

Zaak C-182/08

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

tegen

Finanzamt München II

(verzoek van het Bundesfinanzhof om een prejudiciële beslissing)

„Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van kapitaal – Vennootschapsbelasting – Verwerven van aandelen in kapitaalvennootschap – Voorwaarden voor inaanmerkingneming, bij vaststelling van belastinggrondslag van verwerver, van waardevermindering van aandeel wegens winstuitkering”

Samenvatting van het arrest

1. *Vrij verkeer van kapitaal – Verdragsbepalingen – Werkingssfeer*

[EG-Verdrag, art. 52 en 73 B (thans art. 43 EG en 56 EG)]

2. *Vrij verkeer van kapitaal – Beperkingen – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting*

[EG-Verdrag, art. 73 B (thans art. 56 EG)]

1. Een regeling van een lidstaat die de waardevermindering van aandelen ten gevolge van winstuitkeringen uitsluit van de belastinggrondslag van een ingezeten belastingplichtige wanneer deze belastingplichtige aandelen in een ingezeten kapitaalvennootschap verwerft van een niet-ingezeten aandeelhouder, terwijl in geval van verwerving van aandelen van een ingezeten aandeelhouder die waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger vermindert, moet uitsluitend worden getoetst aan het vrije verkeer van kapitaal. Aangezien de betrokken regeling beoogt te beletten dat niet-ingezeten aandeelhouders een ongerechtvaardigd belastingvoordeel verkrijgen dat rechtstreeks voortvloeit uit de overdracht van aandelen, die met name enkel kan worden verricht om het genoemde voordeel te verkrijgen, en niet om gebruik te maken van de vrijheid van vestiging of ingevolge het gebruik van deze vrijheid, moet immers worden geoordeeld dat het aspect van deze regeling dat verband houdt met het vrije verkeer van kapitaal, voorrang heeft boven het aspect dat de vrijheid van vestiging betreft. Indien deze regeling de vrijheid van vestiging beperkt, dan is deze beperking derhalve het onvermijdelijke gevolg van een eventuele belemmering van het vrije verkeer van kapitaal en rechtvaardigt zij dus niet een autonome toetsing van deze regeling aan artikel 52 van het EG-Verdrag.

(cf. punten 50-52)

2. Artikel 73 B van het EG-Verdrag (thans artikel 56 EG) moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een regeling van een lidstaat die de waardevermindering van aandelen ten gevolge van winstuitkeringen uitsluit van de belastinggrondslag van een ingezeten belastingplichtige wanneer deze belastingplichtige aandelen in een ingezeten kapitaalvennootschap verwerft van een niet-ingezeten aandeelhouder, terwijl in geval van een verwerving van aandelen van een ingezeten aandeelhouder een dergelijke waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger vermindert. Deze vaststelling geldt wanneer een dergelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen en om volstrekt kunstmatige constructies

te voorkomen die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om onterecht een fiscaal voordeel te verkrijgen. Het staat aan de nationale rechter te onderzoeken of deze regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze doelstellingen te bereiken.

Doordat een ingezeten belastingplichtige op zijn belastbare winst de uit bovenbedoelde gedeeltelijke afschrijving voortvloeiende verliezen uitsluitend in aftrek kan brengen wanneer hij de aandelen verwerft van een ingezeten aandeelhouder, worden de aandelen van de niet-ingezeten immers zeker minder aantrekkelijk en kan de ingezeten belastingplichtige er bijgevolg van worden weerhouden deze aandelen te verwerven. Een dergelijk verschil in behandeling kan ook niet-ingezeten beleggers ervan weerhouden om aandelen te verwerven in de ingezeten vennootschap en aldus voor die vennootschap een belemmering bij het bijeenbrengen van kapitaal uit andere lidstaten vormen, zodat een dergelijke regeling een in beginsel door artikel 73 B van het Verdrag verboden beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt.

Dit verschil in behandeling brengt geen objectief verschil in situatie van ingezeten aandeelhouders tot uitdrukking, aangezien deze aandeelhouders zich ten aanzien van de verliezen die voortvloeien uit een gedeeltelijke afschrijving op de aandelen in een ingezeten vennootschap, in een vergelijkbare situatie bevinden, ongeacht of het gaat om van een ingezetene dan wel van een niet-ingezetene verkregen aandelen. De winstuitkering vermindert immers de waarde van een aandeel, ongeacht of dit vooraf werd verkregen van een ingezetene of van een niet-ingezetene, en in beide gevallen wordt deze waardevermindering door de ingezeten aandeelhouder gedragen.

Voorts kan, bij gebreke van een rechtstreeks verband tussen het betrokken fiscale voordeel en de verrekening van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing, de betrokken regeling niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel van volledige verrekening te bewaren. Dienaangaande worden de nadelen die voortvloeien uit deze regeling, rechtstreeks gedragen door de ingezeten aandeelhouder die deze aandelen van een niet-ingezetene heeft verkregen. Voor deze ingezeten aandeelhouder wordt het feit dat hij de verliezen die voortvloeien uit de gedeeltelijke afschrijving van zijn aandelen in een ingezeten vennootschap, niet van zijn belastbare winst kan aftrekken wanneer de waardevermindering van de aandelen voortvloeit uit de winstuitkering, door geen enkel fiscaal voordeel gecompenseerd.

Een dergelijke regeling kan echter worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te bewaren, aangezien andere verrichtingen dan een winstuitkering die de niet-ingezeten aandeelhouder in staat stellen economisch gezien hetzelfde resultaat te verkrijgen als wanneer hem het belastingkrediet werd toegekend op de vennootschapsbelasting die is betaald door de vennootschap waarvan hij de aandelen bezit, kunnen evenzeer afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de vestigingsstaat van die vennootschap om zijn recht uit te oefenen om belasting te heffen over inkomsten die door een economische activiteit op zijn grondgebied worden gegenereerd. Door voor de nieuwe ingezeten aandeelhouder het recht te beperken om van zijn belastbare winst het bedrag van het door de waardevermindering van de betrokken aandelen ontstane verlies af te trekken voor zover dit geen geblokkeerd bedrag overschrijdt dat overeenkomt met het verschil tussen de aankoopprijs die door de ingezeten aandeelhouder is betaald en de nominale waarde van de aandelen, kan deze regeling praktijken tegengaan die geen ander doel hebben dan de niet-ingezeten aandeelhouder een belastingkrediet uit hoofde van de door de ingezeten vennootschap betaalde vennootschapsbelasting te laten verkrijgen. Bovendien heeft de uit de genoemde beperking voortvloeiende verhoging van de belastinggrondslag van de nieuwe ingezeten aandeelhouder tot doel te voorkomen dat normaal in de betrokken lidstaat belastbare inkomsten als deel van de door de voormalige niet-ingezeten aandeelhouder behaalde winst die overeenkomt met het onverschuldigde belastingkrediet, worden overgedragen zonder in die lidstaat aan belasting te worden onderworpen. Een dergelijke regeling is bijgevolg geschikt voor het bereiken van de

beoogde doelstellingen van bewaring van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en van voorkoming van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om een fiscaal voordeel te verkrijgen.

Niettemin moet worden nagegaan of een dergelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om de aldus nagestreefde doelstellingen te bereiken. Dienaangaande staat het aan de verwijzende rechter na te gaan of – voor zover de berekening van het geblokkeerde bedrag is gebaseerd op de kosten van de verwerving van de betrokken aandelen – de gevolgen van deze regeling niet verder gaan dan noodzakelijk is om te waarborgen dat een bedrag dat gelijk is aan het belastingkrediet, niet onterecht wordt toegekend aan de niet-ingezeten aandeelhouder. Het kan immers niet worden uitgesloten dat de aandelen worden verkocht tegen een hogere waarde dan de nominale waarde ervan om andere redenen dan om de aandeelhouder een belastingkrediet uit hoofde van de door de ingezeten vennootschap betaalde vennootschapsbelasting toe te kennen, of in elk geval dat de niet-uitgekeerde winst en de mogelijkheid een bij deze aandelen behorend belastingkrediet te verkrijgen slechts een onderdeel van de verkoopprijs van deze aandelen vormen. Bovendien hebben de inaanmerkingneming van het geblokkeerde bedrag en de verhoging van de belastinggrondslag van de ingezeten aandeelhouder ook gevolgen voor andere belastingen waaraan deze aandeelhouder kan worden onderworpen, en met name voor de berekening van de door hem verschuldigde bedrijfsbelasting. Deze gevolgen gaan verder dan noodzakelijk is om de doelstellingen van de regeling te bereiken.

Het staat eveneens aan de nationale rechter na te gaan of de toepassing van de beperking van de inaanmerkingneming van de waardevermindering van aandelen ten gevolge van een winstuitkering vanaf het jaar van de verwerving van de genoemde aandelen en in de daaropvolgende negen jaren, zoals bedoeld in de regeling, niet verder gaat dan noodzakelijk is om de doelstellingen ervan te bereiken. Ten slotte moet, om te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, een maatregel ter voorkoming van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om onterecht een fiscaal voordeel te verkrijgen, de nationale rechter in staat stellen om elk geval met inachtneming van de bijzonderheden ervan afzonderlijk te beoordelen, en op basis van objectieve feiten rekening te houden met het misbruik opleverende of frauduleuze gedrag van de betrokkenen.

Voor zover de regeling niet toestaat dat de toepassing ervan wordt beperkt tot op grond van objectieve omstandigheden vastgestelde volstrekt kunstmatige constructies, maar ziet op alle situaties waarin de ingezeten belastingplichtige aandelen in een ingezeten vennootschap heeft verworven van een niet-ingezeten aandeelhouder tegen een prijs die, om welke reden dan ook, de nominale waarde van de aandelen overschrijdt, gaan de gevolgen van een dergelijke regeling verder dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstelling van voorkoming van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om onterecht een fiscaal voordeel te verkrijgen.

(cf. punten 56-59, 73-74, 78, 80-81, 84, 88, 91-94, 96-102 en dictum)

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

17 september 2009 (*)

„Vrijheid van vestiging en vrij kapitaalverkeer – Vennootschapsbelasting – Verkrijging van aandelen in kapitaalvennootschap – Voorwaarden voor inaanmerkingneming, bij vaststelling van belastinggrondslag van verkrijger, van waardevermindering van aandeel wegens winstuitkering”

In zaak C-182/08,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door het Bundesfinanzhof (Duitsland) bij beslissing van 23 januari 2008, ingekomen bij het Hof op 30 april 2008, in de procedure

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

tegen

Finanzamt München II,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: P. Jann, kamerpresident, M. Ilešič, A. Borg Barthet, E. Levits (rapporteur) en J. J. Kasel, rechters,

advocaat-generaal: Y. Bot,

griffier: R. Ferey, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 2 april 2009,

gelet op de opmerkingen van:

- Glaxo Wellcome GmbH & Co KG., vertegenwoordigd door H. M. Pott en T. Englert, Rechtsanwältin,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door M. Lumma en C. Blaschke als gemachtigden,
- de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door R. Lyal en W. Mölls als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 9 juli 2009,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 52 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 43 EG) en artikel 73 B EG-Verdrag (thans artikel 56 EG).

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding van Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, een commanditaire vennootschap naar Duits recht waarvan de beherende vennoten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid zijn, tegen het Finanzamt München II (hierna: „Finanzamt”) over de vaststelling van haar winst over de jaren 1995 tot en met 1998.

Toepasselijke bepalingen

Nationale regeling

3 In het kader van het ten tijde van de feiten in het hoofdgeding in Duitsland geldende belastingstelsel van „volledige verrekening” werd de economische dubbele belastingheffing op de door in Duitsland gevestigde vennootschappen uitgekeerde winst aan de in Duitsland ingezeten belastingplichtigen overeenkomstig § 36, lid 2, punt 3, van het Einkommensteuergesetz (Duitse wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG”) en § 49 van het Körperschaftsteuergesetz (Duitse wet op de vennootschapsbelasting; hierna: „KStG”) vermeden door deze belastingplichtigen het recht toe te kennen om de door de uitkerende vennootschappen betaalde vennootschapsbelasting integraal te verrekenen met hun inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting.

4 Overeenkomstig § 36, lid 4, tweede alinea, EStG kon het recht op verrekening van de vennootschapsbelasting, waar de ingezeten aandeelhouder recht op had, de vorm aannemen van een terugbetaling wanneer zijn eigen belastingschuld lager was dan het bedrag van de eerder over de winstuitkering geheven vennootschapsbelasting. § 20, lid 1, punt 3, EStG houdt in dat dit recht zelf werd beschouwd als een deel van de inkomsten.

5 Indien een deelneming in een rechtspersoon deel uitmaakte van het bedrijfskapitaal van een ingezeten belastingplichtige, kon laatstgenoemde krachtens § 6, lid 1, punt 1, EStG bij ontvangst van het dividend de waarde van deze deelneming in zijn fiscale balans verminderen. Deze waardevermindering, die „afschrijving op de actuele waarde van de aandelen” werd genoemd, ging uit van de gedachte dat de uitkering niet meer is dan een vervanging van activa. Zo werd de waarde van een aandeel verminderd met de waarde van de bij dit aandeel behorende winstuitkering.

6 De bruto-uitkering, die het in § 36 EStG voorziene recht op verrekening van de vennootschapsbelasting omvatte, en de daarmee overeenstemmende afschrijving op de actuele waarde van de deelneming, waren dus normaliter even groot en hieven elkaar op.

7 Als gevolg daarvan genereerden de winstuitkeringen uiteindelijk geen inkomsten. Er bestond bijgevolg geen belastingschuld overeenstemmend met het belastingkrediet, dat een gedeelte van de inkomsten uit de winstuitkering vormde. Indien de belastingplichtige in het betrokken jaar geen andere inkomsten had, werd dit belastingkrediet dus omgezet in een recht op teruggave.

8 Winst uit de vervreemding van de aandelen, die bestaat in een aankoop prijs die hoger is dan de nominale waarde van de aandelen, vormde inkomsten in de zin van de belastingwetgeving en was voor de ingezeten belastingplichtigen onderworpen aan de inkomstenbelasting overeenkomstig § 17 EStG of aan de vennootschapsbelasting overeenkomstig § 8, lid 2, KStG.

9 Met betrekking tot niet-ingezeten belastingplichtigen waren de inkomsten uit winstuitkeringen door ingezeten vennootschappen en de winst uit de vervreemding van aandelen in deze vennootschappen niet onderworpen aan de Duitse inkomsten- of vennootschapsbelasting.

10 Niet-ingezeten belastingplichtigen kwamen ook niet in aanmerking voor de toepassing van

het stelsel van integrale belastingheffing op de winst die ingezeten vennootschappen hun uitkeerden en hadden zo geen recht op een belastingkrediet ten belope van de door de ingezeten uitkerende vennootschap betaalde belasting.

11 § 50c, leden 1 en 4, EStG, zoals gewijzigd bij het Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz, wet tot verbetering van de fiscale voorwaarden, om te verzekeren dat Duitsland binnen de Europese interne markt een vestigingsplaats voor ondernemingen blijft) van 13 september 1993 (BGBl. 1993 I, blz. 1569) luidde:

„1) Een tot verrekening van vennootschapsbelasting gerechtigde belastingplichtige die een aandeel in een [...] onbeperkt belastingplichtige kapitaalvennootschap verkrijgt van een niet tot een dergelijke verrekening gerechtigde aandeelhouder [...], mag bij de winstbepaling geen rekening houden met winstverminderingen die ontstaan door

1. door de inaanmerkingneming van de lagere actuele waarde van de deelneming of
2. de vervreemding of de onttrekking daarvan,

in het jaar van de verkrijging of in een van de volgende negen jaren, voor zover deze inaanmerkingneming van de lagere actuele waarde of van elke andere winstvermindering alleen voortvloeit uit winstuitkeringen of winstoverdrachten krachtens overeenkomsten tot regeling van de zeggenschap, en de winstverminderingen in totaliteit het geblokkeerde bedrag, als bedoeld in lid 4, niet overschrijden.

[...]

4) Het geblokkeerde bedrag komt overeen met het verschil tussen de aanschafkosten en de nominale waarde van het aandeel. [...]"

12 Het Gesetz zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts (wet tot wijziging van het belastingregime voor de reorganisatie van vennootschappen) van 28 oktober 1994 (BGBl. 1994 I, blz. 3267; hierna: „UmwStG”) had in het Duitse recht de mogelijkheid ingevoerd om een kapitaalvennootschap in een personenvennootschap om te zetten met behoud van de fiscale waarde van de overgedragen economische goederen zonder realisatie van de latente meerwaarden.

13 Wanneer het vermogen van een vennootschap door omzetting overging op een personenvennootschap moest overeenkomstig § 4, lid 4, UmwStG op het niveau van de personenvennootschap de overnamewinst of het overnameverlies worden vastgesteld door vergelijking van de waarde waartegen de overgedragen economische goederen moesten worden overgenomen en de boekwaarde van de aandelen in de overdragende vennootschap. Volgens § 14 UmwStG gold hetzelfde bij omzetting van een vennootschap in een personenvennootschap.

14 De aldus bepaalde overnamewinst of het overnameverlies („eerste fase”) moest overeenkomstig § 4, lid 5, UmwStG worden verhoogd respectievelijk verminderd met de krachtens § 10, lid 1, UmwStG te heffen vennootschapsbelasting en met een geblokkeerd bedrag in de zin van § 50c EStG aangezien de aandelen in de overdragende vennootschap op de fiscale peildatum voor de overdracht behoorden tot het bedrijfsvermogen van de overnemende personenvennootschap.

15 Indien er vervolgens nog steeds een overnameverlies was („tweede fase”), moesten de waarderingen van de overgedragen materiële en immateriële economische goederen tot hun

actuele waarde worden aangevuld. Een dan nog resterend verlies werd krachtens § 4, lid 6, UmwStG in mindering gebracht op de winst van de overnemende personenvennootschap.

16 § 10, lid 1, UmwStG luidde:

„De vennootschapsbelasting op de delen van het eigen vermogen van de overdragende vennootschap, die in de zin van § 30, lid 1, punten 1 en 2, [KStG] voor uitkering kunnen worden bestemd, moet onverminderd lid 2 worden verrekend met de door de aandeelhouders van de overnemende personenvennootschap te betalen inkomstenbelasting of vennootschapsbelasting of met de inkomstenbelasting van de overnemende natuurlijke persoon.”

Verdrag tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland

17 In artikel III, lid 1, van het verdrag van 26 november 1964 tussen de Bondsrepubliek Duitsland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het vermijden van dubbele belasting en het voorkomen van belastingontduiking (BGBl. 1996 II, blz. 358), wordt bepaald dat „de handels- en nijverheidswinsten van een onderneming uit een van de grondgebieden slechts op dit grondgebied belastbaar zijn, tenzij zij in het andere grondgebied een industriële of commerciële activiteit uitoefent door middel van een aldaar gevestigde vaste inrichting”.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

18 Verzoekster in het hoofdgeding werd op 1 juli 1995 opgericht in het kader van de herstructurering van de Glaxo Wellcome groep na de omzetting, door verandering van de rechtsvorm, van de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht Glaxo Wellcome GmbH (hierna: „GW GmbH”).

19 De stappen van de herstructurering van de Glaxo Wellcome groep kunnen als volgt worden omschreven.

20 Op 26 juni 1995 heeft de vennootschap naar Duits recht Glaxo Verwaltungs GmbH (hierna: „GV GmbH”), die reeds 95 % van de aandelen in GW GmbH bezat, 5 % van de aandelen van GW GmbH verkregen van Glaxo Group Limited (hierna: „GG Ltd”), haar in het Verenigd Koninkrijk gevestigde moedermaatschappij, en is zij de enige moedermaatschappij van GW GmbH geworden.

21 Op 27 juni en 7 juli 1995 hebben GW GmbH en vervolgens verzoekster in het hoofdgeding alle aandelen in Wellcome GmbH (hierna: „W GmbH”) verkregen. De vennootschappen die de betrokken aandelen hebben verkocht zijn GG Ltd, die 99,98 % van de aandelen in W GmbH in handen had, en Burroughs Wellcome Ltd, de moedermaatschappij van GG Ltd, die 0,02 % van de genoemde aandelen bezat.

22 Bij akte van fusie van 25 augustus 1995 werd W GmbH met terugwerkende kracht tot 29 juni 1995 gefuseerd met haar enige aandeelhouder, GW GmbH.

23 Op 30 juni 1995 heeft GV GmbH 1 % van haar aandelen in GW GmbH verkocht aan Seftonpharm GmbH, die volledig in haar handen was.

24 Op 1 juli 1995 werd GW GmbH omgezet in een commanditaire vennootschap naar Duits recht. Zij heet voortaan Glaxo Wellcome GmbH & Co KG.

25 Op de datum van die omzetting bedroeg de balanswaarde van de aandelen in GW GmbH

bij GV GmbH (met inbegrip van Seftonpharm GmbH) 500 miljoen DEM. Op grond van § 4, leden 4 en 5, UmwStG berekende verzoekster in het hoofdgeding met inachtneming van een geblokkeerd bedrag van 22 887 706 DEM overeenkomstig § 50c EStG, een verlies van 328 096 563 DEM door de overname van 5 % van de aandelen in GW GmbH van GG Ltd.

26 Volgens het Finanzamt was niet alleen bij de verkrijging van de aandelen in GW GmbH door GV GmbH van GG Ltd een geblokkeerd bedrag ten laste van de verworven aandelen ontstaan. Zijns inziens rustte ook op de aandelen in W GmbH die verzoekster in het hoofdgeding van GG Ltd en Burroughs Wellcome Ltd had verkregen, een geblokkeerd bedrag van 322 565 500 DEM. Na de overname van W GmbH door GW GmbH is dit tweede geblokkeerde bedrag niet verdwenen, maar is het overgedragen op de aandelen van GV GmbH in GW GmbH. Het uit de omzetting van GW GmbH voortvloeiende overnameverlies verminderde dus door de geblokkeerde bedragen tot 5 531 063 DEM.

27 Tussen verzoekster in het hoofdgeding en het Finanzamt is in wezen geschil of het door GW GmbH geboekte overnameverlies wordt verlaagd met een geblokkeerd bedrag in de zin van § 50c, EStG dat is ontstaan bij de verwerving van aandelen in W GmbH door GW GmbH.

28 Verzoekster in het hoofdgeding werd dienaangaande in het gelijk gesteld door het Finanzgericht München, waarop het Finanzamt bij het Bundesfinanzhof hogere voorziening heeft ingesteld.

29 Anders dan het Finanzgericht München had geoordeeld, is de verwijzende rechter van oordeel dat louter krachtens het Duitse recht het genoemde verlies moet worden verlaagd met het geblokkeerde bedrag dat is ontstaan bij de verwerving van aandelen in W GmbH door GW GmbH.

30 Volgens het Bundesfinanzhof kan gelet op het gemeenschapsrecht echter worden getwijfeld aan de wettigheid van de inaanmerkingneming van een geblokkeerd bedrag overeenkomstig § 50c, EStG, aangezien de belastingplichtige anders wordt behandeld al naargelang hij de aandelen verkrijgt van een verrekeningsgerechtigde aandeelhouder dan wel van een niet tot verrekening gerechtigde aandeelhouder.

31 In die omstandigheden heeft het Bundesfinanzhof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vraag gesteld:

„Verzet artikel 52 [...] of artikel 73 B van het Verdrag [...] zich tegen de regeling van een lidstaat die, in het kader van een nationaal stelsel van verrekening van vennootschapsbelasting, de waardevermindering van aandelen ten gevolge van winstuitkeringen uitsluit van de belastinggrondslag, wanneer een tot verrekening van vennootschapsbelasting gerechtigde belastingplichtige een aandeel in een onbeperkt belastingplichtige kapitaalvennootschap verkrijgt van een niet tot verrekening gerechtigde aandeelhouder, terwijl in geval van verkrijging van een aandeel van een verrekeningsgerechtigde aandeelhouder dergelijke waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger vermindert?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

32 Vooraf zij erop gewezen dat volgens de uiteenzettingen van de Duitse regering niet-ingezeten aandeelhouders in de regel in Duitsland slechts beperkt belastingplichtig waren en geen recht op verrekening van vennootschapsbelasting hadden. Bijgevolg was § 50c, EStG vooral van toepassing op de vervreemding van deelnemingen in een ingezeten kapitaalvennootschap, die derhalve onbeperkt belastingplichtig is, aan een ingezeten aandeelhouder, die dientengevolge verrekeningsgerechtigd is, door een niet-ingezeten aandeelhouder, die dus niet tot verrekening gerechtigd is.

33 Derhalve moet de prejudiciële vraag aldus worden verstaan dat de verwijzende rechter wenst te vernemen of artikel 52 of artikel 73 B van het Verdrag zich verzet tegen een regeling van een lidstaat die de waardevermindering van aandelen ten gevolge van winstuitkeringen uitsluit van de belastinggrondslag van een ingezeten belastingplichtige wanneer deze belastingplichtige aandelen in een ingezeten kapitaalvennootschap verkrijgt van een niet-ingezeten aandeelhouder, terwijl in geval van verkrijging van die aandelen van een ingezeten aandeelhouder die waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger vermindert.

34 Tevens zij in herinnering gebracht dat volgens vaste rechtspraak de directe belastingen weliswaar tot de bevoegdheid van de lidstaten behoren, doch dat deze niettemin verplicht zijn deze bevoegdheid in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uit te oefenen (zie met name arresten van 13 december 2005, Marks & Spencer, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 29; 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 40; 12 december 2006, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, C-374/04, Jurispr. blz. I-11673, punt 36, en 8 november 2007, Amurta, C-379/05, Jurispr. blz. I-9569, punt 16).

35 Aangezien de vraag van de verwijzende rechter zowel betrekking heeft op artikel 52 als op artikel 73 B van het Verdrag moet eerst worden bepaald of en in welke mate een nationale regeling als in het hoofdgeding aan de orde is, de in deze artikelen bedoelde vrijheden kan aantasten.

In het hoofdgeding aan de orde zijnde vrijheid

36 In dit verband zij eraan herinnerd dat met betrekking tot de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, uit ondertussen vaste rechtspraak blijkt dat rekening dient te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie (zie arrest van 24 mei 2007, Holböck, C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Uit de rechtspraak volgt ook dat het Hof de betrokken maatregel in beginsel slechts uit het oogpunt van een van deze twee vrijheden onderzoekt indien blijkt dat in de omstandigheden van het hoofdgeding een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden (arrest van 3 oktober 2006, Fidium Finanz, C-452/04, Jurispr. blz. I-9521, punt 34).

38 Derhalve moet in de eerste plaats worden nagegaan of een verkrijging van aandelen in een ingezeten vennootschap door een ingezetene van een niet-ingezeten aandeelhouder, zoals in het hoofdgeding aan de orde is, een kapitaalbeweging in de zin van artikel 73 B van het Verdrag vormt.

39 Aangezien het Verdrag geen definitie van het begrip „kapitaalverkeer” bevat, heeft het Hof eerder erkend dat de nomenclatuur in de bijlage bij richtlijn 88/361/EEG van de Raad van 24 juni 1988 voor de uitvoering van artikel 67 van het Verdrag [artikel ingetrokken bij het Verdrag van

Amsterdam] (PB L 178, blz. 5), indicatieve waarde heeft, ook al is deze vastgesteld op basis van de artikelen 69 en 70, lid 1, EEG-Verdrag (de artikelen 67 tot en met 73 EEG-Verdrag werden vervangen door de artikelen 73 B tot en met 73 G EG-Verdrag, thans de artikelen 56 EG tot en met 60 EG), waarbij de lijst die zij bevat, zoals in de inleiding te kennen wordt gegeven, niet uitputtend is (zie met name arresten van 23 februari 2006, Van Hiltten-van der Heijden, C-513/03, Jurispr. blz. I-1957, punt 39; 14 september 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer, C-386/04, Jurispr. blz. I-8203, punt 22; 11 september 2008, Eckelkamp e.a., C-11/07, Jurispr. blz. I-6845, punt 38, en 27 januari 2009, Persche, C-318/07, Jurispr. blz. I-00000, punt 24).

40 Derhalve zijn kapitaalverkeer in de zin van artikel 73 B, lid 1, van het Verdrag met name directe investeringen in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap die de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over een vennootschap („directe” investeringen) en de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met uitsluitend doel te beleggen zonder invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming te willen uitoefenen („portefeuillebeleggingen”) (zie in die zin arresten van 16 maart 1999, Trummer en Mayer, C-222/97, Jurispr. blz. I-1661, punt 21; 4 juni 2002, Commissie/Frankrijk, C-483/99, Jurispr. blz. I-4781, punten 36 en 37; 13 mei 2003, Commissie/ Verenigd Koninkrijk, C-98/01, Jurispr. blz. I-4641, punten 39 en 40, en 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, Jurispr. blz. I-9141, punt 19).

41 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat een terugverkoop van aandelen door een niet-ingezeten aandeelhouder aan de ingezeten uitgevende vennootschap een kapitaalbeweging vormt in de zin van artikel 1 van richtlijn 88/361 en van de nomenclatuur van het kapitaalverkeer die in bijlage I bij die richtlijn is opgenomen (zie arrest van 19 januari 2006, Bouanich, C-265/04, Jurispr. blz. I-923, punt 29).

42 Volgens de tweede alinea, vierde streepje, van bijlage I bij richtlijn 88/361 omvat het vrije kapitaalverkeer immers de liquidatie of de overdracht van gevormde vermogenswaarden.

43 Derhalve vormt de overdracht van deelnemingen in ingezeten vennootschappen door niet-ingezeten beleggers een kapitaalbeweging in de zin van artikel 1 van de genoemde richtlijn en van de nomenclatuur van het kapitaalverkeer die in bijlage I bij die richtlijn is opgenomen.

44 Ofschoon, zoals de Duitse regering aangeeft, de verkrijging van aandelen in een ingezeten vennootschap door een ingezetene van een niet-ingezeten aandeelhouder niet uitdrukkelijk wordt vermeld in de nomenclatuur van het kapitaalverkeer die in bijlage I bij richtlijn 88/361 is opgenomen, vormt deze verrichting dus een kapitaalbeweging in de zin van artikel 1 van deze richtlijn en valt zij onder de werkingssfeer van de communautaire voorschriften inzake het vrije kapitaalverkeer.

45 Wat in de tweede plaats artikel 52 van het Verdrag betreft, volgt uit 's Hofs rechtspraak dat de vrijheid van vestiging, die in dit artikel aan de gemeenschapsonderdanen wordt toegekend en die voor hen de toegang tot en de uitoefening van werkzaamheden anders dan in loondienst alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen omvat onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van de lidstaat van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld, voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Europese Gemeenschap hebben, het recht meebrengt om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (arrest van 23 februari 2006, Keller Holding, C-471/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 29; arrest Centro di Musicologia Walter Stauffer, reeds aangehaald, punt 17, en arrest van 11 oktober 2007, ELISA, C-451/05, Jurispr. blz. I-8251, punt 62).

46 Het begrip „vestiging” in de zin van het Verdrag is zeer ruim en houdt in dat een gemeenschapsonderdaan duurzaam kan deelnemen aan het economische leven van een andere lidstaat dan zijn staat van herkomst, daar voordeel uit kan halen en op die wijze de economische en sociale vervlechting in de Gemeenschap op het gebied van niet in loondienst verrichte werkzaamheden kan bevorderen (zie met name reeds aangehaalde arresten *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, punt 18, en *ELISA*, punt 63).

47 Volgens vaste rechtspraak vallen nationale bepalingen die van toepassing zijn wanneer een staatsburger van een lidstaat een deelneming in het kapitaal van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap bezit waardoor hij of zij een beslissende invloed op de besluiten van deze vennootschap heeft en hij de activiteiten ervan kan bepalen, binnen de materiële werkingssfeer van de verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging (zie met name arrest van 13 april 2000, *Baars*, C-251/98, Jurispr. blz. I-2787, punt 22; arrest *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, reeds aangehaald, punt 31; arresten van 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 27, en 17 juli 2008, *Commissie/Spanje*, C-207/07, punt 60).

48 Uit de opmerkingen van de Duitse regering blijkt dat een van de voorziene gevallen voor de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling, het geval is waarin een niet-ingezeten aandeelhouder meerdere in Duitsland gevestigde dochterondernemingen controleert en haar aandelen in een van deze dochterondernemingen verkoopt aan een andere gecontroleerde dochteronderneming.

49 Vaststaat evenwel dat de toepassing van de genoemde wettelijke regeling niet afhangt van de omvang van de deelnemingen verworven van de niet-ingezeten aandeelhouder en niet beperkt is tot situaties waarin de aandeelhouder een beslissende invloed kan uitoefenen op de besluitvorming van de betrokken vennootschap en de activiteiten ervan kan bepalen.

50 Aangezien bovendien de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling beoogt te beletten dat niet-ingezeten aandeelhouders een ongerechtvaardigd belastingvoordeel verkrijgen dat rechtstreeks uit de overdracht van aandelen voortvloeit, die met name enkel kan worden verricht om het genoemde voordeel te verkrijgen, en niet om de vrijheid van vestiging uit te oefenen of ingevolge de uitoefening van deze vrijheid, moet worden geoordeeld dat het aspect van deze regeling dat verband houdt met het vrije kapitaalverkeer, voorrang heeft boven het aspect dat de vrijheid van vestiging betreft.

51 Indien deze wettelijke regeling de vrijheid van vestiging beperkt, dan is deze beperking derhalve het onvermijdelijke gevolg van een eventuele belemmering van het vrije kapitaalverkeer en rechtvaardigt zij dus niet een autonome toetsing van deze wettelijke regeling aan artikel 52 van het Verdrag (zie in die zin arrest van 14 oktober 2004, *Omega*, C-36/02, Jurispr. blz. I-9609, punt 27; arresten *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, reeds aangehaald, punt 33; *Fidium Finanz*, reeds aangehaald, punt 48, en *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 34).

52 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling moet dus uitsluitend worden getoetst aan het vrije kapitaalverkeer.

Bestaan van een beperking van het vrije kapitaalverkeer

53 Zoals de verwijzende rechterlijke instantie opmerkt, heeft de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling tot gevolg dat wanneer een ingezeten belastingplichtige aandelen in een ingezeten kapitaalvennootschap heeft verkregen van een niet-ingezeten aandeelhouder, de

waardevermindering van die aandelen ten gevolge van winstuitkeringen wordt uitgesloten van de belastinggrondslag van de verkrijger, terwijl in geval van verkrijging van deze aandelen van een ingezeten aandeelhouder dergelijke waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger vermindert.

54 Deze beperking van de inaanmerkingneming van de waardevermindering van de aandelen ten gevolge van winstuitkeringen is van toepassing vanaf het jaar van de verkrijging van die aandelen en in de negen daaropvolgende jaren, en betreft uitsluitend winstverminderingen door winstuitkeringen of door winstoverdrachten ter uitvoering van een overeenkomst tot regeling van de zeggenschap en voor zover de winstverminderingen niet een bepaald bedrag overschrijden, „geblokkeerd bedrag” genoemd.

55 Dit geblokkeerde bedrag – het verschil tussen de aankoopprijs die door de ingezeten aandeelhouder is betaald en de nominale waarde van de aandelen – drukt aldus op de van een niet-ingezetene verkregen aandelen door in wezen de gevolgen van de gedeeltelijke afschrijving van de aandelen ten gevolge van de winstuitkering op te heffen.

56 Dat een belastingplichtige op zijn belastbare winst de uit de gedeeltelijke afschrijving van zijn deelneming in de vennootschap voortvloeiende verliezen in aftrek kan brengen wanneer de waardevermindering van de aandelen het gevolg is van de winstuitkering, vormt zonder meer een belastingvoordeel.

57 Door dit voordeel uitsluitend aan een ingezeten belastingplichtige toe te kennen wanneer hij aandelen in een ingezeten vennootschap verkrijgt van een ingezeten aandeelhouder, worden de deelnemingen van de niet-ingezetenen minder aantrekkelijk en kan de ingezeten belastingplichtige er bijgevolg van worden weerhouden deze deelnemingen te verwerven.

58 Bovendien kan een dergelijk verschil in behandeling ook niet-ingezeten beleggers ervan weerhouden om een deelneming te verwerven in de ingezeten vennootschap en aldus voor die vennootschap een belemmering bij het bijeenbrengen van kapitaal uit andere lidstaten vormen.

59 Hieruit volgt dat een wettelijke regeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is een in beginsel door artikel 73 B van het Verdrag verboden beperking van het vrije kapitaalverkeer vormt.

Rechtvaardiging van de beperking van het vrije kapitaalverkeer

60 Evenwel moet worden onderzocht of een dergelijke beperking van het vrije kapitaalverkeer kan worden gerechtvaardigd op basis van de bepalingen van het Verdrag.

61 Volgens de Duitse regering en de Commissie van de Europese Gemeenschappen beoogt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling te voorkomen dat een niet-ingezeten aandeelhouder door bepaalde praktijken, met name die welke door de advocaat-generaal in punt 100 van zijn conclusie worden beschreven, economisch gezien hetzelfde resultaat bereikt als wanneer hem een belastingkrediet werd toegekend.

62 De in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling beoogt volgens hen aldus de coherentie van de Duitse procedure van volledige verrekening te bewaren en is gerechtvaardigd, aangezien uit het arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, en het arrest van 26 juni 2008, *Burda*, C-284/06, Jurispr. blz. I-4571 blijkt dat de omstandigheid dat geen belastingkrediet ter voorkoming van dubbele economische belasting wordt toegekend aan niet-ingezeten aandeelhouders die dividenden ontvangen van ingezeten vennootschappen, niet in strijd met het gemeenschapsrecht kan worden geacht.

63 Zowel de Duitse regering als de Commissie merkt bovendien op dat het feit dat –zonder dat daar een belastingschuld tegenover staat – een belastingkrediet wordt toegekend aan een niet-ingezeten aandeelhouder die niet belastingplichtig is in de lidstaat waarin de uitkerende vennootschap is gevestigd, erop neer komt die lidstaat te verplichten af te zien van de belasting van een deel van de op zijn grondgebied behaalde winsten. Dienaangaande merkt de Commissie nog op dat de betaling van een belastingkrediet aan een niet-ingezeten aandeelhouder niet de functie van het genoemde belastingkrediet kan vervullen, te weten de voordien op het niveau van de vennootschap ingehouden belasting aan te passen aan het individuele tarief waaraan de genoemde belastingplichtige is onderworpen, maar alleen tot gevolg heeft dat de nationale belastbare materie naar een andere lidstaat wordt verplaatst.

64 Verzoekster in het hoofdgeding meent daarentegen dat noch de noodzaak om de werking van de verrekeningsprocedure te verzekeren, noch de noodzaak om de fiscale samenhang te handhaven of de eenmalige belastingheffing in Duitsland te garanderen een rechtvaardiging kan vormen voor de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling.

65 Deze wettelijke regeling legt geen enkel technisch verband tussen de verrekeningsprocedure en het nadeel dat uit deze wettelijke regeling voortvloeit, en heeft voorts tot gevolg dat de bedrijfsbelasting voor de ingezeten verkrijger wordt verhoogd, aangezien de winstbepaling ook bepalend is voor deze belasting die evenmin een band heeft met de verrekening van vennootschapsbelasting.

66 Gelet op de aldus door verweerster in het hoofdgeding, de Duitse regering en de Commissie aangevoerde argumenten, zij eraan herinnert dat volgens artikel 73 D, lid 1, sub a, EG-Verdrag [thans artikel 58, lid 1, sub a, EG] het bepaalde in artikel 73 B van het Verdrag niet afdoet aan het recht van de lidstaten om de ter zake dienende bepalingen van hun belastingwetgeving toe te passen die onderscheid maken tussen belastingplichtigen die niet in dezelfde situatie verkeren met betrekking tot hun vestigingsplaats of de plaats waar hun kapitaal is belegd.

67 Artikel 73 D, lid 1, sub a, van het Verdrag, dat als afwijking van het fundamentele beginsel van vrij kapitaalverkeer strikt moet worden uitgelegd, kan evenwel niet aldus worden uitgelegd dat elke belastingwetgeving die onderscheid maakt tussen belastingplichtigen op grond van hun vestigingsplaats of de lidstaat waar zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het Verdrag. De in artikel 73 D, lid 1, sub a, van het Verdrag bedoelde afwijking wordt immers op haar beurt beperkt door dit artikel 73 D, lid 3, dat bepaalt dat de in lid 1 van dit artikel bedoelde nationale maatregelen „geen middel tot willekeurige discriminatie [mogen] vormen, noch een verkapte beperking van het vrije kapitaalverkeer en betalingsverkeer als omschreven in artikel 73 B” (zie arrest van 7 september 2004, *Manninen*, C-319/02, Jurispr. blz. I-7477, punt 28, en arrest *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, reeds aangehaald, punt 31).

68 Derhalve moet onderscheid worden gemaakt tussen de krachtens artikel 73 D, lid 1, sub a, van het Verdrag toegestane ongelijke behandelingen en de discriminaties die lid 3 van dit artikel verbiedt. Volgens de rechtspraak kan een nationale belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is slechts verenigbaar met de verdragsbepalingen betreffende het vrije

kapitaalverkeer worden geacht indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang (zie arrest van 6 juni 2000, Verkooijen, C-35/98, Jurispr. blz. I-4071, punt 43; arrest Manninen, reeds aangehaald, punt 29, en arrest van 8 september 2005, Blanckaert, C-512/03, Jurispr. blz. I-7685, punt 42).

69 Het Hof heeft reeds vastgesteld dat met betrekking tot de toepassing van de belastingwetgeving van de lidstaat van vestiging van de uitkerende vennootschap die een stelsel voor voorkoming of vermindering van opeenvolgende belastingheffingen of dubbele economische belasting van door ingezeten vennootschappen aan ingezetenen uitgekeerde dividenden kent, de dividendontvangende aandeelhouders die ingezetenen zijn van die lidstaat, zich niet noodzakelijkerwijs in een situatie bevinden die vergelijkbaar is met die van dividendontvangende aandeelhouders die ingezetenen zijn van een andere lidstaat (zie in die zin arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, punten 55 en 57).

70 Wanneer de uitkerende vennootschap en de ontvangende aandeelhouder niet in dezelfde lidstaat zijn gevestigd, bevindt de lidstaat waarin de uitkerende vennootschap is gevestigd, dus de lidstaat van de bron van de winst, zich wat het voorkomen of het verminderen van opeenvolgende belastingheffingen en dubbele economische belasting betreft, niet in dezelfde positie als de lidstaat waarin de ontvangende aandeelhouder is gevestigd (arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 58).

71 Er zij evenwel op gewezen dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling geen betrekking heeft op de situatie van een aandeelhouder al naargelang hij ingezetene is of niet en bijgevolg de mogelijkheid voor deze aandeelhouder om in aanmerking te komen voor een belastingkrediet voor de belasting die de uitkerende vennootschap heeft betaald.

72 Dit verschil in behandeling betreft uitsluitend de ingezeten aandeelhouders naargelang zij hun deelneming in een ingezeten vennootschap hebben verkregen van een ingezeten aandeelhouder dan wel van een niet-ingezeten aandeelhouder.

73 Zoals de advocaat-generaal in punt 139 van zijn conclusie heeft opgemerkt, bevinden deze aandeelhouders zich ten aanzien van de verliezen die voortvloeien uit een gedeeltelijke afschrijving op de aandelen in een ingezeten vennootschap, in een vergelijkbare situatie ongeacht of het om van een ingezetene of van een niet-ingezetene verkregen aandelen gaat. De winstuitkering vermindert immers de waarde van een aandeel, ongeacht of dit vooraf werd verkregen van een ingezetene of van een niet-ingezetene, en in beide gevallen wordt deze waardevermindering door de ingezeten aandeelhouder gedragen.

74 Een dergelijk verschil in behandeling brengt derhalve geen objectief verschil in situatie van deze aandeelhouders tot uitdrukking.

75 Tevens moet worden nagegaan of een beperking als die in het hoofdgeding gerechtvaardigd kan zijn uit hoofde van de door de Duitse regering en de Commissie ingeroepen dwingende redenen van algemeen belang.

76 De door de Duitse regering en de Commissie aangevoerde argumenten, uiteengezet in de punten 61 tot en met 63 van dit arrest, kunnen in verband worden gebracht met de noodzaak om de samenhang van het Duitse belastingstelsel te bewaren, om de belastingheffing op inkomsten die worden gegenereerd op het Duitse grondgebied te verzekeren en om fictieve constructies voor de omzeiling van de Duitse wetgeving te voorkomen.

77 Wat om te beginnen het argument betreffende de noodzaak om de samenhang van het

Duitse belastingstelsel te bewaren aangaat, zij erop gewezen dat het Hof reeds erkend heeft dat de noodzaak om de samenhang van een belastingstelsel te bewaren een beperking van de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde verkeersvrijheden kan rechtvaardigen (arrest van 28 januari 1992, Bachmann, C-204/90, Jurispr. blz. I-249, punt 28; arrest Manninen, reeds aangehaald, punt 42, en arrest van 27 november 2008, Papillon, C-418/07, Jurispr. blz. I-00000, punt 43).

78 Een beroep op een dergelijke rechtvaardigingsgrond kan volgens het Hof evenwel alleen slagen indien er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken fiscale voordeel en de verrekening van dat voordeel door een bepaalde belastingheffing, welk rechtstreeks verband op basis van de door de betrokken belastingregeling nagestreefde doelstelling moet worden aangetoond (zie arrest Papillon, reeds aangehaald, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79 Zoals de Duitse regering en de Commissie hebben opgemerkt, beoogt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling te voorkomen dat de niet-ingezeten aandeelhouder door een andere verrichting dan een winstuitkering economisch gezien niettemin van hetzelfde resultaat kan krijgen als de voordelen van het belastingkrediet op de vennootschapsbelasting die is betaald door de vennootschap waarvan hij de aandelen bezit.

80 Het staat vast dat de nadelen die voortvloeien uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling, rechtstreeks worden gedragen door de ingezeten aandeelhouder die deze aandelen van een niet-ingezetene heeft verkregen. Voor deze ingezeten aandeelhouder wordt het feit dat hij de verliezen die voortvloeien uit de gedeeltelijke afschrijving van zijn deelneming in een ingezeten vennootschap, niet van zijn belastbare winst kan aftrekken wanneer de waardevermindering van de deelneming voortvloeit uit de winstuitkering, door geen enkel fiscaal voordeel gecompenseerd. De overweging dat de winst die ontstaat voor de niet-ingezetene die de aandelen aan de ingezeten aandeelhouder heeft verkocht, in Duitsland niet aan belasting is onderworpen, is immers irrelevant ten opzichte van de ingezeten aandeelhouder die het nadeel draagt.

81 Bijgevolg ontbreekt in casu een rechtstreeks verband zoals door de in punt 78 van dit arrest aangehaalde rechtspraak wordt geëist, en kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de samenhang van het belastingstelsel van volledige verrekening te bewaren.

82 Wat vervolgens het argument betreft dat de Bondsrepubliek Duitsland de mogelijkheid moet behouden om haar fiscale bevoegdheid over de op haar grondgebied verrichte activiteiten uit te oefenen, moet worden vastgesteld dat het weliswaar vaste rechtspraak is dat derving van belastingopbrengst niet kan worden aangemerkt als een dwingende reden van algemeen belang die kan worden ingeroepen ter rechtvaardiging van een maatregel die in beginsel in strijd is met een fundamentele vrijheid (zie met name arrest Manninen, reeds aangehaald, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het Hof heeft echter ook erkend dat er gedragingen kunnen bestaan die afbreuk kunnen doen aan het recht van de lidstaten om hun belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op hun grondgebied plaatsvinden, en zo de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten in gevaar kunnen brengen (zie arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 46); dergelijke gedragingen kunnen een beperking van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden rechtvaardigen (zie in die zin arrest Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, reeds aangehaald, punten 55 en 56, en arrest van 29 maart 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Jurispr. blz. I-2647, punt 42).

83 Het Hof heeft ook geoordeeld dat eisen dat de lidstaat waarin de uitkerende vennootschap is gevestigd, waarborgt dat aan een niet-ingezeten aandeelhouder uitgekeerde winst niet wordt getroffen door opeenvolgende belastingheffingen of door een dubbele economische belasting,

hetzij door deze winsten bij de uitkerende vennootschap vrij te stellen van belasting, hetzij door aan die aandeelhouder een belastingvoordeel te geven ter hoogte van de door de uitkerende vennootschap over die winst betaalde belasting, de facto betekent dat deze staat moet afzien van zijn recht om belasting te heffen over inkomen dat door een economische activiteit op zijn grondgebied is gegenereerd (arrest *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, reeds aangehaald, punt 59).

84 Andere verrichtingen dan een winstuitkering die de niet-ingezeten aandeelhouder in staat stellen economisch gezien hetzelfde resultaat te krijgen als wanneer hem het belastingkrediet werd toegekend op de vennootschapsbelasting die is betaald door de vennootschap waarvan hij de aandelen bezit, kunnen evenzeer afbreuk doen aan de mogelijkheid voor de vestigingsstaat van die vennootschap om zijn recht uit te oefenen om belasting te heffen over inkomsten die door een economische activiteit op zijn grondgebied worden gegenereerd.

85 De opneming in de verkoopprijs van de aandelen van een bedrag ter hoogte van het belastingkrediet dat de ingezeten verkrijger van deze aandelen kan ontvangen, en de verrekening van de waardevermindering van de genoemde aandelen na de dividenduitkering met het bedrag van de door de verkrijger van diezelfde aandelen ontvangen dividenden, zouden voor deze ingezeten verkrijger immers leiden tot hetzij het recht het belastingkrediet te verrekenen met andere door hem verschuldigde belastingen, hetzij, wanneer hij niet over andere belastbare inkomsten beschikt, de terugbetaling van een bedrag ter hoogte van het belastingkrediet uit hoofde van de door de vennootschap betaalde vennootschapsbelasting.

86 Aangezien de prijs van de aandelen het bedrag gelijk aan het belastingkrediet omvat, zou de toekenning van een belastingkrediet of de terugbetaling van een bedrag gelijk aan dit belastingkrediet aan de nieuwe ingezeten aandeelhouder tot gevolg hebben de niet-ingezeten aandeelhouder onrechtstreeks een belastingkrediet uit hoofde van de op het niveau van de vennootschap ingehouden belasting toe te kennen.

87 Deze gevolgen blijven niet beperkt tot de derving van fiscale inkomsten voor de Bondsrepubliek Duitsland, maar houden in dat, doordat aan de niet-ingezetene onrechtstreeks een economisch voordeel wordt toegekend dat gelijk is aan het belastingkrediet uit hoofde van de over de winst van een ingezeten vennootschap geheven belasting, de normaal in de lidstaat van vestiging van deze vennootschap belastbare inkomsten worden verplaatst naar de lidstaat die bevoegd is om de door de niet-ingezetene behaalde winst te belasten, waardoor afbreuk wordt gedaan aan een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

88 Hieruit volgt dat een wettelijke regeling zoals in het hoofdgeding aan de orde is, kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te bewaren.

89 Wat ten slotte de argumenten betreft dat belastingontduiking moet worden voorkomen en dat kunstmatige constructies die zijn bedoeld om het Duitse belastingstelsel te ontduiken, moeten worden bestreden, moet worden vastgesteld dat een nationale maatregel die het vrije kapitaalverkeer beperkt, gerechtvaardigd kan zijn wanneer hij specifiek ziet op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om een fiscaal voordeel te verkrijgen (zie in die zin arresten *Cadbury Schweppes* en *Cadbury Schweppes Overseas*, reeds aangehaald, punten 51 en 55; *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, reeds aangehaald, punten 72 en 74, en arrest van 4 december 2008, *Jobra*, C-330/07, Jurispr. blz. I-00000, punt 35).

90 Blijkens de opmerkingen van de Duitse regering, waarvoor bevestiging is te vinden in de memorie van toelichting bij de wet waarbij de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke

regeling in de Duitse rechtsorde werd ingevoerd, heeft deze wettelijke regeling tot doel de constructies tegen te gaan waarmee de niet-ingezeten aandeelhouders bij de verkoop van hun aandelen een bedrag verkrijgen ter hoogte van het belastingkrediet uit hoofde van de door de ingezeten vennootschap betaalde vennootschapsbelasting, middels praktijken als die welke in punt 100 van de conclusie van de advocaat-generaal zijn beschreven, die uitsluitend worden aangewend met het doel het genoemde fiscale voordeel te verkrijgen.

91 Door voor de nieuwe aandeelhouder het recht te beperken om van zijn belastbare winst het bedrag van het door de waardevermindering van de litigieuze aandelen ontstane verlies af te trekken voor zover dit het „geblokkeerde bedrag” niet overschrijdt, kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling praktijken tegengaan die geen ander doel hebben dan de niet-ingezeten aandeelhouder een belastingkrediet uit hoofde van de door de ingezeten vennootschap betaalde vennootschapsbelasting te laten verkrijgen. Bovendien heeft de uit de genoemde beperking voortvloeiende verhoging van de belastinggrondslag van de nieuwe ingezeten aandeelhouder tot doel te voorkomen dat normaal in Duitsland belastbare inkomsten als deel van de door de voormalige niet-ingezeten aandeelhouder behaalde winst die overeenkomt met het onverschuldigde belastingkrediet, worden overgedragen zonder in Duitsland aan belasting te worden onderworpen.

92 Een dergelijke wettelijke regeling is bijgevolg geschikt voor het bereiken van de beoogde doelstellingen van bewaring van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en van voorkoming van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om een fiscaal voordeel te verkrijgen.

93 Niettemin dient te worden nagegaan of een dergelijke wettelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om de aldus nagestreefde doelstellingen te bereiken.

94 Het staat aan de verwijzende rechter na te gaan of – voor zover de berekening van het geblokkeerde bedrag is gebaseerd op de kosten van de verwerving van de betrokken aandelen – de gevolgen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling niet verder gaan dan noodzakelijk is om te waarborgen dat een bedrag dat gelijk is aan het belastingkrediet niet onterecht wordt toegekend aan de niet-ingezeten aandeelhouder.

95 Zoals de advocaat-generaal in punt 170 van zijn conclusie tevens opmerkt, is deze wettelijke regeling immers van toepassing wanneer een ingezeten belastingplichtige zijn aandelen in een ingezeten vennootschap van een niet-ingezeten aandeelhouder heeft verkregen voor een prijs die, om welke reden dan ook, de nominale waarde van de aandelen overschrijdt.

96 Bijgevolg is een dergelijke regeling gebaseerd op een vermoeden dat elke verhoging van de verkoopprijs noodzakelijkerwijs de inaanmerkingneming van het belastingkrediet omvat en uitsluitend daartoe wordt toegepast. Zoals de advocaat-generaal in punt 172 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan echter niet worden uitgesloten dat de aandelen worden verkocht tegen een hogere waarde dan de nominale waarde ervan om andere redenen dan om de aandeelhouder een belastingkrediet uit hoofde van de door de ingezeten vennootschap betaalde vennootschapsbelasting toe te kennen, of in ieder geval dat de niet-uitgekeerde winst en de mogelijkheid een bij deze aandelen behorend belastingkrediet te verkrijgen slechts een onderdeel van de verkoopprijs van deze aandelen vormen.

97 Voorts heeft verzoekster in het hoofdgeding voor het Hof betoogd dat de inaanmerkingneming van het geblokkeerde bedrag en de verhoging van de belastinggrondslag van de ingezeten aandeelhouder ook gevolgen hebben voor andere belastingen waaraan deze aandeelhouder kan worden onderworpen, en met name voor de berekening van de door hem verschuldigde bedrijfsbelasting. Dergelijke gevolgen gaan verder dan noodzakelijk is om de

doelstellingen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling te bereiken.

98 Het staat eveneens aan de verwijzende rechter na te gaan of de toepassing van de beperking van de inaanmerkingneming van de waardevermindering van aandelen ten gevolge van een winstuitkering vanaf het jaar van de verkrijging van de genoemde aandelen en in de daaropvolgende negen jaren, niet verder gaat dan noodzakelijk is om de doelstellingen van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling te bereiken.

99 Ten slotte moet, zoals de advocaat-generaal in punt 174 van zijn conclusie opmerkt, betreffende de doelstelling van voorkoming van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om onterecht een fiscaal voordeel te verkrijgen, worden vastgesteld dat, om te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel, een maatregel die een dergelijke doelstelling nastreeft, de nationale rechter in staat moet stellen om elk geval, met inachtneming van de bijzonderheden ervan, afzonderlijk te beoordelen, en op basis van objectieve feiten rekening te houden met het misbruik opleverende of frauduleuze gedrag van de betrokkenen.

100 Voor zover een wettelijke regeling als die in het hoofdgeding niet toelaat dat de toepassing ervan wordt beperkt tot op grond van objectieve omstandigheden vastgestelde volstrekt kunstmatige constructies, maar alle situaties betreft waarin de ingezeten belastingplichtige aandelen in een ingezeten vennootschap heeft verkregen van een niet-ingezeten aandeelhouder voor een prijs die, om welke reden dan ook, de nominale waarde van de aandelen overschrijdt, gaan de gevolgen van een dergelijke wettelijke regeling als die in het hoofdgeding verder dan noodzakelijk is voor het bereiken van de doelstelling van voorkoming van volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om onterecht een fiscaal voordeel te verkrijgen.

101 Mitsdien moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat artikel 73 B van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die de waardevermindering van aandelen ten gevolge van een winstuitkering uitsluit van de belastinggrondslag van een ingezeten belastingplichtige wanneer deze belastingplichtige aandelen in een ingezeten kapitaalvennootschap verkrijgt van een niet-ingezeten aandeelhouder, terwijl in geval van een verkrijging van aandelen van een ingezeten aandeelhouder een dergelijke waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger vermindert.

102 Deze vaststelling gaat op wanneer een dergelijke wettelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen en volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om onterecht een fiscaal voordeel te verkrijgen. Het staat aan de verwijzende rechter te onderzoeken of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze doelstellingen te bereiken.

Kosten

103 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Eerste kamer) verklaart voor recht:

Artikel 73 B van het EG-Verdrag (thans artikel 56 EG) moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een wettelijke regeling van een lidstaat die de waardevermindering van aandelen ten gevolge van winstuitkeringen uitsluit van de belastinggrondslag van een ingezeten belastingplichtige wanneer deze belastingplichtige aandelen in een ingezeten

kapitaalvennootschap verkrijgt van een niet-ingezeten aandeelhouder, terwijl in geval van een verkrijging van aandelen van een ingezeten aandeelhouder een dergelijke waardevermindering de belastinggrondslag van de verkrijger vermindert.

Deze vaststelling gaat op wanneer een dergelijke wettelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te waarborgen en volstrekt kunstmatige constructies te voorkomen die geen verband houden met de economische realiteit en alleen bedoeld zijn om onterecht een fiscaal voordeel te verkrijgen. Het staat aan de verwijzende rechter te onderzoeken of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling niet verder gaat dan noodzakelijk is om deze doelstellingen te bereiken.

ondertekeningen

* Procestaal: Duits.