

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

10 juni 2015 (*)

„Prejudiciële verwijzing – Artikel 49 VWEU – Vrijheid van vestiging – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen – Regeling van een lidstaat volgens welke meerwaarden vrijgesteld en als logische keerzijde waardeverliezen niet aftrekbaar zijn – Overdracht door een ingezeten vennootschap van aandelen in een niet-ingezeten dochteronderneming – Waardeverlies als gevolg van een wisselkoersverlies”

In zaak C-686/13,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Högsta förvaltningsdomstol (hooggerechtshof in bestuurszaken, Zweden) bij beslissing van 18 december 2013, ingekomen bij het Hof op 27 december 2013, in de procedure

X AB

tegen

Skatteverk,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, J. C. Bonichot (rapporteur), A. Arabadjiev, J. L. da Cruz Vilaça en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: J. Kokott,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- X AB, vertegenwoordigd door R. Persson Österman, advocat,
- het Skatteverk, vertegenwoordigd door A. Berg als gemachtigde,
- de Zweedse regering, vertegenwoordigd door A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, K. Sparrman, E. Karlsson, L. Swedenborg en C. Hagerman als gemachtigden,
- de Deense regering, vertegenwoordigd door C. Thorning en M. Wolff als gemachtigden,
- de Duitse regering, vertegenwoordigd door T. Henze en J. Möller als gemachtigden,
- de Spaanse regering, vertegenwoordigd door L. Banciella Rodríguez-Miñón als gemachtigde,

- de Franse regering, vertegenwoordigd door D. Colas en J.–S. Pilczer als gemachtigden,
 - de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door G. Palmieri als gemachtigde, bijgestaan door P. Gentili, avvocato dello Stato,
 - de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. Bulterman en M. Gijzen als gemachtigden,
 - de Portugese regering, vertegenwoordigd door L. Inez Fernandes, J. Martins da Silva en M. Rebelo als gemachtigden,
 - de Finse regering, vertegenwoordigd door J. Heliskoski als gemachtigde,
 - de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door L. Christie als gemachtigde, bijgestaan door R. Hill, barrister,
 - de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en J. Enegren als gemachtigden,
- gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 22 januari 2015,

het navolgende

Arrest

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 49 VWEU en 63 VWEU.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen X AB, een vennootschap naar Zweeds recht, en het Skatteverk (belastingdienst) over de weigering van deze belastingdienst om X AB een fiscale aftrek toe te kennen wegens een valutakoersverlies dat is geleden bij de overdracht van voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen in een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochteronderneming.

Zweeds recht

3 § 13 van hoofdstuk 24 van de inkomstskattelag (1999:1229) (wet nr. 1229 van 1999 betreffende de inkomstenbelastingen; hierna: „IL”) bepaalt het begrip „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” als volgt:

„Voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen zijn aandelen in een aandelenvennootschap of coöperatie indien zij voldoen aan de voorwaarden van § 14 en het bezit zijn van een rechtspersoon (onderneming die eigenaar is) zoals:

1. een Zweedse aandelenvennootschap of coöperatie die geen beleggingsinstelling is,
2. een Zweedse stichting of vereniging zonder winstoogmerk die niet onder de bepalingen inzake belastingvrijstelling in hoofdstuk 7 valt,
3. een Zweedse spaarbank,
4. een Zweedse onderlinge waarborgmaatschappij, of
5. een buitenlandse vennootschap die is gevestigd in een land van de Europese Economische Ruimte en overeenkomt met een van de in de punten 1 tot en met 4 hierboven bedoelde Zweedse

ondernemingen.”

4 § 14 van hetzelfde hoofdstuk van de IL bepaalt:

„Het aandeel moet een afzonderlijk kapitaalactief vormen en voldoen aan de volgende voorwaarden:

1. Het aandeel mag niet beursgenoteerd zijn.
2. Het samengevoegde stemrecht, dat is verbonden aan alle aandelen die de onderneming die eigenaar is, bezit in de gecontroleerde vennootschap, komt overeen met 10 % van de stemrechten of meer van alle aandelen in die vennootschap.
3. Het aandeel wordt gehouden in het kader van de bedrijfsvoering van de onderneming die er eigenaar van is dan wel van een onderneming die, wat het eigendomsrechtenbezit of organisatorische omstandigheden betreft, kan worden beschouwd als ermee nauw verbonden.

[...]”

5 Hoofdstuk 25a van de IL, betreffende met name voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen, bepaalt in § 5 ervan:

„Met kapitaalwinst wordt geen rekening gehouden in een ander geval dan bedoeld in § 9. [...]

Kapitaalverlies mag alleen worden afgetrokken indien een overeenkomstige kapitaalwinst moet worden belast. [...]”

6 § 9 onderwerpt in samenhang met § 18 van dat hoofdstuk, in afwijking van de algemene regel van § 5 van dat hoofdstuk, kapitaalwinst op voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen aan de vennootschapsbelasting wanneer de overdracht aandelen in een dekmantelbedrijf betreft of misbruik vormt.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

7 X AB, die in Zweden is gevestigd, richtte in 2003 in het Verenigd Koninkrijk een dochteronderneming, Y Ltd, op waarvan de aandelen zijn uitgegeven in US-dollars.

8 Y Ltd kreeg tussen 2003 en 2009 kapitaalbrengen door middel van aan X AB gereserveerde emissies. X AB droeg vervolgens aan haar eigen moedermaatschappij tweemaal aandelen in Y Ltd over. Na deze overdrachten bezat X AB ongeveer 45 % van de kapitaal aandelen en stemrechten in Y Ltd.

9 Onbetwist is dat deze aandelen „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” in de zin van § 13 van hoofdstuk 24 van de IL zijn.

10 X AB, die de activiteiten van Y Ltd wilde stopzetten, was voornemens deze aandelen over te dragen. Daarbij dreigde evenwel een valutakoersverlies doordat X AB tussen 2003 en 2009 in Y Ltd kapitaal in contanten tegen een lagere wisselkoers dan ten tijde van de voorgenomen overdracht had ingebracht. X AB ging dus eerst na of het mogelijke verlies aftrekbaar was, maar dat stuitte op de Zweedse fiscale wetgeving volgens welke kapitaalverlies op „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” in beginsel niet aftrekbaar is van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting.

11 X AB verzocht vervolgens de Skatterättsnämnd (commissie voor fiscaalrechtelijke

problemen) om een prealabel advies over de verenigbaarheid met het Unierecht van een dergelijke uitsluiting wanneer zij van toepassing is op een kapitaalverlies dat volgt uit een wisselkoersverlies op „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” in een in een andere lidstaat van de Europese Unie gevestigde vennootschap.

12 De Skatterättsnämnd antwoordde ontkennend bij prealabel advies van 18 maart 2013 op grond dat naar Zweeds belastingrecht bij de vaststelling van de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting in beginsel geen rekening wordt gehouden met kapitaalwinst of -verlies op aandelen die „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” zijn.

13 X AB kwam daartegen op bij de Högsta förvaltningsdomstol (hooggerechtshof in bestuurszaken).

14 X AB baseert haar beroep voor de verwijzende rechter in wezen op het betoog dat de Zweedse regeling haar investeringen in Y Ltd riskanter maakte dan vergelijkbare binnenlandse investeringen. Haar betoog gaat hoofdzakelijk ervan uit dat een investering in Zweedse kronen in een Zweedse aandelenvennootschap geen enkel risico liep dat equivalent was aan het wisselkoersrisico van een investering in een andere lidstaat. Het Zweedse belastingstelsel belemmert dus het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging zoals het Hof oordeelde in het arrest Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), waarvan de oplossing op het onderhavige geval kan worden toegepast.

15 Daarop heeft de Högsta förvaltningsdomstol de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Staan artikel 49 VWEU en artikel 63 VWEU in de weg aan een nationale wettelijke regeling volgens welke de staat van vestiging van een onderneming geen aftrek verleent voor een valutakoersverlies dat integreerend deel uitmaakt van een kapitaalverlies op deelnemingen in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap, wanneer de staat van vestiging van de eerste onderneming een stelsel toepast dat bij de berekening van de belastbare grondslag geen rekening houdt met kapitaalwinst of -verlies op dergelijke aandelen?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

Opmerkingen vooraf

16 Aangezien de prejudiciële vraag tegelijk verwijst naar de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van kapitaal in de zin van de artikelen 49 VWEU respectievelijk 63 VWEU, dient eerst te worden vastgesteld op welke van deze twee vrijheden een nationale wetgeving als in het hoofdgeding invloed kan hebben.

17 Dienaangaande volgt uit vaste rechtspraak van het Hof dat rekening moet worden gehouden met het voorwerp van de betrokken wetgeving (arresten Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 90 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsook Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2014:47, punt 21).

18 Een nationale wettelijke regeling die alleen van toepassing is op participaties waarmee een zodanige invloed op de besluiten van een vennootschap kan worden uitgeoefend dat de activiteiten ervan kunnen worden bepaald, valt onder artikel 49 VWEU inzake de vrijheid van vestiging (arresten Test Claimants in the FII Group Litigation, C-35/11, EU:C:2012:707, punt 91 en aldaar aangehaalde rechtspraak, alsook Hervis Sport- és Divatkereskedelmi, C-385/12, EU:C:2014:47, punt 22).

19 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 *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C?35/11, EU:C:2012:707, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

20 Wat de Zweedse wetgeving in het hoofdgeding betreft, blijkt dat de categorie „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” niet alleen de aandelen omvat, waarvan het totale aantal stemrechten overeenkomt met 10 % of meer van het aantal stemrechten verbonden aan alle aandelen van de gecontroleerde vennootschap, maar ook de niet-beursgenoteerde aandelen zonder voorwaarde van minimumpercentage.

21 Voorts oordeelde het Hof dat een deelneming van ten minste 10 % in het kapitaal of de stemrechten in een vennootschap niet noodzakelijkerwijze impliceert dat de houder van deze deelneming een beslissende invloed uitoefent op de besluiten van de vennootschap waarvan hij aandeelhouder is (zie in die zin arresten *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C?446/04, EU:C:2006:774, punt 58, en *Itelcar*, C?282/12, EU:C:2013:629, punt 22).

22 Bijgevolg kan aan de hand van het voorwerp van de nationale wetgeving in het hoofdgeding als zodanig niet worden bepaald of zij overwegend onder artikel 49 VWEU dan wel onder artikel 63 VWEU valt.

23 Volgens vaste rechtspraak van het Hof moet het Hof in een dergelijk geval op basis van de feiten van de zaak bepalen of de situatie in het hoofdgeding onder de ene dan wel onder de andere van deze bepalingen valt (zie in die zin arrest *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C?35/11, EU:C:2012:707, punten 93 en 94 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

24 Dienaangaande zij opgemerkt dat X AB blijkens het bij het Hof ingediende dossier 45 % van de aandelen van Y Ltd bezit zowel in kapitaal als in stemrechten. Geoordeeld is dat dergelijke grote participaties de houder ervan in beginsel een „beslissende invloed” in de zin van de in punt 18 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte rechtspraak op de besluiten en activiteiten van de betrokken vennootschap geven (zie naar analogie arrest SGI, C?311/08, EU:C:2010:26, punt 35).

25 Derhalve moet het verzoek om een prejudiciële beslissing worden geacht de uitlegging van de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging te betreffen.

Bestaan van een beperking van de vrijheid van vestiging

26 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een belastingregeling van een lidstaat volgens welke meerwaarden op voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen van vennootschapsbelasting zijn vrijgesteld en als logische keerzijde waardeverliezen op dergelijke aandelen niet aftrekbaar zijn, ook al zijn de waardeverliezen het gevolg van een wisselkoersverlies.

27 Ingevolge artikel 49 VWEU moeten de beperkingen van de vrijheid van vestiging worden opgeheven. De bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging strekken naar de letter weliswaar tot garantie dat de nationale behandeling wordt toegepast, maar verzetten zich dus ook ertegen dat de lidstaat van oorsprong de vestiging van een van zijn staatsburgers of van een naar zijn nationaal recht opgerichte vennootschap in een andere lidstaat bemoeilijkt (arresten *Marks & Spencer*, C?446/03, EU:C:2005:763, punt 31; *National Grid Indus*, C?371/10, EU:C:2011:785,

punt 35, en Bouanich, C?375/12, EU:C:2014:138, punt 57).

28 Ook moeten volgens vaste rechtspraak alle maatregelen die de uitoefening van deze vrijheid verbieden, belemmeren of minder aantrekkelijk maken, als beperkingen ervan worden beschouwd (zie arresten National Grid Indus, C?371/10, EU:C:2011:785, punt 36; DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C., C?380/11, EU:C:2012:552, punt 33, en Bouanich, C?375/12, EU:C:2014:138, punt 58).

29 Het Hof oordeelde dat sprake kan zijn van dergelijke beperkende gevolgen met name wanneer een vennootschap wegens een belastingregeling ervan kan worden afgehouden, in andere lidstaten afhankelijke entiteiten, zoals een vaste inrichting, op te richten of via dergelijke entiteiten haar activiteiten uit te oefenen (arresten Marks & Spencer, C?446/03, EU:C:2005:763, punten 32 en 33; Keller Holding, C?471/04, EU:C:2006:143, punt 35, alsook Deutsche Shell, C?293/06, EU:C:2008:129, punt 29).

30 Dienaangaande zij opgemerkt dat ingevolge de Zweedse belastingwetgeving in het hoofdgeding de kapitaalwinsten op de overdracht van „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” in de zin van de IL in beginsel niet worden opgenomen in de belastbare grondslag in de vennootschapsbelasting. Symmetrisch voorziet deze wetgeving in geen enkele aftrek van de waardeverliezen op dergelijke verrichtingen ongeacht of de vennootschappen waarvan de „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” worden overgedragen, al dan niet in Zweden zijn gevestigd.

31 Uit een wisselkoersverlies voortvloeiende waardeverliezen op de overdracht van „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” zijn bijgevolg niet aftrekbaar, zowel ingeval – zoals in het hoofdgeding – de aandelen worden aangehouden in een in een andere lidstaat gevestigde vennootschap als ingeval de aandelen worden aangehouden in een in Zweden gevestigde vennootschap, ongeacht of het kapitaal van de laatstbedoelde vennootschap in Zweedse kronen of in een andere naar nationaal recht aanvaarde valuta is uitgedrukt.

32 Anders dan verzoekster in het hoofdgeding stelt, worden de investeringen in „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” in een andere lidstaat dan het Koninkrijk Zweden, wat de niet-aftrekbaarheid van een wisselkoersverlies betreft, dus niet nadeliger behandeld dan soortgelijke investeringen in Zweden.

33 Ook al zou deze niet-aftrekbaarheid een vennootschap die heeft geïnvesteerd in „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen” in een op het grondgebied van een andere lidstaat gevestigde vennootschap kunnen benadelen wegens het wisselkoersrisico, wanneer zoals in het hoofdgeding wordt geïnvesteerd in effecten in een andere valuta dan die van de lidstaat van ontvangst, uit de fiscale bevoegdheid van de lidstaten vloeit voort dat de vrijheid voor de vennootschappen om te kiezen tussen verschillende lidstaten van vestiging geenszins inhoudt dat deze lidstaten verplicht zijn, hun belastingregeling af te stemmen op die van andere lidstaten, teneinde te waarborgen dat een vennootschap die heeft gekozen voor vestiging in een lidstaat, op nationaal niveau op dezelfde wijze wordt belast als een vennootschap die ervoor heeft gekozen zich te vestigen in een andere lidstaat, aangezien deze keuze naargelang van het geval meer of minder voordelig of nadelig voor deze vennootschap kan uitvallen (zie in die zin arresten Deutsche Shell, C?293/06, EU:C:2008:129, punt 43, en Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C?157/07, EU:C:2008:588, punt 50).

34 Op dezelfde wijze kunnen de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging in de huidige stand van het Unierecht inzake directe belastingen niet aldus worden uitgelegd dat zij de lidstaten verplichten hun eigen belastingregeling aan te passen om rekening te houden met eventuele wisselkoersrisico's voor de vennootschappen wegens het voortbestaan van

verschillende valuta's op het grondgebied van de Unie zonder vaste wisselkoers of van nationale wetgevingen die zoals in hoofdgeding aanvaarden dat het kapitaal van vennootschappen in een valuta van een derde land wordt uitgedrukt.

35 Bijgevolg kan een nationale wetgeving als in het hoofdgeding de vrijheid van vestiging niet beperken.

36 De overwegingen in het door X AB aangevoerde arrest *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129) laten deze conclusie onverlet.

37 In dat arrest verklaarde het Hof voor recht dat de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging zich ertegen verzetten dat een lidstaat een wisselkoersverlies dat een vennootschap met statutaire zetel op het grondgebied van deze lidstaat lijdt bij de repatriëring van het dotatiekapitaal dat zij heeft verschaft aan haar in een andere lidstaat gelegen vaste inrichting, uitsluit bij de vaststelling van de nationale belastbare grondslag.

38 Het Hof kwam evenwel tot deze conclusie in een andere juridische context dan die welke voortvloeit uit de toepassing van de nationale wetgeving in het hoofdgeding. Zoals de verwijzende rechter opmerkt, werden volgens de nationale wetgeving in de zaak die leidde tot het arrest *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129), wisselkoerswinsten namelijk in de regel belast en waren wisselkoersverliezen als logische keerzijde aftrekbaar behoudens andersluidende bepaling in een dubbelbelastingverdrag.

39 Dat is in het hoofdgeding niet het geval, aangezien ingevolge de Zweedse belastingwetgeving, zoals is aangegeven in punt 30 van het onderhavige arrest, in beginsel geen rekening wordt gehouden met de resultaten van de kapitaalverrichtingen betreffende „voor bedrijfsdoeleinden gehouden aandelen”, waarvoor het Koninkrijk Zweden als algemene regeling heeft gekozen zijn fiscale bevoegdheid niet uit te oefenen.

40 Derhalve 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.

41 Mitsdien dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een 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.

Kosten

42 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale 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 (Tweede kamer) verklaart voor recht:

Artikel 49 VWEU moet aldus worden uitgelegd dat het zich niet verzet tegen een 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.

ondertekeningen

* Procestaal: Zweeds.