



Jurisprudentie

ARREST VAN HET HOF (Grote kamer)

26 februari 2019*

„Prejudiciële verwijzing – Vrij verkeer van kapitaal – Kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen – ‚Standstillbepaling’ – Nationale wettelijke regeling van een lidstaat betreffende de in een derde land gevestigde tussenvennootschappen – Wijziging van deze regeling, gevolgd door de herinvoering van de vorige regeling – Inkomsten van een in een derde land gevestigde vennootschap uit vorderingen op een in een lidstaat gevestigde vennootschap – Opneming van die inkomsten in de heffingsgrondslag van een belastingplichtige die zijn fiscale woonplaats in een lidstaat heeft – Beperking van het vrij verkeer van kapitaal – Rechtvaardiging”

In zaak C-135/17,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland) bij beslissing van 12 oktober 2016, ingekomen bij het Hof op 15 maart 2017, in de procedure

X GmbH

tegen

Finanzamt Stuttgart – Körperschaften,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, J.-C. Bonichot, M. Vilaras, E. Regan, F. Biltgen, K. Jürimäe en C. Lycourgos, kamerpresidenten, A. Rosas (rapporteur), E. Juhász, M. Ilešič, J. Malenovský, E. Levits en L. Bay Larsen, rechters,

advocaat-generaal: P. Mengozzi,

griffier: R. Șereș, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 5 maart 2018,

gelet op de opmerkingen van:

- X GmbH, vertegenwoordigd door K. Weber en D. Pohl, Rechtsanwältinnen,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,

* Procestaal: Duits.

- de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Colas, E. de Moustier en S. Ghiandoni als gemachtigden,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, L. Zettergren en L. Swedenborg als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door B.-R. Killmann en N. Gossement als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 5 juni 2018,

het navolgende

Arrest

- 1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 63 en 64 VWEU.
- 2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen X GmbH, een vennootschap naar Duits recht, en het Finanzamt Stuttgart – Körperschaften (belastingkantoor Stuttgart voor rechtspersonen, Duitsland) ter zake van de opnemings van de inkomsten die zijn gerealiseerd door Y, een vennootschap naar Zwitsers recht die voor 30 % in handen is van X, in de heffingsgrondslag van X.

Toepasselijke bepalingen

- 3 Deel vier, met als opschrift „Deelneming in buitenlandse tussenvennootschappen”, van het Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Duitse belastingwet inzake de betrekkingen met het buitenland) van 8 september 1972 (BGBl. 1972 I, blz. 1713), in de versie die van toepassing is op de feiten van het hoofdgeding (hierna: „AStG 2006”), bevat de §§ 7 tot en met 14 van deze wet.
- 4 Volgens § 7, lid 1, AStG 2006 wordt een „buitenlandse vennootschap” gedefinieerd als „een rechtspersoon, een vereniging van personen of vermogensbestanddelen in de zin van het Körperschaftsteuergesetz (Duitse wet op de vennootschapsbelasting), waarvan de bedrijfsleiding noch de zetel zich in Duitsland bevindt en die niet van de vennootschapsbelasting is/zijn vrijgesteld overeenkomstig § 3, lid 1, [van deze laatste wet]”. Datzelfde § 7, lid 1, bepaalt dat wanneer personen die onbeperkt belastingplichtig zijn een deelneming in een buitenlandse vennootschap hebben die uit meer dan de helft van het kapitaal ervan bestaat, de inkomsten ten aanzien waarvan deze vennootschap een tussenvennootschap in de zin van § 8 AStG 2006 is, bij elk van deze personen aan belasting is onderworpen voor het deel dat betrekking heeft op de hem toe te rekenen deelneming in het nominale kapitaal van die vennootschap.
- 5 § 7, lid 6, AStG 2006 luidt:

„Wanneer een buitenlandse vennootschap tussenvennootschap is ten aanzien van tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen in de zin van lid 6a en een onbeperkt belastingplichtige in haar een deelneming van minstens 1 % bezit, zijn de tusseninkomsten bij deze persoon belastbaar zoals gedefinieerd in lid 1, ook al is voor het overige niet voldaan aan de voorwaarden van dit lid. [...]”

- 6 § 7, lid 6a, AStG 2006 bepaalt:

„Tusseninkomsten in de vorm van kapitaalbeleggingen zijn inkomsten van de buitenlandse tussenvennootschap [...] die afkomstig zijn van het bezit, het beheer, het behoud of de toename van de waarde van betaalmiddelen, vorderingen, effecten, deelnemingen (met uitzondering van de inkomsten

als bedoeld in § 8, lid 1, punten 8 en 9) of soortgelijke vermogenswaarden, tenzij de belastingplichtige bewijst dat zij afkomstig zijn van een activiteit ten behoeve van een onder § 8, lid 1, punten 1 tot en met 6 [...] vallende eigen activiteit van de buitenlandse vennootschap”.

- 7 Overeenkomstig § 8, lid 1, AStG 2006 wordt een in een derde land gevestigde vennootschap geacht „tussenvennootschap” te zijn ten aanzien van inkomsten die aan een lage belasting zijn onderworpen en niet afkomstig zijn van de in de punten 1 tot en met 10 van dit lid genoemde economische activiteiten. Overeenkomstig deze punten vallen niet onder het begrip „tussenvennootschap” de vennootschappen die inkomsten ontvangen welke, behoudens verschillende uitzonderingen en preciseringen, afkomstig zijn van land- en bosbouw, de vervaardiging, de behandeling, de verwerking of de montage van voorwerpen, de opwekking van energie, onderzoek en ontginning van mineralen, uitbating van kredietinstellingen of verzekeringsondernemingen, handelsactiviteiten, dienstverlening, verhuur en verpachting, het ophalen of bij wijze van lening ter beschikking stellen van kapitaal ten aanzien waarvan de belastingplichtige bewijst dat het uitsluitend op de buitenlandse kapitaalmarkten is opgehaald en niet bij een met de belastingplichtige of de buitenlandse vennootschap gelieerde persoon, de uitkering van de winst van kapitaalvennootschappen, de overdracht van een deelneming in een andere vennootschap, haar ontbinding of een vermindering van haar kapitaal en de omzetting van vennootschappen.
- 8 Voor de toepassing van de definitie van een in een derde land gevestigde vennootschap omschrijft § 8, lid 3, AStG 2006 belasting over de winst als „laag” wanneer zij minder dan 25 % bedraagt.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

- 9 Blijkens de verwijzingsbeslissing had X, een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid naar Duits recht, in de periode waarop het hoofdgeding betrekking heeft een deelneming van 30 % in Y, een kapitaalvennootschap die haar zetel en bedrijfsleiding in Zwitserland had. In juni 2005 heeft Y een „overeenkomst houdende terugkoop en cessie van vorderingen” gesloten met Z GmbH, een in Duitsland gevestigde vennootschap die sportrechten beheert.
- 10 De aldus aan Y gecedeerde vorderingen waren gebaseerd op overeenkomsten op grond waarvan Z subsidies aan sportclubs uitkeerde die niet hoefden te worden terugbetaald en dus liquiditeiten ter beschikking stelde van die clubs, en als tegenprestatie ontving zij „winstdelingen” waarvan het minimumbedrag overeenstemde met het door Z uitgekeerde bedrag aan subsidies, maar op basis van met name de sportieve prestaties van de betrokken club en in het bijzonder diens inkomsten aan uitzendrechten, kon dit bedrag hoger uitvallen.
- 11 Als koopprijs voor de betrokken cessie van vorderingen betaalde Y aan Z het bedrag van 11 940 461 EUR, dat zij volledig extern had gefinancierd. In november 2005 heeft X aan Y een lening van 2,8 miljoen EUR verstrekt.
- 12 Bij besluit van 1 januari 2007 heeft het belastingkantoor voor rechtspersonen Stuttgart (Duitsland) vastgesteld dat X inkomsten had ontvangen die afkomstig waren van de passieve activiteit van een in een derde land gevestigde vennootschap. Aangezien Y volgens het belastingkantoor moest worden aangemerkt als tussenvennootschap ten aanzien van „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de zin van § 7, leden 6 en 6a, AStG 2006, is een deel van de inkomsten die door Y waren gerealiseerd dankzij de van Z verkregen vorderingen, opgenomen in de heffingsgrondslag van X, ten aanzien van wie een winst van 546 651 EUR over 2006 werd vastgesteld, waarvan een over het vorige jaar vastgesteld verlies van 95 223 EUR in aftrek kon worden gebracht.
- 13 X heeft tegen dat besluit beroep ingesteld bij het Finanzgericht Baden-Württemberg (belastingrechter in eerste aanleg Baden-Württemberg, Duitsland), dat het echter heeft verworpen.

- 14 Naar aanleiding van die verwerping heeft X de zaak aanhangig gemaakt bij het Bundesfinanzhof (hoogste federale rechter in belastingzaken, Duitsland). Volgens het Bundesfinanzhof staat het vast dat Y voor X een „tussenvennootschap” was en dat de inkomsten die Y had behaald uit de overeenkomst tot cessie van de vorderingen „tusseninkomsten in de vorm van kapitaalbeleggingen” in de zin van § 7, lid 6, en § 8, lid 1, AStG 2006 waren. Aangezien X meer dan 1 % van het maatschappelijk kapitaal van deze in een derde land gevestigde vennootschap in handen had, waren die – door Y ontvangen – inkomsten terecht overeenkomstig die bepalingen pro rata van haar deelneming in die vennootschap opgenomen in de heffingsgrondslag van X. Vanuit het oogpunt van het Duitse recht was de hogere voorziening van X tegen het besluit van 1 januari 2007 derhalve ongegrond.
- 15 De verwijzende rechter stelt evenwel vast dat die bepalingen slechts van toepassing zijn op de deelnemingen van Duitse belastingplichtigen in vennootschappen die in een derde land zijn gevestigd. Gelet daarop vraagt de verwijzende rechter zich af of de aan de orde zijnde bepalingen mogelijk niet in strijd zijn met artikel 63, lid 1, VWEU, waarin met name is bepaald dat alle beperkingen van het kapitaalverkeer tussen lidstaten en derde landen verboden zijn.
- 16 Alvorens de vraag inzake de verenigbaarheid van de nationale wettelijke regeling met artikel 63 VWEU te behandelen, merkt de verwijzende rechter evenwel op dat het verbod in artikel 63 VWEU volgens de bewoordingen van de „standstillclausule” in artikel 64, lid 1, VWEU, geen afbreuk doet 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” wanneer dit kapitaalverkeer met name verband houdt met directe investeringen. Ervan uitgaande dat de situatie aan de orde in het hoofdgeding betrekking heeft op een directe investering in een derde land – in casu Zwitserland – moet volgens de verwijzende rechter in eerste instantie worden vastgesteld of de nationale regels betreffende in een derde land gevestigde vennootschappen, die tijdens het litigieuze belastingjaar van toepassing waren, moesten worden beschouwd als een beperking „die op 31 december 1993 bestaat”, gelet op het feit dat deze regels na die datum bepaalde wijzigingen hebben ondergaan.
- 17 Dienaangaande zet het Bundesfinanzhof uiteen dat de regels die op 31 december 1993 bestonden, met name zijn gewijzigd door het Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (wet tot verlaging van de belastingtarieven en tot hervorming van de vennootschapsbelasting) van 23 oktober 2000 (BGBl. 2000 I, blz. 1433; hierna: „StSenkG 2000”), dat in werking is getreden op 1 januari 2001. Volgens de verwijzende rechter heeft het StSenkG 2000 de regels die op 31 december 1993 bestonden „ingrijpend herschikt”, maar hij zet uiteen dat de aldus aangebrachte wijzigingen kort daarna echter zijn ingetrokken door het Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (Duitse wet inzake de uitbouw van het vennootschapsbelastingrecht) van 20 december 2001 (BGBl. 2001 I, blz. 3858; hierna: „UntStFG 2001”), dat op dat punt op 25 december 2001 van kracht is geworden en ter zake van de belastingregeling betreffende in een derde land gevestigde vennootschappen een beperking van het kapitaalverkeer in verband met directe investeringen bevat, die in wezen identiek is aan de beperking die voortvloeit uit de regels die op 31 december 1993 bestonden. De wijzigingen door het StSenkG 2000 konden overeenkomstig de relevante bepalingen van deze wet niet leiden tot een opneming van „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de heffingsgrondslag van een pas vanaf 2002 ingezeten belastingplichtige, daar deze wijzigingen reeds waren ingetrokken nog voordat de belastingadministratie op grond van die wijzigingen tot die opneming kon overgaan.
- 18 In deze context verzoekt het Bundesfinanzhof om twee aspecten van de „standstillclausule” in artikel 64, lid 1, VWEU uit te leggen.
- 19 In de eerste plaats wenst het Bundesfinanzhof in wezen te vernemen of op grond van de in artikel 64, lid 1, VWEU bedoelde afwijking een beperking mag worden gesteld aan het kapitaalverkeer tussen een lidstaat en een derde land in verband met directe investeringen, hoewel de materiële werkingssfeer van de aan de orde zijnde wettelijke regeling na 31 december 1993 is verruimd opdat ook andere

investeringen, met name de zogenoemde „portefeuillebeleggingen”, onder deze regeling zouden vallen. Dienaangaande baseert de verwijzende rechter zich op de omstandigheid dat bij § 7, lid 6, AStG 2006, in de uit het UntStFG 2001 voortvloeiende versie, met name de voor die opneming vereiste mate van deelneming in de in een derde land gevestigde tussenvennootschap is teruggebracht van 10 % naar 1 % van het kapitaal van deze vennootschap. Aangezien deze wijziging in beginsel echter geen betrekking had op een directe investering als aan de orde in het hoofdgeding, kan de „standstillbepaling” toch toepassing vinden in de omstandigheden die in het hoofdgeding aan de orde zijn.

- 20 De tweede vraag van de verwijzende rechter betreffende artikel 64, lid 1, VWEU ziet op de temporele werking van de belangrijke wijzigingen door het StSenkG 2000 van de regels inzake „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen”. Deze wijzigingen zijn van kracht geworden maar konden niet leiden tot opneming van tussenkomsten in de heffingsgrondslag van een belastingplichtige die pas een ingezetene is geworden nadat die wijzigingen bij het UntStFG 2001 waren ingetrokken. De wijziging van de rechtssituatie die op 31 december 1993 bestond, heeft evenwel, zij het slechts tijdelijk, een integrerend onderdeel van de nationale rechtsorde gevormd en daardoor is het mogelijk dat de op deze datum bestaande restrictieve regels een tijdlang niet van kracht waren. De verwijzende rechter vraagt zich in dit verband af of de op 31 december 1993 bestaande waarborg van de handhaving van een nationale beperking van het vrije verkeer van kapitaal louter kan komen te vervallen op de enkele grond van het formele normatieve gevolg van een wijzigingsregeling, dan wel of deze regeling ook daadwerkelijk in de praktijk ten uitvoer moet zijn gelegd.
- 21 Voor het geval de betrokken nationale wettelijke regeling wegens een van deze twee aspecten niet onder de „standstillbepaling” van artikel 64, lid 1, VWEU valt, zodat zij moet worden beoordeeld in het licht van het Unierecht betreffende het vrije verkeer van kapitaal, vraagt de verwijzende rechter zich af of een dergelijke regeling een door artikel 63, lid 1, VWEU verboden beperking vormt en, zo ja, of een dergelijke beperking kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. De verwijzende rechter brengt dienaangaande in herinnering dat het Hof zich heeft gebogen over de vraag naar de belasting over inkomsten van tussenvennootschappen in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), maar dat het kader van deze zaak werd gevormd door de vrijheid van vestiging die van toepassing is op de betrekkingen tussen de lidstaten en niet door het vrije verkeer van kapitaal, dat ook van toepassing is op de betrekkingen tussen de lidstaten en derde landen.
- 22 De verwijzende rechter is van oordeel dat de betrokken Duitse wettelijke regeling in strijd is met artikel 63, lid 1, VWEU ingeval de in dit laatste arrest geformuleerde beginselen ter zake van de vrijheid van vestiging zonder voorbehoud moeten worden toegepast op het kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen. Volgens deze regeling vindt de opneming van „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de heffingsgrondslag van een in Duitsland ingezetene aandeelhouder namelijk niet alleen plaats in het geval van volstrekt kunstmatige constructies die tot doel hebben te ontsnappen aan de toepassing van de nationale fiscale bepalingen in de zin van het arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Integendeel, de betrokken nationale wettelijke regeling is van toepassing ongeacht de economische functie van de tussenvennootschap, en de betrokken aandeelhouder wordt niet de mogelijkheid geboden om ten aanzien van de belastingautoriteiten aan te tonen dat zijn investering in het derde land op een economische basis berust.
- 23 Bijgevolg vraagt de verwijzende rechter zich af of de in het arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), genoemde redenen die een beperking van de vrijheid van vestiging kunnen rechtvaardigen, van toepassing zijn in de betrekkingen met derde landen, en aan welke kwantitatieve en kwalitatieve vereisten de deelneming in een vennootschap die in een derde land is gevestigd, in deze context in voorkomend geval moet voldoen om niet als „volstrekt kunstmatig” te worden beschouwd.

24 Daarop heeft het Bundesfinanzhof de behandeling van de zaak geschorst en de volgende prejudiciële vragen aan het Hof voorgelegd:

- „1) Moet artikel 57, lid 1, EG (thans artikel 64, lid 1, VWEU) aldus worden uitgelegd dat een op 31 december 1993 in verband met directe investeringen bestaande beperking van het kapitaalverkeer met derde landen door een lidstaat ook dan niet wordt beïnvloed door artikel 56 EG (thans artikel 63 VWEU) wanneer de op de referentiedatum bestaande nationale wettelijke bepaling die het kapitaalverkeer met derde landen beperkt in wezen alleen voor directe investeringen gold, maar na de referentiedatum mede is gaan gelden voor portefeuillebeleggingen in buitenlandse vennootschappen beneden de deelnemingsdrempel van 10 %?
- 2) Voor het geval de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord: moet artikel 57, lid 1, EG aldus worden uitgelegd dat sprake is van toepassing van een op de referentiedatum 31 december 1993 bestaande nationale wettelijke bepaling houdende beperking van het kapitaalverkeer met derde landen in verband met directe investeringen wanneer een met de op de referentiedatum bestaande beperking in wezen overeenstemmende latere wettelijke bepaling van toepassing wordt, maar de op de referentiedatum bestaande beperking na de referentiedatum korte tijd wezenlijk is gewijzigd op grond van een wet die weliswaar rechtens van kracht is geworden, maar in de praktijk nooit is toegepast omdat zij nog vóór het tijdstip waarop zij voor het eerst op een concreet geval toepasselijk was door de thans toepasselijke wettelijke bepaling is vervangen?
- 3) Voor het geval een van de eerste twee vragen ontkennend moet worden beantwoord: staat artikel 56 EG in de weg aan een wettelijke regeling van een lidstaat op grond waarvan in de maatstaf van heffing voor een in die lidstaat ingezetene belastingplichtige die een deelneming van minstens 1 % bezit in een vennootschap die in een andere staat (hier, in Zwitserland) gevestigd is, de door deze vennootschap behaalde positieve inkomsten uit kapitaalbeleggingen pro rata, ter hoogte van het respectieve deelnemingsaandeel, worden opgenomen, wanneer die inkomsten onderworpen zijn aan een lager belastingniveau dan in eerstgenoemde staat?”

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste vraag

- 25 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de „standstillclausule” in artikel 64, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat artikel 63, lid 1, VWEU geen afbreuk doet aan de toepassing van een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, die in wezen op 31 december 1993 bestond uit hoofde van een wettelijke regeling van een lidstaat, hoewel de omvang van deze beperking na deze datum is verruimd tot deelnemingen die geen verband houden met een directe investering.
- 26 Artikel 63, lid 1, VWEU verbiedt op algemene wijze beperkingen van het kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen. Onder kapitaalverkeer in de zin van deze bepaling moet met name worden verstaan: directe investeringen in de vorm van deelneming in een onderneming door aandeelhouderschap dat de mogelijkheid biedt om daadwerkelijk deel te hebben in het bestuur van of de zeggenschap over de onderneming (zogenoemde „directe” investeringen), en de verwerving van effecten op de kapitaalmarkt met het uitsluitende doel te beleggen zonder invloed te willen uitoefenen op het bestuur van en de zeggenschap over de onderneming (zogenoemde „portefeuillebeleggingen”) [zie in die zin arrest van 28 september 2006, Commissie/Nederland, C-282/04 en C-283/04, EU:C:2006:608, punten 18 en 19, en advies 2/15 (Vrijhandelsovereenkomst met Singapore) van 16 mei 2017, EU:C:2017:376, punten 80 en 227].

- 27 Volgens artikel 64, lid 1, VWEU kan een lidstaat in de betrekkingen met derde landen evenwel beperkingen van het kapitaalverkeer toepassen die binnen de materiële werkingssfeer van deze bepaling vallen, zelfs al zijn zij in strijd met het in artikel 63, lid 1, VWEU neergelegde beginsel van het vrije verkeer van kapitaal, mits die beperkingen reeds bestonden op 31 december 1993 (zie in die zin arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 187; 24 mei 2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, punt 39, en 24 november 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 86).
- 28 Aangezien de „standstillclausule” van artikel 64, lid 1, VWEU bepaalt dat „[h]et bepaalde in artikel 63 [VWEU] [geen] afbreuk [doet] 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 [...]”, volgt uit de bewoordingen zelf van deze clausule dat beperkingen van het kapitaalverkeer naar of vanuit derde landen in verband met directe investeringen binnen de materiële werkingssfeer van deze clausule vallen. De portefeuillebeleggingen vallen daarentegen niet onder het daarin bedoelde kapitaalverkeer.
- 29 In dat verband volgt uit de verwijzingsbeslissing dat X tijdens het belastingjaar dat in het hoofdgeding aan de orde is een deelneming van 30 % in Y bezat, die door de verwijzende rechter als een directe investering wordt aangemerkt, en dat de werkingssfeer van de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is na 31 december 1993 zodanig is verruimd dat zij niet alleen ziet op deelnemingen van meer dan 10 % in het kapitaal van een in een derde land gevestigde vennootschap, maar ook op deelnemingen van minder dan 10 % in het kapitaal van dergelijke vennootschappen, die door de verwijzende rechter als portefeuillebeleggingen worden aangemerkt.
- 30 Voor de toepassing van de „standstillbepaling” van artikel 64, lid 1, VWEU hoeft de nationale wettelijke regeling die het kapitaalverkeer naar of vanuit derde landen beperkt evenwel niet uitsluitend betrekking te hebben op het in deze bepaling bedoelde kapitaalverkeer.
- 31 Dienaangaande heeft het Hof reeds geoordeeld dat het feit dat een nationale wettelijke regeling niet alleen van toepassing kan zijn op kapitaalverkeer als bedoeld in artikel 64, lid 1, VWEU, maar tevens toepassing kan vinden in andere situaties, niet in de weg staat aan de toepasbaarheid van de „standstillbepaling” in de omstandigheden waarop dat artikel ziet. De materiële werkingssfeer van de „standstillbepaling” is namelijk niet afhankelijk van het specifieke voorwerp van een nationale beperking, maar van het effect van deze beperking op het in artikel 64, lid 1, VWEU bedoelde kapitaalverkeer (zie in die zin arrest van 15 februari 2017, X, C-317/15, EU:C:2017:119, punten 21 en 22).
- 32 Artikel 63, lid 1, VWEU doet dus geen afbreuk aan de toepassing van een beperking die op 31 december 1993 bestaat uit hoofde van het nationale recht en betrekking heeft op het in artikel 64, lid 1, VWEU bedoelde kapitaalverkeer, zoals met name directe investeringen, naar of uit derde landen, niettegenstaande dat de reikwijdte van de wettelijke regeling die aan die beperking ten grondslag ligt, na deze datum eventueel op verschillende tijdstippen is verruimd tot andere types kapitaalverkeer, zoals portefeuillebeleggingen.
- 33 In deze context kan de wijziging bij het UntStFG 2001, die voorzag in de verlaging van de deelnemingsdrempel van 10 % naar 1 % in het kapitaal van de betrokken vennootschappen, hoewel daardoor mogelijk anders dan directe investeringen binnen de werkingssfeer van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling zijn gebracht, geen gevolg hebben voor de mogelijkheid voor de betrokken lidstaat om beperkingen die op 31 december 1993 bestonden uit hoofde van het nationale recht te blijven toepassen op derde landen, mits deze beperkingen verband houden met kapitaalverkeer als bedoeld in artikel 64, lid 1, VWEU, zoals de advocaat-generaal in de punten 58 en 59 van zijn conclusie heeft opgemerkt.

34 Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord dat de „standstillbepaling” in artikel 64, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat artikel 63, lid 1, VWEU geen afbreuk doet aan de toepassing van een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, die in wezen op 31 december 1993 bestond uit hoofde van een wettelijke regeling van een lidstaat, hoewel de omvang van deze beperking na deze datum was verruimd tot deelnemingen die geen verband houden met een directe investering.

Tweede vraag

35 Met zijn tweede vraag, die is voorgelegd voor het geval het antwoord op de eerste vraag bevestigend luidt, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de „standstillclausule” van artikel 64, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het verbod in artikel 63, lid 1, VWEU van toepassing is op een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, wanneer de nationale belastingregeling die aan die beperking ten grondslag ligt, na 31 december 1993 ingrijpend is gewijzigd ingevolge de vaststelling van een wet die in werking is getreden maar nog voordat hij in de praktijk is toegepast, is vervangen door een regeling die in wezen identiek was aan de regeling die op 31 december 1993 van toepassing was.

36 Zoals in wezen blijkt uit punt 27 van het onderhavige arrest, staat de „standstillbepaling” van artikel 64, lid 1, VWEU bij wijze van afwijking van het in het VWEU neergelegde beginsel van vrij verkeer van kapitaal toe dat beperkingen worden gesteld aan bepaalde categorieën van kapitaalverkeer, op voorwaarde evenwel dat het gaat om „beperkingen die op 31 december 1993 bestaan”.

37 Aangaande het begrip „beperkingen die op 31 december 1993 bestaan” in artikel 64, lid 1, VWEU, moet eraan worden herinnerd dat een na deze datum vastgestelde nationale bepaling niet louter om die reden automatisch is uitgesloten van de uitzonderingsregeling waarin deze bepaling voorziet. Het Hof heeft immers aanvaard dat beperkingen in bepalingen die na die datum zijn vastgesteld en in wezen identiek zijn aan de vroegere wetgeving of waarbij enkel een in de vroegere wetgeving vervatte belemmering voor de uitoefening van rechten en verkeersvrijheden wordt afgezwakt of opgeheven, kunnen worden gelijkgesteld met dergelijke „bestaande” beperkingen (zie in die zin arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punten 189 en 192; 24 mei 2007, *Holböck*, C-157/05, EU:C:2007:297, punt 41, en 18 december 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 49).

38 Hoewel de in artikel 64, lid 1, VWEU vastgestelde „standstillbepaling” de lidstaten dus machtigt om beperkingen die binnen de materiële werkingssfeer van deze bepaling vallen, onbeperkt in de tijd te blijven toepassen, mits zover deze beperkingen in wezen ongewijzigd blijven, moet worden opgemerkt dat het begrip „beperkingen die op 31 december 1993 bestaan” volgens vaste rechtspraak van het Hof niettemin veronderstelt dat het rechtskader waarin de betrokken beperking is opgenomen, sinds deze datum ononderbroken deel heeft uitgemaakt van de rechtsorde van de betrokken lidstaat (arresten van 18 december 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 48; 5 mei 2011, *Prunus en Polonium*, C-384/09, EU:C:2011:276, punt 34, en 24 november 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 81).

39 Daarom heeft het Hof geoordeeld dat de uitzonderingsregeling die is ingevoerd bij de „standstillclausule” waarin artikel 64, lid 1, VWEU voorziet, geen toepassing kan vinden op de door een lidstaat vastgestelde bepalingen die, hoewel zij in wezen identiek zijn aan een wettelijke regeling die op 31 december 1993 bestond, opnieuw een belemmering van het vrije verkeer van kapitaal hebben ingevoerd die na de intrekking van de vroegere wettelijke regeling of na de vaststelling van bepalingen die de logica hebben gewijzigd waarop die regeling berustte, niet meer bestond (zie in die zin arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 192; 18 december 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 49, en 24 november 2016, *SECIL*, C-464/14, EU:C:2016:896, punten 87 en 88).

- 40 Vastgesteld moet namelijk worden dat de betrokken lidstaat die overgaat tot die intrekking of wijziging, afziet van de mogelijkheid waarover hij uit hoofde van artikel 64, lid 1, VWEU beschikte om bepaalde beperkingen van het kapitaalverkeer die op 31 december 1993 bestonden, in de betrekkingen met derde landen te blijven toepassen (zie in die zin arrest van 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punten 86-88).
- 41 De toepassing van artikel 64, lid 1, VWEU veronderstelt dus niet alleen dat de wezenlijke materiële inhoud van de betrokken beperking behouden blijft, maar ook dat die beperking ononderbroken geldt. Indien het niet vereist zou zijn dat beperkingen die uit hoofde van de „standstillclausule” in deze bepaling zijn toegestaan, sinds 31 december 1993 ononderbroken deel hebben uitgemaakt van de rechtsorde van de betrokken lidstaat, dan zou een lidstaat op eender welk tijdstip opnieuw beperkingen van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen kunnen invoeren die op die datum in de nationale rechtsorde bestonden maar niet waren gehandhaafd (zie in die zin arresten van 18 december 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 48; 5 mei 2011, Prunus en Polonium, C-384/09, EU:C:2011:276, punt 34, en 24 november 2016, SECIL, C-464/14, EU:C:2016:896, punt 81).
- 42 Bovendien moet de „standstillbepaling” van artikel 64, lid 1, VWEU, als afwijking van het grondbeginsel van het vrije verkeer van kapitaal, strikt worden uitgelegd. Zo ook moet een strikte uitlegging worden gegeven aan de voorwaarden waaraan een nationale wettelijke regeling moet voldoen om, 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” (zie in die zin arrest van 20 september 2018, EV, C-685/16, EU:C:2018:743, punten 80 en 81).
- 43 In casu staat het vast dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling die op 31 december 1993 bestond, na deze datum is gewijzigd. Zoals onder meer in de punten 17 en 20 van dit arrest is uiteengezet, merkt de verwijzende rechter evenwel op dat de wijzigingen die bij het StSenkG 2000 zijn aangebracht aan het op die datum bestaande rechtskader, enige tijd na de vaststelling daarvan zijn ingetrokken ingevolge de daaropvolgende inwerkingtreding van het UntStFG 2001.
- 44 Hoewel uit de verwijzingsbeslissing niet blijkt dat bij het StSenkG 2000 de bepalingen zijn ingetrokken die ten grondslag lagen aan de op 31 december 1993 bestaande beperking waarop de verwijzende rechter doelt, lijkt deze toch van oordeel dat de bij deze wet aan de vroegere wettelijke regeling aangebrachte wijzigingen op zijn minst de logica hebben gewijzigd waarop deze wettelijke regeling berustte. De verwijzende rechter voert dienaangaande aan dat de Duitse wetgever met de vaststelling van het StSenkG 2000 een ingrijpende hervorming heeft doorgevoerd van het belastingsysteem ten aanzien van vennootschappen en hun aandeelhouders, met inbegrip van de op basis van deze algemene regeling geconcipeerde wettelijke regeling betreffende in een derde land gevestigde tussenvennootschappen, die volgens de verwijzende rechter een „grondige herschikking” heeft ondergaan.
- 45 Gesteld dat de bij het StSenkG 2000 aangebrachte veranderingen aan de nationale wettelijke regeling, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, de logica waarop de vroegere wettelijke regeling berustte daadwerkelijk hebben gewijzigd of deze regeling zelfs hebben ingetrokken, dan moet worden onderzocht welke invloed op de toepasbaarheid van de „standstillbepaling” uitgaat van de door de verwijzende rechter voor het voetlicht gestelde omstandigheid dat die veranderingen, hoewel zij op 1 januari 2001 van kracht waren geworden, pas vanaf 2002 – namelijk nadat die veranderingen ingevolge de inwerkingtreding, op 25 december 2001, van het UntStFG 2001 waren ingetrokken – konden leiden tot de opnemings van „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de heffingsgrondslag van een belastingplichtige.
- 46 Zoals uit de in de punten 39 en 40 van dit arrest vermelde rechtspraak van het Hof volgt, kan een beperking van het kapitaalverkeer die sinds 31 december 1993 uit hoofde van het nationale recht bestaat, niet worden geacht sinds deze datum ononderbroken deel te hebben uitgemaakt van de

rechtsorde van de betrokken lidstaat, met name indien de wettelijke regeling die aan deze beperking ten grondslag ligt, is ingetrokken of wanneer de logica waarop deze regeling beruiste, is gewijzigd. Die intrekking of wijziging vindt in beginsel plaats bij de inwerkingtreding, overeenkomstig de daartoe vastgestelde nationale constitutionele procedures, van bepalingen waarbij de bestaande wettelijke regeling wordt ingetrokken of gewijzigd.

- 47 Niettegenstaande dat de bepalingen tot intrekking of wijziging van de wettelijke regeling die aan een op 31 december 1993 bestaande beperking ten grondslag lag, formeel in werking zijn getreden, moet worden aangenomen dat deze beperking ononderbroken gehandhaafd is wanneer de toepasbaarheid van de intrekking- of wijzigingsbepalingen uit hoofde van het nationale recht is uitgesteld en deze bepalingen zelf zijn ingetrokken nog voordat zij van toepassing werden. In die situatie dient immers te worden aangenomen dat die beperking ononderbroken deel heeft uitgemaakt van de rechtsorde van de betrokken lidstaat.
- 48 Gelet daarop moet, in het geval dat de vaststelling van het StSenkG 2000 vergezeld ging van bepalingen waarbij de toepasbaarheid van deze wet werd uitgesteld, zodat de bij die wet aangebrachte wijzigingen aan de belastingregeling voor tussenvennootschappen die in een derde land zijn gevestigd, in het tijdvak van 1 januari tot en met 25 december 2001 – de datum waarop het UntStFG 2001 in werking is getreden –, niet van toepassing waren op het in artikel 64, lid 1, VWEU bedoelde grensoverschrijdend kapitaalverkeer, wat door de verwijzende rechter moet worden nagegaan, worden aangenomen dat de door de verwijzende rechter bedoelde beperking ononderbroken heeft bestaan sinds 31 december 1993, zoals bedoeld in de „standstillclausule” waarin deze bepaling voorziet.
- 49 Indien daarentegen door de verwijzende rechter zou worden vastgesteld dat de bepalingen van het StSenkG 2000 op het tijdstip van hun inwerkingtreding meteen van toepassing zijn geworden, moet worden aangenomen dat de beperking die in het hoofdgeding aan de orde is, door de vaststelling van deze wet niet ononderbroken heeft bestaan, zodat de toepassing van artikel 64, lid 1, VWEU moet worden uitgesloten.
- 50 Dat is ook het geval indien de in 2001 ontstane tusseninkomsten volgens de belastingregels van het op 1 januari 2001 in werking getreden StSenkG 2000 moesten worden opgenomen in de heffingsgrondslag van de betrokken ingezetenen belastingplichtige, niettegenstaande het feit dat de belastingadministratie, wegens de intrekking van deze wet op 25 december 2001, deze regels uiteindelijk niet heeft toegepast om in 2002 de belastingen over deze inkomsten te heffen.
- 51 Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de „standstillbepaling” in artikel 64, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het verbod in artikel 63, lid 1, VWEU van toepassing is op een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, wanneer de aan die beperking ten grondslag liggende nationale belastingregeling na 31 december 1993 ingrijpend is gewijzigd ingevolge de vaststelling van een wet die in werking is getreden maar nog voordat hij in de praktijk is toegepast, is vervangen door een regeling die in wezen identiek was aan de regeling die op 31 december 1993 van toepassing was, tenzij de toepasbaarheid van deze wet uit hoofde van het nationale recht is uitgesteld, zodat hij, niettegenstaande de inwerkingtreding ervan, niet van toepassing is geweest op het in artikel 64, lid 1, VWEU bedoelde grensoverschrijdende kapitaalverkeer, wat door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.

Derde vraag

- 52 Voor het geval de verwijzende rechter, gelet op het antwoord op de tweede vraag, van oordeel zou zijn dat de nationale wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is niet onder de „standstillbepaling” van artikel 64, lid 1, VWEU valt, moet overeenkomstig het verzoek van de verwijzende rechter de derde vraag worden behandeld.

- 53 Met deze vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 63, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat, volgens welke de inkomsten van een in een derde land gevestigde vennootschap die niet afkomstig zijn van een eigen activiteit van deze vennootschap, zoals die welke als „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de zin van die regeling worden aangemerkt, pro rata van de aangehouden deelneming moeten worden opgenomen in de heffingsgrondslag van een in die lidstaat ingezeten belastingplichtige, wanneer die belastingplichtige een deelneming van minstens 1 % in die vennootschap heeft en deze inkomsten in dat derde land worden onderworpen aan een belastingniveau dat lager is dan het belastingniveau in de betrokken lidstaat.
- 54 Voor het antwoord op deze vraag moet in de eerste plaats worden onderzocht of sprake is van een beperking van het vrij verkeer van kapitaal in de zin van artikel 63 VWEU en, in voorkomend geval, in de tweede plaats, of die beperking toegestaan is.

Bestaan van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal

- 55 Volgens vaste rechtspraak van het Hof omvatten de maatregelen die verboden zijn op grond dat zij het kapitaalverkeer beperken mede de maatregelen die niet-ingezetenen ervan doen afzien om in een lidstaat investeringen te doen, of ingezetenen van deze lidstaat ontmoedigen in andere staten investeringen te doen (zie onder meer arresten van 18 december 2007, A, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 40; 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen, C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punt 50, en 8 november 2012, Commissie/Finland, C-342/10, EU:C:2012:688, punt 28).
- 56 Overeenkomstig de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, wordt een belastingplichtige die zijn fiscale woonplaats in Duitsland heeft en een deelneming van minstens 1 % heeft in een vennootschap die gevestigd is in een derde land met een „laag” belastingniveau, pro rata van zijn deelneming belast op de door deze vennootschap gerealiseerde zogenoemde „passieve” inkomsten, namelijk de „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de zin van die wettelijke regeling, los van enige winstuitkering. Een belastingplichtige die een even grote deelneming in een in Duitsland gevestigde vennootschap aanhoudt, is daarentegen niet onderworpen aan die regeling, daar deze per definitie uitsluitend van toepassing is op grensoverschrijdende situaties.
- 57 Een dergelijk verschil in fiscale behandeling kan nadelige gevolgen hebben voor een ingezeten belastingplichtige die een deelneming heeft in een in een derde land gevestigde vennootschap die dergelijke „passieve” inkomsten ontvangt, aangezien de winst van deze vennootschap wordt opgenomen in de heffingsgrondslag van de belastingplichtige, pro rata van zijn deelneming in die vennootschap. Ten opzichte van een belastingplichtige die een vergelijkbare deelneming heeft in een vennootschap die gevestigd is in diens woonstaat, in casu Duitsland, levert dit verschil in fiscale behandeling immers een fiscaal nadeel op voor de belastingplichtige die kapitaal belegt in een derde land, aangezien de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is de winst van een bepaalde rechtspersoon aan deze belastingplichtige toewijst en daarover bij deze laatste belasting heft (zie naar analogie arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 45).
- 58 In deze context moet worden geoordeeld dat de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, de in Duitsland onbeperkt belastingplichtige investeerders ervan doet afzien investeringen te doen in vennootschappen die in bepaalde derde landen zijn gevestigd en dientengevolge een beperking van het vrije verkeer van kapitaal vormt die in beginsel is verboden door artikel 63, lid 1, VWEU.

Toelaatbaarheid van de beperking

- 59 Gelet op de restrictieve aard van de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, moet worden onderzocht, zoals de Duitse regering opmerkt, of de door deze regeling in het leven geroepen beperking van het vrij verkeer van kapitaal kan worden gerechtvaardigd in het licht van artikel 65, lid 1, onder a), VWEU, dat luidt als volgt: „[h]et bepaalde in artikel 63 [VWEU] doet niets af aan het recht van de lidstaten [...] 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”.
- 60 Het is vaste rechtspraak dat artikel 65, lid 1, onder a), VWEU, als uitzondering op het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van kapitaal, strikt moet worden uitgelegd. Bijgevolg kan het niet aldus worden uitgelegd dat elke belastingwetgeving die tussen belastingplichtigen een onderscheid maakt naargelang van hun vestigingsplaats of van de staat waar zij hun kapitaal beleggen, automatisch verenigbaar is met het Verdrag (arresten van 11 september 2008, Eckelkamp e.a., C-11/07, EU:C:2008:489, punt 57; 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen, C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punt 56, en 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 55).
- 61 De door artikel 65, lid 1, onder a), VWEU toegestane verschillen in behandeling mogen volgens lid 3 van dit artikel geen middel tot willekeurige discriminatie vormen, noch een verkapte beperking. Het Hof heeft derhalve geoordeeld dat dergelijke verschillen in behandeling slechts toegestaan zijn wanneer zij betrekking hebben op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang (zie in die zin arresten van 6 juni 2000, Verkooijen, C-35/98, EU:C:2000:294, punt 43; 7 september 2004, Manninen, C-319/02, EU:C:2004:484, punt 29, en 17 september 2009, Glaxo Wellcome, C-182/08, EU:C:2009:559, punt 68).
- 62 In de eerste plaats moet dus worden nagegaan of het betrokken verschil in behandeling betrekking heeft op objectief vergelijkbare situaties, en in voorkomend geval moet in de tweede plaats worden onderzocht of de betrokken beperking van het vrije verkeer van kapitaal kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

– Vergelijkbaarheid van situaties

- 63 De Duitse regering betwist dat sprake is van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal, met als betoog dat de situatie van belastingplichtigen die een deelneming hebben in een in een derde land gevestigde vennootschap die aan een lage belasting is onderworpen, als bedoeld in de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, niet vergelijkbaar is met die van belastingplichtigen die een dergelijke deelneming aanhouden in een in Duitsland ingezetene vennootschap. Volgens de Duitse regering kunnen deze situaties niet met elkaar worden vergeleken, met name omdat deze regeling ziet op deelnemingen in vennootschappen die niet onder de Duitse fiscale bevoegdheid vallen en in een derde land slechts aan een laag belastingniveau zijn onderworpen.
- 64 Het is vaste rechtspraak dat de vergelijkbaarheid van een grensoverschrijdende situatie met een binnenlandse situatie wordt onderzocht aan de hand van het met de betrokken nationale bepalingen nagestreefde doel (zie in die zin arresten van 18 juli 2007, Oy AA, C-231/05, EU:C:2007:439, punt 38; 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e.a., C-80/12, EU:C:2014:200, punt 25, en 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, punt 32).
- 65 In dat opzicht blijkt uit de toelichting van de verwijzende rechter dat het doel van de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is erin bestaat „de overdracht van de (passieve) inkomsten van personen die onbeperkt belastingplichtig zijn naar staten met een laag niveau van belasting te

verhinderen of te neutraliseren”. Volgens de Duitse regering is deze regeling tevens bedoeld om belastingontduiking door kunstmatige overdracht van inkomsten naar derde landen met een laag belastingniveau te verhinderen.

- 66 Het is juist dat het niet aan een lidstaat is om, in het kader van de op zijn grondgebied gedane investeringen, de doelstelling van de bestrijding van de overdracht van inkomsten naar derde landen met een laag belastingniveau na te streven.
- 67 Zoals de advocaat-generaal in punt 71 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is echter tot doel, de situatie van ingezeten vennootschappen die kapitaal hebben geïnvesteerd in een vennootschap in een derde land met een „laag” belastingniveau zo veel mogelijk op één lijn te brengen met die van ingezeten vennootschappen die hun kapitaal hebben geïnvesteerd in een andere in Duitsland ingezeten vennootschap, teneinde met name de mogelijke fiscale voordelen die eerstgenoemde vennootschappen zouden kunnen behalen uit de plaatsing van hun kapitaal in een derde land zo veel mogelijk te neutraliseren. Zodra een lidstaat een ingezeten vennootschap eenzijdig onderwerpt aan de belasting over inkomsten die zijn gerealiseerd door een in een derde land gevestigde vennootschap waarin die ingezeten vennootschap een deelneming heeft, kan de situatie van deze ingezeten vennootschap worden vergeleken met die van een ingezeten vennootschap die een deelneming in een andere ingezeten vennootschap aanhoudt (zie naar analogie arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 45, en 14 december 2006, Denkavit Internationaal en Denkavit France, C-170/05, EU:C:2006:783, punten 35 en 36).
- 68 In deze context en zonder afbreuk te doen aan het onderzoek of de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, eventueel kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, zou door te erkennen dat situaties niet met elkaar kunnen worden vergeleken op grond van het enkele feit dat de betrokken investeerder deelnemingen in een in een derde land gevestigde vennootschap heeft, terwijl artikel 63, lid 1, VWEU juist beperkingen van het grensoverschrijdend kapitaalverkeer verbiedt, deze bepaling volledig worden uitgehold (zie naar analogie arrest van 12 juni 2018, Bevola en Jens W. Trock, C-650/16, EU:C:2018:424, punt 35).
- 69 Uit een en ander blijkt dat het in het hoofdgeding aan de orde zijnde verschil in behandeling betrekking heeft op situaties die objectief vergelijkbaar zijn.

– *Bestaan van een dwingende reden van algemeen belang*

- 70 Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een beperking van het vrije kapitaalverkeer slechts aanvaardbaar indien zij wordt gerechtvaardigd door dwingende eisen van algemeen belang, en als dat het geval is, alleen als zij geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan ter bereiking van dat doel noodzakelijk is (zie in die zin arresten van 11 oktober 2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, punten 79 en 82; 23 januari 2014, DMC, C-164/12, EU:C:2014:20, punt 44, en 21 juni 2018, Fidelity Funds e.a., C-480/16, EU:C:2018:480, punt 64).
- 71 De Duitse, de Franse en de Zweedse regering zijn in hun schriftelijke opmerkingen van mening dat een wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding kan worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang die zijn ontleend aan de handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en derde landen, het voorkomen van belastingfraude en belastingontduiking en de noodzaak te zorgen voor doeltreffende belastingcontroles.
- 72 Dienaangaande moet meteen eraan worden herinnerd dat de noodzaak van handhaving van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en derde landen een rechtvaardigingsgrond voor een beperking van het vrije verkeer van kapitaal kan vormen, met name

wanneer de betrokken nationale maatregelen ertoe strekken gedragingen te voorkomen die afbreuk kunnen doen aan het recht van een lidstaat om zijn belastingbevoegdheid uit te oefenen met betrekking tot activiteiten die op zijn grondgebied plaatsvinden (zie in die zin arresten van 10 februari 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen*, C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punt 121; 10 mei 2012, *Santander Asset management SGIIC e.a.*, C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punt 47, en 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 98).

- 73 In dezelfde trant heeft het Hof geoordeeld dat een nationale maatregel die het vrije kapitaalverkeer beperkt, kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak van het voorkomen van belastingfraude en belastingontduiking wanneer de maatregel specifiek gericht is op volstrekt kunstmatige constructies die geen verband houden met de economische realiteit en in het leven zijn geroepen om de belasting te ontwijken die normaal verschuldigd is over winsten uit activiteiten die op het nationale grondgebied van de betrokken lidstaat zijn verricht (zie in die zin arresten van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas*, C-196/04, EU:C:2006:544, punten 51 en 55; 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, punten 72 en 74, en 3 oktober 2013, *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, punt 34).
- 74 Daarenboven volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat de noodzaak om de doeltreffendheid van de fiscale controles te waarborgen een dwingende reden van algemeen belang is die een beperking van het vrije kapitaalverkeer kan rechtvaardigen (zie in die zin arresten van 9 oktober 2014, *van Caster*, C-326/12, EU:C:2014:2269, punt 46, en 22 november 2018, *Huijbrechts*, C-679/17, EU:C:2018:940, punt 36). In dat verband zij eraan herinnerd dat belastingcontroles er volgens de rechtspraak van het Hof toe strekken belastingfraude en belastingontduiking te bestrijden (zie in die zin arrest van 5 juli 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, punt 44).
- 75 In deze context zijn de door de belanghebbenden aangevoerde dwingende redenen van algemeen belang, in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, nauw met elkaar verbonden (zie naar analogie arresten van 13 december 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, punt 51; 21 januari 2010, *SGI*, C-311/08, EU:C:2010:26, punt 69, en 5 juli 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, punt 48). Aangezien het in punt 65 van dit arrest vermelde doel van de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, in wezen beantwoordt aan deze dwingende redenen van algemeen belang en met name aan het voorkomen van belastingfraude en belastingontduiking, moet dus worden onderzocht of deze wettelijke regeling geschikt is om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen en niet verder gaat dan nodig is om dit doel te bereiken.
- 76 Aangaande het antwoord op de vraag of die wettelijke regeling geschikt is om het daarmee nagestreefde doel te bereiken, moet worden opgemerkt dat zij met name in § 7, lid 6, en § 8, lid 3, *AStG* 2006 bepaalt dat de winst van een in een derde land gevestigde vennootschap die „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” ontvangt, die in Duitsland niet belastbaar zijn en in dat derde land aan een lage belasting in de zin van deze regeling onderworpen zijn, ongeacht uitkering van deze winst, worden opgenomen in de heffingsgrondslag van een in Duitsland onbeperkt belastingplichtige persoon pro rata van het percentage van zijn deelneming in deze vennootschap en als een uitgekeerd dividend bij hem wordt belast.
- 77 In dat verband valt het niet uit te sluiten, zoals de advocaat-generaal in punt 94 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, dat de overdracht van vorderingen door Z, een in Duitsland gevestigde vennootschap, aan Y, een vennootschap die niet onder de Duitse fiscale bevoegdheid valt, in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding tot gevolg kan hebben dat de inkomsten uit activiteiten van sportclubs die op het Duitse grondgebied zijn verricht, waarmee die vorderingen verband houden, althans gedeeltelijk niet meer onder de Duitse fiscale bevoegdheid vallen, met dien verstande dat deze vraag met betrekking tot het toepasselijke materiële belastingrecht door de verwijzende rechter moet worden beoordeeld. Hoewel het Hof niet over voldoende feitelijke gegevens beschikt om vast te stellen dat in casu de in het hoofdgeding aan de orde zijnde transacties kunstmatig

zijn, valt het daarenboven evenmin uit te sluiten dat het de deelneming van X in Y aan een commerciële rechtvaardiging ontbreekt, aangezien de enige activiteit van Y bestaat in het aanhouden van vorderingen die met externe financiering, waaronder een door X verstrekte lening, zijn gekocht van een in Duitsland gevestigde vennootschap, maar dat het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen van deze deelneming mogelijksterwils erin bestaat de belasting die normaal verschuldigd is over de winst uit activiteiten die op het Duitse grondgebied zijn verricht, te omzeilen door Y te dien einde als een tussenvennootschap te gebruiken.

- 78 Aangezien een wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding, door te bepalen dat de inkomsten van een vennootschap in een derde land met een „laag” belastingniveau worden opgenomen in de heffingsgrondslag van een in Duitsland onbeperkt belastingplichtige vennootschap, geschikt is om, in omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding, de effecten van een eventueel kunstmatige overdracht van inkomsten naar een dergelijk derde land te neutraliseren, is die regeling in beginsel geschikt om de verwezenlijking van het ermee nagestreefde doel te waarborgen.
- 79 Er moet nog worden nagegaan of die wettelijke regeling niet verder gaat dan nodig is om haar doel te bereiken.
- 80 Volgens vaste rechtspraak van het Hof vormt de enkele omstandigheid dat een ingezeten vennootschap een deelneming heeft in een andere vennootschap in een derde land als zodanig geen algemeen vermoeden van belastingfraude en belastingontduiking ter rechtvaardiging van een belastingmaatregel die afbreuk doet aan het vrije kapitaalverkeer (zie in die zin arresten van 16 juli 1998, ICI, C-264/96, EU:C:1998:370, punt 26; 21 november 2002, X en Y, C-436/00, EU:C:2002:704, punt 62, en 11 oktober 2007, ELISA, C-451/05, EU:C:2007:594, punt 91). Zoals uit de in punt 73 van het onderhavige arrest vermelde rechtspraak blijkt, kan een nationale maatregel die het vrije verkeer van kapitaal beperkt, echter gerechtvaardigd zijn wanneer hij specifiek bedoeld is om gedragingen te verhinderen waarbij volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet.
- 81 Dienaangaande wenst de verwijzende rechter te vernemen of de uitlegging van het begrip „volstrekt kunstmatige constructie”, dat door het Hof is ontwikkeld in het arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), kan worden toegepast op omstandigheden als aan de orde in het hoofdgeding. Hij merkt daarenboven op dat het kader van de zaak die tot dat arrest heeft geleid, werd gevormd door de vrijheid van vestiging, waarin met name artikel 49 VWEU voorziet, aangezien die zaak betrekking had op een nationale wettelijke regeling van een lidstaat, die betrekking had op de belasting, bij een in die lidstaat gevestigde belastingplichtige, over inkomsten van een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, met name wanneer de ingezeten belastingplichtige meer dan 50 % van het kapitaal van deze vennootschap in handen had.
- 82 Opgemerkt zij dat het Hof in de punten 67 en 68 van het arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), heeft geoordeeld dat de vestiging van een vennootschap in een lidstaat de kenmerken van een „volstrekt kunstmatige constructie” vertoont wanneer op basis van objectieve en door derden controleerbare elementen wordt vastgesteld dat het om een fictieve vestiging gaat daar zij geen daadwerkelijke economische activiteit verricht op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst, met name gelet op de mate waarin die vennootschap fysiek bestaat in termen van lokalen, personeel en uitrusting. Het Hof heeft daaruit afgeleid dat dergelijke fictieve vestigingen, met name vestigingen die de kenmerken van een „brievenbusmaatschappij” of een „schijnvennootschap” vertonen, ter voorkoming van belastingfraude en belastingontduiking kunnen worden onderworpen aan een specifieke belastingregeling, zonder dat de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging daaraan in de weg staan.
- 83 Aangaande het antwoord op de vraag – waarop de verwijzende rechter uitdrukkelijk doelt – aan welke kwantitatieve en kwalitatieve vereisten de deelneming van een ingezeten belastingplichtige in een vennootschap in een derde land moet voldoen om niet als „volstrekt kunstmatig” te worden

beschouwd, zij eraan herinnerd dat het vrije kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen niet tot doel heeft de voorwaarden te regelen waaronder vennootschappen zich binnen de interne markt kunnen vestigen (zie in die zin arrest van 13 november 2012, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 100), maar ertoe strekt de liberalisering van het grensoverschrijdend kapitaalverkeer te verwezenlijken (zie in die zin arresten van 14 december 1995, *Sanz de Lera e.a.*, C-163/94, C-165/94 en C-250/94, EU:C:1995:451, punt 19, en 10 februari 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen*, C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punt 46).

- 84 Derhalve kan het begrip „volstrekt kunstmatige constructie”, in de context van het vrije verkeer van kapitaal, niet noodzakelijk worden teruggevoerd tot de elementen betreffende de omstandigheid dat de vestiging van een vennootschap economisch gezien niet bestaat, die zijn vermeld in de punten 67 en 68 van het arrest van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), daar de vereiste voorwaarden om op ongeoorloofde wijze te ontsnappen aan de belasting in een lidstaat of om onrechtmatig in aanmerking te komen voor een belastingvoordeel in een lidstaat, wat het grensoverschrijdend kapitaalverkeer betreft, op verschillende manieren kunstmatig in het leven kunnen worden geroepen. Het is juist dat die elementen ook in het kader van de toepassing van de regels inzake het vrije verkeer van kapitaal kunnen wijzen op het bestaan van een volstrekt kunstmatige constructie, met name wanneer de beoordeling van de commerciële rechtvaardiging voor het nemen van een deelneming in een vennootschap die geen eigen economische activiteiten uitoefent, noodzakelijk blijkt te zijn. Dat begrip kan zich in het kader van het vrije kapitaalverkeer echter ook uitstrekken tot een constructie waarvan het voornaamste doel of een van de voornaamste doelen erin bestaat de winst uit activiteiten die op het grondgebied van een lidstaat hebben plaatsgevonden, kunstmatig over te dragen naar derde landen met een laag belastingniveau.
- 85 In casu blijkt evenwel dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling er niet enkel toe strekt gedragingen te verhinderen die erin bestaan dergelijke kunstmatige constructies op te zetten. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt namelijk dat § 7, lid 6, en § 8, lid 3, AStG 2006 bepalen dat wanneer wordt vastgesteld dat een ingezetene belastingplichtige minstens 1 % houdt van het maatschappelijk kapitaal van een vennootschap in een derde land met een laag belastingniveau in de zin van deze regeling, die „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de zin van die regeling ontvangt, deze inkomsten automatisch worden opgenomen in de belastbare grondslag van deze belastingplichtige, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden elementen aan te dragen die aantonen dat zijn deelneming niet berust op een kunstmatige constructie, zoals met name de commerciële redenen waarom hij een deelneming in deze vennootschap heeft genomen of het feit dat die vennootschap daadwerkelijk een economische activiteit uitoefent.
- 86 Dit automatisme van de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, dat in wezen kan worden vergeleken met een onweerlegbaar vermoeden van belastingfraude of belastingontduiking, kan evenwel niet louter op basis van de criteria van deze regeling worden gerechtvaardigd. De omstandigheid dat een laag belastingniveau van toepassing is op de inkomsten van een in een derde land gevestigde vennootschap of de „passieve” aard van de activiteiten die deze inkomsten hebben opgeleverd, zoals omschreven in deze regeling, kunnen weliswaar wijzen op gedrag dat tot belastingfraude of belastingontduiking kan leiden, maar volstaan als zodanig niet om vast te stellen dat het nemen van een deelneming in deze vennootschap door een in een lidstaat ingezetene belastingplichtige in alle gevallen noodzakelijkerwijs een kunstmatige constructie vormt.
- 87 Het is vaste rechtspraak dat, wat de betrekkingen tussen lidstaten betreft, een nationale wettelijke regeling slechts evenredig is met de doelstelling van het voorkomen van belastingfraude en belastingontduiking wanneer zij de belastingplichtige in elk geval waarin het bestaan van kunstmatige transacties niet kan worden uitgesloten, in staat stelt om zonder buitensporige administratieve moeite elementen aan te dragen met betrekking tot de eventuele commerciële redenen waarom de betrokken

transactie heeft plaatsgevonden (zie in die zin arresten van 13 maart 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, C-524/04, EU:C:2007:161, punt 82; 5 juli 2012, *SIAT*, C-318/10, EU:C:2012:415, punt 50, en 3 oktober 2013, *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, punt 37).

- 88 Gelet op de in het vorig punt vermelde rechtspraak gaat de wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, door louter op grond dat aan alle voorwaarden van deze regeling is voldaan te vermoeden dat sprake is van kunstmatige gedragingen, zonder daarbij de betrokken belastingplichtige in de gelegenheid te stellen dit vermoeden te weerleggen, in beginsel verder dan nodig is om haar doel te bereiken.
- 89 De wettelijke regeling die in het hoofdgeding aan de orde is, is evenwel niet gericht op de lidstaten, maar op derde landen.
- 90 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat de rechtspraak betreffende de beperkingen van de uitoefening van de vrijheden van verkeer binnen de Unie niet integraal kan worden toegepast op het kapitaalverkeer tussen de lidstaten en derde landen, aangezien dat kapitaalverkeer zich afspeelt binnen een andere juridische context (zie met name arrest van 28 oktober 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 91 Aangaande met name de verplichting van de lidstaten om een belastingplichtige in staat te stellen elementen aan te dragen waaruit de eventuele commerciële redenen blijken waarom hij een deelneming heeft genomen in een in een derde land gevestigde vennootschap, volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het bestaan van die verplichting moet worden beoordeeld op basis van de voorhanden zijnde bestuurlijke en regelgevende maatregelen aan de hand waarvan in voorkomend geval kan worden gecontroleerd of die elementen waarheidsgetrouw zijn (zie in die zin arresten van 11 oktober 2007, *ELISA*, C-451/05, EU:C:2007:594, punt 98; 28 oktober 2010, *Établissements Rimbaud*, C-72/09, EU:C:2010:645, punten 45 en 46, en 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 85).
- 92 Tevens volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat wanneer de regeling van een lidstaat de toekenning van een belastingvoordeel afhankelijk stelt van de vervulling van voorwaarden waarvan de naleving slechts kan worden gecontroleerd door het verkrijgen van inlichtingen van de bevoegde autoriteiten van een derde land, deze lidstaat in beginsel met recht kan weigeren om dat voordeel toe te kennen, met name wanneer het wegens het ontbreken van een uit een overeenkomst of verdrag voortvloeiende verplichting voor deze derde staat om inlichtingen te verstrekken, onmogelijk blijkt om deze inlichtingen van laatstgenoemde staat te verkrijgen (zie in die zin arresten van 18 december 2007, *A*, C-101/05, EU:C:2007:804, punt 63; 10 februari 2011, *Haribo Lakritzen Hans Riegel en Österreichische Salinen*, C-436/08 en C-437/08, EU:C:2011:61, punt 67, en 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 84).
- 93 In de onderhavige zaak vergt de vaststelling dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde deelneming van de in Duitsland gevestigde vennootschap in een vennootschap die gevestigd is een derde land, ondanks het feit dat aan de voorwaarden van § 7, lid 6, en § 8, lid 3, AStG 2006 is voldaan, niet gebaseerd is op een kunstmatige constructie, een analyse door de Duitse belastingadministratie van de inlichtingen betreffende met name de aard van de activiteiten van deze in een derde land gevestigde vennootschap.
- 94 Gelet op het feit dat een lidstaat de inlichtingen betreffende de activiteiten van een in een derde land gevestigde vennootschap waarin een belastingplichtige van deze lidstaat een deelneming heeft, niet hoeft te aanvaarden wanneer hij in voorkomend geval niet kan controleren of de inlichtingen waarheidsgetrouw zijn (zie in die zin arrest van 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company*, C-190/12, EU:C:2014:249, punt 85), is het de taak van de verwijzende rechter om in casu te onderzoeken of met name sprake is van verdragsrechtelijke verplichtingen tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de Zwitserse Bondsstaat, waarbij een rechtskader voor

samenwerking en regelingen voor uitwisseling van gegevens tussen de betrokken nationale autoriteiten zijn ingevoerd, die de Duitse belastingautoriteiten daadwerkelijk in staat stellen om in voorkomend geval na te gaan of de informatie betreffende de in Zwitserland gevestigde vennootschap, die zijn verstrekt om aan te tonen dat de deelneming van die belastingplichtige in deze vennootschap niet berust op een kunstmatige constructie, waarachtig is.

- 95 Voor zover dat rechtskader, dat met name uit een overeenkomst of verdrag voortvloeit, tussen de betrokken lidstaat en derde land ontbreekt, moet worden aangenomen dat artikel 63, lid 1, VWEU er niet aan in de weg staat dat de betrokken lidstaat een wettelijke regeling als aan de orde in het hoofdgeding toepast, volgens welke de inkomsten van een in een derde land gevestigde vennootschap worden opgenomen in de belastbare grondslag van een ingezeten belastingplichtige, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden de eventuele commerciële redenen aan te tonen waarom hij een deelneming in deze vennootschap heeft genomen. Indien daarentegen wordt vastgesteld dat een dergelijk rechtskader bestaat, dan moet de betrokken belastingplichtige in staat worden gesteld om zonder buitensporige administratieve inspanningen de eventuele commerciële redenen voor zijn investering in het betrokken derde land aan te tonen.
- 96 Gelet op voorgaande overwegingen moet op de derde vraag worden geantwoord dat artikel 63, lid 1, VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke de inkomsten van een in een derde land gevestigde vennootschap die niet afkomstig zijn van een eigen activiteit van deze vennootschap, zoals de inkomsten die als „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de zin van deze regeling worden aangemerkt, pro rata van de aangehouden deelneming worden opgenomen in de belastinggrondslag van een in deze lidstaat ingezeten belastingplichtige, wanneer deze belastingplichtige een deelneming van minstens 1 % in die vennootschap heeft en deze inkomsten in dat derde land worden onderworpen aan een belastingniveau dat lager is dan het belastingniveau in de betrokken lidstaat, tenzij een rechtskader bestaat dat met name voorziet in verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst of verdrag, die de nationale belastingautoriteiten van die lidstaat in staat stellen om in voorkomend geval na te gaan of de informatie betreffende die vennootschap die is verstrekt om aan te tonen dat de deelneming van die belastingplichtige in deze vennootschap niet berust op een kunstmatige constructie, waarachtig is.

Kosten

- 97 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 (Grote kamer) verklaart voor recht:

- 1) De „standstillbepaling” in artikel 64, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat artikel 63, lid 1, VWEU geen afbreuk doet aan de toepassing van een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, die in wezen op 31 december 1993 bestond uit hoofde van een wettelijke regeling van een lidstaat, hoewel de omvang van deze beperking na deze datum was verruimd tot deelnemingen die geen verband houden met een directe investering.
- 2) De „standstillbepaling” in artikel 64, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het verbod in artikel 63, lid 1, VWEU van toepassing is op een beperking van het kapitaalverkeer naar of uit derde landen in verband met directe investeringen, wanneer de aan die beperking ten grondslag liggende nationale belastingregeling na 31 december 1993 ingrijpend is gewijzigd ingevolge de vaststelling van een wet die in werking is getreden maar

nog voordat hij in de praktijk is toegepast, is vervangen door een regeling die in wezen identiek was aan de regeling die op 31 december 1993 van toepassing was, tenzij de toepasbaarheid van deze wet uit hoofde van het nationale recht is uitgesteld, zodat hij, niettegenstaande de inwerkingtreding ervan, niet van toepassing is geweest op het in artikel 64, lid 1, VWEU bedoelde grensoverschrijdende kapitaalverkeer, wat door de verwijzende rechter moet worden nagegaan.

- 3) Artikel 63, lid 1, VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het niet in de weg staat aan een wettelijke regeling van een lidstaat volgens welke de inkomsten van een in een derde land gevestigde vennootschap die niet afkomstig zijn van een eigen activiteit van deze vennootschap, zoals de inkomsten die als „tusseninkomsten die kapitaalbeleggingen vormen” in de zin van deze regeling worden aangemerkt, pro rata van de aangehouden deelneming worden opgenomen in de belastinggrondslag van een in deze lidstaat ingezeten belastingplichtige, wanneer deze belastingplichtige een deelneming van minstens 1 % in die vennootschap heeft en deze inkomsten in dat derde land worden onderworpen aan een belastingniveau dat lager is dan het belastingniveau in de betrokken lidstaat, tenzij een rechtskader bestaat dat met name voorziet in verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst of verdrag, die de nationale belastingautoriteiten van die lidstaat in staat stellen om in voorkomend geval na te gaan of de informatie betreffende die vennootschap die is verstrekt om aan te tonen dat de deelneming van die belastingplichtige in deze vennootschap niet berust op een kunstmatige constructie, waarachtig is.

ondertekeningen