

DOMSTOLENS DOM (andra avdelningen)

den 10 juni 2015 (*)

”Begäran om förhandsavgörande – Artikel 49 FEUF – Etableringsfrihet – Skattelagstiftning – Bolagsskatt – Näringsbetingade andelar – Medlemsstats lagstiftning enligt vilken kapitalvinsten inte är skattepliktig och kapitalförlusten på motsvarande sätt inte är avdragsgill – Bolag med hemvist i medlemsstaten överlåter sina andelar i ett dotterbolag med hemvist i en annan medlemsstat – Kapitalförlust som orsakats av en valutakursförlust”

I mål C-686/13,

angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Högsta förvaltningsdomstolen (Sverige) genom beslut av den 18 december 2013, som inkom till domstolen den 27 december 2013, i målet

X AB

mot

Skatteverket,

meddelar

DOMSTOLEN (andra avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden R. Silva de Lapuerta samt domarna J.-C. Bonichot (referent), A. Arabadjiev, J. L. da Cruz Vilaça och C. Lycourgos,

generaladvokat: J. Kokott,

justitiesekreterare: A. Calot Escobar,

efter det skriftliga förfarandet,

med beaktande av de yttranden som avgetts av:

- X AB, genom R. Persson Österman, advokat,
- Skatteverket, genom A. Berg, i egenskap av ombud,
- Sveriges regering, genom A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson, K. Sparrman, E. Karlsson, L. Swedenborg och C. Hagerman, samtliga i egenskap av ombud,
- Danmarks regering, genom C. Thorning och M. Wolff, båda i egenskap av ombud,
- Tysklands regering, genom T. Henze och J. Möller, båda i egenskap av ombud,
- Spaniens regering, genom L. Banciella Rodríguez-Miñón, i egenskap av ombud,
- Frankrikes regering, genom D. Colas och J.-S. Pilczer, båda i egenskap av ombud,

- Italiens regering, genom G. Palmieri, i egenskap av ombud, biträdd av P. Gentili, avvocato dello Stato,
 - Nederländernas regering, genom M. Bulterman och M. Gijzen, båda i egenskap av ombud,
 - Portugals regering, genom L. Inez Fernandes, J. Martins da Silva och M. Rebelo, samtliga i egenskap av ombud,
 - Finlands regering, genom J. Heliskoski, i egenskap av ombud,
 - Förenade kungarikets regering, genom L. Christie, i egenskap av ombud, biträdd av R. Hill, barrister,
 - Europeiska kommissionen, genom W. Roels och J. Enegren, båda i egenskap av ombud,
- och efter att den 22 januari 2015 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,
- följande

Dom

1 Begäran om förhandsavgörande avser tolkningen av artiklarna 49 FEUF och 63 FEUF.

2 Begäran har framställts i ett mål mellan X AB, ett bolag bildat enligt svensk rätt, och Skatteverket angående Skatteverkets beslut att X AB inte ska beviljas avdrag för en valutakursförlust som uppkommit för bolaget vid avyttring av näringsbetingade andelar i ett dotterbolag i Förenade kungariket.

Svensk rätt

3 I 24 kap. 13 § i inkomstskattelagen (1999:1229) (nedan kallad IL) definieras begreppet näringsbetingad andel enligt följande:

”Med näringsbetingad andel avses en andel i ett aktiebolag eller en ekonomisk förening, om den uppfyller villkoren i 14 § och ägs av en sådan juridisk person (ägarföretaget) som är

1. ett svenskt aktiebolag eller en svensk ekonomisk förening som inte är ett investmentföretag,
2. en svensk stiftelse eller svensk ideell förening och som inte omfattas av bestämmelserna om undantag från skattskyldighet i 7 kap.,
3. en svensk sparbank,
4. ett svenskt ömsesidigt försäkringsföretag, eller
5. ett utländskt bolag som hör hemma i en stat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och som motsvarar något sådant svenskt företag som anges i 1–4.”

4 I 24 kap. 14 § IL anges följande:

”Andelen ska vara en kapitaltillgång och uppfylla någon av följande förutsättningar:

1. Andelen är inte marknadsnoterad.
2. Det sammanlagda röstetalet för ägarföretagets samtliga andelar i det ägda företaget

motsvarar tio procent eller mer av röstetalet för samtliga andelar i företaget.

3. Innehavet av andelen betingas av rörelse som bedrivs av ägarföretaget eller av ett företag som med hänsyn till äganderättsförhållanden eller organisatoriska förhållanden kan anses stå det nära.

...

5 I kap. 25 a IL behandlas bland annat aktier som är näringsbetingade andelar. I 25 a kap. 5 § IL anges följande:

"En kapitalvinst ska inte tas upp i annat fall än som anges i 9 §. ...

En kapitalförlust får dras av bara om en motsvarande kapitalvinst skulle ha tagits upp. ..."

6 Av 25 a kap. 9 § IL jämförd med 25 a kap. 18 § IL framgår att som ett undantag från huvudregeln i 25 a kap. 5 § IL ska kapitalvinster på näringsbetingade andelar tas upp till beskattning hos bolaget om avyttringen avser delägarätter i ett skalbolag eller om det rör sig om vissa typer av återköp.

Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågan

7 X AB, som har sitt säte i Sverige, bildade år 2003 ett dotterbolag i Förenade kungariket, Y Ltd. Andelarna i detta dotterbolag utgavs i US-dollar.

8 Under perioden 2003–2009 fick Y Ltd kapitaltillskott genom riktade nyemissioner till X AB. X AB har därefter, vid två tillfällen, avyttrat andelar i Y Ltd till sitt eget moderbolag. Efter avyttringarna innehade X AB cirka 45 procent av andelarna i Y Ltd avseende såväl kapital som röster.

9 Det är ostridigt att dessa andelar utgör näringsbetingade andelar i den mening som avses i 24 kap. 13 § IL.

10 Eftersom X AB önskade avveckla Y Ltd:s verksamhet, planerade X AB att avyttra nämnda andelar. Denna avveckling kunde emellertid förväntas leda till en valutakursförlust. Skälet till detta var att X AB under perioden 2003–2009 hade tillskjutit Y Ltd kapital i kontanter till en valutakurs som var förmånligare än den som rådde då avyttringen planerades. X AB undersökte därför i förväg huruvida dessa potentiella förluster skulle kunna dras av, men fann att den svenska skattelagstiftningen satte upp hinder mot detta, eftersom det av denna följer att kapitalförluster på näringsbetingade andelar i princip inte kan dras av vid beräkningen av beskattningsunderlaget.

11 Mot denna bakgrund ansökte X AB om förhandsbesked hos Skatterättsnämnden och ställde frågan om det strider mot unionsrätten att på detta vis neka avdrag för en kapitalförlust som orsakats av en valutakursförlust på en näringsbetingad andel i ett bolag hemmahörande i en annan medlemsstat i Europeiska unionen.

12 I förhandsbesked av den 18 mars 2013 besvarade Skatterättsnämnden denna fråga nekande, med motiveringen att den svenska skattelagstiftningen i princip innebär att varken kapitalvinster eller kapitalförluster på sådana andelar som utgör näringsbetingade andelar beaktas vid beräkning av beskattningsunderlaget.

13 X AB överklagade Skatterättsnämndens beslut till Högsta förvaltningsdomstolen.

14 Till stöd för sin talan vid Högsta förvaltningsdomstolen har X AB i huvudsak anfört följande.

På grund av den svenska lagstiftningen var de investeringar som X AB gjort i Y Ltd mer riskfyllda än motsvarande inhemska investeringar. Bolagets argument bygger i huvudsak på tanken att en investering i svenska kronor i ett svenskt aktiebolag inte medför någon sådan valutakursrisk som kan föreligga vid en investering i en annan medlemsstat. Enligt X AB utgör det svenska skattesystemet därmed ett hinder mot den fria rörligheten för kapital och etableringsfriheten, på så sätt som domstolen slog fast i domen Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), vars slutsatser kan överföras på det nu aktuella nationella målet.

15 Mot denna bakgrund beslutade Högsta förvaltningsdomstolen att vilandeförklara målet och ställa följande fråga till domstolen:

”Utgör artikel 49 FEUF och artikel 63 FEUF hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken hemviststaten inte medger avdrag för en valutakursförlust som är integrerad i en kapitalförlust på en näringsbetingad andel i ett bolag som har hemvist i en annan medlemsstat, när hemviststaten tillämpar ett system där kapitalvinster och kapitalförluster på sådana andelar inte beaktas vid beräkning av beskattningsunderlaget?”

Prövning av tolkningsfrågan

Inledande synpunkter

16 Eftersom tolkningsfrågan hänvisar till både etableringsfriheten och den fria rörlighet för kapital, vilka stadfästs i artikel 49 FEUF respektive artikel 63 FEUF, ska det först avgöras vilken av dessa båda friheter som kan komma att påverkas av en sådan nationell lagstiftning som den som är aktuell här.

17 Det framgår av domstolens fasta praxis att denna fråga ska avgöras med beaktande av ändamålet med den aktuella lagstiftningen (dom *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punkt 90 och där angiven rättspraxis, och dom *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, punkt 21).

18 En nationell lagstiftning som endast ska tillämpas på andelsinnehav som ger ett bestämmande inflytande över ett bolags beslut och verksamhet, omfattas således av tillämpningsområdet för bestämmelserna om etableringsfrihet i artikel 49 FEUF (dom *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punkt 91 och där angiven rättspraxis, och dom *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, punkt 22).

19 Däremot ska de nationella bestämmelser som är tillämpliga på andelsinnehav som förvärvats uteslutande i placeringssyfte, utan avsikt att erhålla något inflytande över förvaltning och kontroll av bolaget, bedömas enbart utifrån den fria rörligheten för kapital (dom *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punkt 92 och där angiven rättspraxis).

20 Av den svenska lagstiftning som är aktuell här, framgår att kategorin näringsbetingade andelar inte endast inbegriper de andelar som motsvarar tio procent eller mer av röstetalet för samtliga andelar i det ägda företaget, utan även inbegriper andelar som inte är marknadsnoterade, och detta utan något krav på en viss minsta procentuell andel.

21 Dessutom har domstolen redan slagit fast att ett innehav på minst tio procent av antingen kapitalet eller rösterna i ett bolag inte nödvändigtvis innebär att innehavaren i fråga utövar ett bestämmande inflytande på besluten i det bolag i vilket den är aktieägare (se, för ett liknande resonemang, dom *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punkt 58, och dom *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, punkt 22).

22 Det är således inte möjligt att endast utifrån ändamålet med den lagstiftning som är aktuell i det nationella målet fastställa huruvida denna till övervägande del omfattas av artikel 49 FEUF eller artikel 63 FEUF.

23 Av domstolens fasta praxis framgår att domstolen i ett sådant fall ska ta hänsyn till faktiska omständigheter i det enskilda fallet i syfte att avgöra om den situation som tvisten i det nationella målet avser omfattas av den ena eller den andra av dessa bestämmelser (se, för ett liknande resonemang, dom *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, punkterna 93 och 94 och där angiven rättspraxis).

24 Det framgår härvidlag av handlingarna i målet att X AB innehar 45 procent av andelarna i Y Ltd, vad gäller såväl kapital som röster. Domstolen har redan slagit fast att andelsinnehav av denna storlek i princip kan ge innehavaren ett "bestämmande inflytande", i den mening som avses i den rättspraxis som redovisats i punkt 18 i förevarande dom, över det berörda bolagets beslut och verksamhet (se, analogt, dom *SGL*, C-311/08, EU:C:2010:26, punkt 35).

25 Tolkningsfrågan ska därför anses avse tolkningen av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet.

Huruvida det föreligger en inskränkning av etableringsfriheten

26 Den hänskjutande domstolen har ställt sin fråga för att få klarhet i huruvida artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den utgör hinder för en medlemsstats skattelagstiftning enligt vilken kapitalvinster på näringsbetingade andelar inte är skattepliktiga till inkomstskatt för juridiska personer och kapitalförluster på sådana andelar på motsvarande sätt inte är avdragsgilla, ej heller när dessa kapitalförluster har orsakats av en valutakursförlust.

27 Enligt artikel 49 FEUF ska inskränkningar i etableringsfriheten förbjudas. Även om EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet enligt sin ordalydelse syftar till att säkerställa nationell behandling i den mottagande medlemsstaten utgör de således samtidigt ett förbud mot att ursprungsstaten hindrar någon av sina medborgare eller ett bolag som bildats i överensstämmelse med dess lagstiftning från att etablera sig i en annan medlemsstat (dom *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, punkt 31, dom *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, punkt 35, och dom *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, punkt 57).

28 Enligt fast rättspraxis ska också varje åtgärd som innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt anses utgöra en inskränkning i denna frihet (se dom *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, punkt 36, dom *DI. VI. Finanziaria SAPA di Diego della Valle & C.*, C-380/11, EU:C:2012:552, punkt 33, och dom *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, punkt 58).

29 Domstolen har slagit fast att en sådan inskränkande verkan kan följa bland annat av att ett bolag, på grund av en skattelagstiftning, kan avhållas från att bilda underordnade enheter, i form av exempelvis ett fast driftställe, i andra medlemsstater och bedriva sin verksamhet via sådana enheter (dom *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, punkterna 32 och 33, dom *Keller Holding*, C-471/04, EU:C:2006:143, punkt 35, och dom *Deutsche Shell*, C-293/06, EU:C:2008:129, punkt 29).

30 Enligt den svenska skattelagstiftning som är aktuell i det nationella målet ska i princip kapitalvinster som uppkommer vid avyttring av näringsbetingade andelar i den mening som avses i IL inte ingå i beskattningsunderlaget. På motsvarande sätt medges enligt denna lagstiftning inget avdrag för kapitalförluster som uppkommer vid sådana transaktioner, och detta oberoende av om

de bolag som de avyttrade näringsbetingade andelarna avser har hemvist i Sverige eller inte.

31 Kapitalförluster som har uppkommit vid avyttring av näringsbetingade andelar som har sitt ursprung i en valutakursförlust kan således inte dras av, oavsett om andelarna, såsom i det nationella målet, avser ett bolag med hemvist i en annan medlemsstat, eller om andelarna avser ett bolag med hemvist i Sverige – vilket för övrigt gäller oberoende av om andelarna i det ägda bolaget utgetts i svenska kronor eller i någon annan valuta som godtas av den nationella lagstiftningen.

32 Tvärtemot vad X AB har hävdad, behandlas således investeringar i näringsbetingade andelar som sker i en annan medlemsstat än Konungariket Sverige inte mindre förmånligt än likartade investeringar som sker i Sverige, vad gäller avsaknaden av möjlighet att dra av valutakursförluster.

33 Även om det antas att en sådan avsaknad av avdragsrätt skulle kunna missgynna ett bolag som har investerat i näringsbetingade andelar i ett bolag som har hemvist i en annan medlemsstat, på grund av att det utsätts för risk för valutakursförluster när, såsom i det nationella målet, transaktionen har skett i en annan valuta än värdmedlemsstatens, följer det av medlemsstaternas beskattningsrätt att den frihet som bolagen har, när det gäller att välja i vilken medlemsstat de ska etablera sig, inte på något sätt innebär att dessa medlemsstater är skyldiga att anpassa sina egna skattesystem till de olika skattesystemen i de övriga medlemsstaterna, för att därigenom säkerställa att ett bolag som valt att etablera sig i en given medlemsstat på nationell nivå beskattas på samma sätt som ett bolag som valt att etablera sig i en annan medlemsstat, med hänsyn till att detta beslut – beroende på omständigheterna – kan vara mer eller mindre fördelaktigt eller ofördelaktigt för ett sådant bolag (se, för ett liknande resonemang, dom Deutsche Shell, C?293/06, EU:C:2008:129, punkt 43, och dom Krankenhaus Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C?157/07, EU:C:2008:588, punkt 50).

34 På unionsrättens nuvarande stadium vad gäller direkta skatter kan, på samma sätt, EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfriheten inte tolkas så, att de innebär en skyldighet för medlemsstaterna att anpassa sina egna skattesystem, i syfte att beakta eventuella valutakursrisker som uppkommer för bolagen på grund av att ett flertal valutor, mellan vilka det inte finns någon fast växelkurs, fortbestår inom unionen eller på grund av att det finns nationella lagstiftningar vilka, såsom i det nationella målet, tillåter att ett bolags kapital anges i ett tredjeland's valuta.

35 En sådan lagstiftning som den som är aktuell i det nationella målet kan följaktligen inte anses inskränka etableringsrätten.

36 Denna slutsats påverkas inte av uttalandena i domen Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129), som X AB har hänvisat till.

37 I nämnda dom fann domstolen att bestämmelserna i EUF-fördraget angående etableringsfrihet utgör hinder för att en medlemsstat när den beräknar det inhemska beskattningsunderlaget utesluter en valutakursförlust som ett bolag med stadiggenligt säte i denna stat lider vid hemtagningen av det insatskapital som det hade tilldelat ett fast driftställe som tillhör bolaget, och som är beläget i en annan medlemsstat.

38 Domstolen drog emellertid dessa slutsatser i ett rättsligt sammanhang som skiljer sig från det som följer av tillämpningen av den nationella lagstiftning som är aktuell i det nu aktuella nationella målet. Såsom den hänskjutande domstolen har påpekat, föreskrev nämligen den nationella lagstiftning som var aktuell i det mål som föranledde domen Deutsche Shell (C?293/06, EU:C:2008:129) som huvudregel att valutakursvinster beskattades, och på motsvarande sätt att

valutakursförluster var avdragsgilla, om inte något annat föreskrevs i skatteavtal.

39 Detta är emellertid inte fallet i det nu aktuella nationella målet. Såsom har påpekats i punkt 30 i förevarande dom, saknar det nämligen enligt den aktuella svenska skattelagstiftningen i princip betydelse vad resultatet blir av transaktioner rörande näringsbetingade andelar, för vilka Konungariket Sverige har valt att, som huvudregel, inte utöva sin beskattningsrätt.

40 Under dessa omständigheter går det inte att ur EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfriheten sluta sig till att denna medlemsstat skulle vara skyldig att utöva sin beskattningsrätt – för övrigt på ett asymmetriskt sätt – i syfte att tillåta avdrag för förluster som orsakats av transaktioner vilkas resultat under alla förhållanden inte skulle ha beskattats om de inneburit vinst.

41 Mot denna bakgrund ska den ställda frågan besvaras enligt följande. Artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats skattelagstiftning enligt vilken kapitalvinster på näringsbetingade andelar i princip inte är skattepliktiga till inkomstskatt för juridiska personer och kapitalförluster på sådana andelar på motsvarande sätt inte är avdragsgilla, ej heller när dessa kapitalförluster har orsakats av en valutakursförlust.

Rättegångskostnader

42 Eftersom förfarandet i förhållande till parterna i det nationella målet utgör ett led i beredningen av samma mål, ankommer det på den hänskjutande domstolen att besluta om rättegångskostnaderna. De kostnader för att avge yttrande till domstolen som andra än nämnda parter har haft är inte ersättningsgilla.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (andra avdelningen) följande:

Artikel 49 FEUF ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats skattelagstiftning enligt vilken kapitalvinster på näringsbetingade andelar i princip inte är skattepliktiga till inkomstskatt för juridiska personer och kapitalförluster på sådana andelar på motsvarande sätt inte är avdragsgilla, ej heller när dessa kapitalförluster har orsakats av en valutakursförlust.

Underskrifter

* Rättegångsspråk: svenska.