

Mål C-182/08

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

mot

Finanzamt München II

(begäran om förhandsavgörande från Bundesfinanzhof)

"Etableringsfrihet och fri rörlighet för kapital – Inkomstskatt för juridiska personer – Förvärv av andelar i ett kapitalbolag – Villkor för att förvärvarens beskattningsunderlag ska påverkas av att andelarna minskar i värde efter utdelning"

Sammanfattning av domen

1. *Fri rörlighet för kapital – Bestämmelser i fördraget – Tillämpningsområde*

(EG-fördraget, artiklarna 52 och 73b (nu artiklarna 53 EG och 56 EG))

2. *Fri rörlighet för kapital – Restriktioner – Skattelagstiftning – Inkomstskatt för juridiska personer*

(EG-fördraget, artikel 73b (nu artikel 56 EG))

1. En medlemsstats lagstiftning enligt vilken den minskning av värdet på andelar som följer av en vinstutdelning inte får påverka beräkningsunderlaget för skatten för en i landet hemmahörande skattskyldig person, när denne har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande kapitalbolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, medan en sådan minskning av värdet minskar beskattningsunderlaget för förvärvaren om dessa andelar förvärvas från en i landet hemmahörande andelsägare, ska uteslutande prövas med hänsyn till den fria rörligheten för kapital. Ändamålet med den aktuella lagstiftningen är nämligen att hindra i landet ej hemmahörande andelsinnehavare från att tillgodogöra sig en oerättigad skattemässig fördel i de fall då denna skapas direkt genom andelsöverlåtelser, som eventuellt genomförs i det enda syftet att komma i åtnjutande av denna fördel och inte för att utöva etableringsfriheten eller som en följd av utövandet av denna frihet. De aspekter i denna lagstiftning som rör den fria rörligheten för kapital ska därför ges företräde framför de aspekter som rör etableringsfriheten. Om det antas att nämnda lagstiftning inverkar restriktivt på etableringsfriheten, är denna inverkan följaktligen en oundviklig konsekvens av ett eventuellt hinder för den fria rörligheten för kapital och rättfärdigar alltså inte någon fristående prövning av nämnda lagstiftning med avseende på artikel 52 i EG-fördraget.

(se punkterna 50–52)

2. Artikel 73b i EG-fördraget (nu artikel 56 EG) ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning, enligt vilken den minskning av värdet på bolagsandelar som följer av en vinstutdelning inte får påverka beräkningsunderlaget för skatten för en i landet hemmahörande skattskyldig person när denne har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande kapitalbolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, medan en sådan minskning av värdet minskar beskattningsunderlaget för förvärvaren om dessa andelar förvärvas från en i landet hemmahörande andelsägare. Detta konstaterande gäller i de fall där en sådan lagstiftning inte går

utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och för att förhindra rent konstlade upplägg som saknar ekonomisk förankring i verkligheten och som har tillkommit uteslutande i syfte att på ett otillbörligt sätt komma i åtnjutande av en skattefördel. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida denna lagstiftning begränsas till vad som är nödvändigt för att uppnå dessa ändamål.

Att nämligen ge en i landet hemmahörande skattskyldig person möjligheten att från sin skattepliktiga vinst dra av förluster som föranletts av den ovannämnda delvärdesavskrivningen endast vid förvärv av andelar från en i landet hemmahörande andelsinnehavare innebär förvisso att de andelar som innehas av i landet ej hemmahörande personer blir mindre attraktiva och följaktligen kan avhålla nämnda skattskyldiga person från att förvärva dessa. En sådan skillnad i behandling kan dessutom innebära att i landet ej hemmahörande investerare avhålls från att förvärva andelar i det i landet hemmahörande bolaget och därmed hindra nämnda bolag från att anskaffa kapital från andra medlemsstater, varför en sådan lagstiftning utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital som i princip är otillåten enligt artikel 73b i fördraget.

Nämnda skillnad i behandling återspeglar inte någon objektiv skillnad mellan situationerna för i landet hemmahörande andelsinnehavare, ty när det gäller förluster till följd av delvärdesavskrivningar på bolagsandelar som innehas i ett i landet hemmahörande bolag befinner sig dessa andelsinnehavare i jämförbara situationer oavsett om det är fråga om andelar som har förvärvats från en i landet hemmahörande eller en i landet ej hemmahörande person. Den utdelning som lämnas minskar nämligen värdet på en bolagsandel och detta oberoende av om denna dessförinnan förvärvats från en i landet hemmahörande eller i landet ej hemmahörande person, och i båda fallen gäller att denna värdeminskning bärs av den i landet hemmahörande andelsinnehavaren.

I avsaknad av ett direkt samband mellan den berörda skattefördelen och compensationen för denna fördel genom ett visst skatteuttag, kan den ifrågavarande lagstiftningen för övrigt inte rättfärdigas av behovet av att upprätthålla det inre sammanhanget i skattesystemet för full avräkning. I detta avseende gäller att de nackdelar som följer av nämnda lagstiftning bärs direkt av den i landet hemmahörande andelsägare som har förvärvat nämnda andelar från en i landet ej hemmahörande person. För denne i landet hemmahörande andelsinnehavare gäller att det faktum att denne inte har någon möjlighet att från sin skattepliktiga inkomst dra av förluster som är hänförliga till delvärdesavskrivningen på andelar som innehas i det i landet hemmahörande bolaget, när värdeminskningen på andelarna följer av att utdelning lämnats, inte kompenseras av någon skattefördel.

En sådan lagstiftning kan emellertid rättfärdigas av behovet att bibehålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, eftersom andra transaktioner än utdelningar leder till att den i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren åtnjuter samma resultat i ekonomiskt hänseende som om han hade beviljats förmånen i form av ett skattetillgodohavande för den inkomstskatt för juridiska personer som erlagts av det bolag i vilket han innehar andelarna, så kan även de äventyra möjligheten för den medlemsstat där detta bolag har sitt hemvist att utöva sin rätt att beskatta en inkomst som genererats i en ekonomisk verksamhet som bedrivs i den staten. Genom att begränsa rätten för den nye andelsägaren att från sin skattepliktiga vinst dra av de förluster som förorsakats av värdenedgången på de aktuella bolagsandelarna, i den mån dessa inte överstiger ett spärrbelopp som motsvarar skillnaden mellan det förvärvspris som erlagts av den i landet hemmahörande andelsinnehavaren och andelarnas nominella värde, kan denna lagstiftning hindra förfaranden som inte har annat syfte än att den i landet ej hemmahörande andelsägaren ska komma i åtnjutande av ett skattetillgodohavande för den inkomstskatt för juridiska personer som har erlagts av det i landet hemmahörande bolaget. Nämnda begränsning leder till att beskattningsunderlaget för den nye i landet hemmahörande andelsinnehavaren ökas.

Denna ökning till följd av nämnda begränsning kan också förhindra att inkomst som normalt är skattepliktig i den berörda medlemsstaten undgår beskattning där genom att den flyttas i form av en del av den kapitalvinst som realiserats av den tidigare i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren, vilken del motsvarar det otillbörliga skattetillgodohavandet. En sådan lagstiftning är följaktligen lämpad för att uppnå de mål i form av bibehållande av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och för att undvika rent fiktiva upplägg som saknar ekonomisk förankring i verkligheten, med vilka syftet endast är att uppnå en skattefördel.

Det måste emellertid kontrolleras att en sådan lagstiftning inte går utöver vad som krävs för att uppnå de sålunda eftersträvide ändamålen. Det ankommer i det hänseendet på den hänskjutande domstolen att, i den mån beräkningen av spärrbeloppet grundar sig på kostnaderna för förvärvet av de berörda andelarna, kontrollera att konsekvenserna av nämnda lagstiftning inte går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att ett belopp motsvarande skattetillgodohavandet inte otillbörligen medges den i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren. Det kan nämligen inte uteslutas att bolagsandelarna överlåts till ett värde som är högre än det nominella värdet av andra skäl än att andelsinnehavaren ska komma i åtnjutande av ett skattetillgodohavande för den inkomstskatt för juridiska personer som erlagts av det i landet hemmahörande bolaget, eller i vart fall att ej utdelad vinst och möjligheten att komma i åtnjutande av ett skattetillgodohavande avseende dessa andelar endast utgör en beståndsdel av försäljningspriset på dessa. Beaktandet av spärrbeloppet och ökningen av beskattningsunderlaget för den i landet hemmahörande andelsinnehavaren får för övrigt även konsekvenser med avseende på annan beskattning som nämnde andelsägare kan underkastas, bland annat beträffande beräkningen av den näringskatt som han har att erlagga. Sådana konsekvenser går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de ändamål som eftersträvas med lagstiftningen.

Det ankommer också på den nationella domstolen att pröva huruvida tillämpningen av den enligt lagstiftningen begränsade hänsynen till den värdeminskning på bolagsandelarna som följer av att utdelningen lämnas, vilken begränsning gäller från det år förvärvet av nämnda andelar sker och under de därpå följande nio åren, inte överskrider vad som är nödvändigt för att uppnå de ändamål som eftersträvas med nämnda lagstiftning. Vad slutligen beträffar ändamålet att undvika rent konstlade upplägg som saknar all ekonomisk förankring i verkligheten och som skapats uteslutande i syfte att otillbörligen komma i åtnjutande av en skattefördel, ska en bestämmelse som har detta ändamål, för att vara förenlig med proportionalitetsprincipen, möjliggöra för den nationella domstolen att göra en kontroll i varje enskilt fall med beaktande av särdragen i vart och ett av dessa, på grundval av objektiva omständigheter, för att därigenom ta hänsyn till berörda personers missbruk eller bedrägeri.

I den mån lagstiftningen inte medger att dess tillämpning begränsas till rent konstlade upplägg, vilka fastställs på grundval av objektiva omständigheter, utan avser alla de fall där en i landet hemmahörande skattskyldig person har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande bolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare till ett pris som, oavsett anledningen därtill, överstiger det nominella värdet på dessa bolagsandelar, går verkningarna av en sådan lagstiftning utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ändamålet att förhindra rent konstlade upplägg vilka saknar ekonomisk förankring i verkligheten och vilka uteslutande tillkommit i syfte att på ett otillbörligt sätt komma i åtnjutande av en skattefördel.

(se punkterna 56–59, 73, 74, 78, 80, 81, 84, 88, 91–94 och 96–102 samt domslutet)

DOMSTOLENS DOM (första avdelningen)

den 17 september 2009 (*)

”Etableringsfrihet och fri rörlighet för kapital – Inkomstskatt för juridiska personer – Förvärv av andelar i ett kapitalbolag – Villkor för att förvärvarens beskattningsunderlag ska påverkas av att andelarna minskar i värde efter utdelning”

I mål C-182/08,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 234 EG, framställd av Bundesfinanzhof (Tyskland) genom beslut av den 23 januari 2008, som inkom till domstolen den 30 april 2008, i målet

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

mot

Finanzamt München II,

meddelar

DOMSTOLEN (första avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden P. Jann samt domarna M. Ilešič, A. Borg Barthet, E. Levits (referent) och J.-J. Kasel,

generaladvokat: Y. Bot,

justitiesekreterare: handläggaren R. ?ere?,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 2 april 2009,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, genom H.-M. Pott och T. Englert, Rechtsanwälte,
- Tysklands regering, genom M. Lumma och C. Blaschke, båda i egenskap av ombud,
- Europeiska gemenskapernas kommission, genom R. Lyal och W. Mölls, båda i egenskap av ombud,

och efter att den 9 juli 2009 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 52 i EG-fördraget (nu artikel 43 EG i ändrad lydelse) och 73b i EG-fördraget (nu artikel 56 EG).

2 Begäran har framställts i ett mål mellan Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, som är ett enligt tysk rätt bildat kommanditbolag vars komplementärer utgörs av bolag med begränsad ansvarighet, och Finanzamt München II (nedan kallat Finanzamt), angående fastställandet av dess vinst för åren 1995–1998.

Tillämpliga bestämmelser

Den nationella lagstiftningen

3 Inom ramen för det skattesystem som kallades full avräkning och som gällde i Tyskland vid tidpunkten för omständigheterna i målet vid den nationella domstolen, undveks ekonomisk dubbelbeskattning av vinst som i Tyskland hemmahörande bolag delade ut till i Tyskland hemmahörande skattskyldiga personer genom tillämpning av 36 § andra stycket tredje punkten inkomstskattelagen (Einkommensteuergesetz) (nedan kallad EStG) och 49 § i lagen om inkomstskatt för juridiska personer (Körperschaftsteuergesetz) (nedan kallad KStG), på så sätt att de skattskyldiga erhöll en rätt att från den egna inkomstskatten eller inkomstskatten för juridiska personer erhålla full avräkning för den inkomstskatt för juridiska personer som de utdelande bolagen erlagt.

4 Enligt 36 § fjärde stycket andra meningen EStG omvandlades den rätt till avräkning för inkomstskatten för juridiska personer som den i landet hemmahörande andelsinnehavaren åtnjöt till en rätt till återbetalning i den mån den skatt som denne själv hade att betala understeg den inkomstskatt för juridiska personer som i föregående led tagits ut på det utdelade beloppet. Av 20 § första stycket tredje punkten EStG framgick att även denna rätt ansågs utgöra en del av inkomsten.

5 Om andelsinnehavet i en juridisk person ingick i rörelsekapitalet för den i landet skattskyldiga personen, kunde denne samtidigt som utdelningen erhöles minska värdet på andelarna i sin skattemässiga balansräkning med stöd av 6 § första stycket första punkten EStG. Denna minskning, som betecknas ”delvärdesavskrivning”, grundade sig på tanken att utdelningen endast utgör en omfördelning av tillgångarna. Värdet på en andel minskades således med värdet på den utdelning som belöpte på densamma.

6 Detta fick till följd att bruttoutdelningen, som innefattade den rätt till avräkning för inkomstskatt för juridiska personer som föreskrevs i 36 § EStG, normalt sett uppgick till samma belopp som den däremot svarande delvärdesavskrivningen, vilket innebar att de tog ut varandra.

7 I slutändan genererade alltså utdelningarna inte några inkomster och det skattetillgodohavande som ingick i den inkomst som genererats via utdelningarna svarade följaktligen inte mot någon skatt att betala. Om den skattskyldige saknade andra inkomster under det aktuella året omvandlades därmed skattetillgodohavandet till en rätt till återbetalning.

8 Den kapitalvinst som uppstod vid överlåtelse av andelarna, i form av ett överskott till följd av att överlåtelsepriset översteg andelarnas nominella värde, ansågs som en inkomst i skattelagstiftningens mening. I landet hemmahörande skattskyldiga personer hade i enlighet därmed att på vinsten erlagga inkomstskatt i enlighet med 17 § EStG eller inkomstskatt för juridiska personer i enlighet med 8 § andra stycket KStG.

9 Beträffande i landet ej hemmahörande skattskyldiga personer gällde att de inkomster de erhöll i form av utdelningar från i landet hemmahörande bolag och vinst vid överlåtelse av andelar som innehades i sådana bolag inte påfördes någon tysk inkomstskatt eller tysk inkomstskatt för juridiska personer.

10 De i landet ej hemmahörande skattskyldiga personerna hade inte heller rätt att yrka att systemet med full avräkning skulle tillämpas på den utdelning de erhöll från i landet hemmahörande bolag, vilket innebar att de inte fick något skattetillgodohavande motsvarande den skatt som det i landet hemmahörande utdelande bolaget hade erlagt.

11 50c § första och fjärde styckena EStG, i den lydelse som följer av lag av den 13 september 1993 om förbättrade skattevillkor för att säkerställa ett konkurrenskraftigt företagsklimat för Tyskland på den europeiska inre marknaden (Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz)) (BGBl. 1993 I, s. 1569), har följande lydelse:

"1) En skattskyldig person som har rätt till avräkning för inkomstskatt för juridiska personer och som från en andelsägare, som saknar en sådan rätt till avräkning, förvärvar en andel i ett kapitalbolag ... som omfattas av en obegränsad skattskyldighet ... får inte vid beräkningen av vinsten ta hänsyn till de minskningar av vinsten som följer av att

1. det tas hänsyn till det lägre andelsvärdet, eller
2. andelen överlåts eller tas ut,

under det år den förvärvas eller under något av de följande nio åren, under förutsättning att ett sådant hänsynstagande till det lägre andelsvärdet eller all annan vinstminskning endast följer av att vinsten delas ut eller av att vinsten omfördelas inom organisationen, och under förutsättning att vinstminskningen totalt inte överstiger spärrbeloppet, i den mening som avses i fjärde stycket.

...

4) Spärrbeloppet motsvarar skillnaden mellan anskaffningsvärdet och det nominella andelsvärdet. ..."

12 Genom lagen av den 28 oktober 1994 om ändring av skattelagstiftningen rörande bolagsombildningar (Gesetz zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts) (BGBl. 1994 I, s. 3267) (nedan kallad UmwStG) infördes i tysk rätt en möjlighet att ombilda ett kapitalbolag till ett personbolag med bibehållna skattemässiga värden på överförda anläggningstillgångar utan att skillnaden mellan bokföringsvärdet och marknadsvärdet togs fram.

13 Enligt 4 § fjärde stycket UmwStG gällde att om tillgångarna i ett bolag överfördes genom ombildande till ett personbolag, så skulle den vinst eller förlust som föranleddes av överföringen fastställas hos personbolaget genom att det värde till vilket de fasta tillgångarna övertogs och det bokförda värdet på andelarna i det övertagna bolaget jämfördes. Enligt 14 § UmwStG gällde detta även det fall då ett bolag ombildades till ett personbolag.

14 Den sålunda fastställda vinsten eller förlusten vid övertagandet (den så kallade första etappen) ökades eller minskades i enlighet med 4 § femte stycket UmwStG med den inkomstskatt för juridiska personer som fick avräknas med stöd av 10 § första stycket UmwStG och med ett spärrbelopp i den mening som avses i 50c § EStG, i den mån andelarna i det övertagna bolaget – vid den skattemässiga tidpunkten för överföringen – ingick bland rörelsetillgångarna i det övertagande personbolaget.

15 Om det kvarstod en förlust till följd av övertagandet (den så kallade andra etappen), så höjdes det åsatta värdet på de materiella och immateriella tillgångar som hade överförts upp till deras delvärde. Om det därefter fortfarande kvarstod en förlust, så minskade den vinsten i det övertagande personbolaget i enlighet med 4 § sjätte stycket UmwStG.

16 I 10 § första stycket UmwStG föreskrevs följande:

”Den inkomstskatt för juridiska personer som belöper på delbeloppen av det egna kapital[et] i det övertagna bolaget, i den mening som avses i 30 § första stycket första och andra punkte[rna] [KStG], som får delas ut ska, oaktat vad som föreskrivs i andra stycket, avräknas från den inkomstskatt eller den inkomstskatt för juridiska personer som ska erläggas av dem som innehar andelar i det övertagande personbolaget eller avräknas från inkomstskatten för den övertagande fysiska personen.”

Avtalet mellan Förbundsrepubliken Tyskland och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland

17 I artikel 3.1 i avtalet av den 26 november 1964 mellan Förbundsrepubliken Tyskland och Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland för att undvika dubbelbeskattnings och förhindra skatteflykt (BGBI 1966 II, s. 358) föreskrivs att ”inkomst av näringsverksamhet i ett företag inom något av territorierna beskattas endast inom detta territorium, såvida inte företaget bedriver näringsverksamhet inom det andra territoriet via ett där beläget fast driftställe”.

Twisten i målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

18 Klaganden i målet vid den nationella domstolen bildades inom ramen för omstruktureringen av företagsgrupperingen Glaxo Wellcome efter det att det enligt tysk rätt bildade bolaget med begränsad ansvarighet Glaxo Wellcome GmbH (nedan kallat GW GmbH) hade ändrat rättslig form den 1 juli 1995.

19 Etapperna vid ombildningen av företagsgrupperingen Glaxo Wellcome kan beskrivas enligt följande.

20 Det enligt tysk rätt bildade bolaget Glaxo Verwaltungs GmbH (nedan kallat GV GmbH), som redan innehade 95 procent av andelarna i GW GmbH, förvärvade den 26 juni 1995 5 procent av andelarna i GW GmbH från Glaxo Group Limited (nedan kallat GG Ltd), som var dess i Förenade kungariket hemmahörande moderbolag, varigenom GG Ltd blev det enda moderbolaget till GW GmbH.

21 Den 27 juni respektive den 7 juli 1995 förvärvade GW GmbH (sedermera klaganden i målet vid den nationella domstolen) samtliga andelar i Wellcome GmbH (nedan kallat W GmbH). De aktuella andelarna ägdes dessförinnan av GG Ltd, som innehade 99,98 procent av andelarna i W GmbH, och Burroughs Wellcome Ltd, som var moderbolag till GG Ltd och innehade 0,02 procent av nämnda andelar.

22 Genom fusionsavtal av den 25 augusti 1995 absorberades W GmbH retroaktivt den 29 juni

1995 av dess enda ägare, GW GmbH.

23 Den 30 juni 1995 sålde GV GmbH 1 procent av sina andelar i GW GmbH till sitt helägda dotterbolag Seftonpharm GmbH.

24 Den 1 juli 1995 ombildades GW GmbH till kommanditbolag enligt tysk rätt och heter sedan dess Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG.

25 Vid tidpunkten för denna ombildning värderades de andelar i GW GmbH som upptagits i resultat- och balansräkningen för GV GmbH (inklusive Seftonpharm GmbH) till 500 miljoner DEM. Klaganden i målet vid den nationella domstolen beräknade, med tillämpning av 4 § fjärde och femte styckena UmwStG, förlusten för övertagandet till 328 096 563 DEM, med hänsyn tagen till ett enligt 50c § EStG fastställt spärrbelopp på 22 887 706 DEM, som genererats av förvärvet av 5 procent av andelarna i GW GmbH från GG Ltd.

26 Finanzamt fann att det inte bara var GV GmbH:s förvärv av andelar i GW GmbH från GG Ltd som genererat ett spärrbelopp för de förvärvade andelarna. Enligt Finanzamt gällde även ett spärrbelopp på 322 565 500 DEM för de andelar i W GmbH som klaganden i målet vid den nationella domstolen hade förvärvat från GG Ltd och Burroughs Wellcome Ltd. Till följd av GW GmbH:s absorption av W GmbH hade detta andra spärrbelopp inte försvunnit, utan överförts på de andelar i GW GmbH som innehades av GV GmbH. Den förlust vid övertagandet som föranletts av att GW GmbH hade ändrat rättslig form reducerades således med hänsyn till spärrbeloppen till 5 531 063 DEM.

27 Klaganden i målet vid den nationella domstolen delade inte Finanzamts uppfattning i fråga om huruvida den förlust som genererats av att GW GmbH förvärvade andelarna i W GmbH, och som GW GmbH hade redovisat i samband med nämnda absorption, ska minskas med ett spärrbelopp, i den mening som avses i 50c § EStG.

28 Klaganden i målet vid den nationella domstolen överklagade Finanzamts beslut till Finanzgericht München som biföll överklagandet, varpå Finanzamt överklagade det avgörandet till Bundesfinanzhof.

29 Den hänskjutande domstolen anser, i motsats till Finanzgericht München, att nämnda förlust enligt tysk rätt ska minskas med det spärrbelopp som genererats av GW GmbH:s förvärv av andelar i W GmbH.

30 Enligt Bundesfinanzhof är det emellertid med hänsyn till gemenskapsrätten tveksamt om ett spärrbelopp enligt 50c § EStG kan beaktas, eftersom den skattskyldige behandlas olika beroende på om dennes förvärv av bolagsandelarna sker från en andelsinnehavare som har rätt till avräkning eller från en andelsinnehavare som saknar sådan rätt.

31 Bundesfinanzhof beslutade mot denna bakgrund att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfråga till domstolen:

"Utgör artikel 52 ... och artikel 73b i ... fördraget hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken det inom ramen för ett inhemskt system med avräkning för inkomstskatt för juridiska personer är uteslutet att den minskning av värdet på andelar som följer av en vinstutdelning får påverka beräkningsunderlaget för skatten, när en skattskyldig person som har rätt till avräkning för inkomstskatt för juridiska personer har förvärvat en andel i ett obegränsat skattskyldigt kapitalbolag från en andelsägare som inte har rätt till avräkning, medan det i samband med förvärv från en avräkningsberättigad andelsägare medges att en sådan värdeminskning sänker beräkningsunderlaget för förvärvarens skatt?"

Tolkningsfrågan

32 Det ska inledningsvis påpekas att enligt uppgift från den tyska regeringen var i landet ej hemmahörande andelsinnehavare i regel endast begränsat skattskyldiga i Tyskland och saknade rätt till avräkning för inkomstskatt för juridiska personer. 50c § EStG var följaktligen i huvudsak tillämplig på överlåtelse av andelar i ett kapitalbolag – som var hemmahörande i landet och därmed var obegränsat skattskyldigt – till en andelsinnehavare som var hemmahörande i landet och således hade rätt till denna avräkning, från en andelsinnehavare som inte var hemmahörande i landet och som alltså saknade rätt till nämnda avräkning.

33 Den fråga som ställts ska alltså förstås så, att den hänskjutande domstolen önskar få klarhet i huruvida artiklarna 52 och 73b i fördraget utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning enligt vilken den minskning av värdet på andelar som följer av en vinstutdelning inte får påverka beräkningsunderlaget för skatten för en i landet hemmahörande skattskyldig person, när denne har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande kapitalbolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, medan en sådan minskning av värdet minskar beskattningsunderlaget för förvärvaren om dessa andelar förvärvas från en i landet hemmahörande andelsägare.

34 Domstolen erinrar också om att enligt fast rättspraxis omfattas frågor om direkta skatter visserligen av medlemsstaternas behörighet, men denna behörighet ska likväl utövas med iakttagande av gemenskapsrätten (se, bland annat, dom av den 13 december 2005 i mål C?446/03, Marks & Spencer, REG 2005, s. I?10837, punkt 29, av den 12 september 2006 i mål C?196/04, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas, REG 2006, s. I?7995, punkt 40, av den 12 december 2006 i mål C?374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, REG 2006, s. I?11673, punkt 36, och av den 8 november 2007 i mål C?379/05, Amurta, REG 2007, s. I?9569, punkt 16).

35 Eftersom den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga med avseende på såväl artikel 52 som artikel 73b i fördraget, ska det först avgöras om, och i vilken utsträckning, en sådan nationell lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan inverka på de friheter som säkerställs i dessa artiklar.

Angående vilken frihet som är i fråga i målet vid den nationella domstolen

36 Domstolen erinrar i detta avseende om att frågan huruvida en nationell lagstiftning omfattas av någon av de fria rörligheterna enligt numera fast rättspraxis ska avgöras med beaktande av ändamålet med den aktuella lagstiftningen (dom av den 24 maj 2007 i mål C?157/05, Holböck, REG 2007, s. I?4051, punkt 22 och där angiven rättspraxis).

37 Av rättspraxis följer även att domstolen i princip undersöker bestämmelsen mot bakgrund av endast en av dessa friheter om det visar sig att den ena av dem under omständigheterna i det enskilda fallet är helt underordnad den andra och kan anknytas till den (se dom av den 3 oktober 2006 i mål C-452/04, Fidium Finanz, REG 2006, s. I-9521, punkt 34).

38 Det ska således för det första prövas huruvida en i landet hemmahörande persons förvärv av andelar i ett i landet hemmahörande bolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, såsom det förvärv som avses i målet vid den nationella domstolen, utgör en kapitalrörelse i den mening som avses i artikel 73b i fördraget.

39 Eftersom fördraget inte innehåller någon definition av begreppet kapitalrörelser, har domstolen tidigare ansett att den nomenklatur som utgör en bilaga till rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget (artikeln upphävd genom Amsterdamfördraget) (EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44) är vägledande, trots att direktivet antogs på grundval av artiklarna 69 och 70.1 i EEG-fördraget (artiklarna 67–73 i EEG-fördraget ersattes av artikel 73b–73g i EG-fördraget, nu artiklarna 56–60 EG). Anledningen till detta är att förteckningen i direktivet inte är uttömmande, vilket anges i dess inledning (se, bland annat, dom av 23 februari 2006 i mål C-513/03, van Hilten/van der Heijden, REG 2006, s. I-1957, punkt 39, av den 14 september 2006 i mål C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, REG 2006, s. I-8203, punkt 22, av den 11 september 2008 i mål C-11/07, Eckelkamp m.fl., REG 2008, s. I-6845, punkt 38, och av den 27 januari 2009 i mål C-318/07, Persche, REG 2009, s. I-0000, punkt 24).

40 Direkta investeringar i form av deläggande i ett företag genom innehav av aktier som ger möjlighet att faktiskt ta del i kontrollen och ledningen av företaget (så kallade direkta investeringar) samt förvärv av värdepapper på kapitalmarknaden med enda syfte att genomföra en penningplacering, utan avsikt att inverka på ledningen eller kontrollen av företaget (så kallade portföljinvesteringar), utgör följaktligen exempel på kapitalrörelser, i den mening som avses i artikel 73b.1 i fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 16 mars 1999 i mål C-222/97, Trummer och Mayer, REG 1999, s. I-1661, punkt 21, av den 4 juni 2002 i mål C-483/99, kommissionen mot Frankrike, REG 2002, s. I-4781, punkterna 36 och 37, av den 13 maj 2003 i mål C-98/01, kommissionen mot Förenade kungariket, REG 2003, s. I-4641, punkterna 39 och 40, och av den 28 september 2006 i de förenade målen C-282/04 och C-283/04, kommissionen mot Nederländerna, REG 2006, s. I-9141, punkt 19).

41 Domstolen har även slagit fast att en i landet ej hemmahörande aktieägares återförsäljning av aktier till det emitterande bolaget utgör en kapitalrörelse, i den mening som avses i artikel 1 i direktiv 88/361 och i den nomenklatur som återfinns i bilaga 1 till direktivet (se dom av den 19 januari 2006 i mål C-265/04, Bouanich, REG 2006, s. I-923, punkt 29).

42 Enligt fjärde strecksatsen i andra stycket i bilaga 1 till direktiv 88/361 gäller nämligen att den fria rörligheten för kapital omfattar transaktioner för likvidering eller överlåtelse av samlade tillgångar.

43 Överlåtelsen av andelar som i landet ej hemmahörande investerare har förvärvat i bolag som är hemmahörande i landet utgör alltså en kapitalrörelse i den mening som avses i artikel 1 i nämnda direktiv och i den nomenklatur över kapitalrörelser som förekommer i bilaga 1 till detta direktiv.

44 Även om, som den tyska regeringen har påpekat, en i landet hemmahörande persons förvärv av andelar i ett i landet hemmahörande bolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare inte uttryckligen nämns i den nomenklatur över kapitalrörelser som förekommer

i bilaga 1 till direktiv 88/361 utgör denna transaktion en kapitalrörelse, i den mening som avses i artikel 1 i detta direktiv, och omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsbestämmelserna om fri rörlighet för kapital.

45 Vad för det andra beträffar artikel 52 i fördraget framgår det av domstolens rättspraxis att den etableringsfrihet som enligt denna artikel tillerkänns gemenskapsmedborgare – och som för dem innefattar en rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag på samma villkor som dem som föreskrivs i etableringsstatens lagstiftning för dess egna medborgare – inbegriper en rätt för bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning, och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom Europeiska gemenskapen, att utöva verksamhet i den berörda medlemsstaten genom ett dotterbolag, en filial eller ett kontor (dom av den 23 februari 2006 i mål C-471/04, Keller Holding, REG 2006, s. I-2107, punkt 29, domen i det ovannämnda målet Centro di Musicologia Walter Stauffer, punkt 17, och dom av den 11 oktober 2007 i mål C-451/05, ELISA, REG 2007, s. I-8251, punkt 62).

46 Begreppet etablering, i den mening som avses i fördraget, är ett mycket vitt begrepp som innebär en möjlighet för medborgare i gemenskapen att stadigvarande och kontinuerligt delta i det ekonomiska livet i en annan medlemsstat än ursprungsstaten och att erhålla utbyte av detta i form av vinst. Begreppet befrämjar således det ekonomiska och sociala utbytet inom gemenskapen på företagarmrådet (se, bland annat, domarna i de ovannämnda målen Centro di Musicologia Walter Stauffer, punkt 18, och ELISA, punkt 63).

47 Enligt fast rättspraxis omfattar det materiella tillämpningsområdet för de bestämmelser i fördraget som avser etableringsfriheten nationella bestämmelser som är tillämpliga på den andel som en medborgare i den berörda medlemsstaten innehar i kapitalet i ett bolag som är etablerat i en annan medlemsstat, vilken andel ger nämnde medborgare ett bestämmande inflytande över detta bolags beslut och möjlighet att avgöra bolagets verksamhet (se, bland annat, dom av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars, REG 2000, s. I-2787, punkt 22, domen i det ovannämnda målet Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas, punkt 31, dom av den 13 mars 2007 i mål C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, REG 2007, s. I-2107, punkt 27, och av den 17 juli 2008 i mål C-207/07, kommissionen mot Spanien, REG 2008, s. I-0000, punkt 60).

48 Som framgår av den tyska regeringens yttrande ska den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen tillämpas bland annat när en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare kontrollerar flera dotterbolag hemmahörande i Tyskland och överlåter de andelar som innehas i ett av dessa dotterbolag till ett annat av de kontrollerade dotterbolagen.

49 Tillämpningen av nämnda lagstiftning är dock inte avhängig av hur många andelar som förvärvats från den i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren och begränsas inte till de situationer i vilka andelsinnehavaren kan utöva ett bestämmande inflytande på det berörda bolagets beslut och avgöra dess verksamhet.

50 Föremålet för den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är att hindra i landet ej hemmahörande andelsinnehavare från att tillgodogöra sig en oerättigad skattemässig fördel i de fall då denna skapas direkt genom andelsöverlåtelser, som eventuellt genomförs i det enda syftet att komma i åtnjutande av denna fördel och inte för att utöva etableringsfriheten eller som en följd av utövandet av denna frihet. De aspekter i denna lagstiftning som rör den fria rörligheten för kapital ska därför ges företräde framför de aspekter som rör etableringsfriheten.

51 Om det antas att nämnda lagstiftning inverkar restriktivt på etableringsfriheten, är denna

inverkan följaktligen en oundviklig konsekvens av ett eventuellt hinder för den fria rörligheten för kapital och rättfärdigast alltså inte någon fristående prövning av nämnda lagstiftning med avseende på artikel 52 i fördraget (se, för ett liknande resonemang, dom av den 14 oktober 2004 i mål C-36/02, Omega, REG 2004, s. I-9609, punkt 27, samt domarna i de ovannämnda målen Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas, punkt 33, Fidium Finanz, punkt 48, och Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkt 34).

52 Härav följer att den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen uteslutande ska prövas med hänsyn till den fria rörligheten för kapital.

Huruvida det föreligger en restriktion för den fria rörligheten för kapital

53 Som den hänskjutande domstolen har påpekat leder den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen, när en i landet hemmahörande skattskyldig person har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande kapitalbolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, till att värdenedgången på dessa bolagsandelar till följd av att utdelning lämnas inte påverkar förvärvarens beskattningsunderlag, medan förvärvarens beskattningsunderlag minskas med denna värdenedgång om förvärv av sådana andelar sker från en i landet hemmahörande andelsinnehavare.

54 Denna begränsade hänsyn till den värdenedgång på bolagsandelarna som följer av att utdelning lämnas tillämpas från det år då nämnda bolagsandelar förvärvas och under de därpå följande nio åren, och den rör endast de vinstminskningar som orsakas av en utdelningstransaktion eller en omfördelning av vinsten inom organisationen, och då endast i den mån vinstminskningen inte överstiger ett visst belopp, ett så kallat spärrbelopp.

55 Detta spärrbelopp, som motsvarar skillnaden mellan det förvärvspris som erlagts av den i landet hemmahörande andelsinnehavaren och andelarnas nominella värde, belastar sålunda de bolagsandelar som förvärvats från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, vilket innebär att verkningarna av att en del av värdet på andelarna skrivs av, till följd av vinstutdelningen, i princip neutraliseras.

56 Möjligheten för en skattskyldig person att från sin skattepliktiga vinst dra av förluster som föranletts av den delvärdesavskrivning som sker på de andelar som innehas i bolaget när minskningen av andelarnas värde föranleds av en vinstutdelning utgör onekligen en skattemässig fördel.

57 Att denna fördel medges en i landet hemmahörande skattskyldig person endast när ett i landet hemmahörande bolag förvärvar andelar från en i landet hemmahörande andelsinnehavare innebär dock att de andelar som innehas av i landet ej hemmahörande personer blir mindre attraktiva och följaktligen kan avhålla nämnda skattskyldiga person från att förvärva dessa.

58 En sådan skillnad i behandling kan dessutom innebära att i landet ej hemmahörande investerare avhålls från att förvärva andelar i det i landet hemmahörande bolaget och därmed hindra nämnda bolag från att anskaffa kapital från andra medlemsstater.

59 En sådan lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen utgör följaktligen en restriktion för den fria rörligheten för kapital som i princip är otillåten enligt artikel 73b i fördraget.

Huruvida restriktionen av den fria rörligheten för kapital kan rättfärdigas

60 Det ska dock prövas om en sådan restriktion för den fria rörligheten för kapital kan

rättfärdigas med beaktande av bestämmelserna i fördraget.

61 Enligt den tyska regeringen och Europeiska gemenskapernas kommission är ändamålet med den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen att förhindra att en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare med vissa metoder, och då särskilt den som generaladvokaten beskrivit i punkt 100 i sitt förslag till avgörande, uppnår samma resultat i ekonomiskt hänseende som om denna erhållit ett skattetillgodohavande.

62 Ändamålet med den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är således att upprätthålla det inre sammanhanget i det tyska förfarandet för full avräkning. Om man förstår domen i det ovannämnda målet *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* och dom av den 26 juni 2008 i mål C-284/06, *Burda* (REG 2008, s. I-4571), så att den omständigheten att ett skattetillgodohavande som beviljas i syfte att undvika ekonomisk dubbelbeskattning inte medges de i landet ej hemmahörande aktieägare som erhåller utdelning från i landet hemmahörande bolag inte kan anses strida mot gemenskapsrätten, så är denna lagstiftning motiverad.

63 Såväl den tyska regeringen som kommissionen har dessutom gjort gällande att beviljandet av ett skattetillgodohavande, utan att det i gengäld existerar någon skatteskuld, till en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare som inte är skattskyldig i det utdelande bolagets hemvistmedlemsstat medför att denna medlemsstat är skyldig att avstå från beskattning av en del av den vinst som genereras inom dess territorium. Kommissionen har i detta avseende tillagt att utbetalningen av ett skattetillgodohavande till en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare inte kan fylla den funktion som nämnda skattetillgodohavande har, nämligen att anpassa den skatt som tagits ut på bolagsnivå till en individuell skattesats som gäller för den skattskyldige. I stället leder den endast till att det inhemska skatteobjektet flyttas till en annan medlemsstat.

64 Klaganden i målet vid den nationella domstolen anser däremot att varken behovet av att säkerställa att beskattningsförfarandet fungerar, att skattesystemets inre sammanhang upprätthålls eller att en enda beskattning säkerställs i Tyskland kan rättfärdiga den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.

65 Denna lagstiftning etablerar inte någon koppling i tekniskt hänseende mellan avräkningsförfarandet och den nackdel som föranleds av nämnda lagstiftning, och den leder dessutom till en ökning av den näringskatt som den i landet hemmahörande förvärvaren har att erlagga, i den mån beräkningen av vinsten även är avgörande för denna skatt, som inte heller uppvisar någon koppling till avräkningen för inkomstskatten för juridiska personer.

66 Domstolen erinrar, med beaktande av de ovan redovisade argument som anförts av klaganden i målet vid den nationella domstolen, om att enligt artikel 73d.1 a i EG-fördraget (nu artikel 58.1 a EG) ska bestämmelserna i artikel 73b i fördraget inte påverka medlemsstaternas rätt att tillämpa sådana bestämmelser i sin skattelagstiftning som skiljer mellan skattebetalare som har olika bostadsort eller som har investerat sitt kapital på olika ort.

67 Artikel 73d.1 a i fördraget utgör emellertid ett undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet för kapital och ska därför tolkas restriktivt. Den kan inte tolkas så, att varje skattelagstiftning som innehåller en åtskillnad mellan de skattskyldiga beroende på den ort där de har sitt hemvist eller den medlemsstat där deras kapital har investerats automatiskt är förenlig med fördraget. Undantaget i artikel 73d.1 a i fördraget är nämligen i sig begränsat genom artikel 73d.3 i samma fördrag, där det föreskrivs att de nationella åtgärder som avses i artikel 73d.1 a i fördraget "[inte får] utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller en förtäckt begränsning av den fria rörligheten för kapital och betalningar enligt artikel 73b" (se dom av den 7 september 2004 i mål C-319/02, *Manninen*, REG 2004, s. I-7477, punkt 28, och domen i det ovannämnda målet *Centro*

di Musicologia Walter Stauffer, punkt 31).

68 Man måste alltså skilja särbehandling som är tillåten enligt artikel 73d.1 a i fördraget från sådan diskriminering som är förbjuden enligt punkt 3 i samma artikel. Av rättspraxis framgår dock att en sådan nationell skattelagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen är förenlig med fördragets bestämmelser om fri rörlighet för kapital bara om skillnaden i behandling avser situationer som inte är objektivt lika eller om skillnaden kan rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset (dom av den 6 juni 2000 i mål C-35/98, Verkooijen, REG 2000, s. I-4071, punkt 43, domen i det ovannämnda målet Manninen, punkt 29, och dom av den 8 september 2005 i mål C-512/03, Blanckaert, REG 2005, s. I-7685, punkt 42).

69 Domstolen har redan slagit fast att när det gäller tillämpningen av skattelagstiftningen i det utdelande bolagets hemvistmedlemsstat, enligt vilken ett system för undvikande eller lindring av kedjebeskattnings eller ekonomisk dubbelbeskattnings av utdelning som i landet hemmahörande bolag lämnar till personer med hemvist i den staten, så befinner sig de utdelningsmottagande aktieägare som är hemmahörande i den medlemsstaten och de utdelningsmottagande aktieägare som är hemmahörande i en annan medlemsstat inte nödvändigtvis i jämförbara situationer (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punkterna 55 och 57).

70 När det utdelande bolaget och den utdelningsmottagande aktieägaren inte har hemvist i samma medlemsstat befinner sig nämligen inte det utdelande bolagets hemvistmedlemsstat, det vill säga den medlemsstat som är källstat för vinsten, i samma position som den medlemsstat där utdelningsmottagaren har sitt hemvist när det gäller att förhindra eller minska kedjebeskattnings och ekonomisk dubbelbeskattnings (domen i det ovannämnda målet Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punkt 58).

71 Det ska dock påpekas att den skillnad i behandling som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte rör situationen för en andelsinnehavare med avseende på om denne är hemmahörande i landet eller inte och, följaktligen, inte heller möjligheten för denne andelsinnehavare att avräkna den skatt som erlagts av det bolag som lämnat utdelningen.

72 Nämnda skillnad i behandling rör uteslutande de i landet hemmahörande andelsinnehavarna med avseende på om dessa har förvärvat sina andelar i ett i landet hemmahörande bolag från en i landet hemmahörande andelsägare eller från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare.

73 Beträffande förluster till följd av delvärdesavskrivningar på bolagsandelar som innehas i ett i landet hemmahörande bolag gäller, som generaladvokaten har påpekat i punkt 139 i sitt förslag till avgörande, att dessa andelsinnehavare befinner sig i jämförbara situationer oavsett om det är fråga om andelar som har förvärvats från en i landet hemmahörande eller en i landet ej hemmahörande person. Den utdelning som lämnas minskar nämligen värdet på en bolagsandel och detta oberoende av om denna dessförinnan förvärvats från en i landet hemmahörande eller i landet ej hemmahörande person, och i båda fallen gäller att denna värdeminskning bärs av den i landet hemmahörande andelsinnehavaren.

74 En sådan skillnad i behandling återspeglar alltså inte någon objektiv skillnad mellan situationerna för nämnda andelsinnehavare.

75 Det ska också prövas om en sådan restriktion som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan rättfärdigas av de tvingande skäl av allmänintresse som den tyska regeringen och kommissionen har åberopat.

76 De argument som har framförts av den tyska regeringen och av kommissionen, vilka redovisats i punkterna [61–63] i förevarande dom, kan kopplas till behovet av att upprätthålla det tyska skattesystemets inre sammanhang, att säkerställa att intäkter som genererats i Tyskland beskattas och att förebygga fiktiva upplägg som företas i syfte att kringgå den tyska lagstiftningen.

77 Vad för det första beträffar argumentet avseende upprätthållandet av det tyska skattesystemets inre sammanhang erinrar domstolen om att den redan har godtagit att behovet av att upprätthålla det inre sammanhanget i ett skattesystem kan rättfärdiga en inskränkning i utövandet av de grundläggande friheter som garanteras i fördraget (dom av den 28 januari 1992 i mål C?204/90, Bachmann, REG 1992, s. I?249, punkt 28, svensk specialutgåva, tillägg, s. 31, domen i det ovannämnda målet Manninen, punkt 42, och dom av den 27 november 2008 i mål C?418/07, Papillon, REG 2008, s. I?0000, punkt 43).

78 För att ett argument grundat på ett sådant rättfärdigande ska kunna godtas kräver domstolen emellertid att det ska finnas ett direkt samband mellan den berörda skattefördelen och kompensationen för denna fördel genom ett visst skatteuttag, varvid bedömningen av huruvida detta samband är direkt ska göras utifrån ändamålet med den ifrågavarande lagstiftningen (se domen i det ovannämnda målet Papillon, punkt 44 och där angiven rättspraxis).

79 Som den tyska regeringen och kommissionen har påpekat är syftet med den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen att förhindra att en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare genom en annan transaktion än en vinstutdelning likafullt lyckas uppnå samma resultat i ekonomiskt hänseende som det skattetillgodohavande som medges för den inkomstskatt för juridiska personer som erlagts av det bolag i vilken denne äger andelar.

80 Det står klart att de nackdelar som följer av den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen bärs direkt av den i landet hemmahörande andelsägare som har förvärvat nämnda andelar från en i landet ej hemmahörande person. För denne i landet hemmahörande andelsinnehavare gäller att det faktum att denne inte har någon möjlighet att från sin skattepliktiga inkomst dra av förluster som är hänförliga till delvärdesavskrivningen på andelar som innehas i det i landet hemmahörande bolaget, när värdeminskningen på andelarna följer av att utdelning lämnats, inte kompenseras av någon skattefördel. Tanken att kapitalvinsten för den i landet ej hemmahörande person som överlåter sina andelar på den i landet hemmahörande andelsinnehavaren inte beskattas i Tyskland saknar nämligen betydelse med avseende på den i landet hemmahörande andelsinnehavare som fått vidkännas nackdelen.

81 Det saknas alltså i förevarande fall en sådan direkt koppling som krävs enligt den rättspraxis som angetts i punkt 78 i förevarande dom, och den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan inte rättfärdigas av behovet av att upprätthålla det inre sammanhanget i skattesystemet för full avräkning.

82 Vad därefter gäller argumentet avseende behovet av att bevara möjligheten för Förbundsrepubliken Tyskland att utöva sin behörighet i skattemässigt hänseende på verksamheter som bedrivs i Tyskland, påpekar domstolen att även om det av fast rättspraxis följer att en minskning av skatteintäkter inte kan anses utgöra sådana tvingande skäl av allmänintresse som kan åberopas för att rättfärdiga en åtgärd som i princip strider mot en grundläggande frihet (se, bland annat, domen i det ovannämnda målet Manninen, punkt 49 och där angiven rättspraxis), har domstolen också funnit att det kan förekomma ageranden som kan äventyra medlemsstaternas utövande av deras respektive beskattningsrätt, när det gäller verksamhet som bedrivs i dessa stater och som alltså kan rubba den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten medlemsstaterna emellan (se domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 46), ageranden som kan rättfärdiga en restriktion av de friheter som säkerställs i fördraget (se, för ett

liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas, punkterna 55 och 56, och dom av den 29 mars 2007 i mål C-347/04, Rewe Zentralfinanz, REG 2007, s. I-2647, punkt 42).

83 Domstolen har även slagit fast att ett krav på att det utdelande bolagets hemviststat ska säkerställa att vinst som delas ut till en i landet ej hemmahörande aktieägare inte blir föremål för kedjebeskattnings eller ekonomisk dubbelbeskattnings, oavsett om detta sker genom att vinsten undantas från skatteplikt hos det utdelande bolaget eller om nämnda aktieägare medges en skattefördel som motsvarar den skatt som det utdelande bolaget har erlagt på vinsten, skulle innebära att denna stat måste avstå från sin rätt att beskatta en inkomst som genererats i en ekonomisk verksamhet som bedrivs inom dess territorium (domen i det ovannämnda målet *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, punkt 59).

84 Om andra transaktioner än utdelningar leder till att den i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren åtnjuter samma resultat i ekonomiskt hänseende som om han hade beviljats förmånen i form av ett skattetillgodohavande för den inkomstskatt för juridiska personer som erlagts av det bolag i vilket han innehar andelarna, så kan även de äventyra möjligheten för den medlemsstat där detta bolag har sitt hemvist att utöva sin rätt att beskatta en inkomst som genererats i en ekonomisk verksamhet som bedrivs i den staten.

85 Inkluderandet i försäljningspriset på dessa andelar av ett belopp motsvarande det skattetillgodohavande som den i landet hemmahörande andelsförvärvaren kan åtnjuta leder nämligen, tillsammans med avdraget för den av utdelningen förorsakade värdeminskningen på andelarna från den utdelning som förvärvaren erhållit på samma andelar, för denne i landet hemmahörande förvärvare antingen till en rätt att avräkna skattetillgodohavandet från annan skatt som denne har att erlagga eller, när han inte har någon annan skattepliktig inkomst, till en återbetalning av ett belopp motsvarande skattetillgodohavandet för den skatt på vinsten som bolaget har erlagt.

86 Om priset på andelarna innefattade ett belopp motsvarande skattetillgodohavandet, skulle dock beviljandet av ett skattetillgodohavande eller återbetalning av ett belopp motsvarande nämnda skattetillgodohavande till den nye, i landet hemmahörande, andelsinnehavaren kunna få till följd att den i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren indirekt kom i åtnjutande av ett skattetillgodohavande för den skatt som har tagits ut på bolagsnivå.

87 Sådana följder skulle inte begränsas till minskade skatteintäkter för Förbundsrepubliken Tyskland, utan skulle – till följd av att den i landet ej hemmahörande personen indirekt beviljas en ekonomisk fördel motsvarande skattetillgodohavandet för den skatt som tagits ut på vinsten för ett i landet hemmahörande bolag – även innebära att den inkomst som normalt är skattepliktig i den medlemsstat där detta bolag är hemmahörande flyttas till den medlemsstat som besitter rätten att beskatta den kapitalvinst som den i landet ej hemmahörande personen realiserar, vilket skulle skada den väl avvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.

88 Av detta följer att en sådan lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen kan rättfärdigas av behovet att bibehålla en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.

89 Vad slutligen gäller argumenten avseende behovet av att förhindra skatteflykt och bekämpa konstlade upplägg i syfte att kringgå det tyska skattesystemet konstaterar domstolen att en nationell bestämmelse som inskränker den fria rörligheten för kapital kan vara motiverad när den specifikt avser rent konstlade upplägg som inte har någon ekonomisk förankring och med vilka målet uteslutande är att uppnå en skattelättnad (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovannämnda målen *Cadbury Schweppes* och *Cadbury Schweppes Overseas*, punkterna 51 och

55, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, punkterna 72 och 74, samt dom av den 4 december 2008 i mål C-330/07, Jobra, REG 2008, s. I-0000, punkt 35).

90 Som framgår av den tyska regeringens yttranden, vilka styrks av skälen till den lag genom vilken den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen infördes i den tyska rättsordningen, är ändamålet med denna lag att bekämpa upplägg genom vilka i landet ej hemmahörande andelsinnehavare i samband med överlåtelse av dessa andelar uppnår en fördel i form av ett belopp motsvarande skattetillgodohavandet för den inkomstskatt för juridiska personer som erlagts av det i landet hemmahörande bolaget genom att gå till väga på de sätt som beskrivits i punkt 100 i generaladvokatens förslag till avgörande, vilka uteslutande tillämpas i syfte att komma i åtnjutande av nämnda skattefördel.

91 Genom att begränsa rätten för den nye andelsägaren att från sin skattepliktiga vinst dra av de förluster som förorsakats av värdenedgången på de aktuella bolagsandelarna, i den mån dessa inte överstiger "spärrbeloppet", kan den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen hindra förfaranden som inte har annat syfte än att den i landet ej hemmahörande andelsägaren ska komma i åtnjutande av ett skattetillgodohavande för den inkomstskatt för juridiska personer som har erlagts av det i landet hemmahörande bolaget. Nämnda begränsning leder till att beskattningsunderlaget för den nye i landet hemmahörande andelsinnehavaren ökas. Denna ökning till följd av nämnda begränsning kan också förhindra att inkomst som normalt är skattepliktig i Tyskland undgår beskattning där genom att den flyttas i form av en del av den kapitalvinst som realiserats av den tidigare i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren, vilken del motsvarar det otillbörliga skattetillgodohavandet.

92 En sådan lagstiftning är följaktligen lämpad för att uppnå de mål i form av bibehållande av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och för att undvika rent fiktiva upplägg som saknar ekonomisk förankring i verkligheten, med vilka syftet endast är att uppnå en skattefördel.

93 Det måste emellertid kontrolleras att en sådan lagstiftning inte går utöver vad som krävs för att uppnå de sålunda eftersträfvade ändamålen.

94 Det ankommer på den hänskjutande domstolen att, i den mån beräkningen av spärrbeloppet grundar sig på kostnaderna för förvärvet av de berörda andelarna, kontrollera att konsekvenserna av den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa att ett belopp motsvarande skattetillgodohavandet inte otillbörligen medges den i landet ej hemmahörande andelsinnehavaren.

95 Nämnda lagstiftning är, såsom generaladvokaten har påpekat i punkt 170 i sitt förslag till avgörande, nämligen tillämplig när en i landet hemmahörande skattskyldig person har förvärvat sina andelar i ett i landet hemmahörande bolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare till ett pris som oavsett skälet därtill överskrider det nominella värdet på nämnda andelar.

96 En sådan lagstiftning grundar sig följaktligen på en presumtion att alla ökningar av försäljningspriset oundvikligen återspeglar ett hänsynstagande till skattetillgodohavandet och att de företas uteslutande i detta syfte. Som generaladvokaten har påpekat i punkt 172 i sitt förslag till avgörande kan det dock inte uteslutas att bolagsandelarna överlåts till ett värde som är högre än det nominella värdet av andra skäl än att andelsinnehavaren ska komma i åtnjutande av ett skattetillgodohavande för den inkomstskatt för juridiska personer som erlagts av det i landet hemmahörande bolaget, eller i vart fall att ej utdelad vinst och möjligheten att komma i åtnjutande av ett skattetillgodohavande avseende dessa andelar endast utgör en beståndsdel av försäljningspriset på dessa.

97 Klaganden i målet vid den nationella domstolen har dessutom vid EG-domstolen gjort gällande att beaktandet av spärrbeloppet och ökningen av beskattningsunderlaget för den i landet hemmahörande andelsinnehavaren även får konsekvenser med avseende på annan beskattning som nämnde andelsägare kan underkastas, bland annat beträffande beräkningen av den näringskatt som han har att erlagga. Sådana konsekvenser går emellertid utöver vad som är nödvändigt för att uppnå de ändamål som eftersträvas med den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.

98 Det ankommer också på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida tillämpningen av den begränsning av hänsynen till den värdeminskning på bolagsandelarna som följer av att utdelningen lämnas, vilken gäller från det år förvärvet av nämnda andelar sker och under de därpå följande nio åren, inte överskrider vad som är nödvändigt för att uppnå de ändamål som eftersträvas med den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen.

99 Vad slutligen beträffar ändamålet att undvika rent konstlade upplägg som saknar all ekonomisk förankring i verkligheten och som skapats uteslutande i syfte att otillbörligen komma i åtnjutande av en skattefördel påpekar domstolen, i likhet med vad generaladvokaten har angett i punkt 174 i sitt förslag till avgörande, att en åtgärd för att uppnå ett sådant ändamål, för att vara förenlig med proportionalitetsprincipen, ska möjliggöra för den nationella domstolen att göra en kontroll i varje enskilt fall med beaktande av särdragen i vart och ett av dessa, på grundval av objektiva omständigheter, för att därigenom ta hänsyn till berörda personers missbruk eller bedrägeri.

100 I den mån en sådan lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen inte medger att dess tillämpning begränsas till rent konstlade upplägg, vilka fastställs på grundval av objektiva omständigheter, utan avser alla de fall där en i landet hemmahörande skattskyldig person har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande bolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare till ett pris som, oavsett anledningen därtill, överstiger det nominella värdet på dessa bolagsandelar, går verkningarna av en sådan lagstiftning utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ändamålet att förhindra rent konstlade upplägg vilka saknar ekonomisk förankring i verkligheten och vilka uteslutande tillkommit i syfte att på ett otillbörligt sätt komma i åtnjutande av en skattefördel.

101 Den fråga som har ställts ska således besvaras enligt följande. Artikel 73b i fördraget utgör inte hinder för en medlemsstats lagstiftning, enligt vilken den minskning av värdet på bolagsandelar som följer av en vinstutdelning inte får påverka beräkningsunderlaget för skatten för en i landet hemmahörande skattskyldig person när denne har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande kapitalbolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, medan en sådan minskning av värdet minskar beskattningsunderlaget för förvärvaren om dessa andelar förvärvas från en i landet hemmahörande andelsägare.

102 Detta konstaterande gäller i de fall där en sådan lagstiftning inte går utöver vad som är

nödvändigt för att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och för att förhindra rent konstlade upplägg som saknar ekonomisk förankring i verkligheten och som har tillkommit uteslutande i syfte att på ett otillbörligt sätt komma i åtnjutande av en skattefördel. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen begränsas till vad som är nödvändigt för att uppnå dessa ändamål.

Rättegångskostnader

103 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i målet vid den nationella domstolen utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den nationella domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (första avdelningen) följande:

Artikel 73b i EG-fördraget (nu artikel 56 EG) ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning, enligt vilken den minskning av värdet på bolagsandelar som följer av en vinstutdelning inte får påverka beräkningsunderlaget för skatten för en i landet hemmahörande skattskyldig person när denne har förvärvat andelar i ett i landet hemmahörande kapitalbolag från en i landet ej hemmahörande andelsinnehavare, medan en sådan minskning av värdet minskar beskattningsunderlaget för förvärvaren om dessa andelar förvärvas från en i landet hemmahörande andelsägare.

Detta konstaterande gäller i de fall där en sådan lagstiftning inte går utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och för att förhindra rent konstlade upplägg som saknar ekonomisk förankring i verkligheten och som har tillkommit uteslutande i syfte att på ett otillbörligt sätt komma i åtnjutande av en skattefördel. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen begränsas till vad som är nödvändigt för att uppnå dessa ändamål.

Underskrifter

* Rättegångsspråk: tyska.