

Voorlopige editie

ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)

20 september 2018 (*)

„Prejudiciële verwijzing – Artikelen 63 tot en met 65 VWEU – Vrij verkeer van kapitaal – Vermindering van belastbare winsten – Deelnemingen van een moedermaatschappij in een kapitaalvennootschap die haar bestuur en zetel in een derde land heeft – Dividend uitgekeerd aan de moedermaatschappij – Fiscale aftrekbaarheid waarvoor strengere voorwaarden gelden dan voor de vermindering van de winst uit deelnemingen in een niet-vrijgestelde binnenlandse kapitaalvennootschap”

In zaak C-685/16,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Finanzgericht Münster (belastingrechter Münster, Duitsland) bij beslissing van 20 september 2016, ingekomen bij het Hof op 27 december 2016, in de procedure

EV

tegen

Finanzamt Lippstadt,

wijst

HET HOF (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: J. L. da Cruz Vilaça, kamerpresident, E. Levits (rapporteur), A. Borg Barthet, M. Berger, en F. Biltgen, rechters,

advocaat-generaal: M. Wathelet,

griffier: M. Aleksejev, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 30 november 2017,

gelet op de opmerkingen van:

- EV, vertegenwoordigd door U. Hohage, Rechtsanwalt,
- het Finanzamt Lippstadt, vertegenwoordigd door H. J. Sellmann als gemachtigde,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door M. Wasmeier, W. Roels en R. Lyal als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 7 februari 2018,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 63 tot en met 65 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen EV, een commanditaire vennootschap op aandelen naar Duits recht, en het Finanzamt Lippstadt (belastingdienst te Lippstadt, Duitsland; hierna: „belastingdienst”) inzake de haar opgelegde belasting over de bedrijfswinst.

Duits recht

3 In § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, van het Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Außensteuergesetz) (wet betreffende belastingheffing in geval van betrekkingen met het buitenland) van 8 september 1972 (BGBl. 1972 I, blz. 1713; hierna: „AStG”) worden de volgende activiteiten opgesomd:

1. land- en bosbouw,
2. vervaardiging, bewerking, verwerking of montage van zaken, opwekking van energie, exploratie van natuurlijke hulpbronnen,
3. exploitatie van kredietinstellingen of verzekeringsmaatschappijen die voor hun verrichtingen een commerciële vestiging exploiteren (met uitzonderingen),
4. handel (met uitzonderingen),
5. diensten (met uitzonderingen),
6. verpachting en verhuur (met uitzonderingen).

4 In § 2 van het Gewerbesteuergezet (wet op de bedrijfsbelasting) 2002 in de versie van het Jahressteuergesetz (jaarlijkse belastingwet) 2008 van 20 december 2007 (BGBl. I 2007, blz. 3150; hierna: „GewStG 2002”) wordt het volgende bepaald:

„(1) 1Elke in Duitsland geëxploiteerde industriële of handelsonderneming is onderworpen aan de belasting over de bedrijfswinst. [...] 3Een industriële of handelsonderneming wordt geacht in Duitsland te worden geëxploiteerd wanneer zij een vaste inrichting heeft op Duits grondgebied [...].

(2) 1De activiteit die wordt uitgeoefend door kapitaalvennootschappen (met name Europese vennootschappen, naamloze vennootschappen, commanditaire vennootschappen op aandelen en besloten vennootschappen) [...] wordt altijd en integraal gelijkgesteld met een industriële of handelsonderneming. 2Een kapitaalvennootschap die een dochteronderneming [(*Organgesellschaft*)] is in de zin van de §§ 14, 17 of 18 van het Körperschaftsteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting), wordt geacht een vaste inrichting van het overkoepelende orgaan te zijn.”

5 Krachtens § 6 GewStG 2002 is de belastbare grondslag voor de bedrijfsbelasting de ondernemingswinst, te weten, overeenkomstig § 7, eerste lid, GewStG 2002, de winst uit industriële of commerciële activiteiten zoals berekend overeenkomstig de bepalingen van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelasting, hierna: „EStG”) of het

Körperschaftsteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting, hierna: „KStG”), verhoogd of verlaagd met de in de §§ 8 en 9 GewStG 2002 bedoelde bedragen.

6 In § 8 van de GewStG 2002, met als opschrift „Verhogingen”, staat te lezen:

„De winst uit een industriële of commerciële activiteit (§ 7) wordt verhoogd met de volgende bedragen, voor zover zij bij de berekening van de winst in mindering zijn gebracht:

[...]

5. het overschot van de winstaandelen (dividenden) dat niet in aanmerking is genomen krachtens § 3, punt 40, [EStG] of § 8b, lid 1, [KStG] en de daarmee gelijk gestelde inkomsten en vergoedingen uit deelnemingen in een vennootschap, een vereniging van personen, of vermogensbestanddelen in de zin van het [KStG], voor zover zij niet voldoen aan de voorwaarden van § 9, punten 2a of 7, na aftrek van de bedrijfsuitgaven die in economisch verband staan met deze inkomsten [...].

[...]”

7 § 9 GewStG 2002 regelt de aftrekposten en verminderingen met betrekking tot de winsten uit deelnemingen in een binnenlandse vennootschap of in een vennootschap gevestigd in een andere lidstaat of derde land.

8 In de eerste plaats wordt in § 9, punt 2a, GewStG 2002 bepaald dat de som van de winst en de verhogingen wordt verminderd met winsten uit deelnemingen in een niet-vrijgestelde binnenlandse kapitaalvennootschap in de zin van § 2, lid 2, van deze wet, wanneer de deelneming aan het begin van de heffingsperiode ten minste 15 % van het startkapitaal of het maatschappelijk kapitaal bedraagt en dit deel van de winsten is meegeteld in de berekening van de winst overeenkomstig § 7 van deze wet. Bij lasten die rechtstreeks verband houden met deelnemingen in de winsten, wordt krachtens § 9, punt 2a, derde volzin, GewStG 2002 het bedrag van de aftrekposten verminderd voor zover rekening moet worden gehouden met de opbrengsten uit deze deelnemingen.

9 In § 9, punt 3, GewStG 2002 is bovendien bepaald dat de som van de winst en de verhogingen wordt verminderd met het deel van de bedrijfswinst van een binnenlandse onderneming dat aan een in het buitenland gelegen vaste inrichting van deze onderneming moet worden toegerekend.

10 In de tweede plaats kan de vermindering bij winsten uit deelnemingen in een vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd en voldoet aan de voorwaarden van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 6), zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/98/EG van de Raad van 20 november 2006 (PB 2006, L 363, blz. 129), worden toegepast in overeenstemming met § 9, punt 7, eerste volzin, tweede zinsnede, GewStG 2002 wanneer de gehouden deelneming aan het begin van de referentieperiode ten minste een tiende deel van het maatschappelijke kapitaal bedraagt.

11 Ten derde wordt overeenkomstig § 9, punt 7, eerste volzin, eerste zinsnede, GewStG 2002 de som van de winst en de verhogingen verminderd met:

„winsten uit deelnemingen in een kapitaalvennootschap die haar zetel en hoofdbestuur buiten het territoriale toepassingsgebied van deze wet heeft, waarvan de onderneming sinds het begin van de referentieperiode ononderbroken ten minste 15 % van het maatschappelijke kapitaal bezit

(dochteronderneming) en die haar bruto-inkomsten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend behaalt uit onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, [AStG] vallende activiteiten en uit deelnemingen in vennootschappen waarvan de onderneming rechtstreeks ten minste een kwart van het maatschappelijke kapitaal bezit, wanneer deze deelnemingen ononderbroken sedert ten minste twaalf maanden vóór de datum van berekening van de winst bestaan en de onderneming aantoonst dat

1. deze vennootschappen hun hoofdbestuur en zetel in dezelfde staat hebben als de dochteronderneming en dat hun bruto-inkomsten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend worden behaald uit activiteiten die onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, [AStG] vallen, of

2. de dochteronderneming deelnemingen bezit die in economisch verband staan met haar eigen onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, vallende activiteiten en dat de vennootschap waarin de deelneming wordt gehouden haar bruto-opbrengsten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend uit dergelijke activiteiten behaalt,

wanneer de winstaandelen zijn meegeteld in de winst (§ 7); [...]"

12 In dat verband is § 9, punt 2a, derde volzin, GewStG 2002 krachtens § 9, punt 7, tweede volzin, van deze wet van overeenkomstige toepassing.

13 Uit het verzoek om een prejudiciële beslissing en de opmerkingen van de Duitse regering volgt dat met een zogenaamde „Landesholding” (nationale holding) een dochteronderneming wordt bedoeld die voldoet aan de voorwaarden van § 9, punt 7, eerste volzin, eerste zinsnede, punt 1, GewStG 2002, en met een zogenaamde „Funktionsholding” (functionele holding) een dochteronderneming die voldoet aan de voorwaarden van § 9, punt 7, eerste volzin, eerste zinsnede, punt 2, GewStG 2002.

14 In § 9, punt 7, vierde tot en met zevende volzin, GewStG 2002 worden de uitkeringen door kleindochterondernemingen die hun hoofdbestuur en zetel buiten het toepassingsgebied van deze wet hebben, in de volgende bewoordingen geregeld:

„4Indien een onderneming die via een dochteronderneming ten minste 15 % van een kapitaalvennootschap die haar hoofdbestuur en zetel buiten het toepassingsgebied van deze wet heeft (kleindochteronderneming) indirect houdt, in een belastingjaar winsten realiseert uit haar deelnemingen in de dochteronderneming en indien de kleindochteronderneming tijdens dat belastingjaar winsten uitkeert aan de dochteronderneming, geldt dezelfde regel, op verzoek van de onderneming, voor het deel van de door haar ontvangen winsten dat overeenkomt met de uitkering door de kleindochteronderneming van de winsten die haar op grond van haar indirecte deelneming toekomen. 5Indien de dochteronderneming in het betrokken belastingjaar, naast de winstaandelen van een kleindochteronderneming, andere inkomsten heeft ontvangen, is de vierde zin uitsluitend van toepassing op het deel van de aan de dochteronderneming toekomende uitkering dat overeenkomt met het aandeel van deze winstaandelen in de som van deze winsten en andere inkomsten, maar hoogstens voor het bedrag van deze winstaandelen. 6De toepassing van de vierde zin veronderstelt dat

1. de kleindochteronderneming, in het belastingjaar waarin zij de uitkering heeft verricht, haar bruto-inkomsten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend heeft behaald uit activiteiten die onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, [AStG] vallen of uit deelnemingen die onder de eerste zin, punt 1, vallen, en dat

2. de dochteronderneming voldoet aan de voorwaarden van de eerste zin wat de deelneming in het kapitaal van de kleindochteronderneming betreft.

7De toepassing van bovenstaande bepalingen impliceert dat de onderneming alle bewijsstukken overlegt, met name

1. dat zij door overlegging van relevante documenten aantoont dat de dochteronderneming haar bruto-inkomsten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend behaalt uit activiteiten die onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, [AStG] vallen of uit deelnemingen die onder de eerste zin, punten 1 en 2, vallen,

2. dat zij door overlegging van relevante documenten aantoont dat de kleindochteronderneming haar bruto-inkomsten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend behaalt uit activiteiten die onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, [AStG] vallen of uit deelnemingen die onder de eerste zin, punt 1, vallen,

3. dat zij de voor uitkering beschikbare winst van de dochteronderneming of de kleindochteronderneming aantoont door overlegging van balansen en winst- en verliesrekeningen; deze documenten moeten op verzoek worden verstrekt met het in de staat van het bestuur of de zetel voorgeschreven of gewoonlijk gebruikte certificaat, opgesteld door een officieel erkend controleorgaan of een equivalent daarvan.”

15 In § 8b, lid 1, KStG dat betrekking heeft op deelnemingen in andere vennootschappen en verenigingen, is bepaald dat de ontvangen vergoedingen in de zin van met name § 20, lid 1, punt 1, van de EStG bij de vaststelling van de inkomsten niet in aanmerking worden genomen.

16 In § 15, aanhef en onder punt 2, eerste volzin, KStG wordt bepaald dat, in afwijking van de algemene regels bij de berekening van de inkomsten voor een fiscale eenheid (*Organschaft*), § 8b, leden 1 tot en met 6, KStG niet van toepassing is op de dochteronderneming (*Organgesellschaft*).

17 In § 20, lid 1, punt 1, EStG is vastgelegd dat onder meer winstparticipaties (dividenden) uit aandelen die recht op deelneming in de winst en in de liquidatieopbrengst van een kapitaalvennootschap verlenen, behoren tot de kapitaalinkomsten.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

18 EV is een producent van auto-onderdelen en de moedermaatschappij van een wereldwijd concern. Haar dochterondernemingen bezitten op hun beurt deelnemingen in het kapitaal van een aantal andere vennootschappen.

19 In het belastingjaar 2009 vormden EV, als overkoepelend orgaan, en Reinhold Poersch GmbH (hierna: „R GmbH”) voor de berekening van de belasting over de bedrijfswinst een fiscale eenheid in de zin van de Duitse belastingwetgeving. EV bezat 100 % van het kapitaal van R GmbH.

20 R GmbH bezat op haar beurt 100 % van het kapitaal van Hella Asia Pacific Pty Ltd (hierna: „Hap Ltd”), een vennootschap naar Australisch recht met zetel in Australië. In 2009 heeft Hap Ltd van haar dochteronderneming Hella Philipppinen Inc. (hierna: „H Inc. ”) dividenden ter hoogte van 556 000 AUD (ongeveer 337 584 EUR) ontvangen.

21 Hap Ltd heeft in hetzelfde jaar een bedrag van 45 287 000 AUD (ongeveer 27 496 685 EUR) uitgekeerd aan haar aandeelhoudster R GmbH. Dit bedrag bestond uit winsten die over meerdere belastingjaren waren opgebouwd en uit de in het vorige punt bedoelde winsten, die Hap Ltd van H Inc. had ontvangen.

22 In 2012 werd bij R GmbH een belastingcontrole uitgevoerd met betrekking tot de belastingjaren 2006 tot en met 2009. De inspecteurs hebben vastgesteld dat de door R GmbH verkregen dividenden bij EV op grond van § 8b, lid 1, KStG moesten worden vrijgesteld, waarbij een vast percentage van 5 % van het resultaat overeenkomstig § 8b, lid 5, van dezelfde wet als niet aftrekbare bedrijfsuitgaven bij de inkomsten van de vennootschap moest worden geteld.

23 De belastingdienst heeft de gevolgtrekkingen van de inspecteurs overgenomen en oordeelde dat overeenkomstig § 8, punt 5, GewStG 2002, de door Hap Ltd aan R GmbH uitgekeerde dividenden eerst verminderd moesten worden met de door H Inc. aan Hap Ltd uitgekeerde winsten en dan bij het resultaat van EV moesten worden geteld.

24 Volgens de belastingdienst voldeed de winstuitkering van Hap Ltd namelijk niet rechtens genoegzaam aan de voorwaarden die in § 9, punt 7, eerste volzin, GewStG 2002 zijn gesteld om te kunnen profiteren van een uitzondering op het verhogingsbeginsel.

25 In de eerste plaats was de belastingdienst van mening dat Hap Ltd, als dochteronderneming, een holdingvennootschap was die niet uit eigen activiteiten inkomsten genereerde die onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, AStG vallen, zodat zij niet kon worden beschouwd als een „Funktionsholding” in de zin van § 9, punt 7, eerste volzin, eerste zinsnede, punt 2, GewStG 2002. In de tweede plaats kon Hap Ltd evenmin worden beschouwd als een „Landesholding” die overeenkomstig § 9, punt 7, eerste volzin, eerste zinsnede, punt 1, GewStG 2002 profiteert van een gunstiger belastingregime, omdat Hap Ltd deelnemingen in buiten Australië gevestigde kleindochterondernemingen hield.

26 Volgens de belastingdienst viel het door H Inc. aan Hap Ltd en vervolgens door deze aan R GmbH uitgekeerde bedrag daarentegen onder § 9, punt 7, vierde volzin en volgende, GewStG 2002 en was de voorkeursregeling voor kleindochterondernemingen hierop van toepassing. Bijgevolg werden deze door H Inc. uitgekeerde dividenden niet opgeteld bij de winst van R GmbH.

27 De belastingdienst heeft op grond van deze overwegingen op 13 november 2012 een belastingaanslag opgelegd waarin de door Hap Ltd aan R. GmbH uitgekeerde dividenden, na aftrek van de dividenden die H Inc. aan Hap Ltd heeft uitgekeerd, overeenkomstig de GewStG 2002 voor 95 % bij het bedrijfsresultaat van EV als overkoepelend orgaan waren opgeteld. Het door EV tegen deze belastingaanslag ingediende bezwaarschrift is bij besluit van 8 november 2013 verworpen.

28 Tegen deze achtergrond heeft EV beroep ingesteld bij de verwijzende rechterlijke instantie, het Finanzgericht Münster (belastingrechter Münster, Duitsland), waarbij zij met name stelde dat de dividenden van buitenlandse oorsprong in strijd met het Unierecht op discriminerende wijze waren behandeld en dat de door Hap Ltd aan R GmbH uitgekeerde dividenden in hun geheel in mindering moesten worden gebracht op de bedrijfswinst van EV.

29 In deze omstandigheden heeft het Finanzgericht Münster de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moeten de bepalingen over het vrije kapitaal- en betalingsverkeer van de artikelen 63 en volgende van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie aldus worden uitgelegd

dat zij in de weg staan aan de regel van § 9, punt 7, [GewStG 2002], voor zover deze regel tot gevolg heeft dat, in het kader van de belasting over de bedrijfswinst, voor de vermindering van de winst en de verhogingen met opbrengsten uit deelnemingen in een kapitaalvennootschap die haar bestuur en zetel buiten de Bondsrepubliek Duitsland heeft, strengere voorwaarden gelden dan voor de vermindering van de winst en de verhogingen met opbrengsten uit deelnemingen in een niet-vrijgestelde binnenlandse kapitaalvennootschap of met het deel van de bedrijfswinst van een binnenlandse onderneming dat betrekking heeft op een niet in het binnenland gelegen vaste inrichting?”

De prejudiciële vraag

Opmerkingen vooraf

30 Om te beginnen moet worden opgemerkt dat onder de formulering van de prejudiciële vraag weliswaar alle kapitaalvennootschappen vallen die hun bestuur en zetel buiten Duitsland hebben, maar dat vaststaat dat het hoofdgeding betrekking heeft op de behandeling van winsten van een vennootschap met bestuur en zetel in een derde land, namelijk Australië.

31 In deze omstandigheden moet de prejudiciële vraag aldus worden begrepen dat deze alleen betrekking heeft op de behandeling van winsten die zijn uitgekeerd door vennootschappen met bestuur en zetel in derde landen en niet op gevallen waarin de winsten worden uitgekeerd door vennootschappen met bestuur en zetel in een andere lidstaat.

32 Vervolgens moet worden onderzocht of artikel 63 VWEU kan worden ingeroepen in een situatie zoals die in het hoofdgeding, waarbij het gaat om het verschil in behandeling van winstuitkeringen van een in een derde land gevestigde dochteronderneming aan een ingezeten vennootschap vergeleken met de behandeling van winsten die door ingezeten dochterondernemingen worden uitgekeerd aan een ingezeten vennootschap.

33 In dat verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat de fiscale behandeling van dividenden zowel onder artikel 49 VWEU betreffende de vrijheid van vestiging als onder artikel 63 VWEU betreffende het vrije verkeer van kapitaal kan vallen. Voor de beantwoording van de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, dient rekening te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

34 Een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, valt onder artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

35 Nationale bepalingen die van toepassing zijn op participaties die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming uit te oefenen, moeten daarentegen uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal worden getoetst (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36 Het Hof heeft geoordeeld dat in een context die ziet op de fiscale behandeling van uit een derde land afkomstige dividenden, uit het onderzoek van het voorwerp van een nationale wettelijke regeling kan worden opgemaakt of de fiscale behandeling van dergelijke dividenden onder de bepalingen van het Verdrag inzake het vrije verkeer van kapitaal valt (arrest van 24

november 2016, SECIL, C?464/14, EU:C:2016:896, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37 Dienaangaande heeft het Hof gepreciseerd dat een nationale wettelijke regeling betreffende de fiscale behandeling van dividenden die niet uitsluitend van toepassing is op situaties waarin de moedermaatschappij een beslissende invloed op de uitkerende vennootschap uitoefent, aan artikel 63 VWEU moet worden getoetst. Een in een lidstaat gevestigde vennootschap kan zich dus, ongeacht de omvang van de participatie die zij aanhoudt in de in een derde land gevestigde uitkerende vennootschap, op deze bepaling beroepen om de rechtmatigheid van een dergelijke regeling te betwisten (arrest van 24 november 2016, SECIL, C?464/14, EU:C:2016:896, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

38 In het onderhavige geval stelt § 9, punt 7, GewStG 2002 als voorwaarde voor aftrek van dividenden die ingezeten vennootschappen van hun in derde landen gevestigde dochterondernemingen hebben ontvangen, dat de door de ingezeten vennootschap gehouden deelneming in de dochteronderneming sinds het begin van het referentietijdvak ononderbroken ten minste 15 % bedraagt.

39 In dit verband merken de verwijzende rechterlijke instantie en de Duitse regering op dat een dergelijke deelneming ter hoogte van 15 % overeenkomstig het Duitse vennootschapsrecht aan minderheidsaandeelhouders bepaalde rechten toekent. Deze omstandigheid mag evenwel niet tot de opvatting leiden dat § 9, punt 7, GewStG 2002 alleen betrekking heeft op deelnemingen waarmee een bepalende invloed kan worden uitgeoefend op de beslissingen van de vennootschap die de dividenden uitkeert.

40 Het Hof heeft immers reeds geoordeeld dat een deelneming van ten minste 15 % in het kapitaal in een vennootschap niet noodzakelijkerwijze impliceert dat de vennootschap die deze deelneming houdt een bepalende invloed uitoefent op de besluiten van de vennootschap die de dividenden uitkeert (zie in die zin arrest van 20 december 2017, Deister Holding en Juhler Holding, C?504/16 en C?613/16, EU:C:2017:1009, punten 79 en 80, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 Bijgevolg moet worden geoordeeld dat § 9, punt 7, GewStG 2002 niet uitsluitend van toepassing is op situaties waarin de moedermaatschappij deelnemingen bezit waarmee zij een bepalende invloed kan uitoefenen op de besluiten van haar dochteronderneming en de werkzaamheden daarvan kan vaststellen.

42 Derhalve moet dergelijke wetgeving worden beoordeeld in het licht van artikel 63 VWEU.

43 Het is juist dat de moedermaatschappij in casu volgens § 9, punt 7, GewStG 2002 enkel aanspraak kan maken op aftrek van de dividenden die haar buiten het Duitse grondgebied gevestigde dochteronderneming heeft uitgekeerd, indien deze dochteronderneming haar bruto-inkomsten, afgezien van de bovengenoemde drempel van 15 % en onder het voorbehoud dat ook bepaalde andere voorwaarden zijn vervuld, uitsluitend of nagenoeg uitsluitend haalt uit activiteiten die onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, AStG vallen dan wel uit deelnemingen in kleindochterondernemingen waarin de genoemde dochteronderneming ten minste 25 % van het kapitaal bezit.

44 Deze secundaire drempel van 25 %, wat de deelneming van de dochteronderneming in het maatschappelijk kapitaal van de kleindochteronderneming betreft, doet echter niet af aan de in punt 41 van dit arrest geformuleerde overweging.

45 Ten eerste, zoals uit de in de punten 34 en 35 van dit arrest aangehaalde rechtspraak volgt, moet immers, om te kunnen bepalen of de betreffende nationale wetgeving onder de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van kapitaal valt, worden onderzocht wat de aard is van de door de

moedermaatschappij in de uitkerende dochteronderneming gehouden deelnemingen waarop de genoemde wetgeving kan worden toegepast.

46 Ten tweede wordt de in § 9, punt 7, GewStG 2002 bedoelde secundaire drempel van 25 % vastgesteld in het kader van een van de alternatieve voorwaarden, die betrekking hebben op de inkomsten die de dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitkeert. Immers geldt deze drempel niet in een situatie waarin geen sprake is van meerlagige vennootschapsstructuren noch in een situatie waarin een moedermaatschappij ten minste 15 % van de dochteronderneming bezit en deze laatste haar bruto-inkomsten uitsluitend of nagenoeg uitsluitend uit onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, AStG vallende activiteiten haalt. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat bij de in punt 45 van dit arrest bedoelde beoordeling weliswaar met deze drempel rekening moet worden gehouden, maar deze drempel is niet van dien aard dat daarmee wordt afgedaan aan het feit dat § 9, punt 7, GewStG 2002 niet uitsluitend van toepassing is op situaties waarin de moedermaatschappij deelnemingen bezit waarmee zij een bepalende invloed kan uitoefenen op de besluiten van haar dochteronderneming en de werkzaamheden daarvan kan vaststellen.

47 Bijgevolg kan artikel 63 VWEU worden ingeroepen in een situatie zoals die in het hoofdgeding, waarbij het gaat om het verschil in behandeling tussen winstuitkeringen van een in een derde land gevestigde dochteronderneming aan een ingezeten vennootschap en de behandeling van winsten die door ingezeten dochterondernemingen worden uitgekeerd aan een ingezeten vennootschap.

48 Tot slot moet worden opgemerkt dat de gestelde vraag betrekking heeft op de vergelijking tussen de behandeling van enerzijds de winsten die in derde staten gevestigde dochterondernemingen uitkeren aan ingezeten moedermaatschappijen en anderzijds niet alleen de behandeling van winsten die ingezeten dochterondernemingen uitkeren aan ingezeten moedermaatschappijen, maar ook die van door een ingezeten vennootschap gegenereerde bedrijfswinsten die moeten worden toegerekend aan een buiten het nationale grondgebied gelegen vaste inrichting.

49 De vergelijking tussen de fiscale behandeling van enerzijds de winsten die in derde staten gevestigde dochterondernemingen uitkeren aan ingezeten moedermaatschappijen en anderzijds de door een ingezeten vennootschap gegenereerde bedrijfswinsten die moeten worden toegerekend aan een buiten het nationale grondgebied gelegen vaste inrichting, zou erop neerkomen dat wordt getoetst of wetgeving zoals die in het hoofdgeding aan de orde is, leidt tot een ongelijke behandeling die een ingezeten vennootschap ervan weerhoudt zijn activiteiten via een dochteronderneming in plaats van via een vaste inrichting buiten zijn staat van vestiging uit te oefenen.

50 In dat verband is het van belang in herinnering te brengen dat vennootschappen die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, het recht om door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap in andere lidstaten hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen, ontleen aan artikel 49 VWEU over de vrijheid van vestiging, dat krachtens artikel 54 VWEU op deze vennootschappen van toepassing is, en niet aan artikel 63 VWEU over het vrij verkeer van kapitaal.

51 Volgens het Hof beogen de bepalingen van het Unierecht betreffende de vrijheid van vestiging blijkens de bewoordingen ervan weliswaar het voordeel van de behandeling als eigen staatsburgers in de lidstaat van ontvangst te waarborgen, maar verzetten zij zich ertegen dat de lidstaat van oorsprong de vestiging van een van zijn staatsburgers of van een naar zijn wetgeving opgerichte vennootschap in een andere lidstaat belemmert (arresten van 23 november 2017, A, C-292/16, EU:C:2017:888, punt 24, en 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, punt 16).

52 Het hoofdstuk van het Verdrag inzake de vrijheid van vestiging bevat evenwel geen enkele bepaling op grond waarvan de werkingssfeer van de voorschriften ervan kan worden verruimd tot situaties betreffende de vestiging van een vennootschap van een lidstaat in een derde land of van een vennootschap van een derde land in een lidstaat (zie in die zin arrest van 13 november 2012, Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 97 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53 Bijgevolg kan noch artikel 63 VWEU noch artikel 49 VWEU worden toegepast op een situatie waarin de nationale regelgeving tot een verschil in fiscale behandeling leidt tussen de door een ingezeten vennootschap gegenereerde bedrijfswinsten die moeten worden toegerekend aan een buiten het nationale grondgebied gelegen vaste inrichting en de winsten van een in een derde land gevestigde dochteronderneming.

54 Bijgevolg hoeft hierna alleen te worden onderzocht of de artikelen 63 tot en met 65 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan nationale wetgeving als in het hoofdgeding op grond waarvan voor een vermindering van de winst uit deelnemingen in een kapitaalvennootschap die haar bestuur en zetel in een derde land heeft, strengere voorwaarden gelden dan voor de vermindering van de winst uit deelnemingen in een niet-vrijgestelde binnenlandse kapitaalvennootschap.

Bestaan van een beperking

55 Volgens vaste rechtspraak van het Hof omvatten de maatregelen die ingevolge artikel 63, lid 1, VWEU verboden zijn omdat zij het kapitaalverkeer beperken, maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen (arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C-252/14, EU:C:2016:402, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

56 In het onderhavige geval worden dividenden die door een ingezeten vennootschap zijn uitgekeerd op grond van de in het hoofdgeding aan de orde gestelde wetgeving anders behandeld dan dividenden die door een in een derde land gevestigde vennootschap zijn uitgekeerd.

57 Zoals de verwijzende rechterlijke instantie nader uiteenzet, veronderstelt de verlaging van de belasting over de bedrijfswinst uitsluitend dat de ingezeten vennootschap die van een andere ingezeten vennootschap aan belasting onderworpen dividend ontvangt, volgens § 9, punt 2a, eerste volzin, GewStG 2002 aan het begin van het belastingtijdvak ten minste 15 % van het maatschappelijk kapitaal in de uitdelende vennootschap bezit en dat de winst uit deze deelnemingen bij de vaststelling van de belastbare winst wordt meegeteld.

58 Bij uitkeringen door een in een derde land gevestigde vennootschap wordt daarentegen op grond van § 9, punt 7, eerste volzin, GewStG 2002 vereist dat de deelneming sinds het begin van de referentieperiode ononderbroken ten minste 15 % bedraagt en bovendien dat de bruto-inkomsten zijn behaald uit bepaalde actieve inkomsten, namelijk uitsluitend de inkomsten afkomstig van enkel de onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, AStG bedoelde activiteiten, of dat is

aangetoond dat het gaat om inkomsten van kleindochterondernemingen waarin de dochteronderneming ten minste 25 % van het kapitaal bezit, dat de dochteronderneming een „Landesholding” of een „Funktionsholding” vormt en dat de kleindochteronderneming haar inkomsten in ieder geval bijna uitsluitend uit in § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6, AStG bedoelde economische activiteiten haalt.

59 Zoals de Duitse regering in haar schriftelijke opmerkingen heeft erkend, is de in § 9, punt 7, GewStG 2002 bedoelde vermindering onderworpen aan striktere voorwaarden dan de vermindering bedoeld in § 9, punt 2a, van deze wet.

60 Volgens deze regering heeft § 9, punt 7, GewStG 2002 desondanks geen beperking van het vrije kapitaalverkeer tot gevolg, maar zorgt het juist voor een gelijke behandeling van de door haar als passief aangeduide inkomsten. Globaal genomen worden daarmee de inkomsten uit vermogensbeheer bedoeld, die niet zijn onderworpen aan de belasting over de bedrijfswinst en waarvoor dus ook geen recht op vermindering bestaat. In zoverre wordt met deze bepaling beoogd voor bepaalde door een in een derde land gevestigde vennootschap op het gebied van vermogensbeheer verrichte activiteiten geen recht op vermindering mogelijk te maken. Dit betekent omgekeerd dat de buitenlandse vennootschap wel vermindering kan krijgen voor bepaalde als „actief” aangeduide activiteiten, waarmee wordt gewezen op handelsactiviteiten en dus, in beginsel, op activiteiten die zijn onderworpen aan de belasting over de bedrijfswinst.

61 In dit verband moet evenwel worden opgemerkt dat de Duitse regering enerzijds zelf erkent dat de aftrek van de door ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden niet afhankelijk is van het soort activiteit van de kapitaalvennootschap die dit dividend uitkeert.

62 Anderzijds zijn in § 9, punt 7, GewStG 2002 andere strengere voorwaarden ten laste van de ingezeten vennootschappen opgenomen, die betrekking hebben op de uitkering van dividenden afkomstig van in derde staten gevestigde dochterondernemingen, zoals de verplichting om niet alleen aan het begin van het referentietijdvak maar gedurende dit hele tijdvak ononderbroken een deelneming in de in derde staten gevestigde uitkerende vennootschappen van ten minste 15 % te houden. Voorts bevat deze paragraaf voorwaarden met betrekking tot kleindochterondernemingen die dividenden aan dochterondernemingen uitkeren.

63 Bijgevolg moet worden vastgesteld dat de wetgeving in het hoofdgeding ingezeten moedermaatschappijen ervan kan doen afzien hun kapitaal te beleggen in dochterondernemingen die zijn gevestigd in derde landen doordat de fiscale aftrekbaarheid van dividenden die in derde landen gevestigde dochterondernemingen hebben uitgekeerd volgens deze wetgeving aan striktere voorwaarden is gebonden dan de aftrekbaarheid van dividenden van ingezeten moedermaatschappijen. Aangezien inkomsten uit kapitaal die afkomstig zijn uit een derde land, fiscaal minder gunstig worden behandeld dan dividenden die worden uitgekeerd door ingezeten vennootschappen, zijn aandelen in een vennootschap die in een derde land is gevestigd, immers minder aantrekkelijk voor ingezeten investeerders dan aandelen in een ingezeten vennootschap (zie naar analogie arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 50 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Bijgevolg vormt dergelijke wetgeving een in beginsel door artikel 63 VWEU verboden beperking van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten en de betrokken derde staten.

Toepasselijkheid van artikel 64, lid 1, VWEU

65 De belastingdienst en de Duitse regering stellen evenwel dat de Bondsrepubliek Duitsland een dergelijke beperking mag handhaven op grond van artikel 64, lid 1, VWEU.

66 Ingevolge artikel 64, lid 1, VWEU doet het bepaalde in artikel 63 VWEU geen afbreuk aan de toepassing op derde landen van beperkingen die op 31 december 1993 bestaan uit hoofde van het nationale recht of het recht van de Unie inzake het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen – met inbegrip van investeringen in onroerende goederen –, vestiging, het verrichten van financiële diensten of de toelating van waardepapieren tot de kapitaalmarkten.

67 Het Verdrag bevat weliswaar geen definitie van het begrip „directe investeringen” maar dit begrip is gedefinieerd in de nomenclatuur van het kapitaalverkeer die is opgenomen in bijlage I 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 1988, L 178, blz. 5). Blijkens de lijst van „directe investeringen” in de eerste rubriek van deze nomenclatuur en de verklarende aantekeningen daarbij, betreft dit begrip alle investeringen welke door natuurlijke of rechtspersonen worden verricht en welke gericht zijn op de vestiging of de handhaving van duurzame en directe betrekkingen tussen de kapitaalverschaffer en de onderneming waarvoor de desbetreffende middelen bestemd zijn met het oog op de uitoefening van een economische activiteit (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 75 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68 Wat de deelnemingen in nieuwe of bestaande ondernemingen in de vorm van aandelenvennootschappen betreft, veronderstelt het doel om duurzame economische betrekkingen te vestigen of te handhaven, zoals de in het vorige punt van dit arrest bedoelde verklarende aantekeningen bevestigen, dat de aandelen een aandeelhouder, hetzij ingevolge de bepalingen van de nationale wetgeving op de aandelenvennootschappen, hetzij uit anderen hoofde de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 76 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

69 Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat de beperkingen van het kapitaalverkeer in verband met directe investeringen of een vestiging in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU niet enkel nationale maatregelen omvatten waarvan de toepassing op het kapitaalverkeer naar of uit derde landen investeringen of de vestiging beperken, maar ook maatregelen die de uitkering van daaruit voortvloeiende dividenden beperken (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

70 Daaruit volgt dat een beperking van het kapitaalverkeer, zoals een minder voordelige fiscale behandeling van buitenlandse dividenden, onder artikel 64, lid 1, VWEU valt voor zover zij verband houdt met deelnemingen die worden genomen teneinde duurzame en directe economische betrekkingen te vestigen of te handhaven tussen de aandeelhouder en de betrokken vennootschap en die de aandeelhouder de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de betrokken vennootschap (arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

71 In dat verband staat volgens het Hof de omstandigheid dat nationale wetgeving die tot een beperking van het kapitaalverkeer in verband met directe investeringen leidt, tevens in andere situaties toepassing kan vinden, er niet aan in de weg dat artikel 64, lid 1, VWEU wordt toegepast in de omstandigheden waarop dit artikel ziet (zie in die zin arrest van 15 februari 2017, X, C-317/15, EU:C:2017:119, punt 21).

72 In het onderhavige geval moet worden vastgesteld dat de zaak in het hoofdgeding betrekking heeft op de fiscale behandeling van dividenden die EV als overkoepelend orgaan heeft ontvangen uit haar deelnemingen ter hoogte van 100 % in een eerste Duitse vennootschap die op

haar beurt 100 % van de aandelen van Hap Ltd bezat en op welke deelneming de uitkeringen waren gebaseerd die volgens de belastingdienst meegeteld moesten worden. Een dergelijke deelneming kan de aandeelhouder de mogelijkheid bieden daadwerkelijk deel te nemen aan het bestuur van de uitkerende vennootschap of hier daadwerkelijk mede zeggenschap over te hebben en kan dus als een directe investering kan worden aangemerkt.

73 Met betrekking tot het temporele criterium van artikel 64, lid 1, VWEU volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat hoewel in beginsel de nationale rechter de inhoud dient te bepalen van de wetgeving die bestond op een door een Uniehandeling bepaalde datum, het aan het Hof staat om de gegevens te verschaffen voor de uitlegging van het Unierechtelijke begrip dat de basis vormt voor de toepassing van een Unierechtelijke uitzonderingsregeling op een nationale wettelijke regeling die op een bepaalde datum „bestaat” (arrest van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C?190/12, EU:C:2014:249, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

74 Het begrip „beperkingen die op 31 december 1993 bestaan” in de zin van artikel 64, lid 1, VWEU veronderstelt dat het rechtskader waarin de betrokken beperking is opgenomen, sinds die datum ononderbroken deel heeft uitgemaakt van de rechtsorde van de betrokken lidstaat. Zou dit anders zijn, dan zou een lidstaat immers op enig tijdstip opnieuw beperkingen van het kapitaalverkeer naar of uit derde staten kunnen invoeren die op 31 december 1993 in de nationale rechtsorde bestonden doch die niet zijn gehandhaafd (arrest van 5 mei 2011, *Prunus en Polonium*, C?384/09, EU:C:2011:276, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

75 In deze context heeft het Hof reeds geoordeeld dat een nationale maatregel die na een aldus bepaalde datum is vastgesteld, niet om die reden alleen automatisch van de bij de betrokken Uniehandeling ingevoerde uitzonderingsregeling is uitgesloten. De uitzondering geldt immers ook voor een bepaling die op de voornaamste punten identiek is aan de vroegere wetgeving of die alleen een belemmering voor de uitoefening van de Unierechtelijke rechten en vrijheden in de vroegere wetgeving versoepelt of opheft. Daarentegen kan een wettelijke regeling die op een andere hoofdgedachte berust dan de vorige en nieuwe procedures invoert, niet worden gelijkgesteld met de wettelijke regeling die bestaat op het door de betrokken Uniehandeling bepaalde tijdstip (arrest van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C?190/12, EU:C:2014:249, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 In het onderhavige geval volgt om te beginnen uit de verwijzingsbeslissing dat de nationale wetgever bij een op 14 augustus 2007 doorgevoerde hervorming van de belastingregeling voor ondernemingen de voor vermindering op grond van § 9, punt 7, GewStG 2002 geldende deelnemingsdrempel van 10 % naar 15 % heeft verhoogd.

77 Een van de voorwaarden voor toepassing van de vermindering is dus gewijzigd. Zoals de advocaat-generaal in punt 89 van zijn conclusie heeft aangegeven, had dit een beperktere werkingssfeer van de in § 9, punt 7, GewStG 2002 bedoelde vermindering tot gevolg.

78 Vervolgens volgt uit het verzoek om een prejudiciële beslissing – zoals de Duitse regering heeft erkend – dat de Duitse wetgever na 31 december 1993 de omvang van de toegekende vermindering aldus heeft gewijzigd dat deze niet langer over het brutodividend, maar over het nettodividend werd berekend. Daardoor werd ook het bedrag van de aftrek verlaagd.

79 Ten slotte wijst de verwijzende rechterlijke instantie erop dat het geheel aan wet- en regelgeving waar § 9, punt 7, GewStG 2002 toe behoort grondig is gewijzigd door de Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz) [wet betreffende de verlaging van de belastingtarieven en de hervorming van de belastingregeling voor ondernemingen (wet op de belastingverlaging)] van 23 oktober 2000

(BGBl. 2000 I, blz. 1433). Het systeem van aftrek van 50 % van de inkomsten dat met deze nieuwe wet werd ingevoerd, heeft er namelijk toe geleid dat de in het kader van dit nieuwe systeem uitgekeerde dividenden in beginsel vrijgesteld zijn van belasting op de bedrijfswinst, mits de voorwaarden van § 9, punt 7, GewStG 2002 zijn vervuld, terwijl de door rechtspersonen verkregen dividenden in het voorheen bestaande systeem in beginsel juist aan belasting waren onderworpen en § 9, punt 7, GewStG 2002 hierop een uitzondering vormde.

80 In dat verband moet in herinnering worden gebracht dat artikel 64, lid 1, VWEU, als afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal, strikt moet worden uitgelegd (arrest van 17 oktober 2013, Welte, C-181/12, EU:C:2013:662, punt 29).

81 Bijgevolg moet er ook een strikte uitlegging worden gegeven aan de voorwaarden waaraan nationale wetgeving moet voldoen teneinde, in weerwil van een wijziging van het nationale rechtskader die van na 31 december 1993 dateert, geacht te worden op deze datum te hebben „bestaan”.

82 De beperking van de werkingssfeer van de in § 9, punt 7, GewStG 2002 bedoelde vermindering, zowel wat betreft de begunstigde personen als de inhoudelijke omvang ervan, in combinatie met de in punt 79 van dit arrest behandelde wijziging van het geheel aan wet- en regelgeving, weersprekt de stelling van de Duitse regering dat de nationale wetgeving uit het hoofdgeding in wezen identiek is gebleven ondanks de wijzigingen van het nationale recht in de periode tussen 31 december 1993 en de vaststelling van deze bepaling.

83 Bijgevolg kan een beperking van het vrij verkeer van kapitaal zoals die welke uit de toepassing van § 9, punt 7, GewStG 2002 voortvloeit, niet op grond van artikel 64, lid 1, VWEU aan de regel van artikel 63, lid 1, VWEU worden onttrokken.

84 Niettemin dient ook te worden onderzocht in hoeverre een dergelijke beperking op basis van de andere Verdragsbepalingen kan worden gerechtvaardigd.

Bestaan van een rechtvaardiging

85 Volgens artikel 65, lid 1, onder a), VWEU doet artikel 63 VWEU niet af 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.

86 Deze bepaling vormt een uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van kapitaal en moet dus strikt worden uitgelegd. Zij kan dan ook niet aldus worden uitgelegd dat elke belastingwetgeving die tussen belastingplichtigen een onderscheid maakt naargelang van hun vestigingsplaats of van de lidstaat waar zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het VWEU. De in artikel 65, lid 1, onder a), VWEU bedoelde afwijking wordt immers zelf beperkt door artikel 65, lid 3, VWEU, 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 63 [VWEU]” (arrest van 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, punten 55-56 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

87 Bijgevolg moet een onderscheid worden gemaakt tussen de door artikel 65, lid 1, onder a), VWEU toegestane verschillen in behandeling en de door artikel 65, lid 3, VWEU verboden discriminaties. Uit de rechtspraak van het Hof volgt dat nationale belastingwetgeving als in het hoofdgeding aan de orde is, slechts verenigbaar met de verdragsbepalingen betreffende het vrije kapitaalverkeer kan worden geacht, indien het verschil in behandeling betrekking heeft op situaties

die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (arrest van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C?338/11–C?347/11, EU:C:2012:286, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

Objectieve vergelijkbaarheid van de situaties

88 Uit de rechtspraak van het Hof volgt om te beginnen dat de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een interne situatie moet worden onderzocht op basis van het door de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel en het voorwerp en de inhoud van die bepalingen (arrest van 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C?252/14, EU:C:2016:402, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

89 Voorts moeten enkel de criteria die in de betrokken regeling als relevante onderscheidingscriteria zijn vastgesteld in aanmerking worden genomen bij de beoordeling of het uit een dergelijke regeling voortvloeiende verschil in behandeling een weerspiegeling vormt van objectief verschillende situaties (arresten van 10 mei 2012, Santander Asset Management SGIIC e.a., C?338/11–C?347/11, EU:C:2012:286, punt 28 en 2 juni 2016, Pensioenfonds Metaal en Techniek, C?252/14, EU:C:2016:402, punt 49).

90 Zoals in de punten 56 tot en met 58 van dit arrest reeds nader is uiteengezet, leidt de in het hoofdgeding aan de orde gestelde nationale wetgeving ertoe dat dividenden verschillend worden behandeld, al naargelang zij worden uitgekeerd door een ingezeten vennootschap of door een in een derde land gevestigde vennootschap.

91 De Duitse regering stelt dat de inkomsten uit een deelneming in een buitenlandse vennootschap, anders dan in geval van een ingezeten vennootschap, in beginsel niet in een eerder stadium aan de belasting over de bedrijfswinst zijn onderworpen.

92 Met betrekking tot nationale wetgeving zoals die in het hoofdgeding, die ertoe strekt door een vermindering van de heffingsgrondslag voor belasting over de bedrijfswinst te voorkomen dat dividenden afkomstig van deelnemingen in één of meer kapitaalvennootschappen dubbel worden belast, is de situatie van de vennootschap die door ingezeten vennootschappen uitgekeerde dividenden ontvangt, echter vergelijkbaar met die van een vennootschap die inkomsten uit deelnemingen heeft die afkomstig zijn van niet-ingezeten vennootschappen (zie naar analogie arresten van 12 december 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation, C?446/04, EU:C:2006:774, punt 62, en 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen, C?436/08 en C?437/08, EU:C:2011:61, punt 113).

93 In deze omstandigheden volgt uit het voorgaande dat vennootschappen die dividenden ontvangen van in dezelfde lidstaat gevestigde vennootschappen, zich met betrekking tot de nationale wetgeving die in het hoofdgeding aan de orde is, in een vergelijkbare situatie bevinden als vennootschappen die dividenden ontvangen van vennootschappen die hun zetel in een derde land hebben.

Bestaan van een dwingende reden van algemeen belang

94 De Duitse regering stelt dat de nationale wetgeving uit het hoofdgeding is bedoeld om fiscale constructies te bestrijden waarmee belasting wordt ontdoken. De in § 9, punt 7, GewStG 2002 bedoelde vermindering is immers alleen voordelig bij daadwerkelijke uitkeringen en voorkomt dat verminderingen kunnen worden verricht door brievenbusfirma's op te richten.

95 In die context moet eraan worden herinnerd dat een nationale wettelijke regeling slechts beoogt fraude en misbruik te voorkomen wanneer zij specifiek tot doel heeft gedragingen te

verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen (arresten van 5 juli 2012, SIAT, C-318/10, EU:C:2012:415, punt 40, en van 7 september 2017, Egiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

96 Een algemeen vermoeden van fraude en misbruik kan dus geen rechtvaardigingsgrond zijn voor een maatregel die afbreuk doet aan de uitoefening van een bij het Verdrag beschermde fundamentele vrijheid en de enkele omstandigheid dat de vennootschap die de dividenden uitkeert, in een derde land is gevestigd, vormt evenmin een toereikende onderbouwing van een algemeen vermoeden van belastingfraude (zie in die zin arrest van 19 juli 2012, A, C-48/11, EU:C:2012:485, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

97 In het onderhavige geval blijkt noch uit de aan het Hof overgelegde stukken, noch uit de door de Duitse regering verstrekte toelichtingen wat voor soort misbruik met de in het hoofdgeding aan de orde gestelde belastingwetgeving precies voorkomen moet worden.

98 Hoe dan ook wordt ten aanzien van in derde landen gevestigde vennootschappen een onweerlegbaar misbruikvermoeden ingevoerd doordat voor de toepassing van de in § 9, punt 7, GewStG 2002 voorziene vermindering voor in derde landen gevestigde vennootschappen voorwaarden worden gesteld waarbij wordt vereist dat bij dochterondernemingen die een holdingmaatschappij vormen, de aard van de werkzaamheden van hun kleindochterondernemingen in dier voege in aanmerking moet worden genomen dat de dochteronderneming als een „Funktionsholding” of een „Landesholding” in de zin van punt 13 van dit arrest moet kunnen worden gekwalificeerd.

99 Deze wetgeving kan dus niet worden gerechtvaardigd door het vereiste van voorkoming van misbruik en belastingfraude.

100 Gelet op een en ander, moet op de gestelde vraag worden geantwoord dat de artikelen 63 tot en met 65 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan nationale wetgeving als in het hoofdgeding op grond waarvan voor een vermindering van de winst uit deelnemingen in een kapitaalvennootschap die haar bestuur en zetel in een derde land heeft, strengere voorwaarden gelden dan voor de vermindering van de winst uit deelnemingen in een niet-vrijgestelde binnenlandse kapitaalvennootschap.

Kosten

101 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende 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 (Vijfde kamer) verklaart voor recht:

De artikelen 63 tot en met 65 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan nationale wetgeving als in het hoofdgeding op grond waarvan voor een vermindering van de winst uit deelnemingen in een kapitaalvennootschap die haar bestuur en zetel in een derde land heeft, strengere voorwaarden gelden dan voor de vermindering van de winst uit deelnemingen in een niet-vrijgestelde binnenlandse kapitaalvennootschap.

ondertekeningen

* Procestaal: Duits.