφαλαιοποίησης αποτελεί περιορισμό στην ελευθερία εγκατάστασης;

Το Δικαστήριο έκρινε ότι η υπό κρίση βρετανική νομοθεσία κατά της υποκεφαλαιοποίησης συνιστούσε περιορισμό στην ελευθερία εγκατάστασης. Συγκεκριμένα, με τον επαναχαρακτηρισμό των καταβαλλόμενων τόκων ως μερισμάτων, οι θυγατρικές εταιρείες δεν μπορούσαν να εκπέσουν το συγκεκριμένο κόστος από τα φορολογητέα κέρδη τους, και έτσι καθίστατο δυσμενέστερη η αποπληρωμή δανείων που είχαν χορηγήσει οι εταιρείες με έδρα το Ηνωμένο Βασίλειο σε σχέση με τις εταιρείες με έδρα κάποιο άλλο κράτος μέλος.⁹⁰

Το Δικαστήριο, μεταξύ άλλων, απέρριψε και το προβληθέν επιχείρημα ότι δεν υφίσταται δυσμενής διάκριση αλλά απλώς διακριτική μεταχείριση λόγω μη συγκρίσιμων καταστάσεων μεταξύ των δύο τύπων εταιρειών (αφ' ενός αυτών που είναι θυγατρικές εταιρειών που εδρεύουν στην αλλοδαπή ή δανείζονται από συνδεδεμένες εταιρείες της αλλοδαπής και αφ' ετέρου αυτών που είναι θυγατρικές εταιρειών που εδρεύουν στο Ηνωμένο Βασίλειο). Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι *«η διαφορετική μεταχείριση εταιρειών ανάλογα με τον τόπο της έδρας της μητρικής εταιρείας συνιστά περιορισμό της ελευθερίας εγκαταστάσεως, εφόσον καθιστά λιγότερο ελκυστική την άσκηση της ελευθερίας αυτής εκ μέρους εταιρειών εγκατεστημένων σε άλλα κράτη μέλη, οι οποίες, για τον λόγο αυτόν, ενδέχεται να μην αποκτήσουν, να μη συστήσουν ή να μη διατηρήσουν θυγατρική εταιρεία στο κράτος μέλος που θεσπίζει το μέτρο αυτό»*⁹¹

Η δικαιολόγηση του περιορισμού

⁹⁰ Η επαχθέστερη θέση των εταιρειών που είχαν δανειστεί από εταιρείες μη εγκατεστημένες στο Ηνωμένο Βασίλειο προέκυπτε όχι μόνο από την μη έκπτωση των τόκων αλλά και από την υποχρέωσή τους να καταβάλλουν επ' αυτών φόρο μερισμάτων.

⁹¹ Ibid, σκ. 62

Στη συνέχεια το Δικαστήριο, αφού επεσήμανε τις πάγιες διαπιστώσεις του, ότι δηλαδή πιθανή δικαιολόγηση του συγκεκριμένου περιορισμού μπορεί να υπάρξει μόνο επί τη βάση επιτακτικών λόγω δημοσίου συμφέροντος, και υπό την προϋπόθεση τήρησης των απαιτήσεων αναλογικότητας, προχώρησε στην αξιολόγηση των προβαλλόμενων επιχειρημάτων δικαιολόγησης.

Ως προς το επιχείρημα της ανάγκης διασφάλισης της συνοχής του εθνικού φορολογικού συστήματος, το Δικαστήριο, υπενθυμίζοντας τη νομολογία της υπόθεσης *Bachmann*⁹², σημείωσε ότι «για να ευδοκιμήσει ένα επιχείρημα στηριζόμενο στη δικαιολογία αυτή πρέπει να αποδεικνύεται ότι υπάρχει άμεσος σύνδεσμος μεταξύ του οικείου φορολογικού πλεονεκτήματος και της αντισταθμίσεώς του από συγκεκριμένη φορολογική επιβάρυνση». Πράγματι, ακόμη κι αν το φορολογικό πλεονέκτημα που παρεχόταν στη δανειστρία εταιρεία στο κράτος εγκαταστάσεώς της ήταν ικανό να εξουδετερώσει τη φορολογική επιβάρυνση που υφίστατο η δανειολήπτρια εταιρεία λόγω εφαρμογής της νομοθεσίας του κράτους εγκαταστάσεώς της, δεν αποδείχθηκε ότι με την εφαρμογή της νομοθεσίας του Ηνωμένου Βασιλείου σε συνδυασμό με τις Σ.Α.Δ.Φ. που είχαν συναφθεί, ο αναχαρακτηρισμός της καταβολής τόκων σε αλλοδαπή συνδεδεμένη εταιρεία, εξουδετερονόταν πάντοτε από το φορολογικό πλεονέκτημα που παρεχόταν στη δεύτερη στο κράτος εγκαταστάσεώς της. Επομένως, υπό τις συνθήκες αυτές, ο περιορισμός που επέβαλλαν στην ελευθερία εγκαταστάσεως οι επίμαχες διατάξεις της εθνικής νομοθεσίας δεν ήταν δυνατόν να δικαιολογηθεί από την ανάγκη διασφάλισης της συνοχής του εθνικού φορολογικού συστήματος⁹³.

Το Δικαστήριο έπειτα αξιολόγησε το επιχείρημα περί καταπολέμησης των καταχρηστικών πρακτικών (φοροαποφυγής). Υπενθύμισε την προηγούμενη πάγια νομολογία του σύμφωνα με την οποία γενικά τεκμήρια κατάχρησης δεν γίνονται αποδεκτά, αλλά ότι σε κάθε περίπτωση εξειδικευμένα μέτρα εναντίον αποκλειστικά τεχνητών σχημάτων δύναται να θεμελιώσουν αποδεκτό λόγο δικαιολόγησης του περιορισμού της ελευθερίας εγκατάστασης: «ένα εθνικό μέτρο που περιορίζει την ελευθερία εγκαταστάσεως μπορεί να δικαιολογείται όταν πρόκειται σαφώς για σχήματα αμιγώς τεχνητά⁹⁴, μοναδικός σκοπός των οποίων είναι η μη υπαγωγή στη νομοθεσία του ενδιαφερομένου κράτους μέλους».

Το Δικαστήριο στην εξεταζόμενη εδώ υπόθεση έκρινε ότι η υπό κρίση βρετανική νομοθεσία κατά της υποκεφαλαιοποίησης ήταν αφ' ενός κατάλληλη για να αντιμετωπίσει τον ως άνω επιδιωκόμενο σκοπό, αφ' ετέρου ότι ήταν επαρκώς στοχευμένη ώστε να καταλαμβάνει μόνο

⁹² ΔΕΚ 28.1.1992, *Bachmann*, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35

⁹³ ΔΕΚ 13.3.2007 *Thin Cap GLO*, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161, σκ. 70

⁹⁴ «wholly artificial arrangements»

τις περιπτώσεις καταχρηστικής άσκησης του δικαιώματος εγκατάστασης, χωρίς δηλαδή να υπερβαίνει το *αναγκαίο μέτρο*. Για την τελευταία αυτή θέση του το Δικαστήριο έλαβε υπ' όψει του ότι η επίμαχη νομοθεσία εμπεριείχε αντικειμενικό και ελέγξιμο από τρίτους στοιχείο, βάσει του οποίου μπορεί να διαπιστωθεί αν η επίμαχη συναλλαγή αποτελεί εν όλω ή εν μέρει ένα αμιγώς τεχνητό σχήμα. Συγκεκριμένα διαπίστωσε ότι η βρετανική νομοθεσία πληρούσε⁹⁵ δύο προϋποθέσεις. *Πρώτον*, παρείχε στο φορολογούμενο τη δυνατότητα, χωρίς να υπόκειται σε υπερβολικούς διοικητικούς περιορισμούς, να προσκομίσει στοιχεία σχετικά με τους εμπορικούς λόγους για τους οποίους πραγματοποιήθηκε η σχετική συναλλαγή. *Δεύτερον*, ακόμα και αν ο φορολογούμενος αποτύγχανε να αποδείξει ότι η δανειοδότηση που είχε λάβει μπορούσε να δικαιολογηθεί πλήρως από εμπορικούς λόγους, ο χαρακτηρισμός των καταβαλλόμενων τόκων ως διανεμόμενων κερδών αφορούσε μόνο το υπερβάλλον ποσό από αυτό που μπορούσε να δικαιολογηθεί εάν το δάνειο είχε ληφθεί υπό όρους πλήρους ανταγωνισμού⁹⁶.

Συμπεράσματα από την απόφαση Thin Cap GLO

Από την απόφαση Thin Cap GLO προκύπτουν τα εξής συμπεράσματα: Πρώτον, δεν βρίσκουν εφαρμογή οι διατάξεις της ελεύθερης κυκλοφορίας κεφαλαίων, με αποτέλεσμα να μην προστατεύονται από τις περιοριστικές εθνικές διατάξεις οι δανείστριες εταιρείες ή οι μητρικές τους που βρίσκονται σε τρίτη χώρα. Συγκεκριμένα, όταν κράτος μέλος έχει θεσπίσει νομοθεσία όπως η προαναφερθείσα, χαρακτηρίζοντας την καταβολή τόκων από τη δανειολήπτρια εταιρεία ως διανομή κερδών, το μέτρο αυτό θίγει, σύμφωνα με το Δικαστήριο, την ελευθερία εγκαταστάσεως όχι της δανείστριας εταιρείας, αλλά μόνον της συνδεδεμένης εταιρείας η οποία ελέγχει τις δύο άλλες (δανειζόμενη και δανείστρια) εταιρείες σε τέτοιο βαθμό ώστε να επηρεάζει την επιλογή του τρόπου χρηματοδότησεως των εν λόγω εταιρειών⁹⁷. Αν όμως, η συνδεδεμένη εταιρεία δεν είναι εγκατεστημένη σε κράτος μέλος δεν έχει εφαρμογή η ελευθερία εγκατάστασης⁹⁸.

Δεύτερον, επιβεβαιώνεται η πάγια νομολογία⁹⁹ του Δικαστηρίου σύμφωνα με την οποία για να κριθεί ως δικαιολογημένο κάποιο μέτρο περιοριστικό της ελευθερίας εγκατάστασης με επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος την καταπολέμηση της φοροαποφυγής, απαιτείται η

⁹⁵ Εξαιρείτο η επίμαχη νομοθεσία όπως ίσχυε πριν το 1995, γιατί δεν πληρούσε τις αναγκαίες προϋποθέσεις αλλά βασιζόταν σε γενικό τεκμήριο καταχρηστικότητας (εκτός αν είχε ήδη εφαρμογή Σύμβαση Αποφυγής Διπλής Φορολογίας που δεν υιοθετούσε το τεκμήριο)

⁹⁶ Ibid, σκ. 82-83

⁹⁷ Αναφορά στην υπόθεση Baars

⁹⁸ Ibid, σκ. 99

⁹⁹ Υποθέσεις ICI, Lankhorst-Hohorst, Cadbury Sweets, Marks & Spencers

σχετική νομοθεσία να στοχεύει σε αμιγώς τεχνητά σχήματα, και να μην εφαρμόζεται σε περιπτώσεις που η δανειοδότηση ακολουθεί την αρχή του πλήρους ανταγωνισμού. Τρίτον, το Δικαστήριο απαιτεί η σχετική νομοθεσία να επιτρέπει να αποδείξει τον εμπορικό -και όχι τεχνητό- χαρακτήρα της δανειοδότησης, επιβάλλοντας, δηλαδή την κατά περίπτωση εξέταση των επίμαχων δανείων. Τέταρτον, σε κάθε περίπτωση το Δικαστήριο εφαρμόζει έλεγχο αναλογικότητας του μέτρου με τον επιδιωκόμενο σκοπό.

Επισημαίνεται ότι το Δικαστήριο εφαρμόζει τις παραπάνω αρχές και ιδίως την αρχή του πλήρους ανταγωνισμού (arm's length principle) παγίως στη νομολογία του σε κάθε περίπτωση κανόνων περιορισμού των εκπιπόμενων τόκων - όχι επομένως αποκλειστικά σε κανόνες υποκεφαλαιοποίησης- και στο πλαίσιο όχι μόνο της ελευθερίας εγκατάστασης αλλά και της ελευθερίας κυκλοφορίας κεφαλαίων¹⁰⁰.

1.1.3. Ο κανόνας περιορισμού των τόκων που υιοθετήθηκε με την Οδηγία 2016/1164

Ένας από τους πέντε κανόνες που περιέλαβε η οδηγία 2016/1164 για την εναρμόνιση των εθνικών κανόνων για την καταπολέμηση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής είναι ο κανόνας περιορισμού των τόκων (άρθρο 4). Ο σκοπός του παραπάνω κανόνα είναι να εμποδίσει πολυεθνικούς ομίλους εταιρειών από πρακτικές διάβρωσης της φορολογικής βάσης μέσω της μετατόπισης κερδών, και συγκεκριμένα να αποτρέψει τις παραπάνω εταιρείες από το να χρησιμοποιούν την πληρωμή τόκων από εταιρείες που εδρεύουν σε δικαιοδοσίες με υψηλή εταιρική φορολόγηση προς εταιρείες του ίδιου ομίλου που εδρεύουν σε δικαιοδοσίες με χαμηλή εταιρική φορολόγηση ή προς τρίτες εταιρείες.

Σύμφωνα με την Οδηγία, το υπερβαίνον κόστος δανεισμού μιας εταιρείας εκπίπτει κατά τη φορολογική περίοδο στην οποία πραγματοποιείται και μόνο έως ποσοστό 30 τοις εκατό των κερδών προ τόκων, φόρων, απομείωσης και αποσβέσεων (EBITDA) της. Επιτρέπεται πάντως η θέσπιση εξαίρεσης, σύμφωνα με την οποία όλο το κόστος δανεισμού έως του ποσού των 3 εκατομμυρίων ευρώ θα εκπίπτει (κανόνας de minimis)¹⁰¹, καθώς και η έκπτωση του πλήρους κόστους δανεισμού αν ο φορολογούμενος αποτελεί αυτοτελή οντότητα, δηλαδή δεν είναι μέλος ομίλου και δεν διαθέτει συνδεδεμένη επιχείρηση ή μόνιμη εγκατάσταση.

Επιπλέον, τα κράτη μέλη μπορούν, προαιρετικά: Πρώτον: να αναγνωρίσουν δικαίωμα πλήρους έκπτωσης του υπερβαίνοντος κόστους δανεισμού μιας εταιρείας που αποτελεί μέλος

¹⁰⁰ ΔΕΕ 16.10.2013, *Itelcar*, C-282/12, ECLI:EU:T:2013:533

¹⁰¹ Οδηγία 2016/1164, αρ.4 παρ. 3

ενοποιημένου ομίλου, εάν το ποσοστό του μετοχικού κεφαλαίου της προς το σύνολο των περιουσιακών της στοιχείων είναι ίσο ή υψηλότερο από το αντίστοιχο ποσοστό του ομίλου, ή διαφορετικά να αναγνωρίσουν σε αυτή δικαίωμα μερικής έκπτωσης του υπερβαίνοντος κόστους δανεισμού, υπό ποσοτικές προϋποθέσεις, Δεύτερον, τα κράτη μέλη μπορούν να προβλέπουν κανόνες για τη μεταφορά σε μεταγενέστερο ή προγενέστερο χρόνο του υπερβαίνοντος κόστους δανεισμού που απαγορεύεται να εκπέσει κατά τη φορολογική χρήση στην οποία δημιουργείται.

1.1.4. Κριτική στην επιλεγείσα ρύθμιση υπό το πρίσμα της νομολογίας του Δικαστηρίου και της ελεύθερης κυκλοφορίας

Οι επιλογές του ενωσιακού νομοθέτη ως προς το είδος του κανόνα περιορισμού των τόκων που θα μπορούσε να εντάξει στην Οδηγία 2016/1164, ως προς το βασικό τους εργαλείο υπολογισμού του υπερβαίνοντος κόστους δανεισμού ήταν, συνοπτικά, τρεις: Η πρώτη επιλογή, η οποία δεν υιοθετήθηκε από την Οδηγία 2016/1164, ήταν η υιοθέτηση του κριτηρίου του πλήρους ανταγωνισμού (arm's length principle). Η δεύτερη επιλογή, η οποία και προτιμήθηκε στην Οδηγία 2016/1164, ήταν η υιοθέτηση ενός σταθερού επιτρεπόμενου ποσοστού εκπιπτόμενων τόκων, που προκύπτει σε συνάρτηση με τα οικονομικά μεγέθη της δανειολήπτριας εταιρείας και του ομίλου γενικώς. Η τρίτη επιλογή ήταν η υιοθέτηση συνδυασμού των δύο ως άνω κριτηρίων. Παρακάτω επιχειρείται κριτική επί του επιλεγέντος κεντρικού εργαλείου υπολογισμού του υπερβαίνοντος κόστους δανεισμού αλλά και επί των συμπληρωματικών ρητρών εξαίρεσης, επί τη βάση των βασικών δογμάτων της νομολογίας του Δικαστηρίου που παρουσιάστηκε ανωτέρω.

Ειδικότερα, όσον αφορά το κριτήριο του πλήρους ανταγωνισμού (arm's length principle) ως εργαλείο υπολογισμού του υπερβαίνοντος κόστους δανεισμού, όπως αναλυτικά αναδείχθηκε ανωτέρω στην απόφαση *Thin Cap GLO*, αυτό είχε περάσει με επιτυχία την προϋπόθεση που έθετε παγίως το Δικαστήριο για τον περιορισμό μιας θεμελιώδους ελευθερίας με δικαιολογητικό λόγο την καταπολέμηση της φοροαποφυγής. Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο απαιτούσε τα εθνικά μέτρα περιορισμού των τόκων να εξειδικεύουν την εφαρμογή τους αποκλειστικά σε αμιγώς τεχνητά σχήματα που μοναδικό σκοπό έχουν να αποφύγουν την εφαρμογή της εθνικής νομοθεσίας και να μην καταλαμβάνουν άλλες περιπτώσεις άσκησης του δικαιώματος ελεύθερης κυκλοφορίας. Το κριτήριο του πλήρους ανταγωνισμού είχε γίνει δεκτό από το Δικαστήριο

ακριβώς γιατί, επέτρεπε τον παραπάνω διαχωρισμό μεταξύ τεχνητών και γνήσιων καταστάσεων
102.

Η επιλεγείσα ρύθμιση, αντιθέτως, επί της ουσίας εγκαθιστά τεκμήριο φοροαποφυγής για τις συναλλαγές πληρωμών τόκων προς εταιρείες που εδρεύουν σε άλλα κράτη μέλη, και που υπερβαίνουν ένα ορισμένο ποσό. Το μέτρο δεν διακρίνει μεταξύ γνήσιων οικονομικών αναγκών χρηματοδότησης των φορολογουμένων εταιρειών και αμιγώς τεχνητών πρακτικών οικονομικής οργάνωσης. Ούτε, εξάλλου, κάνει διάκριση μεταξύ ειδικότερων τομέων οικονομικής δραστηριότητας, ώστε να εξειδικεύσει κατά το δυνατόν το επιβαλλόμενο κριτήριο και να προσαρμόσει τις χρηματοδοτικές ανάγκες που θα αναγνωρίζονται ανάλογα με τις ειδικότερες ανάγκες που παρουσιάζονται ανά οικονομικό κλάδο. Για το λόγο αυτό υποστηρίζεται ήδη έντονα¹⁰³ ότι το συγκεκριμένο μέτρο δεν αποτελεί στην ουσία μέτρο κατά της φοροαποφυγής αλλά μόνο μέτρο διαφύλαξης των φορολογικών εσόδων: Πράγματι, ο στόχος του μέτρου δεν είναι τόσο η καταπολέμηση των πρακτικών μετατόπισης κερδών μεταξύ εταιρειών μελών ενός ομίλου, αλλά μάλλον η εξασφάλιση ότι τα έξοδα τόκων μιας εταιρείας δεν θα μπορούν να εμποδίσουν ένα κράτος μέλος να επιβάλλει φορολογία επί των κερδών της. Το αν η φορολογούμενη εταιρεία έχει πράγματι εφαρμόσει πρακτικές μετατόπισης κερδών λαμβάνεται υπ' όψει στο πλαίσιο της Οδηγίας μόνο ως πιθανολόγηση¹⁰⁴.

Συμπερασματικά, αν η παραπάνω οδηγία ήταν ένα εθνικό μέτρο σαν και αυτά που έχει μέχρι σήμερα κρίνει με τις αποφάσεις του το Δικαστήριο, και υποθέτοντας ότι πράγματι περιορίζει κάποια θεμελιώδη ελευθερία (ιδίως εγκατάστασης ή κεφαλαίων), τότε για να κριθεί επιτρεπτό θα έπρεπε να μπορεί να δικαιολογηθεί βάσει κάποιου από τους παραδεκτούς επιτακτικούς λόγους δημοσίου συμφέροντος. Εν προκειμένω, όμως, ο προβαλλόμενος λόγος της καταπολέμησης της φοροαποφυγής μάλλον δεν μπορεί να ευδοκιμήσει, αφού το μέτρο περισσότερο επιδιώκει, όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, τη διαφύλαξη των φορολογικών εσόδων παρά την πρόληψη κατά της φοροαποφυγής. Αλλά και σε περίπτωση που γινόταν δεκτή η καταλληλότητα του μέτρου για την επιδίωξη του διακηρυγμένου σκοπού, θα ήταν μάλλον βέβαιη η αντίθεσή του προς την αρχή της αναλογικότητας¹⁰⁵.

¹⁰² Είναι αλήθεια ότι το συγκεκριμένο κριτήριο έχει εγκαταλειφθεί τα τελευταία χρόνια από τον ΟΟΣΑ -στο πλαίσιο των προτάσεών του για τις μεθόδους αποφυγής της διάβρωσης της φορολογικής βάσης και της μετατόπισης κερδών (BEPS). Είναι, επίσης, αληθές ότι η εφαρμογή του απαιτεί μεγάλο διοικητικό κόστος και πολύπλοκους μηχανισμούς υπολογισμού. Όμως οι παρούσες αντιρρήσεις, αν και πολύ σημαντικές από οικονομική άποψη, εκφεύγουν του στόχου της παρούσας μελέτης.

¹⁰³ Βλ. Pieter van Os, "Interest Limitation under the adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality", EC Tax Review, 2016-4, σελ. 192

¹⁰⁴ Ibid, παρ. 4.4.3.

¹⁰⁵ Ibid, παρ. 4.5.3.

1.2. Κανόνες για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες (ΕΑΕ)¹⁰⁶

Ο τέταρτος κανόνας που θεσπίζεται με την Οδηγία 2016/1164 αφορά τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες. Και η παρούσα ρύθμιση είχε ως αφετηρία τις αντίστοιχες προτάσεις του σχεδίου δράσης του ΟΟΣΑ για την καταπολέμηση της διάβρωσης της φορολογικής βάσης και της μετατόπισης κερδών (BEPS)¹⁰⁷. Οι κανόνες για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες δεν είναι άγνωστοι στα νομοθετικά συστήματα των εθνικών κρατών μελών¹⁰⁸, με την έναρξη ισχύος της Οδηγίας 2016/1164, όμως, θα πρέπει να έχουν θέσει τέτοιους κανόνες όλα τα κράτη μέλη. Πριν την κριτική παρουσίαση του κανόνα που υιοθετήθηκε με την παρούσα ρύθμιση, προηγείται η γενική παρουσίαση των πρακτικών που επιδιώκουν να αντιμετωπίσουν οι ως άνω εθνικοί κανόνες, καθώς και η παρουσίαση νομολογίας του Δικαστηρίου σχετικά με τη συμβατότητα αυτών με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες.

1.2.1. Η πρακτική της μετατόπισης κερδών προς Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες και η ratio των εθνικών κανόνων για τις ΕΑΕ

Οι κανόνες για τις ΕΑΕ έχουν ως κύριο στόχο να αποτρέψουν τους πολυεθνικούς ομίλους εταιρειών από πρακτικές μετατόπισης κερδών από μητρικές εταιρείες εγκατεστημένες σε ένα κράτος προς ελεγχόμενες από αυτές εταιρείες που βρίσκονται σε άλλο κράτος, όπου και απολαμβάνουν προνομιακή φορολόγηση. Τα κράτη άρχισαν να θεσπίζουν τέτοιους κανόνες επειδή η αυτονομία των νομικών προσώπων κατ' αρχήν επιβάλλει τη μη φορολόγηση ενός ομίλου εταιρειών ως ενιαίου συνόλου αλλά τη φορολόγηση κάθε οντότητας ξεχωριστά, σύμφωνα με τα στοιχεία που συνδέουν κάθε οντότητα με μια φορολογική δικαιοδοσία (στην πλειονότητα των περιπτώσεων, στον τόπο όπου κάθε εταιρεία έχει την καταστατική της έδρα ή όπου ασκείται η πραγματική διοίκησή της). Η βασική αυτή αρχή καθιστά εύκολο στους πολυεθνικούς ομίλους εταιρειών να αναβάλλουν τη φορολόγηση σημαντικού μέρους των κερδών τους -μετατοπίζοντας αυτά προς θυγατρικές που βρίσκονται σε δικαιοδοσίες με προνομιακό καθεστώς- μέχρι να προχωρήσουν στη διανομή των κερδών της θυγατρικής προς τη μητρική ή στην πώληση της συμμετοχής στη θυγατρική.

¹⁰⁶ “Controlled Foreign Companies rules”

¹⁰⁷ Βλ. OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013, σελ. 15-17

¹⁰⁸ Κανόνες για τις ΕΑΕ περιέχουν ήδη τα φορολογικά συστήματα δεκατριών κρατών μελών, εμταξύ των οποίων το Ηνωμένο Βασίλειο, η Γαλλία, η Γερμανία, η Ιταλία και η Ισπανία.

Για την καταπολέμηση της παραπάνω πρακτικής τα κράτη ο τυπικός κανόνας που θέτει σε εφαρμογή ένα κράτος οδηγεί σε φορολόγηση της μητρικής εταιρείας -που είναι φορολογική κάτοικος του κράτους αυτού- και για τα μη διανεμηθέντα προς αυτή εισοδήματα της αλλοδαπής εταιρείας που βρίσκεται στην αλλοδαπή. Και αν αρχικά οι κανόνες αυτοί αφορούσαν αποκλειστικά αλλοδαπές εταιρείες εγκατεστημένες σε φορολογικούς παραδείσους, η μετέπειτα εξέλιξη διεύρυνε αρκετά το πεδίο εφαρμογής τους¹⁰⁹. Οι κανόνες για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες σήμερα καταλαμβάνουν εταιρείες που μπορεί να μην εδρεύουν σε φορολογικό παράδεισο αλλά να απολαμβάνουν ειδικού προνομιακού καθεστώτος για ορισμένα είδη εισοδημάτων (σύνηθες παράδειγμα αποτελούν τα εισοδήματα από δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας: σήματα, ευρεσιτεχνίες και άλλες αιτίες “παθητικού εισοδήματος”).

Πιο συγκεκριμένα, οι κανόνες για τις ΕΑΕ ποικίλλουν από κράτος σε κράτος ως προς τους όρους που απαιτούνται για να θεωρείται ως ελεγχόμενη μια εταιρεία (συνήθως τίθεται κάποιο minimum ποσοστό συμμετοχής στο μετοχικό τους κεφάλαιο) όσο και ως προς τη στόχευσή τους: στο σύνολο του εισοδήματός της ή στο εισόδημα που προέρχεται από ορισμένες μόνο δραστηριότητες, σε όλες τις εταιρείες που εδρεύουν στην αλλοδαπή ή μόνο σε όσες εδρεύουν σε χώρες που έχουν χαμηλότερη από ένα minimum όριο φορολογίας ή είναι μη συνεργάσιμες. Δύο είναι οι τρόποι με τους οποίους επιτυγχάνεται η αγνόηση της αυτονομίας της ΕΑΕ (ή, κατ’ άλλη διατύπωση, της φορολογικής κυριαρχίας του κράτους υποδοχής). Είτε με το χαρακτηρισμό ως διανεμηθέντων των κερδών που παραμένουν μη διανεμημένα και “προφυλαγμένα” στην ΕΑΕ, είτε με την απευθείας πλασματική προσμέτρηση των κερδών της αλλοδαπής εταιρείας ως εισοδήματος της εγχώριας. Παρά τη διαφορετική πρακτική προσέγγιση των δύο μεθόδων, το ουσιαστικό οικονομικό αποτέλεσμα είναι το ίδιο. Το ίδιο είναι και το νομικό αποτέλεσμά τους, δηλαδή, όσον αφορά τα κράτη μέλη της ΕΕ την κατ’ αρχήν ασυμβατότητά τους με την ελευθερία εγκατάστασης, όπως θα δειχθεί στο αμέσως επόμενο υποκεφάλαιο.

Αυτό που πρέπει να επισημανθεί ήδη ως προς το βασικό αποτέλεσμα της θέσης σε εφαρμογή κανόνων που παραγνωρίζουν την αυτονομία των ελεγχόμενων αλλοδαπών εταιρειών και φορολογούν τα μη διανεμηθέντα κέρδη τους ως κέρδη της μητρικής τους, είναι η εξουδετέρωση οποιουδήποτε φορολογικού πλεονεκτήματος από την επένδυση σε μια άλλη δικαιοδοσία, από τη σκοπιά του κράτους καταγωγής του επενδυτή. Το αποτέλεσμα μιας τέτοιας κατάστασης, στην οποία δεν έχει καμμία φορολογική διαφορά για έναν φορολογούμενο κάτοικο

¹⁰⁹ Βλ. Christiana HJI Panayi, ‘European Union Corporate Tax law’ (2013), Cambridge University Press, σελ. 339-340.

ενός κράτους αν θα επενδύσει στο κράτος κατοικίας του ή σε άλλο κράτος με ευνοϊκότερο καθεστώς, ονομάζεται ουδετερότητα κατά την εξαγωγή κεφαλαίων^{110 111}. Η κατάσταση στην οποία επικρατεί ουδετερότητα κατά την εξαγωγή κεφαλαίων, αφ' ενός αποτελεί, όπως θα δειχθεί κατωτέρω, στο πλαίσιο κράτους μέλους της Ε.Ε., δυσμενή διάκριση αντίθετη στην ελευθερία εγκατάστασης -που μόνο υπό αυστηρές προϋποθέσεις μπορεί να δικαιολογηθεί- αφ' ετέρου δε η γενική εφαρμογή της επικρίνεται έντονα καθώς αποτελεί μάλλον τροχοπέδη στην αύξηση της οικονομικής αποτελεσματικότητας και την αύξηση της παγκόσμιας οικονομικής ευημερίας. Περισσότερο συμβατή, κατ'αρχήν, με τους στόχους της ελεύθερης κυκλοφορίας των συντελεστών παραγωγής αφ' ενός, αλλά και της αύξησης της οικονομικής αποτελεσματικότητας που προκύπτει από αυτή, είναι η αρχή της ουδετερότητας κατά την εισαγωγή κεφαλαίων¹¹², σύμφωνα με την οποία, από τη σκοπιά του κράτους μέλους υποδοχής αντιμετωπίζονται ουδέτερα (ισότιμα) όλοι οι επενδυτές, ανεξαρτήτως της προέλευσης τους (κατοικίας ή ιθαγένειας). Η ουδετερότητα κατά την εξαγωγή κεφαλαίων προκύπτει ως συνέπεια της αρχής της αρχής της καθολικότητας της φορολόγησης με βάση την κατοικία, ενώ η ουδετερότητα κατά την εισαγωγή κεφαλαίων ως συνέπεια της αρχής της εδαφικότητας της φορολόγησης, με βάση την προέλευση του εισοδήματος^{113 114}.

Από τα παραπάνω δεν πρέπει να συναχθεί το συμπέρασμα ότι η εφαρμογή κανόνων για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες ή γενικότερα η Ουδετερότητα κατά την Εξαγωγή Κεφαλαίων είναι ασύμβατες με τις οικονομικές ελευθερίες ούτε ότι η αθέμιτη μετατόπιση κερδών δεν γίνεται ή δεν πρέπει να αντιμετωπιστεί. Παραμένουν, όμως, οι ως άνω κανόνες, στη βασική τους δομή, μέτρα που προκαλούν διακριτική μεταχείριση¹¹⁵ κατ'αρχήν αντίθετα στην ελευθερία εγκατάστασης. Παρακάτω, λοιπόν, θα επιδιωχθεί να περιγραφεί μέσα από τη νομολογία του Δικαστηρίου αφ' ενός γιατί συνιστούν διακριτική μεταχείριση και αφ' ετέρου να

¹¹⁰ Capital Export Neutrality (C.E.N.)

¹¹¹ Η ουδετερότητα εξασφαλίζεται μόνο εάν οι κανόνες για τις ΕΑΕ λαμβάνουν υπ' όψει τους με την μέθοδο της πίστωσης τον φόρο που καταβάλλεται στο κράτος μέλος της ΕΑΕ. Σε διαφορετική περίπτωση δεν εξασφαλίζεται ουδετερότητα αλλά προκύπτει διπλή οικονομική νομική φορολογία.

¹¹² Capital Import Neutrality (C.I.N.)

¹¹³ Περισσότερα για τα δύο είδη φορολογικής ουδετερότητας βλ. D. Weber, ο.π., 116-122.

¹¹⁴ Ειδικά για τους κανόνες για τις ΕΑΕ ως μεθόδου εφαρμογής της C.E.N. βλ. D.Weber, ό.π. Σελ. 150-151

¹¹⁵ Η διακριτική μεταχείριση είναι δεδομένη, εκτός από τις περιπτώσεις που τα κράτη, ακριβώς για να αποφύγουν την παραπάνω αντίθεση με τις θεμελιώδεις ευρωπαϊκές ελευθερίες, αντί να τροποποιήσουν τη νομοθεσία τους σύμφωνα με τις προϋποθέσεις ειδικότητας και αναλογικότητας, όπως επιβάλλεται για τη δικαιολόγηση περιορισμών επί των θεμελιωδών ελευθεριών, επεκτείνουν το πεδίο εφαρμογής των μέτρων για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες και στις Ελεγχόμενες Εγχώριες Εταιρείες ώστε να μην υφίσταται διακριτική μεταχείριση. Η ως άνω πρακτική της επέκτασης και στις εγχώριες εταιρείες των περιοριστικών αποτελεσμάτων αντικαταχρηστικών κανόνων εφαρμόζεται από πολλά κράτη και στο πεδίο των κανόνων περιορισμού των τόκων και υποκεφαλαιοποίησης. Το φαινόμενο επέκρινε, ως "ανάθεμα στην εσωτερική αγορά" ο Γενικός Εισαγγελέας Geedhad στις απόψεις του επί της υπόθεσης Thin Cap GLO, ό.π., σκ. 2 και σκ. 69

εντοπιστούν οι προϋποθέσεις σύμφωνα με τις οποίες είναι δυνατόν αυτή να κριθεί επιτρεπτή σύμφωνα με κάποια θεμιτή βάση δικαιολόγησης.

1.2.2. Η Νομολογία του Δικαστηρίου επί εθνικών κανόνων για Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες

Η εφαρμογή των ως άνω κανόνων για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες γεννά, κατ' αρχήν, ζητήματα διακριτικής μεταχείρισης, σε σχέση με την ελευθερία εγκατάστασης. Αφ' ενός, εντοπίζεται διακριτική μεταχείριση εις βάρος της θυγατρικής -και ελεγχόμενης- εταιρείας, καθώς τα κέρδη της αντιμετωπίζονται φορολογικά με διαφορετικό τρόπο -δυσμενέστερα- με μοναδική αιτία το γεγονός ότι είναι φορολογική κάτοικος σε άλλο κράτος μέλος. Η άλλη όψη του ίδιου νομίσματος είναι ότι η συνυπολογισμός των κερδών της αλλοδαπής θυγατρικής στα φορολογητέα κέρδη της μητρικής αποτελεί διακριτικό παράγοντα που αποθαρρύνει τις εταιρείες από το να συστήσουν θυγατρικές σε άλλο κράτος μέλος, ασκώντας το δικαίωμα δευτερογενούς εγκατάστασης.

Στην υπόθεση *Cadbury-Schweppes*¹¹⁶ κρίθηκε η συμβατότητα της βρετανικής νομοθεσίας για τις ΕΑΕ με τις θεμελιώδεις ελευθερίες - και ειδικότερα με την ελευθερία εγκατάστασης. Σύμφωνα με τη βρετανική νομοθεσία, μια βρετανική μητρική εταιρεία φορολογείται κατ' αρχήν για τα κέρδη της αλλοδαπής θυγατρικής της μόνο όταν η τελευταία διένειμε τα κέρδη της. Όταν όμως πληρούνταν κάποιες προϋποθέσεις¹¹⁷ -συνοπτικά: όταν το κράτος εγκατάστασης της θυγατρικής παρείχε σημαντικά χαμηλότερη φορολογική επιβάρυνση στα κέρδη της εταιρείας- και ταυτόχρονα δεν τύγχανε σε εφαρμογή καμιά από τις ρήτρες εξαίρεσης, τότε τα κέρδη της αλλοδαπής θυγατρικής λογίζονταν άμεσα, κατά το χρόνο δημιουργίας τους, ως κέρδη της μητρικής - εφαρμοζόταν, πάντως, μέθοδος πίστωσης για το ποσό του φόρου που είχε ήδη πληρωθεί στην αλλοδαπή και για το ποσό του φόρου επί μερισμάτων, αν και όταν διένειμε τα ως άνω κέρδη η θυγατρική.

¹¹⁶ ΔΕΚ, 12.9.2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544

¹¹⁷ Βασική προϋπόθεση την υπό κρίση περίοδο ήταν να ισχύει στο κράτος εγκατάστασης της θυγατρικής χαμηλότερος φορολογικός συντελεστής σε σχέση με τον αντίστοιχο του Ηνωμένου Βασιλείου, με αποτέλεσμα την συνολική πραγματική φορολογική της επιβάρυνση με ποσοστό μικρότερο από τα τρία τέταρτα της επιβάρυνσης που θα είχε η ίδια εταιρεία στο Ηνωμένο Βασίλειο. Ταυτόχρονα, όμως, ίσχυαν εξαιρέσεις από την εφαρμογή του παραπάνω κανόνα, όταν η θυγατρική ακολουθούσε αποδεκτή πολιτική διανομής κερδών ή αποκτούσε εισόδημα από ορισμένες απαλλασσόμενες δραστηριότητες, ή οι μετοχές της ήταν σε επαρκές ποσοστό ελεύθερα διαπραγματεύσιμες σε χρηματιστήριο ή όταν τα φορολογητέα κέρδη της ήταν μικρά, κάτω από ένα ορισμένο χρηματικό ποσό (*de minimis*).

Η εταιρεία Cadbury-Schweppes, με έδρα το Ηνωμένο Βασίλειο, κατείχε το 100% του μετοχικού κεφαλαίου δύο θυγατρικών της στην Ιρλανδία, όπου, εγκατεστημένες σε ειδική οικονομική ζώνη απολάμβαναν προνομιακό συντελεστή εταιρικού φόρου (10%). Η βρετανική φορολογική αρχή, σύμφωνα με τα παραπάνω, επέβαλε φόρο στη μητρική εταιρεία για τα κέρδη των Ιρλανδικών θυγατρικών της, και η εταιρεία άσκησε προσφυγή κατά της πράξης αυτής, με βασικό λόγο την αντίθεση των βρετανικών κανόνων για τις ΕΑΕ προς τις ελευθερίες εγκατάστασης, παροχής υπηρεσιών και κυκλοφορίας κεφαλαίων.

Το Δικαστήριο εξέτασε την ως άνω νομοθεσία υπό το πρίσμα της ελευθερίας εγκατάστασης, κρίνοντας, σύμφωνα με την πάγια νομολογία του¹¹⁸ ότι η νομοθεσία είχε εφαρμογή «επί της συμμετοχής υπηκόου κράτους μέλους στο κεφάλαιο εταιρίας εγκατεστημένης εντός άλλου κράτους μέλους, κατά τρόπον ώστε η συμμετοχή αυτή να του παρέχει τη δυνατότητα να ασκεί αναμφισβήτητη επιρροή στις αποφάσεις της εταιρίας και να καθορίζει τις δραστηριότητές της»¹¹⁹ και ότι δε δικαιολογείται αυτοτελής εξέταση της ως άνω νομοθεσίας υπό το πρίσμα των δύο άλλων ελευθεριών¹²⁰.

Το Δικαστήριο στη συνέχεια εξέτασε το ζήτημα της ύπαρξης διακριτικής μεταχείρισης. Σύμφωνα με την υπό κρίση νομοθεσία όταν η ημεδαπή εταιρία συστήνει μια ΕΑΕ σε κράτος μέλος εντός του οποίου η τελευταία αυτή εταιρία υπόκειται σε χαμηλότερη φορολογία -υπό την έννοια της νομοθεσίας περί των ΕΑΕ-, τα κέρδη που πραγματοποιεί μια τέτοια ελεγχόμενη εταιρία θεωρούνται, δυνάμει της εν λόγω νομοθεσίας, ως κέρδη της ημεδαπής εταιρίας που φορολογείται γι' αυτά. Αντιθέτως, όταν η ελεγχόμενη εταιρία έχει συσταθεί και φορολογείται στο Ηνωμένο Βασίλειο ή σε κράτος εντός του οποίου δεν υπόκειται σε χαμηλότερη φορολογία, η νομοθεσία αυτή δεν έχει εφαρμογή και, σύμφωνα με τη νομοθεσία του Ηνωμένου Βασιλείου περί φόρου εταιριών, η ημεδαπή εταιρία, υπό τις συνθήκες αυτές, δεν φορολογείται για τα κέρδη της ελεγχόμενης εταιρίας. Κατά συνέπεια, όπως έκρινε το Δικαστήριο, η διαφορετική αυτή μεταχείριση δημιουργεί φορολογικό μειονέκτημα για την ημεδαπή εταιρία στην οποία εφαρμόζεται η νομοθεσία περί των ΕΑΕ.

Ως αποτέλεσμα της ως άνω νομοθεσίας προκύπτει ότι μια μητρική εταιρεία στο Ηνωμένο Βασίλειο θα υποβληθεί σε φορολόγηση των διανεμηθέντων κερδών της θυγατρικής της μόνο εάν η τελευταία είναι εγκατεστημένη σε διαφορετικό κράτος μέλος, και όχι εντός του Ηνωμένου Βασιλείου. Κατά συνέπεια η ως άνω νομοθεσία αποτελεί περιορισμό στην ελευθερία εγκατάστασης, υπό την έννοια ότι αποθαρρύνει τις βρετανικές εταιρείες να συστήσουν, να

¹¹⁸ Βλ. π.χ. την προεκτεθείσα υπόθεση *Thin Cap GLO*, σκ. 33-34

¹¹⁹ ΔΕΚ 12.9.2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544 σκ. 31

¹²⁰ ό.π. σκ. 33

αποκτήσουν ή να διατηρήσουν θυγατρικές σε άλλο κράτος μέλος, με χαμηλότερη εταιρική φορολογική επιβάρυνση.

Το Δικαστήριο στη συνέχεια προχώρησε στην εξέταση πιθανών επιτακτικών λόγων γενικού συμφέροντος που δικαιολογούν τον παραπάνω περιορισμό, και συγκεκριμένα της καταπολέμησης της φοροαποφυγής¹²¹ και ειδικότερα «μιας ειδικής μορφής φοροαποφυγής, που συνίσταται στην εκ μέρους ημεδαπής εταιρίας τεχνητή μεταφορά των κερδών από το κράτος μέλος πραγματοποιήσεώς τους σε κράτος με χαμηλή φορολογία μέσω της δημιουργίας θυγατρικής εντός αυτού και μέσω συναλλαγών που σκοπούν κυρίως να καταστήσουν δυνατή την ως άνω μεταφορά υπέρ της θυγατρικής αυτής». Σύμφωνα με την πάγια νομολογία του, το Δικαστήριο έκρινε ότι απλώς και μόνον το γεγονός ότι μια ημεδαπή εταιρία δημιουργεί μια δευτερεύουσα εγκατάσταση, όπως είναι μια θυγατρική, εντός άλλου κράτους μέλους, δεν μπορεί να στηρίξει ένα γενικό τεκμήριο φοροδιαφυγής και να δικαιολογήσει ένα μέτρο που θίγει μια θεμελιώδη ελευθερία την οποία εγγυάται η Συνθήκη. Επίσης το Δικαστήριο έκρινε με ρητή διατύπωση ότι δεν επιτρέπεται εκ μέρους κράτους μέλους η αντιστάθμιση του φορολογικού πλεονεκτήματος που προσφέρει ένα άλλο κράτος μέλος¹²², όπως και ότι η δευτερεύουσα εγκατάσταση σε άλλο κράτος μέλος δεν αποτελεί τεκμήριο φοροαποφυγής¹²³

Σύμφωνα με το Δικαστήριο και την πάγια νομολογία του στο ζήτημα της καταπολέμησης της φοροαποφυγής ως επιτακτικού λόγου γενικού συμφέροντος, η δικαιολόγηση μπορεί να σταθεί μόνο εάν το περιοριστικό μέτρο στοχεύει ειδικά στις αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις μοναδικός σκοπός των οποίων είναι η αποφυγή της υπαγωγής στη νομοθεσία του ενδιαφερομένου κράτους μέλους¹²⁴, εν προκειμένω τη νομοθεσία για τον εταιρικό φόρο. Για την εκτίμηση των επίπλαστων καταστάσεων σημασία έχει ο σκοπός της ελευθερίας εγκατάστασης: να παράσχει τη δυνατότητα στον κοινοτικό υπήκοο να μετέχει, με σταθερό και συνεχή τρόπο, στην οικονομική ζωή άλλου κράτους μέλους εκτός του κράτους προελεύσεώς του και να αποκομίζει συναφώς οφέλη.

Το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η υπό κρίση νομοθεσία ήταν πρόσφορη να επιτύχει τον παραπάνω θεμιτό σκοπό της καταπολέμησης των αμιγώς επίπλαστων καταστάσεων που

¹²¹ ό.π. σκ. 48

¹²² ό.π., σκ. 49: «αυτή καθαυτήν η ύπαρξη φορολογικού πλεονεκτήματος απορρέοντος από τη χαμηλή φορολογία στην οποία υπόκειται μια θυγατρική εγκατεστημένη σε κράτος μέλος διαφορετικό από εκείνο εντός του οποίου έχει συσταθεί η μητρική εταιρία δεν επιτρέπει στο τελευταίο αυτό κράτος μέλος να αντισταθμίσει το πλεονέκτημα αυτό με λιγότερο ευνοϊκή φορολογική μεταχείριση της μητρικής εταιρίας»

¹²³ ό.π. σκ. 50: «από τη νομολογία απορρέει ότι απλώς και μόνον το γεγονός ότι μια ημεδαπή εταιρία δημιουργεί μια δευτερεύουσα εγκατάσταση, όπως είναι μια θυγατρική, εντός άλλου κράτους μέλους δεν μπορεί να στηρίξει ένα γενικό τεκμήριο φοροδιαφυγής και να δικαιολογήσει ένα μέτρο που θίγει μια θεμελιώδη ελευθερία την οποία εγγυάται η Συνθήκη»

¹²⁴ σκ. 51

δημιουργούνται αποκλειστικά για λόγους φοροαποφυγής. Περαιτέρω εξέτασε εάν είναι συμβατή και με την υποχρέωση αναλογικότητας προς τον παραπάνω σκοπό. Το Δικαστήριο έκρινε ότι η υπό κρίση νομοθεσία πρέπει να παρέχει δυνατότητα εξαίρεσης στις περιπτώσεις που η ίδρυση μιας ΕΑΕ ανταποκρινόταν σε μια οικονομική πραγματικότητα. Για την εκτίμηση της ύπαρξης οικονομικής πραγματικότητας είναι απαραίτητη αφ'ενός η διαπίστωση της υποκειμενικής επιδίωξης φορολογικού πλεονεκτήματος, αφ' ετέρου η διαπίστωση αντικειμενικών στοιχείων, εξακριβώσιμων από τρίτους, σχετικά, ιδίως, με τον βαθμό της επιτόπιας υποδομής της ΕΑΕ σε κτίρια, σε προσωπικό και σε εξοπλισμό. Μόνο το γεγονός ότι οι ίδιες δραστηριότητες που ασκεί μια αλλοδαπή θυγατρική μπορούσαν να ασκούνται από μια εγχώρια δεν θεμελιώνει, πάντως, ύπαρξη επίπλαστης κατάστασης. Τέλος, πρέπει να προσφέρεται αποτελεσματική δυνατότητα στην εγχώρια εταιρεία να αποδεικνύει την οικονομική ουσία της σύστασης και λειτουργίας της αλλοδαπής θυγατρικής της.

Το Δικαστήριο διαπίστωσε ότι «εναπόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξακριβώσει αν (α) είναι δυνατή η ερμηνεία του ελέγχου των κινήτρων, όπως αυτός προβλέπεται από τη νομοθεσία περί των ΕΑΕ, κατά τρόπον ώστε να περιορίζεται η επιβολή του φόρου που προβλέπει η σχετική νομοθεσία στις αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις, ή αν, αντιθέτως, (β) τα κριτήρια στα οποία στηρίζεται ο έλεγχος αυτός σημαίνουν ότι, όταν δεν έχει εφαρμογή καμία από τις εξαιρέσεις που προβλέπει η ίδια αυτή νομοθεσία και η επιθυμία μείωσης του φόρου στο Ηνωμένο Βασίλειο αποτελεί βασικό λόγο που οδήγησε στη σύσταση της ΕΑΕ, η ημεδαπή μητρική εταιρεία εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω νομοθεσίας παρά την ανυπαρξία αντικειμενικών στοιχείων που να στοιχειοθετούν μια τέτοια μεθόδευση». Κατέληξε λοιπόν ότι στην πρώτη περίπτωση η νομοθεσία είναι σύμφωνη με την ελευθερία εγκατάστασης ενώ για τη δεύτερη ότι δεν είναι σύμφωνη και ότι ο σχετικός φόρος δεν πρέπει να επιβάλλεται όταν προκύπτει, βάσει αντικειμενικών και εξακριβώσιμων από τρίτους στοιχείων, ότι, παρά την ύπαρξη κινήτρου φορολογικής φύσεως, η εν λόγω ΕΑΕ είναι πράγματι εγκατεστημένη εντός του κράτους μέλους υποδοχής και ασκεί εκεί ουσιαστικές οικονομικές δραστηριότητες.

1.2.3. Ο κανόνας για τις ΕΑΕ στην Οδηγία 2016/1164. Κριτική ως προς την συμβατότητά της με τις θεμελιώδεις ελευθερίες και την προεκτεθείσα νομολογία.

Οι κανόνες για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες που συμπεριελήφθησαν στην Οδηγία 2016/1164 εφαρμόζονται είτε σε ορισμένες προκαθορισμένες κατηγορίες μη

διανεμηθέντος (παθητικού) εισοδήματος (περίπτωση α') είτε σε μη διανεμηθέντα εισοδήματα από μη γνήσιες διευθετήσεις που έχουν συσταθεί με ουσιαστικό σκοπό την απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος (περίπτωση β'). Στο πεδίο εφαρμογής των κανόνων εντάσσονται όχι μόνο οι ΕΑΕ αλλά και οι μόνιμες εγκαταστάσεις των εταιρειών. Η ιδιότητα μιας εταιρείας ως ελεγχόμενης υφίσταται όταν ο φορολογούμενος κατέχει άμεση ή έμμεση συμμετοχή σε ποσοστό άνω του 50% του κεφαλαίου. Τέλος, για την εφαρμογή των κανόνων απαιτείται σωρευτικά και η κατάφαση δεύτερης προϋπόθεσης: πρέπει η πραγματική εταιρική φορολογία που καταβάλλει για τα κέρδη της η ΕΑΕ (ή η μόνιμη εγκατάσταση) να είναι χαμηλότερη από τη διαφορά μεταξύ του φόρου που θα είχε πληρώσει για τα ίδια κέρδη εάν υπαγόταν στο φορολογικό σύστημα που υπάγεται και η μητρική και του φόρου που πράγματι κατέβαλε στο κράτος που εδρεύει,

Όπως αναφέρθηκε ανωτέρω, το μη διανεμηθέν εισόδημα των ΕΑΕ που υπολογίζεται ως εισόδημα της μητρικής προκύπτει σε δύο περιπτώσεις. Στην πρώτη περίπτωση, ως τέτοιο λογίζεται κάθε εισόδημα που προκύπτει από ειδικές κατηγορίες -παθητικών- δραστηριοτήτων (από τόκους, δικαιώματα διανοητικής ιδιοκτησίας, μερίσματα, χρηματοδοτικές μισθώσεις, χρηματοοικονομικές δραστηριότητες, καθώς και από τιμολόγηση αποκλειστικά συνδεδεμένων επιχειρήσεων). Όμως το κράτος μέλος δεν θα πρέπει να υπολογίσει τα ως άνω εισοδήματα στη φορολογική βάση της μητρικής εταιρείας όταν η ΕΑΕ αποδεικνύεται ότι ασκεί ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα (με προσωπικό, εξοπλισμό, περιουσιακά στοιχεία, εγκαταστάσεις). Η τελευταία εξαίρεση πάντως δεν είναι υποχρεωτική απέναντι σε ΕΑΕ που εδρεύουν σε τρίτες χώρες. Προβλέπεται επίσης δεύτερη δυνατότητα εξαίρεσης του συνόλου του εισοδήματος της ΕΑΕ από τον συνυπολογισμό της στη φορολογική βάση της μητρικής, όταν το εισόδημα μιας ΕΑΕ από τις παραπάνω δραστηριότητες δεν υπερβαίνει το ένα τρίτο του συνολικού της εισοδήματος ή όταν το ως άνω εισόδημα της από συναλλαγές με τη μητρική δεν υπερβαίνει το ένα τρίτο του συνολικού της εισοδήματος.

Στη δεύτερη περίπτωση, τα κράτη μέλη συνυπολογίζουν στο εισόδημα της μητρικής το μη διανεμηθέν εισόδημα της ΕΑΕ το οποίο προκύπτει από μη γνήσιες διευθετήσεις που έχουν συσταθεί με ουσιαστικό σκοπό την απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος. Αντιστρόφως, σε αυτή την περίπτωση τα κράτη μέλη δεν μπορούν να συνυπολογίζουν το εισόδημα της ΕΑΕ, εάν αυτό έχει προέλθει από δραστηριότητες γνήσιες. Η γνησιότητα ή μη προσδιορίζεται με βάση τα κριτήρια που θέτει η ίδια η οδηγία. Συγκεκριμένα μη γνήσια κρίνεται μια διευθέτηση στο βαθμό που η ΕΑΕ δεν θα είχε την κυριότητα των περιουσιακών στοιχείων ή δεν θα είχε αναλάβει τους κινδύνους που γεννά το σύνολο ή μέρος του εισοδήματός της εάν δεν ελεγχόταν από την

εταιρεία στην οποία εκτελούνται τα καθήκοντα των σημειώντων στελεχών που συμβάλλουν ουσιαστικά στη δημιουργία του εισοδήματος της ΕΑΕ¹²⁵. Τέλος, προβλέπεται ποσοτική ρήτρα *de minimis* για την εξαίρεση περιπτώσεων χαμηλού φορολογικού ενδιαφέροντος¹²⁶.

Ο κανόνας για τις Ελεγχόμενες Αλλοδαπές Εταιρείες που συμπεριέλαβε η Οδηγία 2016/1164 απαιτεί τη λήψη μέτρων από τα κράτη μέλη τόσο για ΕΑΕ που εδρεύουν εντός την Ένωσης όσο και για ΕΑΕ που εδρεύουν σε τρίτες χώρες. Όσον αφορά τις ΕΑΕ τρίτων χωρών, τα κράτη μέλη είναι ελεύθερα να επεκτείνουν τη φορολόγηση των εγχώριων μητρικών σε κάθε είδους εισόδημα ανεξαρτήτως πηγής ή δραστηριότητας της ΕΑΕ. Όσον αφορά τις ΕΑΕ που εδρεύουν σε κράτη μέλη της ΕΕ, όπως αναδείχθηκε αναλυτικά ανωτέρω, θεσπίζεται μια σειρά προϋποθέσεων και εξαιρέσεων που σκοπό έχει τον περιορισμό του πεδίου εφαρμογής του κανόνα στα εισοδήματα των ΕΑΕ που δεν ασκούν ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα. Η διάκριση αυτή οφείλεται ακριβώς στο γεγονός ότι σύμφωνα με την προεκτεθείσα νομολογία του Δικαστηρίου οι κανόνες αυτού του είδους συνιστούν περιορισμούς στην άσκηση των οικονομικών ελευθεριών (ιδίως στην ελευθερία εγκατάστασης). Κατά συνέπεια, το πλέγμα προϋποθέσεων και εξαιρέσεων που παρουσιάστηκε αναλυτικά παραπάνω έχει ως σκοπό, τουλάχιστον, να μην περιορίζονται ανεπίτρεπτα οι θεμελιώδεις ελευθερίες¹²⁷.

Επιβάλλεται μια σύντομη αξιολόγηση των αόριστων εννοιών που χρησιμοποιούνται στα διάφορα κριτήρια που θέτει ο κανόνας για τις ΕΑΕ που συμπεριλήφθηκε στην Οδηγία, ιδίως σε σχέση με τη συμβατότητά τους με τις θεμελιώδεις ελευθερίες, και ειδικότερα με τη Νομολογία του Δικαστηρίου -βλ. την προεκτεθείσα απόφαση *Cadbury-Schweppes*. Κατ' αρχάς, στην πρώτη από τις παραπάνω περιπτώσεις εισοδήματος -στην οποία αιτία φορολόγησης του εισοδήματος της ΕΑΕ είναι η προέλευση τους εισοδήματος από τις οριζόμενες "παθητικές" αιτίες, η δυνατότητα εξαίρεσης από τον παραπάνω κανόνα παρέχεται εάν διαπιστωθεί ότι η ΕΑΕ ασκεί "ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα". Η ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα διαπιστώνεται με την ύπαρξη τεσσάρων συντελεστών: προσωπικό, εξοπλισμός, περιουσιακά στοιχεία και εγκαταστάσεις. Γεννάται το ερώτημα σε ποιο βαθμό είναι αναγκαίοι οι παραπάνω συντελεστές για την πραγματοποίηση των παθητικών δραστηριοτήτων που προαναφέρθηκαν και, κατ' επέκταση, αν τελικά η απαίτηση ύπαρξής τους μπορεί να διευρύνει εμμέσως το πεδίο εφαρμογής του κανόνα και σε μη αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις.

Αλλά και στη δεύτερη περίπτωση πάλι η ορολογία δεν αντλείται από την πάγια θέση του Δικαστηρίου ότι με τους αντικαταχρηστικούς κανόνες πρέπει να εμποδίζονται μόνο οι αμιγώς

¹²⁵ Οδηγία 2016/1164, αρ. 7, εδ. 2 περ. Β.

¹²⁶ *Ibid*, αρ 7, εδ. 4.

¹²⁷ βλ. Οδηγία 2016/1164, προοίμιο, σκ. 12.

επίπλαστες καταστάσεις. Στην Οδηγία αντί για τον όρο “αμιγώς επίπλαστες” χρησιμοποιείται ο όρος “μη γνήσιες”. Μάλιστα, η ερμηνεία που δίδεται στον όρο “μη γνήσια” αυθεντικώς στην ίδια την Οδηγία¹²⁸ φαίνεται να απομακρύνεται περισσότερο από την έννοια του αμιγώς επίπλαστου. Συγκεκριμένα, η γνησιότητα ή μη κρίνεται επί τη βάσει της συνολικής σχέσης μεταξύ της ΕΑΕ και της μητρικής, και ιδίως από το βαθμό ανεξαρτησίας της πρώτης από τη δεύτερη, ως προς την ανάληψη κινδύνων, τη λήψη αποφάσεων κ.ά. Ίσως με αυτό τον τρόπο να επιδιώχθηκε η κατάληψη από τον κανόνα ορισμένων περιπτώσεων που δεν είναι μεν αμιγώς επίπλαστες, όμως δεν μπορούν να δικαιολογηθούν από την αρχή του πλήρους ανταγωνισμού (με την έννοια ότι η ΕΑΕ δεν θα ανελάμβανε τους ίδιους κινδύνους ούτε θα είχε τα ίδια περιουσιακά στοιχεία¹²⁹ αν δεν ελεγχόταν από άλλη εταιρεία)¹³⁰. Πράγματι η Αρχή του Πλήρους Ανταγωνισμού έχει κριθεί από το Δικαστήριο ότι είναι κατάλληλη και δεν υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο, ως μέθοδος που εφαρμόζεται σε περιπτώσεις δικαιολογημένου περιορισμού των θεμελιωδών ελευθεριών. Όμως ακόμα και αυτή η εκδοχή δεν είναι σίγουρο ότι συμβιβάζεται με την νομολογία του Δικαστηρίου, καθώς το κριτήριο της αξιολόγησης των κινδύνων δεν ταυτίζεται με την αρχή του πλήρους ανταγωνισμού: με την εφαρμογή της τελευταίας, ο έλεγχος πάντα ξεκινά από την ανάλυση των συναφθεισών συμβάσεων και τη συμπεριφορά των μερών, που σημαίνει ότι οι κίνδυνοι και τα περιουσιακά στοιχεία κατανέμονται συμβατικά χωρίς η κατανομή αυτή να εξαρτάται από τα “καθήκοντα” των σημειώντων στελεχών της ελέγχουσας εταιρείας¹³¹.

Συμπερασματικά, είναι φανερό ότι στους εν θέματι κανόνες της οδηγίας επιδιώκεται να μην εκτείνονται οι περιορισμοί της ελευθερίας εγκατάστασης σε καταστάσεις που παρουσιάζουν ουσιαστική οικονομική δραστηριότητα, χωρίς όμως ταυτόχρονα να είναι βέβαιο ότι αφορούν αποκλειστικά τις αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις. Η επιλογή διαφορετικής ορολογίας σε σχέση με τη νομολογία του Δικαστηρίου και η εισαγωγή δυσνόητων και σύνθετων κριτηρίων γνησιότητας, είναι, επιπλέον, πιθανόν να προξενήσει περισσότερη ανασφάλεια δικαίου.

¹²⁸ Ibid, αρ. 7 εδ. 2 περ. β’

¹²⁹ Συγκεκριμένα, η οδηγία προβλέπει ότι: διευθέτηση ή σειρά διευθετήσεων θεωρείται μη γνήσια στον βαθμό που η οντότητα ή η μόνιμη εγκατάσταση δεν θα είχε την κυριότητα των περιουσιακών στοιχείων ή δεν θα είχε αναλάβει τους κινδύνους που γεννά το σύνολο ή μέρος του εισοδήματός της, εάν δεν ελεγχόταν από εταιρεία στην οποία εκτελούνται τα καθήκοντα των σημειώντων στελεχών, τα οποία άπτονται των εν λόγω περιουσιακών στοιχείων και κινδύνων, και στην οποία τα καθήκοντα αυτά συμβάλλουν ουσιαστικά στη δημιουργία του εισοδήματος της ελεγχόμενης εταιρείας.

¹³⁰ βλ. Aitor Navarro, Leopoldo Parada & Paloma Schwarz: “The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, EC TAX Review, (2016/3), σελ. 126

¹³¹ Ibid, σελ. 126

1.3. Κανόνες για τις ασυμφωνίες στη διαχείριση υβριδικών μέσων (Υβριδικές αναντιστοιχίες)

Ο τελευταίος κανόνας που συμπεριέλαβε η Οδηγία 2016/1164 στο πλαίσιο των μέτρων για την αντιμετώπιση της Διάβρωσης της Φορολογικής Βάσης και της Μετατόπισης Κερδών (BEPS)¹³² στοχεύει στην αντιμετώπιση των ασυμφωνιών στη διαχείριση των υβριδικών μέσων (υβριδικών αναντιστοιχιών).

1.3.1. Η συνήθης εταιρική πρακτική και η ratio του κανόνα

Μια από τις προφανείς εκδηλώσεις της ύπαρξης διαφορετικών φορολογικών δικαιοδοσιών και φορολογικά κυρίαρχων κρατών είναι και η ύπαρξη διαφορών ως προς το νομικό χαρακτηρισμό τόσο των πληρωμών (χρηματοπιστωτικών μέσων) όσο και των οντοτήτων που ασκούν οικονομικές δραστηριότητες. Συνέπεια της ασυμφωνίας στους παραπάνω νομικούς χαρακτηρισμούς είναι συχνά η διπλή μη φορολόγηση, που εκδηλώνεται είτε ως διπλή έκπτωση (σε καθένα από τα δύο κράτη στα οποία υπάρχει διασυννοριακή δραστηριότητα) είτε ως μείωση του φορολογητέου εισοδήματος στην οντότητα που εδρεύει στο ένα κράτος, μέσω πληρωμής προς άλλη οντότητα που εδρεύει σε άλλο κράτος, χωρίς όμως η εν λόγω μείωση να λογίζεται ως αύξηση στο φορολογητέο εισόδημα της λήπτριας (έκπτωση χωρίς καταχώριση)¹³³.

Οι πολυεθνικοί όμιλοι επιχειρήσεων εκμεταλλεύονται τις παραπάνω ασυμφωνίες κατά τη διαμόρφωση του φορολογικού σχεδιασμού τους, ώστε να επιτύχουν σημαντική μείωση της συνολικής φορολογικής τους επιβάρυνσης. Τυπική περίπτωση τέτοιου σχεδιασμού είναι η ίδρυση, στο πλαίσιο ενός ομίλου που δραστηριοποιείται στο κράτος Α, μιας οντότητας στο έδαφος του κράτους Β. Η οντότητα αυτή αντιμετωπίζεται με διαφορετικό νομικό χαρακτηρισμό για φορολογικούς σκοπούς από καθένα από τα δύο κράτη: από το ένα θεωρείται φορολογικά αυτοτελώς υπεύθυνη, ενώ από το άλλο φορολογικά “διαφανής”¹³⁴. Η οντότητα αυτή λαμβάνει για λογαριασμό του ομίλου δάνειο, για την αποπληρωμή του οποίου αναγνωρίζονται ως

¹³² OECD, BEPS, Action 2

¹³³ Η ορολογία που χρησιμοποιείται στο σχέδιο δράσης του ΟΟΣΑ (BEPS- Action 2) στην πρώτη περίπτωση είναι “double deduction, D/D” και η δεύτερη περίπτωση “deduction without inclusion” ή, απλούστερα, “deduction- non inclusion, D/NI”.

¹³⁴ “Transparent entities”

εκπιπόμενοι οι καταβαλλόμενοι τόκοι τόσο από το κράτος Α όσο και από το κράτος Β, με αποτέλεσμα να προκύπτει διπλή έκπτωση για την ίδια πληρωμή¹³⁵.

1.3.2. Ο κανόνας για τις υβριδικές αναντιστοιχίες που συμπεριελήφθη στην Οδηγία 2016/1164

Στην Οδηγία 2016/1164¹³⁶ εισήχθη ένας απλός στη διατύπωση κανόνας που διακρίνει με βάση τις δύο προαναφερθείσες περιπτώσεις υβριδικών αναντιστοιχιών. Για τις περιπτώσεις διπλής έκπτωσης ορίζεται ότι θα πρέπει η έκπτωση να χορηγείται μόνο στο κράτος μέλος στο οποίο έχει την πηγή του το υβριδικό μέσο (η πληρωμή). Για τις περιπτώσεις της έκπτωσης χωρίς καταχώριση επιβάλλεται στο κράτος μέλος του πληρωτή να αρνηθεί την έκπτωση των πληρωμών. Τέλος, ο κανόνας στη σημερινή μορφή του αφήνει εκτός πεδίου εφαρμογής τα τρίτα κράτη. Όμως, δηλώνεται ήδη από το προοίμιο της οδηγίας η ανάγκη για λήψη μελλοντικών μέτρων και για τις περιπτώσεις των αναντιστοιχιών που προκύπτουν σε σχέση με τρίτες χώρες¹³⁷ και πράγματι σήμερα η Επιτροπή έχει ήδη καταθέσει νέα πρόταση τροποποίησης της Οδηγίας 2016/1164 προς αυτή την κατεύθυνση¹³⁸.

Το έννομο αποτέλεσμα του παραπάνω κανόνα δεν είναι ασήμαντο: η διαπίστωση περίπτωσης διπλής μη φορολόγησης οδηγεί στον επαναχαρακτηρισμό μιας οντότητας ή πληρωμής, υπάρχει δηλαδή μια ισχυρή παρέμβαση στη φορολογική κυριαρχία των κρατών μελών. Περαιτέρω, προκύπτει το εύλογο ερώτημα γιατί ο παραπάνω κανόνας εστιάζει στο αποτέλεσμα μιας συναλλαγής -είτε διπλής έκπτωσης είτε έκπτωσης και μη καταχώρισης- και όχι στο σκοπό της, εισάγοντας δηλαδή μια διάκριση ανάμεσα σε πραγματικές και επίπλαστες

¹³⁵ Το παράδειγμα αντλείται από το Δελτίο Τύπου της 21.6.2016 της Επιτροπής (European Commission Fact Sheet: The Anti Tax Avoidance Package: Questions and Answers)

¹³⁶ Οδηγία 2016/1164, άρ. 9

¹³⁷ Οδηγία 2016/1164, προοίμιο, σκ. 13.

¹³⁸ European Commission, COM(2016) 687 final 2016/0339 (CNS), *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*

καταστάσεις. Ενισχύεται, έτσι η εντύπωση ότι ο πραγματικός σκοπός της παρούσας διάταξης δεν είναι τόσο η καταπολέμηση της φοροαποφυγής αλλά η αύξηση των φορολογικών εσόδων¹³⁹.

¹³⁹ Aitor Navarro, Leopoldo Parada & Paloma Schwarz: “The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, EC TAX Review, (2016/3), σελ. 130

Κεφάλαιο 2ο

Πρόσθετοι κανόνες παραγώγου ενωσιακού δικαίου για την αντιμετώπιση λοιπών πρακτικών διασυνοριακής φοροαποφυγής

2.1. Φορολόγηση κατά την έξοδο

Ο δεύτερος κανόνας που περιλαμβάνει η Οδηγία 2016/1164 αφορά τη φορολόγηση κατά την έξοδο. Συγκεκριμένα, ορίζονται κανόνες που εμποδίζουν τους ευρωπαίους φορολογούμενους¹⁴⁰ από το να μεταφέρουν περιουσιακά στοιχεία ή τη φορολογική τους κατοικία εκτός της φορολογικής δικαιοδοσίας ενός κράτους, χωρίς το τελευταίο να φορολογήσει την οικονομική αξία οποιουδήποτε κεφαλαιακού κέρδους παράγεται στο έδαφός του, ακόμα και αν αυτό το κέρδος δεν έχει ακόμα πραγματοποιηθεί κατά το χρόνο της εξόδου. Όπως και κατά τη μελέτη του προηγούμενου κανόνα για τον περιορισμό των τόκων, παρακάτω προηγείται η παρουσίαση της αντίστοιχης εταιρικής πρακτικής, ακολουθεί η συνοπτική παρουσίαση των κυρίων σημείων που έχουν προκύψει από τη μέχρι σήμερα νομολογία του Δικαστηρίου για αντίστοιχα εθνικά μέτρα, και στο τέλος τοποθετείται η κριτική παρουσίαση της ρύθμισης που συμπεριλήφθηκε στην Οδηγία 2016/1164.

2.1.1. Πρακτικές φοροαποφυγής μέσω «μετανάστευσης»¹⁴¹»

Περιουσιακά στοιχεία όπως πνευματικά δικαιώματα ή δικαιώματα ευρεσιτεχνίας, των οποίων η αξία κατά κανόνα εκτιμάται βάσει της μελλοντικής, προβλεπόμενης απόδοσής τους, συχνά δεν φορολογούνται όταν μεταφέρονται από ένα κράτος μέλος σε ένα τρίτο κράτος. Κάποιες εταιρείες μετατοπίζουν προς χώρες με πολύ χαμηλή ή ανύπαρκτη φορολογία τα

¹⁴⁰ Στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2016/1164 εντάσσονται όλοι οι φορολογούμενοι που υπόκεινται σε φόρο επί των εταιρειών σε ένα ή περισσότερα κράτη μέλη, περιλαμβανομένων των μονίμων εγκαταστάσεων που διατηρούν σε κράτη μέλη οντότητες που εδρεύουν φορολογικά σε τρίτη χώρα (άρθρο 1).

¹⁴¹ Στη βιβλιογραφία οι όροι “exit taxes” και “emigration taxes” είναι συνώνυμοι.

-συνήθως άυλα και υψηλής οικονομικής αξίας- περιουσιακά τους στοιχεία, προκειμένου να αποφύγουν να πληρώσουν φόρους στην ΕΕ επί των κερδών τους όταν τα πωλήσουν.

Τυπικό παράδειγμα¹⁴² αποφυγής φόρου με βάση τα παραπάνω αντλείται από συνήθη πρακτική φαρμακευτικών εταιρειών. Φαρμακευτική εταιρεία που εδρεύει σε κράτος μέλος αναπτύσσει ένα πολλά υποσχόμενο νέο προϊόν, ενώ τα ερευνητικά και άλλα κόστη της ανάπτυξης του εκπίπτουν από τα φορολογητέα της κέρδη σε αυτό το κράτος. Ακριβώς όταν το προϊόν αρχίσει να αποδίδει κέρδη, η εταιρεία μεταφέρει το προϊόν σε τρίτη χώρα και αιτείται εκεί τη σχετική ευρεσιτεχνία. Κατά συνέπεια όλη η αξία που δημιουργήθηκε επί της διανοητικής ιδιοκτησίας του συγκεκριμένου προϊόντος μένει μη φορολογηθείσα στο κράτος στο οποίο αναπτύχθηκε. Βεβαίως η παραπάνω περίπτωση είναι μόνο ενδεικτική. Στη παρουσίαση της επιλεγείσας ρύθμισης γίνονται ευρύτερα κατανοητοί οι τρόποι με τους οποίους μπορεί να αποφευχθεί η πληρωμή φόρου για περιουσιακά στοιχεία που εξάγονται σε άλλο κράτος, είτε λόγω μεταφοράς της φορολογική κατοικίας του κατόχους του και άλλων συναφών περιπτώσεων.

2.1.2. Η συνήθης δομή και ratio των εθνικών μέτρων φορολόγησης κατά την έξοδο

Ένας φόρος εξόδου, κατά τη συνήθη πρακτική των κρατών, επιβάλλεται σε λανθάνοντα κέρδη που προκύπτουν από περιουσιακά στοιχεία που ένα πρόσωπο, μια εταιρεία ή η μόνιμη της εγκατάσταση σε κάποιο κράτος τα μεταφέρει εκτός της φορολογικής του δικαιοδοσίας, συνήθως μεταβάλλοντας τη φορολογική του κατοικία.

Όπως αναπτύχθηκε στο πρώτο μέρος της παρούσας, ο συνηθέστερος σύνδεσμος που καθορίζει, σύμφωνα με τα εθνικά δίκαια, τη φορολογική κατοικία των εταιρειών είναι ο τόπος άσκησης της πραγματικής διοίκησης και ελέγχου της. Ο τόπος αυτός ειδικότερα προσδιορίζεται από στοιχεία όπως ο τόπος σύγκλησης και συνεδρίασης του διοικητικού συμβουλίου, ο τόπος που βρίσκονται τα κεντρικά γραφεία της κ.ά. Η αλλαγή των παραπάνω πραγματικών δεδομένων μπορεί εύκολα να οδηγήσει σε αλλαγή της φορολογικής κατοικίας, και κατά συνέπεια, αν υφίσταται σχετική εθνική νομοθεσία, στην επιβολή σημαντικού φόρου εξόδου.

Η ratio των κανόνων φορολόγησης κατά την έξοδο δεν είναι άλλη από τη γενική αρχή ότι κάθε κράτος δικαιούται να φορολογεί τα εισοδήματα ή κέρδη που δημιουργούνται εντός της επικράτειάς του. Όμως, εκτός από πρακτικά προβλήματα που δημιουργεί στους φορολογουμένους η επιβολή ενός φόρου επί κερδών πριν ακόμα αυτά πραγματοποιηθούν, η μη

¹⁴² Το παράδειγμα αντλείται από το Δελτίο Τύπου της 21.6.2016 της Επιτροπής (European Commission Fact Sheet: The Anti Tax Avoidance Package: Questions and Answers)

ύπαρξη -μέχρι πρότινος- ενοποιημένου συστήματος επιβολής φόρων εξόδου -κατ' ελάχιστον σε επίπεδο ΕΕ- αποτελεί αιτία επιβολής διπλής φορολογίας

2.1.3. Η Νομολογία του Δικαστηρίου

Οι επιβαλλόμενοι φόροι κατά την έξοδο έχουν αρκετές φορές κριθεί ενώπιον του Δικαστηρίου, είτε μετά από προσφυγή κατά κράτους μέλους που άσκησε ή Επιτροπή, είτε μετά από προδικαστικό ερώτημα εθνικού δικαστηρίου, στο πλαίσιο δίκης στην οποία φορολογούμενος ζητούσε αποζημίωση ή επιστροφή του φόρου εξόδου που του επιβλήθηκε.

Τις περισσότερες φορές οι διατάξεις που επιβάλλουν φόρο μετανάστευσης κρίθηκαν από το Δικαστήριο στο πλαίσιο της συμβατότητάς τους με την ελευθερία εγκατάστασης¹⁴³. Η υπόθεση *Lasteyrie*¹⁴⁴ αφορούσε φυσικό πρόσωπο που μετέφερε τη φορολογική του κατοικία από τη Γαλλία στο Βέλγιο, και ειδικότερα την επιβολή φόρου λόγω της μεταφοράς της κατοικίας του επί της υπεραξίας των κινητών αξιών (μετοχών) που είχε στην κυριότητά χωρίς να έχουν αυτές ρευστοποιηθεί και χωρίς να έχει πραγματοποιηθεί η απολαβή κερδών από την υπεραξία τους. Βάσει της Γαλλικής νομοθεσίας ήταν εφικτό να αναβληθεί η πληρωμή του εν λόγω φόρου με την προϋπόθεση ο φορολογούμενος να υποβάλει σχετική δήλωση στη φορολογική αρχή και να παράσχει εγγύηση για τη διασφάλιση πιθανής αξίωσης καταβολής φόρου. Το Δικαστήριο έκρινε ότι ο παραπάνω φόρος εξόδου συνιστούσε εμπόδιο στην ελευθερία εγκατάστασης, με την έννοια λειτουργεί «τουλάχιστον αποτρεπτικά» για το φορολογούμενο που επιθυμεί να εγκατασταθεί σε άλλο κράτος μέλος. Συγκεκριμένα ανέπτυξε την εξής συλλογιστική, η οποία βασίζεται στη διαπίστωση δυσμενούς μεταχείρισης εις βάρος του φορολογουμένου που ασκεί το δικαίωμα εγκατάστασης: *«ο φορολογούμενος ο οποίος, στο πλαίσιο ασκήσεως του δικαιώματος που του χορηγείται δυνάμει του άρθρου 52 της Συνθήκης, επιθυμεί να μεταφέρει εκτός γαλλικού εδάφους την κατοικία του, υπόκειται σε δυσμενή μεταχείριση σε σχέση με αυτόν που εξακολουθεί να κατοικεί στη Γαλλία. Ο εν λόγω φορολογούμενος υποχρεούται, εκ του γεγονότος και μόνον της μεταφοράς εκτός Γαλλίας της κατοικίας του, στην καταβολή φόρου επί εισοδήματος που δεν έχει ακόμη πράγματι αντληθεί και το οποίο δεν έχει στην κατοχή του, ενώ, εάν εξακολουθούσε να κατοικεί στη Γαλλία, οι υπεραξίες θα φορολογούνταν μόνον εφόσον και κατά το μέτρο που θα*

¹⁴³ Ωστόσο, υπάρχουν και υποθέσεις στις οποίες κρίθηκε εφαρμοστέα η ελευθερία κυκλοφορίας κεφαλαίων, π.χ. ΔΕΕ 23.1.2014, *DMC*, C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20. Για τη σημασία της διάκρισης στο πλαίσιο της νέας Οδηγίας, βλ. κατωτέρω υπό 2.2.5.

¹⁴⁴ ΔΕΚ 11.3.2004, *Lasteyrie*, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138

είχαν πράγματι αντληθεί. Η διακριτική αυτή μεταχείριση ως προς τη φορολόγηση των υπεραξιών, ικανή να επηρεάσει σημαντικά την περιουσία του φορολογούμενου που επιθυμεί να μεταφέρει εκτός Γαλλίας την κατοικία του, είναι σε θέση να αποτρέψει τον φορολογούμενο από το να προβεί στη μεταφορά».

Ως προς το ζήτημα της δικαιολόγησης του διαπιστωθέντος περιορισμού που έθετε η ως άνω διάταξη, το Δικαστήριο, κατά την εξέταση του επιχειρήματος της πρόληψης της φοροαποφυγής επανέφερε την πάγια θέση της νομολογίας του, κρίνοντας ότι αφορά και την εδώ επίδικη νομοθεσία. Συγκεκριμένα, έκρινε ότι η επίδικη νομοθεσία δεν έχει ως ειδικό σκοπό να στερήσει ένα φορολογικό πλεονέκτημα από τις *αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις* που αποσκοπούν στην καταστρατήγηση της γαλλικής φορολογικής νομοθεσίας, αλλά αφορά, γενικώς, κάθε περίπτωση στην οποία ένας φορολογούμενος, ο οποίος κατέχει σημαντικό μερίδιο συμμετοχής σε εταιρία υποκείμενη στον φόρο εταιριών, μεταφέρει, για οποιοδήποτε λόγο, εκτός Γαλλίας τη φορολογική του κατοικία. Επιπρόσθετα διαπίστωσε ότι *η μεταφορά εκτός του εδάφους κράτους μέλους της κατοικίας ενός φυσικού προσώπου δεν συνεπάγεται, αυτή και μόνον, φοροαποφυγή. Ένα γενικό τεκμήριο φοροαποφυγής ή φοροδιαφυγής δεν μπορεί να στηριχθεί στο γεγονός της μεταφοράς σε άλλο κράτος μέλος της κατοικίας ενός φυσικού προσώπου και δεν μπορεί να δικαιολογήσει ένα φορολογικό μέτρο που θίγει θεμελιώδη ελευθερία την οποία εγγυάται η Συνθήκη.* Επί τη βάση των ανωτέρω σκέψεων το Δικαστήριο έκρινε ότι δεν μπορεί να προβληθεί λυσιτελώς ο ισχυρισμός της καταπολέμησης της φοροαποφυγής για τη δικαιολόγηση της υπό κρίση νομοθεσίας.

Επισημαίνεται ότι το προβληματικό σημείο της θέσπισης του φόρου εξόδου δεν ήταν ο ίδιος ο φόρος *per se* αλλά ειδικότερα η άμεση απαίτηση του και η επιβολή προϋποθέσεων, όπως η εγγυοδοσία, για την αναβολή της καταβολής του. Την άποψη αυτή υιοθέτησε και η Επιτροπή με μεταγενέστερη ανακοίνωσή της¹⁴⁵. Τέλος, αν και η υπόθεση *Lasteyrie* αφορούσε φυσικό πρόσωπο, σημειώνεται ότι δυνάμει του άρθρου 54 ΣΛΕΕ δεν υφίσταται διαφοροποίηση ως προς το δικαίωμα εγκατάστασης που απολαμβάνουν τα φυσικά πρόσωπα σε σχέση με τις εταιρείες.

Σημαντική ήταν επίσης η πιο πρόσφατη υπόθεση *National Grid Indus*¹⁴⁶. Η *National Grid Indus* (εφεξής εταιρεία) ήταν εταιρεία συσταθείσα σύμφωνα με το Ολλανδικό δίκαιο και φορολογική κάτοικος Ολλανδίας, η οποία μετέφερε τον τόπο άσκησης της πραγματικής της

¹⁴⁵ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies [COM(2006) 825]

¹⁴⁶ ΔΕΕ 29.11.11, *National Grid Indus*, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785

διοίκησης στο Ηνωμένο Βασίλειο. Σύμφωνα με τη διμερή Σύμβαση Αποφυγής Διπλής Φορολογίας μεταξύ Κάτω Χωρών και Ηνωμένου Βασιλείου, η εταιρεία αντιμετωπιζόταν από το χρονικό σημείο της μεταφοράς της πραγματικής της διοίκησης, ως φορολογική κάτοικος Ηνωμένου Βασιλείου, χωρίς πάντως η μεταφορά έδρας να έχει επηρεάσει την ιδιότητα της εταιρείας ως συσταθείσας σύμφωνα με το Ολλανδικό δίκαιο. Η Ολλανδική φορολογική αρχή επέβαλε στην εταιρεία κατά τη μεταφορά έδρας φόρο επί των αφανών υπεραξιών των μεταφερόμενων περιουσιακών στοιχείων. Η εταιρεία, ακολουθώντας προσέφυγε στα εθνικά Δικαστήρια υποστηρίζοντας ότι η επιβολή του φόρου αυτού ήταν αντίθετη στην ελευθερία εγκατάστασης, καθώς της προξενούσε μειονέκτημα ρευστότητας σε σχέση με οποιαδήποτε άλλη εταιρεία που δεν επιλέγει να μεταφέρει την έδρα της από τις Κάτω χώρες σε άλλο Κράτος Μέλος αλλά και ειδικότερα επειδή η άμεση επιβολή του φόρου εξόδου χωρίς αναβολή ή δυνατότητα υπολογισμού του με βάση πιθανή μελλοντική πτώση της αξίας του μεταφερόμενου περιουσιακού στοιχείου ήταν υπερβολική και σε κάθε περίπτωση δυσανάλογα υψηλή επιβάρυνση σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό της υπό κρίση Ολλανδικής νομοθεσίας.

Το πρώτο ζήτημα που επέλυσε το Δικαστήριο ήταν εάν ήταν εφαρμοστέα η ελευθερία εγκατάστασης σε περιπτώσεις μεταφοράς έδρας. Σε αντίθεση με την υπόθεση *Cartesio*, που εξετάστηκε στο πρώτο μέρος της παρούσας, στη *National Grid Indus* το δικαίωμα πρόσβασης της προσφεύγουσας εταιρείας στο ενωσιακό δίκαιο, και ειδικότερα στην ελευθερία εγκατάστασης έγινε δεκτό από το Δικαστήριο: η ουσιαστική διαφορά μεταξύ των δύο υποθέσεων είναι ότι η Ολλανδία εφαρμόζει τη θεωρία της ιδρύσεως στο εθνικό εταιρικό της δίκαιο, και συνεπώς η προσφεύγουσα εταιρεία δεν έχασε τη νομική της προσωπικότητα κατά τη μεταφορά της πραγματικής της διοίκησης. Συνεπώς πληρούσε τις προϋποθέσεις του άρ. 54 για να επικαλεστεί την ελευθερία εγκατάστασης. Συγκεκριμένα, σύμφωνα με το Δικαστήριο *«εφόσον η μεταφορά στο Ηνωμένο Βασίλειο της έδρας της πραγματικής διεύθυνσεως της National Grid Indus δεν επηρέασε την ιδιότητα της επιχειρήσεως αυτής ως εταιρίας ολλανδικού δικαίου, η εν λόγω μεταφορά δεν είχε συνέπειες για τη δυνατότητα της εταιρίας αυτής να επικαλεστεί το άρθρο 49 ΣΛΕΕ. Ως εταιρία ιδρυθείσα σύμφωνα με τη νομοθεσία κράτους μέλους και έχουσα την καταστατική της έδρα καθώς και την κεντρική της διοίκηση εντός της Ένωσης, η εταιρία αυτή εμπίπτει, σύμφωνα με το άρθρο 54 ΣΛΕΕ, στις διατάξεις της Συνθήκης που αφορούν την ελευθερία εγκαταστάσεως και επομένως δύναται να επικαλεστεί τα δικαιώματα που αντλεί από το άρθρο 49 ΣΛΕΕ, ειδικά για να θέσει υπό αμφισβήτηση τη νομιμότητα ενός φόρου τον οποίο το εν λόγω*

κράτος μέλος επέβαλε σε αυτήν κατά τη μεταφορά σε άλλο κράτος μέλος της έδρας της πραγματικής διευθύνσεώς της¹⁴⁷».

Στη συνέχεια το Δικαστήριο, όπως και στην προαναφερθείσα απόφαση Lasteyrie, έκρινε ότι η επίμαχη ρύθμιση συνιστά διακριτική μεταχείριση σε βάρος των εταιρειών που ασκούν το δικαίωμά ελεύθερης εγκατάστασης, με την έννοια ότι δύναται να αποθαρρύνει εταιρία ολλανδικού δικαίου να μεταφέρει σε άλλο κράτος μέλος την έδρα της Συγκεκριμένα, το Δικαστήριο έκρινε ότι η επίμαχη ρύθμιση συνεπάγεται άμεση φορολόγηση των αφανών υπεραξιών των μεταφερομένων περιουσιακών στοιχείων, ενώ οι υπεραξίες αυτές δεν φορολογούνται όταν μια εταιρία μεταφέρει εντός του ίδιου κράτους μέλους την έδρα της. Αντιθέτως, οι υπεραξίες των περιουσιακών στοιχείων εταιρίας που μεταφέρει εντός του ίδιου κράτους μέλους την έδρα της θα φορολογηθούν μόνον αν και εφόσον αποκομιστούν. Συνεπώς, σύμφωνα με το Δικαστήριο ο ολλανδικός φόρος εξόδου με τον τρόπο που επεβάλλετο συνιστούσε περιορισμό κατ' αρχήν αντίθετο στην ελευθερία εγκατάστασης.

Για τη δικαιολόγηση του ως άνω περιορισμού το Δικαστήριο έκανε δεκτό ως επιτακτικό λόγο δημοσίου συμφέροντος τη διατήρηση της κατανομής της φορολογικής εξουσίας μεταξύ των κρατών μελών. Πιο συγκεκριμένα, έκρινε ότι ένα μέτρο όπως το επίδικο έχει ως σκοπό να αποτρέψει καταστάσεις ικανές να θέσουν σε κίνδυνο το δικαίωμα του κράτους μέλους καταγωγής να ασκήσει τη φορολογική εξουσία του σε σχέση με τις δραστηριότητες που πραγματοποιήθηκαν στην ημεδαπή και επομένως ότι δύναται αυτό να δικαιολογηθεί από λόγους διατηρήσεως της κατανομής της φορολογικής εξουσίας μεταξύ των κρατών μελών. Το Δικαστήριο απέρριψε το επιχείρημα της προσφεύγουσας στην κύρια δίκη εταιρείας ότι δεν πρέπει να φορολογείται μια μη αποκομισθείσα, αφανή υπεραξία, αναγνωρίζοντας το Δικαίωμα των κρατών να φορολογούν, βάσει της αρχής της εδαφικότητας, και τις μη πραγματοποιηθείσες, αφανείς υπεραξίες¹⁴⁸.

Τέλος, το Δικαστήριο εξέτασε το ζήτημα της αναλογικότητας της ως άνω εθνικής ρύθμισης προς τον επιδιωκόμενο, και ήδη διαγνωσθέντα ως θεμιτό, σκοπό. Το Δικαστήριο ειδικότερα εξέτασε εάν το γεγονός ότι ο καθορισμός του ποσού αφ' ενός και η είσπραξη αφ' ετέρου του φόρου εξόδου, σύμφωνα με την επίμαχη ολλανδική νομοθεσία, συνέβαινε άμεσα κατά το χρόνο που έπαυε η εταιρεία να είναι φορολογική κάτοικος Ολλανδίας, δηλαδή κατά το χρόνο μεταφοράς της πραγματικής της διοίκησης.

¹⁴⁷ Ibid, σκ. 32

¹⁴⁸ Ibid, σκ. 49

Ως προς τον καθορισμό του ποσού του οφειλόμενου φόρου, το Δικαστήριο θεώρησε ότι η επίμαχη ρύθμιση ήταν συμβατή με την αρχή της αναλογικότητας, μη θεωρώντας αναγκαίο να λαμβάνεται υποχρεωτικά υπ' όψει από το κράτος προέλευσης πιθανή μεταγενέστερη μείωση της αξίας των περιουσιακών στοιχείων, σε αντίθεση με τη θέση της Επιτροπής¹⁴⁹. Ως προς την απαίτηση άμεσης είσπραξης του φόρου, το Δικαστήριο αναγνώρισε ότι αυτή φέρει σε μειονεκτική θέση, από άποψη ρευστότητας, την εταιρεία που ασκεί το δικαίωμα ελεύθερης εγκατάστασης σε σχέση με τις εταιρείες που παραμένουν εντός του ίδιου κράτους μέλους. Περαιτέρω, δέχθηκε ότι η αξίωση για άμεση αποπληρωμή του φόρου είναι *δυσανάλογη* προς τον επιδιωκόμενο σκοπό, αφού υπάρχουν ηπιότερα μέσα, όπως η αναβολή του μέχρι την αποκόμιση των κερδών από την υπεραξία των περιουσιακών στοιχείων, η πληροφόρηση για την οποία θα εξασφαλίζεται με τη συμπλήρωση ετήσιων δηλώσεων της εταιρείας. Το Δικαστήριο, αναγνώρισε το υψηλό διοικητικό κόστος μιας τέτοιας λύσης αλλά θεώρησε ως επαρκείς τους μηχανισμούς αμοιβαίας συνδρομής μεταξύ των φορολογικών αρχών των κρατών μελών, και έκρινε ότι σε περίπτωση που μια εταιρεία θα επέλεγε να υποστεί το υψηλό διοικητικό κόστος της παρακολούθησης των περιουσιακών της στοιχείων θα έπρεπε να δικαιούται αναβολή της πληρωμής του φόρου, αναγνωρίζοντας πάντως, στο κράτος μέλος προέλευσης τη δυνατότητα να επιβάλλει τόκο επί του αναβαλλόμενου φόρου ή και να ζητήσει εξασφαλίσεις για την καταβολή του.

Συμπερασματικά, η απόφαση αυτή ανοίγει ένα σχετικά ελεύθερο πεδίο στα κράτη μέλη ως προς τη θέσπιση φόρων εξόδου, τηρώντας όμως τις προϋποθέσεις αναλογικότητας ιδίως ως προς το χρόνο καταβολής του φόρου. Μάλιστα διαπιστώνεται μεταστροφή του Δικαστηρίου ως προς τη δυνατότητα παροχής εγγυήσεως αντί άμεσης καταβολής του φόρου, που προηγουμένως, στη *Lasteyrie* είχε κριθεί ως περιορισμός. Η απόφαση πάντως άφησε ανοιχτό το ουσιαστικό ζήτημα του προσδιορισμού του χρόνου κατά τον οποίον μπορεί να λογίζεται ότι πραγματοποιήθηκαν τα κέρδη από τις αφανείς υπεραξίες, αν μπορεί δηλαδή να εκτείνεται επ' άπειρον ή αν θα είναι επιτρεπτό να τεθεί από τα κράτη ένα *minimum* όριο αναβολής. Το τελευταίο ζήτημα έχει αξία ιδιαίτερα εν όψει της ρύθμισης της νέας οδηγίας, και θα εξεταστεί αμέσως παρακάτω.

¹⁴⁹ Ibid, σκ. 59

2.1.4. Η υιοθετηθείσα στην Οδηγία ρύθμιση για φορολόγηση κατά την έξοδο, και κριτική της υπό το πρίσμα των θεμελιωδών ελευθεριών

Με το άρθρο 5 της νέας Οδηγίας 2016/1164 τα κράτη υποχρεούνται να θεσπίσουν νομοθεσία που θα επιβάλλει στους φορολογούμενους φόρο επί του ποσού που ισούται προς την αγοραία αξία των μεταβιβασθέντων περιουσιακών στοιχείων κατά τη στιγμή της εξόδου τους, μείον την αξία τους για φορολογικούς σκοπούς¹⁵⁰. Τρεις είναι, ουσιαστικά, οι περιπτώσεις που θα πρέπει να επιβάλλεται ο παραπάνω φόρος. Πρώτον, σε περιπτώσεις διασυνοριακών μεταβιβάσεων περιουσιακών στοιχείων από την έδρα προς κάποια μόνιμη εγκατάσταση και αντιστρόφως. Δεύτερον, σε περιπτώσεις διασυνοριακών μεταβιβάσεων περιουσιακών στοιχείων μεταξύ μόνιμων εγκαταστάσεων. Τρίτον, σε περιπτώσεις διασυνοριακής μεταφοράς της έδρας ή της μόνιμης εγκατάστασης¹⁵¹.

Περαιτέρω, η Οδηγία θεσπίζει ειδικούς κανόνες που αφορούν τη μεταβίβαση περιουσιακών στοιχείων ή τη μεταφορά έδρας μεταξύ κρατών μελών της ΕΕ και του ΕΟΧ, οι οποίοι είναι ευνοϊκότεροι σε σχέση με τη μεταβίβαση ή μεταφορά έδρας προς τρίτη χώρα. Συγκεκριμένα, όσον αφορά μεταβιβάσεις/ μεταφορές έδρας εντός ΕΕ/ΕΟΧ, η Οδηγία επιτρέπει στους φορολογούμενους να αναβάλουν την καταβολή φόρου για διάστημα πέντε ετών¹⁵². Όσον αφορά μεταβιβάσεις/ μεταφορές έδρας προς τρίτες χώρες, ελλείπουσας οποιασδήποτε ειδικής ρύθμισης, τα κράτη θα πρέπει να ζητήσουν αμέσως την καταβολή του ως άνω φόρου.

Το πρώτο ερώτημα που τίθεται είναι εάν οι ρυθμίσεις που αφορούν τις μεταβιβάσεις ή μεταφορές έδρας μεταξύ κρατών μελών της ΕΕ και του ΕΟΧ συνιστούν ανεπίτρεπτο περιορισμό της ελευθερίας εγκατάστασης. Σύμφωνα με την προεκτεθείσα νομολογία (απόφαση *National Grid Indus*) φαίνεται ότι στο μεγαλύτερο μέρος τους είναι μάλλον συμβατές, ιδιαίτερα επειδή λαμβάνουν υπ' όψει πρόνοια για αναβολή της καταβολής του φόρου. Η ρύθμιση που προβλέπει ως maximum χρόνο αναβολής την πενταετία, εντούτοις, δεν είναι βέβαιον ότι συμβαδίζει με την αρχή της αναλογικότητας, καθώς ισοδυναμεί με τεκμήριο πραγματοποίησης των κερδών στο απώτατο χρονικό αυτό σημείο.

Το δεύτερο ερώτημα που προκύπτει εύλογα από τα παραπάνω σχετίζεται με την προαναφερθείσα διακριτική μεταχείριση που εδραιώνεται μεταξύ μεταβιβάσεων περιουσιακών

¹⁵⁰ Κατ' απλούστερη διατύπωση, ο φόρος θα επιβάλλεται επί της διαφοράς μεταξύ της λογιστικής και αγοραίας αξίας των μεταβιβασθέντων περιουσιακών στοιχείων.

¹⁵¹ Άρθρο 5 παρ. 1 Οδηγίας 2016/1164

¹⁵² Επιτρέπεται όμως στα κράτη μέλη να επιβάλλουν τόκο για το διάστημα της αναβολής ή και χρηματική εγγύηση (παράγραφος 3 Οδηγίας 2016/1164).

στοιχείων εντός ΕΕ/ΕΟΧ σε σχέση με τις μεταβιβάσεις προς χώρες εκτός ΕΕ/ΕΟΧ. Βεβαίως, το ερώτημα αυτό αποκτά σημασία μόνο εφ' όσον τα πραγματικά περιστατικά των υποθέσεων που θα τύχουν εντός του πεδίου εφαρμογής του άρθρου 5 της Οδηγίας 2016/1164 (όπως θα μεταφερθεί στις εθνικές διατάξεις) θα δικαιολογούν την ενεργοποίηση της ελευθερίας κυκλοφορίας κεφαλαίων, της μόνης από τις θεμελιώδεις ελευθερίες που καθιερώνει ελεύθερη κυκλοφορία από και προς τρίτες χώρες. Είναι αληθές ότι σπανιότερα αναγνωρίζεται από το Δικαστήριο ότι η κυρίως εφαρμοζόμενη ελευθερία σε περιπτώσεις φόρων εξόδου είναι η ελευθερία κυκλοφορίας κεφαλαίων, όμως όταν τα πραγματικά περιστατικά δε δικαιολογούν την εφαρμογή της ελευθερίας εγκατάστασης, η νομολογία ανατρέχει στην ελευθερία κυκλοφορίας κεφαλαίων¹⁵³. Στο πλαίσιο αυτό, είναι πιθανή η διαπίστωση περιορισμού της εν λόγω ελευθερίας, είναι όμως αναμενόμενη και η δικαιολόγησή της από τους συνήθως εφαρμοζόμενους λόγους δημοσίου συμφέροντος.

2.2. Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων (Γ.Κ.Α.Κ.)¹⁵⁴

Ο τρίτος κατά σειρά κανόνας που υιοθετήθηκε με την Οδηγία 2016/1164 είναι ο Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων (Γ.Κ.Α.Κ.). Οι γενικοί αντικαταχρηστικοί κανόνες περιλαμβάνονται σε ορισμένα εθνικά φορολογικά συστήματα με σκοπό την αντιμετώπιση των καταχρηστικών φορολογικών πρακτικών που δεν έχουν αντιμετωπιστεί από άλλες ειδικά στοχοθετημένες διατάξεις¹⁵⁵. Ακριβώς επειδή ο εν θέματι κανόνας δεν στοχεύει σε εκ των προτέρων προσδιορισμένη συμπεριφορά ή πρακτική, η περιγραφή της τυπολογίας της συνήθους πρακτικής στο παρόν υποκεφάλαιο περιττεύει. Παρακάτω παρουσιάζεται αρχικά η ratio των γενικών αντικαταχρηστικών κανόνων, και στη συνέχεια η υιοθετηθείσα στην Οδηγία ρύθμιση συνοδευόμενη από κριτική υπό το πρίσμα των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών.

2.2.1. Η ratio των Γενικών Αντι-Καταχρηστικών Κανόνων

Οι γενικοί αντικαταχρηστικοί κανόνες συνήθως ενεργοποιούνται με την πλήρωση δύο προϋποθέσεων. Αφ' ενός τη διαπίστωση ενός αντικειμενικού στοιχείου, και ειδικότερα της

¹⁵³ ΔΕΕ 23.1.2014, *DMC*, C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20

¹⁵⁴ General Anti-Abuse Rule (G.A.A.R.)

¹⁵⁵ Οδηγία ΚΦΑ, προοίμιο, σκ. 11.

ανυπαρξίας οικονομικής ή εμπορικής ουσίας σε μια δραστηριότητα, συναλλαγή, διευθέτηση κ.ά.. Αφ' ετέρου, τη διαπίστωση ενός υποκειμενικού στοιχείου, δηλαδή της ειδικής πρόθεσης αποφυγής των -φορολογικών- διατάξεων που θα εφαρμόζονταν, ελλειπυσών των παραπάνω διευθετήσεων. Οι παραπάνω δύο προϋποθέσεις βρίσκονται σε αρμονία με τις κατευθυντήριες αρχές του ΟΟΣΑ σε σχέση με την κατάχρηση φορολογικών συμβάσεων¹⁵⁶.

2.2.2. Ο Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων της Οδηγίας 2016/1164

Στο άρθρο 6 της Οδηγίας 2016/1164 εισάγεται Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων (ΓΚΑΚ). Ο κανόνας αυτός στοχεύει στην καταπολέμηση καταχρηστικών πρακτικών που δεν καλύπτονται από άλλους ειδικούς κανόνες ή ρήτρες κατά τη φοροαποφυγής. Το έννομο αποτέλεσμα της εφαρμογής του παραπάνω κανόνα είναι να μη λαμβάνονται υπ' όψει από τις φορολογικές αρχές, κατά τον προσδιορισμό της φορολογικής υποχρέωσης των εταιρειών, οι μη γνήσιες διευθετήσεις των τελευταίων.

Οι προϋποθέσεις ενεργοποίησης του Γενικού Κανόνα Απαγόρευσης των Καταχρήσεων του άρθρου 6 της Οδηγίας 2016/1164 συνίστανται στη διαπίστωση ενός συνδυασμού αντικειμενικών και υποκειμενικών στοιχείων- κατά τη συνήθη πρακτική που εφαρμόζεται από τα κράτη μέχρι σήμερα¹⁵⁷. Ειδικότερα, για την ενεργοποίηση του κανόνα απαιτείται πρώτον, η διαπίστωση μη γνήσιας διευθέτησης¹⁵⁸ -ή σειράς διευθετήσεων. Ως μη γνήσια ορίζεται μια διευθέτηση στο βαθμό που δεν τίθεται σε εφαρμογή για βάσιμους εμπορικούς λόγους που απηχούν στην εμπορική πραγματικότητα¹⁵⁹. Αντιθέτως, η έννοια του όρου διευθέτηση δεν ορίζεται στο κείμενο της Οδηγίας. Σε παλαιότερη σύσταση της Επιτροπής¹⁶⁰, πάντως, φαίνεται να δίδεται σε αυτή η ευρύτερη δυνατή έννοια¹⁶¹. Δεύτερον, απαιτείται οι μη γνήσιες διευθετήσεις να έχουν συσταθεί με κύριο σκοπό ή έναν εκ των κύριων σκοπών την απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος. Τρίτον, η ως άνω απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος απαιτείται να ματαιώνει το αντικείμενο ή το σκοπό των εφαρμοστέων φορολογικών διατάξεων.

¹⁵⁶ Βλ. Πρότυπο ΣΑΔΦ ΟΟΣΑ, αρ. 1

¹⁵⁷ Ενδεικτικά αναφέρεται ότι αντίστοιχη δομή έχουν ο γερμανικός και ο ισπανικός γενικός κανόνας κατά των καταχρήσεων.

¹⁵⁸ Ο αγγλικός όρος “arrangement” είναι μάλλον πιο εύστοχος.

¹⁵⁹ Αρ. 6 παρ. 2 Οδηγίας 2016/1164.

¹⁶⁰ Βλ. European Commission: Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning, C(2012)8806 final.

¹⁶¹ “an arrangement means any transaction, scheme, action, operation, agreement, grant, understanding, promise, undertaking or event”, Ibid, παρ. 4.3.

2.2.3. Κριτική στην υιοθετηθείσα ρύθμιση

Αξίζει να σημειωθεί το εξής, ως προς το υποκειμενικό στοιχείο. Στην αρχική διατύπωση της πρότασης οδηγίας¹⁶² για την πλήρωση του υποκειμενικού στοιχείου απαιτείτο η μη γνήσια διευθέτηση να έχει πραγματοποιηθεί με *ουσιαστικό σκοπό* την απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος. Σύμφωνα, όμως, με το τελικό κείμενο της υιοθετηθείσας οδηγίας αρκεί το φορολογικό πλεονέκτημα να είναι ο κύριος ή ένας εκ των κύριων σκοπών για τον οποίον συνεστήθη μια διευθέτηση.

Υπενθυμίζεται ότι η νομολογία του Δικαστηρίου, όπως αναδείχθηκε και στο πρώτο μέρος της παρούσας (κεφάλαιο 1), αναγνωρίζει την πρόσβαση στις θεμελιώδεις ελευθερίες ανεξάρτητα από τις υποκειμενικές προθέσεις του προσώπου που τις επικαλείται: ποτέ το επιχείρημα της υποκειμενικής πρόθεσης αποφυγής της εθνικής νομοθεσίας δεν έχει τελεσφορήσει ενώπιον του Δικαστηρίου στο στάδιο της έρευνας εάν μια διασυνοριακή δραστηριότητα εντάσσεται στο πεδίο εφαρμογής κάποιας από τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Λαμβάνεται υπ' όψει βεβαίως κατά το στάδιο της δικαιολόγησης ενός περιοριστικού εθνικού μέτρου. Το ζήτημα που προκύπτει όμως, σε σχέση με το διευρυμένο, στην τελική μορφή της Οδηγίας, υποκειμενικό κριτήριο, είναι εάν υπάρχουν ζητήματα αναλογικότητας: η θέσπιση κανόνα που θα καταλαμβάνει ακόμα και περιπτώσεις που η απόκτηση φορολογικού πλεονεκτήματος είναι απλώς ένας από τους κύριους σκοπούς μιας διευθέτησης πιθανώς διευρύνει υπέρ το αναγκαίο το πεδίο εφαρμογής του κανόνα.

Ως προς την προϋπόθεση απόκτησης φορολογικού πλεονεκτήματος που ματαιώνει το αντικείμενο ή το σκοπό των εφαρμοστέων φορολογικών διατάξεων, μια σημαντική επισήμανση είναι η διαφοροποίηση του εν λόγω κριτηρίου σε σχέση με το αντίστοιχο που περιέχεται στην γενική αντικαταχρηστική ρήτρα της Οδηγίας Μητρικών - Θυγατρικών¹⁶³. Συγκεκριμένα, η γενική αντικαταχρηστική ρήτρα της Οδηγίας Μητρικών Θυγατρικών προϋποθέτει ανάλυση ως προς το εάν ο σκοπός του ίδιου του ενωσιακού νομοθέτη (της Οδηγίας) είναι αυτός που καταστρατηγείται δια της αποκτήσεως κάποιου φορολογικού πλεονεκτήματος. Στην Οδηγία 2016/1164, ωστόσο, είναι η ματαίωση του σκοπού των εφαρμοστέων *εθνικών* διατάξεων που οδηγεί στην ενεργοποίηση του κανόνα. Πρέπει εδώ να υπομνησθεί ότι συνήθως, οι εθνικές

¹⁶² Ευρωπαϊκή Επιτροπή, COM(2016) 26 final, 2016/0011(CNS) 28.1.2016

¹⁶³ Οδηγία 90/435/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 23ης Ιουλίου 1990, σχετικά με το κοινό φορολογικό καθεστώς το οποίο ισχύει για τις μητρικές και τις θυγατρικές εταιρείες διαφορετικών κρατών μελών

φορολογικές διατάξεις δεν έχουν άλλο εμφανή σκοπό εκτός από την άντληση φορολογικών εσόδων¹⁶⁴. Η έλλειψη κάποιου ειδικότερα προσδιορισμένου στόχου σημαίνει ότι ο έλεγχος είτε θα στερείται νοήματος, είτε ότι ο φορολογούμενος, για να συμμορφωθεί με τον εν λόγω κανόνα θα πρέπει να στερηθεί του δικαιώματός του να διαμορφώσει την οικονομική του δραστηριότητα κατά τρόπο τέτοιο ώστε να περιορίσει την φορολογική του επιβάρυνση, δικαίωμα που έχει όμως παγίως αναγνωριστεί από τη νομολογία του Δικαστηρίου¹⁶⁵.

Η κριτική που μπορεί να ασκηθεί στον Γενικό Κανόνα Απαγόρευσης των Καταχρήσεων που θεσπίζεται με την Οδηγία 2016/1164 δεν περιορίζεται μόνο στην συμβατότητά του με την Νομολογία του Δικαστηρίου αλλά εκτείνεται και σε ζητήματα αποτελεσματικότητας σε σχέση με τον επιδιωκόμενο σκοπό. Ειδικότερα, λαμβανομένου υπ' όψει του γεγονότος ότι η Οδηγία 2016/1164 επιδιώκει την εφαρμογή ενός ενιαίου Γενικού Κανόνα Απαγόρευσης των Καταχρήσεων σε όλα τα κράτη μέλη, η επιδίωξη αυτή καθίσταται εν τη γενέσει της αβέβαιη αφ' ενός λόγω έλλειψης συνεκτικής ενωσιακής αρχής περί κατάχρησης στο πεδίο των άμεσων φόρων¹⁶⁶, αφ' ετέρου λόγω των παραπομπών στο εθνικό δίκαιο που περιέχει η ίδια η Οδηγία.

Το τελευταίο σημείο κριτικής που μπορεί να ασκηθεί στην υιοθέτηση του ως άνω κανόνα αντλείται από το σκοπό της διαδικασίας προσέγγισης των νομοθεσιών στο πεδίο των άμεσων φόρων, όπως αυτός διαγράφεται, περιοριστικά, στο άρθρο 115 ΣΛΕΕ. Οι διαφοροποιήσεις μεταξύ των κρατών μελών στην νομοθεσία για την καταπολέμηση της φοροαποφυγής μπορεί πράγματι να προκαλέσουν διακριτική μεταχείριση ή εμπόδια. Ακριβώς επειδή τα κράτη δεν είναι δυνατόν να στερηθούν της εξουσίας τους να προστατέψουν τη φορολογική τους βάση, η νομοθετική παρέμβαση της Ένωσης στο πεδίο αυτό θα είχε θετική -ως προς την επίτευξη του στόχου της εσωτερικής αγοράς- επίδραση εάν αφ' ενός επέλυε τις προβληματικές αναντιστοιχίες μεταξύ των αντικαταχρηστικών κανόνων μεταξύ των κρατών μελών και αν μεριμνούσε ώστε οι κανόνες να μην υπερβαίνουν το αναγκαίο και δικαιολογημένο μέτρο, σύμφωνα με τη νομολογία του ΔΕΕ. Ο εν θέματι Γενικός Κανόνας Απαγόρευσης των Καταχρήσεων, όμως, φαίνεται ότι δεν επιτελεί καμιά από τις παραπάνω λειτουργίες.

¹⁶⁴ Βλ. Aitor Navarro, Leopoldo Parada & Paloma Schwarz: “The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts”, EC TAX Review, (2016/3), σελ. 124

¹⁶⁵ Βλ. ενδεικτικά ΔΕΚ 21.2.2006, *Hallifax*, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121 σκ. 73 : “ο υποκείμενος στον φόρο δικαιούται να επιλέξει να διαμορφώσει τη δραστηριότητά του έτσι ώστε να μειώσει τη φορολογική οφειλή του” (σχετικά με την 6η Οδηγία ΦΠΑ) και ΔΕΚ 22.10.2010, *RBS Deutschland*, C-277/09, ECLI:EU:C:2010:810, σκ. 53: “οι υποκείμενοι στον φόρο είναι εν γένει ελεύθεροι να επιλέγουν τις οργανωτικές δομές και τις λεπτομέρειες εφαρμογής που κρίνουν ως πλέον κατάλληλες για τις οικονομικές τους δραστηριότητες και με σκοπό τον περιορισμό της φορολογικής επιβαρύνσεώς τους”

¹⁶⁶ Όπως δείχθηκε στο Μέρος Α' Κεφ. 2ο, παρ. 2.3.1.

Συμπεράσματα Β' μέρους

Στο Β' μέρος παρουσιάστηκαν αναλυτικά οι πέντε τομείς δράσης της Ένωσης κατά των πρακτικών διασυννοριακής φοροαποφυγής. Και στα πέντε αυτά μέτρα, που υιοθετήθηκαν με την Οδηγία 2016/1164, επιδιώχθηκε, όπως δηλώνεται στο προοίμιο της Οδηγίας, ο σεβασμός στις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες, για τις διασυννοριακές πρακτικές στις οποίες αυτές έχουν εφαρμογή. Εν τούτοις, φαίνεται ότι η Επιτροπή υιοθέτησε κριτήρια για την υπαγωγή στους διάφορους κανόνες της εν λόγω Οδηγίας, όπως αυτά παρέχονται από τις προτάσεις του ΟΟΣΑ, αγνοώντας αντίστοιχα κριτήρια που το Δικαστήριο μέσα από τη νομολογία του είχε κρίνει ως συμβατά με τις θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες αλλά και ειδικότερα με τις προϋποθέσεις αναλογικότητας.

Όπως υποστηρίχθηκε παραπάνω, κατά την ανάλυση των επιμέρους μέτρων, επιδιώκεται μια ελαφρά διεύρυνση του πεδίου εφαρμογής των αντικαταχρηστικών κανόνων, που το Δικαστήριο με τη νομολογία του είχε περιορίσει πολύ, δια του δόγματος των «αμιγώς επίπλαστων καταστάσεων». Χωρίς να μπορεί να υποστηριχθεί ότι η Οδηγία έχει γενικεύσει υπερβολικά και ανεπίτρεπτα το πεδίο εφαρμογής των αντικαταχρηστικών κανόνων που επιβάλλει στα κράτη να εισάγουν, μπορεί ωστόσο να υποστηριχθεί ότι στο στόχαστρο της δεν είναι αποκλειστικά οι *αμιγώς επίπλαστες καταστάσεις*.

Προς υποστήριξη αυτής της θέσης βασικό επιχείρημα είναι η χρήση διαφορετικής ορολογίας ή κριτηρίων από τα παραδεδεγμένα μέχρι σήμερα από τη νομολογία. Ενδεικτικά αναφέρεται η επιλογή του ενωσιακού νομοθέτη να εισάγει στον κανόνα περιορισμού των τόκων ποσοτικά κριτήρια χωρίς επαρκείς δυνατότητες ανταπόδειξης -από τον φορολογούμενο- της μη καταχρηστικότητας της δανειοδότησης. Το κριτήριο του Πλήρους Ανταγωνισμού, που έχει κριθεί ως κατάλληλο και αναλογικό μέσο για την διάκριση μεταξύ των επίπλαστων καταστάσεων από αυτές που έχουν οικονομική σημασία, παραμερίζεται, και στη θέση του τοποθετείται ένα σταθερό χρηματοοικονομικό κριτήριο, που μπορεί μεν να είναι πρόσφορο να καταπολεμήσει τις εν λόγω πρακτικές φοροαποφυγής όμως υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο.

Αντίστοιχες ενστάσεις σημειώθηκαν και για τον κανόνα φορολόγησης κατά την έξοδο. Σημαντικές ενστάσεις υπάρχουν και ως προς την υιοθέτηση του γενικού κανόνα κατά των καταχρήσεων: ακριβώς λόγω της γενικότητάς του δεν συμβιβάζεται με την υποχρέωση στενής ερμηνείας κάθε μέτρου που περιορίζει τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Παράλληλα, δεν επιλύει

κανένα ζήτημα άμεσης επίπτωσης στην εσωτερική αγορά, ενώ αντίθετα επιτείνει την ανασφάλεια δικαίου.

Τέλος, παρά το γεγονός ότι δεν παρατηρείται κάποια δραματική απόκλιση από τις επιταγές της νομολογίας του Δικαστηρίου, αναμένεται με ενδιαφέρον η ερμηνεία που θα δώσει το Δικαστήριο -στο πλαίσιο των μελλοντικών αποφάσεών του επί προδικαστικών ερωτημάτων- στους νέους όρους και τα νέα κριτήρια που χρησιμοποιεί η Οδηγία.

ΕΠΙΛΟΓΟΣ

Στην παρούσα μελέτη επιδιώχθηκε η διμερής παρουσίαση του ζητήματος της αντιμετώπισης των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής υπό το πρίσμα των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών της Ευρωπαϊκής Ένωσης.

Στο πρώτο μέρος παρουσιάστηκε, με δομή που αντιστοιχεί στο δικανικό συλλογισμό του Δικαστηρίου, το ελεύθερο πεδίο δράσης που διανοίγουν οι θεμελιώδεις οικονομικές ελευθερίες στα πρόσωπα που επιθυμούν να αναπτύξουν διασυνοριακή οικονομική δραστηριότητα εντός των κρατών μελών της Ένωσης. Όπως φάνηκε, οι Συνθήκες εξασφαλίζουν ότι οι υποκειμενικές προθέσεις κάποιου προσώπου (όπως ο σκοπός απόκτησης φορολογικού πλεονεκτήματος ή ακόμη και ο σκοπός φοροαποφυγής) είναι αδύνατον να στερήσουν από αυτό την πρόσβαση στις θεμελιώδεις ελευθερίες. Δεν αρκούν όμως οι ως άνω υποκειμενικές προθέσεις για να δικαιολογήσουν ένα εθνικό μέτρο που στοχεύει στην καταπολέμηση της φοροαποφυγής, εάν αυτό δεν λαμβάνει υπ' όψει του και αντικειμενικά κριτήρια. Επιπρόσθετα, για να γίνει αποδεκτό ένα εθνικό μέτρο για την αντιμετώπιση της φοροαποφυγής, θα πρέπει να είναι κατάλληλο για την επίτευξη του ως άνω θεμιτού στόχου και να μην υπερβαίνει το αναγκαίο μέτρο.

Μια εσωτερική αγορά που δεν διέπεται από κοινούς κανόνες σε όλους τους τομείς, δημιουργεί πράγματι ποικίλων ειδών ευκαιρίες, κάποιες φορές αθέμιτες, ακριβώς λόγω των διαφορετικών νομικών συστημάτων που εφαρμόζονται από τα μέλη της. Τα κράτη μέλη της ΕΕ, επιδιώκουν να περιορίσουν αυτές τις ευκαιρίες με τη θέσπιση διάφορων εθνικών κανόνων που εμποδίζουν οικονομικές δραστηριότητες που ασκούνται καταχρηστικά, με την επίκληση των θεμελιωδών οικονομικών ελευθεριών. Η νομολογία του Δικαστηρίου, όμως, όπως αποτυπώθηκε ξεκάθαρα, άσκησε και ασκεί εξαιρετικά περιοριστική επίδραση στους παραπάνω εθνικούς κανόνες. Κανόνες που δεν στοχεύουν με ακρίβεια σε καταχρηστικές πρακτικές που μπορούν να χαρακτηριστούν ως αμιγώς επίπλαστες, δεν γίνονται αποδεκτοί.

Τόσο το Δικαστήριο με τις αποφάσεις του, όσο και η Επιτροπή με τις προσφυγές της κατά κρατών μελών, δείχνουν ότι σκοπό έχουν να διατηρήσουν εντελώς ανοιχτό το πεδίο στα οικονομικώς δρώντα πρόσωπα να κερδίσουν κάθε δυνατό πλεονέκτημα από τη διασυνοριακή

άσκηση των δραστηριοτήτων τους που καλύπτεται από τις θεμελιώδεις ελευθερίες. Εντός των παραπάνω πλεονεκτημάτων περιλαμβάνονται μετά βεβαιότητας και τα φορολογικά πλεονεκτήματα. Η ελαχιστοποίηση, επομένως, της συνολικής φορολογικής επιβάρυνσης ενός προσώπου ή ενός ομίλου επιχειρήσεων, σύμφωνα με τη νομολογία, δεν πρέπει να εμποδίζεται παρά μόνον όταν αυτή επιδιώκεται με αμιγώς επίπλαστες διευθετήσεις.

Στο δεύτερο μέρος παρουσιάστηκε η πολύ πρόσφατη νομοθετική πρωτοβουλία της ίδιας της Ευρωπαϊκής Ένωσης για την αντιμετώπιση των διασυνοριακών πρακτικών φοροαποφυγής, που μεταξύ άλλων κατέληξε στην έκδοση, μετά από πρόταση της Επιτροπής και ομόφωνη ψήφισή από το Συμβούλιο, της Οδηγίας 2016/1164. Κάθε φορά που η Ένωση νομοθετεί για ένα ζήτημα που άπτεται της εσωτερικής αγοράς, η προσδοκία είναι ακριβώς ότι θα προσπαθήσει να επιλύσει σε ενωσιακό επίπεδο ένα ζήτημα με αποτελεσματικότερο μεν τρόπο σε σχέση με τα κράτη μέλη, όμως με απόλυτο σεβασμό προς τις θεμελιώδεις ελευθερίες.

Ο πολύ σύντομος χρόνος που μεσολάβησε από την ψήφιση της Οδηγίας 2016/1164 και την ολοκλήρωση της συγγραφής της παρούσας μελέτης, και κυρίως, το γεγονός ότι προβλέπεται περίοδος άνω των δύο ετών στα κράτη μέλη για να μεταφέρουν τις διατάξεις της στην εθνική νομοθεσία τους, στερεί σε αυτή τη φάση τη δυνατότητα της νομικής αλλά και οικονομικής αξιολόγησης των αποτελεσμάτων της.

Μπορεί πάντως από το κείμενο της Οδηγίας να υποστηριχθεί ότι δεν προκύπτει μεν ευθεία αντίθεσή της προς τις θεμελιώδεις ελευθερίες και τις εγγυήσεις που πρέπει οι τελευταίες να έχουν απέναντι στα περιοριστικά τους μέτρα, όπως έχουν αναπτυχθεί νομολογιακά, ωστόσο αναδείχθηκαν ανωτέρω ορισμένα σημεία που τουλάχιστον εγείρουν αμφιβολίες ως προς την συμβατότητά τους με τις μέχρι σήμερα κρίσεις του Δικαστηρίου. Η σημαντικότερη αμφιβολία, σχετίζεται με τη μη λήψη πρόνοιας σε όλους ανεξαιρέτως τους κανόνες της Οδηγίας ώστε τα αποτελέσματα της να καταλαμβάνουν αποκλειστικά καταστάσεις στις οποίες αποδεικνύεται - και δεν πιθανολογείται απλώς- η σύσταση επίπλαστων διευθετήσεων. Θα μπορούσε, συνεπώς, ίσως με μια μικρή δόση υπερβολής αλλά όχι αβάσιμα να υποστηριχθεί ότι ο σκοπός της Οδηγίας εκτείνεται πέρα από την αντιμετώπιση της φοροαποφυγής, στην αύξηση των δημοσίων εσόδων από τους εταιρικούς φορολογούμενους.

Η διαφορετική αυτή στοχοθέτηση ερμηνεύεται -μερικώς- από το γεγονός ότι η οδηγία εκδόθηκε στο πλαίσιο διαδικασίας που απαιτεί ομοφωνία από τα κράτη μέλη στο Συμβούλιο. Κυρίως όμως, κατά την άποψή μου, ερμηνεύεται από την γενικότερη πολιτική τάση που έχει αναγάγει την καταπολέμηση της φοροαποφυγής σε υψηλότατο ζήτημα της πολιτικής ατζέντας ύστερα από την κρίση χρέους στα περισσότερα κράτη μέλη της ΕΕ. Η τάση αυτή μάλιστα,

συνοδεύεται από την καλλιέργεια υψηλότερων προσδοκιών ότι τα θεσπιζόμενα μέτρα θα είναι ικανά να μεταβάλουν σημαντικά τα δημοσιονομικά μεγέθη των προβληματικών ευρωπαϊκών οικονομιών, που κατά τη γνώμη μου δεν είναι απολύτως ρεαλιστικές.

Παράρτημα Αποφάσεων

(με χρονολογική σειρά)

- ΔΕΕ 23.1.2014, *DMC*, C-164/12, ECLI:EU:C:2014:20
- ΔΕΕ 16.10.2013, *Itelcar*, C-282/12, ECLI:EU:T:2013:533
- ΔΕΕ 29.11.11, *National Grid Indus*, C-371/10, ECLI:EU:C:2011:785
- ΔΕΕ 10.11.2011, *Foggia*, C-126/10, ECLI:EU:C:2011:718
- ΔΕΕ 22.12.2010, *Weald Leasing*, C-103/09, ECLI:EU:C:2010:804
- ΔΕΕ 22.10.2010, *RBS Deutschland*, C-277/09, ECLI:EU:C:2010:810
- ΔΕΕ 1.7.2010, *Kofoed*, C-321/05, ECLI:EU:T:2010:266
- ΔΕΚ, 16.12.2008, *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt.*, C-210/06, ECLI:EU:C:2008:723
- ΔΕΚ, 6.12.2007, *Thin Cap GLO*, C-298/05, ECLI:EU:C:2007:754
- ΔΕΚ 13.3.2007 *Thin Cap GLO*, C-524/04, ECLI:EU:C:2007:161
- ΔΕΚ, 12.9.2006, *Cadbury-Schweppes*, C-196/04, ECLI:EU:C:2006:544
- ΔΕΚ 21.2.2006, *Hallifax*, C-255/02, ECLI:EU:C:2006:121
- ΔΕΚ 13.12.2005, *Marks & Spencer plc*, C-446/03, ECLI:EU:C:2005:763
- ΔΕΚ 15.6.2005, *Επιτροπή κατά Πορτογαλίας*, C-171/02, ECLI:EU:T:2005:219
- ΔΕΚ 11.3.2004, *Lasteyrie*, C-9/02, ECLI:EU:C:2004:138
- ΔΕΚ 30.9.2003, *Inspire Art*, C-167/01, ECLI:EU:C:2003:512
- ΔΕΚ 12.12.2002, *Lankhorst-Hohorst*, C-324/00, ECLI:EU:C:2002:749
- ΔΕΚ 21.11.2002, *X & Y II*, C-436/00, ECLI:EU:C:2002:704
- ΔΕΚ 3.10.2002, *Danner*, C-136/00, ECLI:EU:C:2002:558
- ΔΕΚ 15.1.2002, *Gottardo*, C-55/00, ECLI:EU:C:2002:16
- ΔΕΚ 6.6.2000, *Verkooijen*, C-35/98, ECLI:EU:C:2000:294
- ΔΕΚ 8.7.1999, *Baxter*, C-254/97, ECLI:EU:C:1999:368
- ΔΕΚ 29.6.1999, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-172/98, ECLI:EU:C:1999:335
- ΔΕΚ 9.3.1999, *Centros*, C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126
- ΔΕΚ 16.7.1998, *Imperial Chemical Industries*, C-264/96, ECLI:EU:C:1998:370
- ΔΕΚ 17.2.1998, *VT4*, C-56/1996, ECLI:EU:T:1998:33

- ΔΕΚ 15.5.1997, *Futura Participations* , C-250/95, ECLI:EU:C:1997:239
- ΔΕΚ 15.5.1997, *Επιτροπή κατά Βελγίου*, C-355/95, ECLI:EU:C:1997:241
- ΔΕΚ 14.12.1995, *Schumacker*, C-279/93, ECLI:EU:C:1995:31
- ΔΕΚ 30.11.1995, *Gebhart*, C-55/1994, ECLI:EU:C:1995:411
- ΔΕΚ 14.2.1995, *Schumacker*, C- 279/93, ECLI:EU:C:1995:31
- ΔΕΚ 5.10.1994, *TV10*, C-23/93, ECLI:EU:C:1994:362
- ΔΕΚ 31.3.1993, *Kraus*, C-19/92, ECLI:EU:C:1993:125
- ΔΕΚ 7.7.1992, *The Queen κατά Immigration Appeal Tribunal και Surinder Singh*
C-370/90 ECLI:EU:C:1992:296
- ΔΕΚ 28.1.1992, *Bachmann*, C-204/90, ECLI:EU:C:1992:35
- ΔΕΚ 25.7.1991, *Gouda*, C-/288/89, ECLI:EU:C:1991:323
- ΔΕΚ 25.7.1991, *Factortame II*, 221/89, ECLI:EU:C:1991:320
- ΔΕΚ 20.6.1991, *Polysar*, C-60/90, ECLI:EU:C:1991:268
- ΔΕΚ 5.10.1988, *Steymann*, 196/87, ECLI:EU:C:1988:475
- ΔΕΚ, 27.09.1988, *Daily Mail*, C-81/87, ECLI:EU:C:1988:456
- ΔΕΚ 10.7.1986, *Segers*, 79/85, ECLI:EU:C:1986:308
- ΔΕΚ 28.1.1986, *Avoir Fiscal*, 270/83, ECLI:EU:C:1986:37
- ΔΕΚ 28.1.1986, *Επιτροπή κατά Γαλλίας*, 270/83, ECLI:EU:C:1986:37
- ΔΕΚ 23.3.1982, *Levin*, 53/81, ECLI:EU:C:1982:105
- ΔΕΚ 21.6.1974, *Reyners*, 2-74, ECLI:EU:C:1974:68

Βιβλιογραφικές Αναφορές

Άρθρα

- Aramayo, S.-V., *A Common GAAR to Protect the Harmonized Corporate Tax Base: More Chaos in the Labyrinth*, EC TAX Review, (2016/1)
- De Graaf, A, Visser, K, *ATA Directive: Some Observations Regarding Formal Aspects* EC TAX Review, (2016/4)
- Jimenez, A.M., ‘*Towards a homogenous theory of abuse in EU (direct) tax law*’, (2012) 66 (4 /5), *Bulletin for International Taxation*, p.270-292
- Navarro, A., Parada, L. & Schwarz, P.: “*The Proposal for an EU Anti-Avoidance Directive: Some Preliminary Thoughts*”, EC TAX Review, (2016/3)
- O’Shea, T., *The UK’s CFC rules and the freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries tax avoidance or tax mitigation?*, EC TAX Review, (2007/1)
- Piantavigna, P., “*Tax abuse in European Union Law: a theory*” (2011) 20 (3) EC Tax Review, 134-147
- Shon, V., (2012) *Taxing Multinationals in Europe*, available at: <http://ssrn.com/abstract=2185282>
- Van Os, P., “*Interest Limitation under the adopted Anti-Tax Avoidance Directive and Proportionality*”, EC Tax Review, (2016-4)

Βιβλία

Ξένη Βιβλιογραφία

- Kazcorowska A., (2013) *European Union Law*. 3rd Edition, Routledge
- Panayi, C., (2013) *European Union Corporate Tax law*, Cambridge University Press
- Terra, B., Wattel, P., (2012) *European Tax Law, Sixth Edition*, Wolters Kluwer

- Weber, D., (2005) *Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law for the Prevention of Tax Avoidance*, Kluwer Law International

Ελληνική Βιβλιογραφία

- Μαλαματάρης, Χ. (2010), *Η φορολογική κυριαρχία των κρατών μελών εντός της ΕΕ*, Αντ. Ν. Σάκκουλα
- Παμπούκης, Χ. (επιμ.), 2010, *Δίκαιο Διεθνών Συναλλαγών*, Νομική Βιβλιοθήκη
- Χριστιανός, Β. (επιμ.), (2012), *Συνθήκη ΕΕ & ΣΛΕΕ - Κατ' άρθρο ερμηνεία*, Νομική Βιβλιοθήκη
- Φινοκαλιώτης, Κ., (2014), *Φορολογικό Δίκαιο*, Ε' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλα Αθήνα-Θεσσαλονίκη

Κείμενα της Ευρωπαϊκής Επιτροπής

- European Commission, MEMO 07/558, 10 Dec 2007
- European Commission, COM(2016) 687 final 2016/0339 (CNS), *Proposal for a COUNCIL DIRECTIVE amending Directive (EU) 2016/1164 as regards hybrid mismatches with third countries*
- European Commission Fact Sheet: The Anti Tax Avoidance Package: Questions and Answers (21.6.2016)
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee - Exit taxation and the need for co-ordination of Member States' tax policies [COM(2006) 825]
- European Commission: Recommendation of 6.12.2012 on aggressive tax planning, C(2012)8806 final.
- European Commission: COM(2016) 26 final, 2016/0011(CNS) 28.1.2016

Κείμενα του ΟΟΣΑ

- OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, 2013