



Datum van inontvangstneming : 21/04/2017

Zaak C-135/17

Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie

Datum van indiening:

15 maart 2017

Verwijzende rechter:

Bundesfinanzhof (Duitsland)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

12 oktober 2016

Verzoekster, tevens verzoekster in Revision:

X-GmbH

Verweerder, tevens verweerder in Revision:

Finanzamt Stuttgart – Körperschaften

Voorwerp van het hoofdgeding

Nationale rechtsvoorschriften op grond waarvan bepaalde inkomsten van een buitenlandse vennootschap voor de belasting van een binnenlandse vennootschap die in de eerste een deelneming bezit worden toegerekend aan de tweede vennootschap – Verenigbaarheid met artikel 56 EG (thans artikel 63 VWEU) – Toepasselijkheid van artikel 57, lid 1, EG (thans artikel 64, lid 1, VWEU) bij een na 31 december 1993 ingetreden wijziging van de nationale rechtsvoorschriften, die in de regel enkel betrekking heeft op portfolio-deelnemingen en niet op directe investeringen – Toepasselijkheid van artikel 57, lid 1, EG (thans artikel 64, lid 1, VWEU) bij een na 31 december 1993 ingetreden wijziging van de nationale rechtsvoorschriften, waaraan terugwerkende kracht is verleend voordat zij voor het eerst in een concreet geval toepasselijk had kunnen worden

Voorwerp en rechtsgrondslag van de prejudiciële vraag

Uitlegging van het recht van de Unie, artikel 267 VWEU

Prejudiciële vragen

1) Moet artikel 57, lid 1, EG (thans artikel 64, lid 1, VWEU) aldus worden uitgelegd dat een op 31 december 1993 in verband met directe investeringen bestaande beperking van het kapitaalverkeer met derde landen door een lidstaat ook dan niet wordt beïnvloed door artikel 56 EG (thans artikel 63 VWEU), wanneer de op de referentiedatum bestaande nationale wettelijke bepaling die het kapitaalverkeer met derde landen beperkt in wezen alleen voor directe investeringen gold, maar na de referentiedatum mede is gaan gelden voor portfolio-deelnemingen in buitenlandse vennootschappen beneden de deelnemingsdrempel van 10 %?

2) Voor het geval de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: Moet artikel 57, lid 1, EG aldus worden uitgelegd dat sprake is van toepassing van een op de referentiedatum 31 december 1993 bestaande nationale wettelijke bepaling houdende beperking van het kapitaalverkeer met derde landen in verband met directe investeringen, wanneer een met de op de referentiedatum bestaande beperking in wezen overeenstemmende latere wettelijke bepaling van toepassing wordt, maar de op de referentiedatum bestaande beperking na de referentiedatum korte tijd wezenlijk is gewijzigd op grond van een wet die weliswaar rechtens van kracht is geworden, maar in de praktijk nooit is toegepast omdat zij nog vóór het tijdstip waarop zij voor het eerst op een concreet geval toepasselijk was door de thans toepasselijke wettelijke bepaling is vervangen?

3) Voor het geval een van de eerste twee vragen ontkennend moet worden beantwoord: Staat artikel 56 EG in de weg aan een wettelijke regeling van een lidstaat op grond waarvan in de maatstaf van heffing voor een in die lidstaat ingezeten belastingplichtige die in een vennootschap die in een andere staat (hier: Zwitserland) gevestigd is een deelneming van minstens 1 % bezit, de door deze vennootschap behaalde positieve inkomsten uit kapitaalbeleggingen pro rata, ter hoogte van de respectieve deelnemingsaandeel, worden opgenomen, wanneer die inkomsten aan een lager belastingniveau dan in eerstgenoemde staat onderworpen zijn?

Ingeroepen bepalingen van Unierecht

EG-Verdrag, inzonderheid artikelen 56 en 57

VWEU, inzonderheid artikelen 63 en 64

Ingeroepen nationale bepalingen

Außensteuergesetz (AStG), inzonderheid § 7 en 8

Korte weergave van de feiten en van de procedure

- 1 Verzoekster, een in Duitsland gevestigde GmbH, had een deelneming van 30 % in Y-AG, een Zwitserse kapitaalvennootschap.
- 2 Eind juni 2005 heeft Y-AG met de Duitse Z-GmbH een cessieovereenkomst gesloten. Daarin droeg Z-GmbH haar vorderingen tegen vier sportverenigingen tot betaling van „deelnemingen in de winst” over aan Y-AG. De overeenkomsten van Z-GmbH met de verenigingen bepaalden onder meer dat Z-GmbH hun een lening respectievelijk een subsidie verleende die niet hoefden te worden terugbetaald. Als tegenprestatie zouden de verenigingen Z-GmbH voor de duur van de looptijd van de overeenkomst laten deelnemen in de winst die zij uit marketing- en mediarechten zou behalen.
- 3 Als koopprijs voor de overdracht van de „winstdeelnemingen” betaalde Y-AG aan Z-GmbH een totaalbedrag van 11 940 461 EUR, dat zij volledig extern had gefinancierd. Verzoekster verstrekke Y-AG in november 2005 een lening van meer dan 2,8 miljoen euro.
- 4 Het verwerende Finanzamt beschouwde Y-AG als een tussenvennootschap voor tusseninkomsten die als kapitaalbeleggingen moesten worden beschouwd in de zin van § 7, leden 6 en 6a AStG en stelde voor verzoekster daarvoor belastingaanslagen vast. Tegen die aanslagen is het beroep gericht waarover de verwijzende rechterlijke instantie in Revision heeft te beslissen.

Korte weergave van de motivering van de prejudiciële verwijzing

Beoordeling naar Duits recht

- 5 De verwijzende rechterlijke instantie stelt vast dat het Finanzamt de inkomsten uit de overeenkomst van Y-AG met Z-GmbH terecht heeft beschouwd als tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen in de zin van § 7, leden 6 en 6a, AStG, die aan de inkomsten van verzoekster moeten worden toegerekend.
- 6 Wanneer een buitenlandse vennootschap tussenvennootschap is voor tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen in de zin van § 7, lid 6a, AStG en een onbeperkt belastingplichtige in haar een deelneming bezit van minstens 1 %, zijn volgens § 7, lid 6, eerste zin, AStG de tusseninkomsten bij deze belastingplichtige aan belasting onderworpen voor het deel dat betrekking heeft op de hem toe te rekenen deelneming in het nominale kapitaal van de vennootschap, ook wanneer de voorwaarden van § 7, lid 1, niet vervuld zijn voor het overige.

- 7 Tusseninkomsten uit kapitaalbeleggingen zijn volgens § 7, lid 6a, AStG inkomsten van de buitenlandse tussenvennootschap die voortvloeien uit het houden, het beheer, het waardebehoud of de waardevermeerdering van betaalmiddelen, vorderingen, effecten, deelnemingen of soortgelijke vermogenswaarden, tenzij de belastingplichtige bewijst dat zij afkomstig zijn uit een activiteit ten behoeve van een onder § 8, lid 1, nummers 1 tot en met 6, AStG vallende eigen activiteit van de buitenlandse vennootschap.
- 8 Y-AG was voor verzoekster een tussenvennootschap op grond dat deze in haar een deelneming van 30 % bezat. De door Y-AG op grond van de overeenkomst met Z-GmbH behaalde inkomsten zijn tusseninkomsten in de zin van § 7, lid 6, juncto § 8, lid 1, AStG. Volgens laatstgenoemde bepaling is een buitenlandse vennootschap tussenvennootschap voor inkomsten die aan lagere belasting zijn onderworpen en niet afkomstig zijn uit een van de in § 8, lid 1, nummers 1 tot en met 10, AStG opgesomde (zogenoemde actieve) activiteiten. De inkomsten van Y-AG waren niet afkomstig uit een actieve activiteit en waren in Zwitserland onderworpen aan een lagere belasting van minder dan 25 %.

Verenigbaarheid met het Unierecht

- 9 De in het onderhavige geval relevante Duitse rechtsvoorschriften over de toerekening van tusseninkomsten uit kapitaalbeleggingen gelden alleen voor deelnemingen in buitenlandse tussenvennootschappen en zouden dus in strijd kunnen zijn met de door het Unierecht gewaarborgde vrijheid van kapitaalverkeer.
- 10 Het vrije kapitaalverkeer wordt in het onderhavige geval niet verdrongen door de vrijheid van vestiging. Volgens de rechtspraak van het Hof valt een nationale regeling die alleen geldt voor deelnemingen waarmee een bepaalde invloed op de besluitvorming en de activiteiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend, onder de vrijheid van vestiging. Daarentegen moeten nationale bepalingen over deelnemingen die enkel plaatsvinden om geld te beleggen, zonder dat invloed op het bestuur van of de zeggenschap over een onderneming moet worden verkregen, uitsluitend in het licht van het vrije kapitaalverkeer worden beoordeeld. Nationale voorschriften over de fiscale behandeling van dividenden uit een derde staat, die niet enkel gelden voor situaties waarin de moedermaatschappij beslissende invloed uitoefent op de onderneming die de dividenden uitkeert, moeten aan artikel 56 EG worden getoetst (zie inzonderheid arresten van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punten 90 e.v., en van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punten 25 e.v.).
- 11 Volgens deze criteria is in het onderhavige geval het vrije kapitaalverkeer relevant, daar de toerekening van tusseninkomsten uit kapitaalbeleggingen reeds plaatsvindt vanaf de deelneming van een onbeperkt belastingplichtige van 1 % en dus onafhankelijk van de vraag of de belastingplichtige daadwerkelijk invloed kan

uitoefenen op de leiding van de onderneming. Het concrete aandeel van de deelneming van verzoekster in Y-AG is daarbij irrelevant.

- 12 De toepasselijkheid van artikel 56 EG op de onderhavige feiten zou echter uitgesloten kunnen zijn op grond van artikel 57, lid 1, EG. Volgens die bepaling doet het bepaalde in artikel 56 EG geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van nationaal of gemeenschapsrecht inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met onder meer directe investeringen.
- 13 Volgens de verwijzende rechterlijke instantie lijdt het geen twijfel dat in het onderhavige geval sprake is van een directe investering in de zin van artikel 57, lid 1, EG. Voor een directe investering is niet vereist dat de investeerder daadwerkelijk bepaalde of beslissende invloed heeft op de dochteronderneming, maar volstaat het dat de investeerder op grond van de investering de mogelijkheid heeft, daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap (zie bij voorbeeld arrest van 24 mei 2007, Holböck, C-157/05, EU:C:2007:297, punt 35).
- 14 Het is echter de vraag of de in het litigieuze jaar 2006 geldende voorschriften over de belastingheffing op tusseninkomsten uit kapitaalbeleggingen nog op de voornaamste punten identiek zijn aan de regels die op 31 december 1993 golden. Dat is volgens de rechtspraak van het Hof het geval wanneer de geldende regeling op de voornaamste punten identiek is aan de vroegere wetgeving of alleen een belemmering voor de uitoefening van de communautaire rechten en vrijheden in de vroegere wetgeving vermindert of opheft. Daarentegen kan een wettelijke regeling die op een andere hoofdgedachte berust dan de vorige en nieuwe procedures invoert, niet worden gelijkgesteld met de wetgeving die bestaat op het door de betrokken gemeenschapshandeling bepaalde tijdstip (arrest van 24 mei 2007, Holböck, C-157/05, EU:C:2007:297, punt 41).
- 15 De hier relevante rechtsvoorschriften zijn na 31 december 1993 meer in het bijzonder gewijzigd in die zin dat de voor de toerekening vereiste minimumdeelneming van de onbeperkt belastingplichtige in de buitenlandse tussenvennootschap van 10 % is verlaagd naar 1 %. Dit moet volgens de verwijzende rechterlijke instantie in beginsel als een belangrijke wijziging van de op 31 december 1993 bestaande rechtssituatie worden gezien. De beperking van het grensoverschrijdende kapitaalverkeer wordt er immers in niet onaanzienlijke mate mee uitgebreid. De uitbreiding van het toepassingsgebied betreft echter alleen deelnemingen van minder dan 10 % en bijgevolg in de regel alleen portfolio-deelnemingen en geen directe investeringen in de zin van artikel 57, lid 1, EG. Bovendien had verzoekster in het onderhavige geval een deelneming van 30 % in Y-AG. Haar deelneming zou dan ook mede op de grondslag van de op 31 december 1993 bestaande rechtssituatie tot toerekening van de tusseninkomsten uit kapitaalbeleggingen hebben geleid.

- 16 Volgens de verwijzende rechterlijke instantie moeten gelet op het tot directe investeringen beperkte doel van artikel 57 EG wijzigingen van de op 31 december 1993 bestaande nationale wettelijke bepalingen enkel dan als tot toepasselijkheid van artikel 56 EG leidende wezenlijke veranderingen worden beschouwd, wanneer zij gevolgen kunnen hebben voor directe investeringen. Veranderingen en verruiming die enkel betrekking hebben op portfolio-deelnemingen in kapitaalvennootschappen uit derde landen zouden dan ook niet in de weg staan aan de toepasselijkheid van artikel 57, lid 1, EG. Dit is het voorwerp van de eerste vraag.
- 17 In geval van een bevestigend antwoord op de eerste prejudiciële vraag zou in verband met artikel 57, lid 1, EG bovendien moeten worden onderzocht, welke gevolgen voortvloeien uit de omstandigheid dat tussen 31 december 1993 en het litigieuze jaar een verdere, voor alle deelnemingen geldende wezenlijke verandering van het toerekeningsstelsel van kracht was geworden. Daarbij gaat het om een in het jaar 2000 vastgestelde nieuwe regeling, die vanaf het belastingtijdvak 2002 moest gelden. Zij is echter in december 2001 weer ingetrokken voordat zij een eerste keer in de praktijk toepassing heeft kunnen vinden.
- 18 Met haar tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie te vernemen of artikel 57 EG in een dergelijk geval toepasselijk is. Volgens de rechtspraak van het Hof is van een oude regeling in de zin van deze bepaling enkel sprake wanneer het rechtskader waarin zij zich bevindt sinds 31 december 1993 ononderbroken deel heeft uitgemaakt van de nationale rechtsorde van de betrokken lidstaat (arresten van 18 december 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 48, en van 5 mei 2011, Prunus en Polonium, C-384/09, EU:C:2011:276, punt 34). Formeel gezien is de wezenlijke verandering van de op 31 december 1993 bestaande rechtssituatie – zij het ook tijdelijk – deel van de nationale rechtsorde geworden. Betwijfeld moet echter worden of een verandering die in de praktijk nooit kon worden toegepast ertoe kan leiden dat artikel 57, lid 1, EG niet van toepassing is.
- 19 Voor het geval artikel 57 EG niet van toepassing mocht zijn, moet de verenigbaarheid van de betrokken rechtsvoorschriften met artikel 56 EG worden getoetst. Dit is het voorwerp van de derde prejudiciële vraag.
- 20 In het onderhavige geval is een beperking van het vrije kapitaalverkeer tussen Duitsland en Zwitserland aan de orde. Indien verzoekster een deelneming had gehad in een met Y-AG vergelijkbare binnenlandse kapitaalvennootschap, zou geen toerekening van tusseninkomsten uit kapitaalbeleggingen hebben plaatsgevonden.
- 21 Het is de vraag of deze beperking kan worden gerechtvaardigd. Met betrekking tot de vrijheid van vestiging heeft het Hof beslist dat de noodzaak om lagere belastinginkomsten te voorkomen niet een van de in artikel 46, lid 1, EG

genoemde rechtvaardigingsgronden is die een beperking van een door het Verdrag ingeruimde vrijheid kunnen rechtvaardigen. Ook kan de enkele omstandigheid dat een binnenlandse vennootschap in een andere lidstaat een dochteronderneming opricht, geen grond vormen voor een algemeen vermoeden van belastingfraude en geen rechtvaardigingsgrond zijn voor een maatregel die afbreuk doet aan de uitoefening van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid. Een nationale maatregel die de vrijheid van vestiging beperkt, kan echter gerechtvaardigd zijn wanneer hij specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om de belastingwetgeving van de betrokken lidstaat te ontwijken (arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes, C-196/04, EU:C:2006:544, punten 47 e.v.)

- 22 Zo deze beginselen zonder beperkingen overdraagbaar zouden zijn op het gebied van het vrije kapitaalverkeer en zij meer in het bijzonder ook in de verhouding van de lidstaten tot derde staten toepasselijk zouden zijn, zou de in het litigieuze geval aan de orde zijnde Duitse regeling indruisen tegen artikel 56 EG. Op grond daarvan vindt toerekening immers niet enkel plaats in gevallen van volstrekt kunstmatige constructies, maar onafhankelijk van de vraag, welke economische functie de tussenvennootschap in het concrete geval uitoefent.
- 23 Het is de vraag of in zoverre ten opzichte van derde staten dezelfde rechtvaardigingsgronden gelden als binnen de interne markt. Volgens de rechtspraak van het Hof kan in beginsel een beperking van het kapitaalverkeer op gronden waarmee die beperking op de interne markt niet zou kunnen worden gerechtvaardigd, in de verhouding tot derde staten gerechtvaardigd zijn (zie bij voorbeeld arrest van 18 december 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punten 36 e.v., en beschikking van 23 april 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation, C-201/05, EU:C:2008:239, punt 93). Het ontbreken van wederkerigheid van de verkeersvrijheden in de verhouding tot derde staten (arresten van 18 december 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 37, en van 20 mei 2008, Orange European Smallcap Fund, C-194/06, EU:C:2008:289, punten 87 e.v.) of het doel, de belastinginkomsten van de lidstaten veilig te stellen (arrest van 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen, C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punten 112 e.v., 126) heeft het Hof echter niet aanvaard als rechtvaardigingsgronden in verhoudingen met derde staten.
- 24 Voor het geval in de verhouding tot derde staten dezelfde rechtvaardigingsgronden gelden als op de interne markt, zou moeten worden uitgemaakt wanneer de deelneming in een buitenlandse vennootschap niet als „volstrekt kunstmatig” moet worden beschouwd. Volgens de memorie van toelichting bij een wetsontwerp van de Bondsregering is hiervoor vereist dat de buitenlandse vennootschap duurzaam volledig in het economisch leven van de staat van vestiging is geïntegreerd, daar in het kader van haar gebruikelijke bedrijfsactiviteiten actief, permanent en blijvend deelneemt aan het marktgebeuren en daar voor de uitoefening van haar werkzaamheid permanent

zowel leidend als ander personeel in dienst heeft dat over de bekwaamheden beschikt om de aan de vennootschap toevertrouwde taken onder eigen verantwoordelijkheid zelfstandig te vervullen. In de literatuur worden deze vereisten door velen als te ver gaand beschouwd. Veeleer zou enkel bepalend zijn of de vennootschap haar economische doel – in het geval van kapitaalbeheer bij voorbeeld de kapitaalbelegging – in de staat van vestiging daadwerkelijk in acht neemt.