



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

23 januari 2014*

„Fiscale bepalingen — Vennootschapsbelasting — Overdracht van aandelen van personenvennootschap naar kapitaalvennootschap — Boekwaarde — Actuele waarde — Overeenkomst ter voorkoming van dubbele belasting — Onmiddellijke belasting van latente meerwaarden — Verschil in behandeling — Beperking van vrij verkeer van kapitaal — Behoud van verdeling van heffingsbevoegdheid tussen lidstaten — Evenredigheid”

In zaak C-164/12,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Finanzgericht Hamburg (Duitsland) bij beslissing van 26 januari 2012, ingekomen bij het Hof op 3 april 2012, in de procedure

DMC Beteiligungsgesellschaft mbH

tegen

Finanzamt Hamburg-Mitte,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: A. Tizzano, kamerpresident, A. Borg Barthet, E. Levits (rapporteur), M. Berger en S. Rodin, rechters,

advocaat-generaal: N. Wahl,

griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 19 september 2013,

gelet op de opmerkingen van:

- DMC Beteiligungsgesellschaft mbH, vertegenwoordigd door O.-F. Graf Kerssenbrock en H. Bley, Rechtsanwältin,
- het Finanzamt Hamburg-Mitte, vertegenwoordigd door M. Grote als gemachtigde,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze, A. Wiedmann en J. Möller als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Mölls en W. Roels als gemachtigden,

* Procestaal: Duits.

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,
het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 49 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen DMC Beteiligungsgesellschaft mbH, een vennootschap naar Oostenrijks recht met zetel te Wenen (Oostenrijk) en rechtsopvolgster van Schillhuber Beteiligungsgesellschaft mbH (hierna: „S-GmbH”) en van Klausnitzer Ges.mbH (hierna: „K-GmbH”), en het Finanzamt Hamburg-Mitte (hierna: „Finanzamt”) over de bepaling van de vermogenswinst in het kader van de vaststelling van de belasting over de winst van een Duitse gewone commanditaire vennootschap voor belastingjaar 2000.

Toepasselijke bepalingen

Duits recht

- 3 § 6, lid 1, punt 1, derde volzin, van het Einkommensteuergesetz (wet op de inkomstenbelastingen) omschrijft de actuele waarde van een economisch goed als het bedrag dat de koper van een onderneming in haar geheel zou besteden voor dat economisch goed, afzonderlijk beschouwd, in de context van de totale waarde van die onderneming. De actuele waarde is te onderscheiden van de boekwaarde, zijnde de waarde van een activum zoals die blijkt uit de balans van een onderneming, te weten verminderd met, met name, de afschrijvingen. De boekwaarde is nooit hoger dan de actuele waarde.
- 4 § 20 van het Umwandlungssteuergesetz (wet inzake de belasting op herstructureringen van ondernemingen) van 11 oktober 1995 (BGBl. 1995 I, blz. 1250), zoals van toepassing ten tijde van de feiten in het hoofdgeding (hierna: „UmwStG 1995”), luidde:

„(1) Wanneer een bedrijf, een bedrijfstak of een medeondernemingsparticipatie wordt ingebracht in een kapitaalvennootschap die onbeperkt belastingplichtig in de vennootschapsbelasting is [§ 1, lid 1, punt 1, van het Körperschaftsteuergesetz (wet op de vennootschapsbelasting)], en de inbrenger in ruil daarvoor nieuwe aandelen ontvangt (inbreng in natura), worden het ingebrachte bedrijfsvermogen en de nieuwe vennootschapsaandelen overeenkomstig de volgende leden gewaardeerd. [...]

(2) De kapitaalvennootschap kan het ingebrachte bedrijfsvermogen waarderen tegen boekwaarde of tegen een hogere waarde [...].

(3) De kapitaalvennootschap moet het ingebrachte bedrijfsvermogen tegen de actuele waarde waarderen wanneer de Bondsrepubliek Duitsland niet heffingsbevoegd is voor de winst uit de overdracht van de aandelen die aan de inbrenger zijn toegekend in ruil voor zijn inbreng in natura.

(4) De waarde waartegen de kapitaalvennootschap het ingebrachte bedrijfsvermogen waardeert, geldt voor de inbrenger als de overdrachtprijs en aanschaffingsprijs van de aandelen. [...]

[...]

(6) In de gevallen bedoeld in lid 3, geldt § 21, lid 2, derde tot en met zesde volzin, naar analogie voor het uitstel van betaling van de verschuldigde inkomsten- of vennootschapsbelasting.”

5 § 21, lid 2, derde tot en met zesde volzin, UmwStG 1995 luidde:

„In de gevallen bedoeld in de eerste volzin, punten 1, 2 en 4 kan de over de vermogenswinst verschuldigde inkomsten- of vennootschapsbelasting in jaarlijkse termijnen van telkens minstens één vijfde worden betaald, op voorwaarde dat zekerheid voor deze termijnbetalingen wordt gesteld. Bij uitstel van betaling is geen rente verschuldigd. Het uitstel van betaling eindigt onmiddellijk bij een aandelenoverdracht. De vijfde volzin is naar analogie van toepassing wanneer gedurende het uitstel van betaling de kapitaalvennootschap waarin de aandelen worden aangehouden, wordt ontbonden en vereffend of wanneer het kapitaal van deze vennootschap wordt verminderd of aan de aandeelhouders terugbetaald of wanneer deze vennootschap wordt geherstructureerd in de zin van deel twee of vier van deze wet.”

Overeenkomst ter vermijding van dubbele belasting

6 Artikel 1, leden 2 en 3, van de Overeenkomst tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Republiek Oostenrijk ter vermijding van dubbele belastingheffing op het gebied van de inkomsten- en vermogensbelastingen alsmede de bedrijfsbelastingen en grondbelasting van 4 oktober 1954 (BGBl. 1955 II, blz. 750; hierna: „DBA 1954”) luidde:

„(2) Een natuurlijke persoon heeft een woonplaats in de zin van deze Overeenkomst in de overeenkomstsluitende staat waarin hij een woning bezit onder omstandigheden die erop wijzen dat hij de woning zal behouden en gebruiken. Wanneer hij in geen enkele overeenkomstsluitende staat een woonplaats heeft, geldt als woonplaats zijn gebruikelijke verblijfsplaats.

(3) Een rechtspersoon heeft een woonplaats in de zin van deze Overeenkomst op de plaats van zijn bedrijfsleiding of, wanneer hij in geen van de overeenkomstsluitende staten de plaats van zijn bedrijfsleiding heeft, de plaats van zijn zetel.”

7 Artikel 4 DBA 1954 luidde:

„(1) Wanneer een persoon met woonplaats in een van de overeenkomstsluitende staten inkomsten verkrijgt als ondernemer of medeondernemer van een industriële of handelsonderneming die haar activiteiten ook op het grondgebied van de andere overeenkomstsluitende staat uitoefent, komt het recht om deze inkomsten te belasten deze andere staat alleen toe voor zover zij afkomstig zijn van een vaste inrichting op zijn grondgebied.

(2) Daarbij worden aan de vaste inrichting de inkomsten toegerekend die zij als een zelfstandige onderneming door eenzelfde of een soortgelijke activiteit onder dezelfde of soortgelijke omstandigheden en onafhankelijk van de onderneming waarvan zij een vaste inrichting is, zou hebben behaald.

(3) In de zin van deze overeenkomst is een ‚vaste inrichting’ van de industriële of handelsonderneming een inrichting waarin de activiteit van deze onderneming volledig of ten dele wordt uitgeoefend.

(4) Lid 1 is van toepassing op de inkomsten die zijn behaald uit het rechtstreeks beheer en gebruik en uit de verhuur, de verpachting en elk ander gebruik van de industriële of handelsonderneming, alsmede op de inkomsten uit de vervreemding van een onderneming in haar geheel, een deelneming in deze onderneming, een deel van de onderneming of een bedrijfsactivum.”

8 Artikel 7 DBA 1954 bepaalde:

„(1) Wanneer een persoon met woonplaats in een van de overeenkomstsluitende staten inkomsten behaalt uit de overdracht van een aanmerkelijke deelneming in een kapitaalvennootschap waarvan de bestuurszetel in de andere staat is gelegen, is de staat waarin zijn woonplaats is gelegen, heffingsbevoegd voor deze inkomsten.

(2) Lid 1 geldt niet wanneer een persoon met woonplaats in een van de overeenkomstsluitende staten een vaste inrichting in de andere staat heeft en inkomsten uit deze vaste inrichting behaalt. In dat geval is de andere staat heffingsbevoegd voor deze inkomsten (artikel 4).”

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 9 Tot en met 28 augustus 2001 was DMC Design for Media and Communication GmbH & Co. KG (hierna: „DMC KG”) een gewone commanditaire vennootschap met zetel te Hamburg (Duitsland). De stille vennoten van deze personenvennootschap waren toentertijd K-GmbH en S-GmbH, voorheen Hubert Schillhuber (hierna: „HS”). De beherende vennoot was DMC Design for Media and Communication GmbH (hierna: „DMC GmbH”), een vennootschap naar Duits recht. De aandelen van laatstgenoemde kapitaalvennootschap waren tot en met 28 november 2000 telkens voor de helft, zijnde voor een bedrag van 50 000 Duitse mark (DEM), in handen van K-GmbH en HS.
- 10 Op 28 november 2000 heeft HS zijn aandelen in DMC GmbH en DMC KG ingebracht in S-GmbH.
- 11 Bij notariële akte van 28 augustus 2001 werd het maatschappelijke kapitaal van DMC GmbH met 100 000 DEM verhoogd tot 200 000 DEM.
- 12 Deze kapitaalverhoging gebeurde door de inbreng in natura van de aandelen die K-GmbH en S-GmbH in DMC KG aanhielden. In ruil voor deze aandelenoverdracht hebben K-GmbH en S-GmbH aandelen in het kapitaal van DMC GmbH, zijnde de overnemende vennootschap, ontvangen. De boekwaarde van de aandelen van elk van deze inbrengende vennootschappen werd telkens op 50 000 DEM bepaald. De overdracht van de aandelen aan DMC GmbH gold met terugwerkende kracht per 1 januari 2001, zijnde de fiscale „closing date” van 31 december 2000.
- 13 Aangezien alle aandelen van DMC KG aan DMC GmbH waren overgedragen, werd de gewone commanditaire vennootschap ontbonden. Het door K-GmbH en S-GmbH ingebrachte bedrijfsvermogen werd in de overnamebelans van DMC GmbH tegen boekwaarde geboekt.
- 14 Het Finanzamt heeft tijdens een belastingcontrole de belastbare grondslag van DMC KG voor belastingjaar 2000 moeten vaststellen.
- 15 Uit de vaststelling dat de stille vennoten van DMC KG, die als medeondernemers aan de winstbelasting zijn onderworpen, na de ontbinding van DMC KG geen vaste inrichting meer hadden op het Duitse grondgebied, heeft het Finanzamt geconcludeerd dat de Bondsrepubliek Duitsland overeenkomstig artikel 7 DBA 1954 niet langer heffingsbevoegd was voor de winst die K-GmbH en S-GmbH zouden halen uit de overdracht van de aandelen in DMC GmbH die zij hadden ontvangen in ruil voor de inbreng van de aandelen die zij hadden in DMC KG.
- 16 Derhalve heeft het Finanzamt ingevolge § 20, lid 3, UmwStG 1995 de door K-GmbH en S-GmbH in DMC GmbH ingebrachte aandelen gewaardeerd tegen de actuele waarde en niet tegen de boekwaarde ervan, waardoor de latente meerwaarden op de aandelen in DMC KG werden belast.

- 17 Als gevolg daarvan is voor de inbreng van K-GmbH een vermogenswinst van 194 172,70 DEM en voor de inbreng van S-GmbH een vermogenswinst van 9 051,77 DEM gebleken. Over deze vermogenswinst is telkens vennootschapsbelasting geheven voor 2000.
- 18 Verzoekster in het hoofdgeding heeft als rechtsopvolgster van K-GmbH en S-GmbH bij de verwijzende rechter beroep ingesteld tegen de aanslag die haar voor 2000 is opgelegd, op grond dat § 20, lid 3, UmwStG 1995 onverenigbaar is met het recht van de Unie.
- 19 De verwijzende rechter wijst erop dat het Finanzamt het nationale recht in casu correct heeft toegepast. DMC GmbH moest dus het door K-GmbH en S-GmbH ingebrachte bedrijfsvermogen waarderen tegen de actuele waarde ervan. Ingevolge het bepaalde in DBA 1954 is het immers de Republiek Oostenrijk, als vestigingsstaat van de inbrengende vennootschappen, die heffingsbevoegd is voor de winst uit de overdracht van de aandelen die K-GmbH en S-GmbH hebben ontvangen in ruil voor hun aandelen in DMC KG.
- 20 Toch betwijfelt de verwijzende rechter of de regeling van § 20, lid 3, UmwStG 1995, die ertoe leidt dat op het Duitse grondgebied aangegroeide latente meerwaarden onmiddellijk worden belast, verenigbaar is met het Unierecht, aangezien de houder van de activa niet langer in Duitsland is onderworpen aan de belasting over de winst die hij zou halen uit de latere overdracht ervan. Een dergelijke ongelijke behandeling kan in Oostenrijk gevestigde vennootschappen ontmoedigen om deelnemingen in in Duitsland gevestigde vennootschappen te nemen. Bovendien kan een dergelijke beperking niet worden gerechtvaardigd door de doelstelling van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten, omdat de Bondsrepubliek Duitsland nooit heffingsbevoegd is geweest voor de aandelen die K-GmbH en S-GmbH in DMC GmbH bezaten.
- 21 Daarop heeft het Finanzgericht Hamburg de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:
- „1) Is een nationale regeling met artikel 43 EG ([thans] artikel 49 VWEU) verenigbaar, volgens welke bij inbreng van medeondernemersaandelen in een kapitaalvennootschap het ingebrachte bedrijfsvermogen tegen de actuele waarde moet worden gewaardeerd (en voor de inbrenger dus een vermogenswinst ontstaat doordat de stille reserves tot uitdrukking komen), voor zover de Bondsrepubliek Duitsland op het tijdstip van de inbreng in natura geen heffingsbevoegdheid heeft voor de winst uit de overdracht van de nieuwe vennootschapsaandelen die de inbrenger in ruil voor zijn inbreng verkrijgt?
- 2) Indien de eerste vraag ontkennend dient te worden beantwoord: is deze nationale regeling verenigbaar met artikel 43 EG [...] wanneer de inbrenger het recht wordt toegekend te verzoeken om een renteloos uitstel van betaling van de belasting die verschuldigd wordt doordat de stille reserves tot uitdrukking komen, waarbij de over de vermogenswinst verschuldigde belasting kan worden voldaan in jaarlijkse termijnen van telkens ten minste één vijfde op voorwaarde dat zekerheid is gesteld voor betaling van de termijnen?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Ontvankelijkheid van de vragen

- 22 Het Finanzamt werpt in zijn schriftelijke opmerkingen preliminair een exceptie van niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen op.
- 23 Het stelt dat het beroep bij de verwijzende rechter naar Duits procesrecht niet-ontvankelijk is, zodat de prejudiciële vragen hypothetisch zijn.

- 24 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat er volgens vaste rechtspraak een vermoeden van relevantie rust op de vragen betreffende de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste wettelijke en feitelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan slechts weigeren uitspraak te doen op een verzoek van een nationale rechter om een prejudiciële beslissing, wanneer duidelijk blijkt dat de gevraagde uitlegging van Unierecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, of wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is of het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord op de gestelde vragen te geven (arrest van 8 september 2011, *Paint Graphos e.a.*, C-78/08-C-80/08, Jurispr. blz. I-7611, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 25 Met betrekking tot de onderhavige prejudiciële verwijzing blijkt niet, anders dan het Finanzamt aanvoert, dat het probleem dat in het hoofdgeding is gerezen, hypothetisch is omdat het beroep in het hoofdgeding niet-ontvankelijk zou zijn. In zijn verwijzingsbeslissing heeft het Finanzgericht Hamburg immers speciaal vermeld dat ingeval § 20, leden 3 en 4, UmwStG 1995 onverenigbaar is met het Unierecht, het beroep automatisch ontvankelijk is.
- 26 Uit het voorgaande volgt dat de prejudiciële vragen ontvankelijk zijn.

Eerste vraag

- 27 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een regeling van een lidstaat volgens welke de activa die een personenvennootschap inbrengt in het kapitaal van een kapitaalvennootschap met zetel op het grondgebied van deze lidstaat, tegen de actuele waarde ervan moeten worden geboekt, waardoor de op dat grondgebied aangegroeide latente meerwaarden op deze activa belastbaar worden voordat ze zich daadwerkelijk realiseren, wanneer het voor deze staat onmogelijk is zijn heffingsbevoegdheid voor deze meerwaarden uit te oefenen op het ogenblik waarop zij zich daadwerkelijk realiseren.

De in het hoofdgeding aan de orde zijnde vrijheid

- 28 Ofschoon alle andere betrokkenen die bij het Hof opmerkingen hebben ingediend, het erover eens zijn, zoals de verwijzende rechter, dat de feiten in het hoofdgeding kunnen worden verbonden aan de vrijheid van vestiging, is de Europese Commissie van mening dat § 20, leden 3 en 4, UmwStG 1995 ziet op het vrije verkeer van kapitaal.
- 29 Volgens ondertussen vaststaande rechtspraak dient voor het antwoord op de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, rekening te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie (arresten van 24 mei 2007, *Holböck*, C-157/05, Jurispr. blz. I-4051, punt 22, en 17 september 2009, *Glaxo Wellcome*, C-182/08, Jurispr. blz. I-8591, punt 36).
- 30 Uit de rechtspraak volgt ook dat het Hof de betrokken maatregel in beginsel slechts uit het oogpunt van een van deze twee vrijheden onderzoekt indien blijkt dat in de omstandigheden van het hoofdgeding een van de vrijheden volledig ondergeschikt is aan de andere en daarmee kan worden verbonden (arrest van 3 oktober 2006, *Fidium Finanz*, C-452/04, Jurispr. blz. I-9521, punt 34, en arrest *Glaxo Wellcome*, reeds aangehaald, punt 37).
- 31 Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die niet uitsluitend van toepassing is op deelnemingen waarmee een zodanige invloed op de beslissingen van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, maar die van

toepassing is ongeacht de grootte van de deelneming van de aandeelhouder in een vennootschap, zowel onder artikel 49 VWEU als onder artikel 63 VWEU kan vallen (arrest van 11 november 2010, Commissie/Portugal, C-543/08, Jurispr. blz. I-11241, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 32 Met betrekking tot het voorwerp van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen van het UmwStG 1995 blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat deze bepalingen beogen de fiscale belangen van de Bondsrepubliek Duitsland te vrijwaren ingeval op het Duitse grondgebied meerwaarden aangroeien, wanneer de internationale verdeling van de heffingsbevoegdheden aan deze belangen afbreuk kan doen.
- 33 Het gaat met name om meerwaarden op activa die worden ingebracht door investeerders die niet langer op het Duitse grondgebied aan de winstbelasting zijn onderworpen nadat deze activa van een gewone commanditaire vennootschap naar een kapitaalvennootschap zijn overgegaan.
- 34 In de eerste plaats vloeit daaruit voort dat de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling op een specifiek geval niet afhangt van de grootte van de deelneming van een investeerder in de gewone commanditaire vennootschap waarvan de aandelen in een kapitaalvennootschap worden ingebracht in ruil voor vennootschapsaandelen. Zo is het ingevolge deze regeling niet vereist dat de investeerder een zodanige deelneming aanhoudt dat hij een bepaalde invloed op de beslissingen van de gewone commanditaire vennootschap en zelfs op die van de kapitaalvennootschap kan uitoefenen.
- 35 Wanneer de toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling zou worden beperkt tot de gevallen waarin de overgedragen aandelen in de gewone commanditaire vennootschap in handen zijn van een investeerder die een bepaalde invloed op de beslissingen van deze vennootschap heeft, zou dit in feite niet aansluiten op de doelstelling om de fiscale belangen van de Bondsrepubliek Duitsland te vrijwaren.
- 36 In de tweede plaats dient te worden vastgesteld dat in het hoofdgeding de verplichting voor de kapitaalvennootschap om de aandelen die zijn ingebracht in ruil voor de vennootschapsaandelen tegen de actuele waarde te waarderen, wordt gerechtvaardigd doordat de inbrengende vennootschappen op het Duitse grondgebied niet langer onbeperkt belastingplichtig zijn voor de winst die zij daaruit behalen, daar de vennootschap waarvan zij de stille vennoten waren, is ontbonden.
- 37 Bijgevolg grijpt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling minder in op de vestiging dan op de overdracht van activa tussen een gewone commanditaire vennootschap en een kapitaalvennootschap.
- 38 Uit alle voorgaande overwegingen volgt dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling enkel aan het in artikel 63 VWEU vervatte beginsel van vrij verkeer van kapitaal moet worden getoetst.

Bestaan van een beperking van het vrije kapitaalverkeer

- 39 Volgens de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling moeten, wanneer als gevolg van de ruil van de aandelen van een gewone commanditaire vennootschap die in handen zijn van een vennootschap die zijn fiscale domicilie niet in Duitsland heeft, voor de aandelen van een kapitaalvennootschap met zetel in Duitsland, de op het grondgebied van deze lidstaat aangegroeide latente meerwaarden op deze aandelen niet langer door deze lidstaat kunnen worden belast, deze meerwaarden tot uitdrukking worden gebracht en wordt het bedrag van de belasting over de winst uit de overdracht van de in ruil gegeven vennootschapsaandelen bepaald op het tijdstip van de inbreng van de aandelen van de gewone commanditaire vennootschap en ingevorderd volgens de nadere regeling van § 20, lid 6, en § 21, lid 2, derde tot en met zesde volzin, UmwStG 1995. Wanneer de inbrengende vennootschap daarentegen op het Duitse grondgebied belastbaar blijft, wordt de belasting over de latente meerwaarden op de activa van de gewone commanditaire vennootschap die in de in ruil overgedragen

vennootschapsaandelen zijn begrepen, vastgesteld en ingevorderd op het tijdstip waarop deze meerwaarden zich daadwerkelijk realiseren, namelijk in de regel op het tijdstip van de overdracht van de betrokken vennootschapsaandelen.

- 40 De omstandigheid dat de latente meerwaarden aandelen betreffen die in handen zijn van een investeerder die niet langer op het Duitse grondgebied belastbaar is over de inkomsten die hij uit deze activa behaalt, brengt voor hem derhalve een liquiditeitsnadeel mee in vergelijking met investeerders die aldaar belastbaar blijven, aangezien de omzetting van aandelen van een gewone commanditaire vennootschap in aandelen van een kapitaalvennootschap in het eerste geval gepaard gaat met een onmiddellijke belasting van de meerwaarden op de betrokken aandelen terwijl in het tweede geval deze meerwaarden pas worden belast wanneer zij zich daadwerkelijk realiseren. Dat verschil in behandeling inzake de belasting van meerwaarden kan investeerders die in Duitsland geen fiscale domicilie hebben, ontmoedigen om kapitaal in te brengen in een gewone commanditaire vennootschap naar Duits recht omdat de omzetting van de aandelen van deze vennootschap in aandelen van een kapitaalvennootschap met het hierboven beschreven belastingnadeel gepaard gaat (zie in die zin arrest van 29 november 2011, *National Grid Indus*, C-371/10, Jurispr. blz. I-12273, punt 37).
- 41 Bijgevolg kan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling deze investeerders ontmoedigen om een deelneming aan te houden in een gewone commanditaire vennootschap naar Duits recht, aangezien zij bij een latere omzetting van hun deelnemingen in aandelen van een kapitaalvennootschap onmiddellijk de belasting moeten betalen over de winst met betrekking tot de op het Duitse grondgebied aangegroeide latente meerwaarden doordat zij als gevolg van de omzetting van hun deelneming in de toekomst niet langer op dat grondgebied aan die belasting onderworpen zijn.
- 42 Het aldus vastgestelde verschil in behandeling vindt geen rechtvaardiging in een objectief situatieverschil, anders dan het Finanzamt en de Duitse regering stellen. Ten aanzien van een regeling van een lidstaat die ertoe strekt de op zijn grondgebied aangegroeide meerwaarden te belasten, is de situatie van een investeerder die zijn aandelen van een gewone commanditaire vennootschap met zetel op dat grondgebied overdraagt in ruil voor aandelen van een kapitaalvennootschap die ook zijn zetel op dat grondgebied heeft, en als gevolg daarvan niet langer belastbaar is over de winst die hij uit de verkoop van deze aandelen kan behalen, immers vergelijkbaar met de situatie van een investeerder die dezelfde transactie uitvoert doch onderworpen blijft aan de belasting op de winst die hij realiseert, met betrekking tot de belasting van de meerwaarden op aandelen van een gewone commanditaire vennootschap die op het grondgebied van deze lidstaat zijn ontstaan vóór de overdracht ervan (zie in die zin arrest *National Grid Indus*, reeds aangehaald, punt 38).
- 43 Het verschil in behandeling dat op grond van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling wordt toegepast op de investeerders die in het bezit zijn van aandelen van een gewone commanditaire vennootschap die zijn omgezet in aandelen van een kapitaalvennootschap, en die als gevolg daarvan niet langer in Duitsland zijn onderworpen aan de belasting op de inkomsten die zij in deze lidstaat realiseren, in vergelijking met investeerders die onder gelijke omstandigheden aan deze belasting onderworpen blijven, vormt bijgevolg een door de bepalingen van het VWEU inzake het vrije kapitaalverkeer in beginsel verboden beperking.

Rechtvaardiging van de beperking van het vrije kapitaalverkeer

- 44 Volgens vaste rechtspraak is een beperking van het vrije kapitaalverkeer slechts toelaatbaar wanneer zij gerechtvaardigd is uit hoofde van dwingende redenen van algemeen belang (arresten van 13 december 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Jurispr. blz. I-10837, punt 35; 12 september 2006, *Cadbury*

Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, Jurispr. blz. I-7995, punt 47; 13 maart 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, C-524/04, Jurispr. blz. I-2107, punt 64, en 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha, C-303/07, Jurispr. blz. I-5145, punt 57).

- 45 Volgens de verwijzende rechter beoogt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te verzekeren overeenkomstig het territorialiteitsbeginsel. De Bondsrepubliek Duitsland oefent aldus haar heffingsbevoegdheid uit voor op haar grondgebied aangegroeide meerwaarden, die als gevolg van de omzetting van de onderliggende activa in combinatie met de toepassing van een bilateraal dubbelbelastingverdrag, niet door deze lidstaat kunnen worden belast op het tijdstip waarop zij zich daadwerkelijk realiseren.
- 46 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten een door het Hof erkend legitiem doel is (zie in die zin arrest Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 45; arresten van 7 september 2006, N, C-470/04, Jurispr. blz. I-7409, punt 42; 18 juli 2007, Oy AA, C-231/05, Jurispr. blz. I-6373, punt 51, en 15 mei 2008, Lidl Belgium, C-414/06, Jurispr. blz. I-3601, punt 31).
- 47 Bovendien volgt uit vaste rechtspraak dat de lidstaten bij gebreke van unificatie- of harmonisatiemaatregelen die door de Unie zijn aangenomen bevoegd blijven om, door het sluiten van overeenkomsten of unilateraal, de criteria voor de verdeling van hun heffingsbevoegdheid vast te stellen teneinde onder meer dubbele belasting af te schaffen (arrest van 19 november 2009, Commissie/Italië, C-540/07, Jurispr. blz. I-10983, punt 29 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest National Grid Indus, reeds aangehaald, punt 45).
- 48 In deze context kan de omzetting van aandelen van een gewone commanditaire vennootschap in aandelen van een kapitaalvennootschap niet betekenen dat de lidstaat waarin de zetel van deze vennootschappen is gelegen, afstand moet doen van zijn recht belasting te heffen over een op zijn grondgebied aangegroeide meerwaarde waarvoor hij vóór deze omzetting heffingsbevoegd was, op grond dat deze meerwaarde zich niet daadwerkelijk heeft gerealiseerd.
- 49 Zo heeft het Hof met betrekking tot de verplaatsing van de daadwerkelijke bestuurszetel van een vennootschap van een lidstaat naar een andere lidstaat geoordeeld dat eerstbedoelde lidstaat in overeenstemming met het fiscale territorialiteitsbeginsel, verbonden met een temporele component, te weten het fiscale verblijf van de belastingplichtige op het nationale grondgebied gedurende de periode waarin de latente meerwaarden zijn ontstaan, het recht heeft deze meerwaarden te belasten bij zijn vertrek naar het buitenland (zie arrest N, reeds aangehaald, punt 46). Een dergelijke maatregel strekt er immers toe om situaties te vermijden die afbreuk kunnen doen aan het recht van de lidstaat van oorsprong om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden, en kan dus worden gerechtvaardigd om redenen die verband houden met het behoud van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen lidstaten (zie arresten Marks & Spencer, reeds aangehaald, punt 46; Oy AA, reeds aangehaald, punt 54; arrest van 21 januari 2010, SGI, C-311/08, Jurispr. blz. I-487, punt 60, en arrest National Grid Indus, reeds aangehaald, punt 46).
- 50 Blijkens de verwijzingsbeslissing bezaten K-GmbH en S-GmbH na de inbreng van al hun aandelen van DMC KG in DMC GmbH niet langer een vaste inrichting op het Duitse grondgebied in de zin van de artikelen 4, lid 3, en 7, lid 2, DBA 1954. Aangezien K-GmbH en S-GmbH krachtens artikel 7, lid 1, DBA 1954 niet langer in Duitsland belastbaar waren over de winst die zij zouden behalen uit de latere overdracht van de aandelen in het kapitaal van DMC GmbH die zij in ruil voor hun inbreng hadden ontvangen, zijn de ingebrachte aandelen overeenkomstig § 20, leden 3 en 4, UmwStG 1995 gewaardeerd tegen de actuele waarde en is over de daarop betrekking hebbende meerwaarden belasting geheven. Ter vrijwaring van de heffingsbevoegdheid van de Bondsrepubliek Duitsland voor de inkomsten die op het grondgebied van deze lidstaat zijn ontstaan, eist de in het hoofdgeding aan de

orde zijnde regeling dus dat latente meerwaarden op aandelen van een gewone commanditaire vennootschap tot uitdrukking worden gebracht wanneer deze aandelen in aandelen van een kapitaalvennootschap worden omgezet.

- 51 In deze context kan, ten eerste, de omstandigheid dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling ertoe leidt dat niet-gerealiseerde meerwaarden worden belast, op zich niet afdoen aan de legitimiteit van de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de betrokken lidstaten te vrijwaren.
- 52 Het Hof heeft immers geoordeeld dat een lidstaat gerechtigd is om de economische waarde die door een latente meerwaarde op zijn grondgebied wordt gegenereerd te belasten, zelfs indien de betrokken meerwaarde nog niet daadwerkelijk is gerealiseerd (arrest National Grid Indus, reeds aangehaald, punt 49).
- 53 Aangezien de lidstaten gerechtigd zijn belasting te heffen over meerwaarden die zijn aangegroeid gedurende de periode waarin de onderliggende activa zich op hun grondgebied bevinden, kunnen zij bovendien deze belastingheffing koppelen aan een ander belastbaar feit dan de daadwerkelijke realisatie van deze meerwaarden, teneinde de belasting van deze activa veilig te stellen (zie in die zin arrest van 18 juli 2013, Commissie/Denemarken, C-261/11, punt 37).
- 54 Ten tweede is het uit het oogpunt van de vrijwaring van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten niet van doorslaggevend belang dat de op grond van § 20, leden 3 en 4, UmwStG belaste meerwaarden na de omzetting van de betrokken aandelen betrekking hebben op activa van een andere aard, te weten eerst een deelneming in een gewone commanditaire vennootschap en vervolgens een deelneming in een kapitaalvennootschap. De meerwaarden op de aandelen van de gewone commanditaire vennootschap zijn immers noodzakelijkerwijs begrepen in de aandelen van de kapitaalvennootschap die in ruil voor de inbreng van eerstbedoelde aandelen zijn overgedragen.
- 55 De omstandigheid dat de omzetting van de aandelen van een gewone commanditaire vennootschap in aandelen van een kapitaalvennootschap tot gevolg heeft dat inkomsten worden onttrokken aan de heffingsbevoegdheid van de lidstaat op het grondgebied waarvan deze inkomsten zijn ontstaan, vormt op zich dus een voldoende rechtvaardiging voor een bepaling als die in het hoofdgeding, voor zover daarin wordt voorgeschreven dat het bedrag van de belasting over deze inkomsten wordt vastgesteld op het tijdstip van deze omzetting.
- 56 De doelstelling die erin bestaat de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren, kan een regeling als die in het hoofdgeding echter slechts rechtvaardigen met name wanneer de lidstaat op het grondgebied waarvan de inkomsten zijn ontstaan, daadwerkelijk wordt verhinderd zijn heffingsbevoegdheid voor deze inkomsten uit te oefenen.
- 57 In casu blijkt echter niet zonder enige twijfel uit de feiten in het hoofdgeding dat de Bondsrepubliek Duitsland daadwerkelijk elk recht verliest om de latente meerwaarden op de aandelen van een personenvennootschap te belasten zodra deze aandelen zijn geruild voor de aandelen van een kapitaalvennootschap. Het lijkt immers niet uitgesloten te zijn dat deze latente meerwaarden op de in het bedrijfsvermogen van de kapitaalvennootschap ingebrachte aandelen in aanmerking kunnen worden genomen bij de vaststelling van de vennootschapsbelasting die de ontvangende kapitaalvennootschap, in casu DMC GmbH, in Duitsland verschuldigd is, hetgeen de nationale rechter moet uitmaken.
- 58 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 63 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren, een rechtvaardiging kan zijn voor een regeling van een lidstaat, volgens welke de activa die een gewone commanditaire vennootschap inbrengt in een kapitaalvennootschap met zetel op het grondgebied van die lidstaat, tegen de actuele waarde moeten worden gewaardeerd,

waardoor de op dat grondgebied aangegroeide latente meerwaarden op deze activa belastbaar worden voordat zij zich daadwerkelijk realiseren, wanneer deze lidstaat zich daadwerkelijk in de onmogelijkheid bevindt zijn heffingsbevoegdheid voor deze meerwaarden uit te oefenen op het tijdstip waarop zij zich daadwerkelijk realiseren, hetgeen de nationale rechter moet uitmaken.

Tweede vraag

- 59 Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling en de daarmee gepaard gaande beperking verder gaan dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren, gelet op met name de wijze van invordering van de inkomstenbelasting, zoals nader uitgewerkt in de §§ 20, lid 6, en 21, lid 2, derde tot en met zesde volzin, UmwStG 1995.
- 60 Van meet af aan zij eraan herinnerd dat het evenredig is dat een lidstaat, teneinde de uitoefening van zijn fiscale bevoegdheid veilig te stellen, de verschuldigde belasting over de op zijn grondgebied aangegroeide latente meerwaarden bepaalt op het moment waarop zijn bevoegdheid om van de betrokken investeerder belasting te heffen, ophoudt te bestaan, in casu het moment waarop deze investeerder zijn aandelen in een gewone commanditaire vennootschap omzet in aandelen van een kapitaalvennootschap (zie in die zin arrest National Grid Indus, reeds aangehaald, punt 52).
- 61 Met betrekking tot de invordering van de over de latente meerwaarden verschuldigde belasting heeft het Hof geoordeeld dat de belastingplichtige de keuze moet worden gelaten tussen, enerzijds, de onmiddellijke betaling van het bedrag van de belasting over de latente meerwaarden op zijn activa, en, anderzijds, de uitgestelde betaling van het bedrag van deze belasting, in voorkomend geval inclusief rente overeenkomstig de toepasselijke nationale regeling (zie in die zin arrest National Grid Indus, reeds aangehaald, punt 73, en arrest van 6 september 2012, Commissie/Portugal, C-38/10, punten 31 en 32).
- 62 Aangezien het risico van niet-invordering groter wordt naarmate de tijd verstrijkt, vormt de spreiding over vijf jaarlijkse termijnen van de betaling van de belasting die verschuldigd is voordat de latente meerwaarden zich daadwerkelijk realiseren, in deze context een geschikte en evenredige maatregel ter verwezenlijking van de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren.
- 63 In casu is het op grond van de gecombineerde bepalingen van de §§ 20, lid 6, en 21, lid 2, derde tot en met zesde volzin, UmwStG 1995 voor de belastingplichtige mogelijk om de betaling van de belasting over de winst uit de overdracht van zijn aandelen over vijf jaarlijkse termijnen te spreiden zonder dat rente verschuldigd is.
- 64 Doordat de belastingplichtige de keuze wordt geboden tussen onmiddellijk invordering of spreiding van betaling over vijf jaarlijkse termijnen, gaat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling dus niet verder dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van het doel dat erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren.
- 65 Met betrekking tot – ten slotte – de verplichting om een bankgarantie te stellen heeft het Hof geoordeeld dat een lidstaat rekening kan houden met het risico van niet-invordering van de belasting in het kader van zijn toepasselijke nationale regelgeving inzake uitstel van betaling van belastingschulden (zie in die zin arrest National Grid Indus, reeds aangehaald, punt 74).

- 66 Dergelijke zekerheden hebben uit zichzelf echter een belemmerende werking daar zij de belastingplichtige het genot van het tot zekerheid verstrekte vermogen onthouden (arrest van 11 maart 2004, de Lasteyrie du Saillant, C-9/02, Jurispr. blz. I-2409, punt 47, en arrest N, reeds aangehaald, punt 36).
- 67 Bijgevolg kan een dergelijk vereiste in beginsel niet worden gesteld zonder dat het risico van niet-invordering vooraf wordt ingeschat.
- 68 In het bijzonder moet in het hoofdgeding bij de inschatting van dit risico rekening worden gehouden met meer bepaald het feit dat, ten eerste, de latente meerwaarden, waarover de betwiste belasting is geheven, uitsluitend één soort activa betreffen, te weten aandelen, die in handen zijn van slechts twee vennootschappen, met maatschappelijke zetel in Oostenrijk, en, ten tweede, deze aandelen worden aangehouden in een kapitaalvennootschap met maatschappelijke zetel op het Duitse grondgebied.
- 69 Bijgevolg moet op de tweede vraag worden geantwoord dat een regeling van een lidstaat die bepaalt dat de op zijn grondgebied aangegroeide meerwaarden onmiddellijk worden belast, niet verder gaat dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren, voor zover de verplichting om een bankgarantie te stellen ingeval de belastingplichtige kiest voor uitstel van betaling, afhangt van het werkelijke risico van niet-invordering van de belasting.

Kosten

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

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

- 1) **Artikel 63 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren, een rechtvaardiging kan zijn voor een regeling van een lidstaat, volgens welke de activa die een gewone commanditaire vennootschap inbrengt in een kapitaalvennootschap met zetel op het grondgebied van die lidstaat, tegen de actuele waarde moeten worden gewaardeerd, waardoor de op dat grondgebied aangegroeide latente meerwaarden op deze activa belastbaar worden voordat zij zich daadwerkelijk realiseren, wanneer deze lidstaat zich daadwerkelijk in de onmogelijkheid bevindt zijn heffingsbevoegdheid voor deze meerwaarden uit te oefenen op het tijdstip waarop zij zich daadwerkelijk realiseren, hetgeen de nationale rechter moet uitmaken.**
- 2) **Een regeling van een lidstaat die bepaalt dat de op zijn grondgebied aangegroeide meerwaarden onmiddellijk worden belast, gaat niet verder dan noodzakelijk is ter verwezenlijking van de doelstelling die erin bestaat, de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te vrijwaren, voor zover de verplichting om een bankgarantie te stellen ingeval de belastingplichtige kiest voor uitstel van betaling, afhangt van het werkelijke risico van niet-invordering van de belasting.**

ondertekeningen