

Eva Burgstaller*)

Conseil d'Etat zur französischen Unterkapitalisierungsregel: Widerspruch zu DBA- und EU-Recht

CONSEIL D'ETAT RULES ON FRENCH THIN CAPITALIZATION: CONTRADICTION TO TAX TREATY AND EC LAW

The author examines a recent Conseil d'Etat decision on French thin capitalization where the court ruled that it violates Art. 25 (5) OECD Model and Art. 43 EC. Already the *Lankhorst-Hohorst* case, which was an ECJ decision on the German thin capitalization rules, showed that discriminatory treatment of subsidiaries which pay interest to parent companies resident in another EU Member State, compared to pure domestic parent-subsidiary relationships, infringes Art. 43 EC. The court decision shows that the non-discrimination clause of Art. 24 (5) OECD Model also applies in such cases.

I. Der Sachverhalt und die betreffenden französischen Normen

Der französische Conseil d'Etat hatte jüngst in zwei Fällen über die französische Unterkapitalisierungsregel bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu entscheiden.¹⁾ Beiden Fällen lag zugrunde, dass eine französische Gesellschaft Zinsen an eine im EU-Ausland ansässige Muttergesellschaft für ein von dieser gewährtes Darlehen gezahlt hatte. Im Fall *SARL Coréal Gestion* ist die Muttergesellschaft eine in Deutschland ansässige AG, im Fall *SA Andritz* eine in Österreich ansässige AG.

In beiden Fällen standen die Bestimmungen Art. 212 i. V. m. Art. 145 code général des impôts (CGI) auf dem Prüfstand. Art. 212 CGI regelt, dass Zinszahlungen dann nicht abzugsfähig sind, wenn die Zinsen für die Zurverfügungstellung von Kapital durch zu mehr als 50 % beteiligte Gesellschafter geleistet werden und wenn das zugeschossene Fremdkapital höher als das Eineinhalbfache des Kapitalanteils („*capital social*“) ist. Die Abzugsfähigkeit ist jedoch dann jedenfalls gegeben, wenn die Zahlungen an eine Muttergesellschaft (*société mère*) i. S. d. Art. 145 CGI geleistet werden.²⁾ Eine Muttergesellschaft i. S. d. Art. 145 CGI liegt vor, wenn eine Gesellschaft der französischen Körperschaftsteuer unterliegt und eine Beteiligung von mindestens 5 % gegeben ist.³⁾ Das in Art. 145 CGI festgelegte „*régime fiscal des sociétés mères*“ erfordert, dass die Muttergesellschaft entweder ihren Sitz oder eine französische Betriebsstätte („*établissement stable*“) in Frankreich hat. Weder die österreichische noch die deutsche Muttergesellschaft war in den vorliegenden Fällen in Frankreich körperschaftsteuerpflichtig. Daher

*) MMag. Eva Burgstaller ist Lehrbeauftragte am Institut für österreichisches und Internationales Steuerrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien und derzeit an der Universität Amsterdam im Rahmen eines von der EU geförderten Marie Curie Fellowships tätig.

1) Conseil d'Etat 30. 12. 2003, Nr. 249047, *SARL Coréal Gestion*; Nr. 233894, *SA Andritz*.

2) Art. 212 Abs. 1 code général des impôts: „*Les intérêts afférents aux sommes que les associés laissent out mettent à la disposition des la société sont admis dans les charges déductibles dans les conditions prévues au 3° du 1 de l'article 39. Toutefois: 1° La déduction n'est admise, en ce qui concerne les associés ou actionnaires possédant, en droit ou en fiat, la direction de l'entreprise ou détenant plus 50 % des droits financiers ou de droit de vote attachés aux titres émis par la société, que dans la mesure où ces sommes n'excèdent pas, pour l'ensemble desdits associés ou actionnaires, une fois et demie le montant du capital social. Cette limite n'est pas applicable: (...) b). Aux intérêts afférents aux avances consenties par une société à une autre société lorsque la première possède, au regard de la seconde, la qualité de société mère au sens de l'article 145.*“

3) Art. 145 code général des impôts: „*Le régime fiscal des sociétés mères, tel qu'il est défini aux articles 146 et 216, est applicable aux sociétés et autres organismes soumis à l'impôt sur les sociétés au taux normal qui détiennent des participations satisfaisant aux conditions ci-après.*“

wurde der französischen Tochtergesellschaft die Abzugsfähigkeit der an die ausländischen Mütter gezahlten Zinsen versagt.

Der Conseil d'Etat kam in beiden Fällen zum Ergebnis, dass der Ausschluss der Abzugsfähigkeit nicht haltbar ist, wobei der Conseil d'Etat seine Entscheidung im deutschen Fall auf die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts und im österreichischen Fall auf das Beteiligungsdiskriminierungsverbot des DBA Österreich-Frankreich stützte. Nachfolgend sollen die Entscheidungen des Conseil d'Etat erläutert werden⁴⁾ und untersucht werden, wie sich die gemeinschaftsrechtlichen und DBA-rechtlichen Diskriminierungsverbote auf die Unterkapitalisierungsregeln auswirken.

II. Prüfungsmaßstab DBA Österreich-Frankreich

1. Fremdvergleichsgrundsatz und französische Unterkapitalisierungsregel

Wie im Ausgangssachverhalt beschrieben, wird die Abzugsfähigkeit von Zinsen für von einer Muttergesellschaft gewährtes Fremdkapital einerseits von einer bestimmten „debt-equity-ratio“ (2:1) abhängig gemacht und andererseits davon, ob die Muttergesellschaft der französischen Körperschaftsteuer unterliegt. Ist Letzteres nämlich der Fall, ist die Abzugsfähigkeit der Fremdkapitalzinsen auf der Ebene der Tochtergesellschaft unabhängig von einer „debt-equity-ratio“ gegeben. Die Regelung wirkt daher nur bei nicht ansässigen ausländischen Muttergesellschaften, die über keine französische Betriebstätte („établissement stable“) verfügt.

Wie in Österreich derogieren in Frankreich DBA originär innerstaatliche Normen.⁵⁾ Verstößt daher eine originär innerstaatliche französische Regelung gegen Normen des DBA Österreich-Frankreich, ist diese nicht anwendbar.⁶⁾

Die französische Finanzverwaltung⁷⁾ berief sich während des Verfahrens auf den in Art. 57 CGI und in Art. 6 Abs. 5 i. V. m. Art. 17A Abs. 4 DBA Österreich-Frankreich-1959 festgelegten Fremdvergleichsgrundsatz: *„Wenn ein Unternehmen in einem der beiden Staaten vermöge seiner Beteiligung an der Verwaltung oder am Kapital eines Unternehmens im anderen Staate diesem Unternehmen in dem gegenseitigen geschäftlichen oder finanziellen Beziehungen andere Bedingungen gewährt oder auferlegt, als sie einem fremden Unternehmen gewährt würden, so können alle Gewinne, die ordentlicherweise in der Bilanz eines der Unternehmen zu erscheinen hätten, jedoch in der genannten Weise auf das andere Unternehmen übertragen worden sind, (...) den der Steuer unterliegenden Gewinnen des ersten Unternehmens zugerechnet werden“* (Art. 6 Abs. 5 DBA Österreich-Frankreich-1959).⁸⁾ Art. 17A wurde mit der Abkommensrevision 1972 aufgenommen. Art. 17A Abs. 4 DBA Österreich-Frankreich wurde mit der DBA-Revision 1972 ins Abkommen aufgenommen und entspricht Art. 11 Abs. 6 OECD-MA 2000.⁹⁾ Aus diesen Bestimmungen leitete das französische Finanzministerium ab, dass die Nichtabzugs-

⁴⁾ Auch der deutsche Bundesfinanzhof und der britische High Court hatten jüngst entschieden, dass die jeweiligen nationalen Unterkapitalisierungsregeln gegen das DBA-rechtliche Beteiligungsdiskriminierungsverbot verstoßen: BFH 29. 1. 2003, I R 6/99, IStR 2003, 422 (422 ff.); High Court 24. 11. 2003, *NEC Semi-Conductors Limited and other test claimants*, IRC (2003) EWHC 2813.

⁵⁾ In Österreich lässt sich das aus der Lex-specialis-Regel herleiten; vgl. *Lang*, Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen² (2002) Rz. 53 ff. m. w. N. In Frankreich ergibt sich das aus Art. 55 der französischen Verfassung; vgl. dazu im Detail *Gutman*, Tax Treaty Interpretation in France, in *Lang* (Hrsg.), Tax Treaty Interpretation (2001) 95 (98 f.) m. w. N.

⁶⁾ Vgl. *Lang* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (155).

⁷⁾ Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie.

⁸⁾ Im geltenden DBA Österreich-Frankreich folgt Art. 9 dem OECD-MA.

⁹⁾ *„Bestehen zwischen Schuldner und Gläubiger oder zwischen jedem von ihnen und einem Dritten besondere Beziehungen und übersteigen deshalb die gezahlten Zinsen, gemessen an der zugrunde liegenden*

fähigkeit der Zinsen gerechtfertigt sei, da der Grund für die Gewährung von Fremdkapital die mangelnde Eigenkapitalausstattung der französischen Tochter sei. Die Zinszahlungen seien wegen deren Abzugsfähigkeit auf der Ebene der Tochter erfolgt, obwohl es sich wirtschaftlich um Dividenden handle. Dies halte dem Fremdvergleichsgrundsatz nicht stand. Die französische Finanzverwaltung sah sich dabei durch den OECD-MK gestützt. Zu Art. 9 führt der OECD-MK nämlich aus, dass Art. 9 „nicht nur bei der Entscheidung der Frage zu beachten ist, ob der in einem Darlehensvertrag vereinbarte Zinssatz den im freien Markt vereinbarten Bedingungen entspricht, sondern auch bei der Entscheidung der Frage, ob ein prima facie als Darlehen ausgestaltetes Rechtsverhältnis als Darlehen oder als eine Zahlung anderer Art, insbesondere als Zuführung zum Gesellschaftskapital, anzusehen ist“.¹⁰⁾ Diese Erläuterung wurde jedoch erst mit der Revision 1992 in den OECD-MK aufgenommen und basiert auf der zuvor von der OECD veröffentlichten Studie zu „Thin Capitalization“.¹¹⁾

Der Auffassung der Finanzverwaltung folgte der Conseil d'Etat nicht. Zunächst stellte er fest, dass nach Abschluss des DBA in den OECD-MK aufgenommene Interpretationshinweise keine Bedeutung für die Auslegung haben können.¹²⁾ Wenngleich die OECD selbst der Auffassung sein dürfte, dass auch nach Abschluss eines DBA erfolgte Änderungen des OECD-MK für die Interpretation von Bedeutung sind,¹³⁾ ist nach h. L. für die Auslegung von bilateralen Abkommen grundsätzlich nur jene Fassung des OECD-MK relevant, die zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegt.¹⁴⁾ Der OECD-MK stellt nämlich ein historisches Auslegungsmittel dar.¹⁵⁾ Darüber hinaus müssen immer auch andere historische, systematische und teleologische Aspekte berücksichtigt werden, ein „Vorrang“ des OECD-MK kann aus Art. 31 WVK nicht abgeleitet werden.¹⁶⁾ Dem Conseil d'Etat ist daher zuzustimmen, dass später erfolgte Änderungen des OECD-MK keine Bedeutung für die Auslegung von DBA haben.

Bei der Frage des sowohl innerstaatlich auch im DBA verankerten Fremdvergleichsgrundsatzes betonte der Conseil d'Etat, dass Unternehmen die Wahl ihrer Finanzierung hätten. Der Fremdvergleichsgrundsatz verlange, dass die „conditions commerciales ou financières“¹⁷⁾ für die Zurverfügungstellung von Fremdkapital nicht anders sein dürfen, als sie

Forderung, den Betrag, den Schuldner und Gläubiger ohne diese Beziehungen vereinbart hätten, so wird dieser Artikel nur auf diesen letzten Fall angewendet. In diesem Fall kann der übersteigende Betrag nach dem Recht jedes Staates und unter Berücksichtigung der anderen Bestimmungen dieses Abkommens besteuert werden.“

¹⁰⁾ Art. 9 Rz. 3 OECD-MK.

¹¹⁾ OECD, Issues in International Taxation No 2 – Thin Capitalization (1987).

¹²⁾ Er folgte damit der Auffassung von Commissaire du gouvernement Gilles *Bachelier*, der sich auf Art. 31 ff. WVK bezog; Conclusions de Commissaire du gouvernement, Gilles *Bachelier*, Rs. SA *Andritz*, No. 233894.

¹³⁾ Vgl. Einleitung Rz. 35 OECD-MK.

¹⁴⁾ Vgl. *Lang*, Die Bedeutung des Musterabkommens und des Kommentars des OECD-Steuerausschusses für die Auslegung von Doppelbesteuerungsabkommen, in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 11 (11 ff.); vgl. auch *Lang*, Seminar B, Teil 2: Das OECD-Musterabkommen – 2001 und darüber hinaus: Welche Bedeutung haben die nach Abschluss eines Doppelbesteuerungsabkommen erfolgten Änderungen des OECD-Kommentars? ISr 2001, 536 (536 ff.); *Ault*, The role of the OECD commentaries in the interpretation of tax treaties, in *Alpert/van Raad* (Hrsg.), Essays in International Taxation (1993) 61 (61 ff.); *Wattel/Marres*, The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties, ET 2003, 222 (222 ff.); *Van der Bruggen*, The Power of Persuasion: Notes on the Sources of International Law and the OECD Commentary, Intertax 2003, 259 (259 ff.). Auch der VwGH geht davon aus, dass nur die zum Zeitpunkt des Abschlusses eines DBA geltende Fassung des OECD-MK für die Auslegung relevant ist: VwGH 31. 7. 1996, 92/13/0172.

¹⁵⁾ Vgl. *Lang*, Einführung in das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen² (2002) Rz. 99.

¹⁶⁾ Vgl. dazu *Karl* in *Schreuer* (Hrsg.), Autorität und internationale Ordnung (1979) 14.

¹⁷⁾ „Geschäftliche oder finanzielle Bedingungen“; vgl. auch den Wortlaut in Art. 6 Abs. 5 DBA Österreich-Frankreich-1959.

einem fremden Unternehmen gewährt worden wären. Den von der französischen Finanzverwaltung vorgebrachten Einwand, ein fremdes Unternehmen hätte eine andere Finanzierungswahl getroffen, lehnte der Conseil d'Etat ab. Er geht damit davon aus, dass nationale Unterkapitalisierungsregeln im Anwendungsbereich von Art. 9 OECD-MA keine Wirkung entfalten, da Art. 9 OECD-MA nicht die Berichtigung des Rechtsgeschäfts selbst erlaubt.¹⁸⁾ Gegen diese Ansicht kann ins Treffen geführt werden, dass der Wortlaut nur von „Bedingungen“ spricht und darunter auch das Rechtsgeschäft selbst, also die Art der Kapitalzufuhr selbst, verstanden werden kann.¹⁹⁾ Nationale Unterkapitalisierungsregeln dürften daher grundsätzlich Art. 9 OECD-MA nicht entgegenstehen. *Lang* legt überzeugend dar, dass dieses Auslegungsergebnis bereits aus dem OECD-MA 1963 gewonnen werden kann und insofern die Aufnahme der Unterkapitalisierung in den OECD-MK 1992 nur klarstellende Wirkung hat.²⁰⁾

Gewinnanpassungen nach Art. 9 OECD-MA können nur durch innerstaatliches Recht erfolgen.²¹⁾ Zu beachten ist jedoch, dass nationale Unterkapitalisierungsregeln zwar grundsätzlich Art. 9 OECD-MA nicht entgegenstehen, aber dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen müssen.²²⁾ *Gassner/Lang* haben bereits zutreffend darauf hingewiesen, dass die Feststellung einer typischen „debt-equity-ratio“, die die Basis für jeden Fremdvergleich sein soll, äußerst schwierig ist.²³⁾ Auch die Ausführungen des Commissaire du gouvernement in der Rs. *SA Andritz* weisen darauf, dass es die für einen Fremdvergleich bei Anwendung von Art. 9 OECD-MA nötigen „règles universelles“ für die Finanzierungsform eines Unternehmens nicht gibt.²⁴⁾ Nicht zuletzt deshalb sieht wohl die französische Rechtsordnung eine feste Verhältniszahl²⁵⁾ vor. Wird die festgelegte „debt-equity-ratio“ (2:1) überschritten, werden die Zinsen in nicht abzugsfähige Dividenden umgedeutet, wobei die betroffenen Unternehmen keine Chance haben, den „Gegenbeweis“ der Fremdüblichkeit anzutreten, wenngleich der Gegenbeweis wohl ohnehin nur äußerst schwer zu führen ist.²⁶⁾ Bei einer derart starren Regel kann aber nicht mehr davon ausgegangen werden, dass sie Art. 9 OECD-MA entspricht.²⁷⁾ Der Fremdvergleichsgrundsatz spricht daher viel eher gegen die DBA-Konformität der französischen Regelung als dafür, dass sie für die Beteiligungsdiskriminierung eine Rechtfertigung darstellen könnte.

¹⁸⁾ Vgl. auch *Becker*, Die Finanzierung von Betriebsstätten und Tochtergesellschaften ausländischer Unternehmen, IWB Fach 3, Gruppe 1 (1988) 1173 (1182); *Knobbe-Keuk*, Wieder einmal ein Entwurf zu § 8a KStG – Wiederauflage einer Regelung zur Gesellschafterfremdfinanzierung im Standortsicherungs-gesetz, DB 1993, 60 (64); *Hosson-Michielse*, Treaty aspects of the „thin capitalisation“ issue – A review of the OECD report, Intertax 1989, 476 (482).

¹⁹⁾ Vgl. *Eigelshoven* in *Vogel/Lehner* (Hrsg.), DBA Kommentar⁴ (2003) Art. 9 Rz. 51 f.; *Lang* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (133 f.); *Lüthi*, Thin Capitalisation of Companies in international tax law, Intertax 1991, 446 (451).

²⁰⁾ Vgl. *Lang* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (133 ff.).

²¹⁾ Vgl. *Eigelshoven* in *Vogel/Lehner* (Hrsg.), DBA Kommentar⁴ (2003) Art. 9 Rz. 18 ff. m. w. N.

²²⁾ Vgl. *Rödler*, Besteht Bedarf für eine gesetzliche Beschränkung der Gesellschafter-Fremdfinanzierung? FJ 1996, 151 (155 ff.); *Thömmes/Stricof/Nakhai*, Thin Capitalisation Rules and Non-Discrimination Principles, Intertax 2004, 126 (132).

²³⁾ Vgl. *Gassner/Lang*, Verdecktes Eigenkapital im österreichischen Steuerrecht, GesRZ 1987, 186 (186 ff.).

²⁴⁾ „(...) la méthode par comparaison impose par le texte est impossible, si vous entendiez néanmoins inclure la sous-capitalisation dans le champ de l'article 9-1 pour ces opérations, il faudrait alors définir les critères aux plan conventionnel d'une telle sous-capitalisation. Il n'existe pas de règles universelles ou pour lesquelles un consensus existe sur cette question“; Conclusion de Commissaire du gouvernement, Gilles *Bachelier*, Rs. *SA Andritz*, No 233894.

²⁵⁾ Kritisch zu „festen Verhältniszahlen“ *Lang* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (130).

²⁶⁾ Andere Länder, wie insbesondere Deutschland, sehen einen „save haven“ in Form einer Toleranzgrenze vor. Der Gegenbeweis der Fremdüblichkeit kann angetreten werden.

²⁷⁾ Vgl. *Lang* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (135); *Knobbe-Keuk*, DB 1993, 64. Vgl. zur französischen Regel auch *Delattre*, Nationalreport Frankreich, in *IFA* (Hrsg.), Internationale Aspekte der Unterkapitalisierung, CDFI LXXXIb (1996) 419 (436).

2. Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich-1959 – Beteiligungsdiskriminierungsverbot

Der Conseil d'Etat beruft sich in seiner Entscheidung jedoch nicht darauf, dass die französische Unterkapitalisierungsregel nicht mit Art. 9 OECD-MA in Einklang zu bringen ist, sondern auf Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich von 1959²⁸⁾ i. d. F. BGBl. Nr. 147/1972: „Unternehmen eines der beiden Staaten, deren Kapital ganz oder teilweise, unmittelbar oder mittelbar, einer oder mehreren Personen mit Wohnsitz in dem anderen Staat gehört oder ihrer Kontrolle unterliegt, dürfen in dem erstgenannten Staat weder einer Besteuerung noch einer damit zusammenhängenden Verpflichtung unterworfen werden, die anders oder belastender sind als die Besteuerung und die damit zusammenhängenden Verpflichtungen, denen andere ähnliche Unternehmen des erstgenannten Staates unterworfen sind oder unterworfen werden können.“

Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich-1959 wurde erst mit der Revision des Abkommens 1972 aufgenommen²⁹⁾ und basiert auf Art. 24 Abs. 5 OECD-MA 1963. Der Wortlaut des Beteiligungsdiskriminierungsverbots wurde im OECD-MA 1977 geringfügig verändert, wobei sich der Bedeutungsinhalt nicht geändert haben dürfte.³⁰⁾ Im geltenden Art. 24 Abs. 4 DBA Österreich-Frankreich-1994³¹⁾ wurde das Beteiligungsdiskriminierungsverbot mit dem Wortlaut des OECD-MA 1992 übernommen.³²⁾

Art. 24 Abs. 5 OECD-MA verbietet die Ungleichbehandlung eines von einem Unternehmen des anderen Vertragsstaates beherrschten inländischen Unternehmens gegenüber einem inländisch beherrschten. Jede innerstaatliche Maßnahme, die zu einer Schlechterstellung von inländischen Unternehmen mit ausländischen Gesellschaftern gegenüber rein inländischen Unternehmensgruppen führt, ist daher bedenklich.³³⁾ Nicht geklärt wurde die Frage, ob jede Schlechterstellung zu einer verbotenen Diskriminierung i. S. d. Art. 24 Abs. 5 OECD-MA führt, oder ob eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung möglich ist und in der Konsequenz die Ungleichbehandlung daher „legalisiert“ wird. Es könnte etwa angedacht werden, das bei der Prüfung von europarechtlichen Diskriminierungsverboten vom EuGH entwickelte und auch vom VfGH bei der Prüfung des Gleichheitssatzes angewendete Prüfungsschema, wonach Ungleichbehandlungen, wenn sie gerechtfertigt sind, nicht dem europa-/verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten entgegenstehen³⁴⁾, auch bei DBA-rechtlichen Diskriminierungsverboten anzuwenden.

Die französische Finanzverwaltung sah sich in ihrer Argumentation durch den Fremdvergleichsgrundsatz gestützt, was der Conseil d'Etat nur inhaltlich ablehnte. Eine Auseinandersetzung darüber, ob es überhaupt Rechtfertigungsgründe für eine Beteiligungsdiskriminierung geben kann, erfolgte leider nicht.

Der Conseil d'Etat verglich bei Anwendung des Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich-1959 die österreichische Muttergesellschaft mit einer „société mère“ i. S. d. Art. 145 CGI, für die Zinszahlungen keinem Debt-equity-Test unterliegen, und kam zum Ergebnis, dass die österreichische AG ein „ähnliches Unternehmen“ i. S. d. Art. 26 Abs. 3 DBA

²⁸⁾ BGBl. Nr. 246/1961.

²⁹⁾ BGBl. Nr. 147/1972.

³⁰⁾ Vgl. Lang, Unterkapitalisierung, in Gassner/Lang/Lechner (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (154).

³¹⁾ BGBl. Nr. 613/1994.

³²⁾ Vgl. zur historischen Entwicklung des Wortlauts und des OECD-MK Lang in Gassner/Lang/Lechner (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (152 ff.).

³³⁾ Vgl. auch Lang in Gassner/Lang/Lechner (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (153); Knobbe-Keuk, Der Gesetzgeber und die Fremdfinanzierung von Kapitalgesellschaften durch ausländische Anteilseigner, DB 1979, 1596 (1597).

³⁴⁾ Hier ist jedoch anzumerken, dass der EuGH auf dem Gebiet der direkten Steuern äußerst selten Rechtfertigungsgründe anerkennt.

Österreich-Frankreich sei.³⁵⁾ Damit zog der Conseil d'Etat den Vergleich zwischen einer französischen Gesellschaft, an der nur eine französische Gesellschaft, die für das Besteuerungsregime nach Art. 145 CGI als „société mère“ zu qualifizieren ist, beteiligt ist, mit einem französischen Unternehmen, an dem eine ausländische Gesellschaft beteiligt ist. Dies entspricht dem in der Literatur dazu vertretenen Vergleichsmaßstab.³⁶⁾ Da die Tochtergesellschaft, an der ein vergleichbares ausländisches Unternehmen beteiligt ist, „weder einer Besteuerung noch einer damit zusammenhängenden Verpflichtung unterworfen wird, die anders oder belastender sind“, steht die Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen dem in Art. 26 Abs. 3 DBA Österreich-Frankreich festgelegten Diskriminierungsverbot entgegen.³⁷⁾

III. Prüfungsmaßstab Art. 43 EG – Niederlassungsfreiheit

Dem zweiten Fall, den der Conseil d'Etat am selben Tag entschied,³⁸⁾ lag nahezu der gleiche Sachverhalt zugrunde mit dem Unterschied, dass die Muttergesellschaft der *SARL Coréal Gestion* eine deutsche AG war. Die Nichtabzugsfähigkeit der Zinsen für das von der AG gewährte Darlehen wurde wiederum auf Art. 212 CGI gestützt, die Ausnahme für verbundene Unternehmen nach Art. 145 CGI konnte aus denselben Gründen nicht greifen wie bei der österreichischen Mutter. Im Verfahren zweiter Instanz entschied der Cour d'administrative d'appel de Lyon, dass die Regelung gegen Art. 43 EG, die Niederlassungsfreiheit, verstoße und daher der *SARL Coréal Gestion* der Abzug der Zinsen zu gewähren sei. Gegen diese Entscheidung legte der Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie Berufung beim Conseil d'Etat ein, der darüber endgültig entschied.

Der Cour d'administrative d'appel de Lyon hatte erwogen, dass die Niederlassungsfreiheit es nicht erlaube, Zinszahlungen an Muttergesellschaften, die im Gemeinschaftsgebiet ansässig sind, gegenüber Zinszahlungen an französische Muttergesellschaften zu diskriminieren, da die deutsche AG mit der französischen Tochtergesellschaft objektiv vergleichbar sei mit einer französischen Muttergesellschaft, die an einer französischen Tochtergesellschaft beteiligt ist.³⁹⁾ Der Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie wendete ein, dass die deutsche AG nicht vergleichbar sei einer französischen Gesellschaft, die sich als „société mère“ i. S. d. Art. 145 CGI qualifiziert. Der Conseil bestätigte die Entscheidung des Cour d'administrative d'appel de Lyon vollinhaltlich und wies die Beschwerde des Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ab.

Aus den Conclusions des Commissaire du gouvernement⁴⁰⁾ geht hervor, dass die vorliegende Rs. vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in der Rs. *Lankhorst-Hohorst*⁴¹⁾ zu betrachten ist. Eine Vorlage an den EuGH im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens

³⁵⁾ „(...) cette filiale doit être regardée, au titre de chacun des exercices en cause, comme étant de même nature, au sens de l'article 26 § 3 précité de la convention franco-autrichienne du 8 octobre 1959 modifiée.“

³⁶⁾ Vgl. *Rust* in *Vogel/Lehner* (Hrsg.), DBA Kommentar⁴ (2003) Art. 24 Rz. 167; *Lang* in *Gassner/Lang/Lechner* (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Internationalen Steuerrecht (1994) 127 (153); *Van Raad*, Non-discrimination in International Tax Law (1986) 188.

³⁷⁾ Zum selben Ergebnis kamen auch der BFH und der britische High Court: BFH 29. 1. 2003, I R 6/99, IStR 2003, 422 (422 ff.); High Court 24. 11. 2003, *NEC Semi-Conductors Limited and other test claimants*, IRC (2003) EWHC 2813. Vgl. zur ähnlichen (alten) deutschen Unterkapitalisierungsregel § 8a dKStG *Krabbe*, der keinen Verstoß gegen die DBA-rechtlichen Diskriminierungsverbote annahm: *Krabbe*, Maßnahmen gegen unangemessene Gesellschafterfremdfinanzierung und das Recht der Doppelbesteuerungsabkommen, RIW 1984, 127 (128 ff.).

³⁸⁾ Conseil d'Etat 30. 12. 2003, Nr. 249047, *SARL Coréal Gestion*.

³⁹⁾ „(...) les unes et les autres de ces sociétés filiales sont dans une situation objectivement comparable.“

⁴⁰⁾ Conclusions de Commissaire du gouvernement, Guillaume *Goulard*, Rs. *SARL Coréal Gestion*, No. 249047.

⁴¹⁾ EuGH 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779. Vgl. dazu *Leitner/Furherr*, Deutsche Gesellschafter-Fremdfinanzierungsregelung und abkommensrechtliche Schachtelbefreiung im DBA Deutschland-Österreich, SWI 2004, 61 (61 ff.).

rens wurde in der Rs. *SARL Coréal Gestion* deshalb nicht durchgeführt, da der Commissaire de gouvernement von einer gefestigten EuGH-Rechtsprechung in den strittigen Fragen ausging.⁴²⁾ Er berief sich darauf, dass die in der Rs. *Lankhorst-Hohorst*⁴³⁾ geprüfte deutsche Norm (§ 8a dKStG) zur Unterkapitalisierung⁴⁴⁾ der französischen Norm hinreichend ähnlich sei.⁴⁵⁾ Die französische Regelung ist denselben gemeinschaftsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Es könnten „presque mot pour mot“ dieselben Rechtfertigungsgründe⁴⁶⁾ ins Treffen geführt werden,⁴⁷⁾ die der EuGH in der Rs. *Lankhorst-Hohorst*⁴⁸⁾ gerade nicht anerkannt hatte. Dem Commissaire du gouvernement ist hinsichtlich der Vorlagepflicht zuzustimmen. Nach EuGH-Rechtsprechung kann ein Höchstgericht nämlich dann von der Vorlagepflicht nach Art. 234 EG absehen, wenn die Wirkung einer früher ergangenen Vorabentscheidung „im Einzelfall den inneren Grund dieser Verpflichtung entfallen oder sie somit sinnlos erscheinen lässt“⁴⁹⁾ und eine gesicherte Rechtsprechung vorliegt.⁵⁰⁾

Die französischen Unterkapitalisierungsregeln differenzieren wie § 8a dKStG⁵¹⁾ „clairement“⁵²⁾ zwischen französischen und Gruppen mit Auslandsbezug. Wenngleich auch der Commissaire du gouvernement davon ausgeht, dass die Gewinnabgrenzung nach Art. 9 OECD-MA „sans doute“ zulässig ist, räumt er doch ein, dass dies wohl kein geeigneter Rechtfertigungsgrund für eine europarechtliche Diskriminierung ist.⁵³⁾ Art. 9 OECD-MA wurde auch in der Rs. *Langhorst-Hohorst*⁵⁴⁾ als Rechtfertigungsgrund vorgebracht, jedoch von GA *Mischo* als nicht schlagend gewürdigt⁵⁵⁾ und vom EuGH nicht näher ausgeführt.⁵⁶⁾ Der französische Unterkapitalisierungsregel steht daher die Niederlassungsfreiheit entgegen.⁵⁷⁾ Hier ist anzumerken, dass eine unterschiedliche Behandlung bei der Abzugsfähigkeit von Fremdkapitalzinsen, je nachdem, ob die das Fremdkapital gewährende Muttergesellschaft inländisch oder ausländisch ist, auch vor dem DBA-rechtlichen Diskriminierungsverbot nach Art. 24 Abs. 5 OECD-MA wohl nicht standhalten würde.

⁴²⁾ Insbesondere berief sich der Commissaire du gouvernement auf die Rs. *Langhorst-Hohorst*, EuGH 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779 und Rs. *Metallgesellschaft und Höchst*, EuGH 8. 3. 2001, Rs. C-397/98, C-410/98, *Metallgesellschaft und Höchst*, Slg. 2001 I-5409.

⁴³⁾ EuGH 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779.

⁴⁴⁾ Vgl. die europarechtliche Kritik dieser Norm bereits bei *Wachter*, Finanzierungsfreiheit im europäischen Binnenmarkt, IStR 1999, 689 (690 f.); *Cordewener*, Pending Cases Filed by German Courts: the Lankhorst-Hohorst Case, the Schilling Case, the Arnoud Gerritse Case and the Ulf Thomsen Case, in *Lang* (Hrsg.), *Direct Taxation: Recent ECJ Developments* (2003) 35 (35 ff.).

⁴⁵⁾ „(...) la question que vous pourriez être amenés à poser ne nous paraît pas susceptible de faire évoluer la jurisprudence communautaire. Car le dispositif français répond à la même logique que le dispositif allemande que la Cour vient de censurer dans son arrêt Lankhorst-Hohorst.“

⁴⁶⁾ In der Rs. *Lankhorst-Hohorst* wurden als Rechtfertigungsgründe der Grundsatz der Einmalbesteuerung, die Kohärenz des Steuersystems, die Verhinderung des Rechtsmissbrauchs und Art. 9 OECD-MA angeführt. Vgl. dazu im Detail *Kofler*, EuGH zu Unterkapitalisierungsregeln, GeS 2003, 33 (33 ff.).

⁴⁷⁾ „(...) Pour le reste, les arguments qui pourraient être avancés pour défendre le système allemande et le raisonnement de la Cour de justice pourrait être transpose, presque mot pour mot, pour déclarer l'article 212 contraire aux principe communautaire de la liberté d'établissement.“

⁴⁸⁾ EuGH 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779.

⁴⁹⁾ EuGH 27. 3. 1963, verb. Rs. C-28–30/62, *Da Costa*, Slg. 1963-61 Rz. 81.

⁵⁰⁾ EuGH 27. 3. 1982, Rs. C-283/81, *CILFIT*, Slg. 1982-3415.

⁵¹⁾ § 8a dKStG wurde als Reaktion auf das Urteil mit der deutschen Steuerreform geändert. Sein Anwendungsbereich wird auf die Finanzierung durch inländische Gesellschafter ausgedehnt; vgl. dazu *Suhrbier-Hahn*, Ein Überblick über die Neuerungen im deutschen Steuerrecht, SWI 2004, 128 (132 ff.).

⁵²⁾ Conclusions de Commissaire du gouvernement, Guillaume *Goulard*, Rs. *SARL Coréal Gestion*, No 249047.

⁵³⁾ Conclusions de Commissaire du gouvernement, Guillaume *Goulard*, Rs. *SARL Coréal Gestion*, No 249047.

⁵⁴⁾ EuGH 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779.

⁵⁵⁾ Schlussantrag GA *Mischo* 26. 9. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779 Rz. 79 ff.

⁵⁶⁾ EuGH 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779, Rz. 39.

⁵⁷⁾ Vgl. zur Europarechtswidrigkeit der französischen Unterkapitalisierungsregeln bereits *Delattre*, Nationalreport Frankreich, in *IFA* (Hrsg.), *Internationale Aspekte der Unterkapitalisierung*, CDFI LXXXIb (1996) 419 (437 ff.).

IV. Würdigung Die vorliegenden Entscheidungen des Conseil d'Etat bestätigen einerseits die zum § 8a dKStG ergangene Rechtsprechung des EuGH zu Unterkapitalisierungsregeln in der Rs. *Lankhorst-Hohorst*⁵⁸⁾ und machen deutlich, dass Unterkapitalisierungsregeln dann der in Art. 43 EG garantierten Niederlassungsfreiheit widersprechen, wenn sie zwischen in- und ausländischen Fremdkapitalgebern differenzieren. Für den Conseil d'Etat war dies in der Rs. *SARL Coréal Gestion*⁵⁹⁾ derart klar, dass er zu Recht auf die Vorlage an den EuGH verzichtete. In der EU dürften daher diskriminierende Unterkapitalisierungsregeln nicht mehr zur Anwendung kommen. Deutschland hat bereits reagiert und erweiterte mit Wirkung 1. 1. 2004 den Anwendungsbereich des § 8a dKStG auch auf inländische Fremdkapitalgeber, was einem „Paradigmenwechsel“⁶⁰⁾ gleichkommt. Großbritannien passt in der Finance Bill 2004 die Unterkapitalisierungsregeln an.⁶¹⁾ Obwohl auch andere europäische Staaten ähnliche Unterkapitalisierungsvorschriften kennen, die damit auch europarechtlichen Bedenken ausgesetzt sind, dürfte die Anpassung der nationalen Regeln nur langsam erfolgen.⁶²⁾

Bei Unterkapitalisierungsregeln kommt weiters dem Beteiligungsdiskriminierungsverbot nach Art. 24 Abs. 5 OECD-MA besondere Bedeutung zu, wonach ein inländisches Unternehmen, dessen Gesellschafter im anderen DBA-Staat ansässig sind, nicht gegenüber einem anderen inländischen Unternehmen, dessen Eigentümer im Inland ansässig sind, diskriminiert werden darf. Die französische Finanzverwaltung sah die unterschiedliche Behandlung bei den Unterkapitalisierungsregeln von inländischen Unternehmensgruppen und Unternehmensgruppen, bei denen die Muttergesellschaft im Ausland ansässig ist, durch den Fremdvergleichsgrundsatz, der in Art. 9 OECD-MA festgelegt ist, gerechtfertigt. Der Conseil d'Etat hat zunächst klargestellt, dass für die DBA-Auslegung immer nur jene Fassung des OECD-MK herangezogen werden kann, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des DBA bereits existiert hat. In der Rs. *SA Andritz* lehnte er damit den Bezug auf die erst 1992 in den OECD-MK zu Art. 9 OECD-MA aufgenommenen Erläuterungen zu „thin capitalization rules“ für die Interpretation des 1959 mit Änderungen 1972 abgeschlossenen DBA Österreich-Frankreich zu Recht ab.

Inhaltlich geht der Conseil d'Etat davon aus, dass der Fremdvergleichsgrundsatz nur auf die Leistungen zwischen den verbundenen Unternehmen anwendbar ist und nicht auf die Art des Rechtsgeschäfts selbst. Nationale Unterkapitalisierungsregeln stehen jedoch grundsätzlich Art. 9 OECD-MA nicht entgegen, müssen aber dem Fremdvergleichsgrundsatz entsprechen, was bei der vorliegenden französischen Regel mit starren Verhältniszahlen nicht der Fall sein dürfte.

Darüber hinaus liegt eine Ungleichbehandlung von Auslandssachverhalten vor, da die Unterkapitalisierungsregel derart ausgestaltet ist, dass sie nur bei grenzüberschreitenden Beteiligungsverhältnissen greift. Eine derartige Ungleichbehandlung dürfte nicht mit dem Beteiligungsdiskriminierungsverbot nach Art. 24 Abs. 5 OECD-MA in Einklang zu bringen sein.

⁵⁸⁾ EuGH 12. 12. 2002, Rs. C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*, Slg. 2002 I-11779.

⁵⁹⁾ Conseil d'Etat 30. 12. 2003, Nr. 249047, *SARL Coréal Gestion*.

⁶⁰⁾ *Suhrbier-Hahn*, Ein Überblick über die Neuerungen im deutschen Steuerrecht, SWI 2004, 128 (132); vgl. kritisch zur Neuregelung *Kessler*, Die Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Spannungsfeld zum Recht der Doppelbesteuerungsabkommen und Europarecht, DB 2003, 2507 (2507 ff.); *Köhler/Eickner*, Aktuelles Beratungs-Know-how Internationales Steuerrecht, IStR 2004, 672 (672 f.); *Körner*, § 8a KStG n. F. – Darstellung, Gestaltungsmöglichkeiten, Europarechtskonformität – Teil II, IStR 2004, 253 (253 ff.); *Thömmes/Stricof/Nakhai*, Intertax 2004, 126 (129 ff.).

⁶¹⁾ Vgl. dazu *Wolk*, Current Notes, Transfer pricing and thin capitalisation: the draft legislation, BTR 2004, 1 (1 ff.).

⁶²⁾ Zu diesem Schluss kommt *Kessler*, Überblick zur Gesellschafter-Fremdfinanzierung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, IStR 2003, 187 (187 f.). Interessant auch die Bedenken zu einem Entwurf einer österreichischen Unterkapitalisierungsregel im StruktAnpG 1996 bei *Rödler*, FJ 1996, 151 (151 ff.).