FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT VERICA TRSTENJAK

fremsat den 10. januar 2008 [1]

I — Indledning

1. I forbindelse med tvisten mellem Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH (herefter »HBV«) og Finanzamt für Großunternehmen in Hamburg (herefter »Finanzamt«) vedrørende værdifastsættelsen af andele af kapitalinteresser i to selskaber, det ene hjemmehørende i Spanien, det andet i Østrig, i skatteåret 1988, spørger Finanzgericht Hamburg Domstolen, om nationale bestemmelser, der indebærer, at andele i personselskaber i andre medlemsstater ansættes til en højere værdi end andele i indenlandske selskaber, kan forenes med etableringsfriheden.

II — Retsforskrifter

A — *Fællesskabsretlige bestemmelser*

2. EØF-traktatens artikel 52 (nu artikel 43 EF) bestemmer:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 48, stk. 2, anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

3. EØF-traktatens artikel 58 (nu artikel 48 EF) bestemmer:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor

1 — Originalsprog: fransk.

eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, ligestilles for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.«

B — *National ret*

4. Det fremgår af den præjudicielle anmodning, at i forbindelse med værdiansættelse af ikke børs-noterede andele i kapitalselskaber med henblik på beregning af formueskat fastsættes disse selskabers kapitalinteresser i indenlandske personselskaber på grundlag af deres formueværdi, mens værdiansættelsen for udenlandske personselskaber foretages på grundlag af handelsværdien. Hvis handelsværdien ikke kan udledes af salg, der ligger mindre end et år tilbage i tiden, skal der foretages en vurdering af det pågældende selskabs formueværdi og fremtidige indtjeningsmuligheder.

5. Nærmere bestemt forklarer den forelæggende ret, at i henhold til § 11, stk. 2, i Bewertungsgesetz (tysk lov om værdiansættelse, herefter »BewG«) [2] ansættes ikke-børsnoterede andele i kapitalselskaber til handelsværdien (gemeiner Wert). Hvis denne værdi ikke kan udledes ved henvisning til et salg, der er foretaget mindre end et år før vurderingen, skal der foretages en vurdering af handelsværdien under hensyntagen til kapitalselskabets formue og fremtidige indtjeningsmuligheder (BewG's § 11, stk. 2, andet punktum).

6. Ved vurderingen af kapitalinteresser i indenlandske selskaber beregner forvaltningen handelsværdien af ikke-børsnoterede andele i kapitalselskaber efter principperne i »Stuttgart-metoden« [3]. Værdien af formuen beregnes med udgangspunkt i driftsaktivernes enhedsværdi (BewG's § 109, stk. 2). Ifølge denne bestemmelse skal kapitalinteresser i personselskaber, der tilhører en driftsformue, ansættes til den enhedsværdi, der er opgjort for disse selskaber i henhold til BewG's § 19, stk. 3, nr. 2.

7. Vedrørende værdiansættelsen af andele i udenlandske virksomheder bestemmer BewG's § 31, at bestemmelserne i BewG's første del, herunder BewG's § 9 (handels-

2 — Bundesgesetzblatt Teil I, s. 845.
3 — I henhold til § 76 ff. i VStR (Vermögenssteuerrichtlinie) fra 1986.

værdi), gælder for værdiansættelsen af udenlandske faktiske aktiver. Handelsværdien fastsættes i henhold til BewG's § 9, stk. 2, som den pris, der ville kunne opnås ved et salg, dvs. markedsværdien.

III — Tvisten i hovedsagen og anmodningen om præjudiciel afgørelse

8. HBV er et ikke-børsnoteret selskab med begrænset ansvar (Gesellschaft mit beschränkter Haftung, herefter »GmbH«) med hjemsted i Tyskland. Alle dets kapitalinteresser indehaves af dets moderselskab, kommanditselskabet Heinrich Bauer Verlag KG, som har fået tilladelse til at intervenere i hovedsagen (herefter »intervenienten«).

9. Tvisten mellem HBV og Finanzamt Hamburg er opstået i forbindelse med værdiansættelsen af HBV's kapitalinteresser med henblik på beregningen af formueskat, som selskabet skal betale i sin egenskab af indehaver af de pågældende andele, og vedrører den fastsatte værdi for HBV's kapitalinteresser i to kommanditselskaber: det spanske Bauer Ediciones Sociedad en Comandita (herefter »HBE«), hvor HBV er kommanditist, og som af den tyske skatteret anses for et personselskab, og det østrigske selskab Basar Zeitungs- und Verlagsgesellschaft GmbH und Co. KG (herefter »WBC«), hvori HBV er indehaver af samtlige kapitalinteresser.

10. Nærmere bestemt er parterne i tvisten i hovedsagen uenige om værdiansættelsen af HBV's kapitalinteresser i HBE og i WBC for det omtvistede skatteår 1988. Finanzamt havde fastsat værdien af HBV's andele i HBE til 17 101 512 DEM og HBV's andele i WBC til 5 565 955 DEM. Sagsøgeren vurderer sine andele i HBE til 920 275,45 DEM og i WBC til 5 251 345,42 DEM.

11. Denne forskel skyldes, at parterne tager udgangspunkt i forskellige principper ved vurderingen af værdien af kapitalinteresser i udenlandske personselskaber. Mens Finanzamt ikke alene tager hensyn til formueværdien, dvs. selskabernes indre værdi, men også deres indtjeningsmuligheder, finder sagsøgeren, at kun selskabernes indre værdi skal tages i betragtning.

12. Da sagsøgerens klage blev afvist, anfægtede selskabet Finanzamts afgørelse ved

Finanzgericht Hamburg, som har forelagt Domstolen et præjudicielt spørgsmål.

13. Hvad angår HBV's kapitalinteresser i HBE anfører den forelæggende ret, at metodeforskellen ved værdiansættelse af en kapitalinteresse i et indenlandsk og et udenlandsk selskab medfører forskellige værdier. Størrelsen af kapitalinteresserne indvirker direkte på størrelsen af HBV's skat i form af formueskat. Restriktionen af etableringsfriheden kan eventuelt være et resultat af, at kapitalinteresser i udlandet ansættes til en højere værdi end kapitalinteresser i et indenlandsk selskab. En sådan restriktion kan kun accepteres, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med EF-traktaten. Den nationale ret ser ingen begrundelse for en eventuel restriktion af denne frihed, hverken i forbindelse med »vanskeligheder med at efterprøve de faktiske omstændigheder«, eller i forbindelse med sammenhængen.

14. Med hensyn til HBV's andele i WBC mener den forelæggende ret, at hverken etableringsfriheden i EØF-traktatens artikel 52 eller de tilsvarende bestemmelser i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (herefter »EØS-aftalen«) [4] kommer i betragtning for året 1988, da Republikken Østrig først blev medlem af Den Europæiske Union den 1. januar 1995.

15. Den forelæggende ret udelukker endelig a priori et indgreb i de frie kapitalbevægelser, idet de gyldige bestemmelser på området for den omtvistede periode ikke er til hinder for en forskel i vurdering mellem en kapitalinteresse i et indenlandsk personselskab og en kapitalinteresse i et personselskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat eller en tredje stat.

16. Finanzgericht Hamburg har således besluttet at udsætte sagen, indtil Domstolens afgørelse vedrørende følgende retsspørgsmål foreligger:

»Strider det imod EØF-traktatens/EF-traktatens artikel 52, sammenholdt med artikel 58, nu artikel 43 EF og artikel 48 EF, hvis en kapitalinteresse i et indenlandsk personselskab i forbindelse med værdiansættelsen af ikke-børsnoterede andele i kapitalselskaber ansættes til en lavere værdi end en kapitalinteresse i et personselskab i en anden medlemsstat?«

4 — Aftale om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde — Slutakt — Fælles erklæringer — Erklæring fra EF-medlemsstaternes og EFTA-staternes regeringer — Arrangementer — Godkendt protokollat — Erklæringer fra en eller flere af de kontraherende parter i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, EFT 1994 L 1, s. 3.

IV — Indlæg for Domstolen

17. HBV har gjort gældende, at det er den eneste indehaver af andelene i flere personselskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater. Disse kapitalinteresser giver det mulighed for kontrol og ledelse af selskabet og tillader det således at udøve sin etableringsret.

18. Da den tyske lovgivning — med henblik på formueskatten — indebærer, at den udenlandske formue ansættes til en højere værdi end den sammenlignelige indenlandske formue, udgør det en begrænsning af etableringsfriheden. En sådan begrænsning kan kun accepteres, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med EF-traktaten, og som er begrundet i tvingende almene hensyn, som ikke foreligger i det foreliggende tilfælde.

19. Hvad angår skattekontrollens effektivitet kan de kompetente myndigheder på grundlag af Rådets direktiv 77/799/EØF [5] henvende sig til de kompetente myndigheder i en anden medlemsstat for at få alle de oplysninger, der kan gøre det muligt at foretage en korrekt beregning af en skattepligtigs skat. Endvidere indeholder overenskomsterne til undgåelse af dobbeltbeskatning bestemmelser om udveksling af oplysninger vedrørende formueskat.

5 — Det relevante direktiv i 1988 er Rådets direktiv 77/799/EØF af 19.12.1977 om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden for området direkte skatter (EFT L 336, s. 15).

20. Den omhandlede lovgivning, som med henblik på formueskat indebærer, at en udenlandsk formue ansættes til en højere værdi end en sammenlignelig indenlandsk formue, udgør desuden en ikke berettiget begrænsning af de frie kapitalbevægelser.

21. HBV har foreslået Domstolen at besvare det præjudicielle spørgsmål således:

»EF-traktatens artikel 52 og 58 (efter ændring nu artikel 43 EF og 48 EF) er til hinder for en skattelovgivning, der i forbindelse med værdiansættelse af ikke-børsnoterede andele i kapitalselskaber alt andet lige ansætter kapitalinteresser i et udenlandsk personselskab til en højere værdi end kapitalinteresser i et indenlandsk personselskab.

Endvidere er EF-traktatens artikel 73 B og 73 D (efter ændring nu artikel 56 EF og 58 EF) ligeledes til hinder for en højere værdiansættelse og dermed for en højere

beskatning af andele i udenlandske personselskaber end andele i indenlandske personselskaber.«

22. Ifølge Finanzamt stiller den skattemæssige behandling af sagsøgeren ikke virksomheden mere ugunstigt end sammenlignelige virksomheder med kapitalinteresser i indenlandske personselskaber. I disse to grupper vil det opnåede resultat med henblik på værdiansættelsen derimod være identisk.

23. Medregningen af værdiansættelsen af det spanske selskab, som omhandlet i BewG's § 11, stk. 2, på grundlag af Stuttgart-metoden, vil ganske vist have til virkning, at indtjeningsmulighederne inddrages i beregningen af formueværdien, men på det tekniske plan ville der i sidste instans ikke være tale om en forskellig vurdering af andelene i indenlandske personselskaber. Når et kapitalselskab er indehaver af andelene i et indenlandsk personselskab, tilfalder dettes indkomst kapitalselskabet direkte som egen indkomst og indvirker således direkte på indtjeningsværdien.

24. Forskellen mellem den af sagsøgte fastsatte værdi på 17,1 mio. DEM og den af sagsøgeren anførte på 0,9 mio. DEM ligger ikke i metodeforskellen med hensyn til værdiansættelsen. Den skyldes derimod afskrivninger for sagsøgerens tab i forbindelse med omkostningerne til erhvervelse af personselskabet i de tre første år efter dets stiftelse. Sådanne tab (atypiske, knyttet til selskabets start) kan ikke indvirke på handelsværdien, bortset fra ubegrundet at fordreje den. Stifteren af et kapitalselskab ansætter således for en vis tid sine andele til den samme værdi, som er anvendt ved selskabets stiftelse.

25. Hvis det antages, at Domstolen konkluderer, at der foreligger en begrænsning af etableringsfriheden eller de frie kapitalbevægelser, vil det være begrundet. Beregningen af HBV's formueværdi ved medtagelse af dets indtjeningsmuligheder er nødvendig i forhold til skattesystemet for at sikre ensartetheden i beskatningen af sammenlignelige faktiske situationer. Hvis ikke indtjeningsmulighederne medtages i forbindelse med værdiansættelsen af sagsøgerens kapitalinteresser, vil kapitalinteresserne i udenlandske selskaber blive stillet mere fordelagtigt. I forbindelse med værdiansættelsen tages der altid hensyn til indenlandske personselskabers indkomst, idet den direkte tilskrives indkomsten for kapitalselskabet, der er indehaver af andele i det.

26. Finanzamt har anmodet om, at det forelagte spørgsmål formuleres anderledes, for så vidt som Finanzgericht Hamburgs spørgsmål hviler på den forudsætning, at kapitalinteresserne i et indenlandsk selskab fastsættes til en værdi, der er lavere end for

kapitalinteresser i et udenlandsk personselskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat. Spørgsmålet bør stilles således:

»Strider det imod EØF-traktatens/EF-traktatens artikel 52, sammenholdt med artikel 58, nu artikel 43 EF og 48 EF, at man ved værdiansættelsen af ikke-børsnoterede andele i kapitalselskaber ansætter kapitalinteresser i et udenlandsk personselskab, der er hjemmehørende i en medlemsstat, under medregning af dets indtjeningsmuligheder?«

27. Finanzamt foreslår følgende svar:

»Svaret på det forelagte spørgsmål er, at det ikke er i strid med EØF-traktatens/EF-traktatens artikel 52, sammenholdt med artikel 58, nu artikel 43 EF og artikel 48 EF, i forbindelse med værdiansættelsen af ikke-børsnoterede andele i kapitalselskaber, at man ansætter kapitalinteresser i et udenlandsk personselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, ved at medregne dets indtjeningsmuligheder.«

28. Den tyske regering har ligeledes anført, at hvis der er forskellige bestemmelser for værdiansættelsen af kapitalinteresser i indenlandske og udenlandske personselskaber, svarer den delværdi, der skal fastsættes i forbindelse med enhedsværdien, i det store og hele til den relevante handelsværdi for kapitalinteresser i udenlandske personselskaber. Vurderingsproceduren for indenlandske kapitalinteresser vil i sidste instans ved hjælp af særlige korrektioner til de forskellige positioner i balancen have tendens til at ligge tæt ved en værdi, der er sammenlignelig med handelsværdien.

29. Hvad angår kapitalinteresserne i WBC er muligheden for at påberåbe sig de grundlæggende friheder udelukket, fordi Østrig først blev medlem af De Europæiske Fællesskaber i 1995. Hvad angår EFTA-aftalen trådte den først i kraft i 1994.

30. Med hensyn til kapitalinteresserne i HBE kan der ikke tages hensyn til etableringsfriheden i denne sag, for så vidt som sagsøgerens forpligtelser i Spanien ikke henhører under udøvelsen af denne frihed, men der er snarere tale om en simpel kapitalinvestering inden for rammerne af de frie kapitalbevægelser. Ved som kommanditist at have andele i HBE har sagsøgeren ikke en vis indflydelse på det spanske selskabs drift, men er derimod udelukket fra selskabets beslutnings- og repræsentationsproces over for tredjemand. Den tyske regering har imidlertid understreget, at i henhold til Domstolens praksis finder etableringsfriheden kun anvendelse på det forhold, at en statsborger i den pågældende medlemsstat ejer en andel af kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, der giver ham mulighed for at udøve en vis indflydelse

på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift.

31. Subsidiært har den tyske regering — efter at have bemærket, at den ikke mener, at der er tale om forskelsbehandling, eftersom principperne for værdiansættelse af kapitalinteresser i indenlandske og udenlandske personselskaber ikke er grundlæggende forskellige — tilføjet, at en sådan forskelsbehandling under alle omstændigheder ville være berettiget. Med henblik på vurderingen af kapitalinteresser i udenlandske personselskaber er anvendelsen af de særlige bestemmelser, der gælder for indenlandsk driftsformue, udelukket, da det tilsvarende vurderingsgrundlag, såsom delværdier eller enhedsværdier, ikke er til rådighed. Man vil i stedet anvende kapitalinteressernes handelsværdi.

32. Den tyske regering finder, at der skal gives følgende svar på det forelagte spørgsmål:

»Det er ikke i strid med bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 52, sammenholdt med artikel 58, eller med EØF-traktatens artikel 67, at man i forbindelse med værdiansættelsen af ikke-børsnoterede andele i kapitalselskaber ansætter kapitalinteresser i et indenlandsk personselskab til en lavere værdi end kapitalinteresser i et personselskab i en anden medlemsstat.«

33. Kommissionen har vedrørende HBV's kapitalinteresse i HBE understreget, at i henhold til retspraksis finder etableringsfriheden kun anvendelse, når den pågældende erhvervsdrivende ejer en andel af kapitalen, som giver ham en vis indflydelse på beslutningerne i det andet selskab og giver ham mulighed for at træffe afgørelse om dets drift. Forelæggelseskendelsen begrænser sig imidlertid til at præcisere, at HBV er »kommanditist« i HBE og gør det ikke muligt med sikkerhed at vide, om sagsøgeren kan træffe afgørelse om HBE's drift. Ifølge Kommissionen er der tegn i denne retning, som den lægger til grund i mangel af elementer, der peger i modsat retning.

34. Med hensyn til karakteren af de nationale retsregler, der henhører under EØF-traktatens artikel 52, har Kommissionen henvist til retspraksis, hvorefter denne bestemmelse ikke alene sikrer national behandling i værtsmedlemsstaten, men ligeledes er til hinder for, at oprindelsesstaten forhindrer etablering i en anden medlemsstat for en af sine statsborgere eller en virksomhed, der er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning. Udøvelsen af

denne frihed forhindres, når etableringen i en anden medlemsstats er underlagt mere ugunstige skattevilkår end en tilsvarende indenlandsk etablering, da dette vil kunne afholde den berørte erhvervsdrivende fra at foretage en etablering i en anden medlemsstat. Dette er reelt situationen i det foreliggende tilfælde. Andelene i sagsøgerens kapital er underlagt forskelsbehandling med hensyn til formueskat, alt efter om sagsøgeren selv ejer en andel i et personselskab i Tyskland eller i en anden medlemsstat, eftersom skatten er højere i det sidstnævnte tilfælde end i det førstnævnte.

35. Begrænsningen af etableringsfriheden er desuden ikke begrundet ved et lovligt formål, som er foreneligt med EF-traktaten. Det skal bekræftes over for den forelæggende ret, at de to grunde, den selv har fremført, nemlig vedrørende sammenhængen i skatteordningen og praktiske administrative vanskeligheder, ikke gælder.

36. Med hensyn til spørgsmålet om den omtvistede lovgivnings forenelighed med de frie kapitalbevægelser mener Kommissionen, at den på tidspunktet for de faktiske omstændigheder var forenelig med fællesskabsrettens bestemmelser vedrørende dette område.

37. Angående HBV's kapitalinteresser i WBC har Kommissionen anført, at i skatteåret 1988, da Østrig endnu ikke var medlem af Fællesskabet, og EFTA-aftalen endnu ikke var blevet undertegnet, var hverken etableringsfriheden i henhold til EØF-traktatens artikel 52 eller den tilsvarende bestemmelse i EØS-aftalens artikel 31 anvendelige på værdiansættelsen af kapitalandele i WBC.

38. Kommissionen foreslår, at Domstolen fastslår følgende:

»Bestemmelserne i EØF-traktatens artikel 52, sammenholdt med artikel 58, er til hinder for, at man ved værdiansættelsen af ikke-børsnoterede andele i et kapitalselskab med henblik på formueskat ansætter kapitalselskabets interesser i et personselskab i en anden medlemsstat til en højere værdi end dets kapitalinteresser i et indenlandsk personselskab.«

V — Bedømmelse

39. Forståelsen af den tyske lovgivning, der er relevant for den foreliggende sag, giver anledning til uoverensstemmelser mellem parterne. Finanzamt anfører bl.a. i punkt 3.2 i sine bemærkninger, at den forelæggende ret tager fejl med hensyn til indvirkningen af det

tyske system til værdiansættelse af sagsøgerens andele, og at der ikke foreligger hverken direkte eller indirekte forskelsbehandling, fordi der fra et skattemæssigt synspunkt tages hensyn til indtjeningen både i forbindelse med indenlandske og udenlandske kapitalinteresser.

40. Det skal bemærkes, at det ikke tilkommer Domstolen at udtale sig om fortolkningen og anvendeligheden af nationale bestemmelser eller at fastlægge de faktiske omstændigheder, som er relevante for afgørelsen af tvisten i hovedsagen. Det påhviler således Domstolen i henhold til kompetencefordelingen mellem Domstolen og de nationale retter at tage hensyn til de faktiske omstændigheder og de retsregler, som ifølge forelæggelseskendelsen er baggrunden for de præjudicielle spørgsmål. Sådan forholder det sig også, selv hvis den forelæggende ret giver en ukorrekt fremstilling af den nationale ret [6]. De præjudicielle spørgsmål må derfor undersøges inden for de faktiske og de lovgivningsmæssige rammer, som Finanzgericht Hamburg har beskrevet i forelæggelseskendelsen.

41. Ifølge præsentationen af den tyske lovgivning forholder det sig sådan, at mens der i forbindelse med værdiansættelsen af ikkebørsnoterede andele i kapitalselskaber med henblik på beregningen af formueskatten foretages værdiansættelse af kapitalinteresser i indenlandske personselskaber på grundlag af deres formueværdi, foretages værdiansættelsen af kapitalinteresser i udenlandske personselskaber på grundlag af deres handelsværdi, dvs. at der i det sidstnævnte tilfælde til formueværdien føjes det pågældende selskabs indtjeningsmuligheder.

42. Den ret til frit at etablere sig, som medlemsstaternes statsborgere har i henhold til artikel 43 EF, 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 i henhold til artikel 48 EF en ret for selskaber, som er stiftet 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 [7].

43. I henhold til fast retspraksis sikrer denne bestemmelse ikke alene national behandling i modtagelsesmedlemsstaten, men indebærer samtidig et forbud mod, at oprindelsesmedlemsstaten forhindrer, at en af dens statsborgere etablerer sig i en anden medlemsstat,

6 — Dom af 25.10.2001, sag C-475/99, Ambulanz Glöckner, Sml. I, s. 8089, præmis 10, og af 13.11.2003, sag C-153/02, Neri, Sml. I, s. 13555, præmis 34-36.

7 — Bl.a. dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain ZN, Sml. I, s. 6161, præmis 35, af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 30, af 23.2.2006, sag C-471/04, Keller Holding, Sml. I, s. 2107, præmis 29, og af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 41.

eller at et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, gør det [8].

44. Udøvelsen af denne frihed forhindres bl.a., når etableringen i en anden medlemsstat er underlagt mere ufordelagtige skattevilkår end en tilsvarende indenlandsk virksomhed, da dette kan afholde den pågældende erhvervsdrivende fra at foretage en etablering i en anden medlemsstat [9].

45. Artikel 43 EF stiller krav om ophævelse af restriktioner for etableringsfriheden. Alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af denne frihed mindre interessant, skal betragtes som sådanne begrænsninger [10].

46. Selv om bestemmelser om direkte skatter på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke som sådanne henhører under Fællesskabets kompetence, skal medlemsstaterne dog overholde fællesskabsretten under udøvelse af deres kompetence [11].

47. I det foreliggende tilfælde er andelene i HBV's kapital underlagt en forskelsbehandling med hensyn til formueskatten alt efter, om sagsøgeren ejer en kapitalinteresse i et personselskab i Tyskland eller i en anden medlemsstat. Skattebyrden er højere i sidstnævnte tilfælde end i det førstnævnte.

48. Da det fremgår af fast retspraksis [12], at nationale bestemmelser, der finder anvendelse på det forhold, at en statsborger i den pågældende medlemsstat ejer en andel af kapitalen i et selskab i en anden medlemsstat, giver ham mulighed for at udøve en vis indflydelse på beslutningerne i dette selskab og for at træffe afgørelse om selskabets drift [13],

8 — Bl.a. dom af 16.7.1998, sag C-264/96, ICI, Sml. I, s. 4695, præmis 21, af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 26, af 13.4.2000, sag C-251/98, Baars, Sml. I, s. 2787, præmis 28, af 14.9.2000, sag C-141/99, AMID, Sml. I, s. 11619, præmis 21, Marks & Spencer-dommen, præmis 31, dom af 23.2.2006, sag C-471/04, Keller Holding, Sml. I, s. 2107, præmis 30, og dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 42.

9 — Jf. henvisningerne i den foregående fodnote.

10 — Bl.a. dom af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 22, og af 17.10.2002, sag C-79/01, Payroll Data Services, Sml. I, s. 8923, præmis 26.

11 — Dom af 14.2.1995, sag C-279/93, Schumacker, Sml. I, s. 225, præmis 21, af 29.4.1999, sag C-311/97, Royal Bank of Scotland, Sml. I, s. 2651, præmis 19, af 26.10.1999, sag C-294/97, Eurowings Luftverkehrs, Sml. I, s. 7447, præmis 32, og af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, præmis 19, samt Marks & Spencer-dommen, præmis 29, og dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 40.

12 — Bl.a. Baars-dommen, præmis 22, dom af 5.11.2002, sag C-208/00, Überseering, præmis 77, Sml. I, s. 9919, X og Y-dommen, præmis 37, dom af 8.6.2004, sag C-268/03, De Baeck, Sml. I, s. 5961, præmis 25 og 26, dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 31, 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 23.10.2007, sag C-112/05, Kommissionen mod Forbundsrepublikken Tyskland, Sml. I, s. 8995, præmis 13.

13 — Det følger således af traktatens artikel 52, stk. 2, at etableringsfriheden indebærer adgang til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber, i en medlemsstat for en statsborger i en anden medlemsstat (Baars-dommen, præmis 22).

skal det undersøges, om reglerne om etableringsfriheden finder anvendelse på de pågældende to selskaber.

49. Vedrørende WBC kan der, som den forelæggende ret, den tyske regering og Kommissionen har påpeget, ikke være tale om tilsidesættelse af etableringsfriheden for 1988, da Østrig først blev medlem af Den Europæiske Union den 1. januar 1995; med hensyn til associeringsaftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde indgået med Østrig trådte den først i kraft den 1. januar 1994 [14]. Heraf følger, at hverken etableringsfriheden i henhold til artikel 43 EF eller den tilsvarende bestemmelse i artikel 31 i EØS-aftalen fandt anvendelse på værdiansættelsen af andele i WBC's kapital.

50. Mens den forelæggende ret har præciseret, at HBV har erhvervet alle andelene i WBC, giver den ingen præcisering med hensyn til andelene i HBE. Sagsøgeren har imidlertid anført, at det også er tilfældet for dette selskab. Domstolen har i en dom af 13. april 2000 fastslået, at den omstændighed, at en skattepligtig ejer 100% af kapitalen i et selskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, uden tvivl medfører, at en sådan skattepligtig er omfattet af anvendelsesområdet for traktatens bestemmelser om etableringsretten [15].

51. I medfør af den ovenfor nævnte betingelse, hvorefter et selskab, der ejer kapitalandele, skal have mulighed for at udøve en vis indflydelse og for at træffe afgørelse om driften af den virksomhed, som den ejer andele i, for at princippet om etableringsfrihed finder anvendelse, er det nødvendigt at undersøge, om kommanditisten i det foreliggende tilfælde er i stand til at træffe afgørelse om komplementarens drift af virksomheden. Der skal med henblik herpå lægges vægt på de nationale kommanditselskabsretlige regler [16]. Den foreliggende sag udviser det særtræk, at kommanditisten har hjemsted i Tyskland og komplementaren i Spanien.

52. I henhold til § 164 i den tyske handelslov (Handelsgeseztbuch, herefter »HGB«) er

14 — Jf. henvisninger til aftalen i fodnote 4.

15 — Baars-dommen, præmis 21. Denne præjudicielle sag drejede sig om den nederlandske formueskattelovgivning; i medfør af denne lovgivning er en betydelig kapitalinteresse i en virksomhed til en vis grad fritaget for formueskat, når virksomheden er hjemmehørende i Nederlandene. Sagsøgeren i hovedsagen var imidlertid en nederlandsk statsborger, som var den eneste indehaver af kapitalandele i et selskab med hjemsted i Irland.

16 — I denne retning jf. generaladvokat Albers forslag til afgørelse fremsat den 14.10.1999 i Baars-sagen, punkt 33.

kommanditister udelukket fra at drive selskabets virksomhed [17]; de kan ikke gøre indsigelse mod en akt fra de personligt hæftende selskabsdeltageres side, medmindre den overskrider rammerne for den ordinære drift af selskabet [18]. I HGB's § 170 er det anført, at kommanditisten ikke er bemyndiget til at repræsentere selskabet [19].

53. Da komplementaren er etableret i Spanien, skal der især lægges vægt på spansk ret. Den spanske lovgivning vedrørende kommanditanpartsselskaber [20] er navnlig fastsat i handelslovens §§ 145-150 [21]. I medfør af handelslovens § 127 hæfter komplementarerne i et kommanditselskab, personligt og solidarisk, for resultaterne af selskabets virksomhed. Mens komplementarerne i et kommanditselskab hæfter ubegrænset, hæfter kommanditisterne kun for det i kontrakten fastsatte indskud, som udgør en af deres vigtigste pligter [22]. I handelslovens § 148 er det anført, at kommanditister ikke kan forestå akter til forvaltning af selskabets interesser, heller ikke som befuldmægtigede for de selskabsdeltagere, der er ansvarlige for selskabets drift [23]. Kommanditisterne er således udelukket fra selskabets drift; hvis en kommanditist udfører forvaltningsakter, kan han ekskluderes fra selskabet [24]. Ifølge handelslovens § 147 udgør selskabets kollektive navn firmanavnet, hvori navnene på kommanditisterne kan indgå [25]. Hvis en kommanditist lader sit navn indgå i selskabets navn, hæfter han over for tredjemand uden dog at få flere rettigheder end dem, der svarer til hans status af kommanditist [26].

54. Det må fastslås, at navnet »Bauer« figurerer både i kommanditistens navn, »Heinrich Bauer Verlag Beteiligungs GmbH«, og i komplementarens navn, »Bauer Ediciones

17 — Det forholder sig på samme måde i f.eks. fransk ret; artikel 28, stk. 1, i selskabsloven anfører, at »en kommanditist kan ikke forestå nogen ekstern ledelsesakt, heller ikke i medfør af en fuldmagt«. I stk. 2 er det anført, at »ved overtrædelse af forbuddet i det foregående stykke hæfter kommanditisten solidarisk med komplementarerne for den gæld og de forpligtelser, der skyldes de forbudte handlinger […]«.

18 — § 164 HGB: »Kommanditisterne er udelukket fra at lede selskabets forretninger; de kan ikke gøre indsigelse mod en akt fra de personligt hæftende selskabsdeltageres side, medmindre den overskrider rammerne for den ordinære drift af selskabet […]«

19 — § 170 HGB: »Kommanditisten er ikke bemyndiget til at repræsentere selskabet.«

20 — Jf. f.eks. C. Paz-Ares: La sociedad en comandita, i *Curso de derecho mercantil* (R. Uría og A. Menéndez), 1999, s. 703-734 (jf. navnlig s. 712 om grundene til at udelukke en kommanditist fra ledelsen som fastsat i handelslovens artikel 148) og den af forfatteren nævnte bibliografi; Sociedad comanditaria simple, i M*emento Práctico Lefebvre: Sociedades Mercantiles*, 2000-2001, s. 359-362.

21 — Som det fremgår af artikel 209-221 i forordning om handelsregistret godkendt ved et kongeligt dekret fra 1996, godkendt ved kongeligt dekret 1784/1996 af 19.7.1996 (*Boletín Oficial del Estado* af 31.7.1996).

22 — Artikel 170 og 218 i handelsloven. Hvis en kommanditist ikke opfylder denne forpligtelse, kan selskabet vælge mellem at kræve de fastsatte beløb betalt af retslig vej eller opsige selskabskontrakten delvis for så vidt angår den pågældende kommanditist.

23 — Artikel 148, *in fine*, i handelsloven: »Los socios comanditarios no podrán hacer acto alguno de administración de los intereses de la compañía, ni aun en calidad de apoderados de los socios gestores« (kommanditister kan ikke gennemføre nogen handling til forvaltning af selskabets interesser, heller ikke som befuldmægtigede for de personligt hæftende selskabsdeltagere).

24 — Artikel 218 i handelsloven: »Habrá lugar a la rescisión parcial del contrato de compañía mercantil colectiva o en comandita por cualquiera de los motivos siguientes: […] Por injerirse en funciones administrativas de la compañía el socio a quien no compete desempeñarlas, según las condiciones del contrato de sociedad« (en handelsselskabs- eller kommanditselskabskontrakt kan delvis opsiges af følgende grunde: […] Hvis en selskabsdeltager, som ikke har kompetence hertil ifølge selskabskontraktens betingelser, griber ind i selskabets administrative funktioner).

25 — Artikel 147 i handelsloven: »Este nombre colectivo constituirá la razón social, en la que podrán incluirse los nombres de los socios comanditarios« (dette kollektive navn udgør firmanavnet, hvor kommanditisternes navne kan indgå). Jf. C. Paz-Ares, R. Uría og A. Menéndez: *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid, 1999, s. 718.

26 — Jf. C. Paz-Ares, R. Uría, og A. Menéndez: *Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999, s. 718.

Sociedad en Comandita«. For at efterkomme artikel 147 i den spanske handelslov drejer det sig uden tvivl ikke om den samme fysiske person »Bauer«. Man kan imidlertid forestille sig en familiemæssig tilknytning mellem de to fysiske personer med dette navn [27] og antage, at HBV i det mindste faktisk forestår driften af HBE. HBV synes således at være i stand til at udøve en vis indflydelse på HBE's beslutninger og at træffe afgørelse om ledelsen. I retsmødet ved Domstolen mindede sagsøgeren om, at HBV ejer 100% af kapitalinteresserne i HBE, og angav klart, at Heinrich Bauer faktisk forestår driften af HBE.

55. Uanset uoverensstemmelserne mellem parterne vedrørende fortolkningen af de tyske bestemmelser om formueskat må det fastslås, at andelene i sagsøgerens kapital er underlagt en forskelsbehandling med hensyn til formueskat alt efter, om sagsøgeren ejer en kapitalinteresse i et personselskab i Tyskland eller i en anden medlemsstat. Skatten er højere i sidstnævnte tilfælde end i det førstnævnte. Under retsmødet ved Domstolen anerkendte Finanzamt i øvrigt, at spørgsmålet kun kan besvares bekræftende, sådan som det er stillet af den forelæggende ret [28].

56. Finanzamt har anført, at den skattemæssige behandling af sagsøgeren ikke stiller virksomheden mindre fordelagtigt end sammenlignelige virksomheder, der har kapitalinteresser i indenlandske personselskaber, og at det opnåede resultat i disse to grupper med henblik på værdiansættelsen vil være identisk.

57. Der viser sig dog at være en væsentlig forskel mellem de to beregningsmetoder. I forbindelse med HBV's andele i HBE fordobler den af Finanzamt anførte beregningsmetode næsten resultatet. Uanset om denne forskel skal anses for væsentlig eller ej, skal det bemærkes, at i henhold til Domstolens praksis er selv en hindring for etableringsfriheden, der er af begrænset rækkevidde eller har ringe betydning, forbudt ved artikel 43 EF [29].

58. En sådan begrænsning er kun berettiget, hvis den har et lovligt formål, som er foreneligt med EF-traktaten, og som er begrundet i tvingende almene hensyn. Begrænsningen skal desuden være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det pågældende mål, og må ikke gå

27 — Det henhører under den nationale ret eventuelt at efterprøve dette punkt, f.eks. ved at få fremsendt vedtægterne for HBV og HBE. Enhver bedømmelse af sagens faktiske omstændigheder inden for rammerne af en procedure i henhold til artikel 234 EF, som er baseret på en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens funktioner, henhører under den nationale rets kompetence (jf. bl.a. dom af 25.2.2003, sag C-326/00, IKA, Sml. I, s. 1703, præmis 27, og af 11.3.2004, sag C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 41). X og Y-dommen har således fastslået i præmis 37, at »det påhviler den forelæggende ret at efterprøve, om denne betingelse [vedrørende en vis indflydelse] er opfyldt i hovedsagen«. Jf. i samme retning generaladvokat Légers forslag til afgørelse fremsat den 2.5.2006 i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, punkt 50.

28 — Jf. nedenfor, punkt 6.

29 — Dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 21, af 15.2.2000, sag C-34/98, Kommissionen mod Frankrig, Sml. I, s. 995, præmis 49, og af 11.3.2004, sag C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 43.

ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål [30].

59. Som den forelæggende ret har antaget, og som Kommissionen har anført, kan eventuelle begrundelser vedrørende skatteordningens sammenhæng eller praktiske administrative vanskeligheder ikke accepteres.

60. Domstolen har anerkendt, at nødvendigheden af at sikre sammenhængen i beskatningsordningen kan begrunde en begrænsning af udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende rettigheder [31], dog med forbehold af at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en skatteopkrævning hos den samme skattepligtige person [32]. I det foreliggende tilfælde foreligger der ingen skattemæssig fordel, der har en direkte sammenhæng med en udligning af denne fordel ved en skatteopkrævning [33].

61. Med hensyn til eventuelle praktiske administrative vanskeligheder med at beregne værdien af kapitalinteresser i selskaber, der er hjemmehørende i andre medlemsstater, skal der, som HBV og Kommissionen har gjort, erindres om Rådets direktiv 77/799/EØF af 19. december 1977 om gensidig bistand mellem medlemsstaternes kompetente myndigheder inden for området direkte skatter, som i henhold til dets artikel 1, stk. 1, ligeledes finder anvendelse på formueskat [34]. Denne bestemmelse fastsætter, at en medlemsstats kompetente myndighed kan anmode en anden medlemsstats kompetente myndighed om at forsyne den med alle de oplysninger, der gør det muligt at foretage en korrekt ansættelse af skatten [35].

62. Hvad endelig angår spørgsmålet om den pågældende nationale lovgivnings forenelighed med de frie kapitalbevægelser, hvorom den forelæggende ret ikke har spurgt Domstolen, men som de fleste parter finder det nødvendigt at tage stilling til, skal det ganske enkelt fastslås, at denne frihed, ratione temporis, ikke finder anvendelse i den foreliggende sag.

30 — Dom af 15.5.1997, sag C-250/95, Futura Participations og Singer, Sml. I, s. 2471, præmis 26, de Lasteyrie du Saillant-dommen, præmis 49, Marks & Spencer-dommen, præmis 35, dom af 14.9.2006, sag C-386/04, Centro di Musicologia Walter Stauffer, Sml. I, s. 8203, præmis 32, og dommen i sagen Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, præmis 47.

31 — Dom 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, præmis 28, og af 28.1.1992, sag C-300/90, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 305, præmis 21, samt Baars-dommen, præmis 37.

32 — Dommen i sagen Centro di Musicologia Walfer Stauffer, præmis 53 og 54.

33 — Mens der i sagerne Bachmann og Kommissionen mod Belgien var en direkte sammenhæng mellem fradragsretten for præmier og skattepligten for de beløb, der udbetaltes af forsikringsselskaberne i henhold til alderspensionsforsikringer og forsikringer mod risikoen for dødsfald, en sammenhæng, der skulle opretholdes med henblik på at beskytte sammenhængen i den pågældende beskatningsordning, bestod der i Baars-sagen ingen direkte forbindelse af denne karakter, da der var tale om to særskilte former for beskatning, som ramte forskellige skattepligtige.

34 — »Medlemsstaternes kompetente myndigheder udveksler, i overensstemmelse med dette direktiv, alle oplysninger, der gør det muligt for dem at foretage en korrekt ansættelse af indkomst- og formueskat.«

35 — Schumacker-dommen, præmis 45, og dommen i sagen Futura Participations og Singer, præmis 41.

63. Hovedsagen angår skatteåret 1988, dvs. en faktisk og retlig situation, der ligger før såvel indførelsen, ved traktaten om Den Europæiske Union, af artikel 73 B i EF-traktaten som vedtagelsen og ikrafttrædelsen af Rådets direktiv 88/361/EØF af 24. juni 1988 om gennemførelse af traktatens artikel 67 [36], som fuldstændig liberaliserede kapitalbevægelserne.

64. EØF-traktatens artikel 67, stk. 1 (EF-traktatens artikel 67, stk. 1, der blev ophævet ved Amsterdam-traktaten), medførte ikke fra overgangsperiodens udløb ophævelse af restriktionerne for kapitalbevægelserne [37]. Denne ophævelse blev nemlig et resultat af Rådets direktiver udstedt på grundlag af EØF-traktatens artikel 69 (EF-traktatens artikel 69, der blev ophævet ved Amsterdam-traktaten) [38].

65. Vedrørende skatteåret 1988 var det relevante direktiv Rådets første direktiv af 11. maj 1960 til gennemførelse af traktatens artikel 67 [39], senest ændret og suppleret ved Rådets direktiv 86/566/EØF af 17. november 1986 [40]. Dette første direktiv vedrørende gennemførelse af traktatens artikel 67 begrænsede sig til i artikel 1, stk. 1, at bestemme, at medlemsstaterne udsteder de valutabevillinger, der er nødvendige til afslutning eller gennemførelse af transaktioner samt til overførsel mellem valutaindlændinge i medlemsstaterne i forbindelse med visse kapitalbevægelser nævnt i direktivets bilag.

66. Det fremgår således, at reglerne om frie kapitalbevægelser, som var gældende på tidspunktet for de faktiske omstændigheder i hovedsagen, altså i 1988, ikke var til hinder for en national lovgivning som den i den foreliggende sag, hvorefter aktiver i personselskaber, der er beliggende i andre medlemsstater, ansættes til en højere værdi end aktiver i indenlandske selskaber af samme karakter. Den nationale lovgivning i den foreliggende sag var således på det pågældende tidspunkt forenelig med de fællesskabsretlige bestemmelser vedrørende kapitalbevægelser [41].

36 — EFT L 178, s. 5.

37 — EØF-traktatens artikel 67 bestemte følgende:
»(1) I det omfang, det er nødvendigt for fællesmarkedets tilfredsstillende funktion, afskaffer medlemsstaterne gradvis i løbet af overgangsperioden indbyrdes restriktioner for kapitalbevægelser, såfremt kapitalen tilhører personer, der er bosat eller har hjemsted i medlemsstaterne, ligesom de ophæver enhver forskelsbehandling, der støttes på parternes nationalitet eller bopæl eller på stedet for kapitalens anbringelse.(2) Løbende betalinger i forbindelse med kapitalbevægelser mellem medlemsstaterne frigøres for alle restriktioner senest ved udløbet af første etape.«
EØF-traktatens artikel 69 anførte:
»På forslag af Kommissionen, som med henblik herpå rådfører sig med det i artikel 105 omhandlede Monetære Udvalg, udsteder Rådet med enstemmighed i løbet af de to første etaper og derefter med kvalificeret flertal de nødvendige direktiver om den gradvise gennemførelse af bestemmelsernes i artikel 67.«

38 — Jf. dom af 11.11.1981, sag 203/80, Casati, Sml. s. 2595, præmis 8-13, og af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, præmis 5.

39 — EFT 1959-1962, s. 47.

40 — EFT L 332, s. 22.

41 — Jf. Domstolens dom af 21.2.2006, sag C-152/03, Ritter-Coulais, præmis 22-27, Sml. I, s. 1711.

VI — Forslag til afgørelse

67. På baggrund af ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at besvare spørgsmålene fra Finanzgericht Hamburg på følgende måde:

»EØF-traktatens artikel 52 og 58, nu artikel 43 EF og 48 EF, er til hinder for en medlemsstats skattelovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som i forbindelse med værdiansættelsen af ikke-børsnoterede andele i et kapitalselskab ansætter kapitalinteresser i et personselskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, til en højere værdi end kapitalinteresser i et personselskab, der er hjemmehørende i den pågældende medlemsstat.«