Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 25 oktober 2017 [1]

Gevoegde zaken C-398/16 en C-399/16

X BV (C-398/16),
X NV (C-399/16)
tegen
Staatssecretaris van Financiën

[verzoek van de Hoge Raad der Nederlanden om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Vennootschapsbelasting – Vrijheid van vestiging – Aftrek door een ingezeten moedermaatschappij van rente op een lening ter verwerving van aandelen in een niet-ingezeten dochteronderneming – Aftrek door een ingezeten moedermaatschappij van het waardeverlies van aandelen in een niet-ingezeten dochteronderneming ten gevolge van wisselkoersschommelingen – Geconsolideerde groep”

1. Het Hof heeft zich al meermaals uitgesproken over de wettelijke regelingen van de lidstaten inzake de belasting die drukt op de winst van vennootschappen wanneer het gaat om groepen bestaande uit de moedermaatschappij en haar dochterondernemingen. [2]

2. In het bijzonder zijn de Nederlandse belastingregels betreffende geconsolideerde groepen in minstens twee vroegere arresten al aan onderzoek onderworpen. [3] Volgens die regels komt een groep slechts in aanmerking voor de fiscale integratieregeling als alle leden van de groep in Nederland zijn gevestigd, wat betekent dat niet-ingezeten dochterondernemingen van de regeling uitgesloten zijn.

3. In het arrest X Holding [4] erkende het Hof dat die Nederlandse wettelijke regeling in beginsel verenigbaar was met het Unierecht (concreet met de bepalingen van het VWEU betreffende de vrijheid van vestiging). Het oordeelde toen dat de uitsluiting van niet-ingezeten vennootschappen van de integratieregeling gerechtvaardigd was uit hoofde van de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven.

1 Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 Zie onder meer arresten van 16 juli 1998, ICI (C-264/96, EU:C:1998:370); 18 november 1999, X en Y (C-200/98, EU:C:1999:566); 8 maart 2001, Metallgesellschaft e.a. (C-397/98 en C-410/98, EU:C:2001:134); 18 september 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479); 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763); 17 januari 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24); 27 november 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659); 6 september 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532); 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company e.a. (C-80/12, EU:C:2014:200); 3 februari 2015, Commissie/Verenigd Koninkrijk (C-172/13, EU:C:2015:50); 6 oktober 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661), en 17 mei 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379).

3 Arresten van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08; hierna: „arrest X Holding”, EU:C:2010:89), en 12 juni 2014, SCA Group Holding e.a. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758).

4 Punten 18 en 43.

4. De draagwijdte van het arrest X Holding werd nadien in het arrest van 2 september 2015, Groupe Steria [5], echter genuanceerd. Daarin werd er namelijk op gewezen dat uit eerstgenoemd arrest niet kon worden afgeleid dat „elk verschil in behandeling tussen vennootschappen die tot een fiscaal geïntegreerde groep behoren en vennootschappen die niet tot een dergelijke groep behoren, verenigbaar is met artikel 49 VWEU [6]". De in het arrest X Holding aanvaarde rechtvaardigingsgrond, zo ging het Hof voort, betrof enkel de bepalingen van de Nederlandse regeling die het mogelijk maakten om binnen de fiscaal geïntegreerde groep verliezen over te dragen. [7]

5. Met de vragen die de verwijzende rechter bij wege van deze twee prejudiciële verwijzingen stelt, verzoekt hij concreet om verduidelijking van de rechtspraak die op dit gebied is ontwikkeld. Hij zoekt die verduidelijking om te kunnen beoordelen of de Nederlandse fiscale integratieregeling verenigbaar is met het Unierecht voor zover op grond daarvan de moedermaatschappij bepaalde financiële kosten kan aftrekken wanneer haar dochteronderneming een ingezeten vennootschap is, maar niet wanneer die dochter een niet-ingezeten vennootschap is.

6. Volgens het Nederlandse recht zijn de kosten (rente) die een vennootschap draagt wanneer een andere onderneming van de groep haar een lening verstrekt, slechts aftrekbaar indien tussen de moedervennootschap en de dochteronderneming een fiscale integratieregeling geldt, waartoe enkel ingezeten vennootschappen toegang hebben. Deze nationale regel is aan de orde in zaak C-398/16.

7. Hetzelfde criterium is van toepassing op kapitaalwinst en kapitaalverlies (ook als dit laatste het gevolg is van een valutaverlies), waarmee geen rekening wordt gehouden bij de bepaling van de winst. Ook hier geldt dus dat een valutaverlies dat een moedermaatschappij lijdt op een deelneming die zij houdt in een dochteronderneming niet aftrekbaar is, tenzij beide tot een geconsolideerde groep behoren, waarin uitsluitend ingezeten vennootschappen kunnen worden opgenomen. Dit is de regel die is toegepast in zaak C-399/16.

I. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht*

8. Artikel 49 VWEU bepaalt:

„In het kader van de volgende bepalingen zijn beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat verboden. Dit verbod heeft eveneens betrekking op beperkingen betreffende de oprichting van agentschappen, filialen of dochterondernemingen door de onderdanen van een lidstaat die op het grondgebied van een lidstaat zijn gevestigd.

De vrijheid van vestiging omvat, behoudens de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het kapitaal, de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 54, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld."

5 C-386/14, EU:C:2015:524; hierna: „arrest Groupe Steria".

6 Ibidem, punt 27.

7 Ibidem, punt 27 in fine.

9. Artikel 54 VWEU luidt als volgt:

„De vennootschappen welke in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en welke hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben, worden voor de toepassing van de bepalingen van dit hoofdstuk gelijkgesteld met de natuurlijke personen die onderdaan zijn van de lidstaten.

Onder vennootschappen worden verstaan maatschappen naar burgerlijk recht of handelsrecht, de coöperatieve verenigingen of vennootschappen daaronder begrepen, en de overige rechtspersonen naar publiek- of privaatrecht, met uitzondering van vennootschappen welke geen winst beogen."

B. ***Nederlands recht***

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: „wet van 1969")

10. Artikel 10a, lid 2, luidt als volgt:

„Bij het bepalen van de winst komen […] niet in aftrek renten […] ter zake van geldleningen […] verschuldigd aan een verbonden lichaam […], voor zover de geldlening verband houdt met […] een verwerving van […] aandelen, […] in […] een verbonden lichaam, behoudens voor zover een wijziging wordt aangebracht in het uiteindelijke belang dan wel de uiteindelijke zeggenschap in dat lichaam".

11. Volgens artikel 10a, lid 3, vindt lid 2 geen toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat aan de geldlening en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

12. Overeenkomstig artikel 13, lid 1, blijven bij het bepalen van de winst buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming („deelnemingsvrijstelling").

13. Artikel 15 bepaalt:

„1. Ingeval een belastingplichtige (moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 percent van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (dochtermaatschappij) wordt op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtermaatschappij deel uitmaken van de werkzaamheden en het vermogen van de moedermaatschappij. De belasting wordt geheven bij de moedermaatschappij. De belastingplichtigen tezamen worden in dat geval aangemerkt als fiscale eenheid. Van een fiscale eenheid kan meer dan één dochtermaatschappij deel uitmaken.

[…]

3. Het eerste lid vindt slechts toepassing indien:

[…]

b. voor het bepalen van de winst bij beide belastingplichtigen dezelfde bepalingen van toepassing zijn;

c. beide belastingplichtigen in Nederland zijn gevestigd […]."

II. Feiten en prejudiciële vragen

A. *Zaak C-398/16*

14. De Nederlandse [8] vennootschap X BV is onderdeel van een Zweeds concern, waartoe ook een Italiaanse vennootschap behoort. Om de aandelen van deze laatste te kopen, die in handen van derden waren, heeft X BV in Italië een nieuwe vennootschap opgericht, waarin zij een kapitaal van 237 312 000 EUR heeft gestort. X BV financierde die storting met de lening (met rente) die zij had verkregen van een eveneens tot het concern behorende Zweedse vennootschap.

15. In het kader van die lening was X BV in 2004 6 503 261 EUR aan rente verschuldigd aan die Zweedse vennootschap. In haar aangifte voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2004 heeft X BV dat bedrag in aftrek gebracht als van haar inkomsten aftrekbare kosten. De Nederlandse fiscus heeft die aftrek echter geweigerd op grond van artikel 10a, lid 2, onder b), van de wet van 1969 en heeft haar de in geding zijnde naheffingsaanslag opgelegd.

16. X BV is tegen die aanslag opgekomen met het argument dat zij de rente op de lening in aftrek had kunnen brengen indien zij de mogelijkheid had gehad om een fiscale eenheid met haar dochteronderneming te vormen. Aangezien het Nederlandse recht die mogelijkheid voorbehoudt aan ingezeten vennootschappen, is volgens X BV haar vrijheid van vestiging in strijd met de artikelen 49 VWEU en 54 VWEU beperkt.

17. De Hoge Raad der Nederlanden, waarbij beroep in cassatie is ingesteld, heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moeten de artikelen 43 en 48 EG (thans 49 en 54 VWEU), aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedervennootschap met betrekking tot een geldlening die verband houdt met een kapitaalstorting in een dochtervennootschap in een andere lidstaat, geen aftrek van rente is toegestaan, terwijl die aftrek wel zou kunnen worden genoten indien die dochtervennootschap zou zijn opgenomen in een fiscale eenheid – met de kenmerken als die van de Nederlandse fiscale eenheid – met die moedervennootschap omdat alsdan door de consolidatie geen verband met een zodanige kapitaalstorting is waar te nemen?”

B. *Zaak C-399/16*

18. De Nederlandse vennootschap X NV behoort tot een groep van vennootschappen, waarvan met name ook dochteronderneming A Holdings BV onderdeel is, die met X NV is opgenomen in een fiscale eenheid. A Holdings BV houdt alle aandelen in de Britse vennootschap A Holdings UK.

19. Op 11 november 2008 heeft A Holdings BV haar deelneming in A Holdings UK ingebracht in haar Britse dochteronderneming C. [9]

8 Ik gebruik het adjectief „Nederlands” (of Italiaans, Zweeds, enz.) ofschoon het eigenlijk juister is te spreken van een „niet-ingezeten vennootschap” van Nederland of van elk van de andere betrokken staten.

9 Het door de aandelen gevolgde traject was complexer maar kan, zonder dat de verdere transacties hoeven te worden uiteengezet, worden samengevat als volgt: op 12 februari 2009 heeft A Holdings BV haar aandelen in C overgedragen aan D, een eveneens tot de fiscale eenheid behorende dochteronderneming van X NV. Op diezelfde datum heeft D de aandelen in C overgedragen aan haar Luxemburgse dochteronderneming A Holdings Luxembourg.

20. In haar aangifte voor de vennootschapsbelasting voor de belastingjaren 2008 en 2009 wilde X NV het verlies dat zij op haar deelneming had geleden ten gevolge van schommelingen van de wisselkoers, in mindering brengen als kosten. De Nederlandse fiscus heeft die aftrek geweigerd overeenkomstig artikel 13, lid 1, van de wet van 1969.[10]

21. X NV is tegen dat besluit van de fiscus opgekomen met het argument dat zij het geleden valutaverlies zou hebben kunnen aftrekken indien zij een geconsolideerde groep had kunnen vormen met haar Britse dochteronderneming. X NV stelt dat zij is belemmerd in de uitoefening van haar vrijheid van vestiging, daar het Nederlandse recht die mogelijkheid uitsluitend aan ingezeten vennootschappen biedt.

22. De Hoge Raad der Nederlanden, waarbij beroep in cassatie is ingesteld, heeft het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten de artikelen 43 en 48 EG (thans 49 en 54 VWEU) aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedervennootschap geen valutaverlies in aanmerking kan nemen met betrekking tot het bedrag dat zij heeft geïnvesteerd in een dochtervennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, terwijl zij dit wel zou kunnen indien die dochtervennootschap zou zijn opgenomen in een fiscale eenheid – met de kenmerken als die van de Nederlandse fiscale eenheid – met die in eerstgenoemde lidstaat gevestigde moedervennootschap, dit als gevolg van de consolidatie binnen de fiscale eenheid?

2) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, kan of moet dan voor de vaststelling van het in aanmerking te nemen valutaverlies ervan worden uitgegaan dat ook (een of meer van) de door de betrokken moedervennootschap middellijk, via die dochtervennootschap, gehouden en in de Europese Unie gevestigde directe en indirecte dochtervennootschappen zouden zijn opgenomen in de fiscale eenheid?

3) Indien het antwoord op vraag 1 bevestigend luidt, moet dan slechts rekening worden gehouden met valutaverliezen die bij opname in de fiscale eenheid van de moedervennootschap tot uitdrukking zouden zijn gekomen in de jaren waarop het geschil betrekking heeft, of moeten ook de valutaresultaten die in eerdere jaren tot uitdrukking zouden zijn gekomen, in aanmerking worden genomen?”

III. Samenvatting van de opmerkingen van de partijen

A. *Zaak C-398/16*

23. X BV stelt dat zij recht heeft op aftrek van de rente op een lening die haar is verstrekt door een Zweedse dochteronderneming, welke onderdeel is van haar groep van vennootschappen. Als haar dochter fiscaal in Nederland gevestigd was geweest en samen met haar een geconsolideerde groep had gevormd – wat naar Nederlands recht nu niet mogelijk is –, zou zij het bedrag in kwestie in aftrek hebben kunnen brengen. Het door de Nederlandse wettelijke regeling gemaakte verschil in behandeling leidt ertoe dat het minder aantrekkelijk is te investeren in de oprichting van dochterondernemingen in andere lidstaten van de Unie dan in Nederland.

10 Ter herinnering: volgens dat voorschrift blijven bij het bepalen van de winst zowel de uit een deelneming voortvloeiende voordelen als de daaruit resulterende verliezen buiten beschouwing.

24. X BV stelt verder dat dat verschil in behandeling slechts kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang voor zover het niet verder gaat dan ter bescherming van dat belang nodig is.

25. Onder verwijzing naar het arrest X Holding betoogt X BV dat de weigering van aftrek niet het doel dient, de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven, aangezien de aftrek niet zou leiden tot een verschuiving van de belastinggrondslag van de ene lidstaat naar de andere.

26. Volgens X BV kan de opgelegde beperking evenmin rechtvaardiging vinden in de noodzaak de samenhang van de belastingregeling voor geconsolideerde groepen te verzekeren. Het Hof[11] aanvaardt die rechtvaardigingsgrond slechts als er een rechtstreeks verband bestaat tussen de toekenning van het belastingvoordeel en de compensatie daarvan door een bepaalde heffing. In het onderhavige geval is er geen sprake van een rechtstreeks verband (in die zin dat het voordeel de heffing compenseert) tussen de mogelijkheid om de rente op de lening in mindering te brengen op het resultaat van de geconsolideerde groep en de nadelen die in het verwijzingsarrest worden genoemd.[12]

27. X BV geeft het Hof in overweging om de gestelde vraag bevestigend te beantwoorden.

28. Volgens de Commissie worden de verhouding tussen een Nederlandse moedermaatschappij en haar eveneens Nederlandse dochteronderneming en de verhouding tussen diezelfde moedermaatschappij en een niet-ingezeten dochter verschillend behandeld. Overeenkomstig artikel 10a van de wet van 1969 is aftrek van de rente op een lening die wordt verstrekt door een vennootschap van de groep en wordt gebruikt om kapitaal te injecteren in een andere dochter, alleen mogelijk in het eerste geval, via consolidatie.

29. De Commissie zet uiteen dat dat verschil in behandeling niet rechtstreeks voortvloeit uit artikel 10a van de wet van 1969, aangezien dat artikel, dat misbruik wil voorkomen, van toepassing is op bepaalde transacties tussen verbonden lichamen en zonder onderscheid geldt voor zuiver binnenlandse situaties en grensoverschrijdende situaties. Het verschil tussen binnenlandse verhoudingen en intracommunautaire verhoudingen is het gevolg van de belastingregeling voor geconsolideerde groepen. In een transnationale situatie is het namelijk niet mogelijk om aan de toepassing van artikel 10a van de wet van 1969 te ontsnappen, terwijl dat in een zuiver nationale situatie wel kan, namelijk door een geconsolideerde groep op te richten.

30. Op basis van het arrest X Holding stelt de Commissie dat het verschil in behandeling moet worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang, aangezien de situatie van een ingezeten moedermaatschappij die een fiscale eenheid wil vormen met een ingezeten dochteronderneming objectief vergelijkbaar is met die van een ingezeten moedermaatschappij die een dergelijke eenheid wil vormen met een niet-ingezeten dochter.

31. De Commissie meent dat geen rechtvaardigingsgrond kan worden gevonden in de handhaving van de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten, aangezien in het onderhavige geval uitsluitend de heffingsbevoegdheid van Nederland in het spel is.

11 X BV haalt het arrest aan van 12 juni 2014, SCA Group Holding e.a.(C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 33).

12 Punt 2.8.2.7 van dat arrest vermeldt bij wijze van voorbeeld een aantal belastingnadelen: i) voor de fiscale eenheid is het lagere belastingtarief slechts eenmaal van toepassing; ii) wanneer een van de fiscale eenheid deel uitmakende dochteronderneming ophoudt te bestaan als gevolg van de opheffing van een faillissement wegens gebrek aan baten; iii) elk van de dochterondernemingen die deel uitmaken van de fiscale eenheid is hoofdelijk aansprakelijk voor de vennootschapsbelasting die is geheven van de fiscale eenheid; en iv) investeringen van de tot de fiscale eenheid behorende vennootschappen worden samengevoegd waardoor het voor de investeringsaftrek toe te passen percentage voor de fiscale eenheid lager kan zijn dan het zou zijn geweest indien de vennootschappen afzonderlijk in de heffing van vennootschapsbelasting zouden worden betrokken.

32. Ook de mogelijke aantasting van de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel kan volgens de Commissie niet worden aangevoerd, aangezien er geen rechtstreeks verband bestaat tussen het verkregen belastingvoordeel en de compensatie daarvan door een bepaalde belastingheffing.[13] Naar haar mening ligt de incoherentie besloten in het Nederlandse belastingstelsel zelf, daar de Nederlandse wetgever het enerzijds noodzakelijk acht de antimisbruikbepalingen van artikel 10a van de wet van 1969 toe te passen zowel op zuiver binnenlandse situaties als op grensoverschrijdende situaties, maar het anderzijds mogelijk maakt dat zuiver nationale geconsolideerde groepen aan de toepassing van die regels ontkomen.

33. Volgens de Nederlandse regering is artikel 10a, lid 2, van de wet van 1969 op zichzelf beschouwd niet in strijd met de vrijheid van vestiging. In het onderhavige geval zijn eventuele belemmeringen het gevolg van het feit dat een ingezeten moedermaatschappij geen fiscale eenheid kan vormen met een niet-ingezeten dochteronderneming. De Nederlandse regering ziet evenwel dwingende redenen van algemeen belang die die regeling rechtvaardigen.

34. Dat rente binnen een geconsolideerde groep aftrekbaar is, vloeit voort uit het wezen zelf van een dergelijke groep. Vanwege de consolidatie is een kapitaalstorting tussen een moedermaatschappij en haar dochteronderneming uit fiscaal oogpunt niet zichtbaar binnen een fiscale eenheid – intragroepstransacties worden immers geneutraliseerd. In de integratieregeling is er slechts één vermogen, namelijk bij de moedermaatschappij, zodat een kapitaalstorting binnen een fiscale eenheid fiscaal gesproken niet mogelijk is. In een dergelijk geval is artikel 10a van de wet van 1969 dan ook niet van toepassing en houdt de renteaftrek rechtstreeks en onlosmakelijk verband met de consolidatie binnen de fiscale eenheid.

35. De Nederlandse regering concludeert dat de zogenoemde „per element benadering", zoals die na het arrest X Holding ingang heeft gevonden, niet geldt voor de betrokken bepaling. Voor het geval dat het Hof toch voor die benadering zou kiezen, stelt de Nederlandse regering dat het verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. De renteaftrekbeperking beoogt namelijk te voorkomen dat kunstmatige constructies worden opgezet die niet zijn ingegeven door zakelijke motieven. Artikel 10a, lid 3, van de wet van 1969 biedt de belastingplichtige de mogelijkheid te bewijzen dat er van een kunstmatige constructie geen sprake is, zodat de evenredigheid van de maatregel verzekerd is.

B. *Zaak C-399/16*

1. Eerste prejudiciële vraag

36. Uitgangspunt van X NV en de Commissie is dat X NV op grond van het Nederlandse recht het valutaverlies dat zij heeft geleden op haar deelneming in een Britse dochteronderneming, niet in aftrek kan brengen in de aangifte voor de vennootschapsbelasting. Dat verlies was aftrekbaar geweest onder de fiscale integratieregeling als de dochteronderneming in Nederland gevestigd was geweest. Die situatie is objectief vergelijkbaar met die van een Nederlandse vennootschap met een eveneens Nederlandse dochter die actief is in het Verenigd Koninkrijk. De verschillende behandeling van vergelijkbare situaties vormt een belemmering van de vrijheid van vestiging.

37. De enige rechtvaardigingsgronden voor dat verschil in behandeling zijn de handhaving van de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten en het behoud van de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel.

13 In dat verband haalt de Commissie de arresten aan van 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35, punten 31 e.v.), en 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punt 39).

38. Wat de eerste rechtvaardigingsgrond betreft, menen X NV en de Commissie dat in deze zaak geen afbreuk wordt afgedaan aan de heffingsbevoegdheid van Nederland. Het valutaverlies dat de Nederlandse vennootschap heeft geleden op haar deelneming in haar Britse dochter is niet zichtbaar in de boekhouding van deze laatste, die in pond sterling wordt gevoerd.

39. Wat de tweede (mogelijke) rechtvaardigingsgrond betreft, brengen X NV en de Commissie in herinnering dat het behoud van de samenhang van het belastingstelsel slechts als rechtvaardigingsgrond wordt aanvaard als er een rechtstreeks verband bestaat tussen de toekenning van het belastingvoordeel en de compensatie daarvan door een bepaalde heffing. In dit geval is er geen sprake van een dergelijk verband tussen het voordeel (dat wil zeggen de aftrek van het valutaverlies) en de door de verwijzende rechter genoemde nadelen. [14]

40. Volgens de Nederlandse regering is het X NV erom te doen het negatieve gevolg van artikel 13 van de wet van 1969 (geen aftrek van het valutaverlies) te vermijden en tegelijk de „deelnemingsvrijstelling" te genieten. Onder de Nederlandse regeling kan die beperkte toepassing van de „deelnemingsvrijstelling" echter niet worden verkregen door een moedermaatschappij met een ingezeten dochter.

41. In de arresten X Holding en Groupe Steria [15] heeft het Hof volgens de Nederlandse regering geoordeeld dat de verrekening van de afzonderlijke winsten en verliezen van de tot een fiscale eenheid behorende vennootschappen bij de moedermaatschappij en de neutralisatie van intragroepstransacties onlosmakelijk verbonden zijn met de vorming van een fiscale eenheid, waarbinnen een deelneming in een andere onderneming van de groep en de resultaten van die deelneming geen fiscale gevolgen hebben.

42. De mogelijkheid om een geconsolideerde groep te vormen, levert niet reeds van tevoren een belastingvoordeel op met betrekking tot het risico op valutaverlies aangezien de Nederlandse wettelijke regeling enerzijds aftrek van dit verlies niet toestaat, en anderzijds valutawinst niet opneemt in de belastinggrondslag van de vennootschapsbelasting. Bijgevolg wordt de vrijheid van vestiging niet belemmerd ten gevolge van het feit dat valutaverliezen op de deelneming in een niet-ingezeten dochteronderneming worden uitgesloten.

43. Voorts kan bij het heffen van belasting van een geconsolideerde groep hoe dan ook geen rekening worden gehouden met valutaverlies, ook al is toepassing van de „deelnemingsvrijstelling" niet toegestaan. Aangezien de resultaten die samenhangen met het aandelenbezit (zoals winstuitkering en veranderingen in de waarde van het aandelenbezit) niet behoren tot het eindresultaat van de fiscale eenheid, kunnen zij geen recht geven op aftrek. Op het gebied van valutaverlies is er dus geen sprake van een verschil in behandeling tussen een moedermaatschappij met een niet-ingezeten dochter en een moedermaatschappij met een ingezeten dochter (wanneer zij samen een geconsolideerde groep vormen).

2. Tweede en derde prejudiciële vraag

44. Aangaande de tweede vraag zetten X NV en de Commissie uiteen dat onder Nederlands recht de moedermaatschappij vrij kan beslissen om al dan niet een geconsolideerde groep te vormen met haar ingezeten dochterondernemingen en vrij kan kiezen welke dochterondernemingen zij daarin opneemt. Een grensoverschrijdende groep hoort, met betrekking tot bepaalde elementen, geen ongunstiger

14 De nadelen die zijn vermeld in voetnoot 12.

15 Respectievelijk de punten 43 en 25.

behandeling te krijgen dan een volledig nationale groep. Met andere woorden, uitgaande van de aftrekbaarheid van het valutaverlies in het kader van de belastingheffing van nationale fiscale eenheden als vergelijkingsbasis, mag een moedermaatschappij met een buitenlandse dochter niet minder gunstig worden behandeld.

45. Wat de derde vraag betreft, stellen X NV en de Commissie dat de verzoekende vennootschap fiscaal niet ongunstiger mag worden behandeld dan een binnenlandse groep waarbij de moedermaatschappij en de dochterondernemingen zijn opgenomen in een fiscale eenheid.

46. Volgens de Nederlandse regering zijn het antwoord op de tweede vraag en dat op de derde vraag gelijkluidend. Aan een moedermaatschappij kan niet worden toegestaan dat zij vrijelijk kiest welke vennootschappen en welke belastingjaren worden betrokken in de aangifte van de fictieve geconsolideerde groep. Als zij die vrijheid zou hebben, zou zij die achteraf uitoefenen, op basis van reeds bekende gegevens. Dan zou zij op basis van het koersverloop van de vreemde valuta kunnen bepalen („cherry picking") welke dochteronderneming en welk belastingjaar zij het best betrekt in het resultaat, waardoor de belastinggrondslag zou kunnen worden uitgehold.

IV. Procedure bij het Hof

47. De prejudiciële verzoeken zijn bij de griffie van het Hof ingekomen op 18 juli 2016.

48. Op 9 augustus 2016 is besloten tot voeging van de zaken C-398/16 en C-399/16.

49. X BV, X NV, de Nederlandse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Het houden van een zitting is niet nodig geacht.

V. Beoordeling

A. *Inleidende opmerkingen*

50. De vragen waarover het Hof zich in het kader van deze prejudiciële procedure dient te buigen, betreffen de heffing van belasting van groepen van vennootschappen. De belastingregeling voor dergelijke groepen kan diverse vormen aannemen. Eén van de mogelijkheden is dat elke tot de groep behorende onderneming handelt als een afzonderlijke belastingplichtige en dus belasting betaalt over alle verkregen inkomsten, ook al zijn bepaalde daarvan terug te voeren op transacties met ondernemingen van dezelfde groep.

51. Onder andere wettelijke regelingen kunnen groepen er daarentegen voor kiezen te worden belast overeenkomstig een bijzondere regeling, namelijk de fiscale integratieregeling, zodat de belasting ineens wordt geheven van de groep zelf, als een economische eenheid (concreet: van de moedermaatschappij). Dit model houdt in dat transacties tussen ondernemingen van de groep uit fiscaal oogpunt neutraal zijn, dat wil zeggen dat er bij de bepaling van de belastinggrondslag geen rekening mee wordt gehouden.

52. In beide onderhavige zaken beklaagt de in Nederland gevestigde moedermaatschappij zich erover dat zij de financiële verliezen die zij in het kader van haar betrekkingen met haar dochterondernemingen heeft geleden, niet in aftrek kan brengen in haar aangifte voor de vennootschapsbelasting, omdat de wettelijke regeling van die lidstaat dat verbiedt. Zij stelt dat zij die verliezen wél zou kunnen aftrekken als zij met die – niet-ingezeten – dochters een fiscale eenheid (geconsolideerde groep) zou kunnen vormen.

53. Volgens het Nederlandse recht kunnen groepen van vennootschappen slechts onder de fiscale integratieregeling vallen als zij bestaan uit in Nederland gevestigde vennootschappen. Niet-ingezeten vennootschappen komen voor die regeling niet in aanmerking. Zoals ik al heb uiteengezet [16], heeft het Hof in het arrest X Holding erkend dat het de Nederlandse fiscus was toegestaan geen rekening te houden met de verliezen van een niet-ingezeten dochteronderneming – die de belastinggrondslag van de moedermaatschappij zouden versmallen – omdat het Nederlandse recht de mogelijkheid tot consolidatie voorbehoudt aan ingezeten dochterondernemingen. Volgens het Hof werd dat verschil in behandeling gerechtvaardigd door de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven.

54. De Hoge Raad heeft het arrest X Holding aldus uitgelegd dat de artikelen 43 en 48 EG zich niet alleen niet verzetten tegen „het (aan ingezeten vennootschappen voorbehouden van het) uit het wezen van de fiscale eenheid voortvloeiende gevolg dat verliezen binnen de fiscale eenheid kunnen worden gecompenseerd, maar evenmin tegen andere verschillen in behandeling die bij de vaststelling van de aanslag voortvloeien uit de consolidatie". Met zijn arresten „heeft de Hoge Raad het belastingplichtigen niet toegestaan met een beroep op de vrijheid van vestiging naar believen de voordelen van afzonderlijke elementen die rechtstreeks samenhangen met het wezen van de fiscale eenheid (de consolidatie) deelachtig te worden". [17]

55. Volgens de verwijzende rechter kan uit het arrest X Holding dus een „alles of niets"-regel worden afgeleid, volgens welke niet rechtsgeldig slechts voor bepaalde gevolgen van de fiscale integratieregeling kan worden gekozen. Elk voordeel dat voortvloeit uit de vorming van een eenheid met ingezeten dochterondernemingen is gerechtvaardigd, aangezien geen „per element benadering" kan worden gehanteerd in het kader van een fiscale eenheid. Aldus werd uitgesloten dat de gevolgen van de fiscale integratie werden uitgebreid tot niet-ingezeten ondernemingen.

56. De beslissingen die het Hof nadien heeft gewezen in de zaken Groupe Steria en Finanzamt Linz [18] hebben echter twijfel gewekt bij de verwijzende rechter. In die twee zaken betroffen de door het Hof verboden verschillen in behandeling namelijk juist „concrete elementen" (in de eerste zaak, kosten en lasten in verband met de deelneming van de moedermaatschappij en, in de tweede zaak, afschrijving van de goodwill) van de verhouding tussen moedermaatschappijen en al dan niet ingezeten dochterondernemingen in het kader van de groepsbelasting.

57. In het arrest Groupe Steria heeft het Hof met name verklaard dat „de andere belastingvoordelen dan de overdracht van verliezen binnen de fiscaal geïntegreerde groep" afzonderlijk dienen te worden beoordeeld. Enkel na die beoordeling kan worden uitgemaakt „of een lidstaat die voordelen kan voorbehouden aan vennootschappen die deel uitmaken van een fiscaal geïntegreerde groep en die voordelen dus kan uitsluiten in grensoverschrijdende situaties". [19]

58. Bij de analyse van de prejudiciële vragen zal ik uitgaan van die premisse. Na die analyse dient te worden uitgemaakt of de Nederlandse wettelijke regeling die in die twee zaken is toegepast, kan conflicteren met artikel 49 VWEU, volgens hetwelk beperkingen van de vrijheid van vestiging dienen te worden opgeheven.

59. Ik zal hierbij te werk gaan volgens de methode die het Hof consequent volgt bij de beoordeling van prejudiciële vragen die, zoals in casu, betrekking hebben op directe belastingen. Als eerste stap identificeert het Hof doorgaans de toepasselijke vrijheid en de beperking daarvan die zich eventueel heeft voorgedaan. In een tweede fase vergelijkt het Hof de in het geding zijnde situaties om vast te

16 Punten 3 en 4 van deze conclusie.

17 Dat staat te lezen in respectievelijk de punten 2.8.4 en 2.10.1 van de verwijzingsarresten in de zaken C-398/16 en C-399/16. De Hoge Raad der Nederlanden heeft deze uitlegging gegeven in zijn arresten van 24 juni 2011, NL:HR:2011:BN3537, en 21 september 2012, NL:HR:2012:BT5858.

18 Arrest van 6 oktober 2015, C-66/14, EU:C:2015:661.

19 Arrest Groupe Steria, punten 27 en 28.

stellen of er sprake is van een verschil in behandeling. Dit vereist een gedetailleerde analyse van de nationale regels die dit verschil bepalen. Tot slot gaat het Hof in op de mogelijke rechtvaardiging van het verschil in behandeling op basis van dwingende redenen van algemeen belang, evenals de proportionaliteit van de nationale regel die de betreffende vrijheid beperkt.

60. Ik wijs er meteen op dat wanneer de staat van de moedermaatschappij ingezeten dochterondernemingen en niet-ingezeten dochterondernemingen verschillend behandelt, dat de moedermaatschappij kan belemmeren in de uitoefening van haar vrijheid van vestiging, aangezien zij ervan wordt afgeschrikt dochterondernemingen op te richten in andere lidstaten.[20] Het in het geding zijnde VWEU-voorschrift is bijgevolg artikel 49 en dat verschil in behandeling tussen ingezeten en niet-ingezeten dochterondernemingen betekent een beperking van de daarin neergelegde vrijheid.

61. Een dergelijk verschil in behandeling is slechts verenigbaar met de Verdragsbepalingen inzake de vrijheid van vestiging als het betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.[21] Wanneer het verschil gerechtvaardigd is, moet het bovendien geschikt zijn om het nagestreefde doel te verwezenlijken en mag het niet verder gaan dan voor het bereiken van dat doel noodzakelijk is.[22]

B. *Zaak C-398/16*

62. Samengevat betreft de feitelijke uitgangssituatie een verhouding waarbij drie vennootschappen van dezelfde groep betrokken zijn die in verschillende lidstaten van de Unie zijn gevestigd. Een Zweedse vennootschap heeft een lening met rente verstrekt aan een Nederlandse vennootschap, die het geleende bedrag vervolgens heeft gebruikt om aandelen van een Italiaanse dochteronderneming te kopen.

63. Het geschil is ontstaan omdat de Nederlandse vennootschap de rente die zij verschuldigd was aan de vennootschap van dezelfde groep, in haar aangifte voor de vennootschapsbelasting in aftrek wilde brengen.

64. Artikel 10a, lid 2, van de wet van 1969 verbiedt op algemene wijze aftrek van rente wanneer een lening wordt verstrekt tussen ondernemingen van dezelfde groep (verbonden ondernemingen). Verbonden ondernemingen kunnen die beperking echter omzeilen als zij ervoor kiezen om te worden belast als een geconsolideerde groep of een fiscale eenheid.

65. Het Nederlandse recht hanteert de volgende beginselen voor de vorming van geconsolideerde groepen:

– de vennootschappen die voornemens zijn een geconsolideerde groep te vormen, hebben keuzevrijheid[23], en

– de mogelijkheid om een geconsolideerde groep te vormen, is voorbehouden aan vennootschappen die in Nederland zijn gevestigd.[24]

20 Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punten 32 en 33).

21 Arresten X Holding, punt 20, en Groupe Steria, punt 21.

22 Arrest van 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35).

23 Dat zet de Nederlandse regering uiteen in punt 21 van haar opmerkingen.

24 Tevens is vereist dat dezelfde regels gelden voor het bepalen van de belastinggrondslag. Dat aspect is niet relevant voor zaak C-398/16, maar wél voor zaak C-399/16.

66. Zoals blijkt uit punt 2.8.3 van het verwijzingsarrest is het verschil in behandeling erin gelegen dat de dochteronderneming samen met de Nederlandse vennootschap in de fiscale eenheid had kunnen worden opgenomen als zij in Nederland gevestigd was geweest. In dat geval was artikel 10a van de wet van 1969 niet van toepassing geweest en had de rente op de lening in aftrek kunnen worden gebracht.

67. Aldus wordt het aantrekkelijker te investeren in de aankoop van het volledige aandelenkapitaal van een ingezeten dochteronderneming dan in die van het kapitaal van een niet-ingezeten dochter, aangezien de financiële kosten (rente) van de lening die is aangegaan met het oog op het verwerven van de aandelen, enkel aftrekbaar zijn in het eerste geval.

68. Gaat het hier om vergelijkbare situaties? Die vraag is door het Hof bevestigend beantwoord, en wel precies in verband met de Nederlandse wettelijke regeling (artikel 15 van de wet van 1969) die van toepassing is in de twee voorliggende prejudiciële verwijzingen.

69. In het arrest X Holding heeft het Hof geoordeeld dat „[d]e situatie van een ingezeten moedervennootschap die met een ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid wil vormen, […] uit het oogpunt van de doelstelling van een belastingregeling als die welke in het hoofdgeding aan de orde is, objectief vergelijkbaar [is] met de situatie van een ingezeten moedervennootschap die met een niet-ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid wil vormen, voor zover beide in aanmerking willen komen voor de voordelen van deze regeling, waardoor met name de winst en het verlies van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen kunnen worden geconsolideerd op het niveau van de moedervennootschap en de intragroepstransacties fiscaal neutraal kunnen blijven”. [25]

70. Het arrest X Holding betrof de aftrekbaarheid van de verliezen van de dochteronderneming op het niveau van de moedermaatschappij, waarbij het resultaat van de dochter over het gehele belastingjaar in aanmerking werd genomen. Hoewel de aftrek die in de onderhavige zaak wordt gevorderd niet dezelfde is [26], denk ik dat de twee situaties ook hier objectief vergelijkbaar zijn, aangezien het gaat om financiële kosten die door de moedermaatschappij zijn gedragen in verband met haar deelneming in haar dochteronderneming, ongeacht of er sprake is van consolidatie.

71. Er is ook een zekere parallellie met de zaak Groupe Steria. Daarin moest worden beoordeeld of het zogenoemde „aandeel voor kosten en lasten” (dat wil zeggen de kosten die door de moedermaatschappij werden gedragen in verband met haar deelneming in de dochteronderneming) aftrekbaar was onder de integratieregeling, waarvan niet-ingezeten vennootschappen waren uitgesloten. In het onderhavige geval betreft de discussie andere door de moedermaatschappij gedragen kosten (de rente op de lening) en moet worden uitgemaakt of de uitoefening van de vrijheid van vestiging in dezelfde mate minder aantrekkelijk wordt als gevolg van het feit dat die kosten als niet-aftrekbaar worden aangemerkt.

72. Naar ik meen kan vanuit het perspectief van de „per element benadering” waaraan de verwijzende rechter refereert, dus niet worden ontkend dat het om vergelijkbare situaties gaat en, bijgevolg, dat soortgelijke fiscale gedragingen ongelijk worden behandeld.

73. Nu vaststaat dat objectief vergelijkbare situaties verschillend worden behandeld, moet ik mijn aandacht richten op de vraag of dat wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang. De verwijzende rechter noemt in dat verband de samenhang van de Nederlandse fiscale integratieregeling.

25 Arrest X Holding, punt 24.

26 In het onderhavige geval gaat het uitsluitend om kosten (de rente op de lening) die verband houden met een investering in de aankoop van aandelen in de dochteronderneming en niet drukken op het resultaat van deze laatste, maar enkel op dat van de moedermaatschappij.

74. In het arrest Groupe Steria heeft het Hof verklaard dat „[e]en beroep op die rechtvaardigingsgrond […] evenwel alleen kan slagen indien wordt aangetoond dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het betrokken belastingvoordeel en de opheffing van dit voordeel door een bepaalde belastingheffing, waarbij de vraag of dat verband rechtstreeks is, moet worden beoordeeld aan de hand van het doel van de betrokken regeling (arrest [van 13 maart 2014,] Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, punt 69 en aldaar aangehaalde rechtspraak)”. [27]

75. Noch in het verwijzingsarrest noch in de opmerkingen van de Nederlandse regering vind ik voldoende redenen om die rechtvaardiging te kunnen aanvaarden. In haar argumenten beperkt die regering [28] zich er veeleer toe de „onverkorte” toepassing van het arrest X Holding te bepleiten, onder afwijzing van de „per element benadering”. En waar de Nederlandse regering het arrest Groupe Steria aanhaalt, beroept zij zich gewoon op de noodzaak om de evenwichtige verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te handhaven, zonder deze kwestie uit te werken (zij legt niet uit waarom het evenwicht in het onderhavige geval zou worden verstoord).

76. In het kader van zaak C-398/16 is het argument van de Nederlandse regering dat de fiscale integratieregeling een coherent totaalpakket aan voor- en nadelen omvat, veel te algemeen. Zoals net gezegd brengt zij geen overtuigend bewijs aan waaruit blijkt dat de samenhang van die regeling wordt ondermijnd wat specifiek de aftrek van rente op een lening aan een dochteronderneming betreft.

77. Explicieter zijn de opmerkingen die de Nederlandse regering wijdt aan de bestrijding van belastingontwijking als een dwingende reden van algemeen belang (die de verwijzende rechter evenwel niet noemt in punt 2.8.6 van zijn arrest). De Nederlandse regering zet uiteen dat artikel 10a van de wet van 1969 het opzetten beoogt te verhinderen van kunstmatige constructies die niet worden ingegeven door werkelijke bedrijfseconomische of zakelijke motieven, maar er slechts op zijn gericht belasting te ontwijken die verschuldigd is over de op Nederlands grondgebied behaalde winst. [29]

78. In dezelfde gedachtegang stelt de Nederlandse regering dat als zou worden aanvaard dat de belastingplichtige zijn keuze achteraf kan maken, dat erop zou neerkomen dat voorrang wordt gegeven aan de keuze die uit fiscaal oogpunt het gunstigst is. Dat argument wordt evenwel slechts erg summier uiteengezet wat de problemen betreft die verband houden met de aftrekbaarheid van de op de lening betaalde rente (het wordt iets meer uitgewerkt met betrekking tot de verliezen die in zaak C-399/16 aan de orde zijn).

79. Het is juist dat een bepaling als artikel 10a, lid 2, van de wet van 1969, die in het leven is geroepen om belastingfraude tegen te gaan, bepaalde beperkingen van de vrijheid van vestiging kan rechtvaardigen. [30] Zoals de Nederlandse regering uitlegt, vergroot dividend dat wordt uitgekeerd door een onderneming van de groep de belastinggrondslag, terwijl rente op een tussen dezelfde vennootschappen verstrekte lening de belastinggrondslag verkleint. Er bestaat dus een zeker gevaar voor uitholling van de belastinggrondslag en de Nederlandse wetgever heeft willen voorkomen dat inkomsten worden „geneutraliseerd” door middel van leningen met rente, die niet alleen niet worden opgenomen in de belastinggrondslag van de vennootschap die ze ontvangt, maar het bovendien mogelijk maken om de belastinggrondslag met het bedrag van de rente te verlagen.

27 Arrest Groupe Steria, punt 31.

28 Punten 52-55 van haar opmerkingen, waarnaar wordt verwezen (voor zaak C-398/16) in punt 95 ervan.

29 Artikel 10a, lid 3, van de wet van 1969 sluit de aftrekbaarheid niet volledig uit: het staat aftrek toe als de betrokken vennootschap bewijst dat er geen sprake is van een kunstmatige constructie zonder verband met de economische werkelijkheid.

30 Arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 51).

80. Bovendien is artikel 10a van de wet van 1969 van toepassing op de verhoudingen tussen vennootschappen van een groep, ongeacht of die in Nederland dan wel elders zijn gevestigd. Bijgevolg rijzen de problemen niet als gevolg van die bepaling, aangezien die ingezeten vennootschappen en niet-ingezeten vennootschappen in het kader van de bestrijding van belastingontwijking gelijk behandelt.

81. Die verklaring wordt echter ontkracht door het feit dat het doel belastingontwijking tegen te gaan, niet speelt wanneer het ingezeten vennootschappen betreft die ervoor hebben gekozen te worden belast onder de fiscale integratieregeling. De strijd tegen belastingfraude kan inderdaad het bestaan van de bepaling verklaren, maar het valt moeilijk in te zien waarom de betrekkingen tussen de vennootschappen van een groep zo ongelijk worden behandeld naargelang zij al dan niet gebruik hebben gemaakt van de fiscale integratieregeling. Terwijl de rente op intragroepsleningen in de regel niet aftrekbaar is, ongeacht waar de vennootschappen zijn gevestigd, kan zij door geconsolideerde groepen wél in aftrek worden gebracht.

82. Wanneer een Nederlandse vennootschap (moedermaatschappij) een lening verstrekt aan een Nederlandse dochteronderneming is de rente daarop in de context van fiscale integratie aftrekbaar voor eerstbedoelde. Verstrekt die moedermaatschappij diezelfde lening aan een Italiaanse dochter, dan is consolidatie echter niet mogelijk en kan de rente niet in aftrek worden gebracht. Als er vanuit het perspectief van belastingontwijking naar wordt gestreefd te voorkomen dat de belastinggrondslag van de moedermaatschappij in Nederland kunstmatig wordt versmald, dan is niet duidelijk waarom aftrek wordt getolereerd wanneer het gaat om uitsluitend Nederlandse vennootschappen, maar verboden is wanneer er een vennootschap van een andere lidstaat bij is betrokken. Het risico op belastingontwijking bestaat immers in beide gevallen.

83. Al met al denk ik niet dat de bestrijding van belastingontwijking een dwingende reden van algemeen belang is die een ongelijke behandeling kan rechtvaardigen, aangezien het juist door de opzet van de Nederlandse fiscale integratieregeling is dat aan groepen van ingezeten vennootschappen de gelegenheid wordt geboden een rechtmatig voordeel te verkrijgen, terwijl die kans wordt ontzegd aan groepen met niet-ingezeten vennootschappen.[31]

84. Overigens, net zoals kan worden onderzocht of achter de verstrekking van een lening tussen een moedermaatschappij en een ingezeten dochteronderneming een kunstmatige constructie schuilgaat waarvoor geen echte economische verklaring kan worden gegeven en die erop is gericht de belastingdruk op de moedermaatschappij onrechtmatig te verlagen[32], kan mijns inziens datzelfde onderzoek evengoed worden gevoerd wanneer het de betrekkingen met een niet-ingezeten dochter betreft. Die mogelijkheid om in ieder geval aan te tonen dat aan de transactie een economische realiteit ten grondslag ligt, wordt categorisch en reeds van tevoren uitgesloten door een regeling die die mogelijkheid eenvoudigweg niet biedt aan niet-ingezeten vennootschappen, die geen toegang hebben tot de Nederlandse fiscale integratieregeling.

85. Tot slot heeft het Hof onder meer in het arrest Euro Park Service[33] geoordeeld dat „[d]e vaststelling van een regel van algemene strekking die bepaalde soorten van transacties automatisch van het belastingvoordeel uitsluit, zonder dat rekening wordt gehouden met de vraag of er daadwerkelijk sprake is van belastingontwijking of belastingfraude, […] verder [gaat] dan ter voorkoming van zulke fraude of ontwijking noodzakelijk is […]”.

31 Zoals ik al heb gezegd (punt 32), benadrukt de Commissie in dat verband het gebrek aan coherentie van het Nederlandse belastingstelsel, dat artikel 10a van de wet van 1969 weliswaar in beginsel zowel toepast op nationale situaties als op grensoverschrijdende situaties, maar het volledig nationale geconsolideerde groepen mogelijk maakt aan de toepassing van die antimisbruikbepaling te ontsnappen.

32 Zie voetnoot 33.

33 Arrest van 8 maart 2017 (C-14/16, EU:C:2017:177, punt 55).

C. *Zaak C-399/16*

86. Vóór ik met de analyse van de in deze zaak voorgelegde prejudiciële vragen begin, lijkt het mij nuttig twee opmerkingen te maken. De eerste betreft de juiste reikwijdte van de valutaverliezen waarmee de moedermaatschappij te maken kan krijgen wanneer zij deelnemingen houdt in niet-ingezeten dochterondernemingen die een andere valuta gebruiken dan zij.

87. In dat verband brengt de Nederlandse regering mijns inziens een correcte nuance aan waar zij een onderscheid maakt tussen „valutaverliezen van de dochteronderneming" en „valutaverliezen op een deelneming in de dochteronderneming". De eerste verwijzen naar verliezen die de dochteronderneming lijdt op door haar verrichte investeringen luidend in een buitenlandse valuta, die te zien zijn in het resultaat van die dochter. De tweede, daarentegen, verlagen – althans boekhoudkundig gesproken – de waarde van de door de moedermaatschappij verrichte investering in de aandelen (luidend in een buitenlandse valuta) in haar dochteronderneming, en hebben een weerslag op het resultaat van de moedermaatschappij.

88. In casu houden de valutaverliezen rechtstreeks verband met de waarde van de aandelen en niet met het resultaat van de door de dochteronderneming gedane investeringen. Het gaat bijgevolg om het tweede van de twee voornoemde gevallen.

89. De tweede opmerking betreft de stijging of de daling in waarde van de aandelen die de moedermaatschappij houdt in het kapitaal van de dochteronderneming onder invloed van schommelingen van de wisselkoers. Die factor kan uit twee oogpunten worden benaderd: a) de evolutie van die waarde in de periode waarin de aandelen tot het vermogen van de moedermaatschappij behoren, en b) het waardeverschil bij vervreemding van de aandelen, dat wil zeggen het verschil tussen de aankoopwaarde en de verkoopwaarde.

90. Naar mijn mening verschaft het verwijzingsarrest niet erg veel duidelijkheid op dit punt: de eerste prejudiciële vraag lijkt betrekking te hebben op het geval waarin de aandelen overgaan in andere handen, terwijl de derde vraag ziet op de periode waarin diezelfde aandelen in het bezit van de moedermaatschappij waren, zonder dat zij werden vervreemd.

91. Met het oog op een juiste afbakening van de discussie zal bijgevolg bij de beantwoording van de eerste vraag rekening moeten worden gehouden met het uit de wisselkoers voortvloeiende waardeverlies bij de vervreemding van de aandelen. Bij de beantwoording van de derde vraag zal daarentegen moeten worden gelet op het waardeverlies van de aandelen terwijl zij zich in het vermogen van de moedermaatschappij bevinden, dat wil zeggen op de louter boekhoudkundige vaststelling dat zij in waarde zijn verminderd.

1. *Eerste prejudiciële vraag*

92. Uit de opmerkingen van partijen, met name die van verzoekster in het hoofdgeding, X NV, blijkt dat de oorsprong van het geschil ligt in het feit dat volgens haar het valutaverlies dat aan het licht is gekomen ten tijde van de overdracht van aandelen van A Holdings UK aan haar dochteronderneming C, in aftrek had kunnen worden gebracht als zij haar Britse dochter in haar geconsolideerde groep had kunnen opnemen. [34]

34 Hoewel punt 2.5 van het verwijzingsarrest spreekt van de mogelijke opname van C in de geconsolideerde groep („respectievelijk"), beperkt belanghebbende zelf de mogelijkheid van opname tot A Holdings UK.

93. De reden daarvoor is dat artikel 13 van de wet van 1969 de zogenoemde „deelnemingsvrijstelling" heeft ingevoerd, op grond waarvan bij de bepaling van de winst van de vennootschap de voordelen uit hoofde van een deelneming en de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming niet in aanmerking worden genomen. Die regel vindt evenwel geen toepassing in het geval van fiscale integratie.

94. De verwijzende rechter stelt dat verschil in behandeling vast, waar hij overweegt dat een in Nederland gevestigde moedervennootschap „geen valutaverlies in aanmerking kan nemen met betrekking tot het bedrag dat zij heeft geïnvesteerd in een dochtervennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, terwijl zij dit wel zou kunnen indien die dochtervennootschap zou zijn opgenomen in een fiscale eenheid – met de kenmerken als die van de Nederlandse fiscale eenheid – met die in [Nederland] gevestigde moedervennootschap, dit als gevolg van de consolidatie binnen de fiscale eenheid".

95. Op het eerste gezicht is er dus sprake van een verschil in behandeling dat de uitoefening van de vrijheid van vestiging kan beperken. Dat verschil kan alleen dan verenigbaar zijn met de bepalingen van het VWEU tot regeling van die vrijheid als het betrekking heeft op situaties die niet objectief vergelijkbaar zijn of wordt gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang.

96. De Hoge Raad ziet drie mogelijke oplossingen voor het probleem in kwestie: a) toepassing van de belastingregeling die geldt voor buitenlandse vaste inrichtingen, b) gebruik van een andere valuta dan de euro (functionele valuta) door de ingezeten dochterondernemingen, en c) niet-inaanmerkingneming van zowel valutaverliezen als mogelijke valutawinsten bij de bepaling van de belastinggrondslag.

97. Ik zal mijn analyse toespitsen op de laatste van deze drie opties – op de eerste twee hoeft niet te worden ingegaan. De verwijzende rechter beroept zich in dat verband terecht op de arresten van het Hof in de zaken Deutsche Shell [35] en X [36]. Op basis van die rechtspraak suggereert hij dat de onmogelijkheid om een valutaverlies in mindering te brengen, kan worden gerechtvaardigd door het feit dat evenmin rekening wordt gehouden met eventuele valutawinsten. Dat standpunt [37] vindt volgens hem steun in de punten 38, 40 en 41 van het arrest X en in de conclusie van advocaat-generaal in Kokott in die zaak [38].

98. Het geding waarin het prejudiciële arrest X is gewezen, betrof eveneens de aftrek van kapitaalverlies op aandelen ten gevolge van valutaverliezen. De Zweedse wettelijke regeling verbood een moedermaatschappij weliswaar valutaverliezen in aftrek te brengen wanneer zij haar aandelen in een niet-ingezeten dochteronderneming verkocht met kapitaalverlies, maar hief omgekeerd ook geen belasting over wegens valutawinsten verkregen kapitaalwinst op die aandelen.

99. In die omstandigheden, zo heeft het Hof verklaard, „kan uit de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging niet worden afgeleid dat deze lidstaat zijn fiscale bevoegdheid – overigens asymmetrisch – zou moeten uitoefenen om verliezen aftrekbaar te maken bij verrichtingen waarvan de resultaten, indien zij positief waren, hoe dan ook niet zouden worden belast". Daaruit heeft het afgeleid dat „[a]rtikel 49 VWEU […] aldus [moet] worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een

35 Arrest van 28 februari 2008 (C-293/06, EU:C:2008:129).

36 Arrest van 10 juni 2015 (C-686/13; hierna: „arrest X", EU:C:2015:375).

37 Punt 2.9.5 van het verwijzingsarrest: „Het […] in 2.9.1, 2.9.2 en 2.9.4 overwogene vormt een argument om te oordelen dat geen sprake is van een ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare gevallen noch van een belemmering van de vestigingsvrijheid, en om het standpunt van belanghebbende te verwerpen."

38 Conclusie in zaak X (C-686/13, EU:C:2015:31).

belastingregeling van een lidstaat volgens welke meerwaarden op voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen in beginsel van vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld en als logische keerzijde waardeverliezen op deze deelnemingen niet aftrekbaar zijn, ook al zijn deze waardeverliezen het gevolg van een wisselkoersverlies”. [39]

100. Als ik mij een juist begrip heb gevormd van de Nederlandse wettelijke regeling zoals beschreven in het verwijzingsarrest in de onderhavige zaak, meer bepaald van de „deelnemingsvrijstelling” en de overige bepalingen tot regeling van de heffing van belasting over kapitaalwinsten en kapitaalverliezen die het gevolg zijn van wisselkoersschommelingen waaraan aandelen in niet-ingezeten dochterondernemingen onderhevig zijn, geldt de in het arrest X gegeven oplossing mijns inziens ook voor de onderhavige zaak.

101. Hoewel in zaak C-686/13, X, het geschil is gerezen in het kader van een verhouding tussen een moedermaatschappij en haar dochteronderneming buiten een geconsolideerde groep, zie ik niet in waarom dat arrest niet ook zou kunnen worden toegepast op de onderhavige zaak. Beslissend is naar mijn mening dat in omstandigheden als die van het hoofdgeding valutawinsten evenmin in de belastinggrondslag van de vennootschapsbelasting worden opgenomen of, om het met de woorden van de verwijzende rechter te zeggen, dat het een situatie betreft waarin „zowel met valutawinsten als met valutaverliezen geen rekening wordt gehouden”. [40]

102. Als dat het geval is – zoals de verwijzende rechter in zijn uiteenzetting van het nationale recht lijkt te suggereren en zoals door de Nederlandse regering wordt bevestigd –, dan vormt de verschillende behandeling van het valutaverlies op de waarde van de aandelen van de moedermaatschappij in haar niet-ingezeten dochteronderneming, wanneer deze laatste niet kan worden opgenomen in de geconsolideerde groep, geen beperking van de vrijheid van vestiging om dezelfde redenen als die welke het Hof heeft gegeven in het arrest X.

103. Het antwoord op deze prejudiciële vraag betekent dat op de twee andere vragen van de verwijzende rechter niet hoeft te worden ingegaan. Ik zal die vragen niettemin (zoals de Nederlandse regering) kort samen onderzoeken, voor het geval dat het Hof de eerste vraag bevestigend zou beantwoorden.

2. *Tweede en derde prejudiciële vraag*

104. Als de moedermaatschappij kapitaalverliezen op haar aandelen in niet-ingezeten dochterondernemingen die voortvloeien uit wisselkoersschommelingen mag boeken als verliezen, wenst de verwijzende rechter te vernemen of a) die mogelijkheid eveneens geldt voor „(een of meer van) de door de betrokken moedervennootschap middellijk, via die dochtervennootschap, gehouden en in de Europese Unie gevestigde directe en indirecte dochtervennootschappen”, en b) slechts rekening moet worden gehouden met valutaverliezen die „tot uitdrukking zouden zijn gekomen in de jaren waarop het geschil betrekking heeft” of ook met die welke in eerdere jaren tot uitdrukking zouden zijn gekomen.

105. Uit de juridische informatie in het dossier lijkt te volgen dat de in het Nederlandse recht ingevoerde integratieregeling de mogelijkheid biedt de vennootschappen te kiezen die deel zullen uitmaken van de groep (opgevat als een fiscale eenheid). [41] In beginsel zijn er dus geen redenen om aan niet-ingezeten vennootschappen iets te weigeren wat aan ingezeten vennootschappen is toegestaan.

39 Arrest X, punten 40 en 41. In de punten 36-39 van dat arrest had het Hof eerst uiteengezet waarom het antwoord dat was gegeven in het arrest van 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), niet gold in de zaak X.

40 Punt 2.9.4 van het verwijzingsarrest.

41 Zie voetnoot 23.

106. Het hoofdgeding ziet enkel op de inaanmerkingneming van valutaverliezen op aandelen in een bepaalde niet-ingezeten dochteronderneming. De tweede vraag is dan ook enigszins hypothetisch, aangezien ter discussie staat of de Britse dochteronderneming in de geconsolideerde groep kan worden opgenomen, en niet of die mogelijkheid bestaat voor andere directe of indirecte dochters. Aldus geformuleerd is de vraag niet-ontvankelijk.

107. Volgens mij kan het Hof ook de derde prejudiciële vraag niet op een zinvolle wijze beantwoorden. In feite oppert geen van de partijen dat het Hof die vraag rechtstreeks, op basis van het Unierecht, zou moeten beantwoorden. Ook de verzoekende partij in het hoofdgeding (X NV) stelt dat de oplossing voor het probleem veeleer in het nationale recht dan in het Unierecht te vinden is, aangezien het begrip belastbare jaarwinst door nationale bepalingen wordt geregeld.

108. Ik breng in herinnering dat een begripsmatig onderscheid kan worden gemaakt tussen waardeverlies van de aandelen terwijl zij in handen zijn van A Holdings BV en waardeverlies dat tot uitdrukking komt bij de vervreemding van de aandelen. De vraag lijkt betrekking te hebben op de waardevermindering van de aandelen als bestanddelen van het maatschappelijk kapitaal ten gevolge van wisselkoersschommelingen.

109. De boekhouding moet informatie verstrekken over de financiële situatie van de onderneming op een welbepaalde datum. De waardevermindering van aandelen kan in de boekhouding tot uitdrukking worden gebracht op basis van verschillende criteria. Voor zover die aandelen activa van de investerende vennootschap zijn, kan de waardevermindering ervan in de rekeningen van die vennootschap bijvoorbeeld worden weergegeven door aanbrenging van de aanpassingen die nodig zijn om ze te boeken onder „waardeverliezen”.

110. Wanneer de aandelen luiden in een andere valuta dan die welke de moedermaatschappij gebruikt, kan het koersverloop min of meer permanente economische schommelingen teweegbrengen. Die schommelingen hebben normaliter slechts een weerslag op de belastinggrondslag van de vennootschapsbelasting als zij een werkelijk economisch verlies opleveren.

111. Het Hof kan niet onderzoeken of de boeking van de waardevermindering van de aandelen naar nationaal recht invloed heeft gehad op de bepaling van de belastinggrondslag. Het staat aan de verwijzende rechter om overeenkomstig het nationale belastingrecht na te gaan of er zich een werkelijk economisch verlies heeft voorgedaan dat het resultaat van de moedermaatschappij ongunstig heeft beïnvloed, ofwel enkel in het jaar waarin de aandelen zijn vervreemd, ofwel in elk van de eerdere jaren. [42]

VI. Conclusie

112. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de Hoge Raad der Nederlanden het volgende antwoord te geven:

„Artikel 49 VWEU

– verzet zich tegen een nationale regeling op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de rente op een lening die verband houdt met een kapitaalstorting in een in andere lidstaat gevestigde dochteronderneming niet in aftrek kan brengen, terwijl zij dat wél zou kunnen doen als die dochteronderneming in dezelfde lidstaat was gevestigd als zij;

42 In dat verband, zie naar analogie arrest van 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punten 24 en 25).

– verzet zich niet tegen een nationale regeling op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedermaatschappij de wegens wisselkoersschommelingen geleden verliezen (kapitaalverliezen) op haar aandelen in een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming niet in mindering kan brengen op haar winst, wanneer diezelfde regeling parallel daaraan de uit dergelijke schommelingen voortvloeiende winst (kapitaalwinst) niet belast."