ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

20 december 2017 *

„Prejudiciële verwijzing – Directe belastingen – Vrijheid van vestiging – Richtlijn 90/435/EEG – Artikel 1, lid 2 – Artikel 5 – Moedermaatschappij – Houdstermaatschappij – Bronbelasting op winst die aan een niet-ingezeten moeder-/houdstermaatschappij wordt uitgekeerd – Vrijstelling – Belastingfraude, belastingontwijking en fiscaal misbruik – Vermoeden"

In de gevoegde zaken C-504/16 en C-613/16,

betreffende verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door het Finanzgericht Köln (belastingrechter in eerste aanleg Keulen, Duitsland), bij beslissingen van 8 juli en 31 augustus 2016, ingekomen bij het Hof op respectievelijk 23 september en 28 november 2016, in de procedures

**Deister Holding AG**, voorheen Traxx Investments NV (C-504/16),

**Juhler Holding A/S** (C-613/16)

tegen

**Bundeszentralamt für Steuern,**

wijst

HET HOF (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: C. G. Fernlund (rapporteur), kamerpresident, J.-C. Bonichot en E. Regan, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

– Deister Holding AG, vertegenwoordigd door J. Schönfeld en C. Süß, Rechtsanwälte,

– Juhler Holding A/S, vertegenwoordigd door A. Stange, Rechtsanwalt,

– de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en R. Kanitz als gemachtigden,

* Procestaal: Duits.

– de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Colas, E. de Moustier en S. Ghiandoni als gemachtigden,

– de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk, C. Meyer-Seitz, H. Shev, F. Bergius en L. Swedenborg als gemachtigden,

– de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en M. Wasmeier als gemachtigden,

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

het navolgende

## Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van artikel 49 VWEU alsmede van artikel 1, lid 2, en artikel 5 van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PB 1990, L 225, blz. 6), zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/98/EG van de Raad van 20 november 2006 (PB 2006, L 363, blz. 129) (hierna: „moeder-dochterrichtlijn").

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van gedingen tussen Deister Holding AG, voorheen Traxx Investments NV (hierna: „Traxx") (zaak (C-504/16), en Juhler Holding A/S (zaak (C-613/16), enerzijds, en het Bundeszentralamt für Steuern (federale belastingdienst, Duitsland), anderzijds, over de weigering van laatstgenoemde om de dividenden die verzoeksters van hun Duitse dochterondernemingen hebben ontvangen, vrij te stellen van bronbelasting.

### *Toepasselijke bepalingen*

#### *Unierecht*

3 De derde en vijfde overweging van de moeder-dochterrichtlijn luiden als volgt:

„Overwegende dat de huidige fiscale voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten van land tot land aanzienlijke verschillen vertonen en in het algemeen minder gunstig zijn dan de voorschriften voor de betrekkingen tussen moedermaatschappijen en dochterondernemingen van dezelfde lidstaat; dat de samenwerking tussen vennootschappen van verschillende lidstaten hierdoor benadeeld wordt ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde lidstaat; dat deze benadeling moet worden opgeheven door invoering van een gemeenschappelijke regeling en dat hergroeperingen van vennootschappen op communautair niveau aldus vergemakkelijkt moeten worden;

[...]

Overwegende dat voorts de winst, die een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitkeert, behoudens in enkele speciale gevallen, van inhouding van een belasting aan de bron moet worden vrijgesteld teneinde de belastingneutraliteit te verzekeren [...]".

4 Artikel 1 van deze richtlijn bepaalt het volgende:

„1. Elke lidstaat past deze richtlijn toe:

– op uitkeringen van winst die door vennootschappen van deze Staat zijn ontvangen van hun dochterondernemingen uit andere lidstaten;

– op winst die door vennootschappen van deze Staat is uitgekeerd aan vennootschappen van andere lidstaten, waarvan zij dochteronderneming zijn.

[...]

2. Deze richtlijn vormt geen beletsel voor de toepassing van nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruiken."

5 Artikel 2 van die richtlijn bepaalt het volgende:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt onder de term ‚vennootschap van een lidstaat' verstaan iedere vennootschap:

a) die een van de in de bijlage genoemde rechtsvormen heeft;

b) die volgens de fiscale wetgeving van een lidstaat wordt beschouwd in deze Staat haar fiscale woonplaats te hebben en die, volgens een met een derde Staat gesloten verdrag op het gebied van dubbele belastingheffing, niet wordt beschouwd als fiscaal buiten de Gemeenschap te zijn gevestigd;

c) die bovendien, zonder keuzemogelijkheid en zonder ervan te zijn vrijgesteld, onderworpen is aan een van de volgende belastingen:

[...]

– selskabsskat in Denemarken,

– Koerperschaftsteuer in Duitsland,

[...]

– ‚vennootschapsbelasting' in Nederland,

[...]"

6 Artikel 3 van dezelfde richtlijn luidt als volgt:

„Voor de toepassing van deze richtlijn:

a) wordt de hoedanigheid van moedermaatschappij ten minste toegekend aan iedere vennootschap van een lidstaat die voldoet aan de voorwaarden van artikel 2 en die een deelneming van ten minste 20 % bezit in het kapitaal van een vennootschap van een andere lidstaat die aan dezelfde voorwaarden voldoet.

Die hoedanigheid wordt onder dezelfde voorwaarden toegekend aan een vennootschap van een lidstaat die een deelneming van ten minste 20 % bezit in het kapitaal van een vennootschap van diezelfde lidstaat welke geheel of gedeeltelijk wordt gehouden door een in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting van eerstgenoemde vennootschap.

Vanaf 1 januari 2007 bedraagt de deelneming [ten minste] 15 %.

Vanaf 1 januari 2009 bedraagt de deelneming ten minste 10 %.

b) wordt verstaan onder dochteronderneming, de vennootschap in het kapitaal waarvan de onder a) bedoelde deelneming wordt gehouden.

2. In afwijking van lid 1 staat het de lidstaten vrij om

– bij wege van bilaterale overeenkomst het criterium deelneming in het kapitaal te vervangen door het criterium bezit van stemrechten,

– deze richtlijn niet toe te passen op de vennootschappen van deze lidstaat die niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een deelneming behouden welke recht geeft op de hoedanigheid van moedermaatschappij of op de maatschappijen waarin een vennootschap van een andere lidstaat niet gedurende een ononderbroken periode van ten minste twee jaren een dergelijke deelneming behoudt.”

7 Artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn luidt als volgt:

„De door een dochteronderneming aan de moedermaatschappij uitgekeerde winst wordt vrijgesteld van bronbelasting.”

8 De bijlage bij deze richtlijn vermeldt onder het opschrift „Lijst van de in artikel 2, [lid 1,] onder a), bedoelde vennootschappen” het volgende:

„a) De vennootschappen opgericht overeenkomstig verordening (EG) nr. 2157/2001 van de Raad van 8 oktober 2001 betreffende het statuut van de Europese vennootschap (SE) [(PB 2001, L 294, blz. 1)], richtlijn 2001/86/EG van de Raad van 8 oktober 2001 tot aanvulling van het statuut van de Europese vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers [(PB 2001, L 294, blz. 22)] en de coöperatieve vennootschappen opgericht overeenkomstig verordening (EG) nr. 1435/2003 van de Raad van 22 juli 2003 betreffende het statuut voor een Europese Coöperatieve Vennootschap (SCE) [(PB 2003, L 207, blz. 1)] en richtlijn 2003/72/EG van de Raad van 22 juli 2003 tot aanvulling van het statuut van een Europese coöperatieve vennootschap met betrekking tot de rol van de werknemers [(PB 2003, L 207, blz. 25)];

[...]

e) De vennootschappen naar Deense recht, geheten ‚aktieselskab’ en ‚anpartsselskab’, alsmede de overige overeenkomstig de wet op de vennootschapsbelasting belastingplichtige ondernemingen, voor zover hun belastbare inkomsten worden berekend en belast volgens de algemene fiscaalrechtelijke regels van toepassing op ‚aktieselskaber’;

f) De vennootschappen naar Duits recht, geheten ‚Aktiengesellschaft’, ‚Kommanditgesellschaft auf Aktien’, ‚Gesellschaft mit beschränkter Haftung’, ‚Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit’, ‚Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft’, ‚Betriebe gewerblicher Art von juristischen Personen des öffentlichen Rechts’, alsmede andere vennootschappen die zijn opgericht naar Duits recht en die onder de Duitse vennootschapsbelasting vallen;

[...]

s) De vennootschappen naar Nederlands recht, geheten ‚naamloze vennootschap’, ‚besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid’, ‚open commanditaire vennootschap’, ‚coöperatie’, ‚onderlinge waarborgmaatschappij’, ‚fonds voor gemene rekening’, ‚vereniging op coöperatieve

grondslag', en ‚vereniging welke op onderlinge grondslag als verzekeraar of kredietinstelling optreedt', alsmede andere vennootschappen die zijn opgericht naar Nederlands recht en die onder de Nederlandse vennootschapsbelasting vallen;

[...]"

*Duits recht*

9 De Einkommensteuergesetz (Duitse wet op de inkomstenbelasting; hierna: „EStG"), in de ten tijde van de feiten van de hoofdgedingen toepasselijke versie, bepaalt in § 36 het volgende:

„1) Tenzij anders bepaald in de onderhavige wet moet de inkomstenbelasting worden voldaan aan het einde van het belastingtijdvak.

2) Worden verrekend met de inkomstenbelasting:

1. de betaalde voorheffingen op de inkomstenbelasting voor het belastingtijdvak (artikel 37);

2. de door inhouding geheven inkomstenbelasting, voor zover zij wordt geheven over de inkomsten die in aanmerking worden genomen voor de vaststelling van de belasting of over de inkomsten waarmee overeenkomstig § 3, punt 40, van de onderhavige wet of § 8b, lid 1 en lid 6, tweede alinea, van het Körperschaftssteuergesetz (Duitse wet op de vennootschapsbelasting) geen rekening wordt gehouden bij de berekening van het inkomen en voor zover teruggaaf niet is gevraagd of niet is verricht. De door inhouding geheven inkomstenbelasting wordt niet verrekend indien het in § 45a, lid 2 of lid 3, bedoelde attest niet is overgelegd. In de in § 8b, lid 6, tweede alinea, van de wet op de vennootschapsbelasting bedoelde gevallen vindt de verrekening plaats door de loutere overlegging van het aan de schuldeiser van de inkomsten uit vermogen afgegeven attest als bedoeld in § 45a, lid 2 of lid 3.

3) De in lid 2, punt 2, bedoelde belastingbedragen worden afgerond op de naaste gehele euro. Wat de aan de bron ingehouden belastingen betreft, wordt het totaal van de bedragen van één enkele inhouding afgerond.

4) Indien na aftrek een overschot ten nadele van de belastingplichtige blijkt te bestaan, moet deze laatste (de schuldenaar) dit overschot onmiddellijk betalen voor zover het overeenstemt met de reeds opeisbare, doch nog niet betaalde voorheffing op de inkomstenbelasting; in de andere gevallen moet hij het overschot betalen binnen één maand na de belastingaanslag (eindbetaling). Indien na aftrek een overschot ten gunste van de belastingplichtige blijkt te bestaan, wordt dit overschot na de betekening van de belastingaanslag aan de belastingplichtige uitgekeerd. [...]"

10 § 43, lid 1, eerste alinea, punt 1, EStG bepaalt het volgende:

„Voor de volgende categorieën van binnenlandse inkomsten uit vermogen en de in punt 6, punt 7, onder a), punten 8 tot en met 12, alsmede in de tweede volzin bedoelde gevallen van buitenlandse inkomsten uit vermogen wordt de belasting door inhouding geheven:

1. inkomsten uit vermogen in de zin van § 20, lid 1, punten 1 en 2. Dit punt is mutatis mutandis van toepassing op inkomsten uit vermogen in de zin van § 20, lid 2, eerste volzin, punt 2, onder a), en punt 2, tweede volzin;

[...]"

11 Overeenkomstig § 43b, lid 1, EStG wordt op verzoek van de belastingplichtige geen belasting op inkomsten uit vermogen geheven over inkomsten uit vermogen in de zin van § 20, lid 1, punt 1, EStG die een moedermaatschappij die haar zetel noch haar hoofdkantoor op het nationale grondgebied heeft, ten gevolge van de winstuitkering door een dochteronderneming heeft ontvangen.

12 Volgens § 43b, lid 2, eerste alinea, EStG wordt onder „moedermaatschappij" in de zin van lid 1 van die § 43b verstaan, een vennootschap die aan alle in bijlage 2 bij de onderhavige wet vastgestelde voorwaarden voldoet en die overeenkomstig artikel 3, lid 1, onder a), van richtlijn [90/435], zoals gewijzigd bij richtlijn [2006/98], op het tijdstip waarop de belasting op inkomsten uit vermogen overeenkomstig § 44, lid 1, tweede alinea, EStG verschuldigd wordt, kan aantonen dat zij een directe deelneming van minstens 15 % in het kapitaal van de dochteronderneming bezit.

13 § 43b, lid 2, vierde alinea, EStG bepaalt dat daarenboven moet worden aangetoond dat de deelneming gedurende twaalf maanden ononderbroken is aangehouden.

14 § 50d, lid 3, EStG bepaalt het volgende:

„Een buitenlandse vennootschap heeft geen recht op een volledige of gedeeltelijke aftrek uit hoofde van lid 1 of lid 2 indien deelnemingen in die vennootschap worden gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben indien zij de inkomsten rechtstreeks zouden ontvangen, en

1) er geen economische of andere relevante redenen bestaan die de tussenplaatsing van de buitenlandse vennootschap rechtvaardigen, of

2) de buitenlandse vennootschap niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten in het betreffende boekjaar uit haar eigen economische activiteit verwerft, of

3) de buitenlandse vennootschap niet met een voor haar bedrijfsdoelstelling passend ingerichte bedrijfsvoering aan het algemene economische verkeer deelneemt.

Bepalend is uitsluitend de situatie van de buitenlandse vennootschap; organisatorische, economische of andere relevante kenmerken van de aan de buitenlandse vennootschap gelieerde ondernemingen [artikel 1, lid 2, van de Außensteuergesetz (Duitse wet inzake belastingheffing in situaties die aanknopingspunten met het buitenland bevatten)] blijven buiten beschouwing. Er is geen sprake van een eigen economische activiteit indien de buitenlandse vennootschap haar bruto-inkomsten verwerft met het beheren van activa of haar kernactiviteiten aan derden overdraagt. [...]"

15 § 42, van de Abgabenordnung (algemene belastingwet) luidt als volgt:

„1) De belastingwet mag niet worden omzeild door misbruik te maken van constructies waarin de wetgeving voorziet. Indien aan de voorwaarden van een fiscale bepaling ter bestrijding van belastingontwijking is voldaan, worden de rechtsgevolgen ervan bij die bepaling vastgesteld. In de andere gevallen waarin sprake is van misbruik in de zin van lid 2 wordt de belasting op dezelfde wijze verschuldigd als in het geval van een bij de economische handelingen passende juridische constructie.

2) Er is sprake van misbruik wanneer wordt gekozen voor een inadequate juridische constructie die de belastingplichtige of een derde in vergelijking met een adequate juridische constructie een belastingvoordeel oplevert waarin de wet niet voorziet. Dit voorschrift is niet van toepassing indien de belastingplichtige aantoont dat de keuze van de constructie berust op niet-fiscale redenen die in het licht van de algehele situatie in aanmerking moeten worden genomen."

### *Hoofdgedingen en prejudiciële vragen*

16 Blijkens de verwijzingsbeslissing in zaak C-504/16 is Deister Holding de rechtsopvolgster onder algemene titel van Traxx, die haar zetel in Nederland had. De activiteit van laatstgenoemde vennootschap bestond er hoofdzakelijk in deelnemingen in een aantal, in verschillende staten gevestigde vennootschappen te houden en voor de financiering van die vennootschappen te zorgen, onder andere door leningen aan vennootschappen van de betrokken groep te verstrekken.

17 Traxx bezat sinds 2005 een deelneming van minstens 26,5 % in Deister electronik GmbH, een vennootschap naar Duits recht. Vanaf maart 2007 huurde Traxx een kantoor in Nederland waar zij in 2007 en 2008 twee medewerkers tewerkstelde. De enige aandeelhouder van Traxx, de heer Stobbe, woonde in Duitsland.

18 Op 19 november 2007 keerde Deister electronik dividenden uit aan Traxx, waarover de eerstbedoelde vennootschap de belasting op inkomsten uit vermogen en de aanvullende solidariteitsheffing had ingehouden en de overeenkomstige bedragen aan de belastingdienst had afgedragen. Op 16 mei 2008 verzocht Traxx om die uitkering van dividenden vrij te stellen van die belasting en aanvullende heffing.

19 Nadat de belastingdienst had besloten om dat verzoek af te wijzen en het tegen dat besluit ingediende bezwaar had verworpen, stelde Deister Holding, in haar hoedanigheid van rechtsopvolgster van Traxx, tegen die besluiten beroep in bij het Finanzgericht Köln (belastingrechter in eerste aanleg Keulen, Duitsland) op grond van de onverenigbaarheid van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde wettelijke regeling met de vrijheid van vestiging en de moeder-dochterrichtlijn.

20 Blijkens de verwijzingsbeslissing in zaak C-613/16 is Juhler Holding een in Denemarken gevestigde houdstermaatschappij. Het aandelenkapitaal van Juhler Holding is volledig in handen van Juhler Services Limited, een vennootschap naar Cypriotisch recht. De enige aandeelhouder van laatstgenoemde vennootschap is een in Singapore wonende natuurlijke persoon.

21 Juhler Holding bezit deelnemingen in meer dan 25 dochterondernemingen die ten dele in Denemarken zijn gevestigd, de lidstaat waar ook Juhler Holding is gevestigd. Het betrokken concern verricht diensten op het gebied van personeelsvoorziening, die voor een derde in deze lidstaat worden verleend. Juhler Holding bezit sinds 2003 alle aandelen in het kapitaal van temp-team Personal GmbH, een in Duitsland gevestigde vennootschap.

22 Uit deze beslissing blijkt eveneens dat Juhler Holding voorts onroerende activa in portefeuille heeft, het financiële toezicht binnen het concern uitoefent om de rentekosten ervan te drukken, toezicht houdt en controle uitoefent op de resultaten van haar dochterondernemingen en over een telefoonaansluiting en een e-mailadres beschikt. Op de website van het concern wordt zij als een van de contactpersonen vermeld. Zij beschikt daarentegen niet over eigen kantoren. Zo nodig maakt zij gebruik van de kantoren, de voorzieningen en het personeel van andere vennootschappen van het concern. Ten slotte is de directeur van Juhler Holding ook lid van de directie van verschillende vennootschappen van hetzelfde concern.

23 In 2011 ontving Juhler Holding dividenden van temp-team Personal. Aangezien de bronbelasting en de aanvullende solidariteitsheffing over die dividenden waren voldaan, verzocht de eerstgenoemde vennootschap om teruggaaf van de afgedragen bedragen. Nadat de belastingdienst had besloten om dat verzoek af te wijzen en het tegen dat besluit ingediende bezwaar had verworpen, stelde Juhler Holding tegen deze besluiten beroep in bij het Finanzgericht Köln op grond van de onverenigbaarheid van de wettelijke regeling in het hoofdgeding met de vrijheid van vestiging en de moeder-dochterrichtlijn.

24 Wat de in de twee hoofdgedingen toepasselijke wettelijke regeling betreft, maakt de verwijzende rechter in de eerste plaats duidelijk dat, anders dan de belastingdienst stelt, § 50d, lid 3, EStG, zoals gewijzigd bij het Jahressteuergesetz (jaarlijkse belastingwet) 2007 van 13 december 2006 (BGBl. 2006 I, blz. 2878) van toepassing is. Mocht deze bepaling, ongeacht § 42 van de Abgabenordnung, waarin het gaat om de bestrijding van misbruik in nationale situaties, onverenigbaar zijn met het Unierecht, dan moet daarenboven de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde bronbelasting worden teruggegeven.

25 Die rechter zet in de tweede plaats uiteen dat de door een Duitse dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij uitgekeerde dividenden volgens het nationale recht op verzoek van de belastingplichtige worden vrijgesteld van de inkomstenbelasting of worden onderworpen aan de bronbelasting, die op verzoek van de belastingplichtige kan worden teruggegeven.

26 Overeenkomstig § 50d, lid 3, EStG is het recht op vrijstelling of teruggaaf echter uitgesloten wanneer de aandeelhouders van de niet-ingezeten moedermaatschappij geen recht op vrijstelling of teruggaaf zouden hebben indien zij die dividenden rechtstreeks zouden ontvangen en voorts aan één van de drie volgende voorwaarden is voldaan, te weten dat er geen economische redenen of andere relevante redenen zijn die de tussenplaatsing van de niet-ingezeten moedermaatschappij rechtvaardigen, dat de niet-ingezeten moedermaatschappij niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten in het betreffende boekjaar uit haar eigen economische activiteit verwerft (wat onder meer niet het geval is met bruto-inkomsten verworven met het beheren van activa) of dat de niet-ingezeten moedermaatschappij niet met een voor haar bedrijfsdoelstelling passend ingerichte bedrijfsvoering aan het algemene economische verkeer deelneemt.

27 Dezelfde rechter preciseert dat deze wettelijke regeling bij de beoordeling of de niet-ingezeten moedermaatschappij een eigen economische activiteit uitoefent alleen rekening houdt met de situatie van de niet-ingezeten moedermaatschappij. De organisatorische, economische of andere relevante kenmerken van de aan die vennootschap gelieerde ondernemingen worden buiten beschouwing gelaten. Er wordt dus geen rekening gehouden met de structuur en de strategie van het concern waarvan een dergelijke vennootschap deel uitmaakt. Situaties waarbij – in dat concern – de deelnemingen ingevolge een werkelijke strategie van het betrokken concern permanent worden ondergebracht in een niet-ingezeten moeder-/houdstermaatschappij, zouden derhalve binnen de werkingssfeer van § 50d, lid 3, EStG vallen.

28 In het geval van een ingezeten moeder-/houdstermaatschappij die nauwelijks actief is, zou een permanente tussenplaatsing daarentegen voor een dergelijke vennootschap voldoende zijn om verrekening of teruggaaf van de belasting te verkrijgen.

29 Voorts zou het actieve beheer van een leasing-, verhuur-, investerings- en financieringsbedrijf of van een houdstermaatschappij in het geval van een niet-ingezeten moedermaatschappij net zomin als het zuiver passieve beheer van activa worden beschouwd als een eigen economische activiteit in de zin van § 50d, lid 3, EStG.

30 Volgens de verwijzende rechter wordt vrijstelling of teruggaaf van de belasting al ontzegd indien de niet-ingezeten moedermaatschappij slechts aan één van de in § 50d, lid 3, EStG vastgestelde voorwaarden voldoet. In dat geval zou de Duitse wetgever vermoeden – zonder dat het mogelijk is om dat vermoeden te weerleggen – dat er sprake is van een frauduleuze constructie.

31 Deze rechter vraagt zich af of de nationale wettelijke regeling verenigbaar is met de verkeersvrijheden en de moeder-dochterrichtlijn. In dit verband is hij van oordeel dat de twee hoofdgedingen betrekking hebben op de vrijheid van vestiging, aangezien de betrokken moedermaatschappijen een deelneming bezitten die hun een bepalende invloed op de besluiten van hun Duitse dochteronderneming verleent.

32 Die rechter is van oordeel dat § 50d, lid 3, EStG een belemmering van de vrijheid van vestiging vormt en betwijfelt of de strijd tegen de belastingontwijking als reden van algemeen belang deze belemmering kan rechtvaardigen aangezien dit artikel van toepassing is op een niet-ingezeten vennootschap die niet resulteert uit een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en daarenboven een onweerlegbaar vermoeden van misbruik of fraude in het leven roept.

33 Wat de moeder-dochterrichtlijn betreft, benadrukt de verwijzende rechter dat de verschillende taalversies van artikel 1, lid 2, van deze richtlijn niet eensluidend zijn daar de tekst van dit artikel in de Duitse taalversie – in tegenstelling tot de andere taalversies ervan, zoals de Spaanse, de Engelse, de Franse en de Italiaanse taalversie –, niet het woord „noodzakelijk" bevat. De verwijzende rechter is van oordeel dat het begrip „misbruiken" in de zin van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn ongeacht dit verschil hoe dan ook moet worden uitgelegd overeenkomstig het primaire Unierecht.

34 Daarop heeft het Finanzgericht Köln de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Verzet artikel 49 VWEU juncto artikel 54 VWEU zich tegen een nationale fiscale bepaling zoals die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, die een buitenlandse moedermaatschappij, wier enige aandeelhouder in het binnenland woonachtig is (zaak C-504/16) [een buitenlandse moedermaatschappij die binnen een in haar staat van vestiging ingezeten en aldaar actief concern permanent wordt afgezonderd als houdstermaatschappij (zaak C-613/16)], vrijstelling van bronbelasting op inkomsten uit vermogen over uitgekeerde winsten ontzegt, indien daarin een deelneming wordt gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of ontheffing zouden hebben wanneer zij die inkomsten direct zouden verwerven en

– er geen economische of andere relevante redenen zijn om een buitenlandse moedermaatschappij tussen te plaatsen, of

– de buitenlandse moedermaatschappij in het betreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten met eigen economische activiteiten verwerft (wat onder meer niet het geval is met bruto-inkomsten verworven met het beheren van activa), of

– de buitenlandse moedermaatschappij niet aan het algemene economische verkeer deelneemt met bij haar bedrijfsdoelstelling passende zakelijke activiteiten,

terwijl aan in het binnenland gevestigde moedermaatschappijen vrijstelling van de bronbelasting op inkomsten uit vermogen wordt toegekend zonder dat de bovengenoemde voorwaarden daarbij bepalend zijn?

2) Verzet artikel 5, lid 1, juncto artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG zich tegen een nationale fiscale bepaling zoals die welke in de hoofdgedingen aan de orde is, die een buitenlandse moedermaatschappij, wier enig aandeelhouder in het binnenland woonachtig is (zaak C-504/16) [een buitenlandse moedermaatschappij die binnen een in haar staat van vestiging ingezeten en aldaar actief concern permanent wordt afgezonderd als houdstermaatschappij (zaak C-613/16)], vrijstelling van bronbelasting op inkomsten uit vermogen over uitgekeerde winsten ontzegt, indien daarin een deelneming wordt gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling zouden hebben wanneer zij die inkomsten direct zouden verwerven en

– er geen economische of andere relevante redenen zijn om een buitenlandse moedermaatschappij in te schakelen, of

– de buitenlandse moedermaatschappij in het betreffende boekjaar niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten met eigen economische activiteiten verwerft (wat onder meer niet het geval is met bruto-inkomsten verworven met het beheren van activa), of

– de buitenlandse moedermaatschappij niet aan het algemene economisch verkeer deelneemt met bij haar bedrijfsdoelstelling passende zakelijke activiteiten,

terwijl aan in het binnenland gevestigde moedermaatschappijen vrijstelling van de bronbelasting op inkomsten uit vermogen wordt toegekend zonder dat de bovengenoemde voorwaarden daarbij bepalend zijn?"

35 Bij beschikking van de president van het Hof van 6 april 2017 zijn de zaken C-504/16 en C-613/16 voor de mondelinge behandeling en het arrest gevoegd.

## *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

### *Ontvankelijkheid*

36 De Duitse regering voert aan dat de prejudiciële vragen in deze twee zaken, voor zover zij betrekking hebben op § 50d, lid 3, EStG in zijn geheel, verder gaan dan wat nodig is om de bij de verwijzende rechter aanhangige gedingen te beslechten.

37 Wat zaak C-504/16 betreft, stelt deze regering dat alleen de vraag moet worden beantwoord of de vrijheid van vestiging en artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn juncto artikel 5, lid 1, van deze richtlijn in de weg staan „aan een nationale fiscale bepaling die een buitenlandse moedermaatschappij, wier enige aandeelhouder in het binnenland woonachtig is, anders dan ingezeten moedermaatschappijen, vrijstelling van belasting op inkomsten uit vermogen over uitkeringen van dividenden ontzegt omdat de eigen economische activiteit van de buitenlandse moedermaatschappij slechts bestaat in het louter houden van deelnemingen en er voorts geen economische redenen of andere relevante redenen zijn die de tussenplaatsing tussen de binnenlandse vennoot en de binnenlandse dochteronderneming rechtvaardigen".

38 Wat zaak C-613/16 betreft, dient volgens die regering alleen de vraag te worden beantwoord of de vrijheid van vestiging en artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn juncto artikel 5, lid 1, van deze richtlijn in de weg staan „aan een nationale fiscale bepaling die een buitenlandse moedermaatschappij, die binnen een in haar staat van vestiging ingezeten en aldaar actief concern permanent wordt afgezonderd als houdstermaatschappij, anders dan het geval is voor ingezeten moedermaatschappijen, vrijstelling van belasting op inkomsten uit vermogen over uitkeringen van dividenden ontzegt omdat de eigen economische activiteit van die buitenlandse moedermaatschappij slechts bestaat in het louter houden van deelnemingen en zij daarnaast geen eigen kantoren noch personeel heeft".

39 Volgens vaste rechtspraak is de in artikel 267 VWEU neergelegde procedure een instrument van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instanties, waarmee het Hof de nationale rechterlijke instanties de uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht verschaft die deze voor de beslechting van de hun voorgelegde geschillen nodig hebben (arrest van 8 december 2016, Eurosaneamientos e.a., C-532/15 en C-538/15, EU:C:2016:932, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 In het kader van die samenwerking staat het uitsluitend aan de nationale rechter aan wie het geschil is voorgelegd en die de verantwoordelijkheid draagt voor de te geven rechterlijke beslissing, om – gelet op de bijzonderheden van de zaak – zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van zijn vonnis te beoordelen als de relevantie van de vragen die hij het Hof voorlegt. Wanneer de vragen dus betrekking hebben op de uitlegging van Unierecht, is het Hof derhalve in beginsel verplicht daarop te antwoorden (arrest van 8 december 2016, Eurosaneamientos e.a., C-532/15 en C-538/15, EU:C:2016:932, punt 27 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

41 Hieruit vloeit voort dat er een vermoeden van relevantie rust op de vragen inzake de uitlegging van het Unierecht die de nationale rechter heeft gesteld binnen het onder zijn eigen verantwoordelijkheid geschetste wettelijke en feitelijke kader, ten aanzien waarvan het niet aan het Hof is de juistheid te onderzoeken. Het Hof kan een verzoek van een nationale rechter enkel afwijzen wanneer de gevraagde uitlegging van het Unierecht kennelijk op generlei wijze verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van de hoofdgedingen, wanneer het vraagstuk van hypothetische aard is en voorts wanneer het Hof niet beschikt over de gegevens, feitelijk en rechtens, die noodzakelijk zijn om een zinvol antwoord te geven op de gestelde vragen (arrest van 8 december 2016, Eurosaneamientos e.a., C-532/15 en C-538/15, EU:C:2016:932, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

42 In dit verband moet worden vastgesteld dat de verwijzende rechter in elk hoofdgeding omstandig heeft uitgelegd waarom volgens hem de vraag naar de verenigbaarheid van het geheel van de bepalingen van § 50d, lid 3, EStG moet worden beantwoord om in de voor hem aanhangige gedingen uitspraak te kunnen doen. De prejudiciële vragen zijn dus van belang voor de beslechting van die geschillen.

43 De door het Finanzgericht Köln gestelde vragen dienen dus te worden beantwoord.

*Ten gronde*

44 Met zijn vragen, die samen moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn juncto artikel 5, lid 1, van deze richtlijn alsmede artikel 49 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een wettelijke belastingregeling van een lidstaat als die in de hoofdgedingen, die een niet-ingezeten moedermaatschappij, wanneer een deelneming in deze moedermaatschappij wordt gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling van de bronbelasting zouden hebben indien zij de dividenden van een ingezeten dochteronderneming rechtstreeks zouden ontvangen, vrijstelling van de belasting over inkomsten uit vermogen over uitkeringen van dividenden ontzegt indien aan een van de voorwaarden van die wettelijke regeling is voldaan.

*Toepasselijkheid van de VWEU-bepalingen*

45 Aangezien de prejudiciële vragen betrekking hebben op zowel bepalingen van de moeder-dochterrichtlijn als bepalingen van het VWEU en een nationale maatregel inzake een materie die op het niveau van de Europese Unie uitputtend is geharmoniseerd, volgens vaste rechtspraak aan de bepalingen van die harmonisatiemaatregel moet worden getoetst en niet aan die van het primaire recht, moet worden gepreciseerd dat het Hof heeft geoordeeld dat artikel 1, lid 2, van deze richtlijn een dergelijke harmonisatie niet tot stand brengt (zie in die zin arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punten 15-17).

46 Hieruit volgt dat een wettelijke regeling als die in de hoofdgedingen niet alleen aan de bepalingen van die richtlijn kan worden getoetst, maar ook aan de relevante bepalingen van het primaire recht.

*Artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn juncto artikel 5 van deze richtlijn*

47 Om te beginnen moet worden gepreciseerd dat partijen het er in casu over eens zijn dat de in de twee hoofdgedingen betrokken vennootschappen onder de moeder-dochterrichtlijn vallen en dat de door Deister electronik aan Traxx uitgekeerde dividenden en de door temp-team Personal aan Juhler Holding uitgekeerde dividenden binnen de werkingssfeer van artikel 5, lid 1, van deze richtlijn vallen.

48 Zoals uit de derde overweging ervan blijkt, beoogt de moeder-dochterrichtlijn door de invoering van een gemeenschappelijke fiscale regeling iedere benadeling van de samenwerking tussen vennootschappen uit verschillende lidstaten ten opzichte van de samenwerking tussen vennootschappen van dezelfde lidstaat op te heffen en aldus de hergroepering van vennootschappen op het niveau van de Unie te vergemakkelijken. Deze richtlijn beoogt aldus de fiscale neutraliteit van de winstuitkering door een in een lidstaat gelegen onderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij te verzekeren (arrest van 8 maart 2017, Wereldhave Belgium e.a., C-448/15, EU:C:2017:180, punt 25 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

49 Daartoe wordt in de vijfde overweging van die richtlijn verklaard dat de winst die een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij uitkeert, van inhouding van een belasting aan de bron moet worden vrijgesteld teneinde de belastingneutraliteit te verzekeren.

50 Op die grondslag formuleert artikel 5, lid 1, van diezelfde richtlijn het beginsel van een verbod van bronbelasting op de door een in een lidstaat gevestigde dochteronderneming aan haar in een andere lidstaat gevestigde moedermaatschappij uitgekeerde winst ter voorkoming van dubbele belasting (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51 Door de lidstaten te verbieden een bronbelasting in te houden op de winstuitkeringen van een ingezeten dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij, beperkt dit artikel van de moeder-dochterrichtlijn de bevoegdheid van de lidstaten tot het belasten van de winsten die door op hun grondgebied gevestigde vennootschappen worden uitgekeerd aan vennootschappen die in een andere lidstaat zijn gevestigd (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 23 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

52 Gelet op het feit dat de moeder-dochterrichtlijn beoogt de fiscale regeling van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden binnen de Unie te versoepelen, kunnen de lidstaten niet eenzijdig beperkende maatregelen vaststellen en het recht op vrijstelling van bronbelasting uit hoofde van artikel 5, lid 1, aan verschillende voorwaarden koppelen (zie in die zin arresten van 17 oktober 1996, Denkavit e.a., C-283/94, C-291/94 en C-292/94, EU:C:1996:387, punt 26, en 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 24 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53 Door de lidstaten de mogelijkheid te bieden nationale of verdragsrechtelijke voorschriften ter bestrijding van fraude en misbruik toe te passen, voorziet artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn evenwel in een uitzondering op de belastingvoorschriften van deze richtlijn.

54 Aangaande dit artikel 1, lid 2, zij opgemerkt dat de verwijzende rechter heeft vermeld dat de verschillende taalversies van deze bepaling niet eensluidend zijn omdat in de Duitse taalversie van dat artikel 1, lid 2, anders dan onder meer in de Spaanse, de Engelse, de Franse of de Italiaanse taalversie, het woord „noodzakelijk” niet wordt gebruikt.

55 Dienaangaande moet worden vastgesteld dat het voor de uitlegging van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn niet ter zake doet dat het woord „noodzakelijk” niet uitdrukkelijk in de Duitse taalversie van deze bepaling wordt vermeld. De lidstaten kunnen immers hoe dan ook slechts mits inachtneming van de algemene beginselen van het Unierecht, en meer in het bijzonder het evenredigheidsbeginsel, gebruikmaken van de mogelijkheid die dit artikel hun biedt (zie naar analogie arrest van 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369, punten 38 en 43).

56 De eerbiediging van dat beginsel vereist dat de maatregelen van de lidstaten ter voorkoming van fraude en misbruik geschikt zijn om dat doel te verwezenlijken en niet verder gaan dan nodig is om dat doel te bereiken (zie in die zin arresten van 18 november 1987, Maizena e.a., 137/85, EU:C:1987:493, punt 15, en 30 juni 2011, Meilicke e.a., C-262/09, EU:C:2011:438, punt 42 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

57 Hieruit volgt dat de krachtens artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn aan de lidstaten geboden mogelijkheid, niettegenstaande het vermelde verschil tussen de taalversies, alleen betrekking heeft op de daartoe noodzakelijke nationale voorschriften of verdragsvoorschriften.

58 Deze uitlegging wordt tevens bevestigd door het doel van deze richtlijn die, zoals uit de punten 48 en 52 van dit arrest blijkt, de hergroepering van vennootschappen op het niveau van de Unie beoogt te vergemakkelijken door de fiscale regeling van grensoverschrijdende samenwerkingsverbanden binnen de Unie te versoepelen.

59 Wat de maatregelen ter voorkoming van fraude en misbruik in de zin van artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn betreft, moet worden opgemerkt dat bedoelde bepaling restrictief moet worden uitgelegd, aangezien met die bepaling wordt afgeweken van de algemene regel van deze richtlijn, op grond waarvan de belastingplichtige in aanmerking komt voor de gemeenschappelijke fiscale regeling die voor onder die richtlijn vallende moedermaatschappijen en dochterondernemingen geldt (zie in die zin arresten van 24 juni 2010, P. Ferrero en General Beverage Europe, C-338/08 en C-339/08, EU:C:2010:364, punt 45, en 8 maart 2017, Euro Park Service, C-14/16, EU:C:2017:177, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

60 Het Hof heeft gepreciseerd dat een nationale wettelijke regeling slechts beoogt fraude en misbruik te voorkomen wanneer zij specifiek tot doel heeft gedragingen te verhinderen die erin bestaan volstrekt kunstmatige constructies op te zetten die geen verband houden met de economische realiteit en bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 30 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

61 Bijgevolg kan een algemeen vermoeden van fraude en misbruik geen rechtvaardiging vormen voor een belastingmaatregel die afbreuk doet aan de doelstellingen van een richtlijn of afdoet aan de uitoefening van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

62 Bij het onderzoek of met een transactie fraude en misbruik wordt nagestreefd, kunnen de bevoegde nationale autoriteiten niet ermee volstaan vooraf vastgestelde algemene criteria toe te passen, maar zij moeten in elk concreet geval de betreffende transactie in haar geheel onderzoeken. De vaststelling van een belastingregel van algemene strekking die bepaalde categorieën van belastingplichtigen automatisch van het belastingvoordeel uitsluit, zonder dat de belastingdienst gehouden is zij het maar een begin van bewijs of aanwijzingen van fraude en misbruik over te leggen, gaat verder dan ter voorkoming van fraude en misbruik noodzakelijk is (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 32 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

63 Aangaande de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde wettelijke regeling komt uit de stukken waarover het Hof beschikt naar voren dat wanneer een deelneming in een niet-ingezeten moedermaatschappij wordt gehouden door personen die geen recht op vrijstelling van bronbelasting zouden hebben indien zij de dividenden van een in Duitsland gevestigde dochteronderneming rechtstreeks zouden ontvangen, deze wettelijke regeling het belastingvoordeel in de vorm van de bij artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn vastgestelde vrijstelling van bronbelasting slechts toekent indien aan geen van de drie voorwaarden van dezelfde wettelijke regeling is voldaan, te weten dat er geen economische redenen of andere relevante redenen zijn die de tussenplaatsing van de niet-ingezeten moedermaatschappij rechtvaardigen, dat de niet-ingezeten moedermaatschappij niet meer dan 10 % van haar totale bruto-inkomsten in het betreffende boekjaar uit haar eigen economische activiteit verwerft of dat de niet-ingezeten moedermaatschappij niet met een voor haar bedrijfsdoelstelling passend ingerichte bedrijfsvoering aan het algemene economische verkeer deelneemt, waarbij de organisatorische, economische of andere relevante kenmerken van de aan de niet-ingezetene moedermaatschappij gelieerde ondernemingen buiten beschouwing blijven. Voorts is

er geen sprake van een eigen economische activiteit wanneer de niet-ingezeten moedermaatschappij haar bruto-inkomsten verwerft met het beheren van activa of haar kernactiviteiten aan derden overdraagt.

64 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde wettelijke regeling niet specifiek tot doel heeft volstrekt kunstmatige constructies die bedoeld zijn om ten onrechte een belastingvoordeel te verkrijgen niet in aanmerking te laten komen voor het belastingvoordeel, maar in het algemeen ziet op alle situaties waarin een deelneming in een moedermaatschappij wordt gehouden door personen die geen recht op een dergelijke vrijstelling zouden hebben indien zij de dividenden rechtstreeks zouden ontvangen.

65 De loutere omstandigheid dat dergelijke deelnemingen worden gehouden door dergelijke personen impliceert op zich evenwel niet dat sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit en uitsluitend is opgezet om ten onrechte een belastingvoordeel te genieten.

66 In dit verband zij gepreciseerd dat uit geen enkele bepaling van de moeder-dochterrichtlijn volgt dat de fiscale behandeling van personen die een deelneming bezitten in moedermaatschappijen die in de Unie zijn gevestigd of de herkomst van deze personen enige invloed zou hebben op het recht van deze vennootschappen om aanspraak te maken op de belastingvoordelen waarin deze richtlijn voorziet.

67 Bovendien zij opgemerkt dat een niet-ingezeten moedermaatschappij hoe dan ook is onderworpen aan de belastingwetgeving van haar lidstaat van vestiging (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 35 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

68 In de tweede plaats kent de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde wettelijke regeling de bij artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn vastgestelde vrijstelling van bronbelasting slechts toe indien aan geen van de drie voorwaarden van die wettelijke regeling, die in punt 63 van het onderhavige arrest zijn vermeld, is voldaan.

69 Dienaangaande moet ten eerste worden vastgesteld dat die wettelijke regeling, door de toekenning van die vrijstelling afhankelijk te stellen van een dergelijke voorwaarde zonder dat de belastingdienst een begin van bewijs van het ontbreken van economische redenen of aanwijzingen van fraude en misbruik dient over te leggen, zoals uit punt 62 van dit arrest blijkt, een algemeen vermoeden van fraude of misbruik in het leven roept en daardoor afbreuk doet aan het doel van de moeder-dochterrichtlijn, in het bijzonder aan artikel 5, lid 1, van deze richtlijn, te weten voorkomen dat de door een ingezeten dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij uitgekeerde dividenden dubbel worden belast door de lidstaat waar deze dochteronderneming is gevestigd om samenwerkingsverbanden en hergroeperingen van vennootschappen op het niveau van de Unie te vergemakkelijken.

70 Ten tweede voert diezelfde wettelijke regeling daarenboven een onweerlegbaar vermoeden van fraude of misbruik in doordat zij de niet-ingezeten moedermaatschappij, in het geval dat aan een van de drie door haar vastgestelde voorwaarden is voldaan, niet de mogelijkheid biedt om bewijzen aan te dragen waaruit het bestaan van economische redenen blijkt.

71 Ten derde kunnen die voorwaarden, ongeacht of zij afzonderlijk dan wel samen worden beschouwd, op zich niet impliceren dat sprake is van fraude of misbruik.

72 De moeder-dochterrichtlijn bevat namelijk geen enkel vereiste met betrekking tot de aard van de economische activiteit van de vennootschappen die binnen haar werkingssfeer vallen of met betrekking tot de hoogte van de inkomsten uit de eigen economische activiteit van deze vennootschappen.

73 De omstandigheid dat de economische activiteit van de niet-ingezeten moedermaatschappij bestaat in het beheren van de activa van haar dochterondernemingen of dat die moedermaatschappij uitsluitend uit dat beheer inkomsten verwerft, impliceert op zich echter niet dat sprake is van een volstrekt kunstmatige constructie die geen verband houdt met de economische realiteit. Dienaangaande doet het feit dat het beheer van activa niet wordt aangemerkt als een economische activiteit in het kader van de belasting over de toegevoegde waarde niet ter zake, aangezien de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde belasting en de belasting over de toegevoegde waarde tot onderscheiden rechtsregelingen met verschillende doelstellingen behoren.

74 In tegenstelling tot wat de in de hoofgedingen aan de orde zijnde wettelijke regeling bepaalt, moeten voor de vaststelling van een dergelijke constructie per geval alle aspecten van de betrokken situatie worden onderzocht, zoals de organisatorische, economische en andere relevante kenmerken van het concern waarvan de betrokken moedermaatschappij deel uitmaakt alsmede de structuur en de strategie van dat concern.

75 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn juncto artikel 5, lid 1, van deze richtlijn aldus moet worden uitgelegd dat het in de weg staat aan een nationale wettelijke belastingregeling als die in de hoofdgedingen.

*Toepasselijke vrijheid*

76 Uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat de fiscale behandeling van dividenden zowel onder de vrijheid van vestiging als onder het vrije verkeer van kapitaal kan vallen (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 39 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

77 Voor de beantwoording van de vraag of een nationale wettelijke regeling onder de ene of de andere vrijheid van verkeer valt, dient rekening te worden gehouden met het voorwerp van de wettelijke regeling in kwestie (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 40 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

78 In dit verband heeft het Hof reeds geoordeeld dat een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op deelnemingen waarmee een bepalende invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend en de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, onder de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging valt. Nationale bepalingen die van toepassing zijn op participaties die enkel als belegging worden genomen zonder dat het de bedoeling is invloed op het bestuur en de zeggenschap van de onderneming uit te oefenen, moeten daarentegen uitsluitend aan het beginsel van het vrije verkeer van kapitaal worden getoetst (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

79 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde wettelijke belastingregeling van toepassing was op moedermaatschappijen die minstens 15 % van het kapitaal van hun dochterondernemingen in handen hadden. Die beslissing bevat daarentegen geen gegevens over het voorwerp van die wettelijke regeling.

80 Een dergelijke deelneming impliceert niet noodzakelijkerwijs dat de vennootschap die haar houdt een bepalende invloed uitoefent op de besluiten van de vennootschap die de dividenden uitkeert (zie in die zin arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 43 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

81 In die omstandigheden moet rekening worden gehouden met de feitelijke gegevens van het concrete geval om uit te maken of de situatie waarop de hoofdgedingen betrekking hebben, onder de ene of de andere van deze vrijheden van verkeer valt (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 44 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

82 Met betrekking tot, in de eerste plaats, zaak C-504/16 blijkt uit de stukken waarover het Hof beschikt dat Traxx ten tijde van de feiten van het hoofdgeding een deelneming van minstens 26,5 % in Deister electronik bezat. In casu zijn partijen het erover eens dat een dergelijke deelneming eerstbedoelde vennootschap een bepalende invloed op de besluiten van laatstbedoelde vennootschap verleende, waardoor zij de activiteiten ervan kon bepalen. Bijgevolg moet de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling worden getoetst aan de vrijheid van vestiging.

83 Met betrekking tot, in de tweede plaats, zaak C-613/16 blijkt uit de stukken waarover het Hof beschikt dat Juhler Holding ten tijde van de feiten van het hoofdgeding alle aandelen in het kapitaal van temp-team Personal in handen had. Derhalve moet worden vastgesteld dat een dergelijke deelneming eerstbedoelde vennootschap een bepalende invloed op de besluiten van laatstbedoelde vennootschap verleende, waardoor zij de activiteiten ervan kon bepalen. Bijgevolg moet de op die deelnemingen toepasselijke nationale wettelijke regeling ook in die zaak worden getoetst aan de vrijheid van vestiging.

84 In die context moet duidelijk worden gemaakt dat de herkomst van de aandeelhouders van de in de hoofdgedingen betrokken vennootschappen geen invloed heeft op het recht van deze vennootschappen om zich op de vrijheid van vestiging te beroepen. Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat uit geen enkele Unierechtelijke bepaling volgt dat de herkomst van de aandeelhouders – natuurlijke dan wel rechtspersonen – van in de Unie gevestigde vennootschappen een invloed heeft op het recht van deze vennootschappen om zich op deze vrijheid te beroepen (zie in die zin arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak). In de hoofdgedingen staat vast dat de betrokken moedermaatschappijen in de Unie gevestigde vennootschappen zijn. Deze vennootschappen kunnen zich dus op die vrijheid beroepen.

85 Hieruit volgt dat de prejudiciële vragen moeten worden beantwoord tegen de achtergrond van de vrijheid van vestiging.

*Vrijheid van vestiging*

86 De door artikel 49 VWEU aan de onderdanen van de Unie toegekende vrijheid van vestiging omvat voor hen de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het bestuur van ondernemingen onder dezelfde voorwaarden als in de wetgeving van de lidstaat van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld. Zij brengt overeenkomstig artikel 54 VWEU voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en die hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, het recht mee om in de betrokken lidstaat hun bedrijfsactiviteit uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

87 Aangaande de behandeling in de lidstaat van ontvangst blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat artikel 49, eerste alinea, tweede volzin, VWEU de marktdeelnemers uitdrukkelijk de mogelijkheid biedt om vrij de rechtsvorm te kiezen die bij de uitoefening van hun werkzaamheden in een andere lidstaat past, zodat deze vrije keuze niet mag worden beperkt door discriminerende fiscale bepalingen (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 53 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

88 Bovendien moeten alle maatregelen die het gebruik van de vrijheid van vestiging verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als beperkingen van deze vrijheid worden beschouwd (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 54 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

89 In casu blijkt uit de stukken waarover het Hof beschikt dat de toekenning van de in artikel 5, lid 1, van de moeder-dochterrichtlijn vastgestelde vrijstelling van bronbelasting alleen in het geval dat een ingezeten dochteronderneming winst uitkeert aan een niet-ingezeten moedermaatschappij afhankelijk wordt gesteld van het vereiste van de in de hoofdgedingen aan de orde zijnde wettelijke regeling.

90 Zoals de verwijzende rechter heeft opgemerkt, kan dat verschil in behandeling een niet-ingezeten moedermaatschappij ervan afhouden in Duitsland een economische activiteit via een in deze lidstaat gevestigde dochteronderneming uit te oefenen en vormt dus een belemmering van de vrijheid van vestiging.

91 Deze belemmering kan enkel worden aanvaard indien zij betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn, of wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang die door het Unierecht zijn erkend. In dat geval moet de belemmering ook geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag zij niet verder gaan dan nodig is voor het verwezenlijken van dat doel (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

92 Aangaande de vergelijkbaarheid van de situatie van een ingezeten vennootschap en die van een niet-ingezeten vennootschap die dividenden van een ingezeten dochteronderneming ontvangen, zij gepreciseerd dat de vrijstelling van bronbelasting voor winstuitkeringen van een dochteronderneming aan haar moedermaatschappij – zoals is uiteengezet in punt 50 van het onderhavige arrest – beoogt dubbele belasting over die winst te voorkomen.

93 Weliswaar heeft het Hof met betrekking tot maatregelen die een lidstaat heeft getroffen om opeenvolgende belasting of dubbele belasting over door een ingezeten vennootschap uitgekeerde winst te voorkomen of te verminderen, geoordeeld dat de situatie van ingezeten dividend ontvangende aandeelhouders niet noodzakelijkerwijs vergelijkbaar is met die van dividend ontvangende aandeelhouders die ingezetenen zijn van een andere lidstaat, maar het Hof heeft ook gepreciseerd dat, zodra een lidstaat niet alleen ingezeten aandeelhouders maar ook niet-ingezeten aandeelhouders voor het dividend dat zij van een ingezeten vennootschap ontvangen, aan zijn heffingsbevoegdheid onderwerpt, de situatie van deze niet-ingezeten aandeelhouders die van de ingezeten aandeelhouders benadert (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

94 Gelet op het feit dat de Bondsrepubliek Duitsland ervoor heeft gekozen haar heffingsbevoegdheid uit te oefenen over winstuitkeringen door een ingezeten dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij bevinden de niet-ingezeten moedermaatschappijen in de hoofdgedingen zich ten aanzien van deze winstuitkering in een situatie die vergelijkbaar is met die van een ingezeten moedermaatschappij.

95 Met betrekking tot de rechtvaardiging voor en de evenredigheid van de belemmering voert de Bondsrepubliek Duitsland aan dat deze belemmering wordt gerechtvaardigd zowel door de doelstelling van bestrijding van belastingfraude en -ontwijking als door de doelstelling van behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten.

96 In dit verband zij opgemerkt dat het voorkomen van belastingfraude en -ontwijking en het behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten met elkaar samenhangende doelstellingen zijn en voorts dat deze doelstellingen, omdat zij dwingende redenen van algemeen belang vormen, een belemmering van de uitoefening van de door het Verdrag gewaarborgde vrijheden van verkeer kunnen rechtvaardigen (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 63 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

97 Niettemin moet worden vastgesteld dat de doelstelling van bestrijding van belastingfraude en -ontwijking dezelfde draagwijdte heeft, ongeacht of ze wordt aangevoerd krachtens artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn dan wel als rechtvaardiging voor een belemmering van het primaire recht (arrest van 7 september 2017, Eqiom en Enka, C-6/16, EU:C:2017:641, punt 64). De in de punten 60 tot en met 74 van dit arrest uiteengezette overwegingen gelden dus evenzeer met betrekking tot die vrijheid.

98 Aangaande de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten moet daarenboven worden gepreciseerd dat die kwestie in de moeder-dochterrichtlijn wordt geregeld door de lidstaten te verbieden een bronbelasting te heffen over de winst die een ingezeten dochteronderneming aan haar niet-ingezeten moedermaatschappij uitkeert.

99 In casu kunnen de doelstelling van bestrijding van belastingfraude en -ontwijking en die van behoud van een evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten een belemmering van de vrijheid van vestiging niet rechtvaardigen.

100 Gelet op al het voorgaande dient op de prejudiciële vragen te worden geantwoord dat artikel 1, lid 2, van de moeder-dochterrichtlijn juncto artikel 5, lid 1, van deze richtlijn alsmede artikel 49 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een wettelijke belastingregeling van een lidstaat als die in de hoofdgedingen, die een niet-ingezeten moedermaatschappij, wanneer een deelneming in deze moedermaatschappij wordt gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling van bronbelasting zouden hebben indien zij de dividenden van een ingezeten dochteronderneming rechtstreeks zouden ontvangen, vrijstelling van belasting op inkomsten uit vermogen over uitkeringen van dividenden ontzegt in het geval dat aan een van de voorwaarden van die wettelijke regeling is voldaan.

### *Kosten*

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

Het Hof (Zesde kamer) verklaart voor recht:

**Artikel 1, lid 2, van richtlijn 90/435/EEG van de Raad van 23 juli 1990 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/98/EG van de Raad van 20 november 2006 juncto artikel 5, lid 1, van deze richtlijn alsmede artikel 49 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een wettelijke belastingregeling van een lidstaat als die in de hoofdgedingen, die een niet-ingezeten moedermaatschappij, wanneer een deelneming in deze moedermaatschappij wordt gehouden door personen die geen recht op teruggaaf of vrijstelling van bronbelasting zouden hebben indien zij de dividenden van een ingezeten dochteronderneming rechtstreeks zouden ontvangen, vrijstelling van belasting op inkomsten uit vermogen over uitkeringen van dividenden ontzegt in het geval dat aan één van de voorwaarden van die wettelijke regeling is voldaan.**

ondertekeningen