

Sag C-182/08

Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG

mod

Finanzamt München II

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Bundesfinanzhof)

»Etableringsfrihed og frie kapitalbevægelser – selskabsskat – erhvervelse af kapitalandele i et kapitalselskab – betingelser for hensyntagen til værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud ved fastsættelsen af beskatningsgrundlaget for erhververen«

Sammendrag af dom

1. *Frie kapitalbevægelser – traktatens bestemmelser – anvendelsesområde*

*(EF-traktaten, art. 52 og 73 B (nu art. 43 EF og 56 EF))*

2. *Frie kapitalbevægelser – restriktioner – skattelovgivning – selskabsskat*

*(EF-traktaten, art. 73 B (nu art. 56 EF))*

1. En medlemsstats lovgivning, hvorefter værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud ikke har indflydelse på en hjemmehørende skattepligtig persons beskatningsgrundlag, når den pågældende har erhvervet andele i et hjemmehørende kapitalselskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, hvorimod en sådan værdiforringelse i forbindelse med erhvervelse fra en hjemmehørende selskabsdeltager nedsætter erhververens beskatningsgrundlag, skal alene undersøges på grundlag af de frie kapitalbevægelser. Eftersom formålet med den omhandlede lovgivning er at forhindre, at ikke-hjemmehørende selskabsdeltagere opnår en uberettiget skattemæssig fordel, der direkte beror på afhændelsen af andele, som navnlig kan være foretaget med det ene formål for øje at opnå en sådan fordel, og ikke med henblik på at udnytte etableringsfriheden eller som følge af en udøvelse af denne frihed, skal det således bemærkes, at den del af denne lovgivning, der vedrører kapitalens frie bevægelighed, går forud for den del, der omhandler etableringsfriheden. Ud fra den antagelse, at denne lovgivning har restriktive virkninger for etableringsfriheden, er sådanne virkninger dermed uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring for kapitalens frie bevægelighed og kan følgelig ikke begrunde en undersøgelse af denne lovgivning med hensyn til traktatens artikel 52.

(jf. præmis 50-52)

2. EF-traktatens artikel 73 B (nu artikel 56 EF) skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud ikke har indflydelse på en hjemmehørende skattepligtig persons beskatningsgrundlag, når den pågældende har erhvervet andele i et hjemmehørende kapitalselskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, hvorimod en sådan værdiforringelse nedsætter erhververens beskatningsgrundlag, når andelene erhverves fra en hjemmehørende selskabsdeltager. Det anførte gælder, for så vidt som en sådan lovgivning ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og at modvirke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen

økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en uberettiget skattefordel. Det tilkommer den nationale ret at undersøge, om denne lovgivning begrænser sig til det, der er nødvendigt for at nå disse mål.

Den omstændighed, at en hjemmehørende skatteydere mulighed for i sit skattepligtige overskud at fradrage tab i forbindelse med den ovennævnte delvise nedskrivning af værdien alene indrømmes ved erhvervelse af andele fra en hjemmehørende selskabsdeltager, gør således uden tvivl de andele, som ejes af ikke-hjemmehørende selskabsdeltagere, mindre attraktive og kan dermed afholde den hjemmehørende skattepligtige fra at erhverve disse. En sådan forskelsbehandling kan desuden afholde ikke-hjemmehørende investorer fra at erhverve andele i et hjemmehørende selskab, og den hindrer dermed selskabet i at anskaffe kapital i andre medlemsstater, hvorfor en sådan lovgivning udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser, der i princippet er forbudt i henhold til artikel 73 B.

Den nævnte forskelsbehandling er ikke bestemt af, at der foreligger objektive forskellige situationer for hjemmehørende selskabsdeltagere, eftersom disse selskabsdeltagere for så vidt angår det tab, som følger af delvis nedskrivning af selskabsandele i et hjemmehørende selskab, befinder sig i en sammenlignelig situation, uanset om de har erhvervet andele fra en hjemmehørende eller en ikke-hjemmehørende. Udlodningen af udbyttet formindsker nemlig anparternes værdi, uanset om de forinden er erhvervet fra en hjemmehørende eller fra en ikke-hjemmehørende, og i begge tilfælde er det den hjemmehørende selskabsdeltager, der bærer tabet.

Henset til den manglende direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning, kan lovgivningen heller ikke begrundes i nødvendigheden af at bevare sammenhængen i beskatningsordningen med fuld modregning. I denne forbindelse bæres de ulemper, der opstår som følge af denne lovgivning, umiddelbart af den hjemmehørende selskabsdeltager, der har erhvervet de omhandlede anparter fra en ikke-hjemmehørende. Den manglende mulighed, som disse hjemmehørende selskabsdeltagere har for at fradrage tab i forbindelse med delvis nedskrivning af deres kapitalandele i hjemmehørende selskaber i deres skattepligtige overskud, når værdiforringelsen er en følge af udlodningen af overskuddet, modsvares ikke af nogen skattefordele.

En sådan lovgivning kan imidlertid begrundes med nødvendigheden af at bevare en ligevægtig fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, da andre transaktioner end udlodning af overskud, som giver den ikke-hjemmehørende selskabsdeltager samme økonomiske fordel, som hvis den pågældende havde opnået en skattegodtgørelse for den selskabsskat, der er betalt af det selskab, som vedkommende har andele i, ligeledes ville kunne fratage den stat, hvor selskabet er hjemmehørende, retten til at pålægge skat af en indtægt, der er skabt ved en økonomisk aktivitet på dens område. For så vidt som den begrænser en ny selskabsdeltagers ret til at fradrage de tab, der følger af selskabsandelens værdiforringelse, i sit skattepligtige overskud, når tabene ikke overstiger det spærrede beløb – der udgør forskellen mellem den anskaffelsespris, som den hjemmehørende selskabsdeltager har betalt, og andelens nominelle værdi – er denne lovgivning egnet til at forhindre foranstaltninger, hvis eneste formål er at skaffe ikke-hjemmehørende selskabsdeltagere en skattegodtgørelse for den selskabsskat, som det hjemmehørende selskab har betalt. Den omstændighed, at den nye hjemmehørende selskabsdeltagers beskatningsgrundlag forhøjes som følge af denne begrænsning, tilsigter at forhindre, at den indkomst, der normalt beskattes i den omhandlede medlemsstat, overføres i form af en del af den tidligere selskabsdeltagers kapitalgevinst, svarende til den uhjemlede skattegodtgørelse, uden at blive beskattet i denne medlemsstat. En sådan lovgivning er dermed egnet til at opnå formålene om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem de forskellige medlemsstater og at modvirke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en skattefordel.

Det skal imidlertid undersøges, om en sådan lovgivning ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre de således tilstræbte mål. Det tilkommer i denne forbindelse den nationale ret at kontrollere, at virkningerne af denne lovgivning, for så vidt som beregningen af det spærrede beløb foretages på baggrund af de omhandlede andeles anskaffelsespris, ikke går videre end nødvendigt med henblik på at sikre, at et beløb svarende til skattegodtgørelsen ikke uberettiget indrømmes den ikke-hjemmehørende selskabsdeltager. Det kan nemlig ikke udelukkes, at selskabsandelene afhændes til en pris, der overstiger deres nominelle værdi, af andre grunde end at indrømme selskabsdeltageren en skattegodtgørelse for den selskabsskat, som det hjemmehørende selskab har betalt, eller at det ikke-udloddede udbytte og en eventuel indrømmelse af en skattegodtgørelse for disse andele under alle omstændigheder blot udgør en del af deres salgspris. Medregningen af det spærrede beløb og forhøjelsen af den hjemmehørende selskabsdeltagers beskatningsgrundlag påvirker desuden andre skatter, som den pågældende selskabsdeltager skal betale, og navnlig den pålignede erhvervsskat, og disse konsekvenser går videre end, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, der forfølges med lovgivningen.

Det tilkommer ligeledes den nationale ret at kontrollere, om den begrænsede hensyntagen til værdiforringelsen af selskabsandelene som følge af udlodning af overskud, med virkning for det år, hvor selskabsandelens erhverves, og de ni følgende år, således som det følger af lovgivningen, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, der forfølges med denne lovgivning. For at overholde proportionalitetsprincippet skal en foranstaltning, der forfølger et formål om at bekæmpe rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en uberettiget skattefordel, endelig give de nationale retsinstanser mulighed for at foretage en konkret undersøgelse under hensyn til de særlige omstændigheder i hver enkelt sag og på grundlag af objektive elementer, når de tager de pågældende personers misbrug eller svigagtige adfærd i betragtning.

For så vidt som lovgivningen ikke lader sig begrænse til at finde anvendelse på rent kunstige arrangementer, som er fastlagt på grundlag af objektive elementer, men omfatter alle situationer, hvor en hjemmehørende skattepligtig har erhvervet andele i et hjemmehørende selskab fra en

ikke-hjemmehørende selskabsdeltager til en pris, der af en eller anden grund overstiger selskabsandelens nominelle værdi, går virkningerne af en sådan lovgivning således videre, end hvad der er nødvendigt for at modvirke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en uberettiget skattemæssig fordel.

(jf. præmis 56-59, 73, 74, 78, 80, 81, 84, 88, 91-94 og 96-102 samt domskonkl.)

DOMSTOLENS DOM (Første Afdeling)

17. september 2009 (\*)

»Etableringsfrihed og frie kapitalbevægelser – selskabsskat – erhvervelse af kapitalandele i et kapitalselskab – betingelser for hensyntagen til værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud ved fastsættelsen af beskatningsgrundlaget for erhververen«

I sag C-182/08,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Bundesfinanzhof (Tyskland) ved afgørelse af 23. januar 2008, indgået til Domstolen den 30. april 2008, i sagen:

**Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG**

mod

**Finanzamt München II,**

har

DOMSTOLEN (Første Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, P. Jann, og dommerne M. Ilešič, A. Borg Barthet, E. Levits (refererende dommer) og J.-J. Kasel,

generaladvokat: Y. Bot

justitssekretær: fuldmægtig R. ?ere?,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 2. april 2009,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG. ved Rechtsanwälte H.-M. Pott og T. Englert
- den tyske regering ved M. Lumma og C. Blaschke, som befuldmægtigede

– Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved R. Lyal og W. Mölls, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 9. juli 2009, afsagt følgende

## Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af EF-traktatens artikel 52 (efter ændring nu artikel 43 EF) og artikel 73 (nu artikel 56 EF).

2 Anmodningen er blevet fremsat i forbindelse med en tvist mellem Glaxo Wellcome GmbH & Co. KG, et simpelt kommanditselskab efter tysk ret, hvis komplementarer er anpartsselskaber, og Finanzamt München II (herefter »Finanzamt«) vedrørende opgørelse af selskabets overskud i årene 1995-1998.

## Retsforskrifter

### *Nationale bestemmelser*

3 Inden for rammerne af den beskatningsordning om »fuld modregning«, der var gældende i Tyskland på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, blev økonomisk dobbeltbeskatning af overskud, som de selskaber, der var etableret i Tyskland, havde udloddet til skattepligtige personer, der var hjemmehørende i Tyskland, undgået i medfør af § 36, stk. 2, nr. 3, i indkomstskatteloven (Einkommensteuergesetz, herefter »EStG«) og § 49 i lov om selskabsskat (Körperschaftsteuergesetz, herefter »KStG«), idet disse skattepligtige var berettiget til fuldt ud at modregne den selskabsskat, der var betalt af de udloddende selskaber, i deres indkomstskat eller selskabsskat.

4 I henhold til § 36, stk. 4, andet afsnit, i EStG ændres en hjemmehørende selskabsdeltagers ret til at foretage modregning af selskabsskatten til et krav på tilbagebetaling, for så vidt som vedkommendes egen skattegæld er mindre end den forskudsvis opkrævet selskabsskat på udbyttet. Det fremgår af § 20, stk. 1, nr. 3, i EStG, at denne tilbagebetaling udgør en del af selskabets indtægter.

5 Såfremt en selskabsandel, der ejes i en juridisk person, indgår i den hjemmehørende skattepligtiges driftskapital, kan denne ved udbetalingen af udbyttet fratække andelenes værdi i sit skattemæssige regnskab i medfør af § 6, stk. 1, nr. 1, i EStG. Denne værdiforringelse, der også er benævnt »afskrivning på andelenes lavere værdi«, er udtryk for det synspunkt, at udlodningen svarer til en udskiftning af aktiver. Værdien af en andel bliver således nedsat med værdien af den omhandlede udlodning.

6 Heraf følger, at bruttoudlodningen, der i henhold til § 36 i EStG kunne modregnes i selskabsskatten, og den tilsvarende nedskrivning af andelens delværdi normalt var ét og samme beløb, og de neutraliserede således hinanden.

7 Alt i alt skaber udlodningerne således ikke nogen indtægter. Derfor foreligger der heller ikke nogen skattegæld svarende til den skattegodtgørelse, der udgør en del af den indkomst, der er fremkommet som følge af udlodningen. Hvis den skattepligtige således ikke opnår andre indtægter i det omhandlede år, forvandles skattegodtgørelsen således til en ret til tilbagebetaling.

8 Kapitalgevinsten ved overdragelsen af selskabsandele, der består af det beløb, hvormed

købsprisen overstiger andelens nominelle værdi, svarer til fortjeneste i skattelovgivningens forstand, hvorfor de hjemmehørende skattepligtige således er underlagt indkomstskat i henhold til § 17 i EStG eller selskabsskat i henhold til § 8, stk. 2, i KStG.

9 Hvad angår de ikke-hjemmehørende skattepligtige bliver fortjenesten ved udlodning af hjemmehørende selskabers overskud samt fortjenesten ved afhændelse af kapitalandele i disse selskaber hverken underlagt tysk indkomst- eller selskabsskat.

10 De ikke-hjemmehørende skattepligtige kan heller ikke påberåbe sig anvendelsen af ordningen med fuld modregning for så vidt angår det udbytte, de har modtaget af de hjemmehørende selskaber, og de opnår dermed ikke nogen skattegodtgørelse, der svarer til den skat, som det udloddende hjemmehørende selskab skal betale.

11 § 50c, stk. 1 og 4, i EStG, som affattet ved lov af 13. september 1993 om forbedring af de skattemæssige vilkår med henblik på at sikre, at Tyskland fortsat er et attraktivt etableringssted inden for det indre marked for virksomheder (Gesetz zur Verbesserung der steuerlichen Bedingungen zur Sicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland im Europäischen Binnenmarkt (Standortsicherungsgesetz), af 13. september 1993 (BGBl. 1993 I, s. 1569), har følgende ordlyd:

»1) En skattepligtig person, der er berettiget til selskabsskattegodtgørelse, og som erhverver en kapitalandel i et [...] ubegrænset skattepligtigt kapitalselskab fra en ikke-godtgørelsesberettiget selskabsdeltager [...], kan i erhvervsåret eller i et af de følgende ni år ikke tage hensyn til reduktioner af overskuddet, der opstår som følge af

1. ansættelsen af den laveste delværdi eller
2. kapitalandelens afhændelse eller udtagelse

ved beregning af overskuddet, for så vidt som ansættelsen af den laveste delværdi eller en anden reduktion af overskuddet kun kan føres tilbage til udlodning af overskud eller overførsel af overskud inden for organisationen, og reduktionerne af overskuddet samlet set ikke overstiger det i stk. 4 omhandlede spærrede beløb.

[...]

4) Det spærrede beløb svarer til forskellen mellem anskaffelsesudgifterne og kapitalandelens pålydende værdi.«

12 Lov af 28. oktober 1994 om ændring af lov om skattemæssige konsekvenser af omdannelse af selskaber (Gesetz zur Änderung des Umwandlungssteuerrechts) (BGBl. 1994 I, s. 3267, herefter »UmwStG«) har i tysk ret indført mulighed for omdannelse af et kapitalselskab til et personselskab samtidig med, at den skattemæssige værdi af de overdragne økonomiske aktiver opretholdes, uden at der samtidig opstår et skjult udbytte.

13 Hvis et selskabs formue ved en omdannelse af selskabsform overgår til et personselskab, skal overskud eller tab for personselskabet i forbindelse med overtagelsen i henhold til § 4, stk. 4, i UmwStG 1995 fastlægges ved at sammenholde den værdi, hvormed de overdragne økonomiske aktiver overtages, og den bogførte værdi af anparterne i det overdragende selskab. Dette gælder tilsvarende i tilfælde, hvor et selskab ændrer selskabsform og omdannes til et personselskab i henhold til § 14 i UmwStG 1995.

14 Det således fastslåede tab eller overskud ved overtagelsen, »første trin«, skal i henhold til § 4, stk. 5, i UmwStG forhøjes, henholdsvis nedsættes med den selskabsskat, der kan modregnes i henhold til § 10, stk. 1, i UmwStG 1995, og et spærret beløb som omhandlet i § 50c i EStG, for så

vidt som selskabsandelene i det overdragende selskab på den skattemæssige skæringsdato for overdragelsen hører til det overtagende personselskabs kapital.

15 Såfremt der herefter fortsat fremkommer et tab i forbindelse med overtagelsen, (»andet trin«), skal værdiansættelserne af de overtagne materielle og immaterielle økonomiske aktiver forhøjes op til deres delværdi. Såfremt der herefter stadig fremkommer et tab, nedsættes det overtagende personselskabs overskud med dette i medfør af § 4, stk. 6, i UmwStG.

16 § 10, stk. 1, i UmwStG har følgende ordlyd:

»Den selskabsskat, der opkræves af andelene i det overdragende selskab således som omhandlet i § 30 stk. 1, nr. 1 og 2, i [KStG], skal med forbehold af stk. 2 modregnes i den indkomst- eller selskabsskat, som selskabsdeltagerne i personselskabet skal betale, eller i den indkomstskat, som den fysiske person, der erhverver et selskab, skal betale.«

*Overenskomsten mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland*

17 Overenskomsten af 26. november 1964 mellem Forbundsrepublikken Tyskland og Det Forenede Kongerige Storbritannien og Nordirland til undgåelse af dobbeltbeskatning og forhindring af skatteunddragelse (BGB1 1966 II, s. 358) bestemmer i artikel III, stk. 1, at »der skal kun betales skat af fortjenesten af et selskabs erhvervsmæssige virksomhed i den stat, hvor selskabet er beliggende, medmindre det driver virksomhed i den anden stat via et dér beliggende fast driftssted«.

### **Twisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål**

18 Sagsøgeren i hovedsagen blev dannet i forbindelse med en omstrukturering af Glaxo Wellcome-koncernen efter en ændring den 1. juli 1995 af Glaxo Wellcome GmbH's selskabsform (herefter »GW GmbH«), der er et anpartsselskab efter tysk ret.

19 De forskellige trin i omstruktureringen af Glaxo Wellcome-koncernen kan beskrives på følgende måde.

20 Den 26. juni 1995 købte det tyske selskab Glaxo Verwaltungs GmbH (herefter »GV GmbH«), som allerede ejede 95% af anparterne i GW GmbH, af dets moderselskab beliggende i Det Forenede Kongerige, Glaxo Group Limited (herefter »GG Ltd«), 5% af anparterne i GW GmbH, og blev dermed helejende moderselskab til GW GmbH.

21 Den 27. juni og den 7. juli 1995 erhvervede GW GmbH, den senere sagsøger i hovedsagen, samtlige kapitalandele i Wellcome GmbH (herefter »W GmbH«). De selskaber, som solgte andelene, var GG Ltd, der ejede 99,98% af andelene i W GmbH, og Burroughs Wellcome Ltd, der er moderselskab til GG Ltd, der ejede 0,02% af disse andele.

22 W GmbH blev ved en fusionsaftale af 25. august 1995 med tilbagevirkende kraft fra den 29. juni 1995 fusioneret med sin eneanpartshaver.

23 Den 30. juni 1995 solgte GV GmbH 1% af sine andele i GW GmbH til Seftonpharm GmbH, som var 100% ejet af GV GmbH.

24 Den 1. juli 1995 blev GW GmbH omdannet til et simpelt kommanditselskab efter tysk ret, og det har herefter heddet navnet Glaxo Wellcome GmbH & Co KG.

25 På skæringsdatoen for omdannelsen var de anparter i GW GmbH, som fremgik af

regnskabet for GV GmbH (herunder Seftonpharm GmbH), opgjort til 500 mio. DEM. Sagsøgeren i hovedsagen beregnede i henhold til § 4, stk. 4 og 5, i UmwStG et tab ved overtagelsen på 328 096 563 DEM, hvorved der var taget hensyn til et spærret beløb i henhold til § 50c i EStG på 22 887 706 DEM, der opstod ved erhvervelsen af 5% af anparterne i GW GmbH fra GG Ltd.

26 Finanzamt var af den opfattelse, at det ikke blot var GV GmbH's erhvervelse af anparterne i GW GmbH fra selskabet GG Ltd, der udløste et spærret beløb, der lå på de erhvervede anparter. Ifølge Finanzamt var også anparterne i W GmbH, som sagsøgeren i hovedsagen havde erhvervet fra GG Ltd og Burroughs Wellcome Ltd, ligeledes pålagt et spærret beløb på 322 565 500 DEM. Sidstnævnte spærrede beløb blev i forbindelse med W GmbH's fusionering med GW GmbH ikke opløst, men overført til GV GmbH's anparter i GW GmbH. Ifølge Finanzamt var tabet i forbindelse med overtagelsen, som var en følge af GW GmbH's ændring af selskabsform, dermed under hensyn til de spærrede beløb begrænset til 5 531 063 DEM.

27 Sagsøgeren i hovedsagen har anfægtet Finanzamts afgørelse, i det væsentlige for så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt det tab, som GW GmbH havde i forbindelse med overtagelsen, skal nedsættes med et spærret beløb som omhandlet i § 50c i EStG, der beror på GW GmbH's erhvervelse af anparter i W GmbH.

28 Idet sagsøgeren i hovedsagen fik medhold på dette punkt ved Finanzgericht München, appellerede Finanzamt afgørelsen til Bundesfinanzhof.

29 I modsætning til det af Finanzgericht München fastslåede er det den forelæggende rets opfattelse, at det omhandlede tab i henhold til tysk ret alene skal nedsættes med det spærrede beløb, der beror GW GmbH's erhvervelse af anparter i W GmbH.

30 Ifølge Bundesfinanzhof er anvendelsen af et spærret beløb i henhold § 50c i EStG imidlertid tvivlsom ud fra et fællesskabsretligt synspunkt, eftersom den skattepligtige behandles forskelligt afhængigt af, om vedkommende erhverver anparter fra en selskabsdeltager, der er berettiget til en skattegodtgørelse, eller fra en, der ikke er godtgørelsesberettiget.

31 Bundesfinanzhof har under disse omstændigheder besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Er [...] traktatens artikel 52 [...] eller [...] traktatens artikel 73 B [...] til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud inden for rammerne af den nationale ordning for selskabsskattegodtgørelse ikke har indflydelse på det skattemæssige beregningsgrundlag, når en skattepligtig person, der er berettiget til selskabsskattegodtgørelse, har erhvervet en andel i et ubegrænset skattepligtigt kapital-selskab fra en selskabsdeltager, der ikke er godtgørelsesberettiget, mens en sådan værdiforringelse i forbindelse med erhvervelse fra en selskabsdeltager, der er godtgørelsesberettiget, nedsætter erhververens skattemæssige beregningsgrundlag?«

### **Om det præjudicielle spørgsmål**

32 Det skal indledningsvis bemærkes, at det følger af den tyske regerings oplysninger, at ikke-hjemmehørende selskabsdeltagere som hovedregel kun var begrænset skattepligtige i Tyskland og ikke berettiget til at foretage nogen modregning i selskabsskatten. Dermed fandt § 50c i EStG i princippet anvendelse i forbindelse med salg, der foretages af en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager – der således ikke har ret til at foretage denne modregning – af andele i et kapital-selskab, der er hjemmehørende i Tyskland, til en hjemmehørende selskabsdeltager, der således har ret til nævnte modregning.



33 Det forelagte spørgsmål må herefter forstås således, at den forelæggende ret ønsker oplyst, om traktatens artikel 52 eller 73 B er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud ikke har indflydelse på en hjemmehørende skattepligtig persons beskatningsgrundlag, når den pågældende har erhvervet andele i et hjemmehørende kapital-selskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, hvorimod en sådan værdiforringelse i forbindelse med erhvervelse fra en hjemmehørende selskabsdeltager nedsætter erhververens beskatningsgrundlag.

34 Det skal ligeledes bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at selv om direkte beskatning henhører under medlemsstaternes kompetence, skal disse dog udøve denne under overholdelse af fællesskabsretten (jf. bl.a. dom af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 29, af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 40, af 12.12.2006, sag C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, Sml. I, s. 11673, præmis 36, og af 8.11.2007, sag C-379/05, Amurta, Sml. I, s. 9569, præmis 16).

35 Da det spørgsmål, som den forelæggende ret har forelagt, både vedrører traktatens artikel 52 og 73 B, skal det indledningsvis fastslås, om, og i så fald i hvilket omfang, en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede kan påvirke de ved disse artikler garanterede friheder.

#### *Den i hovedsagen omhandlede frihed*

36 Det skal i denne forbindelse bemærkes, at eftersom vurderingen af, om en national lovgivning henhører under den ene eller anden bestemmelse om fri bevægelighed, følger af en nu fast retspraksis, er det nødvendigt at inddrage formålet med den pågældende lovgivning (jf. dom af 24.5.2007, sag C-157/05, Holböck, Sml. I, s. 4051, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

37 Det fremgår ligeledes af fast retspraksis, at Domstolen i princippet alene tager stilling til foranstaltningen i forhold til den ene af disse to grundlæggende friheder, hvis det i lyset af hovedsagens faktiske omstændigheder fremgår, at en af disse er helt sekundær i forhold til den anden og kan henføres til denne (dom af 3.10.2006, sag C-452/04, Fidium Finanz, Sml. I, s. 9521, præmis 34).

38 Det skal derfor først og fremmest undersøges, om en hjemmehørende persons erhvervelse af andele i et hjemmehørende selskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, således som det er tilfældet i hovedsagen, udgør en kapitalbevægelse som omhandlet i traktatens artikel 73 B.

39 Da begrebet »kapitalbevægelser« ikke er defineret i traktaten, har Domstolen tidligere anerkendt, at den nomenklatur, der er indeholdt i bilaget til Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 (bestemmelsen er ophævet ved Amsterdamtraktaten) (EFT L 178, s. 5), er af vejledende værdi, selv om direktivet er udstedt på grundlag af EØF-traktatens artikel 69 og artikel 70, stk. 1 (EØF-traktatens artikel 67-73 er erstattet af EF-traktatens artikel 73 B – 73 G, nu artikel 56 EF – 60 EF), idet den i nomenklaturen indeholdte liste, som anført i indledningen hertil, ikke er udtømmende (jf. bl.a. dom af 23.2.2006, sag C-513/03, van Hilten-van der Heijden, Sml. I, s. 1957, præmis 39, af 14.9.2006, sag C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, Sml. I, s. 8203, præmis 22, af 11.9.2008, sag C-11/07, Eckelkamp m.fl., Sml. I, s. 6845, præmis 38, og af 27.1.2009, sag C-318/07, Persche, endnu ikke trykt i Samling af afgørelser, præmis 24).

40 Herefter er kapitalbevægelser i henhold til traktatens artikel 73 B, stk. 1, således navnlig direkte investeringer ved erhvervelse af kapitalinteresser i en virksomhed i form af aktiebesiddelse,

som giver mulighed for faktisk at deltage i driften af og kontrollen med selskabet («direkte investeringer»), samt erhvervelse af værdipapirer, der handles på kapitalmarkedet, med det ene formål at investere uden at ville opnå indflydelse på virksomhedens drift og kontrollen med den («porteføljeinvesteringer») (jf. i denne retning dom af 16.3.1999, sag C-222/97, Trummer og Mayer, Sml. I, s. 1661, præmis 21, af 4.6.2002, sag C-483/99, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 4781, præmis 36 og 37, af 13.5.2003, sag C-98/01, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4641, præmis 39 og 40, og af 28.9.2006, forenede sager C-282/04 og C-283/04, Kommissionen mod Nederlandene, Sml. I, s. 9141, præmis 19).

41 Domstolen har ligeledes fastslået, at en ikke-hjemmehørende aktionærs tilbagesalg af aktier til det hjemmehørende udstedende selskab udgør en kapitalbevægelse som omhandlet i artikel 1 i direktiv 88/361 og i nomenklaturen for kapitalbevægelser i direktivets bilag I (jf. dom af 19.1.2006, sag C-265/04, Bouanich, Sml. I, s. 923, præmis 29).

42 Det følger nemlig af fjerde led i andet afsnit af bilag I til direktiv 88/361, at de frie kapitalbevægelser omfatter realisering eller overdragelse af tilgodehavender.

43 Ikke-hjemmehørende investorers afhændelse af andele i et hjemmehørende selskab udgør således en kapitalbevægelse i henhold til direktivets artikel 1 og ifølge nomenklaturen for kapitalbevægelser i direktivets bilag I.

44 Selv om en hjemmehørende persons erhvervelse af andele i et hjemmehørende selskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager ikke fremgår udtrykkeligt af nomenklaturen for kapitalbevægelser i bilag I til direktiv 88/361, som anført af den tyske regering, udgør denne transaktion følgelig en kapitalbevægelse som omhandlet i direktivets artikel 1 og er dermed omfattet af anvendelsesområdet for fællesskabsbestemmelserne om de frie kapitalbevægelser.

45 Hvad for det andet angår traktatens artikel 52 fremgår det af Domstolens praksis, at den etableringsfrihed, som medlemsstaternes statsborgere har i henhold til denne artikel, og som indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder på de vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere, omfatter en ret for selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Det Europæiske Fællesskab, til at udøve virksomhed i den pågældende medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur (dom af 23.2.2006, sag C-471/04, Keller Holding, Sml. I, s. 2107, præmis 29, dommen i sagen Centro di Musicologia Walter Stauffer, præmis 17, og dom af 11.10.2007, sag C-451/05, ELISA, Sml. I, s. 8251, præmis 62).

46 Begrebet etablering i traktatens forstand er et meget vidt begreb, som for en fællesskabsstatsborger indebærer, at han på stabil og vedvarende måde kan deltage i det økonomiske liv i en anden medlemsstat end sin egen og drage fordel deraf, hvorved der inden for Fællesskabet sker en begunstigelse af det økonomiske og sociale samarbejde inden for området selvstændig erhvervsvirksomhed (jf. bl.a. dommen i sagen Centro di Musicologia Walter Stauffer, præmis 18, og ELISA-dommen, præmis 63).

47 I henhold til fast retspraksis er nationale bestemmelser, der finder anvendelse på det forhold, at en statsborger i en medlemsstat ejer en kapitalandel i et selskab i en anden medlemsstat, der giver vedkommende mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift, omfattet af det materielle anvendelsesområde for traktatens bestemmelser om etableringsfriheden (jf. bl.a. dom af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 22, dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 31, samt dom af 13.3.2007, sag C-524/04,

Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, Sml. I, s. 2107, præmis 27, og af 17.7.2008, sag C-207/07, Kommissionen mod Spanien, Sml. I, s. 111\*, præmis 60).

48 Som det fremgår af den tyske regerings bemærkninger, er en af de situationer, der reguleres af den i hovedsagen omhandlede lovgivning, den, hvor en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, der udøver kontrol over flere datterselskaber med hjemsted i Tyskland, sælger andelene i et af disse selskaber til et andet datterselskab, som den pågældende udøver kontrol over.

49 Det er imidlertid ubestridt, at anvendelsen af den omhandlede lovgivning ikke afhænger af størrelsen af den kapitalandel, som er erhvervet fra den ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, og den er ikke begrænset til situationer, hvor selskabsdeltageren kan udøve en vis indflydelse på beslutningerne i selskabet og træffe afgørelse om dets drift.

50 Eftersom formålet med den i hovedsagen omhandlede lovgivning er at forhindre, at ikke-hjemmehørende selskabsdeltagere opnår en uberettiget skattemæssig fordel, der direkte beror på afhændelsen af andele, som navnlig kan være foretaget med det ene formål for øje at opnå en sådan fordel, og ikke med henblik på at udnytte etableringsfriheden og eller som følge af en udøvelse af denne frihed, skal det endvidere bemærkes, at den del af denne lovgivning, der vedrører kapitalens frie bevægelighed, går forud for den del, der omhandler etableringsfriheden.

51 Ud fra den antagelse, at denne lovgivning har restriktive virkninger for etableringsfriheden, er sådanne virkninger dermed uundgåelige konsekvenser af en eventuel hindring for kapitalens frie bevægelighed og kan følgelig ikke begrunde en undersøgelse af denne lovgivning med hensyn til traktatens artikel 52 (jf. i denne retning dom af 14.10.2004, sag C-36/02, Omega, Sml. I, s. 9609, præmis 27, dommen i sagen Cadbury Scheppe og Cadbury Scheppe Overseas, præmis 33, Fidium Finanz-dommen, præmis 48, og dommen i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 34).

52 Heraf følger, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning alene skal undersøges på grundlag af de frie kapitalbevægelser.

*Spørgsmålet, om der foreligger en begrænsning af de frie kapitalbevægelser*

53 Når en hjemmehørende skattepligtig har erhvervet andele i et hjemmehørende kapital-selskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, følger det af den i hovedsagen omhandlede lovgivning, således som anført af den forelæggende ret, at værdiforringelsen af disse selskabsandele som følge af udlodningen af udbytte ikke har indflydelse på erhververens beskatningsgrundlag, hvorimod det ville være blevet nedsat i tilfælde af erhvervelse fra en hjemmehørende selskabsdeltager.

54 Denne begrænsning hvad angår hensyntagen til værdiforringelsen af selskabsandele som følge af udlodning af udbyttet finder anvendelse fra det år, hvor de omhandlede selskabsdele blev erhvervet og i de følgende ni år, og gælder udelukkende for reduktioner af overskuddet, der skyldes udlodning af udbytte eller overførsel af overskud ifølge en kontrol- og overskudsfordelingsaftale, og for så vidt som reduktionerne af overskuddet ikke overstiger et vist beløb, det såkaldte »spærrede beløb«.

55 Dette spærrede beløb, der udgør forskellen mellem den anskaffelsespris, som den hjemmehørende selskabsdeltager har betalt, og andelenes nominelle værdi, lægger således en begrænsning på de selskabsandele, som er erhvervet fra en ikke-hjemmehørende person, hvorved virkningerne af den delvise nedskrivning af selskabsandelens delværdi, der beror på udlodningen af udbyttet, reelt bliver ophævet.

56 En skatteydners mulighed for at fradrage tab i forbindelse med en delvis nedskrivning af værdien af kapitalandele i et selskab i sit skattepligtige overskud, når værdiforringelsen af selskabsandelene skyldes udlodning af overskud, udgør unægteligt en skattemæssig fordel.

57 Den omstændighed, at denne fordel alene indrømmes en hjemmehørende skattepligtig ved erhvervelse af andele i et hjemmehørende selskab fra en hjemmehørende selskabsdeltager, gør de andele, som ejes ikke-hjemmehørende selskabsdeltagere, mindre attraktive og kan dermed afholde den hjemmehørende skattepligtige fra at erhverve disse.

58 En sådan forskelsbehandling kan desuden afholde ikke-hjemmehørende investorer fra at erhverve andele i et hjemmehørende selskab, og den hindrer dermed selskabet i at anskaffe kapital i andre medlemsstater.

59 Heraf følger, at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede udgør en restriktion for de frie kapitalbevægelser, der er forbudt.

#### *Begrundelsen for hindringen for de frie kapitalbevægelser*

60 Det skal indledningsvis undersøges, om en sådan hindring for de frie kapitalbevægelser kan begrundes i traktatens bestemmelser.

61 Ifølge den tyske regering og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har den i hovedsagen omhandlede lovgivning til formål at forhindre, at en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager som følge af en særlig praksis – som den, der er beskrevet af generaladvokaten i punkt 100 i forslaget til afgørelse – i økonomisk henseende opnår samme resultat, som hvis den pågældende var blevet indrømmet en skattegodtgørelse.

62 Den i hovedsagen omhandlede lovgivning har således til formål at opretholde sammenhængen i den tyske ordning med fuld modregning, og er berettiget, eftersom det følger af dommen i sagen *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* og af dom af 26. juni 2008, sag C-284/06, *Burda, Sml. I*, s. 4571, at den omstændighed, at en skattegodtgørelse, der har til formål at undgå dobbeltbeskatning, ikke indrømmes ikke-hjemmehørende aktionærer, der modtager udbytte fra hjemmehørende selskaber, ikke kan anses for at være i strid med fællesskabsretten.

63 Såvel den tyske regering som Kommissionen har desuden gjort gældende, at den omstændighed, at en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, der ikke er skattepligtig i den medlemsstat, hvor det udloddende selskab er hjemmehørende, indrømmes en skattegodtgørelse, uden at der samtidig forekommer en tilsvarende skatteskyld, ville forpligte den omhandlede medlemsstat til at give afkald på at beskatte en del af det udbytte, der er blevet skabt på dens område. I denne forbindelse har Kommissionen tilføjet, at udbetalingen af en skattegodtgørelse til en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager ikke opfylder formålet med godtgørelsen, som er at tilpasse den hos selskabet tidligere opkrævede skat i forhold til den individuelle sats, som den skattepligtige person beskattes med. En sådan udbetaling ville blot medføre, at det nationale beskatningsgrundlag blev overført til en anden medlemsstat.

64 Sagsøgeren i hovedsagen er derimod af den opfattelse, at den i hovedsagen omhandlede lovgivning hverken kan begrundes med nødvendigheden af at sikre, at ordningen med modregning fungerer efter hensigten, hensynet til at sikre sammenhængen i skattesystemet eller nødvendigheden af at sikre, at der udelukkende opkræves skat i Tyskland.

65 Der er ingen teknisk sammenhæng i lovgivningen mellem ordningen med modregning og den byrde, som lovgivningen medfører. Den indebærer desuden en forhøjelse af den erhvervsskat, som en hjemmehørende erhverver skal betale, eftersom ansættelsen af overskuddet ligeledes påvirker erhvervsskatten, der heller ikke har nogen sammenhæng med modregningen i selskabsskatten.

66 På baggrund af de argumenter, der er fremsat af sagsøgeren i hovedsagen, den tyske regering og Kommissionen, skal det bemærkes, at det følger af EF-traktatens artikel 73, stk. 1, litra a) [nu artikel 58, stk. 1, litra a), EF], at traktatens artikel 73 B ikke griber ind i medlemsstaternes ret til at anvende de relevante bestemmelser i deres skattelovgivning, som sondrer imellem skatteydere, hvis situation er forskellig med hensyn til deres bopælssted eller med hensyn til det sted, hvor deres kapital er investeret.

67 Traktatens artikel 73 D, stk. 1, litra a), der skal fortolkes strengt, da den udgør en undtagelse fra det grundlæggende princip om frie kapitalbevægelser, kan ikke fortolkes således, at enhver skattelovgivning, som gør forskel mellem skattepligtige afhængigt af, hvor de er hjemmehørende, eller i hvilken medlemsstat de investerer deres kapital, automatisk er forenelig med traktaten. Undtagelsesbestemmelsen i traktatens artikel 73 D, stk. 1, litra a), er nemlig begrænset af traktatens artikel 73 D, stk. 3, hvorefter de nationale bestemmelser, der er nævnt i denne artikels stk. 1, »ikke [må] udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af den frie bevægelighed for kapital og betalinger som defineret i artikel 73 B« (jf. dom af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, præmis 28, og dommen i sagen Centro di Musicologia Walter Stauffer, præmis 31).

68 Der bør derfor sondres mellem den forskelsbehandling, som er tilladt efter traktatens artikel 73 D, stk. 1, litra a), og den forskelsbehandling, som er forbudt efter samme artikels stk. 3. Det fremgår af Domstolens praksis, at det er en betingelse for at anse en national skattelovgivning som den, der er omtvistet i hovedsagen, for at være forenelig med traktatens bestemmelser om frie kapitalbevægelser, at forskelsbehandlingen vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller at den er berettiget på grund af et tvingende alment hensyn (jf. dom af 6.6.2000, sag C-35/98, Verkooijen, Sml. I, s. 4071, præmis 43, Manninen-dommen, præmis 29, og dom af 8.9.2005, sag C-512/03, Blanckaert, Sml. I, s. 7685, præmis 42).

69 Hvad angår anvendelsen af en skattelovgivning i den medlemsstat, hvor det udloddende selskab er hjemmehørende, som indeholder en ordning, der skal forhindre eller mindske kædebeskatning og økonomisk dobbeltbeskatning af udbytte, der udloddes til hjemmehørende fra hjemmehørende selskaber, har Domstolen allerede fastslået, at situationen ikke nødvendigvis er sammenlignelig for så vidt angår de modtagende aktionærer, der er hjemmehørende i denne medlemsstat, og de modtagende aktionærer, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat (jf. i denne retning dommen i sagen Test Claimants in Class IV og the ACT Gourp Litigation, præmis 55 og 57).

70 Når det udloddende selskab og den modtagende aktionær ikke er hjemmehørende i samme medlemsstat, befinder den medlemsstat, hvor det udloddende selskab er hjemmehørende, dvs. den medlemsstat, hvor kilden til det udloddede overskud ligger, sig ikke samme situation med hensyn til forebyggelse og mindskelse af »kædebeskatning« og økonomisk dobbeltbeskatning som den medlemsstat, hvor den modtagende aktionær er hjemmehørende (jf. dommen i sagen Test

Claimants in Class IV og the ACT Group Litigation, præmis 58).

71 Det skal imidlertid bemærkes, at den i hovedsagen omhandlede forskelsbehandling ikke vedrører situationen for en selskabsdeltager afhængigt af, om den pågældende er hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende, og dermed vedkommende selskabsdeltagers mulighed for at opnå en skattegodtgørelse for den skat, som det udloddende selskab har betalt.

72 Forskelsbehandlingen berører alene de hjemmehørende selskabsdeltagere, afhængigt af, om de har erhvervet anparter i et hjemmehørende selskab fra en hjemmehørende selskabsdeltager eller fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager.

73 Hvad angår tab som følge af delvis nedskrivning af selskabsandele i et hjemmehørende selskab befinder selskabsdeltagerne – således som anført af generaladvokaten i punkt 139 i forslaget til afgørelse – sig i en sammenlignelig situation, uanset om de har erhvervet andele fra en hjemmehørende eller en ikke-hjemmehørende. Udlodningen af udbyttet formindsker nemlig anparternes værdi, uanset om de forinden er erhvervet fra en hjemmehørende eller fra en ikke-hjemmehørende, og i begge tilfælde er det den hjemmehørende selskabsdeltager, der bærer tabet.

74 En sådan forskellig behandling er således ikke bestemt af, at der foreligger objektivt forskellige situationer.

75 Det skal ligeledes undersøges, om en restriktion som den i hovedsagen omhandlede kan begrundes med sådanne alment tvingende hensyn som påberåbt af den tyske regering og Kommissionen.

76 De argumenter, som den tyske regering og Kommissionen har fremført, og som er gengivet i denne doms præmis 61-63, må anses for at omhandle nødvendigheden af at bevare sammenhængen i den tyske beskatningsordning, at sikre beskatning af den fortjeneste, som er opnået i Tyskland, og at bekæmpe kunstige arrangementer, hvormed den tyske lovgivning forsøges omgået.

77 Hvad for det første angår argumentet om nødvendigheden af at sikre sammenhængen i den tyske beskatningsordning skal det bemærkes, at Domstolen allerede har anerkendt, at hensynet til at sikre sammenhængen i en beskatningsordning kan begrunde en restriktion for udøvelsen af de grundlæggende friheder, der er sikret ved traktaten (dom af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 28, Manninen-dommen, præmis 42, og dom af 27.11.2008, sag C-418/07, Papillon, endnu ikke tryk i Samling af Afgørelser, præmis 43).

78 For at der kan gives medhold i et sådant anbringende, kræver Domstolen imidlertid, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning, idet den direkte karakter af denne sammenhæng desuden skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning (jf. Papillon-dommen, præmis 44 og den deri nævnte retspraksis).

79 Som den tyske regering og Kommissionen har gjort gældende, har den i hovedsagen omhandlede lovgivning til formål at forhindre, at den ikke-hjemmehørende selskabsdeltager gennem en anden transaktion end udlodning af overskuddet alligevel har mulighed for at opnå samme økonomiske fordel som indrømmelse af en skattegodtgørelse for den selskabsskat, der er betalt af det selskab, som den pågældende har andele i.

80 Det er imidlertid ubestridt, at de ulemper, der opstår som følge af den i hovedsagen omhandlede lovgivning, umiddelbart bæres af den hjemmehørende selskabsdeltager, der har

erhvervet de omhandlede anparter fra en ikke-hjemmehørende. Den manglende mulighed, som disse hjemmehørende selskabsdeltagere har for at fradrage tab i forbindelse med delvis nedskrivning af deres kapitalandele i hjemmehørende selskaber i deres skattepligtige overskud, når værdiforringelsen er en følge af udlodningen af overskuddet, modsvares ikke af nogen skattefordele. Argumentet om, at der ikke skal betales skat i Tyskland af den fortjeneste, som den ikke-hjemmehørende har opnået ved salg af andele til den hjemmehørende selskabsdeltager, er irrelevant for så vidt angår den hjemmehørende selskabsdeltager, der rammes af ulempen.

81 Der findes dermed ikke nogen direkte sammenhæng i denne sag, således som krævet i henhold til den ovenfor i præmis 78 nævnte retspraksis, og den i hovedsagen omhandlede lovgivning kan således ikke begrundes i nødvendigheden af at bevare sammenhængen i den tyske ordning med fuld modregning.

82 Hvad derudover angår argumentet om nødvendigheden af, at Forbundsrepublikken Tyskland bevarer sin beskatningskompetence i forhold til virksomhed, der udøves på dens område, skal det bemærkes, at det følger af fast retspraksis, at et lavere skatteprovenu ikke kan anses for et tvingende alment hensyn, der kan påberåbes som begrundelse for en foranstaltning, som i princippet er i strid med en grundlæggende frihed (jf. bl.a. Manninen-dommen, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis). Domstolen har dog anerkendt, at der findes former for adfærd, som kan gøre indgreb i medlemsstaternes ret til at udøve deres beskatningskompetence med hensyn til virksomhed, der udøves på deres område, og dermed bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i fare (jf. Marks & Spencer-dommen, præmis 46), som kan begrunde en restriktion for de friheder, der er sikret ved traktaten (jf. i denne retning dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 55 og 56, og dom af 29.3.2007, sag C-347/04, Rewe Zentralfinanz, Sml. I, s. 2647, præmis 42).

83 Domstolen har ligeledes fastslået, at såfremt det forlanges af den stat, hvor det udloddende selskab er hjemmehørende, at den sikrer, at udbytte, der udloddes til en ikke-hjemmehørende aktionær, ikke rammes af kædebeskatning eller økonomisk dobbeltbeskatning, hvad enten dette sker ved at fritage udbyttet for beskatning hos det udloddende selskab eller ved at indrømme aktionæren en skattemæssig fordel svarende til den skat, som det udloddende selskab har betalt af udbyttet, vil dette reelt indebære, at denne stat skal give afkald på sin ret til at pålægge skat af en indtægt, der er skabt ved en økonomisk aktivitet på dens område (dommen i sagen Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, præmis 59).

84 Andre transaktioner end udlodning af overskud, som giver den ikke-hjemmehørende selskabsdeltager samme økonomiske fordel, som hvis den pågældende havde opnået en skattegodtgørelse for den selskabsskat, der er betalt af det selskab, som vedkommende har andele i, ville ligeledes kunne fratage den stat, hvor selskabet er hjemmehørende, retten til at pålægge skat af en indtægt, der er skabt ved en økonomisk aktivitet på dens område.

85 Medregning af et beløb svarende til den skattegodtgørelse, som den hjemmehørende erhverver kan opnå i andelenes salgspris, og modregningen af andelenes værdiforringelse som følge af udlodning af overskuddet i det udbytte, som erhververen har oppebåret af disse andele, ville for den pågældende erhverver enten medføre en ret til at modregne skattegodtgørelsen i anden af ham skyldig skat eller – i tilfælde, hvor han ikke har anden skattepligtig indkomst – i en ret til tilbagebetaling af et beløb, der svarer til skattegodtgørelsen for den skat, som selskabet har betalt for udbyttet.

86 Hvis andelens pris omfatter et beløb svarende til skattegodtgørelsen, svarer indrømmelsen af en skattegodtgørelse eller en tilbagebetaling af et beløb svarende til denne skattegodtgørelse til en ny hjemmehørende selskabsdeltager, til, at den ikke-hjemmehørende selskabsdeltager indirekte opnår en skattegodtgørelse for den skat, som selskabet skal betale.

87 Sådanne virkninger ville ikke blot indebære lavere skatteindtægter for Forbundsrepublikken Tyskland, men ville også indebære, at den indtægt, der normalt beskattes i den medlemsstat, hvor selskabet er hjemmehørende – i tilfælde, hvor der indirekte indrømmes en økonomisk fordel til ikke-hjemmehørende svarende til skattegodtgørelsen i den skat, som er opkrævet i overskuddet i et hjemmehørende selskab – ville blive overført til den medlemsstat, der har kompetence til at beskatte den ikke-hjemmehørendes fortjeneste, hvilket dermed ville skabe uligevægt i fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.

88 Heraf følger, at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede kan begrundes med nødvendigheden af at bevare en ligevægtig fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.

89 Hvad endelig angår argumenterne baseret på nødvendigheden af at forebygge skatteunddragelse og bekæmpe kunstige arrangementer, der har til formål at omgå den tyske beskatningsordning, bemærkes, at en national foranstaltning, der begrænser kapitalens frie bevægelighed, kan være begrundet, når den specifikt sigter på rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en skattefordel (jf. i denne retning dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 51 og 55, og i sagen Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation, præmis 72 og 74, samt dom af 4.12.2008, sag C-330/07, Jobra, endnu ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 35).

90 Som det fremgår den tyske regerings bemærkninger – der understøttes af bemærkningerne til den lov, hvormed de i hovedsagen omhandlede bestemmelser blev indført i tysk ret – er formålet med loven at hindre kunstige arrangementer, der indebærer, at en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager ved salg af andele opnår et beløb, der svarer til den skattegodtgørelse, som ville være indrømmet for den selskabsskat, som det hjemmehørende selskab har betalt, ved at foretage transaktioner som dem, der er beskrevet i punkt 100 i generaladvokatens forslag til afgørelse, der udelukkende gennemføres med henblik på at opnå denne skattefordel.

91 For så vidt som den begrænser en ny selskabsdeltagers ret til at fradrage de tab, der følger af selskabsandelens værdiforringelse, i sit skattepligtige overskud, når tabene ikke overstiger det »spærrede beløb«, er den i hovedsagen omhandlede lovgivning egnet til at forhindre foranstaltninger, hvis eneste formål er at skaffe ikke-hjemmehørende selskabsdeltagere en skattegodtgørelse for den selskabsskat, som det hjemmehørende selskab har betalt. Den omstændighed, at den nye hjemmehørende selskabsdeltagers beskatningsgrundlag forhøjes som følge af denne begrænsning, tilsigter at forhindre, at den indkomst, der normalt beskattes i Tyskland, overføres i form af en del af den tidligere selskabsdeltagers kapitalgevinst, svarende til den uhjemlede skattegodtgørelse, uden at blive beskattet i Tyskland.

92 En sådan lovgivning er dermed egnet til at opnå formålene om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem de forskellige medlemsstater og at modvirke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en skattefordel.

93 Det skal imidlertid undersøges, om en sådan lovgivning ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at virkeliggøre de således tilstræbte mål.



94 For så vidt som beregningen af det spærrede beløb er foretaget på baggrund af de omhandlede andeles anskaffelsespris, tilkommer det den forelæggende ret at kontrollere, at virkningerne af den i hovedsagen omhandlede lovgivning ikke går videre end nødvendigt med henblik på at sikre, at et beløb svarende til skattegodtgørelsen ikke uberettiget indrømmes den ikke-hjemmehørende selskabsdeltager.

95 Lovgivningen finder nemlig anvendelse, som anført af generaladvokaten i punkt 170 i forslaget til afgørelse, når en hjemmehørende skattepligtig har købt sine kapitalandele i et hjemmehørende selskab af en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager til en pris, der af en eller anden grund overstiger selskabsandelens nominelle værdi.

96 Dermed er lovgivningen baseret på en formodning om, at enhver forhøjelse af salgsprisen nødvendigvis foretages af hensyn til skattegodtgørelsen og udelukkende af hensyn hertil. Som generaladvokaten har bemærket i punkt 172 i forslaget til afgørelse, kan det ikke udelukkes, at selskabsandelene afhændes til en pris, der overstiger deres nominelle værdi, af andre grunde end at indrømme selskabsdeltageren en skattegodtgørelse for den selskabsskat, som det hjemmehørende selskab har betalt, eller at det ikke-udloddede udbytte og en eventuelt indrømmelse af en skattegodtgørelse for disse andele under alle omstændigheder blot udgør en del af deres salgspris.

97 Sagsøgeren i hovedsagen har for Domstolen gjort gældende, at medregningen af det spærrede beløb og forhøjelsen af den hjemmehørende selskabsdeltagers beskatningsgrundlag ligeledes påvirker andre skatter, som den pågældende selskabsdeltager skal betale, og navnlig den pålignede erhvervsskat. Disse konsekvenser går således videre end, hvad der er nødvendigt for at nå de mål, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede lovgivning.

98 Det tilkommer ligeledes den forelæggende ret at kontrollere, om den begrænsede hensyntagen til værdiforringelsen af selskabsandelene som følge af udlodning af overskud, med virkning for det år, hvor selskabsandelens erhverves, og de ni følgende år, ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det mål, der forfølges med den i hovedsagen omhandlede lovgivning.

99 Hvad endelig angår formålet om at bekæmpe rent kunstige arrangementer, hvis eneste formål er at opnå en skattefordel, skal det, som anført af generaladvokaten i punkt 174 i forslaget til afgørelse, bemærkes, at en foranstaltning, der forfølger et sådant formål, for at overholde proportionalitetsprincippet skal give de nationale retsinstanser mulighed for at foretage en konkret undersøgelse under hensyn til de særlige omstændigheder i hver enkelt sag og på grundlag af objektive elementer, når de tager de pågældende personers misbrug eller svigagtige adfærd i betragtning.

100 For så vidt som en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede ikke lader sig begrænse til at finde anvendelse på rent kunstige arrangementer, som er fastlagt på grundlag af objektive elementer, men omfatter alle situationer, hvor en hjemmehørende skattepligtig har erhvervet andele i et hjemmehørende selskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager til en pris, der af en eller anden grund overstiger selskabsandelens nominelle værdi, går virkningerne af en sådan lovgivning således videre, end hvad der er nødvendigt for at modvirke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en uberettiget skattemæssig fordel.

101 Det forelagte spørgsmål skal således besvares med, at traktatens artikel 73 B skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud ikke har indflydelse på en hjemmehørende skattepligtig persons beskatningsgrundlag, når den pågældende har erhvervet andele i et

hjemmehørende kapital selskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, hvorimod en sådan værdiforringelse nedsætter erhververens beskatningsgrundlag, når andelene erhverves fra en hjemmehørende selskabsdeltager.

102 Det anførte gælder, for så vidt som en sådan lovgivning ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og at modvirke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en uberettiget skattefordel. Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om den i hovedsagen omhandlede lovgivning begrænser sig til det, der er nødvendigt for at nå disse mål.

### **Sagens omkostninger**

103 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Første Afdeling) for ret:

**EF-traktatens artikel 73 B (nu artikel 56 EF) skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats lovgivning, hvorefter værdiforringelse af selskabsandele som følge af udlodning af overskud ikke har indflydelse på en hjemmehørende skattepligtig persons beskatningsgrundlag, når den pågældende har erhvervet andele i et hjemmehørende kapital selskab fra en ikke-hjemmehørende selskabsdeltager, hvorimod en sådan værdiforringelse nedsætter erhververens beskatningsgrundlag, når andelene erhverves fra en hjemmehørende selskabsdeltager.**

**Det anførte gælder, for så vidt som en sådan lovgivning ikke går videre, end hvad der er nødvendigt for at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og at modvirke rent kunstige arrangementer, der ikke bygger på nogen økonomisk realitet, og som alene har til formål at opnå en uberettiget skattefordel. Det tilkommer den forelæggende ret at undersøge, om den i hovedsagen omhandlede lovgivning begrænser sig til det, der er nødvendigt for at nå disse mål.**

Underskrifter

\* Processprog: tysk.