



Bundesministerium
der Finanzen

Finanzausschuss
Ausschuss-Drucksache

Nr. 17 (7) - 577

17. Wahlperiode

Hartmut Koschyk

Parlamentarischer Staatssekretär

POSTANSCHRIFT Bundesministerium der Finanzen, 11016 Berlin

HAUSANSCHRIFT Wilhelmstraße 97, 10117 Berlin

Per E-Mail

Vorsitzende des Finanzausschusses
des Deutschen Bundestages
Frau Dr. Birgit Reinemund MdB
Platz der Republik
11011 Berlin

TEL +49 (0) 30 18 682-4245

FAX +49 (0) 30 18 682-4404

E-MAIL Hartmut.Koschyk@bmf.bund.de

DATUM 20. September 2013

BETREFF **Finanztransaktionsteuer (FTT) in Verstärkter Zusammenarbeit (VZ);
Aufzeichnung zum Verfahrensstand der Beratungen des Richtlinienvorschlags der
Europäischen Kommission in der Ratsarbeitsgruppe ~~und Ratsarbeitsgruppe~~ am
9. September 2013
Rechtsgutachten des Juristischen Dienstes des Rates der Europäischen Union vom
6. September 2013 (Ratsdokument 13412/13)**

ANLAGE 2

GZ **IV D 4 - S 1900/10/10011 :103**

DOK **2013/0853875**

(bei Antwort bitte GZ und DOK angeben)

Sehr geehrte Frau Vorsitzende,

anbei übersende ich zu Ihrer Unterrichtung den Drahtbericht zur Ratsarbeitsgruppe am 9. September 2013 und das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates der Europäischen Union vom 6. September 2013 zur Ansässigkeitsfiktion im Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission.

Die erste technische Lesung des Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission konnte in der Ratsarbeitsgruppe am 9. September 2013 abgeschlossen werden. Die Litauische Ratspräsidentschaft hat nun über die weitere Terminierung der Ratsarbeitsgruppensitzungen zu befinden. Aufgrund der Kurzfristigkeit der Vorlage des anliegenden Gutachtens des Juristischen Dienstes des Rates hat die Litauische Ratspräsidentschaft bereits angekündigt, die Diskussion der aufgeworfenen Rechtsfrage in den nächsten Ratsarbeitsgruppensitzungen fortzuführen.

Der wesentliche Inhalt des Gutachtens lässt sich wie folgt zusammenfassen:

Der Juristische Dienst des Rates nimmt aktuell allein zu einem bestimmten Aspekt des extraterritorialen Anwendungsbereichs einer FTT im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit, der sog. Ansässigkeitsfiktion, wie sie nach dem Richtlinienvorschlag als Schutz vor

Abwanderungsbewegungen vorgesehen ist, Stellung. Zur Rechtmäßigkeit des Richtlinienvorschlages insgesamt werden keine Aussagen getroffen, auch nicht zur Erhebung der Steuer nach dem Ansässigkeitsprinzip insgesamt, das vorsieht, dass die Besteuerung an den Sitz der Transaktionsparteien geknüpft wird. Zum Ausgabeprinzip werden ebenfalls keine Aussagen gemacht.

Der Ansässigkeitsfiktion in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f des Richtlinienvorschlages zufolge gilt ein Finanzinstitut auch dann im Gebiet eines an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaates als ansässig und damit als steuerpflichtig, wenn es seinen Sitz außerhalb des Gebietes der Verstärkten Zusammenarbeit hat, aber an einer Transaktion mit einer Partei aus diesem Mitgliedstaat beteiligt ist.

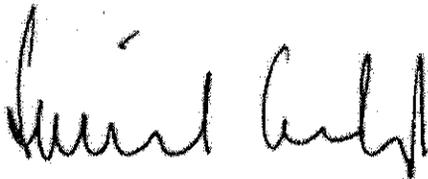
Die Ansässigkeitsfiktion wird vom Juristischen Dienst des Rates als rechtswidrig bezeichnet. Sie sei weder mit dem Völkerrecht noch mit dem Unionsrecht vereinbar. Die Regelung verletze die Rechte der nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten. Sie diskriminiere diese Staaten und führe zu Wettbewerbsverzerrungen.

Die Rechtsauffassung des Juristischen Dienstes des Rates wird von der Europäischen Kommission nicht geteilt. In einer ersten Erklärung bezeichnete die Kommission die Stellungnahme als nicht überzeugend.

Anzumerken ist, dass die vorliegende Stellungnahme des Juristischen Dienstes des Rates keine Rechtswirkungen entfaltet. Die Beratungen über die Finanztransaktionsteuer, die die Bundesregierung weiterhin mit Nachdruck unterstützt, können somit ungehindert voranschreiten.

Unmittelbare Auswirkungen der Stellungnahme auf die Klage des Vereinigten Königreichs gegen die Ermächtigung des Rates zur Verstärkten Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Finanztransaktionsteuer werden ebenfalls nicht gesehen. Es ist davon auszugehen, dass es in dem Verfahren nicht um materiell-rechtliche Fragen gehen dürfte, die mit der konkreten Ausgestaltung der geplanten Finanztransaktionsteuer zusammenhängen. Die Bundesregierung wurde inzwischen als Streithelferin auf der Seite des Rates der Europäischen Union zugelassen. Sie wird eine Stellungnahme in dem Verfahren abgeben.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Karin Aul', is written in a cursive style.

Drahtbericht vom 11. September 2013 aus Brüssel an das Auswertige Amt

Zur Unterrichtung

Zusammenfassung

Die erste Lesung des KOM-Vorschlages zur Einführung einer Finanztransaktionssteuer (FTT) in verstärkter Zusammenarbeit (VZ) wurde abgeschlossen.

Das jüngst verfaßte Gutachten des JD des Rates über die Vereinbarkeit des RL-Vorschlages mit höherrangigem Recht wurde vom Rechtsdienst des Rates vorgetragen und war Gegenstand einer ersten Beratung, die auf der nächsten RAG zur FTT vertieft werden soll.

Im einzelnen

1. Fortsetzung und Abschluss der ersten Lesung

DEU nahm Bezug auf die Stellungnahme des Bundesrates vom 22. März 2013 und wandte sich im Zusammenhang mit Art. 11 und Art. 16 gegen die Aufnahme delegierter Rechtsakte in den Richtlinienvorschlag. Wichtige Regelungen sollten in der Richtlinie selbst vorgegeben werden. DEU bat die KOM um Konkretisierung, was genau nach ihrer Auffassung durch delegierte Rechtsakte bestimmt werden soll. Dem schlossen sich CZE, GRC, IRL, SVN, PRT, FRA und ITA an. Die KOM nahm die kritische Haltung der MS zu delegierten Rechtsakten, die aus vorangegangenen Diskussionen bekannt sei, zur Kenntnis.

FRA, GRC, CZE, BEL, PRT und SVN wandten sich gegen die vorgesehenen Fristen für Steuerentrichtung und Steuererklärung. Es sei nicht praktikabel, dass bei elektronischen Transaktionen die Steuer sofort zu entrichten sei, und nicht nachvollziehbar, warum die Erklärung der Steuer an einem anderen Termin als die Entrichtung erfolgen solle. SVN warb dafür, sich insoweit an die Regelungen bei der Umsatzsteuer anzulehnen. GBR äußerte die Befürchtung, dass delegierte Rechtsakte dazu genutzt werden könnten, Marktinfrastrukturanbieter außerhalb des Gebietes der Verstärkten Zusammenarbeit zu diskriminieren, etwa bei einer Zertifizierung. Die KOM wies dies zurück. Es werde keine Diskriminierung erfolgen. Die Steuer solle möglichst vom Anbieter der Marktinfrastruktur eingenommen werden. Dies sei der effizienteste Weg, da die Steuerzahlungen dort gesammelt entgegengenommen und zusammen an den jeweiligen Fiskus abgeführt werden könnten. Eine sofortige Zahlung stelle hier kein Problem dar, sie könne zudem als Entschädigung für die erbrachten Leistungen im Rahmen der Steuererhebung angesehen werden. In jedem Fall sei es nicht vorgesehen, dass im Moment der Transaktion Millionen von Zahlungen an die Steuerverwaltung selbst erfolgen sollten. Ein Vergleich mit der Umsatzsteuer sei insoweit nicht angebracht, da die Marktteilnehmer und die Marktinfrastruktur sich völlig unterschieden. Es gehe dort - anders als auf dem Finanzmarkt - nicht um Transaktionen, die überwiegend elektronisch abgewickelt würden.

IRL, NLD, DNK, GBR, CZE und SWE baten um Erläuterung, wann konkret eine "künstliche Vereinbarung" nach Art. 13 vorliege, die lediglich der Steuervermeidung diene und daher unbeachtlich sein solle. Der Nachweis, dass Vereinbarung nur der Steuervermeidung diene, sei schwierig. DEU, FRA und EST sprachen sich dafür aus, bei der Regelung von

Antimissbrauchsbestimmungen für die FTT auch das OECD-Projekt BEPS zur Bekämpfung von Steuerverkürzung und Gewinnverschiebung zu berücksichtigen. Im Rahmen der FTT sei die Missbrauchsbekämpfung aufgrund des überwiegend anonymen Handels und langer Transaktionsketten besonders komplex. Die KOM wies darauf hin, dass die Probleme bei der Missbrauchsbekämpfung daraus resultierten, dass bislang die formale Betrachtungsweise zu stark in den Vordergrund gerückt worden sei. Es müsse daher auf eine materielle Betrachtung abgestellt werden. Dafür habe die KOM mit ihrem Vorschlag die Grundlage geliefert. Wann eine künstliche Regelung vorliege, sei in Art. 13 geregelt. Danach reiche eine Änderung der Form der Transaktion nicht aus, wenn diese allein der Steuervermeidung diene, die wirtschaftliche Substanz der Transaktion aber unverändert bleibe. Die Bemühungen des BEPS-Projekts seien sehr zu begrüßen. Die dortigen Überlegungen seien allerdings nur begrenzt übertragbar, da sie sich auf direkte Steuern bezögen und nicht - wie bei der Finanztransaktionsteuer - auf eine indirekte Steuer.

FRA, IRL, PRT, GRC, NLD, BEL und DEU baten um Klarstellung, dass Art. 15, der es den beteiligten MS verbiete, neben der vorgesehenen Steuer andere Steuern auf Finanztransaktionen zu erheben, nicht die Erhebung von Grunderwerbsteuer sowie Ertrag- und Besitzsteuern verbiete. Bezug genommen wurde hinsichtlich Grunderwerbsteuern insbesondere auf Transaktionen mit Anteilen an grundstücksbesitzenden Gesellschaften. Die Steuersätze, die hier anfielen, seien in vielen MS deutlich höher als die der Finanztransaktionsteuer. Die KOM stellte heraus, dass Art 15 nur Finanztransaktionsteuern erfasse und andere Steuern wie Grunderwerbsteuern/Immobiliensteuern nicht verhindere, sagte aber noch eine genauere Prüfung zu.

In Bezug auf die Umsetzung der geplanten Richtlinie in nationales Recht, die gemäß Art. 20 bis zum 30. September 2013 erfolgen müsse, äußerte die LTU-Ratspräsidentschaft die Einschätzung, dass eine Umsetzung innerhalb von 21 Tagen nicht realistisch sei. Die Datumsangaben in den Artikeln 16 bis 22 müssten daher "in Klammern gelesen" werden. GBR äußerte darüber hinaus Zweifel daran, dass die vorgesehene dreimonatige Frist zwischen Umsetzung der Richtlinie und Anwendung der Steuer nicht ausreichend sei. GBR regte an, 18 Monate oder gar zwei Jahre als Übergangsfrist vorzusehen.

LTU-Ratspräsidentschaft kündigte nach dieser Lesung an, die Beiträge der MS aus den vergangenen Sitzungen zu prüfen und zu entscheiden, wie die Beratungen fortgesetzt würden. Ein Termin für die nächste Sitzung der Ratsarbeitsgruppe wurde nicht bekannt gegeben.

2. Angaben zum Erfüllungsaufwand einschließlich einer Bürokratiekostenschätzung zum Richtlinienvorschlag

DEU wies darauf hin, dass die Angaben zum Erfüllungsaufwand und insbesondere zu den Bürokratiekosten im Anhang des Richtlinienvorschlages nicht ausreichend seien. DEU fordere die KOM daher nachdrücklich auf, die Ausführungen zum Erfüllungsaufwand und zur Bürokratiekostenschätzung hinsichtlich der Mitgliedstaaten zu ergänzen. Die KOM führte aus, dies sie die jeweiligen Auswirkungen in den einzelnen MS nicht einschätzen könne und dass dies von den MS geleistet werden müsse.

3. Stellungnahme des Rechtsdienstes des Rates zur Vereinbarkeit des KOM-Vorschlages mit Völkerrecht und primärem Gemeinschaftsrecht

Einleitend stellte LTU-Ratspräsidentschaft klar, dass es in der heutigen Sitzung keinen vertieften Austausch über die Stellungnahme des Rechtsdienstes des Rates vom 6. September 2013 geben könne, da diese erst am Freitag, den 6. September 2013, vorgelegt worden sei. Eine eingehende Aussprache könne erst in einer späteren RAG erfolgen.

Der Rechtsdienst des Rates erläuterte seine Stellungnahme. Er wies darauf hin, dass sich die Stellungnahme ausschließlich auf die sog. Ansässigkeitsfiktion in Art. 4 Abs. 1 Buchst. f beziehe. Es sei weder die Rechtmäßigkeit des gesamten Richtlinienvorschlags geprüft worden, noch die Rechtmäßigkeit des Ansässigkeitsprinzips oder des Ausgabepinzips. Dazu treffe die Stellungnahme demgemäß auch keine Aussagen.

Der Ansässigkeitsfiktion des Buchst. f) zufolge gelte ein Finanzinstitut auch dann als im Gebiet eines an der VZ beteiligten MS ansässig (und damit als steuerpflichtig), wenn es seinen Sitz in einem nicht an der VZ teilnehmenden MS habe, aber die Transaktion mit einer Partei in einem teilnehmenden MS durchgeführt werde.

Diese Regelung werde vom Rechtsdienst als rechtswidrig angesehen. Es würden Hoheitsbefugnisse gegenüber Institutionen ausgeübt, die außerhalb des Gebietes der VZ gelegen seien. Rechtfertigungsgründe hierfür seien nicht gegeben, insbesondere fehle es an einem "relevant link". Die Regelung zur Ansässigkeitsfiktion sei weder mit dem Völkerrecht noch mit dem EU-Recht vereinbar. Die Regelung verletze die Rechte der nicht an der VZ beteiligten MS, da sie in deren Steuerhoheit eingreife. Die Ansässigkeitsfiktion führe zudem zu einer Diskriminierung dieser MS und zu Wettbewerbsverzerrungen. Die Transaktionen würden steuerlich in der Höhe (Steuersatz) unterschiedlich besteuert je nach dem, ob der Sitz der beteiligten Finanzinstitute innerhalb des Gebietes der VZ liegt oder außerhalb. Sofern nicht an der VZ beteiligte MS selbst eine Finanztransaktionsteuer erheben würden, könnte es zudem zu einer Doppelbesteuerung kommen.

Die Stellungnahme des Rechtsdienstes des Rates wurde begrüßt von GBR, SWE, LUX, NLD und CZE. LUX merkte an, die Stellungnahme des Rechtsdienstes des Rates in der Vergangenheit erbeten zu haben.

Die KOM wies die Stellungnahme des Rechtsdienstes des Rates zurück. Der Rechtsdienst der KOM sei zum Ergebnis gekommen, dass die Ansässigkeitsfiktion mit Völker- und EU-Recht vereinbar sei. Es treffe insbesondere nicht zu, dass die Ansässigkeitsfiktion in ihrer Konstruktion einmalig sei, wie vom Rechtsdienst des Rates behauptet werde. Vielmehr sei die Regelung mit Bestimmungen im Umsatzsteuerrecht vergleichbar. Auch dort richte sich die Besteuerung nach den Regelungen des Staates, in dem der Empfänger der Leistung seinen Sitz habe, und die Steuersätze bei der Umsatzsteuer seien sehr unterschiedlich in den MS.

4. Fragebogen zu Finanzinstituten und Finanzgeschäften

Die KOM ging kurz auf den Sachstand im Hinblick auf den an die MS übersandten Fragebogen zu Finanzinstituten und Finanzinstrumenten ein, der als Grundlage für eine vertiefte Analyse der Auswirkungen des Richtlinienvorschlags dienen soll. Die MS wurden gebeten, den Fragebogen zu beantworten. Ein Großteil der MS habe bislang keine Antwort vorgelegt und damit die bis zum 6. September 2013 laufende Frist für die Beantwortung des ersten Teils des Fragebogens nicht eingehalten. Lediglich DEU habe der KOM bereits beide Teile des Fragebogens vorgelegt.



RAT DER
EUROPÄISCHEN UNION

Brüssel, den 6. September 2013 (17.09)
(OR. en)

13412/13

Interinstitutionelles Dossier:
2013/0045 (CNS)

LIMITE

JUR 448
FISC 163
ECOFIN 771

GUTACHTEN DES JURISTISCHEN DIENSTES*

Betr.: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Umsetzung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer (FTS)
– Rechtmäßigkeit der auf Grundlage der Gegenpartei geltenden Ansässigkeit von Finanzinstituten (Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f des Vorschlags)

I. Einleitung

1. Die Kommission hat 2011 einen Vorschlag für die Besteuerung des Finanzsektors vorgelegt, in dem eine harmonisierte Finanztransaktionssteuer (FTS) vorgesehen ist, die auf Transaktionen von Finanzinstituten mit bestimmten Finanzinstrumenten anzuwenden wäre. Da keine Einstimmigkeit über den Vorschlag erzielt werden konnte, nahmen elf Mitgliedstaaten Beratungen über die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit auf. Mit dem Beschluss 2013/52/EU genehmigte der Rat am 22. Januar 2013 die Einleitung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer. Die Kommission hat dem Rat den in diesem Gutachten erörterten Vorschlag daher im Einklang mit dem Beschluss 2013/52/EU des Rates vorgelegt, mit dem die Verstärkte Zusammenarbeit im Bereich der Finanztransaktionssteuer genehmigt worden war.

* Die in diesem Dokument enthaltene Rechtsberatung unterliegt dem Schutz nach Artikel 4 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1049/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2001 über den Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission und ist vom Rat der Europäischen Union nicht für die Öffentlichkeit freigegeben worden.

2. Im Laufe der Beratungen in der Gruppe "Steuerfragen" (Indirekte Besteuerung – MwSt) wurden Zweifel laut, ob Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f des Vorschlags mit Artikel 327 AEUV, der Gleichbehandlung, der Verhältnismäßigkeit und den Grundsätzen des Binnenmarkts, insbesondere dem freien Kapitalverkehr, vereinbar ist. Es wurde vorgetragen, dass durch Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f der vorgeschlagenen Richtlinie die steuerlichen Zuständigkeiten der nicht beteiligten Mitgliedstaaten missachtet würden, da die Verknüpfung zwischen dem Mitgliedstaat der Besteuerung und der nach dieser Bestimmung zur Zahlung der FTS verpflichteten gebietsfremden Person nicht ausreiche, um die Ausübung der Normativkompetenz in Bezug auf die Besteuerung dieser gebietsfremden Person zu rechtfertigen. Der Juristische Dienst wurde gebeten, zu diesen Fragen Stellung zu nehmen.
3. Mit dem vorliegenden Gutachten entspricht der Juristische Dienst diesem Ersuchen. Auf andere Fragen oder weitere Bestimmungen des Vorschlags soll in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden.
4. Es sei darauf hingewiesen, dass die Rechtmäßigkeit von vorgeschlagenen Vorschriften des sekundären Unionsrechts, die im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit erlassen werden sollen, gleichzeitig nach den allgemeinen Vorschriften und Grundsätzen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, einschließlich der Verpflichtung zur Wahrung des Völkergewohnheitsrechts (Artikel 3 Absatz 5 EUV), zu prüfen ist, und nach den besonderen Vorschriften des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Bezug auf die Begründung einer Verstärkten Zusammenarbeit, insbesondere Artikel 327, wonach *"eine Verstärkte Zusammenarbeit [...] die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht an der Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten [achtet] [...]"*, sowie Artikel 20 Absatz 4 EUV, wonach *"an die im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit erlassenen Rechtsakte [...] nur die an dieser Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten gebunden [sind]"*.

II. Relevante Aspekte der vorgeschlagenen Richtlinie

5. Nach den Artikeln 1, 3 und 5 des Vorschlags erheben die teilnehmenden Mitgliedstaaten eine FTS auf alle Finanztransaktionen (im Sinne des Vorschlags), sofern zumindest eine an der Transaktion beteiligte Partei im Hoheitsgebiet des teilnehmenden Mitgliedstaats ansässig ist und ein im Hoheitsgebiet eines teilnehmenden Mitgliedstaats ansässiges Finanzinstitut eine Transaktionspartei ist, die entweder für eigene oder fremde Rechnung oder im Namen einer Transaktionspartei handelt.

6. Der Begriff "Finanzinstitute" ist in dem Vorschlag weit gefasst und umfasst Kreditinstitute, geregelte Märkte, Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen, Pensionsfonds, die meisten Publikums- und Privatfonds, Zweckgesellschaften sowie andere Unternehmen, Institute, Einrichtungen oder Personen, die eine oder mehrere der im Vorschlag definierten Tätigkeiten ausüben, sofern der jährliche Durchschnittswert ihrer finanziellen Transaktionen über fünfzig Prozent ihres durchschnittlichen Netto-Jahresumsatzes ausmacht.
7. Nach Artikel 10 ist die FTS für jede Finanztransaktion von jedem Finanzinstitut, das Transaktionspartei ist, an die Steuerbehörden des teilnehmenden Mitgliedstaats zu entrichten, in dessen Hoheitsgebiet das Finanzinstitut als ansässig gilt. Die Steuerbemessungsgrundlage setzt sich aus allen Komponenten zusammen, die die von der Gegenpartei oder einer dritten Partei für die Übertragung entrichtete oder geschuldete Gegenleistung darstellen (Artikel 6), oder ist der im Derivatkontrakt genannte Nominalbetrag (Artikel 7); wurde die Steuer nicht entrichtet, haften alle Parteien einer Transaktion gesamtschuldnerisch für die Entrichtung der geschuldeten Steuer.
8. Nach Artikel 4 des Vorschlags gilt ein Finanzinstitut als im Hoheitsgebiet eines teilnehmenden Mitgliedstaats ansässig, wenn
 - a) ihm von den zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats die Genehmigung, als solches zu handeln, in Bezug auf durch diese Genehmigung abgedeckte Transaktionen erteilt wurde;
 - b) ihm die Genehmigung erteilt bzw. es anderweitig berechtigt wurde, bezüglich des Hoheitsgebiets dieses Mitgliedstaats vom Ausland aus als Finanzinstitut tätig zu sein, in Bezug auf durch diese Genehmigungen oder Berechtigungen abgedeckte Transaktionen;
 - c) es seinen eingetragenen Sitz in diesem Mitgliedstaat hat;
 - d) es seine feste Anschrift oder, falls keine feste Anschrift festgestellt werden kann, seinen gewöhnlichen Sitz in diesem Mitgliedstaat hat;
 - e) es eine Zweigstelle in diesem Mitgliedstaat hat, in Bezug auf von dieser Zweigstelle durchgeführte Transaktionen;
 - f) es eine für eigene oder fremde Rechnung oder im Namen einer Transaktionspartei handelnde Partei einer Finanztransaktion mit einem anderen gemäß den Buchstaben a, b, c, d oder e in diesem Mitgliedstaat ansässigen Finanzinstitut oder mit einer im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ansässigen Partei, bei der es sich nicht um ein Finanzinstitut handelt, ist;

- g) es eine für eigene oder fremde Rechnung oder im Namen einer Transaktionspartei handelnde Partei einer Finanztransaktion mit einem strukturierten Produkt oder einem der Finanzinstrumente im Sinne von Anhang I Abschnitt C der Richtlinie 2004/39/EG, das im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats ausgegeben wurde, ist, mit Ausnahme der in den Nummern 4 bis 10 dieses Abschnitts genannten Instrumente, die nicht auf einer organisierten Plattform gehandelt werden.
9. Ist mehr als eine der vorgenannten Bedingungen erfüllt, dient die erste vom Beginn der Auflistung in absteigender Reihenfolge erfüllte Bedingung zur Bestimmung des teilnehmenden Mitgliedstaats der geltenden Ansässigkeit (Artikel 4 Absatz 4).
10. In Anbetracht der vorstehenden Ausführungen lassen sich die Anknüpfungspunkte für die Erhebung der FTS gemäß dem Vorschlag wie folgt zusammenfassen:
- "Genehmigung" der Finanztätigkeit, bezüglich deren die steuerpflichtige Transaktion von dem Finanzinstitut durchgeführt wird (Ort der Transaktion) (Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a und b);
 - Ansässigkeit (Sitz oder Zweigstelle, die die Transaktion durchführt) des Finanzinstituts im Mitgliedstaat der Besteuerung (Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben c, d und e);
 - Ansässigkeit oder "Genehmigung" der Gegenpartei des Finanzinstituts im Mitgliedstaat der Besteuerung (im Folgenden "Gegenpartei-Grundsatz" oder "Gegenpartei-Anknüpfungspunkt") (Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f);
 - Ausgabe des Finanzinstruments im Mitgliedstaat der Besteuerung (Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe e).
11. Anknüpfungspunkt für die Besteuerung von Finanztransaktionen, die von Finanzinstituten mit Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedstaat abgeschlossen werden, ist ihr Sitz – unabhängig davon, ob sie grenzüberschreitende Transaktionen tätigen, und unabhängig davon, ob sie ihre grenzüberschreitenden Transaktionen mit einer Gegenpartei in einem anderen teilnehmenden Mitgliedstaat durchführen. Anknüpfungspunkt für Finanztransaktionen, die von einem Finanzinstitut mit Sitz in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat abgeschlossen werden, ist jedoch der Sitz der Gegenpartei.

12. Infolge der "geltenden Ansässigkeit" (im Mitgliedstaat ihrer Gegenpartei) von Finanzinstituten mit Sitz in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat ("Gegenpartei-Grundsatz") und der Nichtbesteuerung von Finanzinstituten mit Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedstaat durch den teilnehmenden Mitgliedstaat ihrer Gegenpartei, wenn diese Finanzinstitute grenzüberschreitende Transaktionen tätigen, bleibt der für eine Finanztransaktion zu entrichtende FTS-Gesamtbetrag derselbe, ob nun eine Finanztransaktion zwischen zwei Finanzinstituten mit Sitz in demselben teilnehmenden Mitgliedstaat erfolgt, ob sie zwischen zwei Finanzinstituten mit Sitz in verschiedenen teilnehmenden Mitgliedstaaten erfolgt oder ob sie zwischen einem Finanzinstitut mit Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedstaat und einem Finanzinstitut mit Sitz in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat erfolgt. Der tatsächliche Ort der Ansässigkeit eines Finanzinstituts (innerhalb oder außerhalb des FTS-Gebiets) ist für den Gesamtbetrag der letztendlich erhobenen Steuer irrelevant.
13. Dieses Ergebnis wird in dem Vorschlag dadurch erzielt, dass eine Zahlungsverpflichtung für Finanzinstitute geschaffen wird, die tatsächlich in einem Staat ansässig sind, für den die vorgeschlagene Richtlinie nicht gilt, und dass das tatsächlich in einem teilnehmenden Mitgliedstaat ansässige Institut zur Zahlung der Beträge verpflichtet wird, die von seiner "als ansässig geltenden" Gegenpartei geschuldet werden.
14. In der von der Kommission vorgelegten Begründung heißt es wie folgt: *"Sind die Finanzinstitute [...] im Hoheitsgebiet verschiedener teilnehmender Mitgliedstaaten ansässig, so ist jeder dieser Mitgliedstaaten befugt, die Transaktionen nach den Sätzen zu besteuern, die er im Einklang mit dem vorliegenden Vorschlag erlassen hat. Sind die betreffenden Einrichtungen im Hoheitsgebiet eines Staates ansässig, der nicht ein teilnehmender Mitgliedstaat ist, unterliegt die Transaktion nicht der Finanztransaktionssteuer in einem teilnehmenden Mitgliedstaat, es sei denn, eine der Transaktionsparteien ist in einem teilnehmenden Mitgliedstaat ansässig; in diesem Fall gilt das nicht in einem teilnehmenden Mitgliedstaat ansässige Finanzinstitut als in diesem teilnehmenden Mitgliedstaat ansässig und die Transaktion ist dort steuerpflichtig."*

15. Die "geltende" Ansässigkeit im Hoheitsgebiet teilnehmender Mitgliedstaaten von Instituten, die für alle anderen Zwecke als die der vorgeschlagenen Richtlinie in anderen Staaten ansässig sind, einschließlich der Mitgliedstaaten der Union, die sich nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen, stellt eine Konstruktion dar, die von der gewöhnlichen Bedeutung des Begriffs "Ansässigkeit" abweicht, wie in der Begründung ohne Umschweife eingeräumt wird, wonach *"das nicht [...] ansässige Finanzinstitut als [...] ansässig [gilt]"*.

III. Rechtmäßigkeit von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f des Kommissionsvorschlags

16. Die "Ansässigkeit" ist kein rein lexikalisch definierter Begriff, sondern Gegenstand einer rechtlichen Definition auf Grundlage der Artikel 49 bis 55 AEUV, die das Niederlassungsrecht regeln. Die Tatsache, dass ein Unternehmen, das eine Transaktion mit einem anderen, in einem Mitgliedstaat ansässigen Unternehmen eingeht, nicht im rechtlichen Sinne des Begriffs nach ständiger EU-Rechtsprechung in diesem Mitgliedstaat ansässig wird, bedarf keiner längeren Erörterung.
17. Zugegebenermaßen ist nicht der Begriff, sondern dessen Inhalt maßgeblich und können im Steuerrecht Fachbegriffe verwendet werden, die sich in ihrer Bedeutung von den allgemeinsprachlichen Begriffen unterscheiden, soweit ein solcher Unterschied durch Art und Zweck der betreffenden Maßnahme gerechtfertigt ist. Doch im vorliegenden Fall werden durch Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f der vorgeschlagenen Richtlinie, der die geltende Niederlassung nach dem Gegenpartei-Grundsatz betrifft, Fragen der extraterritorialen Ausübung der Hoheitsgewalt, der Missachtung von nach dem Vertrag bestehenden Rechten nicht teilnehmender Staaten und der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen des freien Kapitalverkehrs und der Nichtdiskriminierung aufgeworfen.

i) Steuerzuständigkeit – extraterritoriale Auswirkungen von Artikel 4 der vorgeschlagenen Richtlinie

18. Mit der Erhebung der FTS zu Lasten von Finanzinstituten mit Sitz in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten nach dem Gegenpartei-Grundsatz in Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f der vorgeschlagenen Richtlinie würde die Zuständigkeit über Unternehmen ausgeübt, die außerhalb des geografischen Gebiets ansässig sind, das von den im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit erlassenen Rechtsvorschriften betroffen ist.

19. Nach dem Völkergewohnheitsrecht, das gemäß Artikel 3 Absatz 5 EUV von der Union zu achten ist¹, beruht die Zuständigkeit auf dem Bestehen eines relevanten Zusammenhangs zwischen dem Staat, der die Zuständigkeit ausübt, und der Person oder Situation, über die die Zuständigkeit ausgeübt wird. Ob ein ausreichender Zusammenhang zur Rechtfertigung der Ausübung der Steuerzuständigkeit durch teilnehmende Mitgliedstaaten hinsichtlich der unter Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f fallenden Finanztransaktionen besteht und ob andere Staaten kein relevanteres Interesse an der Regulierung des Verhaltens der Steuerzahler haben, muss auch anhand der mit den vorgeschlagenen FTS-Rechtsvorschriften verfolgten Ziele ermittelt werden; diese Ziele bestehen darin, die Einnahmen zu erhöhen, den Finanzsektor an den Kosten der Krise zu beteiligen und die einschlägigen Akteure von übermäßig riskanten Tätigkeiten abzuhalten.
20. Es versteht sich von selbst, dass es nicht gerechtfertigt ist, die Einnahmen eines Mitgliedstaats zu erhöhen, indem ein entfernter Zusammenhang für die Besteuerung von im Ausland ansässigen Personen geltend gemacht und dadurch in die relevantere Steuerzuständigkeit anderer Staaten für diese Personen oder die betreffende Tätigkeit eingegriffen wird.
21. Der Umfang der nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f ausgeübten Steuerzuständigkeit lässt sich auch nicht mit dem Ziel rechtfertigen, den Finanzsektor an den Kosten der Krise zu beteiligen. Ein erheblicher Teil der Finanzinstitute und der Transaktionsarten, die nach dieser Bestimmung besteuert würden, haben in keiner Weise zur Krise beigetragen und werden wahrscheinlich auch künftig nicht zu Krisen beitragen; selbst wenn sie zu irgendwelchen mit der Krise verknüpften Kosten beitragen müssten, wäre der Mitgliedstaat oder das Drittland, in dem sie ansässig sind, eher berechtigt, einen solchen Beitrag einzufordern.
22. Drittens: Was das Ziel der Verringerung von Risiken im Finanzmarkt betrifft, wird die vorgeschlagene FTS nicht nur auf riskante Tätigkeiten erhoben, sondern in erheblichem Maße auch auf Tätigkeiten mit einer echten wirtschaftlichen Substanz, die nicht zu Systemrisiken beitragen dürften und für die Tätigkeit von Unternehmensbereichen außerhalb des Finanzsektors unabdingbar sind. Soweit Tätigkeiten erfasst werden, bei denen tatsächlich die Ansicht vertreten werden kann, dass sie zu Finanzmarktrisiken beitragen können, ist nicht nachgewiesen worden, dass die Interessen von Mitgliedstaaten so sehr gefährdet sind, dass die Union von ihrer grundsätzlichen Zurückhaltung abweichen sollte, was die extraterritoriale Wahrnehmung von Zuständigkeiten betrifft.

¹ Siehe das Urteil des Gerichtshofs vom 21. Dezember 2011 in der Rechtssache C-366/10.

23. Und schließlich bedarf es kaum der Hinzufügung, dass man vernünftigerweise nicht behaupten kann, dass eine dringende Notwendigkeit besteht, die außerhalb des FTS-Zuständigkeitsgebiets ansässigen Finanzinstitute für deren Transaktionen mit Gegenparteien, die in diesem Zuständigkeitsgebiet ihren Sitz haben oder anderweitig ansässig sind, zur Entrichtung der FTS zu verpflichten, um Betrug oder Steuerhinterziehung zu bekämpfen. Die Besorgnis, dass die Einführung einer FTS zu einer Verlagerung von Finanztransaktionen in nicht teilnehmende Staaten führen wird, rechtfertigt als solche keine extraterritorialen Steuervorschriften. Betrachtete man jede Transaktion eines im FTS-Zuständigkeitsgebiet ansässigen Finanzinstituts als eine Handlung, die per definitionem Maßnahmen zur Bekämpfung von Betrug oder Hinterziehung rechtfertigt, so wäre dies nicht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar.
24. Nach Ansicht des Juristischen Dienstes wird die Wahrnehmung der Steuerzuständigkeit nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f der vorgeschlagenen Richtlinie nicht dem Kriterium der territorialen Anknüpfung gerecht, für das die Union insbesondere im Falle des Helms-Burton-Gesetzes eingetreten ist, und überschreitet die Rechtsetzungszuständigkeit der Union, was schon mit der Grundvoraussetzung beginnt, dass Unternehmen den Gesetzen des Landes unterliegen müssen, in dem sie ansässig sind, und dass Ausnahmen im Wesentlichen mit Situationen verknüpft sind, in denen die Tätigkeiten des Unternehmens weitgehend, wie in der Rechtssache *Wood Pulp*², auf ein anderes Hoheitsgebiet gerichtet sind. Der automatische Charakter der Anwendung der zur Diskussion stehenden Bestimmung bietet keinen Raum für eine Prüfung des zuletzt genannten Kriteriums.
25. Somit ist es nicht notwendig, sich ausführlich mit der "Ausweichklausel" in Artikel 4 Absatz 3 des Vorschlags zu befassen, durch die Situationen ohne ausreichenden Zusammenhang ausgeschlossen werden sollen. Die Bestimmung ist für diesen Zweck auf jeden Fall völlig unbefriedigend. So müssen auf Unionsebene, d.h. in der Richtlinie, Vorschriften festgelegt werden, mit denen eine gerechtfertigte und verhältnismäßige Wahrnehmung der Steuerzuständigkeit durch teilnehmende Mitgliedstaaten gewährleistet werden kann, und nicht auf der Ebene der Umsetzung der Richtlinie durch die Mitgliedstaaten. Es ist nicht nur für einzelne Mitgliedstaaten nahezu unmöglich, Situationen festzulegen, in denen kein wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, ohne die Gefahr entstehen zu lassen, dass die Richtlinie innerhalb des FTS-Gebiets uneinheitlich angewendet und die dem Artikel 4 zugrunde liegende Logik ins Wanken gerät. Es würde vor allem die erhebliche Gefahr heraufbeschworen, dass der Gerichtshof mit Rechtsstreitigkeiten befasst wird und infolgedessen Rechtsunsicherheit herrscht, wenn man es den Mitgliedstaaten anheimstellte, über die Abgrenzung verbindlicher sekundärrechtlicher Vorschriften zu beschließen.

² Urteil des Gerichtshofs vom 31. März 1993 in den verbundenen Rechtssachen C-89/85 u.a., Slg. 1993, Seite I-01307.

ii) Unterschiedliche Behandlung von ansässigen und nicht ansässigen Finanzinstituten hinsichtlich der angewandten Anknüpfungspunkte

26. In der vorgeschlagenen Richtlinie wird der "Gegenpartei-Anknüpfungspunkt" in diskriminierender Weise angewandt. Er findet nämlich nur auf Transaktionen Anwendung, an denen Finanzinstitute beteiligt sind, die nicht in einem teilnehmenden Staat ansässig sind, und lässt im Staat der Gegenpartei die Transaktionen unbesteuert, die von Finanzinstituten mit Sitz in teilnehmenden Mitgliedstaaten abgeschlossen werden.
27. In der Tat ist in Artikel 4 der vorgeschlagenen Richtlinie vorgesehen, dass ein teilnehmender Mitgliedstaat (MS A)
- seine eigenen Finanzinstitute (Finanzinstitute, die von ihm genehmigt wurden oder ihren Sitz in seinem Hoheitsgebiet haben) in Bezug auf ihre gesamten Transaktionen weltweit besteuert;
 - Finanzinstitute mit Sitz in einem nicht teilnehmenden Mitgliedstaat oder einem Drittstaat³ in Bezug auf alle Finanztransaktionen besteuert, die mit einer in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Gegenpartei abgeschlossen werden;
 - hingegen keine Finanzinstitute mit Sitz in einem anderen teilnehmenden Mitgliedstaat (MS B) in Bezug auf die Finanztransaktionen besteuert, die mit einer in seinem Hoheitsgebiet ansässigen Gegenpartei abgeschlossen werden.
28. Anders gesagt werden in Situationen, die in territorialer Hinsicht identisch sind, Transaktionen durch nicht ansässige Finanzinstitute unterschiedlich behandelt, je nachdem, ob das Finanzinstitut in einem anderen teilnehmenden Mitgliedstaat ansässig ist (dann ist das Finanzinstitut nicht gegenüber dem teilnehmenden Mitgliedstaat seiner Gegenpartei FTS-pflichtig) oder in einem nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Land ansässig ist (dann ist das Finanzinstitut gegenüber dem teilnehmenden Mitgliedstaat seiner Gegenpartei FTS-pflichtig). Und in einer identischen Situation greifen teilnehmende Mitgliedstaaten in die Besteuerungsrechte von nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten, jedoch nicht in die Besteuerungsrechte von anderen teilnehmenden Mitgliedstaaten ein.

³ und die keine Zweigstelle in einem teilnehmenden Mitgliedstaat haben, welche die Transaktion durchführt.

29. Wie seitens der Delegationen richtigerweise festgestellt wurde, hat diese unterschiedliche Behandlung zur Folge, dass ein teilnehmender Mitgliedstaat zwei Mal die FTS vereinnahmt, wenn eine Transaktion zwischen einem ansässigen Finanzinstitut und einem nicht in einem teilnehmenden Mitgliedstaat ansässigen Finanzinstitut stattfindet, jedoch nur ein Mal, wenn die Transaktion zwischen einem ansässigen Finanzinstitut und einem in einem anderen teilnehmenden Mitgliedstaat ansässigen Finanzinstitut stattfindet.
30. Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte, die angewandt werden, schließen eine Doppelbesteuerung in grenzüberschreitenden Fällen innerhalb des FTS-Gebiets aus; hingegen enthält die vorgeschlagene Richtlinie keine Bestimmung über die Vermeidung der Doppelbesteuerung (auf der Grundlage der Gegenseitigkeit) in Bezug auf Finanztransaktionen mit den in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten Ansässigen. Durch das Fehlen einer Bestimmung über die Vermeidung der Doppelbesteuerung entstehen den Finanzinstituten aus nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten und Drittstaaten Kosten, die höher sind als diejenigen, die nach der vorgeschlagenen Richtlinie den Finanzinstituten mit Sitz in teilnehmenden Mitgliedstaaten auferlegt werden; dies kann daher zu einer Verzerrung der Kapitalströme führen.
31. Außerdem führen die Unterschiede bei der Zuweisung von Besteuerungsbefugnissen dazu, dass Finanzinstitute in nicht teilnehmenden Staaten hinsichtlich der anzuwendenden FTS-Sätze diskriminiert werden, falls die teilnehmenden Mitgliedstaaten unterschiedliche Sätze anwenden. Während Finanzinstitute mit Sitz im FTS-Gebiet die FTS stets zu dem Satz ihres Sitzmitgliedstaats zu entrichten hätten, müssten die nicht im FTS-Gebiet ansässigen Finanzinstitute die FTS grundsätzlich zu dem Satz entrichten, der von dem teilnehmenden Mitgliedstaat ihrer Gegenpartei festgelegt wird. Auch hier kann die unterschiedliche Behandlung Wettbewerbsverzerrungen verursachen. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die hier beschriebene Situation sich von der im MwSt-Bereich unterscheidet, wo alle Unterschiede zwischen Steuersätzen, durch die ein Steuerpflichtiger benachteiligt wird, im Allgemeinen dem Staat zugerechnet werden, in dem dieser Steuerpflichtige ansässig ist.

32. Abschließend ist festzustellen, dass sich die Unterschiede bei der Zuweisung von Besteuerungsbefugnissen insofern diskriminierend auswirken, als für die in einem teilnehmenden Mitgliedstaat Ansässigen (Finanzinstitute oder andere Ansässige) ein geringeres Risiko besteht, aufgrund der gesamtschuldnerischen Haftung nach Artikel 10 Absatz 2 der vorgeschlagenen Richtlinie zur Entrichtung der FTS herangezogen zu werden, wenn es sich bei ihrer Gegenpartei um ein Finanzinstitut mit Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedstaat handelt und nicht um ein Finanzinstitut, das keinen Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedstaat hat. Ein Finanzinstitut mit Sitz in einem teilnehmenden Mitgliedstaat schuldet die FTS diesem Mitgliedstaat, und es ist unwahrscheinlich, dass dieser Staat nicht in der Lage ist, die FTS bei dem betreffenden Institut einzutreiben, und sich deswegen an die gesamtschuldnerisch haftende Gegenpartei wenden muss. Die unterschiedliche Behandlung hinsichtlich des Anknüpfungspunkts für die Verpflichtung zur Entrichtung der FTS könnte sich daher auch aus diesem Grund auf den Kapitalverkehr innerhalb der Union sowie zwischen der Union und Drittstaaten auswirken.

iii) Die geschützten Rechte der nicht beteiligten Mitgliedstaaten – Artikel 327 AEUV

33. Nach Artikel 327 AEUV "*[achtet] eine Verstärkte Zusammenarbeit [...] die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht an der Zusammenarbeit beteiligten Mitgliedstaaten. Diese stehen der Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit durch die daran beteiligten Mitgliedstaaten nicht im Wege.*"
34. Während das System in der vorgeschlagenen Richtlinie auf völkerrechtlicher Ebene durch die Extraterritorialität bestimmt wird, regelt Artikel 327 AEUV (der die Achtung des Völkerrechts einschließt) die Beziehungen zwischen den an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligten und den nicht daran beteiligten Mitgliedstaaten der Union und bildet mithin den Bezugspunkt für die Abgrenzung der im Rahmen der Verstärkten Zusammenarbeit wahrgenommenen Zuständigkeiten.
35. Gemäß Artikel 327 AEUV muss eine Verstärkte Zusammenarbeit die Zuständigkeiten, Rechte und Pflichten der nicht daran beteiligten Mitgliedstaaten achten. Dies beinhaltet den Schutz des Rechts der nicht beteiligten Mitgliedstaaten, ihr eigenes Steuersystem aufrechtzuerhalten oder zu erlassen, wobei sie das allgemein anwendbare Recht der Union achten müssen, jedoch nicht der Verpflichtung unterworfen werden, ihre nationalen Vorschriften zu ändern oder zu ergänzen, um sie mit den Bestimmungen in Einklang zu bringen, die im Rahmen einer Verstärkten Zusammenarbeit, an der sie nicht teilnehmen, erlassen werden.

36. Hinsichtlich der von der Kommission 2011 vorgeschlagenen Finanztransaktionssteuer haben mehrere Mitgliedstaaten aus politischen Gründen beschlossen, ihre Besteuerungsbefugnis in Bezug auf die Tätigkeiten der in ihrem Hoheitsgebiet ansässigen Finanzinstitute nicht wahrzunehmen. Im Einklang mit dieser Entscheidung beteiligen sie sich nicht an der Umsetzung der Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der FTS. Andere Mitgliedstaaten haben sich dafür entschieden, im Rahmen einer verstärkten Zusammenarbeit nach dem Vertrag untereinander eine FTS einzuführen. Die zuletzt genannten Staaten haben die Frage etwaiger konkurrierender Besteuerungsbefugnisse in Bezug auf grenzüberschreitende Transaktionen – und der möglicherweise daraus resultierenden Doppelbesteuerung – dadurch gelöst, dass sie die Besteuerungsbefugnisse aufgeteilt haben, wobei diese Befugnisse ausschließlich beim Sitzmitgliedstaat verbleiben. Bei Transaktionen zwischen Finanzinstituten mit Sitz in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten und Personen, die in teilnehmenden Mitgliedstaaten ansässig sind, lägen die Besteuerungsbefugnisse von teilnehmenden Mitgliedstaaten jedoch nicht beim Sitzmitgliedstaat des Finanzinstituts, sondern beim Mitgliedstaat der Gegenpartei. Demzufolge käme die FTS trotz der Tatsache, dass sich einige Mitgliedstaaten nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit beteiligen, in deren Hoheitsgebieten zur Anwendung, allerdings nur bei einem Teil der Transaktionen, die der Steuer in den teilnehmenden Mitgliedstaaten unterliegen, da die Steuer den in den nicht beteiligten Mitgliedstaaten ansässigen Finanzinstituten auferlegt würde. Ungeachtet der Entscheidung dieser Mitgliedstaaten, sich nicht an der Verstärkten Zusammenarbeit zu beteiligen, würden ihre Finanzmärkte mit der Steuer belastet.
37. Zwar können die nicht beteiligten Mitgliedstaaten – was einige von ihnen auch tun – eine nicht harmonisierte nationale Steuer auf Finanztransaktionen erheben und würden – oberflächlich betrachtet – teilnehmende und nicht teilnehmende Mitgliedstaaten durch den wechselseitigen Verzicht auf Doppelbesteuerung einander gleichgestellt, doch ist es unbestreitbar, dass der Verzicht auf Doppelbesteuerung infolge des bloßen Geltungsbereichs der FTS nach dem Richtlinienvorschlag im Vergleich zu den moderateren Finanztransaktionssteuern, die nicht beteiligte Mitgliedstaaten aufgrund nicht harmonisierter nationaler Steuervorschriften erheben, nach wie vor zur Folge hätte, dass die Steuer von teilnehmenden Mitgliedstaaten in Fällen erhoben würde, für die in erster Linie die nicht beteiligten Mitgliedstaaten zuständig sind. Finanztransaktionen, die von Finanzinstituten in nicht beteiligten Mitgliedstaaten abgeschlossen werden, würden weiterhin in den meisten Fällen zum Haushalt der teilnehmenden Mitgliedstaaten beitragen, während die Transaktionen von Finanzinstituten mit Sitz in teilnehmenden Mitgliedstaaten nie dem Haushalt eines anderen Mitgliedstaats zugute kämen.

38. Die vorgeschlagene Richtlinie würde sich daher zwangsläufig in einem Maße auf die rechtliche und finanzielle Lage von nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten auswirken, das ihre Pflicht, der Durchführung der Verstärkten Zusammenarbeit nicht im Wege zu stehen, weit übersteigen würde.

iv) Wettbewerbsverzerrung

39. In den Beziehungen zwischen teilnehmenden und nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten werden die Umsetzung der FTS-Vorschriften und die Steuerbeitreibung durch die Verpflichtungen erleichtert, die nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten gegenüber teilnehmenden Mitgliedstaaten aufgrund des Primär- und Sekundärrechts der Union erwachsen. Für die Anwendung der FTS auf in Drittstaaten ansässige Finanzinstitute bestehen jedoch keine derartigen Erleichterungen. Dies kann zu Verzerrungen des Wettbewerbs und des Kapitalverkehrs zwischen den in nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten ansässigen Finanzinstituten und den Finanzinstituten in Drittstaaten führen.

v) Freier Kapitalverkehr

40. Durch den vorgeschlagenen "Gegenpartei-Grundsatz" würden Finanztransaktionen mit den außerhalb der teilnehmenden Mitgliedstaaten ansässigen Finanzinstituten an Attraktivität einbüßen, da diese Institute die FTS zu unterschiedlichen Sätzen in verschiedenen Ländern entrichten müssten und die Gegenpartei nicht gewillt sein könnte, für die Entrichtung dieser Steuer zu haften und infolgedessen mit Rechtsunsicherheit und möglichen Streitigkeiten mit den Behörden des teilnehmenden Mitgliedstaats konfrontiert zu sein. Die Steuer selbst hätte Auswirkungen, die denen einer Steuer gleichkämen, die als Gegenleistung für die Möglichkeit erhoben würde, eine Transaktion mit einem in einem teilnehmenden Mitgliedstaat ansässigen Institut einzugehen, und würde sowohl den freien Kapitalverkehr als auch den freien Dienstleistungsverkehr behindern, die nach den Artikeln 56 bis 66 AEUV als Grundprinzip des EU-Rechts garantiert sind.
41. In diesem Zusammenhang ist die Frage der Umsetzung der nach der Richtlinie zu erlassenden Rechtsvorschriften von Bedeutung. Lassen sich Rechtsvorschriften, mit denen Personen außerhalb des Hoheitsgebiets des Staates der Besteuerung steuerliche Pflichten auferlegt werden, nicht durchsetzen, so kann dies Rechtsunsicherheit herbeiführen und den Wettbewerb zwischen Akteuren, gegenüber denen die Vorschriften durchgesetzt werden können, und Akteuren, bei denen sich dies als unmöglich erweist, verzerren. Würde die Durchsetzung der FTS innerhalb der Union infolge der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, einander Amtshilfe zu leisten, weniger Schwierigkeiten bereiten als die Umsetzung in Bezug auf Finanzinstitute in Drittländern, so ist damit zu rechnen, dass die sich daraus ergebenden Unterschiede bei der Einhaltung der Vorschriften sich auf den Kapitalverkehr auswirken.

IV. Fazit

42. Der Juristische Dienst ist der Ansicht, dass das Kriterium für die geltende Ansässigkeit eines Instituts nach Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe f der vorgeschlagenen Richtlinie

1. die Besteuerungszuständigkeit der Mitgliedstaaten nach den Normen des Völkergewohnheitsrechts, so wie sie von der Union interpretiert werden, überschreitet;
2. nicht mit Artikel 327 AEUV vereinbar ist, da es die Besteuerungskompetenzen der nicht beteiligten Mitgliedstaaten beeinträchtigt;
3. diskriminierend ist und wahrscheinlich den Wettbewerb zu Lasten der nicht beteiligten Mitgliedstaaten verzerrt.

Andere Kriterien zur Ermittlung der Anwendbarkeit der Steuerregelung, die bereits in dem Vorschlag enthalten oder anderweitig vorstellbar sind, sind nicht Gegenstand der in diesem Gutachten erfolgten Erörterung.

Anlage 2



**COUNCIL OF
THE EUROPEAN UNION**

Brussels, 6 September 2013

13412/13

**Interinstitutional File:
2013/0045 (CNS)**

LIMITE

**JUR 448
FISC 163
ECOFIN 771**

OPINION OF THE LEGAL SERVICE*

Subject: Proposal for a Council Directive implementing enhanced cooperation in the area of financial transaction tax (FTT)

- Legality of the counterparty-based deemed establishment of financial institutions (Article 4(1) point f) of the proposal)

I. Introduction

1. In 2011 the Commission presented a proposal for taxation of the financial sector, providing for a harmonised financial transaction tax (FTT) that would apply to transactions by financial institutions with respect to certain financial instruments. Absence of unanimity on the proposal led eleven Member States to initiate proceedings for the establishment of an enhanced cooperation. By Decision 2013/52/EU, the Council authorised on 22 January 2013 enhanced cooperation to go ahead in the area of the financial transaction tax. The proposal under consideration in this opinion was thus submitted by the Commission to the Council in accordance with Council Decision 2013/52/EU authorising enhanced cooperation in the area of the financial transaction tax.

* This document contains legal advice protected under Article 4(2) of Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents, and not released by the Council of the European Union to the public.

2. In the course of the proceedings in the Working Party on Tax Questions - Indirect Taxation (VAT), doubts were expressed regarding the compatibility of Article 4(1) point f) of the proposal with Article 327 TFEU, equal treatment, proportionality and the principles governing the internal market, in particular the free movement of capital. It was contended that Article 4(1) point f) of the proposed Directive would disrespect fiscal competences of non-participating Member States as there would be an insufficient link between the taxing Member State and the non-resident person liable to pay FTT pursuant to that provision in order to justify the exercise of prescriptive fiscal jurisdiction over that non-resident person. The opinion of the Legal Service was sought on these issues.
3. The present opinion constitutes the answer of the Legal Service to this request. It is not intended to cover other issues or other provisions of the proposal.
4. It is to be noted that the legality of proposed rules of secondary Union law to be adopted in the framework of an enhanced cooperation is to be examined at the same time under the general rules and principles of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union, including the obligation to respect customary international law (Article 3(5) TEU), and under the specific rules established by the Treaty on the Functioning of the European Union with respect to the establishment of enhanced cooperation, in particular Article 327 TFEU, which requires that "*any enhanced cooperation shall respect the competences, rights and obligations of those Member States which do not participate in it. (...)*" and Article 20(4) TEU which establishes that "*acts adopted in the framework of enhanced cooperation shall bind only participating Member States.*".

II. Relevant elements of the proposed Directive

5. Under Articles 1, 3 and 5 of the Proposal, participating Member States shall charge FTT for each financial transaction (as defined in the Proposal) on the condition that at least one party to the transaction is established in the territory of the participating Member State and that a financial institution established in the territory of a participating Member State is party to the transaction, acting either for its own account or for the account of another person, or is acting in the name of a party to the transaction.

6. Financial institutions in the Proposal are widely defined and include credit institutions, regulated markets, insurance and reinsurance undertakings, pension funds, most retail and private funds, special purpose vehicles, and any other undertaking, institution, body or person carrying out activities defined in the Proposal in case the average annual value of its financial transactions constitutes more than fifty per cent of their overall average net annual turnover
7. Under Article 10, FTT shall be payable in respect of each financial transaction by each financial institution which is a party to the transaction, to the tax authorities of the participating Member State in the territory of which the financial institution is deemed to be established. The taxable amount shall be everything which constitutes consideration paid or owed, in return for the transfer, from the counterparty or a third party (Article 6) or the notional amount referred to in the derivatives contract (Article 7), and where the tax has not been paid, each party to the transaction shall be jointly and severally liable for the payment of the tax due.
8. In the terms of Article 4 of the Proposal, a financial institution shall be deemed to be established in the territory of a participating Member State if
 - (a) it has been authorised by the authorities of that Member State to act as such, in respect of transactions covered by that authorisation;
 - (b) it is authorised or otherwise entitled to operate, from abroad, as financial institution in regard to the territory of that Member State, in respect of transactions covered by such authorisation or entitlement;
 - (c) it has its registered seat within that Member State;
 - (d) its permanent address or, if no permanent address can be ascertained, its usual residence is located in that Member State;
 - (e) it has a branch within that Member State in respect of transactions carried out by that branch;
 - (f) it is party, acting either for its own account or for the account of another person, or is acting in the name of a party to the transaction, to a financial transaction with another financial institution established in that Member State pursuant to points (a), (b), (c), (d) or (e), or with a party established in the territory of that Member State and which is not a financial institution;

- (g) it is party, acting either for its own account or for the account of another person, or is acting in the name of a party to the transaction, to a financial transaction in a structured product or one of the financial instruments referred to in Section C of Annex I of Directive 2004/39/EC issued within the territory of that Member State, with the exception of instruments referred to in points (4) to (10) of that Section which are not traded on an organised platform.
9. Where more than one of the factors above is fulfilled, it is the first factor fulfilled from the start of the list in descending order that is relevant for determining the participating Member State of deemed establishment (Article 4(4)).
10. In the light of the above, the connecting factors for levying FTT under the Proposal can be resumed to be :
- "authorisation" of the financial activity in respect of which the taxable transaction is carried out by the financial institution (place of transaction) (Article 4(1), points a) and b));
 - establishment (residence or branch that carries out the transaction) of the financial institution in the taxing Member State (Article 4(1), points c), d) and e));
 - establishment or "authorisation" of the financial institutions' counterparty in the taxing Member State (hereafter "counterparty" principle or "counterparty" factor) (Article 4(1), point f));
 - issuance of the financial instrument in the taxing Member State (Article 4(1), point e)).
11. The connecting factor for taxation of financial transactions concluded by financial institutions that are resident in a participating Member State is their residence, whether or not they engage in cross-border transactions and whether or not their cross-border transactions are with a counterparty in another participating Member State. The connecting factor is however the residence of the counterparty for financial transactions concluded by a financial institution resident in a non participating Member State.

12. As a result of the "deemed establishment" (in the Member State of their counterparty) of financial institutions that are resident in a non participating Member State ("counterparty principle"), and the non-taxation of financial institutions resident in a participating Member State by the participating Member State of their counterparty when those financial institutions engage in cross-border transactions, the global amount of FTT to be paid on a financial transaction remains the same whether a financial transaction is between two financial institutions resident in the same participating Member State, or whether it is between two financial institutions resident in different participating Member States, or whether it is between a financial institution resident in a participating Member State and a financial institution resident in a non participating Member State. The actual place of establishment of a financial institution (within or outside the FTT-zone) has no bearing on the global amount of tax collected in the end.
13. This result is obtained in the Proposal by generating an obligation to pay for financial institutions that are actually established in a State to which the proposed Directive does not apply and by making the institution actually established in a participating Member State liable for payment of the sums due by its "deemed established" counterparty.
14. In the words of the Commission's explanatory memorandum, *"In case the different financial institutions [...] are established in the territory of different participating Member States [...], each of these different Member States will be competent to subject the transaction to tax at the rates it has set in accordance with this proposal. Where the establishments concerned are located in the territory of a State which is not a participating Member State, the transaction is not subject to FTT in a participating Member State, unless one of the parties to the transaction is established in a participating Member State in which case the financial institution which is not established in a participating Member State will also be deemed to be established in that participating Member State and the transaction becomes taxable there"*.

15. The "deemed" establishment in the territory of participating Member States of institutions which, for all purposes other than those of the proposed Directive, are established in other States, including Member States of the Union which do not participate in the enhanced cooperation, constitutes a construction that departs from the ordinary meaning of establishment, as the explanatory memorandum plainly admits by stating that *"the financial institution which is not established [...] will also be deemed to be established"*.

III. Legality of Article 4(1) point f) of the Commission Proposal

16. The notion of establishment is not one that is purely defined by lexical convention but is the subject of legal definition based on Articles 49 to 55 TFEU dealing with the right of establishment. There is no need to dwell on the fact that an undertaking which enters into a transaction with another undertaking established in a Member State does not become established in that Member State in the legal sense of the word as interpreted by the EU case-law.
17. Admittedly, it is the substance and not the wording which matters and tax provisions may have recourse to a special terminology, different from the general meaning of words, to the extent such a difference is justified by the nature and the purpose of the measure concerned. But, in the present case, Article 4(1) point f) of the proposed Directive, concerning the deemed establishment based on the counterparty principle, raises issues of extraterritorial exercise of jurisdiction, disrespect of non participating Member States' rights under the Treaty, and compatibility with the principles of free movement of capital and non discrimination.

(i) jurisdiction to tax - extraterritorial effect of Article 4 of the proposed Directive

18. The imposition of FTT on financial institutions resident in non participating Member States pursuant to the "counterparty" principle in Article 4(1), point f) of the proposed Directive, would constitute the exercise of jurisdiction over entities located outside the geographical area concerned by the legislation adopted under the enhanced cooperation.

19. Under customary international law, which in accordance with Article 3(5) TEU is to be respected by the Union,¹ jurisdiction is based on the existence of a relevant link between the State that exercises jurisdiction and the person or situation over which jurisdiction is exercised. Whether there is sufficient nexus to justify the exercise of taxing jurisdiction by participating Member States in respect of the financial transactions covered by Article 4(1) point f), and whether other States have not a more relevant interest in regulating the taxpayer's conduct, is to be determined also in the light of the objectives pursued by the proposed legislation for a FTT, which are: the raising of revenue, contribution by the financial sector to the costs of the crisis, and disincentivising excessively risky activities.
20. It goes without saying that the raising of revenue by a Member State does not justify recourse to a remote nexus for taxation of foreign based persons thereby impinging on more relevant tax jurisdiction of other States over those persons or the activity involved.
21. Also the objective to have the financial sector contribute to the costs of the crisis, is not liable to justify the scope of the taxing jurisdiction that would be exercised pursuant to Article 4(1), point f). A substantive part of the financial institutions and of the types of transactions that would be taxed under that provision have had no part whatsoever in the crisis and are not liable to contribute to any crisis in the future, and if they had to contribute to any costs related to the crisis, the Member State or third country in which they are established would be better entitled to claim such contribution.
22. Thirdly, as concerns the objective to reduce risks in the financial market, the FTT proposed will be levied not only on risky activities but to a large extent also on activities with a genuine economic substance that are not liable to contribute to systemic risk and which are indispensable for the activities of non-financial business entities. Where activities are covered that can indeed be considered to be liable to contribute to financial markets' risk, it has not been demonstrated that the interests of Member States' are endangered to a point that the Union should divert from its attitude in principle of restraint as to extraterritorial exercise of jurisdiction.

¹ See Judgment of the Court of Justice of 21 December 2011 in Case C-366/10.

23. It is finally hardly necessary to add that it cannot reasonably be argued that there is an overwhelming necessity to make financial institutions established outside the FTT-jurisdiction liable for FTT on their transactions with counterparties resident or otherwise established in that jurisdiction in order to fight fraud or tax evasion. The concern that the introduction of a FTT will cause migration of financial transactions to non-participating States does not justify in itself extraterritorial tax legislation. To regard any transaction of a financial institution resident in the FTT-jurisdiction as an act justifying, by definition, anti-fraud or anti-evasion measures would not be in compliance with the proportionality principle.
24. In the Legal Service's opinion, the exercise of taxing jurisdiction in accordance with Article 4(1), point f) of the proposed Directive does not stand the test of territorial connection that the Union has defended, in particular, in the case of the Helms-Burton legislation, and exceeds the Union's legislative jurisdiction, starting from the basic predicament that entities "must be subject to the laws of the country where they are located" and that exceptions are essentially linked with situations where the activities of the entity are largely directed, as in the *Wood Pulp* case,² towards another territory. The automatic character of the implementation of the provision under discussion does not leave room for a consideration of the latter criterion.
25. In the light of the foregoing it is not necessary to dwell on the "escape clause" in Article 4(3) of the Proposal, designed to eliminate situations with insufficient nexus. The provision is at all events totally unsatisfactory for that purpose. It is indeed at Union level, in the Directive, that rules must be established capable of ensuring justified and proportionate exercise of taxing jurisdiction by participating Member States, not at the level of the implementation of the Directive by Member States. Not only is it quite impossible for individual Member States to define situations where an economic link would be lacking without a risk of creating disparity of application of the Directive within the FTT jurisdiction and unravelling the underlying logic of Article 4. But it would foremost create considerable risk for litigation before the Court of Justice and ensuing legal insecurity, to have Member States decide on the delimitation of mandatory rules of secondary law.

² Judgment of the ECJ of 31 March 1993 in joined cases C-89/85 and others, ECR 1993, Page I-01307.

(ii) different treatment of resident and non-resident financial institutions as to the connecting factors applied

26. The proposed Directive applies the "counterparty" factor in a discriminatory manner. It is indeed applied only to transactions involving financial institutions that are not resident in a participating State, and leaves untaxed in the counterparty State transactions concluded by financial institutions that are residents of participating Member States.
27. Indeed, pursuant to Article 4 of the proposed Directive, a participating Member State (MS A)
- taxes its own financial institutions (financial institutions authorised by it, or having their residence in its territory) with respect to all their transactions worldwide;
 - taxes financial institutions that are resident in a non participating Member State or third country³ with respect to any financial transaction concluded with a counterparty that is established in its territory;
 - to the contrary does not tax financial institutions that are resident in another participating Member State (MS B) with respect to financial transactions concluded with a counterparty that is established in its territory.
28. In other words, in situations that are identical from a territorial point of view, transactions by non resident financial institutions are treated differently depending on whether the financial institution is established in another participating Member State (in that case the financial institution is not liable for FTT to the participating Member State of its counterparty) or in a country that does not participate in enhanced cooperation (in that case the financial institution is liable for FTT to the participating Member State of its counterparty). And in an identical situation, participating Member States impinge on non participating Member States rights to tax but not on those of other participating Member States.

³ And have no branch in a participating Member State carrying out the transaction.

29. It is as a result of that different treatment that, as delegations have correctly observed, a participating Member State will receive FTT twice when a transaction is between a resident financial institution and a financial institution that is not established in a participating Member State, but only once when the transaction is between a resident financial institution and a financial institution resident in another participating Member State.
30. The different connecting factors applied exclude double taxation in cross-border situations within the FTT-zone, whilst no provision is made in the proposed Directive for double tax relief (on a reciprocity basis) with respect to financial transactions with residents of non participating Member States. Not providing for double tax relief exposes financial institutions from non participating Member States and third countries to higher costs than those imposed by the proposed directive on financial institutions resident in participating Member States and is thus capable of entailing a distortion of capital movements.
31. Furthermore, the different allocation of taxing powers entails discrimination of financial institutions in non participating States as to applicable FTT rates in the event that participating Member States would apply different rates. Whilst financial institutions resident in the FTT jurisdiction would always be liable for FTT at the rate of the Member State of their residence, financial institutions not established in the FTT jurisdiction would in principle need to pay FTT at the rate set by the participating Member State of their counterparty. The difference in treatment is again liable to create distortions of competition. It is to be noted in this respect, that the situation is different from that in the area of VAT, where any difference in rates to the disadvantage of given taxable persons is in general imputable to the latter's country of establishment.

32. Finally, the different allocation of taxing powers is discriminatory as residents of a participating Member State (whether or not financial institutions) incur less risk of being held liable for the payment of FTT on the basis of the joint and several liability foreseen in Article 10(2) of the proposed Directive when acting with a counterparty that is a financial institution resident in a participating Member State than with a counterparty that is a financial institution that is not a resident of a participating Member State. A financial institution that is a resident of a participating Member State is liable for FTT to that very Member State and it is unlikely that the latter could not enforce payment of FTT on that institution and would need to resort to joint and several liability of the counterparty. The difference in treatment as to the connecting factor for liability for FTT might therefore also for that reason have an impact on capital movements within the Union and between the Union and third countries.

(iii) the protected rights of non participating Member States - Article 327 TFEU

33. Under Article 327 TFEU, *"any enhanced cooperation shall respect the competences, rights and obligations of those Member States which do not participate in it. Those Member States shall not impede its implementation by the participating Member States."*
34. Where extraterritoriality defines the system in the proposed Directive in terms of international law, it is Article 327 TFEU (that encompasses respect of international public law) that frames the relations between Member States of the Union participating in enhanced cooperation and non participating Member States, and that is the reference for delimiting jurisdiction exercised in the framework of enhanced cooperation.
35. By virtue of Article 327 TFEU, the competences, rights and obligations of non participating Member States must be respected by any enhanced cooperation. This entails the protection of the right of non participating Member States to maintain or adopt their own tax system, while respecting Union law of general application but without being made subject to an obligation to amend or complement their national rules in order to make them compatible with provisions adopted in the framework of an enhanced cooperation to which they are not a party.

36. With respect to the financial transaction tax proposed by the Commission in 2011, a number of Member States have, for policy reasons, decided not to exercise their taxing competence with respect to the activities of financial institutions established in their territory. In accordance with that choice, they are not participating in the implementation of the enhanced cooperation in the field of FTT. Other Member States choose to introduce a FTT amongst themselves by way of enhanced cooperation under the Treaty. Amongst themselves, the latter have resolved the issue of possible concurring taxing powers with respect to cross-border transactions - and possible resulting double taxation - by an allocation of taxing powers whereby taxing powers rest exclusively with the Member State of residence. With respect to transactions between financial institutions resident in non participating Member States and persons established in participating Member States however, taxing powers of participating Member States would not rest with the Member State of residence of the financial transaction but with the Member State of the counterparty. In that sense, in spite of some Member States not participating in the enhanced cooperation, the FTT would be applied in their territories, although just to some of the transactions which are subject to the tax in the participating Member States, as the tax would be levied on financial institutions established in the non participating Member States. Regardless of the decision of these Member States not to participate in the enhanced cooperation, their financial markets would be burdened with the tax.
37. Indeed, whilst non participating Member States may apply, and whilst some do apply, a non harmonised national tax on financial transactions, and whilst on the face of it mutual relief for double taxation would put participating and non participating Member States on an equal footing, it is undeniable that as a consequence of the mere scope of the FTT in the proposal for a Directive as compared to the more modest financial transactions taxes applied by non participating Member States by virtue of non harmonised national tax legislation, double tax relief would still result in the levying of tax by participating Member States with respect to situations that are the primary competence of non participating Member States. Financial transactions concluded by financial institutions in non participating Member States would still in a vast majority of cases contribute to the budget of participating Member States, whilst transactions by financial institutions resident in participating Member States would never contribute to the budget of another Member State.

38. Therefore, the proposed Directive would necessarily affect the legal and financial situation of non participating Member States to an extent that goes far beyond their duty not to impede the implementation of the enhanced cooperation.

(iv) distortion of competition

39. In relations between participating and non participating Member States, the implementation of FTT legislation and the recovery of taxes due are facilitated by the obligations of non participating Member States vis-à-vis participating Member States pursuant to primary and secondary Union legislation. The same facilities do not exist for the implementation of FTT vis-à-vis financial institutions established in third countries. This may result in distortions of competition and of capital movement between financial institutions established in non participating Member States and financial institutions in third countries.

(v) free movement of capital

40. The proposed "counterparty principle" would render less attractive financial transactions with financial institutions located outside the participating Member States, since these institutions, would have to pay the FTT at different rates in different countries and the counterparty may be unwilling to be liable for that tax and to face, on these grounds, legal uncertainty and possible disputes with the authorities of the participating Member State. As such, the tax would have an effect equivalent to that of a duty imposed in return of the possibility to enter into a transaction with an institution located in a participating Member State and would constitute an obstacle to the free movement of capital as well to the freedom to provide services, guaranteed by Articles 56 to 66 TFEU as a fundamental principle of EU Law.
41. The issue of implementation of the legislation to be adopted pursuant to the Directive is relevant in this respect. If legislation imposing fiscal obligations on persons outside the territory of the taxing State cannot be enforced, this is liable to create legal insecurity and to lead to distortion of competition between actors against whom the legislation can be enforced and actors against whom enforcement proves impossible. Where enforcement of FTT within the Union, as a consequence of Member States' obligations to provide mutual assistance, would present less difficulties than implementation with respect to financial institutions in third countries, the ensuing differences in compliance would be liable to have an impact on capital movement.

IV. Conclusion

42. It is the Legal Service's view that the criterion for deemed establishment of an institution which Article 4(1) point f) of the proposed Directive contains:

1. exceeds Member States' jurisdiction for taxation under the norms of international customary law as they are understood by the Union;
2. is not compatible with Article 327 TFEU as it infringes upon the taxing competences of non participating Member States;
3. is discriminatory and likely to lead to distortion of competition to the detriment of non participating Member States.

Other criteria to determine the applicability of the tax regime, be they already present in the proposal or otherwise conceivable, are not the subject of the discussion in this opinion.