

Foreløbig udgave

DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

26. februar 2019 (*)

»Præjudiciel forelæggelse – frie kapitalbevægelser – kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande – standstill-klausulen – en medlemsstats nationale lovgivning om passive selskaber etableret i tredjelande – ændring af denne lovgivning efterfulgt af den tidligere lovgivnings genindførelse – indkomst hos et selskab etableret i et tredjeland, der hidrører fra ihændehaveelse af fordringer fra et selskab etableret i en medlemsstat – medregning af sådan indkomst i beskatningsgrundlaget for en skattepligtig person, der er skattemæssigt hjemmehørende i en medlemsstat – restriktion for de frie kapitalbevægelser – begrundelse«

I sag C-135/17,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager, Tyskland) ved afgørelse af 12. oktober 2016, indgået til Domstolen den 15. marts 2017, i sagen

X GmbH

mod

Finanzamt Stuttgart – Körperschaften,

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling),

sammensat af præsidenten, K. Lenaerts, afdelingsformændene J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, F. Biltgen, K. Jürimäe og C. Lycourgos samt dommerne A. Rosas (refererende dommer), E. Juhász, M. Ilešić, J. Malenovský, E. Levits og L. Bay Larsen,

generaladvokat: P. Mengozzi,

justitssekretær: fuldmægtig R. ?ere?,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 5. marts 2018,

efter at der er afgivet indlæg af:

- X GmbH ved Rechtsanwälte K. Weber og D. Pohl,
- den tyske regering ved T. Henze og R. Kanitz, som befuldmægtigede,
- den franske regering ved D. Colas, E. de Moustier og S. Ghiandoni, som befuldmægtigede,
- den svenske regering ved A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, L. Zettergren og L. Swedenborg, som befuldmægtigede,

– Europa-Kommissionen ved B.-R. Killmann og N. Gossement, som befuldmægtigede, og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 5. juni 2018, afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 63 TEUF og 64 TEUF.

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem X GmbH, som er et tysk selskab, og Finanzamt Stuttgart-Körperschaften (skattemyndigheden i Stuttgart med ansvar for selskabsbeskatning, Tyskland) vedrørende medregningen af indkomst oppebåret af Y, som er et schweizisk selskab, der er 30% ejet af X, i sidstnævntes beskatningsgrundlag.

Retsforskrifter

3 Fjerde del i Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (lov om beskatning ved relationer til udlandet) af 8. september 1972 (BGBl. 1972 I, s. 1713) i den affattelse, der finder anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen (herefter »AStG 2006«), med overskriften »kapitalandele i udenlandske passive selskaber« indeholder denne lovs §§ 7-14.

4 I henhold til § 7, stk. 1, i AStG 2006 defineres et »udenlandsk selskab« som »en juridisk person, en personsammenslutning eller en formue som omhandlet i Körperschaftsteuergesetz [(lov om selskabsskat)], som hverken har sit hovedkontor eller sit hjemsted i Tyskland, og som ikke er fritaget for skattepligten for selskaber i henhold til [sidstnævnte lovs] § 3, stk. 1«. Når personer, der er fuldt skattepligtige, ejer en andel på mere end halvdelen af kapitalen i et sådant selskab, er indkomst, med hensyn til hvilken dette selskab er et passivt selskab som omhandlet i § 8 i AStG 2006, ifølge samme § 7, stk. 1, skattepligtig hos hver af disse personer for den del, der svarer til denne persons kapitalandel i den nominelle kapital i nævnte selskab.

5 Det bestemmes i § 7, stk. 6, i AStG 2006:

»Såfremt et udenlandsk selskab er et passivt selskab for så vidt angår passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital som omhandlet i stk. 6a, og såfremt en person, der er fuldt skattepligtig, i dette selskab ejer en kapitalandel på mindst 1%, er denne passive indkomst skattepligtig hos denne person i det i stk. 1 definerede omfang, selv om de øvrige betingelser i dette stykke ikke er opfyldt. [...]«

6 Det fastsættes i § 7, stk. 6a, i AStG 2006:

»Passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital, omfatter indkomst fra det udenlandske passive selskab [...] der er erhvervet ved besiddelse, forvaltning, bevaring eller forøgelse af værdien af betalingsmidler, fordringer, værdipapirer, andelsbeviser (med undtagelse af indkomst som omhandlet i § 8, stk. 1, nr. 8 og 9) eller lignende aktiver, medmindre den skattepligtige person kan godtgøre, at den hidrører fra virksomhed, der bidrager til det udenlandske selskabs egen virksomhed henhørende under § 8, stk. 1, nr. 1-6 [...]«

7 I henhold til § 8, stk. 1, i AStG 2006 anses et selskab etableret i et tredjeland for et »passivt selskab« for så vidt angår indkomst, der er undergivet en lav beskatning, og som ikke hidrører fra økonomisk virksomhed som opregnet i dette stykkes nr. 1-10. I medfør af disse stykker er følgende udelukket fra begrebet »passivt selskab«: selskaber, der oppebærer indkomst fra – med

forbehold for flere undtagelser og præciseringer – land- og skovbrugsvirksomhed, virksomhed forbundet med fremstilling, forarbejdning eller montage af genstande, energiproduktion, søgning efter og udvinding af mineraler, drift af kreditinstitutter eller forsikringselskaber, handelsvirksomhed, virksomhed med levering af tjenesteydelser, udlejning og forpagtning, tilvejebringelse af kapital og tilrådighedsstillelse af kapital ved lån, som den skattepligtige person kan godtgøre udelukkende er tilvejebragt på udenlandske kapitalmarkeder og ikke fra en person, som er tilknyttet den skattepligtige person eller det udenlandske selskab, udbytteudlodninger fra kapitalselskaber, salg af en kapitalandel i et andet selskab samt dennes opløsning og nedsættelse af kapitalen og omdannelse af selskaber.

8 Med henblik på definitionen af et passivt selskab etableret i et tredjeland definerer § 8, stk. 3, i AStG 2006 beskatning af overskud som værende »lav«, når den er mindre end 25%.

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

9 Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at X, som er et tysk selskab med begrænset ansvar, i den periode, som er omhandlet i tvisten i hovedsagen, ejede en kapitalandel på 30% i Y, som er et kapitalselskab med hjemsted og hovedkontor i Schweiz. I juni 2005 indgik Y en »aftale om køb og overdragelse af fordringer« med Z GmbH, som er et selskab for forvaltning af sportsrettigheder etableret i Tyskland.

10 De således til Y overtagne fordringer havde deres grundlag i aftaler, i medfør af hvilke Z betalte tilskud, der ikke skulle tilbagebetales, til sportsklubber og dermed stillede likviditet til rådighed for disse klubber og modtog som modydelse herfor »overskudsandele«, hvis minimumsbeløb svarede til det beløb, som Z havde betalt i tilskud, idet dette beløb dog kunne være større afhængigt af bl.a. den pågældende klubs sportslige præstationer og dens indtægter fra navnlig TV-transmissionsrettigheder.

11 I købspris for overdragelsen af de pågældende fordringer betalte Y til Z et beløb på 11 940 461 EUR, idet Y finansierede hele beløbet ved lån. X ydede i november 2005 Y et lån på 2,8 mio. EUR.

12 Ved afgørelse af 1. januar 2007 fandt skattemyndigheden i Stuttgart med ansvar for selskabsbeskatning, at X havde oppebåret indkomst fra passiv aktivitet fra et selskab etableret i et tredjeland. Idet Y ifølge denne myndighed skulle kvalificeres som et passivt selskab for »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital« som omhandlet i § 7, stk. 6 og 6a, i AStG 2006, blev en del af Y's indkomst fra fordringerne erhvervet fra Z medregnet i X' beskatningsgrundlag, således at X for 2006 blev tillagt et overskud på 546 651 EUR, hvorfra skulle trækkes et underskud på 95 223 EUR fra året før.

13 X indbragte denne afgørelse for Finanzgericht Baden-Württemberg (domstolen i skatte- og afgiftsretlige sager i Baden-Württemberg, Tyskland), som imidlertid ikke gav X medhold.

14 Som følge heraf anlagde X sag ved Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager, Tyskland). Ifølge sidstnævnte ret er det ubestridt, at Y var et »passivt selskab« for X, og at Y's indkomst fra aftalen om overdragelse af fordringerne var »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital« som omhandlet i § 7, stk. 6, og § 8, stk. 1, i AStG 2006. Idet X ejede mere end 1% af aktiekapitalen i dette selskab etableret i et tredjeland, var det med rette, at nævnte indkomst, som Y havde oppebåret, i henhold til disse bestemmelser blev medregnet i X' beskatningsgrundlag forholdsmæssigt i forhold til X' kapitalandel i nævnte selskab Y. Følgelig kunne X' søgsmål til prøvelse af afgørelsen af 1. januar 2007, henset til tysk ret, ikke tages til følge.

15 Den forelæggende ret har imidlertid anført, at de nævnte bestemmelser kun finder

anvendelse på kapitalandele, som tyske skattepligtige personer ejer i selskaber etableret i tredjelande. Under disse omstændigheder har den rejst det spørgsmål, om de pågældende bestemmelser kan være i strid med artikel 63, stk. 1, TEUF, der bl.a. bestemmer, at alle restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande er forbudt.

16 Inden behandlingen af spørgsmålet om, hvorvidt den nationale lovgivning er forenelig med artikel 63 TEUF, har denne ret imidlertid henvist til, at i henhold til den såkaldte *standstill*-klausul i artikel 64, stk. 1, TEUF berører forbuddet i artikel 63 TEUF ikke »anvendelsen over for tredjelande af restriktioner, der den 31. december 1993 eksisterer i henhold til national lovgivning eller EU-lovgivning med hensyn til sådanne kapitalbevægelser til eller fra tredjelande«, når sådanne kapitalbevægelser bl.a. vedrører direkte investeringer. Idet det antages, at den i hovedsagen omhandlede situation vedrører en direkte investering i et tredjeland, i den foreliggende sag Schweiz, finder den forelæggende ret det nødvendigt indledningsvis at afgøre, om de nationale regler om passive selskaber etableret i tredjelande, der finder anvendelse i det omtvistede skatteår, skal anses for at udgøre en restriktion, »der den 31. december 1993 eksisterer«, idet disse regler har undergået visse ændringer efter denne dato.

17 Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager) har i denne henseende oplyst, at disse regler, således som de eksisterede den 31. december 1993, bl.a. er blevet ændret ved Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (lov om skattemæssigt sættelse og reform af selskabsbeskatningen) af 23. oktober 2000 (BGBl. 2000 I, s. 1433, herefter »StSenkG 2000«), som trådte i kraft den 1. januar 2001. Denne ret har anført, at StSenkG 2000 medførte en »gennemgribende omarbejdning« af de regler, der eksisterede den 31. december 1993, men tilføjer, at de således foretagne ændringer imidlertid blev ophævet kort tid efter ved Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (lov om videreudvikling af selskabsbeskatningen) af 20. december 2001 (BGBl. 2001 I, s. 3858, herefter »UntStFG 2001«), som på dette punkt trådte i kraft den 25. december 2001, og som med hensyn til beskatningsordningen for passive selskaber etableret i tredjelande indebærer en restriktion for de frie kapitalbevægelser, der vedrører direkte investeringer, som i det væsentlige er identisk med den restriktion, der følger af de regler, der eksisterede den 31. december 1993. For så vidt som ændringerne indført med StSenkG 2000 i overensstemmelse med bestemmelserne heri først fra 2002 kunne medføre, at »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, blev medregnet i beskatningsgrundlaget for en skattepligtig hjemmehørende person, blev ændringerne ophævet, inden de kunne give skattemyndigheden mulighed for at foretage en sådan medregning.

18 Under disse omstændigheder ønsker Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager) en fortolkning af *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF i to henseender.

19 For det første ønsker den nærmere bestemt oplyst, om undtagelsen i artikel 64, stk. 1, TEUF gør det muligt at anvende en restriktion for de frie kapitalbevægelser mellem en medlemsstat og et tredjeland, der vedrører direkte investeringer, selv om det materielle anvendelsesområde for den pågældende lovgivning blev udvidet efter den 31. december 1993 for ligeledes at omfatte andre investeringer, bl.a. de såkaldte »porteføljainvesteringer«. Den forelæggende ret har i denne henseende henvist til den omstændighed, at § 7, stk. 6, i AStG 2006 i den affattelse, som følger af UntStFG 2001, bl.a. nedsatte størrelsen af den kapitalandel i det passive selskab etableret i et tredjeland, der kræves for en sådan medregning, fra 10% til 1% af kapitalen i dette selskab. Idet denne ændring imidlertid ikke i princippet vedrørte direkte investeringer som de i hovedsagen omhandlede, vil *standstill*-klausulen ikke desto mindre kunne finde anvendelse på de i hovedsagen omhandlede omstændigheder.

20 For det andet har den forelæggende ret vedrørende artikel 64, stk. 1, TEUF rejst spørgsmål om det tidsmæssige perspektiv i de betydelige ændringer, der blev foretaget ved StSenkG 2000,

af reglerne om »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«. Disse ændringer trådte i kraft, men de kunne først medføre medregning af passiv indkomst i beskatningsgrundlaget for en skattepligtig hjemmehørende person fra en senere dato end den, hvorfra de nævnte ændringer blev ophævet ved UntStFG 2001. Ændringen af den retlige situation, som eksisterede den 31. december 1993, er imidlertid, omend midlertidigt, blevet en integrerende del af den nationale retsorden og kan dermed have afbrudt gyldigheden af de restriktive regler, der eksisterede på denne dato. Den forelæggende ret har i denne henseende rejst spørgsmål om, hvorvidt garantien for opretholdelse af en national restriktion for de frie kapitalbevægelser, der eksisterer den 31. december 1993, kan bortfalde alene på grund af ændringslovgivningens formelle normative virkning, eller om denne ændring faktisk også skal være gennemført i praksis.

21 For det tilfælde, at den pågældende nationale lovgivning ikke er omfattet af *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF som følge af et af disse to aspekter og følgelig skal bedømmes i lyset af EU-retten om de frie kapitalbevægelser, ønsker den forelæggende ret oplyst, om en sådan lovgivning udgør en restriktion, der er forbudt i medfør af artikel 63, stk. 1, TEUF, og om en sådan restriktion i så fald kan begrundes i tvingende almene hensyn. Den har i denne henseende henvist til, at Domstolen behandlede spørgsmålet om beskatning af passive selskabers indkomst i den sag, der gav anledning til dom af 12. september 2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), men at denne sag vedrørte etableringsfriheden, som gælder i forholdet mellem medlemsstaterne, og ikke de frie kapitalbevægelser, som også gælder i forholdet mellem medlemsstaterne og tredjelande.

22 Den forelæggende ret er af den opfattelse, at såfremt de principper, der blev fastslået i sidstnævnte dom på området for etableringsfrihed, uden forbehold skal overføres på de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande, er den pågældende tyske lovgivning i strid med artikel 63, stk. 1, TEUF. Efter denne lovgivning sker der nemlig ikke alene medregning af »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, i beskatningsgrundlaget for en aktionær hjemmehørende i Tyskland i tilfælde med rent kunstige arrangementer, hvis formål er at omgå de nationale skattebestemmelser som omhandlet i dom af 12. september 2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Den pågældende nationale lovgivning finder derimod anvendelse uafhængigt af, hvilken økonomisk funktion det passive selskab har, og den pågældende aktionær vil ikke blive givet mulighed for over for skattemyndighederne at dokumentere og godtgøre, at dennes investering i et tredjeland har et økonomisk grundlag.

23 Følgelig ønsker den forelæggende ret oplyst, om de hensyn, der kunne begrunde en restriktion for etableringsfriheden i dom af 12. september 2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), finder anvendelse i forholdet med tredjelande, og i givet fald hvilke kvalitative og kvantitative krav kapitalandelen i et selskab etableret i et tredjeland skal opfylde, for at den ikke anses for »rent kunstig«.

24 På denne baggrund har Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 57, stk. 1, EF (nu artikel 64, stk. 1, TEUF) fortolkes således, at en medlemsstats restriktion for kapitalbevægelser til eller fra tredjelande i forbindelse med direkte investeringer, der eksisterede pr. 31. december 1993, heller ikke berøres af artikel 56 EF (nu artikel 63 TEUF), når den nationale bestemmelse, der eksisterede på skæringsdatoen, og som begrænsede kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, i det væsentlige kun gjaldt for direkte investeringer, men efter skæringsdatoen blev udvidet, således at den også omfatter porteføljeinvesteringer i udenlandske selskaber, der ligger under tærsklen for kapitalandele på 10%?

2) Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, skal artikel 57, stk. 1, EF fortolkes således, at det skal anses for anvendelse af en national bestemmelse til begrænsning af kapitalbevægelser til eller fra tredjelande i forbindelse med direkte investeringer, der eksisterede pr. 31. december 1993, når en senere bestemmelse, der i det væsentlige svarer til den restriktion, der eksisterede på skæringsdatoen, kommer til anvendelse, men den restriktion, der eksisterede på skæringsdatoen, efter skæringsdatoen blev ændret væsentligt for en kort tid ved en lov, der ganske vist retligt set trådte i kraft, men i praksis aldrig blev anvendt, fordi den blev erstattet af den bestemmelse, der nu finder anvendelse, inden den første gang kunne anvendes på et konkret tilfælde?

3) Såfremt et af de første to spørgsmål besvares benægtende, er artikel 56 EF da til hinder for en medlemsstats ordning, hvorefter der i beskatningsgrundlaget for en skattepligtig person, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat, og som ejer en kapitalandel på mindst 1% i et selskab hjemmehørende i en anden stat (her: Schweiz), medregnes en forholdsmæssig andel af dette selskabs positive indtægter med karakter af investeringskapital svarende til ejerandelen, såfremt disse indtægter er undergivet et lavere beskatningsniveau end i den førstnævnte stat?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

25 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at artikel 63, stk. 1, TEUF ikke berører anvendelsen af en restriktion for de frie kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, der i det væsentlige eksisterede den 31. december 1993, i medfør af en medlemsstats lovgivning, selv om omfanget af denne restriktion efter denne dato blev udvidet til kapitalandele, der ikke vedrører en direkte investering.

26 Artikel 63, stk. 1, TEUF indeholder et generelt forbud mod restriktioner for kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne. Kapitalbevægelser i den betydning, hvori begrebet er anvendt i denne bestemmelse, er således navnlig direkte investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse, som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med selskabet (»direkte investeringer«), samt erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den (»porteføljeinvesteringer«) (jf. i denne retning dom af 28.9.2006, Kommissionen mod Nederlandene, C-282/04 og C-283/04, EU:C:2006:608, præmis 18 og 19, og udtalelse 2/15 (Frihandelsaftalen med Singapore) af 16.5.2017, EU:C:2017:376, præmis 80 og 227).

27 Det følger imidlertid af artikel 64, stk. 1, TEUF, at en medlemsstat i forhold til tredjelande kan anvende restriktioner for kapitalens frie bevægelighed, der er omfattet af denne bestemmelses materielle anvendelsesområde, selv om de er i strid med princippet om kapitalens frie bevægelighed som omhandlet i artikel 63, stk. 1, TEUF, forudsat at de allerede eksisterede den

31. december 1993 (jf. i denne retning dom af 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 187, af 24.5.2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, præmis 39, og af 24.11.2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 86).

28 For så vidt som *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF bestemmer, at »[a]rtikel 63 [ikke] berører [...] anvendelsen over for tredjelande af restriktioner, der den 31. december 1993 eksisterer i henhold til national lovgivning eller EU-lovgivning med hensyn til sådanne kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer [...]«, følger det af selve dens ordlyd, at restriktioner for de frie kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, er omfattet af det materielle anvendelsesområde for denne bestemmelse. Derimod er porteføljeinvesteringer ikke blandt de kapitalbevægelser, der omhandles heri.

29 Det fremgår i denne henseende af forelæggelsesafgørelsen dels, at X i det i hovedsagen omhandlede skatteår ejede en kapitalandel på 30% i Y, som den forelæggende ret har kvalificeret som en direkte investering, dels, at anvendelsesområdet for den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning blev udvidet efter den 31. december 1993, således at den ikke alene omfattede kapitalandele på mere end 10% af kapitalen i et selskab etableret i et tredjeland, men ligeledes andele på mindre end 10% af kapitalen i sådanne selskaber, hvilke kapitalandele den nævnte ret har kvalificeret som porteføljeinvesteringer.

30 For at *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF finder anvendelse, er det imidlertid ikke nødvendigt, at den nationale lovgivning, der begrænser de frie kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, udelukkende vedrører de kapitalbevægelser, der er omhandlet i denne bestemmelse.

31 I denne henseende har Domstolen allerede fastslået, at den omstændighed, at en national lovgivning ikke alene kan finde anvendelse på de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF, men ligeledes i andre situationer, ikke er til hinder for anvendelsen af *standstill*-klausulen under de i bestemmelsen omhandlede omstændigheder. Det materielle anvendelsesområde for denne bestemmelse afhænger ikke af den specifikke genstand for en national restriktion, men af virkningen heraf på de kapitalbevægelser, der er omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 15.2.2017, X, C-317/15, EU:C:2017:119, præmis 21 og 22).

32 Artikel 63, stk. 1, TEUF berører således ikke anvendelsen af en restriktion, der den 31. december 1993 eksisterer i henhold til national lovgivning, og som vedrører de kapitalbevægelser, der er omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF, såsom bl.a. direkte investeringer til eller fra tredjelande, uanset eventuelle, efter denne dato, udvidelser af rækkevidden af den lovgivning, som danner grundlag for nævnte restriktion for andre typer af kapitalbevægelser, såsom porteføljeinvesteringer.

33 Under disse omstændigheder, og således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 58 og 59 i forslaget til afgørelse, kan den ændring, som blev indført ved UntStFG 2001, hvorved tærsklen for kapitalandelen i de pågældende selskaber blev sænket fra 10% til 1%, selv om den kan have bevirket, at andre investeringer end direkte investeringer blev omfattet af anvendelsesområdet for den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, ikke have betydning for den pågældende medlemsstats mulighed for fortsat over for tredjelande at anvende restriktioner, der den 31. december 1993 eksisterede i henhold til national lovgivning, for så vidt som disse restriktioner vedrører de kapitalbevægelser, der er omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF.

34 Henset til ovenstående betragtninger skal det første spørgsmål besvares med, at *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at artikel 63, stk. 1, TEUF ikke berører anvendelsen af en restriktion for de frie kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, der i det væsentlige eksisterede den 31. december 1993 i medfør af en medlemsstats lovgivning, selv om omfanget af denne restriktion efter denne dato blev udvidet til

kapitalandele, der ikke vedrører en direkte investering.

Det andet spørgsmål

35 Med sit andet spørgsmål, som er stillet for det tilfælde, at det første spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om *standstill*-klausulen i artikel 63, stk. 1, TEUF finder anvendelse på kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, når den nationale skattelovgivning, der ligger til grund for denne restriktion, efter den 31. december 1993 har været genstand for en væsentlig ændring som følge af vedtagelsen af en lov, som trådte i kraft, men som, inden den var blevet anvendt i praksis, blev erstattet af en lovgivning, der i det væsentlige er identisk med den, der fandt anvendelse den 31. december 1993.

36 Således som det i det væsentlige fremgår af nærværende doms præmis 27, tillader *standstill*-klausulen i artikel 63, stk. 1, TEUF som en undtagelse fra princippet om de frie kapitalbevægelser, som er fastsat i EUF-traktaten, anvendelsen af restriktioner for visse kategorier af kapitalbevægelser, dog forudsat, at disse restriktioner udgør »restriktioner, der den 31. december 1993 eksisterer«.

37 Hvad angår begrebet »restriktioner, der den 31. december 1993 eksisterer«, som findes i artikel 64, stk. 1, TEUF, skal det bemærkes, at enhver national bestemmelse, der vedtages efter denne dato, ikke allerede af denne grund automatisk falder uden for undtagelsesordningen i henhold til denne bestemmelse. Domstolen har således anerkendt, at restriktioner fastsat i bestemmelser, der er vedtaget efter den nævnte dato, som i det væsentlige er identiske med den tidligere lovgivning, eller som alene lemper eller fjerner en hindring i den tidligere lovgivning for udøvelsen af rettigheder og friheder til fri bevægelighed i denne lovgivning, kan sidestilles med sådanne restriktioner, »der eksisterer« (jf. i denne retning dom af 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 189 og 192, af 24.5.2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, præmis 41, og af 18.12.2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, præmis 49).

38 Selv om *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF således giver medlemsstaterne beføjelse til uden tidsmæssig begrænsning at fortsætte med anvendelsen af restriktioner, der er omfattet af anvendelsesområdet for denne bestemmelse, forudsat at disse restriktioner indholdsmæssigt opretholdes uændret, skal det bemærkes, at begrebet »restriktioner, der den 31. december 1993 eksisterer« ifølge Domstolens faste praksis ikke desto mindre forudsætter, at den lovgivning, som den pågældende restriktion indgår i, har udgjort en bestanddel af medlemsstatens retsorden uafbrudt siden denne dato (dom af 18.12.2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, præmis 48, af 5.5.2011, *Prunus og Polonium*, C-384/09, EU:C:2011:276, præmis 34, og af 24.11.2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 81).

39 Således har Domstolen fastslået, at den undtagelsesordning, der er indført ved *standstill*-klausulen, ikke kan finde anvendelse på bestemmelser vedtaget af en medlemsstat, som, selv om de i det væsentlige er identiske med en lovgivning, som eksisterede den 31. december 1993, har genindført en hindring for de frie kapitalbevægelser, som efter ophævelsen af den tidligere lovgivning ikke længere eksisterede (jf. i denne retning dom af 12.12.2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 192, af 18.12.2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, præmis 49, og af 24.11.2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 87 og 88).

40 Det skal nemlig bemærkes, at en medlemsstat, når den foretager en sådan ophævelse eller ændring, giver afkald på den mulighed, som den havde i henhold til artikel 64, stk. 1, TEUF, for i forhold til tredjelande fortsat at anvende restriktioner for kapitalbevægelser, som eksisterede den 31. december 1993 (jf. i denne retning dom af 24.11.2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896,

præmis 86-88).

41 Anvendelsen af artikel 64, stk. 1, TEUF forudsætter således ikke alene opretholdelsen af den pågældende restriktions væsentlige materielle indhold, men ligeledes, at den nævnte restriktion har en tidsmæssig kontinuitet. Såfremt der ikke var krav om, at de restriktioner, der er tilladt i medfør af *standstill*-klausulen i denne bestemmelse, skal have udgjort en bestanddel af den pågældende medlemsstats retsorden uafbrudt siden den 31. december 1993, ville en medlemsstat nemlig på ethvert tidspunkt kunne genindføre restriktioner for kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som eksisterede i den nationale retsorden på denne dato, men som ikke er blevet opretholdt (jf. i denne retning dom af 18.12.2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, præmis 48, af 5.5.2011, Prunus og Polonium, C-384/09, EU:C:2011:276, præmis 34, og af 24.11.2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, præmis 81).

42 I øvrigt skal *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF som en undtagelse fra det grundlæggende princip om de frie kapitalbevægelser fortolkes strengt. På samme måde skal også de betingelser, som en national lovgivning skal opfylde for at blive betragtet som en lovgivning, der »eksisterede« den 31. december 1993, på trods af en ændring af den nationale lovgivning efter denne dato, fortolkes strengt (jf. i denne retning dom af 20.9.2018, EV, C-685/16, EU:C:2018:743, præmis 80 og 81).

43 Det er i den foreliggende sag ubestridt, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning, som eksisterede den 31. december 1993, har været genstand for ændringer efter denne dato. Som det fremgår af nærværende doms præmis 17 og 20, har den forelæggende ret anført, at de ændringer af den retsorden, som eksisterede på nævnte dato, der blev foretaget ved StSenkG 2000, imidlertid blev ophævet nogen tid efter deres vedtagelse som følge af den efterfølgende vedtagelse af UntStFG 2001.

44 Det bemærkes, at selv om det ikke fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at StSenkG 2000 ophævede de bestemmelser, der ligger til grund for den restriktion, der eksisterede den 31. december 1993, hvortil den forelæggende ret henviser, synes denne ret dog at antage, at denne lovs ændringer af den tidligere lovgivning mere eller mindre ændrede de principper, som denne lovgivning hvilede på. Den forelæggende ret har således i denne henseende anført, at den tyske lovgiver med vedtagelsen af StSenkG 2000 har reformeret selskabs- og aktionærbeskatningsordningen væsentligt, herunder lovgivningen om passive selskaber etableret i et tredjeland, der er udformet under hensyn til denne almindelige ordning, som ifølge den forelæggende ret undergik en »gennemgribende omarbejdning«.

45 Såfremt det, med forbehold for den forelæggende rets efterprøvelse heraf, antages, at de med StSenkG 2000 således foretagne ændringer af den nationale lovgivning reelt har ændret de principper, som den tidligere lovgivning hvilede på, ja endog ophævede denne lovgivning, skal betydningen, for anvendeligheden af *standstill*-klausulen, af den omstændighed, som den forelæggende ret har henvist til, at disse ændringer, selv om de trådte i kraft den 1. januar 2001, først har kunnet give anledning til medregning af »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, i en skattepligtig persons beskatningsgrundlag fra og med 2002, dvs. efter de nævnte ændringer blev ophævet ved den efterfølgende ikrafttrædelse af UntStFG 2001 den 25. december 2001, undersøges.

46 Således som det følger af Domstolens praksis, der er anført i nærværende doms præmis 39 og 40, kan en restriktion for kapitalbevægelser, der i henhold til national lovgivning har eksisteret siden den 31. december 1993, ikke anses for at have udgjort en bestanddel af den pågældende medlemsstats retsorden uafbrudt siden denne dato, herunder navnlig, når den lovgivning, som danner grundlag for denne restriktion, ophæves, eller når de principper, som denne lovgivning hviler på, ændres. En sådan ophævelse eller ændring sker i princippet ved ikrafttrædelsen, i

overensstemmelse med de forfatningsmæssige procedurer, der er fastsat med henblik herpå, af de bestemmelser, hvorved der foretages en ophævelse eller ændring af den eksisterende lovgivning.

47 Uanset den formelle ikrafttrædelse af de bestemmelser, der ophæver eller ændrer den lovgivning, som danner grundlag for en restriktion, der eksisterer den 31. december 1993, skal denne restriktion imidlertid anses for uafbrudt at være blevet opretholdt, når anvendelsen af ophævelses- eller ændringsbestemmelserne i henhold til national lovgivning er udsat, og når disse bestemmelser selv ophæves inden de træder i kraft. I et sådant tilfælde må det således konstateres, at en sådan restriktion fortsat og uafbrudt har udgjort en bestanddel af medlemsstatens retsorden.

48 Såfremt, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve, vedtagelsen af StSenkG 2000 under disse omstændigheder blev ledsaget af bestemmelser, hvorved denne lovs anvendelse blev udsat, således at nævnte lovs ændringer af skatteordningen for passive selskaber etableret i et tredjeland ikke fandt anvendelse på grænseoverskridende kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF i perioden fra den 1. januar til den 25. december 2001, som er datoen, hvor UntStFG 2001 trådte i kraft, må det fastslås, at den restriktion, som den forelæggende ret har henvist til, er blevet opretholdt uafbrudt siden den 31. december 1993 som omhandlet i *standstill*-klausulen i denne bestemmelse.

49 Såfremt den forelæggende ret derimod måtte konstatere, at bestemmelserne i StSenkG 2000 fandt anvendelse fra denne lovs ikrafttræden, må det fastslås, at vedtagelsen af denne lov har afbrudt den i hovedsagen omhandlede restriktions fortsatte beståen, en afbrydelse, som skal føre til, at anvendelsen af artikel 64 stk. 1, TEUF udelukkes.

50 Dette ville være tilfældet, hvis de skatteregler, der følger af StSenkG 2000, som trådte i kraft den 1. januar 2001, indebar, at passiv indkomst opstået i 2001 skulle medregnes i beskatningsgrundlaget for den pågældende hjemmehørende skattepligtige person, uanset at skattemyndigheden som følge af denne lovs ophævelse den 25. december 2001 i sidste ende ikke anvendte disse regler for i 2002 at beskatte denne indkomst.

51 Henset til ovenstående betragtninger skal det andet spørgsmål besvares med, at *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at forbuddet i artikel 63, stk. 1, TEUF finder anvendelse på en restriktion for kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, når den nationale skattelovgivning, der ligger til grund for denne restriktion, efter den 31. december 1993 har været genstand for en væsentlig ændring som følge af vedtagelsen af en lov, som trådte i kraft, men som, inden den var blevet anvendt i praksis, blev erstattet af en lovgivning, der i det væsentlige er identisk med den, der fandt anvendelse den 31. december 1993, medmindre denne lovs anvendelse i henhold til national lovgivning er blevet udsat, således at denne lov, uanset dens ikrafttrædelse, ikke fandt anvendelse på grænseoverskridende kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

Det tredje spørgsmål

52 For det tilfælde, at den forelæggende ret, henset til besvarelsen af det andet spørgsmål, måtte finde, at den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning ikke er omfattet af *standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF, er det nødvendigt i overensstemmelse med den forelæggende rets anmodning herom, at behandle dennes tredje spørgsmål.

53 Med dette spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 63, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at den er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter

indkomst oppebåret af et selskab etableret i et tredjeland, der ikke hidrører fra dette selskabs egen virksomhed, såsom indkomst, der kvalificeres som »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, i denne lovgivnings forstand, medregnes forholdsmæssigt i forhold til den ejede kapitalandel i beskatningsgrundlaget for en hjemmehørende skattepligtig person, når denne skattepligtige person ejer en kapitalandel på mindst 1% i nævnte selskab, og når denne indkomst i dette tredjeland er undergivet et lavere beskatningsniveau end det, der er gældende i den pågældende medlemsstat.

54 Med henblik på besvarelsen af dette spørgsmål skal det for det første undersøges, om der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 63 TEUF, og i givet fald for det andet, om en sådan restriktion kan tillades.

Om der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser

55 Det følger af Domstolens faste praksis, at foranstaltninger, der i egenskab af restriktioner for kapitalbevægelserne er forbudt, omfatter sådanne foranstaltninger, som kan afholde ikke-hjemmehørende personer fra at foretage investeringer i en medlemsstat, eller sådanne, der kan afholde personer, der er hjemmehørende i denne medlemsstat, fra at foretage investeringer i andre stater (jf. bl.a. dom af 18.12.2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, præmis 40, af 10.2.2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, C-436/08 og C-437/08, EU:C:2011:61, præmis 50, og af 8.11.2012, Kommissionen mod Finland, C-342/10, EU:C:2012:688, præmis 28).

56 I henhold til den i hovedsagen omhandlede lovgivning tillægges en skattepligtig person, som er skattemæssigt hjemmehørende i Tyskland, og som ejer en kapitalandel på mindst 1% i et selskab etableret i et tredjeland med et »lavt« beskatningsniveau, forholdsmæssigt i forhold til sin kapitalandel den såkaldte »passive« indkomst, dvs. »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, i denne lovgivnings forstand, som dette selskab har oppebåret uafhængigt af enhver udlodning af udbytte. En skattepligtig person, der ejer en tilsvarende kapitalandel i et selskab etableret i Tyskland, er derimod ikke undergivet nævnte lovgivning, idet denne pr. definition kun kan finde anvendelse på grænseoverskridende situationer.

57 En sådan forskellig skattemæssig behandling kan medføre bebyrdende virkninger for en hjemmehørende skattepligtig person, der ejer en kapitalandel i et selskab etableret i et tredjeland, og som oppebærer sådan »passiv« indkomst, idet overskud i dette selskab medregnes i den skattepligtige persons beskatningsgrundlag forholdsmæssigt i forhold til kapitalandelen heri. I forhold til en skattepligtig person, der ejer en tilsvarende kapitalandel i et selskab etableret i den medlemsstat, hvor denne er hjemmehørende, skaber denne forskelsbehandling nemlig en skattemæssig ulempe for den skattepligtige person, som investerer kapital i et tredjeland, for så vidt som den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning henfører overskud fra en særskilt juridisk person til denne skattepligtige person, hos hvem det beskattes (jf. analogt dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 45).

58 Under disse omstændigheder må det fastslås, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning kan afholde investorer, der er fuldt skattepligtige i Tyskland, fra at foretage investeringer i selskaber etableret i visse tredjelande, og udgør derfor en restriktion for de frie kapitalbevægelser, som i princippet er forbudt ved artikel 63, stk. 1, TEUF.

Om restriktionen kan tillades

59 Henset til den restriktive karakter af den i hovedsagen omhandlede lovgivning skal det – således som den tyske regering har anført – undersøges, om restriktionen for de frie kapitalbevægelser, som denne lovgivning har indført, kan begrundes i lyset af artikel 65, stk. 1,

litra a), TEUF, hvorefter »[b]estemmelserne i artikel 63 [...] ikke [griber] ind i medlemsstaternes ret til [...] at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sonder imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret«.

60 Det følger af fast retspraksis, at artikel 65, stk. 1, litra a), TEUF som en undtagelse til det grundlæggende princip om frie kapitalbevægelser skal fortolkes strengt. Denne bestemmelse kan derfor ikke fortolkes således, at enhver skattelovgivning, som sonder mellem de skattepligtige alt afhængigt af det sted, hvor de er bosat, eller den medlemsstat, i hvilken de investerer deres kapital, uden videre er forenelig med traktaten (dom af 11.9.2008, Eckelkamp m.fl., C-11/07, EU:C:2008:489, præmis 57, af 10.2.2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, C-436/08 og C-437/08, EU:C:2011:61, præmis 56, og af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 55).

61 Den forskellige behandling, der er tilladt ifølge artikel 65, stk. 1, litra a), TEUF, må således ikke ifølge denne artikels stk. 3 udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning. Domstolen har derfor fastslået, at en sådan forskellig behandling kun kan tillades, når den vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller i modsat fald, når den er berettiget på grund af et tvingende alment hensyn (jf. i denne retning dom af 6.6.2000, Verkooijen, C-35/98, EU:C:2000:294, præmis 43, af 7.9.2004, Manninen, C-319/02, EU:C:2004:484, præmis 29, og af 17.9.2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, EU:C:2009:559, præmis 68).

62 Det skal derfor først prøves, om den pågældende forskellige behandling vedrører situationer, der er objektivt sammenlignelige, og i givet fald dernæst undersøges, om restriktionen for de frie kapitalbevægelser kan være begrundet i et tvingende alment hensyn.

– *Om situationerne er sammenlignelige*

63 Den tyske regering har bestridt, at der foreligger en restriktion for de frie kapitalbevægelser, idet den har gjort gældende, at den situation for skattepligtige personer, der ejer en kapitalandel i et selskab etableret i et tredjeland og undergivet en lav beskatning, som er omhandlet i den i hovedsagen omhandlede lovgivning, ikke er sammenlignelig med situationen for skattepligtige personer, der ejer en sådan kapitalandel i et selskab hjemmehørende i Tyskland. Ifølge denne regering er disse situationer ikke sammenlignelige, bl.a. fordi denne lovgivning vedrører kapitalandele i selskaber, der ikke henhører under tysk beskatningskompetence, og som i et tredjeland kun er undergivet en lav beskatning.

64 Ifølge fast retspraksis skal sammenligneligheden af en grænseoverskridende situation med en national situation vurderes under hensyntagen til, hvilket formål der forfølges med de omhandlede nationale bestemmelser (jf. i denne retning dom af 18.7.2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, præmis 38, af 1.4.2014, Felixstowe Dock and Railway Company m.fl., C-80/12, EU:C:2014:200, præmis 25, og af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 32).

65 I denne henseende er formålet med den i hovedsagen omhandlede lovgivning ifølge den forelæggende rets fremstilling at »forhindre eller opveje, at personer, der er fuldt skattepligtige, overfører (passiv) indkomst til stater, hvor overskuddet beskattes lavere«. Ifølge den tyske regering tilsigter denne lovgivning ligeledes at forhindre skatteunddragelse ved kunstig overførsel af overskud til tredjelande med lavt beskatningsniveau.

66 Et formål om bekæmpelse af overførsler af overskud til tredjestater med lavt beskatningsniveau kan ganske vist i sagens natur ikke forfølges af en medlemsstat i forbindelse med investeringer foretaget inden for denne stat.

67 Som generaladvokaten har anført i punkt 71 i forslaget til afgørelse, har den i hovedsagen omhandlede lovgivning imidlertid til formål i videst muligt omfang at sidestille situationen for hjemmehørende selskaber, der har investeret kapital i et selskab etableret i et tredjeland med et »lavt« beskatningsniveau, med situationen for hjemmehørende selskaber, der har investeret deres kapital i et andet selskab, der er hjemmehørende i Tyskland, bl.a. med henblik på at udligne eventuelle skattefordele, som de førstnævnte selskaber kan opnå som følge af deres kapitalinvestering i et tredjeland. Fra det øjeblik en medlemsstat ensidigt gør et hjemmehørende selskab skattepligtigt af indkomst oppebåret af et selskab i et tredjeland, hvori det nævnte hjemmehørende selskab ejer en kapitalandel, nærmer dette hjemmehørende selskabs situation sig imidlertid situationen for et hjemmehørende selskab, der ejer en kapitalandel i et andet hjemmehørende selskab (jf. analogt dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 45, og af 14.12.2006, Denkavit Internationaal og Denkavit France, C-170/05, EU:C:2006:783, præmis 35 og 36).

68 Hvis det under disse omstændigheder og med forbehold for prøvelsen af, om den i hovedsagen omhandlede lovgivning eventuelt er begrundet i henhold til et tvingende alment hensyn, anerkendtes, at situationerne ikke er sammenlignelige alene på grund af, at den pågældende investor ejer kapitalandele i et selskab etableret i et tredjeland, selv om artikel 63, stk. 1, TEUF netop forbyder restriktioner for grænseoverskridende kapitalbevægelser, ville denne bestemmelse blive indholdsløs (jf. analogt dom af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 35).

69 Henset til ovenstående betragtninger vedrører den i hovedsagen omhandlede forskellige behandling situationer, der er objektivt sammenlignelige.

– *Om der foreligger et tvingende alment hensyn*

70 Det følger af Domstolens faste praksis, at en restriktion for de frie kapitalbevægelser kun er tilladt, hvis den er begrundet i tvingende alment hensyn, og i dette tilfælde kun i det omfang den er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål (jf. i denne retning dom af 11.10.2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, præmis 79 og 82, af 23.1.2014, DMC, C-164/12, EU:C:2014:20, præmis 44, og af 21.6.2018, Fidelity Funds m.fl., C-480/16, EU:C:2018:480, præmis 64).

71 Den tyske, den franske og den svenske regering har i deres skriftlige indlæg anført, at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede kan begrundes i tvingende alment hensyn, der vedrører hensynet til at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og tredjelande, forebyggelse af skattesvig og skatteunddragelse samt nødvendigheden af at sikre en effektiv skattekontrol.

72 I denne henseende skal det indledningsvis bemærkes, at nødvendigheden af at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og tredjelande udgør et hensyn, der kan begrunde en restriktion for de frie kapitalbevægelser, bl.a. når de pågældende nationale foranstaltninger har til formål at hindre former for adfærd, som kan gøre indgreb i en medlemsstats ret til at udøve sin beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på dens område (jf. i denne retning dom af 10.2.2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, C-436/08 og C-437/08, EU:C:2011:61, præmis 121, af 10.5.2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl., C-338/11 – C-347/11, EU:C:2012:286, præmis 47, og

af 10.4.2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 98).

73 I tråd hermed har Domstolen fastslået, at en national foranstaltning, der begrænser de frie kapitalbevægelser, kan være begrundet i nødvendigheden af at forebygge skattesvig og skatteunddragelse, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at unddrage skat, som normalt skulle svares af overskud erhvervet ved virksomhed udført på den pågældende medlemsstats nationale område (jf. i denne retning dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 51 og 55, af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 72 og 74, og af 3.10.2013, Itelcar, C-282/12, EU:C:2013:629, præmis 34).

74 Det fremgår endvidere af Domstolens faste praksis, at nødvendigheden af at sikre en effektiv skattekontrol udgør et tvingende alment hensyn, der kan begrunde en restriktion for de frie kapitalbevægelser (jf. i denne retning dom af 9.10.2014, van Caster, C-326/12, EU:C:2014:2269, præmis 46, og af 22.11.2018, Huijbrechts, C-679/17, EU:C:2018:940, præmis 36). Det bemærkes i denne henseende, at skattekontrol ifølge Domstolens faste praksis tager sigte på at bekæmpe skattesvig og skatteunddragelse (jf. i denne retning dom af 5.7.2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, præmis 44).

75 På denne baggrund er de af de berørte parter anførte tvingende almene hensyn under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede nært forbundet (jf. analogt dom af 13.12.2005, Marks & Spencer, C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 51, af 21.1.2010, SGI, C-311/08, EU:C:2010:26, præmis 69, og af 5.7.2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, præmis 48). Idet formålet med den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning, således som anført i nærværende doms præmis 65, i det væsentlige svarer til disse tvingende almene hensyn og til forebyggelsen af skattesvig og skatteunddragelse i særdeleshed, skal det derfor undersøges, om denne lovgivning er egnet til at sikre gennemførelsen af det mål, som den forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål.

76 Med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt nævnte lovgivning er egnet til at nå det mål, som den forfølger, bemærkes, at det i denne lovgivning er fastsat, bl.a. i § 7, stk. 6, og § 8, stk. 3, i AStG 2006, at overskud i et selskab etableret i et tredjeland, der oppebærer »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, som ikke beskattes i Tyskland, og som i denne lovgivnings forstand er undergivet en lav beskatning i det pågældende tredjeland, uafhængigt af, om dette overskud udloddes, medregnes i beskatningsgrundlaget for en person, der er fuldt skattepligtig i Tyskland, forholdsmæssigt i forhold til procentdelen af dennes kapitalandel i dette selskab og beskattes hos denne som udlodning af udbytte.

77 Det kan i denne henseende ikke udelukkes, således som generaladvokaten i det væsentlige har anført i punkt 94 i forslaget til afgørelse, at den overdragelse af fordringer, som Z – et selskab etableret i Tyskland – foretager, til Y – et selskab, der ikke er undergivet tysk beskatningskompetence – kan medføre, at indkomst fra sportsklubbers aktiviteter udført på tysk område, som disse fordringer vedrører, i det mindste delvist unddrages tysk beskatningskompetence, idet det imidlertid tilkommer den forelæggende ret at tage stilling til dette spørgsmål om, hvilken materiel skatteret der skal finde anvendelse. Selv om Domstolen ikke råder over tilstrækkelige oplysninger til i den foreliggende sag at kunne fastslå, at de i hovedsagen omhandlede transaktioner er kunstige, kan det i øvrigt heller ikke udelukkes – for så vidt som Y's eneste aktivitet består i at have fordringer i hænde, som er købt af et selskab etableret i Tyskland finansieret ved eksterne lån, herunder et lån ydet af X – at sidstnævntes kapitalandel i Y ikke har nogen forretningsmæssig berettigelse, men at X' primære formål eller et af de primære formål er

at undgå den normalt skyldige skat af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på tysk område, ved at bruge Y som et passivt selskab med henblik herpå.

78 Når en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede ved at fastsætte, at indkomst hos et selskab etableret i et tredjeland med »lavt« beskattingsniveau medregnes i beskattingsgrundlaget for et selskab, der er fuldt skattepligtigt i Tyskland, er egnet til under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede at udligne virkningerne af en eventuel kunstig overførsel af overskud til et tredjeland, er en sådan lovgivning i princippet egnet til at sikre gennemførelsen af det mål, som den forfølger.

79 Det skal yderligere undersøges, om denne lovgivning går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå sit mål.

80 Det følger af Domstolens faste praksis, at den blotte omstændighed, at et hjemmehørende selskab ejer en kapitalandel i et andet selskab etableret i et tredjeland, ikke i sig selv kan danne grundlag for en generel formodning for skatteunddragelse eller skattesvig og derved tjene som begrundelse for en skattemæssig foranstaltning, som er i strid med de frie kapitalbevægelser (jf. i denne retning dom af 16.7.1998, ICI, C-264/96, EU:C:1998:370, præmis 26, af 21.11.2002, X og Y, C-436/00, EU:C:2002:704, præmis 62, og af 11.10.2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, præmis 91). Som det fremgår af den retspraksis, der er nævnt i nærværende doms præmis 73, kan en national foranstaltning, der begrænser de frie kapitalbevægelser, derimod være begrundet, når den specifikt sigter på at hindre adfærd, der består i at oprette rent kunstige arrangementer.

81 I denne henseende ønsker den forelæggende ret oplyst, om fortolkningen af begrebet »rent kunstige arrangementer«, som Domstolen anvendte i dom af 12. september 2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), kan overføres på omstændighederne i hovedsagen. Den har i øvrigt anført, at den sag, der gav anledning til denne dom, vedrørte etableringsfriheden, der navnlig er fastsat ved artikel 49 TEUF, for så vidt som den nævnte sag angik en medlemsstats nationale lovgivning, hvorefter der skulle ske beskattning hos en skattepligtig person etableret i denne medlemsstat af overskud i et selskab etableret i en anden medlemsstat, bl.a. når den hjemmehørende skattepligtige person ejede mere end 50% af selskabskapitalen heri.

82 Det bemærkes, at Domstolen i præmis 67 og 68 i dom af 12. september 2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), har fastslået, at etableringen af et selskab i en medlemsstat har karakter af et »rent kunstigt arrangement«, når det på grundlag af objektive omstændigheder, som kan efterprøves af tredjemand, konstateres, at dette selskab er en fiktiv etablering, for så vidt som det ikke faktisk udøver nogen økonomisk virksomhed på værtsmedlemsstatens område, bl.a. henset til graden af nævnte selskabs fysiske eksistens med hensyn til lokaler, personale og udstyr. Domstolen har heraf udledt, at sådanne fiktive etableringer, bl.a. dem, der har karakter af et datterselskab, som er et »postkasse«- eller »skærm«-selskab, kan underlægges en særlig skatteordning med henblik på at undgå skatteunddragelse og skattesvig, uden at traktatens bestemmelser om etableringsfriheden er til hinder herfor.

83 Når dette er sagt og med hensyn til den forelæggende rets udtrykkelige spørgsmål om, hvilke kvalitative og kvantitative krav en skattepligtig persons kapitalandel i et selskab etableret i et tredjeland skal opfylde, for at den ikke anses for at være »rent kunstig«, skal det bemærkes, at de frie kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne og tredjelande ikke har til formål at afgrænse de betingelser, hvorpå selskaber kan etablere sig på det indre marked (jf. i denne retning dom af 13.11.2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, præmis 100), men at gennemføre liberaliseringen af grænseoverskridende kapitalbevægelser (jf. i denne retning dom af 14.12.1995, Sanz de Lera m.fl., C-163/94, C-165/94 og C-250/94, EU:C:1995:451, præmis

19, og af 10.2.2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen, C-436/08 og C-437/08, EU:C:2011:61, præmis 46).

84 Følgelig kan begrebet »rent kunstige arrangementer« i forbindelse med de frie kapitalbevægelser ikke nødvendigvis bestå i de forhold vedrørende den manglende økonomiske realitet af et selskabs etablering, som er omhandlet i præmis 67 og 68 i dom af 12. september 2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), idet de kunstigt skabte betingelser, der er nødvendige for uretmæssigt at undgå beskatning i en medlemsstat eller for uberettiget at opnå ret til en skattefordel i denne medlemsstat, hvad angår grænseoverskridende kapitalbevægelser kan antage forskellige former. De nævnte forhold kan ganske vist udgøre holdepunkter for, at der foreligger et rent kunstigt arrangement, også med henblik på anvendelsen af reglerne om de frie kapitalbevægelser, bl.a. når det viser sig nødvendigt at vurdere den forretningsmæssige berettigelse af erhvervelsen af en kapitalandel i et selskab, der ikke udøver egen økonomisk virksomhed. Imidlertid kan det nævnte begreb i forbindelse med de frie kapitalbevægelser ligeledes omfatte enhver konstruktion, hvis primære formål er den kunstige overførsel af overskud, der optjenes ved virksomhed, der udføres på en medlemsstats område, til en tredjestat med et lavt beskatningsniveau.

85 I den foreliggende sag synes den i hovedsagen omhandlede lovgivning imidlertid ikke alene at have til formål at hindre adfærd, der består i at oprette sådanne kunstige konstruktioner. Det fremgår således af forelæggelsesafgørelsen, at i henhold til § 7, stk. 6, og § 8, stk. 3, i AStG 2006 – når det er konstateret, at en hjemmehørende skattepligtig person ejer mindst 1% af selskabskapitalen i et selskab etableret i et tredjeland med et lavt beskatningsniveau, som oppebærer »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, i denne lovgivnings forstand – medregnes denne indkomst automatisk i beskatningsgrundlaget for denne skattepligtige person, uden at denne sidstnævnte gives mulighed for at fremlægge oplysninger med henblik på at godtgøre, at dennes kapitalandel ikke beror på en kunstig konstruktion, såsom bl.a. de forretningsmæssige grunde til dennes kapitalandel i dette selskab eller realiteten af den økonomiske virksomhed, som dette selskab udøver.

86 Denne automatik i den i hovedsagen omhandlede lovgivning, som i det væsentlige kan sammenlignes med en uafkræftelig formodning for skattesvig eller skatteunddragelse, kan imidlertid ikke begrundes alene på grundlag af de kriterier, der er opstillet i denne lovgivning. Et lavt beskatningsniveau, som gælder for indkomst hos et selskab etableret i et tredjeland, eller den »passive« karakter af de aktiviteter, der ligger til grund herfor, således som defineret i denne lovgivning, kan ikke, selv om de kan udgøre holdepunkter for adfærd, der kan føre til skattesvig eller skatteunddragelse, i sig selv være tilstrækkelige til at fastslå, at erhvervelsen af en kapitalandel i dette selskab, som foretages af en skattepligtig person, der er hjemmehørende i en medlemsstat, således nødvendigvis udgør en kunstig konstruktion under alle omstændigheder.

87 Det følger af fast retspraksis, at for så vidt angår forholdet mellem medlemsstaterne skal en national lovgivning for at stå i rimeligt forhold til formålet om at forebygge skattesvig og skatteunddragelse i hvert tilfælde, hvor det ikke kan udelukkes, at der foreligger kunstige transaktioner, give den skattepligtige person adgang til – uden at denne er underlagt unødige administrative byrder – at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til, at denne transaktion er indgået (jf. i denne retning dom af 13.3.2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, EU:C:2007:161, præmis 82, af 5.7.2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, præmis 50, og af 3.10.2013, Itelcar, C-282/12, EU:C:2013:629, præmis 37).

88 Henset til den retspraksis, der er nævnt i den foregående præmis, går den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning – for så vidt som der heri er en formodning for, at der foreligger

en adfærd, der er kunstig, fordi betingelserne i denne lovgivning er opfyldt, samtidig med, at den pågældende skattepligtige person ikke gives nogen mulighed for at afkræfte denne formodning – i princippet ud over, hvad der er nødvendigt for at nå sit mål.

89 Den i hovedsagen omhandlede nationale lovgivning tager imidlertid ikke sigte på medlemsstaterne, men på tredjelande.

90 Det skal i denne henseende bemærkes, at den retspraksis, som vedrører restriktioner for den frie bevægelighed inden for Unionen, ikke kan overføres uindskrænket til kapitalbevægelser mellem medlemsstater og tredjelande, eftersom sådanne bevægelser indgår i en anden retlig sammenhæng (jf. bl.a. dom af 28.10.2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis).

91 Hvad navnlig angår den forpligtelse, der påhviler medlemsstaterne til at give den skattepligtige person adgang til at fremlægge beviser vedrørende de eventuelle forretningsmæssige grunde til dennes kapitalandel i et selskab etableret i et tredjeland, følger det af Domstolens praksis, at spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en sådan forpligtelse, skal vurderes ud fra tilgængeligheden af administrative og reguleringsmæssige foranstaltninger, der i givet fald gør det muligt at udøve en kontrol af rigtigheden af disse forhold (jf. i denne retning dom af 11.10.2007, *ELISA*, C-451/05, EU:C:2007:594, præmis 98, af 28.10.2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, præmis 45 og 46, og af 10.4.2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 85).

92 Det fremgår ligeledes af Domstolens faste praksis, at når muligheden for i henhold til en medlemsstats lovgivning at opnå en skattefordel er afhængig af, at man opfylder betingelser, hvis overholdelse kun kan kontrolleres ved, at der indhentes oplysninger fra et tredjeland kompetente myndigheder, er det som udgangspunkt lovligt, at denne medlemsstat nægter at indrømme denne fordel, hvis det bl.a. på grund af, at dette tredjeland ikke er aftalemæssigt forpligtet til at afgive oplysninger, viser sig umuligt at indhente disse oplysninger fra sidstnævnte (jf. i denne retning dom af 18.12.2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, præmis 63, af 10.2.2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel og Österreichische Salinen*, C-436/08 og C-437/08, EU:C:2011:61, præmis 67, og af 10.4.2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 84).

93 Konstateringen i den foreliggende sag af, at kapitalandelen ejet af det i hovedsagen omhandlede selskab etableret i Tyskland i et selskab etableret i et tredjeland ikke – til trods for, at betingelserne i § 7, stk. 6, og § 8, stk. 3, i AStG 2006 er opfyldt – beror på en kunstig konstruktion, kræver de tyske skattemyndigheders analyse af oplysninger vedrørende navnlig arten af dette tredjelandsselskabs aktiviteter.

94 Såfremt en medlemsstat ikke er forpligtet til at acceptere oplysninger om et tredjelandsselskabs aktiviteter, hvori en i denne medlemsstat skattepligtig person ejer en kapitalandel, uden i givet fald at kunne kontrollere rigtigheden af disse oplysninger (jf. i denne retning dom af 10.4.2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, præmis 85), tilkommer det den forelæggende ret at undersøge, om der i den foreliggende sag navnlig foreligger aftalemæssige forpligtelser mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Det Schweiziske Forbund, hvorved der er oprettet en retlig ramme for samarbejde og fastsat mekanismer for udveksling af oplysninger mellem de berørte nationale myndigheder, der rent faktisk er af en sådan art, at de tyske skattemyndigheder gives mulighed for i givet fald at kontrollere rigtigheden af oplysninger vedrørende selskabet etableret i Schweiz, som fremlægges med henblik på at godtgøre, at nævnte skattepligtige persons kapitalandel i dette selskab ikke beror på en kunstig konstruktion.

95 For så vidt som en sådan retlig ramme, navnlig i henhold til aftaler, ikke gælder mellem den pågældende medlemsstat og det pågældende tredjeland, skal det fastslås, at artikel 63, stk. 1, TEUF ikke er til hinder for, at den pågældende medlemsstat anvender en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som fastsætter, at indkomst hos et selskab etableret i et tredjeland medregnes i beskatningsgrundlaget for en hjemmehørende skattepligtig person, uden at denne sidstnævnte gives mulighed for at godtgøre eventuelle forretningsmæssige grunde til sin kapitalandel i dette selskab. Hvis det derimod måtte findes, at der foreligger en sådan retlig ramme, skal den skattepligtige person gives adgang til – uden at blive underlagt unødige administrative byrder – at godtgøre eventuelle forretningsmæssige grunde til sin investering i det pågældende tredjeland.

96 Henset til ovenstående betragtninger skal det tredje spørgsmål besvares med, at artikel 63, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter indkomst oppebåret af et selskab etableret i et tredjeland, der ikke hidrører fra dette selskabs egen virksomhed, såsom indkomst, der kvalificeres som »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, i denne lovgivnings forstand, medregnes forholdsmæssigt i forhold til den ejede kapitalandel i beskatningsgrundlaget for en hjemmehørende skattepligtig person, når denne skattepligtige person ejer en kapitalandel på mindst 1% i nævnte selskab, og når denne indkomst i dette tredjeland er undergivet et lavere beskatningsniveau end det, der er gældende i den pågældende medlemsstat, medmindre der findes en retlig ramme, som navnlig fastsætter aftalemæssige forpligtelser af en sådan art, at de nationale skattemyndigheder i nævnte medlemsstat gives mulighed for i givet fald at kontrollere rigtigheden af oplysninger vedrørende samme selskab, som fremlægges med henblik på at godtgøre, at nævnte skattepligtige persons kapitalandel i dette selskab ikke beror på en kunstig konstruktion.

Sagsomkostninger

97 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagsomkostningerne. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

1) **Standstill-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at artikel 63, stk. 1, TEUF ikke berører anvendelsen af en restriktion for de frie kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, der i det væsentlige eksisterede den 31. december 1993 i medfør af en medlemsstats lovgivning, selv om omfanget af denne restriktion efter denne dato blev udvidet til kapitalandele, der ikke vedrører en direkte investering.**

2) *Standstill*-klausulen i artikel 64, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at forbuddet i artikel 63, stk. 1, TEUF finder anvendelse på en restriktion for kapitalbevægelser til eller fra tredjelande, som vedrører direkte investeringer, når den nationale skattelovgivning, der ligger til grund for denne restriktion, efter den 31. december 1993 har været genstand for en væsentlig ændring som følge af vedtagelsen af en lov, som trådte i kraft, men som, inden den var blevet anvendt i praksis, blev erstattet af en lovgivning, der i det væsentlige er identisk med den, der fandt anvendelse den 31. december 1993, medmindre denne lovs anvendelse i henhold til national lovgivning er blevet udsat, således at denne lov, uanset dens ikrafttrædelse, ikke fandt anvendelse på grænseoverskridende kapitalbevægelser som omhandlet i artikel 64, stk. 1, TEUF, hvilket det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve.

3) Artikel 63, stk. 1, TEUF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter indkomst oppebåret af et selskab etableret i et tredjeland, der ikke hidrører fra dette selskabs egen virksomhed, såsom indkomst, der kvalificeres som »passiv indkomst, der har karakter af investeringskapital«, i denne lovgivnings forstand, medregnes forholdsmæssigt i forhold til den ejede kapitalandel i beskatningsgrundlaget for en hjemmehørende skattepligtig person, når denne skattepligtige person ejer en kapitalandel på mindst 1% i nævnte selskab, og når denne indkomst i dette tredjeland er undergivet et lavere beskatningsniveau end det, der er gældende i den pågældende medlemsstat, medmindre der findes en retlig ramme, som navnlig fastsætter aftalemæssige forpligtelser af en sådan art, at de nationale skattemyndigheder i nævnte medlemsstat gives mulighed for i givet fald at kontrollere rigtigheden af oplysninger vedrørende samme selskab, som fremlægges med henblik på at godtgøre, at nævnte skattepligtige persons kapitalandel i dette selskab ikke beror på en kunstig konstruktion.

Underskrifter

* Processprog: tysk.