



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
PAOLO MENGOZZI
föredraget den 5 juni 2018¹

Mål C-135/17

**X-GmbH
mot
Finanzamt Stuttgart – Körperschaften**

(begäran om förhandsavgörande från Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen, Förbundsrepubliken Tyskland))

”Begäran om förhandsavgörande – Fri rörlighet för kapital – Artiklarna 56 och 57 EG – Kapitalrörelser mellan medlemsstater och tredjeländer – Restriktioner – Frysningssklausul – Direktinvesteringar – Lagstiftning i en medlemsstat enligt vilken intäkter från bolag i utlandet beskattas – Motivering – Bekämpande av rent konstlade upplägg – Väl avvägd fördelning av beskattningsrätten – Säkerställande av en effektiv skattekontroll”

I. Inledning

1. Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen, Tyskland) har genom sin begäran om förhandsavgörande ställt frågor till EU-domstolen om tolkningen av artiklarna 56 och 57 EG (nu artiklarna 63 respektive 64 FEUF) i syfte att få klarhet i huruvida den tyska ordning som är tillämplig på ”andelar i utländska mellanliggande bolag”² utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital i förhållande till tredjeländer; om nämnda ordning utgör en restriktion och denna restriktion inte omfattas av frysningssklausulen i artikel 57.1 EG, skulle den kunna tänkas vara motiverad med hänvisning till tvingande skäl av allmänintresse, särskilt bekämpande av rent konstlade upplägg.

2. Begäran om förhandsavgörande har framställts inom ramen för en tvist mellan det tyska bolaget X och Finanzamt Stuttgart – Körperschaften (Lokala skattemyndigheten i Stuttgart – avdelningen för juridiska personer, Tyskland) som rör den omständigheten att beskattningsunderlaget för X utökades med de inkomster som under 2005 och 2006 flöt in till Y, vilket är ett schweiziskt bolag som till 30 procent ägdes av X, i enlighet med bestämmelserna i Gesetz über die Besteuerung bei Auslandsbeziehungen (Aussensteuergesetz) (lagen om beskattning vid utlandsförbindelser) av den 8 september 1972³ i dess lydelse enligt Missbrauchsbekämpungs- und Steuerbereinigungsgesetz

1 Originalspråk: franska.

2 Närmare bestämt rör det sig om ordningen för ”kontrollerade utländska bolag” (nedan kallade CFC-bolag). Noteras ska att frågan huruvida en sådan ordning är förenlig med de grundläggande friheterna i fråga om rörlighet kunde ha prövats redan i målet Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:754), där dom meddelades den 6 december 2007, om enheten Columbus Container Services enligt tysk skatterätt hade betraktats som ett kapitalbolag och inte som ett personbolag; se mitt förslag till avgörande i målet Columbus Container Services (C-298/05, EU:C:2007:197, punkterna 32–37 samt fotnot 14).

3 BGBl. 1972 I, s. 1713.

(lagen om bekämpning av skatteundandragande och förenkling av skattelagstiftningen) av den 21 december 1993⁴ och enligt Gesetz zur Fortentwicklung des Unternehmenssteuerrechts (lagen om vidareutveckling av bolagsskatterätten) av den 20 december 2001 (nedan kallad UntStFG 2001)⁵ (nedan kallad AStG).

3. Av begäran om förhandsavgörande framgår att 7 § punkterna 6 och 6a AStG samt 8 § AStG innebär att en skattskyldig person med hemvist i Tyskland ska beskattas med avseende på inkomster som flyter in till ett utländskt bolag som till minst 1 procent ägs av denna skattskyldiga person, om det rör sig om ”CFC-inkomster av kapitalplaceringskaraktär”, det vill säga om inkomsterna i utlandet inkomstbeskattas till en skattesats som understiger 25 procent och om nämnda inkomster inte härrör från ”aktiv” ekonomisk verksamhet.

4. I målet vid den nationella domstolen har bolaget Y av den tyska skattemyndigheten klassificerats som CFC-bolag, såvitt avser ”CFC-inkomster av kapitalplaceringskaraktär”, i den mening som avses i 7 § punkterna 6 och 6a AStG. För de aktuella räkenskapsåren gjorde nämligen den tyska skattemyndigheten bedömningen att de fordringar på ett tyskt bolag som Y hade förvärvat, delvis med hjälp av ett lån från X, gav rätt till en andel i fyra tyska idrottsklubbers idrottsliga resultat, bland annat via idrottsklubbarnas inkomster från medierättigheter. Y:s inkomster skulle därför klassificeras som CFC-inkomster av kapitalplaceringskaraktär och införlivas med X:s beskattningsunderlag för de i det nationella målet omtvistade räkenskapsåren.

5. Efter att utan framgång ha bestritt den tyska skattemyndighetens beslut väckte X talan vid Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen).

6. Enligt Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) skulle reglerna i 7 § punkterna 6 och 6a AStG om integrering av CFC-inkomster av kapitalplaceringskaraktär med beskattningsunderlaget för en i Tyskland obegränsat skattskyldig andelsägare, eftersom dessa regler uteslutande avser andelar i utländska bolag, kunna utgöra en otillåten restriktion för den fria rörligheten för kapital, i den mening som avses i artikel 56.1 EG.

7. Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) undrar emellertid huruvida denna nationella lagstiftning är tillåten mot bakgrund av frysningsklausulen i artikel 57.1 EG, enligt vilken artikel 56 EG inte ska påverka tillämpningen gentemot tredjeländer av restriktioner som var i kraft den 31 december 1993 enligt nationell lagstiftning för sådana kapitalrörelser till eller från tredjeländer som gäller bland annat direktinvesteringar. I detta sammanhang har Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) erinrat om EU-domstolens praxis med innebörden att det i princip ankommer på de nationella domstolarna att i detta sammanhang fastställa innehållet i den lagstiftning som ”var i kraft” den 31 december 1993 men framhållit att det krävs förtydliganden från EU-domstolens sida rörande den aktuella tyska lagstiftningen, särskilt såvitt avser två aspekter.

8. För det första har de regler om införlivande av ”CFC-inkomster av kapitalplaceringskaraktär” med beskattningsunderlaget för en i Tyskland obegränsat skattskyldig andelsägare som var i kraft den 31 december 1993 – enligt de förklaringar som har lämnats av Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) – ändrats genom Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz) (lagen om sänkning av skattesatser och reform av bolagsbeskattningen) (nedan kallad StSenkG 2000) av den 23 oktober 2000.⁶ Därvidlag har Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) konstaterat att StSenkG 2000 förvisso innebar en

4 BGBl. 1993 I, s. 2310.

5 BGBl. 2001 I, s. 3858.

6 BGBl. 2000 I, s. 1433.

genomgripande omarbetning av de ovannämnda regler som var tillämpliga den 31 december 1993 men att de ändringar som StSenkG 2000 skulle ha inneburit i AStG i själva verket upphävdes, genom UntStFG 2001, redan innan de för första gången hade kunnat tillämpas på sådana inkomster i ett konkret fall.

9. Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) anser i detta sammanhang, på tal om garantin enligt artikel 57.1 EG för möjligheten att behålla en restriktion för den fria rörligheten för kapital som var i kraft den 31 december 1993, att det inte står helt klart om svaret på frågan huruvida nämnda garanti kan upphöra att gälla uteslutande på grund av den formella normativa verkan av en ändringslagstiftning eller huruvida det krävs att en ändring också konkret ska ha genomförts i praktiken.

10. För det andra har Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) påtalat att UntStFG 2001, såvitt avser reglerna om införlivande av CFC-inkomster av kapitalplaceringskaraktär med beskattningsunderlaget för en i Tyskland obegränsat skattskyldig andelsägare, innebar att de rättsliga konsekvenser som förelåg den 31 december 1993 återinfördes – men med ett undantag. Genom UntStFG 2001 sänktes nämligen bland annat den nedre gränsen för det andelsinnehav i ett CFC-bolag som medförde krav på sådant införlivande från den tidigare nivån på 10 procent till 1 procent (och under vissa omständigheter skulle införlivande ske även för innehav som understeg 1 procent). Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) anser emellertid att denna utvidgning av tillämpningsområdet för de ovannämnda reglerna till att omfatta även portföljinvesteringar understigande 10 procent visserligen är att betrakta som en materiell ändring, vilken medför att restriktionen för gränsöverskridande kapitalrörelser utökas på ett sätt som inte är försumbart, men att denna ändring inte berör direktinvesteringar i den mening som avses i artikel 57.1 EG utan enbart portföljinvesteringar, varför frysningsklausulen ändå skulle kunna vara tillämplig i det aktuella fallet, med tanke på att de regler som var tillämpliga på den speciella situationen för X – vars 30-procentiga innehav i Y utgör en direktinvestering – inte påverkades av den ändring avseende portföljinvesteringar som gjordes genom UntStFG 2001.

11. För den händelse att den aktuella nationella lagstiftningen av något av dessa båda skäl inte omfattas av frysningsklausulen, undrar Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) vidare om en sådan lagstiftning utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital som förvisso i princip är otillåten men som i förekommande fall kan motiveras med hänvisning till tvingande skäl av allmänintresse. I detta sammanhang har Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) erinrat om att EU-domstolen prövade frågan om beskattning av inkomster från CFC-bolag i målet Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544), där den meddelade dom den 12 september 2006, men att det målet rörde etableringsfriheten, som gäller enbart i förbindelserna mellan medlemsstaterna, och inte den fria rörligheten för kapital, som gäller även i förbindelserna mellan medlemsstaterna och tredjeländer. Om nämnda rättspraxis kan tillämpas på en sådan situation som är för handen i det nationella målet, betvivlar Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) att den nationella lagstiftningen kan anses vara motiverad.

12. Mot denna bakgrund beslutade Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen) att vilandeförklara målet och ställa följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) Ska artikel 57.1 EG (nu artikel 64.1 FEUF) tolkas så, att artikel 56 EG (nu artikel 63 FEUF) inte heller är tillämplig på en restriktion som en medlemsstat tillämpar på kapitalrörelser till eller från tredjeland i samband med direktinvesteringar och som var i kraft den 31 december 1993, om den vid referensdatumet befintliga nationella lagbestämmelse som begränsade kapitalrörelser till eller från tredjeland i huvudsak endast var tillämplig på direktinvesteringar, men efter referensdatumet har utvidgats till att även gälla portföljinvesteringar i utländska bolag som understiger en tröskel för andelsinnehav på 10 procent?

- 2) Om den första frågan ska besvaras jakande: Ska artikel 57.1 EG [nu artikel 64.1 FEUF] tolkas så, att det ska anses vara fråga om tillämpning av en vid referensdatumet den 31 december 1993 befintlig nationell lagbestämmelse som begränsar kapitalrörelser till eller från tredjeland med avseende på direktinvesteringar, när en senare lagbestämmelse som i huvudsak motsvarar den vid referensdatumet befintliga restriktionen är tillämplig, men den restriktion som gällde vid referensdatumet emellertid efter referensdatumet under en kortare period har förändrats kraftigt genom en lag som visserligen i rättsligt hänseende trädde i kraft men som i praktiken aldrig tillämpades, eftersom den redan före den tidpunkt då den kunde ha blivit tillämplig för första gången i ett enskilt fall ersattes av den lagbestämmelse som nu är tillämplig?
- 3) Om någon av de båda första frågorna ska besvaras nekande: Utgör artikel 56 EG [nu artikel 63 FEUF] hinder för en bestämmelse i en medlemsstat enligt vilken beskattningsunderlaget för en skattskyldig person med hemvist i denna medlemsstat som har ett innehav på minst 1 procent i ett bolag med hemvist i en annan stat (i förevarande mål Schweiz) ska innefatta en andel – som står i proportion till ägarandelen – av det bolagets inkomster av kapitalplaceringskaraktär, om dessa inkomster beskattas lägre än i den förstnämnda staten?”

13. Skriftliga yttranden avseende dessa frågor har inkommit från klaganden i det nationella målet, från den tyska, den franska och den svenska regeringen och från Europeiska kommissionen. Dessa rättegångsdeltagare yttrade sig även vid den muntliga förhandlingen den 5 mars 2018, med undantag av den franska och den svenska regeringen, som inte var företrädare vid nämnda förhandling.

II. Bedömning

14. Den hänskjutande domstolens båda första frågor rör tolkningen av frysningssklausulen i artikel 57.1 EG. En förutsättning för att den bestämmelsen ska vara tillämplig är att den lagstiftning som är i fråga i det nationella målet klassificeras som en restriktion av den fria rörligheten för kapital som strider mot artikel 56.1 EG. Den hänskjutande domstolens tredje fråga rör just huruvida lagstiftningen ska klassificeras som en sådan restriktion och, om så är fallet, huruvida restriktionen är att anse som motiverad.

15. Av ovan anförda anledning kommer jag inte att pröva den hänskjutande domstolens frågor i samma ordning som en har ställts. Först kommer jag att bedöma huruvida den tyska ordning som är tillämplig på ”andelar i CFC-bolag”, vilken är i fråga i det nationella målet, utgör en restriktion i den mening som avses i artikel 56.1 EG, något som enligt min mening är ställt utom allt tvivel (avsnitt A). Därefter ska det bedömas huruvida denna restriktion ändå får behållas, av det skälet att den omfattas av frysningssklausulen i artikel 57.1 EG (avsnitt B). Härvidlag vill jag redan nu nämna att den lagstiftning som är i fråga i det nationella målet enligt min åsikt uppfyller det tidsmässiga och det materiella kriteriet enligt den artikeln. Således är det endast i andra hand – för den händelse att EU-domstolen inte skulle dela min uppfattning om frysningssklausulens tillämplighet – som jag slutligen kommer att bedöma huruvida den restriktion för den fria rörligheten för kapital som följer av den lagstiftning som är i fråga i det nationella målet kan motiveras med hänvisning till ett tvingande skäl av allmänintresse (avsnitt C).

A. Huruvida det föreligger en restriktion för den fria rörligheten för kapital i den mening som avses i artikel 56.1 EG

1. Huruvida den fria rörligheten för kapital är tillämplig

16. Inledningsvis ska det erinras om att AStG är tillämplig på samtliga skattskyldiga personer med hemvist i Tyskland som äger andelar i ett bolag i ett tredjeland som – enligt AStG – beskattar det bolagets inkomster ”långt”, utan att den tyska skattskyldiga personens andelsinnehav nödvändigtvis behöver ge denne möjlighet att utöva ett bestämmande inflytande över bolagets beslut och att fastställa bolagets verksamhet. Under de räkenskapsår som är i fråga i det nationella målet innebar nämligen 7 § AStG att beskattningsunderlaget för en i Tyskland obegränsat skattskyldig person som var bolagsman i ett tredjelandsbolag automatiskt utökades med det tredjelandsbolagets inkomster, oberoende av eventuell vinstutdelning, när andelen i tredjelandsbolaget uppgick till minst 1 procent.

17. Här ska det påpekas att ingen av rättegångsdeltagarna har ifrågasatt att den fria rörlighet för kapital som föreskrivs i artikel 56.1 EG är tillämplig i det nationella målet, och den hänskjutande domstolen har också själv, på goda grunder, angett att etableringsfriheten inte kan vara tillämplig på den skattelagstiftning som är i fråga i det nationella målet.

18. Det råder heller inget tvivel om att domstolens praxis som bygger på domen av den 13 november 2012 i målet *Test Claimants in the FII Group Litigation* (C-35/11, EU:C:2012:707, punkterna 98–100 och 104) genom analogi föranleder slutsatsen att det är mot bakgrund av artikel 56.1 EG som en sådan lagstiftning ska bedömas, med tanke på att den dels inte uteslutande är tillämplig på fall där ett medlemsstatsbolag genom sitt innehav kan utöva ett bestämmande inflytande över det berörda tredjelandsbolaget, dels uteslutande rör den skattemässiga behandlingen av ett medlemsstatsbolags inkomster från investeringar i ett tredjelandsbolag.⁷

19. För att i ett sådant sammanhang avgöra huruvida en viss skattemässig behandling omfattas av den fria rörligheten för kapital är det tillräckligt att bedöma syftet med den aktuella nationella lagstiftningen.⁸ I alla händelser saknas det således anledning att beakta de konkreta omständigheterna i det nationella målet, det vill säga ett innehav på 30 procent i det schweiziska bolaget Y. Oberoende av huruvida ett sådant innehav kunde ge X ett bestämmande inflytande över Y:s beslut (något som i och för sig inte är uppenbart med tanke på att det sistnämnda bolaget endast hade en annan aktieägare) kan dessa omständigheter nämligen inte medföra – såvitt avser förbindelser med tredjeländer och med hänsyn tagen till syftet med de berörda bestämmelserna i AStG – att det skulle vara etableringsfriheten (som ju inte omfattar förbindelser med tredjeländer) och inte den fria rörligheten för kapital som är tillämplig.⁹

⁷ Se även dom av den 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, punkterna 27–32), dom av den 11 september 2014, *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, punkterna 38, 41 och 54), och dom av den 24 november 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, punkterna 34, 35 och 41–43).

⁸ Se, analogt, såvitt avser den skattemässiga behandlingen i en medlemsstat av utdelning från ett tredjeland, bland annat dom av den 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 29), och dom av den 24 november 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 34).

⁹ Se dom av den 11 september 2014, *Kronos International* (C-47/12, EU:C:2014:2200, punkt 44 och där angiven rättspraxis). Det ska också erinras om att etableringsrätten, såvitt avser förbindelser med Schweiziska edsförbundet delvis omfattas av det avtal mellan Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater, å ena sidan, och Schweiziska edsförbundet, å andra sidan, om fri rörlighet för personer (EGT L 114, 2002, s. 6), som undertecknades i Luxemburg den 21 juni 1999 och trädde i kraft den 1 juni 2002. Den etableringsrätt som garanteras genom det avtalet gäller emellertid inte för juridiska personer (se dom av den 12 november 2009, *Grimme* (C-351/08, EU:C:2009:697, punkterna 37 och 39), och dom av den 11 februari 2010, *Fokus Invest* (C-541/08, EU:C:2010:74, punkt 31)).

20. Om de ovannämnda omständigheterna i och för sig gjorde att etableringsfriheten fick företräde framför den fria rörligheten för kapital, skulle detta – som jag redan har visat i mitt förslag till avgörande i målet *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2013:710, punkt 20) – medföra att förbudet enligt artikel 56.1 EG förlorade sin ändamålsenliga verkan i fall där det faktiskt inte finns risk för missbruk av etableringsfriheten.

2. Huruvida 7 § AStG utgör en restriktion för kapitalrörelser till och från tredjeländer

21. Som jag ser saken råder det inget tvivel om att en sådan bestämmelse i en skattelagstiftning som 7 § AStG faktiskt utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital mellan medlemsstater och tredjeländer.

22. Härvidlag ska det erinras om att de åtgärder som i egenskap av restriktioner för kapitalrörelser är förbjudna i kraft av artikel 56.1 EG enligt fast rättspraxis omfattar sådana åtgärder som kan avhålla personer med hemvist i en medlemsstat från att investera i andra stater.¹⁰

23. I det aktuella fallet följer det av den hänskjutande domstolens förklaringar att syftet med införlivandereglererna är att hindra – eller undanröja verkan av – att personer som är obegränsat skattskyldiga i Tyskland överför sina ("passiva") inkomster till stater där nivån på vinstbeskattningen är låg enligt den bedömning som avspeglas i tysk rätt. Syftet med dessa regler är således att en tysk bolagsman som äger minst 1 procent av ett tredjelandsbolag ska beskattas med avseende på det bolagets "passiva" inkomster, oberoende av eventuell vinstutdelning. Sådana regler tillämpas definitionsmässigt endast i gränsöverskridande situationer.

24. Som också har framhållits bland annat av den hänskjutande domstolen, den svenska regeringen och kommissionen, behöver nämligen en tysk bolagsman som är obegränsat skattskyldig i Tyskland och äger en motsvarande andel i ett bolag hemmahörande i Tyskland aldrig införliva det bolagets inkomster med sitt beskattningsbara resultat. Den tyska regeringen har för övrigt själv vitsordat, i sitt skriftliga yttrande, att sådana införlivanderegler medför att innehav i utländska bolag behandlas mindre förmånligt än innehav i bolag hemmahörande i Tyskland, eftersom bolagsmän i ett tyskt bolag aldrig beskattas med avseende på det bolagets inkomster innan eventuell utdelning har skett.

25. En sådan skillnad i behandling kan således onekligen avskräcka en tysk skattskyldig person från att investera i tredjeländer.

26. Följaktligen anser jag att en sådan bestämmelse som 7 § AStG utgör en sådan restriktion för kapitalrörelser mellan medlemsstater och tredjeländer som i princip är förbjuden enligt artikel 56 EG.

B. Huruvida artikel 57.1 EG är tillämplig

27. Som jag redan har nämnt, önskar den hänskjutande domstolen genom sina båda första frågor få klarhet i huruvida den restriktion för kapitalrörelser mellan medlemsstater och tredjeländer som just har befunnits föreligga ändå kan tänkas vara tillåten i kraft av frysingsklausulen i artikel 57.1 EG.

28. Enligt den artikeln ska alltså "[b]estämmelserna i artikel 56 [EG] ... inte påverka *tillämpningen* gentemot tredje land *av restriktioner som är i kraft den 31 december 1993* enligt nationell lagstiftning eller unionsrätt för sådana kapitalrörelser till eller från tredje land som gäller *direktinvesteringar* ...".¹¹

10 Se, bland annat, dom av den 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 39).

11 Mina kursiveringar.

29. Restriktioner som föreskrivs i en medlemsstats lagstiftning omfattas således av tillämpningsområdet för artikel 57.1 EG om de – utöver att de tillämpas på ett tredjeland, något som i det nationella målet är ställt utom allt tvivel på tal om Schweiziska edsförbundet – uppfyller det *tidsmässiga* kriterium och det *materiella* kriterium som slås fast i den artikeln.¹²

1. Det tidsmässiga tillämpningsområdet för artikel 57.1 EG

30. Såvitt avser det tidsmässiga tillämpningsområdet för artikel 57.1 EG ska det framhållas att AStG i den lydelse som är i fråga i det aktuella målet trädde i kraft efter den 31 december 1993.

31. Domstolen har emellertid funnit att nationella bestämmelser som har antagits efter det datumet inte enbart av denna anledning automatiskt är uteslutna från den undantagsordning som har inrättats genom unionsrätten. En bestämmelse omfattas nämligen av nämnda ordning om den i huvudsak är identisk med den tidigare lagstiftningen eller om den enbart reducerar eller undanröjer ett hinder för utövandet av unionsrättsliga fri- och rättigheter som har förekommit i den tidigare lagstiftningen.¹³

32. I ett sådant fall kan en medlemsstat enligt rättspraxis göra gällande undantaget i artikel 57.1 EG, förutsatt att restriktionen för kapitalrörelserna för det första oavbrutet har ingått i den medlemsstatens rättsordning sedan den 31 december 1993¹⁴ och för det andra inte föreskrivs i en lagstiftning som dels grundar sig på andra tankegångar än dem som låg till grund för de bestämmelser som var i kraft den 31 december 1993, dels innebär att nya förfaranden införs.¹⁵

33. I det aktuella målet har klaganden i det nationella målet – till skillnad från övriga rättegångsdeltagare – gjort gällande att AStG i den lydelse som gällde före den 31 december 1993 upphävdes genom StSenkG 2000 och att de omtvistade bestämmelser i AStG som är i fråga i det nationella målet, vilka trädde i kraft efter den 31 december 1993, därför inte kan omfattas av frysningsklausulen i artikel 57.1 EG av det skälet att de inte oavbrutet har ingått i den tyska rättsordningen.

34. Jag finner inte det argumentet övertygande.

35. Det är förvisso riktigt, som den hänskjutande domstolen har påpekat, att den tyska lagstiftaren genom att anta StSenkG 2000 beslutade att göra en genomgripande ändring av de införlivanderegler som föreskrevs i AStG i dess gällande lydelse den 31 december 1993. Som också framgår av den hänskjutande domstolens förklaringar, beslutade emellertid den tyska lagstiftaren att StSenkG 2000 – som förvisso hann träda i kraft – inte skulle börja tillämpas förrän från och med det räkenskapsår som började den 1 januari 2002. Vidare är det ostridigt dels att StSenkG 2000, redan innan denna lag hann tillämpas på det räkenskapsår som började den 1 januari 2002, själv upphävdes genom UntStFG 2001, som tillämpades från och med den 1 januari 2002 och på de räkenskapsår som är i fråga i det nationella målet, dels att UntStFG 2001 i huvudsak innehåller exakt samma införlivanderegler som föreskrevs i AStG och som den 31 december 1993 var tillämpliga på direktinvesteringar.

¹² Dessa båda kriterier är, vilket torde vara bekant, kumulativa; se dom av den 10 april 2014, *Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company* (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 53).

¹³ Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 24 maj 2007, *Holböck* (C-157/05, EU:C:2007:297, punkt 41), dom av den 18 december 2007, *A* (C-101/05, EU:C:2007:804, punkt 49), och dom av den 11 februari 2010, *Fokus Invest* (C-541/08, EU:C:2010:74, punkt 42). Noteras ska att domstolen i domen av den 24 november 2016 i målet *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, punkterna 89–92) fann att en medlemsstat inte heller kan åberopa artikel 57.1 EG om den, utan att formellt upphäva eller ändra befintlig lagstiftning, med ett tredjeland ingår ett internationellt avtal, såsom ett associeringsavtal, vilket innehåller en bestämmelse med direkt effekt om liberalisering av direktinvesteringar. Denna situation är emellertid inte relevant i det aktuella målet, eftersom det i fotnot 9 ovan nämnda avtalet om fri rörlighet för personer inte innebär någon liberalisering av sådana kapitalrörelser som avses i artikel 57.1 EG mellan Schweiziska edsförbundet och Europeiska unionen och dess medlemsstater.

¹⁴ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 december 2007, *A* (C-101/05, EU:C:2007:804, punkt 48).

¹⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 24 maj 2007, *Holböck* (C-157/05, EU:C:2007:297, punkt 41), dom av den 18 december 2007, *A* (C-101/05, EU:C:2007:804, punkt 49), och dom av den 24 november 2016, *SECIL* (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 88).

36. Tyska skattskyldiga personer som befann sig i en situation som var analog med X:s situation omfattades således under räkenskapsåren till och med den 31 december 2001 av de införlivanderegler som föreskrevs i AStG, i dess lydelse enligt lagen om bekämpning av skatteundandragande och förenkling av skattelagstiftningen av den 21 december 1993, och från och med det räkenskapsår som började den 1 januari 2002 var de skyldiga att följa de i huvudsak identiska införlivanderegler som föreskrevs i AStG i dess lydelse enligt UntStFG 2001.

37. Den restriktion som förelåg den 31 december 1993, och som klaganden i det nationella målet har invänt mot, har alltså sedan det datumet aldrig upphört att tillämpas i den berörda medlemsstatens förbindelser med tredjeländer utan har sedan dess ingått i den medlemsstatens rättsordning. Om en tysk skattskyldig person under det räkenskapsår som slutade den 31 december 1993 och under de därpå följande räkenskapsåren hade uppburit inkomster analoga med de inkomster som inflöt till klaganden i det nationella målet, med ursprung i en identisk direktinvestering i Schweiz, skulle den personen nämligen oavbrutet ha omfattats av samma regler om införlivande av dessa inkomster med underlaget för den skatt som personen skulle betala i Tyskland avseende de berörda räkenskapsåren.

38. Vad som föreskrivs i artikel 57.1 EG är som sagt att "[b]estämmelserna i artikel 56 [EG] ... inte [ska] påverka *tillämpningen* gentemot tredje land *av restriktioner* som är i kraft den 31 december 1993",¹⁶ vilket betyder att det väsentliga inte är huruvida en viss lagstiftning har upphävts i formell mening eller har ändrats på ett genomgripande sätt, utan i stället huruvida en restriktion som föreskrivs i nämnda lagstiftning, och som var i kraft den 31 december 1993, efter det datumet oavbrutet har fortsatt att ha verkan, och således att tillämpas, i den berörda medlemsstatens förbindelser med tredjeländer. Så är fallet här, eftersom tyska skattskyldiga personer i en situation analog med situationen för klaganden i det nationella målet – som jag nyss har påpekat – såväl före som efter den 31 december 1993 hela tiden har omfattats av reglerna om införlivande av inkomster från direktinvesteringar i tredjelandsbolag; dessa regler har föreskrivits i 7 § AStG i dess olika lydelse, varav den ena trädde i kraft före den 31 december 1993 och den andra efter det datumet.

39. Denna tolkning av artikel 57.1 EG, som grundar sig på "tillämpningen" av de restriktioner som var i kraft den 31 december 1993 och på "verkan" av den nationella lagstiftningen, får stöd i domstolens dom av den 15 februari 2017 i målet X (C-317/15, EU:C:2017:119, punkt 21), där domstolen slog fast att "[t]illämpningen av artikel 64.1 FEUF [tidigare artikel 57.1 EG] [inte] beror ... på syftet med den nationella lagstiftning som innehåller sådana restriktioner, utan på dess verkan".

40. Vidare är det synsätt som jag har förespråkats ovan inte oförenligt med kravet på att göra en restriktiv tolkning av undantaget i artikel 57.1 EG,¹⁷ eftersom nämnda synsätt grundar sig på den artikelns själva lydelse, något som domstolen för övrigt också erinrade om i sin dom av den 15 februari 2017 i målet X (C-317/15, EU:C:2017:119, punkt 21).

41. Nämnda synsätt är inte heller oförenligt med domstolens dom av den 18 december 2007 i målet A (C-101/05, EU:C:2007:804, punkt 49) och dom av den 24 november 2016 i målet SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 87), där domstolen slog fast att "[a]rtikel 64.1 FEUF [tidigare artikel 57.1 EG] [inte] avser ... bestämmelser som, även om de materiellt sett är identiska med en lagstiftning som var i kraft den 31 december 1993, har återinfört ett *hinder* för den fria rörligheten för kapital som – till följd av att den tidigare lagstiftningen avskaffats – *inte längre förekom*".¹⁸

¹⁶ Mina kursiveringar.

¹⁷ Se dom av den 17 oktober 2013, Welte (C-181/12, EU:C:2013:662, punkt 29), och dom av den 21 maj 2015, Wagner-Raith (C-560/13, EU:C:2015:347, punkterna 21 och 42).

¹⁸ Mina kursiveringar.

42. Vad domstolen åsyftade i punkt 49 respektive 87 i de ovannämnda domarna torde nämligen med all sannolikhet vara "klassiska" fall där upphävandet av en nationell lagstiftning medför att en restriktion för den fria rörligheten för kapital omedelbart försvinner och inte fall där en lagstiftning fortsätter att ha verkan efter det att den i formell mening har upphävts.

43. För övrigt anser jag att domstolens dom av den 18 december 2007 i målet A (C-101/05, EU:C:2007:804) snarast också bekräftar den lydelsebaserade tolkning av artikel 57.1 EG som jag förordar.

44. De bestämmelser i den svenska skattelagstiftningen som var i fråga i det målet – enligt vilka endast bolag hemmahörande i Sverige åtnjöt en viss skattefördel – hade upphävts efter den 31 december 1993 och sedan återinförts 1995. I domen gick domstolen emot generaladvokatens förslag till avgörande¹⁹ och fann att Konungariket Sverige, trots att de berörda bestämmelserna i formell mening tillfälligt hade upphävts, kunde göra gällande undantaget enligt artikel 57.1 EG, av det skälet att "förmånen" av den aktuella skattefördelen (skattefrihet för utdelning från bolag hemmahörande i Sverige) hade uteslutits utan avbrott, åtminstone från och med 1992, när det gällde utdelning från bolag hemmahörande i ett tredjeland som varken var part i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet eller hade ingått ett skatteavtal med Konungariket Sverige innehållande en artikel om informationsutbyte.²⁰

45. Vid tillämpningen av artikel 57.1 EG fäste domstolen således större avseende vid verkan av restriktionen för den fria rörligheten för kapital, det vill säga den omständigheten att utdelning från bolag i de berörda tredjeländerna utan avbrott hade varit utesluten från möjligheten till skattefrihet, än vid det formella och tillfälliga upphävandet av de nationella bestämmelser enligt vilka skattefrihet gällde för utdelning från svenska bolag.

46. På motsvarande sätt har det hinder för den fria rörligheten för kapital till och från tredjeland som är i fråga i det här aktuella nationella målet inte på något sätt undanröjts, utan detta hinder har fortsatt att tillämpas efter den 31 december 1993, eftersom AStG i dess äldre lydelse behöll sin verkan till dess att UntStFG 2001 trädde i kraft²¹ och eftersom AStG därefter, i enlighet med UntStFG 2001, materiellt sett innehöll exakt samma införlivanderegler som den 31 december 1993 var tillämpliga på direktinvesteringar.

47. Jag anser således att det tidsmässiga kriteriet enligt artikel 57.1 EG är uppfyllt i det nationella målet.

48. När det gäller huruvida det *materiella* kriteriet enligt samma artikel är uppfyllt har klaganden i det nationella målet anfört vissa invändningar, som jag kommer att se närmare på i det följande, medan övriga rättegångsdeltagare anser att detta kriterium är uppfyllt i det nationella målet.

2. Det materiella tillämpningsområdet för artikel 57.1 EG

49. Enligt klaganden i det nationella målet innebar UntStFG 2001 en materiell ändring av AStG, i dess lydelse före den 31 december 1993. Närmare bestämt tillämpades AStG efter denna ändring inte längre *uteslutande* på direktinvesteringar, utan även på "portföljinvesteringar" i tredjeland. Därför anser klaganden i det nationella målet att AStG, i dess lydelse efter den 31 december 1993, inte längre omfattas av undantaget i artikel 57.1 EG.

¹⁹ Se förslag till avgörande av generaladvokaten Bot i målet A (C-101/05, EU:C:2007:493, punkterna 109 och 115).

²⁰ Se dom av den 18 december 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, punkt 51).

²¹ Verkniningarna av en upphävd nationell lagstiftning beaktas ju för övrigt även vid bedömningen av huruvida en medlemsstat har åsidosatt en av sina skyldigheter enligt unionsrätten, om sådana verkniningar föreligger vid utlöpanet av den tvist som kommissionen har angett i sitt motiverade yttrande; se, bland annat, dom av den 6 december 2007, kommissionen/Tyskland (C-456/05, EU:C:2007:755, punkterna 15 och 16, och där angiven rättspraxis).

50. Jag delar inte denna bedömning, av de skäl som anges i det följande.

51. Som jag redan har påpekat – i punkt 32 i detta förslag till avgörande – innebär rättspraxis att frysningsklausulen i artikel 57.1 EG inte kan tillämpas på en nationell lagstiftning som har antagits efter den 31 december 1993, om denna nya lagstiftning dels grundar sig på andra tankegångar än den lagstiftning som fanns före det datumet, dels innebär att nya förfaranden införs.

52. Så är emellertid, enligt min uppfattning, inte fallet med den ändring i AStG som – efter den 31 december 1993 – gjordes genom UntStFG 2001 och som (såsom den hänskjutande domstolen har visat) enbart innebar att den tyska lagstiftaren sänkte den nedre gränsen för när reglerna i AStG om införlivande av inkomster med beskattningsunderlaget ska tillämpas. Dessa regler är desamma som före ändringen, bortsett från att de numera tillämpas även på innehav som *understiger* 10 procent av det berörda tredjelandsbolagets kapital.

53. De relevanta bestämmelserna i AStG i dess lydelse före den 31 december 1993 innebar förvisso att tyska skattskyldiga personer beskattades med avseende på inkomster från innehav i tredjelandsbolag som uppgick till *minst* 10 procent av dessa bolags kapital.

54. Såsom den hänskjutande domstolen har framhållit, och såsom även klaganden i det nationella målet har vitsordat, tillämpades AStG, i dess lydelse före den 31 december 1993, alltså uteslutande på direktinvesteringar, i den mening som avses i artiklarna 56 EG och 57 EG.

55. Av rättspraxis framgår att begreppet ”direktinvesteringar” avser investeringar av alla slag som görs av fysiska eller juridiska personer och som har till syfte att upprätta eller vidmakthålla varaktiga och direkta relationer mellan den person som tillhandahåller kapitalet och den företagare eller det företag som får tillgång till kapitalet för sin ekonomiska verksamhet. Såvitt avser förvärv av delar i nya eller befintliga företag som har bildats i form av aktiebolag förutsätter syftet att upprätta eller vidmakthålla varaktiga ekonomiska relationer att aktieägarens andelsinnehav gör det möjligt för denne att, i enlighet med nationell lagstiftning om aktiebolag eller på annat sätt, *effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av bolaget*.²² Begreppet omfattar även de inkomster som härrör från sådana direktinvesteringar.²³

56. Kravet på innehav av minst 10 procent av ett bolags kapital – som uppställdes i AStG i dess lydelse före den 31 december 1993 – innebar således i princip ett krav på att det skulle röra sig om en direktinvestering, eftersom ett andelsinnehav på den nivån med all säkerhet ger möjlighet att effektivt medverka i ledningen av ett bolag, även om det inte nödvändigtvis ger möjlighet att kontrollera bolaget.²⁴

57. Vidare innefattar det materiella tillämpningsområdet för artikel 57 EG – till skillnad från det materiella tillämpningsområdet för artikel 56 EG – inte ”portföljinvesteringar”, vilket betyder att det inte är möjligt att med stöd av artikel 57 EG fortsätta att tillämpa restriktioner för kapitalrörelser till eller från tredjeländer som avser sådana investeringar. I detta sammanhang ska det erinras om att begreppet ”portföljinvesteringar” enligt rättspraxis avser förvärv av värdepapper på kapitalmarknaderna med det enda syftet att genomföra en penningplacering, *utan avsikt att inverka på ledningen eller kontrollen av företaget*.²⁵

22 Se, bland annat, dom av den 20 maj 2008, Orange European Smallcap Fund (C-194/06, EU:C:2008:289, punkterna 100–102), och dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkterna 75 och 76).

23 Se, såvitt avser utbetalning av utdelning som följer av direktinvesteringar, bland annat dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 77 och där angiven rättspraxis).

24 Se, för ett liknande resonemang, även förslag till avgörande av generaladvokaten Wathelet i målet EV (C-685/16, EU:C:2018:70, punkt 83).

25 Se, för ett liknande resonemang, bland annat dom av den 21 december 2016, AGET Iraklis (C-201/15, EU:C:2016:972, punkt 58 och där angiven rättspraxis).

58. Att gränsen för andelsinnehavets storlek sänktes från 10 procent till 1 procent genom den ändring i AStG som gjordes genom UntStFG 2001 medförde tvivelsutan att tillämpningsområdet för AStG kom att innefatta även portföljinvesteringar.²⁶

59. Jag anser emellertid, i linje med vad den hänskjutande domstolen också säger sig vara benägen att anse, att en sådan konsekvens, vilken påverkar en kategori av investeringar som i alla händelser faller utanför tillämpningsområdet för artikel 57.1 EG, inte får någon inverkan på nämnda artikels tillämplighet i situationer där det enda som är i fråga är direktinvesteringar.

60. En lagstiftning i en medlemsstat som *utan åtskillnad* innebär restriktioner för både portföljinvesteringar och direktinvesteringar i eller från tredjeländer²⁷ kan nämligen falla inom tillämpningsområdet för artikel 57.1 EG till den del som nämnda lagstiftning är tillämplig på direktinvesteringar.

61. Detta är också en underförstådd innebörd av den bedömning som EU-domstolen gjorde i sin dom av den 18 december 2007 i målet A (C-101/05, EU:C:2007:804, punkt 52), nämligen att utslutning från den förmån avseende skattefrihet för utdelning som var i fråga i det berörda målet kunde omfattas av artikel 57.1 EG under de omständigheter som var för handen i det målet, ”åtminstone när denna utdelning hänför sig till direktinvesteringar i det utdelande bolaget”. EU-domstolen tillade därvid att det ankom på den hänskjutande domstolen att kontrollera huruvida så var fallet.

62. Detta synsätt bekräftades sedan uttryckligen i domen av den 15 februari 2017 i målet X (C-317/15, EU:C:2017:119, punkterna 21, 24 och 25). Där klargjorde nämligen EU-domstolen att den omständigheten att en restriktion för den fria rörligheten för kapital som föreskrivs i en nationell lagstiftning kan tillämpas även på andra kategorier av kapitalrörelser än dem som uttömmande räknas upp i artikel 64.1 FEUF (före detta artikel 57.1 EG) inte hindrar att artikel 64.1 FEUF kan vara tillämplig under de förhållanden som åsyftas i densamma.

63. En medlemsstat vars nationella lagstiftning innebär en restriktion i förhållande till tredjeländer dels för direktinvesteringar (som faller inom tillämpningsområdet för artikel 57.1 EG), dels för portföljinvesteringar (som faller utanför den artikelns tillämpningsområde), utan att någon åtskillnad görs mellan dessa båda slag av investeringar, kan således göra gällande frysningsklausulen i nämnda artikel *till den del som den berörda nationella lagstiftningen är tillämplig på direktinvesteringar*.²⁸

64. När det gäller det nationella målet anser jag – i överensstämmelse med ovan anförd rättspraxis och *såvitt avser direktinvesteringar* – att det inte finns något hinder för att Förbundsrepubliken Tyskland ska ha rätt att göra gällande artikel 57.1 EG, med tanke på att UntStFG 2001 varken ändrade de tankegångar som låg till grund för AStG i dess före den 31 december 1993 tillämpliga lydelse eller innebar att nya förfaranden infördes. Med andra ord kan artikel 57.1 EG göras gällande i den mån som innehavet i det berörda tredjelandsbolaget, mot bakgrund av omständigheterna i det aktuella fallet, ger den i Tyskland obegränsat skattskyldige bolagsmannen möjlighet att effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av bolaget, det vill säga i den mån som innehavet motsvarar en direktinvestering, i den mening som avses i nämnda artikel.

26 I domen av den 10 februari 2011 i målet Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 137) fann domstolen väsentligen att andelsinnehav understigande 10 procent av det berörda bolagets kapital inte är att anse som direktinvesteringar i den mening som avses i artikel 64.1 FEUF.

27 Här ska det erinras om att domstolen i domen av den 24 maj 2007 i målet Holböck (C-157/05, EU:C:2007:297) fann att artikel 57.1 EG kunde omfatta restriktioner för den fria rörligheten för kapital som följde av en lagstiftning som utan åtskillnad var tillämplig *på medlemsstater och tredjeländer* och som rörde utbetalning av utdelning knuten till innehav som gav aktieägaren möjlighet att effektivt medverka i ledningen eller kontrollen av det utdelande bolaget.

28 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 15 februari 2017, X (C-317/15, EU:C:2017:119, punkt 23 och där angiven rättspraxis).

65. Allmänt gäller att det i varje enskilt fall där en tillämpning av frysningssklausulen i artikel 57.1 EG är aktuell det ankommer på den nationella domstolen att kontrollera huruvida den ifrågasatta restriktionen för kapitalrörelser till eller från tredjeländer berör de kategorier som räknas upp i den artikeln, i synnerhet direktinvesteringar.

66. I det nationella målet har den hänskjutande domstolen visserligen inte uttryckligen angett att X:s innehav av 30 procent av kapitalet i det schweiziska bolaget Y är att anse som en direktinvestering, men den första tolkningsfrågan grundar sig ändå på antagandet att så är fallet – annars vore den frågan knappast relevant. I alla händelser ger ett innehav av den storleksordningen en aktieägare möjlighet att effektivt medverka i ledningen av ett bolag, även om det inte nödvändigtvis ger möjlighet till faktisk kontroll över bolaget.²⁹ Dessutom torde X:s situation, med tanke på storleken på dess aktieinnehav i Y, inte ha påverkats av den ändring i AStG som gjordes genom UntStFG 2001 såvitt avser den nedre gränsen för tillämpning av reglerna om införlivande av inkomster – något som kommissionen också har framhållit i sitt skriftliga yttrande. Ett tyskt bolag som befann sig i en exakt likadan situation som X skulle nämligen såväl före som efter den 31 december 1993 ha varit skyldigt att låta underlaget för den skatt som det skulle betala i Tyskland innefatta inkomster som härrör från ett sådant innehav.³⁰

67. Under dessa omständigheter anser jag att Förbundsrepubliken Tyskland har rätt att göra gällande artikel 57.1 EG, av det skälet att den situation som är i fråga i det nationella målet rör en restriktion för kapitalrörelser som var i kraft den 31 december 1993 och som avser direktinvesteringar, varvid de ändringar som efter det datumet har gjorts i den lagstiftning där denna restriktion föreskrivs inte kan anses ha ändrat de tankegångar som låg till grund för den lagstiftning som var i kraft före den 31 december 1993 och inte heller kan anses ha inneburit att nya förfaranden har införts.

68. Om EU-domstolen ansluter sig till denna bedömning, innebär detta att den hänskjutande domstolens tredje tolkningsfråga – som rör huruvida restriktionen för den fria rörligheten för kapital är motiverad – blir meningslös. Jag kommer därför endast i andra hand att se närmare på den frågan.

C. I andra hand redovisade synpunkter på huruvida restriktionen för den fria rörligheten för kapital är motiverad

69. Om en nationell lagstiftning i vilken det föreskrivs en skillnad i behandling inte omfattas av artikel 57.1 EG, kan denna lagstiftning i överensstämmelse med artikel 58.1 EG anses vara förenlig med EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet för kapital endast om nämnda skillnad avser situationer som inte är objektivt jämförbara eller om den motiveras av tvingande skäl av allmänintresse.³¹

1. Huruvida situationerna är objektivt jämförbara

70. Den tyska regeringen har gjort gällande att den skillnad i behandling som framgår av punkt 24 i detta förslag till avgörande avser situationer som inte är objektivt jämförbara. Reglerna i AStG (i den lydelse som är tillämplig på de faktiska omständigheterna i det nationella målet) om införlivande av inkomster från CFC-bolag berör nämligen, enligt den tyska regeringen, uteslutande bolag med säte i tredjeland som är föremål för låg beskattning. Att Förbundsrepubliken Tyskland saknar rätt att beskatta inkomster som härrör från investeringar i utländska bolag, men däremot har beskattningsrätt avseende inkomster som härrör från likvärdiga investeringar i tyska bolag, utgör enligt den tyska

²⁹ Såvitt avser omständigheterna i det nationella målet har den hänskjutande domstolen angett att det utöver X fanns ytterligare en aktieägare i Y, nämligen ett schweiziskt bolag. Det bolaget äger således 70 procent av aktierna i Y, vilket kan tänkas innebära att kontrollen av Y är gemensam.

³⁰ Det är nödvändigt att hänvisa till ett hypotetiskt allmänt fall, eftersom X ju inte förvärvade några andelar i Y förrän 2005, det vill säga långt efter den 31 december 1993.

³¹ Se dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 57 och där angiven rättspraxis).

regeringen en väsentlig skillnad. Den tyska regeringen har i detta sammanhang också anfört att domstolen i domen av den 17 december 2015 i målet *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829, punkt 65) funnit att jämförbarhet inte föreligger mellan situationen för en skattskyldig med fast driftställe i Tyskland och situationen för en skattskyldig med fast driftställe i utlandet.

71. Den tyska regeringens argument måste avvisas helt. Själva ändamålet med § 7 AStG (i samtliga lydelse) är just att se till att Förbundsrepubliken Tyskland kan utöva beskattningsrätt i förhållande till inkomster som ett bolag med hemvist i landet uppbär till följd av en investering i ett bolag i ett tredjeland där skatten enligt det synsätt som tillämpas i tysk skatterätt är att anse som ”låg”. Syftet med nämnda bestämmelse är således att se till att situationen för sådana utlandsinvesteringar i största möjliga utsträckning blir densamma som situationen för bolag med hemvist i Tyskland som har investerat i andra bolag med hemvist i Tyskland, och avsikten är att i största möjliga utsträckning motverka de skattemässiga fördelar som ett bolag kan uppnå genom att investera i utlandet snarare än i Tyskland.

72. Omständigheterna i det aktuella målet påminner – både med avseende på det syfte som eftersträvas genom § 7 AStG och med avseende på den situation som den bestämmelsen innebär för ett bolag som har investerat i ett bolag i ett tredjeland där skatterna är ”låga” jämfört med skatterna i det investerande bolagets hemviststat – om omständigheterna i målet som gav upphov till dom av den 12 september 2006, *Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544). Det målet rörde Förenade kungarikets CFC-lagstiftning, enligt vilken ett moderbolag med hemvist i Förenade kungariket var skattskyldigt för ett CFC-bolags vinst om CFC-bolaget i sin hemviststat var föremål för en ”lägre” beskattningsnivå, i den mening som avsågs i den berörda lagstiftningen.

73. Såvitt avser jämförbarheten mellan en sådan situation och en inhemsk situation fann domstolen att det förelåg en ”skillnad i behandling” som skapade ”en skattemässig nackdel” för ett bolag med hemvist i Förenade kungariket på vilket CFC-lagstiftningen var tillämplig, i så måtto att ett sådant bolag beskattades med avseende på en annan juridisk persons vinst, vilket däremot inte var fallet för ett bolag med hemvist i Förenade kungariket som hade ett dotterbolag som beskattades i Förenade kungariket.³²

74. Situationen är densamma för ett tyskt bolag (såsom X) som träffas av § 7 AStG därför att det har investerat i ett bolag med hemvist i Schweiz (såsom Y).

75. Dessa överväganden påverkas inte, som jag ser saken, av punkt 65 i domen av den 17 december 2015 i målet *Timac Agro Deutschland* (C-388/14, EU:C:2015:829), som den tyska regeringen har hänvisat till. Domstolen slog förvisso i nämnda punkt i den domen fast att ”situationen för ett fast driftställe beläget i Österrike inte [är] jämförbar med den som gäller för ett fast driftställe beläget i Tyskland vad gäller de bestämmelser som Förbundsrepubliken Tyskland föreskriver i syfte att

³² Dom av den 12 september 2006, *Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 45). I samma punkt i domen prövade domstolen också huruvida situationen för ett bolag med hemvist i Förenade kungariket som omfattades av CFC-lagstiftningen var jämförbar med situationen för ett bolag med hemvist i Förenade kungariket vars dotterbolag med hemvist utanför Förenade kungariket inte var föremål för en lägre beskattning – alltså huruvida två olika gränsoverskridande situationer var jämförbara. Den omständigheten att domstolen lade till det jämförelsekriteriet, något som torde ha avspeglats av generaladvokaten Légers förslag till avgörande i målet *Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:278), har blivit föremål för ett visst mått av diskussion bland generaladvokaterna (se mitt förslag till avgörande i målet *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:197, punkterna 124–155) och generaladvokaten Bots förslag till avgörande i målet *Orange European Smallcap Fund* (C-194/06, EU:C:2007:403, punkterna 101–108)), men detta kompletterande kriterium har inte – åtminstone såvitt jag känner till – förekommit i rättspraxis sedan dess. Jag kommer därför inte att diskutera den frågan ytterligare här.

undanröja eller lindra dubbelbeskattning av det inhemska bolagets inkomster”, men bakgrunden till detta var att Förbundsrepubliken Tyskland, för det räkenskapsår som var i fråga i det målet, hade upphört att utöva ”beskattningsrätt avseende inkomsterna från ett sådant fast driftställe, och [att] det inte längre [var] tillåtet att dra av underskott från ett sådant driftställe i Tyskland”.³³

76. Som jag har visat ovan, innebär § 7 AStG just att Förbundsrepubliken Tyskland får beskattningsrätt i förhållande till inkomster från ett CFC-bolag med hemvist i ett tredjeland (i det aktuella fallet Y) genom att dessa inkomster införlivas med beskattningsunderlaget för en annan juridisk person, som har hemvist i Tyskland (i det aktuella fallet bolaget X). Till yttermera visso framgår det klart och tydligt av redogörelsen för de faktiska omständigheterna i det nationella målet att denna beskattningsrätt gentemot bolaget med hemvist i Tyskland utövas med avseende på både överskott och underskott i CFC-bolaget, vilka införlivas med det tyska bolagets beskattningsunderlag respektive beaktas vid fastställandet av nämnda underlag.

77. Det råder inget tvivel om att skattereglerna för ett bolag med hemvist i Tyskland som har investerat i ett bolag med hemvist i ett tredjeland där beskattningsnivån är ”låg” skiljer sig från skattereglerna för ett bolag med hemvist i Tyskland som har investerat i ett annat bolag med hemvist i Tyskland. EU-domstolen har emellertid – såsom den hänskjutande domstolen också har påpekat – slagit fast att tillämpningen av olika skatteregler på ett bolag med hemvist i en medlemsstat beroende på huruvida detta bolag innehar andelar i bolag som har hemvist i den medlemsstaten eller utanför denna inte i och för sig kan utgöra ett giltigt kriterium för att bedöma huruvida dessa båda situationer är objektivt jämförbara och således inte heller för att fastställa huruvida det föreligger en objektiv skillnad mellan situationerna.³⁴ Det är ju själva tillämpningen av olika skatteregler som utgör upphovet till skillnaden i behandling, samtidigt som den berörda medlemsstaten i båda fallen utövar beskattningsrätt i förhållande till de inkomster som flyter in till de aktuella bolagen med hemvist i den medlemsstaten.

78. Av detta följer enligt min uppfattning att om den berörda restriktionen för den fria rörligheten för kapital inte är tillåten enligt artikel 57.1 EG, får den inte behållas annat än om den är motiverad med hänvisning till ett tvingande skäl av allmänintresse.

2. Huruvida det föreligger tvingande skäl av allmänintresse

79. Den hänskjutande domstolen har i skälen till begäran om förhandsavgörande avvisat tanken på att den restriktion för den fria rörligheten för kapital till och från tredjeländer som följer av § 7 AStG skulle kunna motiveras med hänvisning till behovet av att säkerställa skatteintäkter. Däremot undrar den hänskjutande domstolen huruvida en motivering skulle kunna stå att finna i målet att motverka rent konstlade upplägg med syftet att kringgå den berörda medlemsstatens lagstiftning, en berättigandegrund som EU-domstolen i princip godtog i domen av den 12 september 2006 i målet Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544). Den hänskjutande domstolen är emellertid osäker på dels huruvida nämnda rättspraxis är tillämplig, med tanke på att det berörda målet avsåg etableringsfriheten, dels – för den händelse att nämnda praxis faktiskt helt och hållet kan överföras till en sådan situation som den som är i fråga i det nationella målet – på huruvida införlivandereglerna i AStG är proportionerliga. Med avseende på det sistnämnda har den hänskjutande domstolen framhållit att dessa regler inte enbart träffar fall där rent konstlade upplägg är i fråga utan tillämpas oberoende av den ekonomiska funktionen för CFC-bolaget i det berörda tredjelandet, varvid en skattskyldig person med hemvist i Tyskland som har gjort en investering saknar möjlighet att visa att denna investering har gjorts av ekonomiska skäl.

³³ Såvitt avser de föregående räkenskapsåren, då Förbundsrepubliken Tyskland tillät avdrag för underskott i ett fast driftställe i Österrike, fann domstolen i själva verket att situationen för ett bolag med hemvist i Tyskland och ett fast driftställe i Österrike var jämförbar med situationen för ett bolag med hemvist i Tyskland och ett fast driftställe i Tyskland; se dom av den 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punkterna 28 och 59).

³⁴ Se dom av den 22 januari 2009, STEKO Industriemontage (C-377/07, EU:C:2009:29, punkt 33).

80. Den tyska regeringen har för sin del gjort gällande att införlivandereglererna i AStG kan motiveras med hänvisning till två olika tvingande skäl av allmänintresse, nämligen dels behovet av att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten,³⁵ dels behovet av att förhindra skatteflykt,³⁶ särskilt behovet av att bekämpa rent konstlade upplägg. Den franska regeringen har i sitt skriftliga yttrande hävdade att införlivandereglererna även kan motiveras med hänvisning till målet att säkerställa en effektiv skattekontroll.³⁷

81. För egen del ansluter jag mig, för det första, förbehållslöst till den hänskjutande domstolens bedömning att en medlemsstat inte kan motivera en restriktion för den fria rörligheten för kapital till tredjeländer med hänvisning till sitt behov av att slå vakt om sina skatteintäkter. Detta skäl, som är av rent ekonomisk art, har EU-domstolen nämligen redan förkastat såvitt avser situationer där kapitalrörelser till och från tredjeländer har varit i fråga.³⁸ Det finns inget i det här aktuella målet som skulle kunna berättiga ett avsteg från den lösningen – och den tyska regeringen har faktiskt inte heller försökt hänvisa till det skälet inför EU-domstolen.

82. För det andra vill jag framhålla att behovet av att motverka rent konstlade upplägg enligt EU-domstolen kan motivera en restriktion för en grundläggande rätt till fri rörlighet mellan medlemsstater dels i kombination med andra tvingande skäl av allmänintresse, såsom bekämpande av missbruk³⁹ och förhindrande av skattebedrägeri eller skatteflykt,⁴⁰ dels i kombination med ett av dessa båda skäl jämte det skäl som avser säkerställande av en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna,⁴¹ dels – av allt att döma – i egenskap av självständigt skäl av allmänintresse.⁴²

35 Såvitt avser erkännandet av det legitima i målet att säkerställa en väl avvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, se bland annat dom av den 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punkt 45), dom av den 10 maj 2012, Santander Asset Management SGIIC m.fl. (C-338/11–C-347/11, EU:C:2012:286, punkt 47), och dom av den 24 februari 2015, Grünewald (C-559/13, EU:C:2015:109, punkt 40). Såvitt avser utvidgningen av tillämpningsområdet för denna berättigande grund till att omfatta även restriktioner för den fria rörligheten för kapital till och från tredjeländer, se dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 100 och där angiven rättspraxis).

36 Såvitt avser erkännandet av förebyggande av skatteflykt som mål av allmänintresse, även i förbindelserna med tredjeländer, se bland annat dom av den 30 januari 2007, kommissionen/Danmark (C-150/04, EU:C:2007:69, punkt 51 och där angiven rättspraxis), dom av den 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 65), och dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 62).

37 Såvitt avser erkännandet av att behovet av att säkerställa en effektiv skattekontroll har allmänintresse, även i förbindelserna med tredjeländer, se bland annat dom av den 18 december 2007, A (C-101/05, EU:C:2007:804, punkt 55), och dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 58).

38 Se dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkterna 125 och 126), och dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 101).

39 Se, bland annat, dom av den 4 december 2008, Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, punkt 35), och dom av den 22 december 2010, Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, punkt 28). Såvitt avser fall där det aktuella skälet har knutits till förhindrande av missbruk och skatteflykt, se bland annat dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkterna 48, 51 och 55), och dom av den 18 juni 2009, Aberdeen Property Fininvest Alpha (C-303/07, EU:C:2009:377, punkterna 63–65). Såvitt avser ett fall där det aktuella skälet har knutits till förhindrande av missbruk och bedrägerier, se dom av den 21 december 2016, Masco Denmark och Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, punkt 30).

40 Såvitt avser fall där det aktuella skälet har knutits till förhindrande av skattebedrägeri, se bland annat dom av den 19 november 2009, kommissionen/Italien (C-540/07, EU:C:2009:717, punkt 57), dom av den 28 oktober 2010, Établissements Rimbaud (C-72/09, EU:C:2010:645, punkt 34), och dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 59). Såvitt avser fall där det aktuella skälet har knutits till förhindrande av skatteflykt, se bland annat dom av den 18 juli 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punkt 58), dom av den 17 september 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, punkt 89), dom av den 21 januari 2010, SGI (C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 65), och dom av den 17 december 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punkt 42). Såvitt avser fall där det aktuella skälet har knutits till båda dessa tvingande skäl av allmänintresse, se, bland annat, dom av den 3 oktober 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, punkterna 33–35), och dom av den 7 november 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punkterna 61 och 62).

41 Se dom av den 13 mars 2007, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkterna 74 och 75).

42 Se dom av den 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company m.fl. (C-80/12, EU:C:2014:200, punkterna 31 och 35), och dom av den 6 mars 2018, SEGRO och Horváth (C-52/16 och C-113/16, EU:C:2018:157, punkterna 114 och 115).

83. Att detta är ett legitimt syfte att eftersträva har vidare – i motsats till vad den hänskjutande domstolen har angett – erkänts inte endast inom ramen för tillämpningen av etableringsfriheten, utan också i fråga om restriktioner för den fria rörligheten för kapital mellan medlemsstater⁴³ och mellan medlemsstater och tredjeländer.⁴⁴

84. Såvitt avser det sistnämnda vill jag påpeka att EU-domstolen, i domen av den 24 november 2016 i målet SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkterna 59–62), prövade huruvida en skillnad i den skattemässiga behandlingen av bolag med hemvist i Portugal beroende på huruvida de erhöll utdelning från bolag som också hade hemvist i Portugal eller från bolag med hemvist i tredjeländer (Tunisien och Libanon) – en skillnad som av EU-domstolen befanns utgöra en restriktion för den fria rörligheten för kapital – kunde motiveras med hänvisning till behovet av att förhindra skattebedrägeri eller skatteflykt. EU-domstolens prövning av denna fråga utmynnade i slutsatsen att den skattelagstiftning som var i fråga i målet ”innebär ... att möjligheten att undvika eller mildra dubbelbeskattning av utdelning generellt utesluts när utdelningen erhålls från bolag som är etablerade i tredjeländer, utan att lagstiftningen specifikt syftar till att hindra beteenden som består i att åstadkomma rent konstlade upplägg, som inte har någon förankring i den ekonomiska verkligheten, i syfte att undvika den skatt som normalt sk[ulle] betalas eller att erhålla en skatteförmån”.⁴⁵ Detta konstaterande föranledde EU-domstolen att slå fast att den berörda restriktionen för den fria rörligheten för kapital inte kunde motiveras med hänvisning till skäl som hade samband med behovet av att förhindra skattebedrägeri eller skatteflykt.

85. Två slutsatser kan dras av nämnda dom. Till att börja med visar den att en medlemsstat faktiskt har rätt att som skäl till en restriktion för den fria rörligheten för kapital till eller från tredjeländer anföra målet att bekämpa rent konstlade upplägg med syftet att undvika den skatt som normalt ska betalas. Jag kan för övrigt inte se någon logisk förklaring till att en medlemsstat enbart såvitt avser förbindelserna med tredjeländer skulle sakna rätt att hänvisa till det skälet. Vidare bekräftar nämnda dom att detta skäl då har samma räckvidd som när det anförs såvitt avser förbindelserna mellan medlemsstater. I synnerhet måste den berörda skattelagstiftningen *specifikt* syfta till att hindra beteenden som består i att åstadkomma rent konstlade upplägg.

86. Härvidlag anser jag att införlivandereglerna i AStG går längre än vad som är nödvändigt för att uppnå målet att bekämpa rent konstlade upplägg vars enda syfte är att undvika den skatt som normalt ska betalas. I detta sammanhang är det mindre väsentligt exakt hur prövningen av detta skäl ska gå till. Närmare bestämt är det av underordnad betydelse huruvida nämnda skäl ska prövas som ett självständigt tvingande skäl av allmänintresse, något som den hänskjutande domstolen har förordat, eller huruvida det i stället ska prövas inom ramen för det tvingande skäl av allmänintresse som utgörs av förhindrande av skatteflykt, vilket den tyska regeringen har hävdad.

87. De aktuella reglerna avser nämligen inte *specifikt* rent konstlade upplägg, utan de tillämpas allmänt, utifrån en presumtion om skatteflykt som inte kan brytas,⁴⁶ på samtliga i Tyskland obegränsat skattskyldiga personer som innehar minst 1 procent av kapitalet i ett bolag med hemvist i ett tredjeländ där beskattningen – enligt den ensidiga bedömning som kommer till uttryck i den tyska skattelagstiftningen – anses vara ”låg”.

43 Se, bland annat, dom av den 17 september 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, punkt 89), dom av den 3 oktober 2013, Itecar (C-282/12, EU:C:2013:629, punkt 34), och dom av den 6 mars 2018, SEGRO och Horváth (C-52/16 och C-113/16, EU:C:2018:157, punkterna 114 och 115).

44 Dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 165), och dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkterna 59–62).

45 Dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 61) (min kursivering).

46 Noteras ska att den tyska regeringen under den muntliga förhandlingen i domstolen vitsordade att denna presumtion inte kan brytas.

88. Detta allmänna tillämpningsområde innebär att vad som eftersträvas genom införlivandereglerna i AStG inte är ett specifikt mål i form av förhindrande av beteenden som består i att åstadkomma rent konstlade upplägg, utan förankring i den ekonomiska verkligheten, enbart i syfte att undvika den skatt som normalt ska betalas.⁴⁷

89. Följaktligen anser jag att införlivandereglerna i AStG inte kan motiveras med hänvisning till skäl som rör förhindrande av skatteflykt och bekämpande av rent konstlade upplägg.

90. Alltså saknas det anledning att yttra sig över den uppmaning som den franska regeringen har framställt i sitt skriftliga yttrande, med innebörden att domstolen borde slå fast att medlemsstaterna, såvitt avser deras förbindelser med tredjeländer, har rätt att behålla en nationell lagstiftning avsedd att motverka rent konstlade upplägg vilka har som sitt *huvudsakliga* – alltså inte *enda* – syfte att undvika den skatt som normalt ska betalas.⁴⁸ I alla händelser framgår det klart och tydligt av domstolens dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 165) och dess dom av den 24 november 2016 i målet SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 59) att ett rent konstlat upplägg – även såvitt avser förbindelser med tredjeländer – är en transaktion som genomförs i det *enda* syftet att undvika den skatt som normalt ska betalas eller att erhålla en skatteförmån.

91. För det tredje är det enligt min uppfattning svårare att svara på frågan huruvida införlivandereglerna i AStG kan motiveras med samtidig hänvisning till behovet av att vidmakthålla beskattningsrättens fördelning mellan stater och behovet av att säkerställa en effektiv skattekontroll.

92. På det principiella planet ska det framhållas att domstolen redan har prövat dessa båda tvingande skäl av allmänintresse tillsammans⁴⁹ och funnit att medlemsstaterna kan anföra dem för att motivera restriktioner för den fria rörligheten för kapital till eller från tredjeländer.⁵⁰

93. Behovet av att slå vakt om medlemsstaternas beskattningsrätt kan godtas som berättigande grund när syftet med det ifrågavarande systemet är att förebygga ageranden som kan äventyra en medlemsstats rätt att beskatta verksamhet som bedrivs inom dess territorium.⁵¹

47 Se, för ett liknande resonemang, analogt, dom av den 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company m.fl. (C-80/12, EU:C:2014:200, punkt 34), dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 165), och dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 61).

48 Den franska regeringen har hämtat stöd för sina argument dels i domstolens dom av den 13 mars 2007 i målet Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161, punkt 81), dels i vissa av unionens sekundärrättsakter, vilka antogs långt efter det att de faktiska omständigheterna i det nationella målet inträffade (och således i alla händelser saknar relevans), särskilt rådets direktiv (EU) 2016/1164 av den 12 juli 2016 om fastställande av regler mot skatteflyktsmetoder som direkt inverkar på den inre marknads funktion (EUT L 193, 2016, s. 1). Det är riktigt att domstolen i punkt 81 sin dom av den 13 mars 2007 i målet Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161) hänvisar, på tal om huruvida en transaktion är att anse som ett "fiktivt upplägg", till det "huvudsakliga" och inte det enda syftet med transaktionen, men i punkt 82 i samma dom talar domstolen om fiktiva upplägg "uteslutande för skatteändamål". Såvitt jag vet har punkt 81 i domen av den 13 mars 2007 i målet Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation (C-524/04, EU:C:2007:161) citerats endast en gång i senare praxis, nämligen i punkt 30 i domen av den 17 januari 2008 i målet Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24). Annars domineras praxis fullständigt av hänvisningar till det enda eller uteslutande syftet med en viss transaktion; se dom av den 4 december 2008, Jobra (C-330/07, EU:C:2008:685, punkt 35), dom av den 17 september 2009, Glaxo Wellcome (C-182/08, EU:C:2009:559, punkterna 89 och 92), dom av den 22 december 2010, Tankreederei I (C-287/10, EU:C:2010:827, punkt 28), dom av den 10 februari 2011, Haribo Lakritzen Hans Riegel och Österreichische Salinen (C-436/08 och C-437/08, EU:C:2011:61, punkt 165), dom av den 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punkt 41), dom av den 3 oktober 2013, Itelcar (C-282/12, EU:C:2013:629, punkt 34), dom av den 13 november 2014, kommissionen/Förenade kungariket (C-112/14, ej publicerad, EU:C:2014:2369, punkt 25), dom av den 24 november 2016, SECIL (C-464/14, EU:C:2016:896, punkt 59), och dom av den 7 september 2017, Eqiom och Enka (C-6/16, EU:C:2017:641, punkt 34). Se även beslut av den 23 april 2008, Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation (C-201/05, EU:C:2008:239, punkt 84).

49 Se dom av den 5 juli 2012, SIAT (C-318/10, EU:C:2012:415, punkt 48).

50 Se dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkterna 71 och 100, och där angiven rättspraxis).

51 Dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 98 och där angiven rättspraxis).

94. Enligt min mening råder det inget tvivel om att införlivandereglerna i AStG är ägnade att uppnå syftet att motverka sådana ageranden, eftersom dessa regler i det nationella målet är avsedda att förhindra att verksamhet som bedrivs av tyska idrottsklubbar undandras från Förbundsrepubliken Tysklands beskattningsrätt genom att förvaltningen av andelar i dessa klubbars vinster överläts på ett bolag med hemvist i ett tredjeland. Tanken bakom att nämnda tredjelandsbolags inkomster från verksamheten i fråga om förvaltning av andelarna i de tyska idrottsklubbarnas vinster införlivas med beskattningsunderlaget för dess tyska bolagsman, det vill säga bolaget X, är att undvika en urholkning av underlaget för beskattning av X i Tyskland.

95. Dessutom framstår vissa aspekter av denna nationella åtgärd i mina ögon som fullt tillräckliga. Till att börja med tillämpas införlivandereglerna i AStG endast på "passiva" verksamheter som bedrivs av CFC-bolag med hemvist i tredjeländer där bolagsskatten är lägre än 25 procent. Vidare är det visserligen riktigt att införlivandereglerna tillämpas oberoende av eventuell vinstutdelning, medan *faktisk* utdelning från ett CFC-bolag till dess tyska bolagsmän är, som den hänskjutande domstolen har påpekat, skattebefriad i Förbundsrepubliken Tyskland. Slutligen är det enligt bestämmelserna i AStG möjligt att räkna av eller dra av källskatt som i det berörda tredjelandet har tagits ut på utdelningsbeloppet från den skatt som ska tas ut på det belopp som ska införlivas med den tyska bolagsmannens beskattningsunderlag.

96. AStG innebär emellertid också att en tysk bolagsman i ett CFC-bolag med hemvist i ett tredjeland som kan styrka att CFC-bolagets förvisso "passiva" verksamhet faktiskt bedrivs av reella kommersiella eller ekonomiska skäl ändå inte kan undantas från införlivandereglerna och således inte kan undgå att beskattas för CFC-bolagets inkomster.

97. Såvitt avser förbindelser *mellan unionsmedlemsstater* får det inte på förhand uteslutas att en skattskyldig kan tillhandahålla relevanta underlagshandlingar som gör det möjligt för skattemyndigheterna i den beskattande medlemsstaten att kontrollera att den skattskyldige uppfyller de gällande kraven för att vara berättigad till en skattefördel, men domstolen har vid upprepade tillfällen funnit att nämnda praxis inte i alla delar kan tillämpas på kapitalrörelser *mellan medlemsstater och tredjeländer*, eftersom dessa sker i ett annat rättsligt sammanhang.⁵²

98. För att den rättspraxis som är tillämplig på förbindelser mellan unionsmedlemsstater ska kunna tillämpas på förbindelser mellan en medlemsstat och ett tredjeland krävs det nämligen att de behöriga myndigheterna i medlemsstaten och tredjelandet har gjort ett åtagande om ömsesidigt bistånd som är likvärdigt med den ram för samarbete inom unionen som har inrättats genom rådets direktiv 77/799/EEG av den 19 december 1977 om ömsesidigt bistånd av medlemsstaternas behöriga myndigheter på direktbeskattningens område.⁵³

99. I ett sådant sammanhang som det som är i fråga i det aktuella målet skulle förekomsten av en sådan ram för samarbete och ömsesidigt bistånd på beskattningsområdet kunna garantera att myndigheterna i den berörda medlemsstaten ges möjlighet att kontrollera bland annat huruvida bolaget med hemvist i det berörda tredjelandet bedriver en verksamhet som trots sin "passiva" art är att betrakta som en verklig eller reell ekonomisk verksamhet, med hjälp av personal, utrustning, tillgångar eller lokaler, och således i synnerhet att kontrollera att det inte rör sig om ett rent "brevlådeföretag".

⁵² Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkterna 81 och 82 samt där angiven rättspraxis).

⁵³ EGT L 336, 1977, s. 15; svensk specialutgåva, område 9, volym 1, s. 64. Se, bland annat, dom av den 10 april 2014, Emerging Markets Series of DFA Investment Trust Company (C-190/12, EU:C:2014:249, punkt 83 och där angiven rättspraxis).

100. Just på grund av att det inte görs någon åtskillnad mellan tredjeländer beroende på huruvida det föreligger eller inte föreligger en ram för samarbete och informationsutbyte mellan ett visst tredjeland och Förbundsrepubliken Tyskland som är likvärdig med direktiv 77/799, anser jag att införlivandereglerna i AStG totalt sett går längre än vad som krävs för att uppnå målen att vidmakthålla den berörda medlemsstatens beskattningsrätt och säkerställa en effektiv skattekontroll. Införlivandereglerna i AStG tillämpas ju på en tysk bolagsman som har ett innehav i ett bolag med hemvist i ett tredjeland även när det har styrkts – bland annat på grundval av ett i avtal reglerat ömsesidigt utbyte av skatteinformation mellan det landet och Förbundsrepubliken Tyskland – att bolaget i fråga faktiskt bedriver verklig ekonomisk verksamhet. Detta måste anses utgöra ett intrång i den beskattningsrätt som tillkommer nämnda bolags hemviststat och tyder, som jag ser det, på att syftet med införlivandereglerna i AStG i själva verket är att generera intäkter till den tyska statskassan.⁵⁴

101. Detta konstaterande kan emellertid tänkas sakna praktisk betydelse i det nationella målet; för att avgöra huruvida så är fallet krävs mer omfattande kontroller från den hänskjutande domstolens sida.

102. Den hänskjutande domstolen har nämligen inte lämnat några upplysningar till EU-domstolen om huruvida det föreligger en ram för samarbete och ömsesidigt bistånd på beskattningsområdet mellan Förbundsrepubliken Tyskland och Schweiziska edsförbundet, men det vore orimligt att helt avstå från att nämna att en sådan samarbetsram har förelegat mellan dessa båda stater sedan den 1 januari 2017, då den av Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD) och Europarådet upprättade konventionen om ömsesidig handräckning i skatteärenden, som undertecknades i Strasbourg den 25 januari 1988, trädde i kraft inom Schweiziska edsförbundets territorium.⁵⁵ I artikel 4 i den konventionen föreskrivs att parterna i konventionen ska utbyta alla upplysningar som kan antas vara relevanta för administration eller verkställighet av intern lagstiftning i fråga om skatter som omfattas av konventionen – vilket enligt artikel 2 i denna bland inbegriper skatter på inkomster och vinster.

103. Med stöd av artikel 30 i konventionen, vars rubrik lyder ”Reservationer”, klargjorde Schweiziska edsförbundet emellertid i samband med deponeringen av ratifikationsinstrumentet att Schweiziska edsförbundet ”[inte] kommer ... att bevilja handräckning med avseende på skattefordran som existerade vid den tidpunkt då konventionen trädde i kraft” beträffande Schweiziska edsförbundet, det vill säga före den 1 januari 2017.

104. Av detta följer att den hänskjutande domstolen troligtvis skulle finna att konventionen om ömsesidig handräckning i skatteärenden inte ger de tyska skattemyndigheterna rätt att kontrollera med de schweiziska skattemyndigheterna huruvida det i Schweiz hemmahörande CFC-bolaget Y bedrev reell ekonomisk verksamhet under de räkenskapsår som är i fråga i det nationella målet (alltså 2005 och 2006).

105. Mot bakgrund av omständigheterna i det nationella målet, och under förutsättning att det inte föreligger en bilateral ram för utbyte av upplysningar på beskattningsområdet mellan Förbundsrepubliken Tyskland och Schweiziska edsförbundet som är tillämplig på de faktiska omständigheterna i det nationella målet, något som det ankommer på den hänskjutande domstolen att kontrollera, anser jag således att *tillämpningen* av införlivandereglerna i AStG kan vara motiverad med hänvisning till vidmakthållandet av den berörda medlemsstatens beskattningsrätt och effektiviteten i dess skattekontroller.

54 Den tyske lagstiftaren har också – som kommissionen har påpekat i sitt skriftliga yttrande – efter de räkenskapsår som är i fråga i det aktuella målet ändrat AStG genom budgetlagen för 2008 (Jahressteuergesetz 2008, BGBl. I, s. 3150) *såvitt avser förbindelser mellan unionsmedlemsstater*. Numera får en tysk skattskyldig person avstå från att tillämpa införlivandereglerna om personen kan visa att ett bolag med hemvist i en annan medlemsstat bedriver verklig ekonomisk verksamhet.

55 STE nr 127. Konventionstexten, de reservationer som har gjorts och uppgifter om ratificeringsläget finns på webbplatsen <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/127>. Förbundsrepubliken Tyskland ratificerade konventionen den 28 augusti 2015, och konventionen trädde i kraft i nämnda medlemsstat den 1 december 2015.

III. Förslag till avgörande

106. Mot bakgrund av de i första hand anförda övervägandena ovan föreslår jag att EU-domstolen ska besvara de tolkningsfrågor som har hänskjutits av Bundesfinanzhof (Federala skattedomstolen, Tyskland) på följande sätt:

Artikel 57.1 EG ska tolkas så, att den träffar en nationell lagstiftning som dels den 31 december 1993 föreskrev att en skattskyldig person i en medlemsstat skulle beskattas med avseende på direktinvesteringar i ett utländskt bolag med hemvist i ett tredjeland från och med en nedre gräns för andelsinnehavets storlek på 10 procent, dels fortsatte att ha verkan efter den 31 december 1993 till dess att den ersattes av en annan nationell lagstiftning som såvitt avser direktinvesteringar materiellt sett är identisk med den lagstiftning som var i kraft den 31 december 1993.