

ARREST VAN HET HOF (Eerste kamer)

22 februari 2018 (*)

„Prejudiciële verwijzing – Artikelen 49 en 54 VWEU – Vrijheid van vestiging – Belastingwetgeving – Vennootschapsbelasting – Voordelen in verband met de vorming van een fiscale eenheid – Uitsluiting van grensoverschrijdende groepen”

In de gevoegde zaken C-398/16 en C-399/16,

betreffende twee verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 267 VWEU, ingediend door de Hoge Raad der Nederlanden bij arresten van 8 juli 2016, ingekomen bij het Hof op 18 juli 2016, in de procedures

X BV (C-398/16),

X NV (C-399/16)

tegen

Staatssecretaris van Financiën,

wijst

HET HOF (Eerste kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, C. G. Fernlund, J.-C. Bonichot (rapporteur), A. Arabadjiev en S. Rodin, rechters,

advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona,

griffier: A. Calot Escobar,

gezien de stukken,

gelet op de opmerkingen van:

- X BV en X NV, vertegenwoordigd door M. Sanders, advocaat,
- de Nederlandse regering, vertegenwoordigd door M. K. Bulterman, M. H. S. Gijzen en C. S. Schillemans als gemachtigden,
- de Europese Commissie, vertegenwoordigd door W. Roels en N. Gossement als gemachtigden,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 25 oktober 2017,

het navolgende

Arrest

1 De verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffen de uitlegging van de artikelen 49 en

2 Deze verzoeken zijn ingediend in het kader van twee gedingen tussen X BV respectievelijk X NV en de Staatssecretaris van Financiën (hierna: „belastingdienst”) over de mogelijkheid van fiscale aftrek van rente die ter zake van een geldlening is betaald in het geval van X BV en van een valutaverlies in het geval van X NV.

Nederlands recht

3 Artikel 10a van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (hierna: „Wet op de vennootschapsbelasting”) is als volgt verwoord:

„[...]”

2. Bij het bepalen van de winst komen [...] niet in aftrek renten – kosten en valutaresultaten daaronder begrepen – ter zake van geldleningen rechtens dan wel in feite direct of indirect verschuldigd aan een verbonden lichaam of een verbonden natuurlijk persoon, voor zover de geldlening verband houdt met één van de volgende rechtshandelingen:

a. [...]

b. een verwerving van – daaronder begrepen storting op – aandelen, winstbewijzen, bewijzen van deelgerechtigdheid of lidmaatschapsrechten in of schuldvorderingen die bij de schuldenaar feitelijk functioneren als eigen vermogen in de zin van artikel 10, eerste lid, onderdeel d, op een verbonden lichaam, behoudens voor zover een wijziging wordt aangebracht in het uiteindelijke belang dan wel de uiteindelijke zeggenschap in dat lichaam;

3. Het tweede lid vindt geen toepassing indien de belastingplichtige aannemelijk maakt dat:

a. aan de geldlening en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen; of

b. over de rente bij degene aan wie de rente rechtens dan wel in feite direct of indirect is verschuldigd, per saldo een belasting naar de winst of het inkomen wordt geheven welke naar Nederlandse maatstaven redelijk is en dat er geen sprake is van verrekening van verliezen of van andersoortige aanspraken uit jaren voorafgaande aan het jaar waarin de geldlening is opgenomen waardoor over de rente per saldo geen heffing naar bedoelde redelijke maatstaven is verschuldigd, behoudens ingeval aannemelijk is dat de geldlening is aangegaan met het oog op het verrekenen van verliezen of andersoortige aanspraken welke in het jaar zelf zijn ontstaan dan wel op korte termijn zullen ontstaan.”

4 Artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting bepaalt het volgende:

„Bij het bepalen van de winst blijven buiten aanmerking de voordelen uit hoofde van een deelneming, alsmede de kosten ter zake van de verwerving of de vervreemding van die deelneming (deelnemingsvrijstelling).”

5 Artikel 13d van deze wet luidt:

„1. De deelnemingsvrijstelling vindt geen toepassing ten aanzien van een verlies op een deelneming dat tot uitdrukking komt nadat het lichaam waarin de belastingplichtige deelneemt is ontbonden (liquidatieverlies).

2. Het liquidatieverlies wordt gesteld op het bedrag waarmee het door de belastingplichtige

voor de deelneming opgeofferde bedrag het totaal van de liquidatie-uitkeringen overtreft. [...]"

6 Artikel 15 van genoemde wet is als volgt verwoord:

„1. Ingeval een belastingplichtige (moedermaatschappij) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 per cent 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.

2. Onder een bezit als bedoeld in het eerste lid wordt mede verstaan een middellijk bezit van aandelen, mits deze onmiddellijk worden gehouden door één of meer belastingplichtigen die van de fiscale eenheid deel uitmaken.

3. Het eerste lid vindt slechts toepassing indien:

[...]

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

Hoofdgedingen en prejudiciële vragen

Zaak C-398/16

7 X BV, een vennootschap naar Nederlands recht, is onderdeel van een Zweeds concern, waartoe ook een Italiaanse vennootschap behoort. Om door derden gehouden aandelen in deze laatste vennootschap te verwerven, heeft X BV een andere Italiaanse vennootschap opgericht, waarin zij een kapitaal van 237 312 000 EUR heeft gestort. Deze storting is gefinancierd met een lening van een Zweedse groepsvennootschap aan X BV. X BV was de kredietverstrekkennde vennootschap in 2004 een bedrag van 6 503 261 EUR aan rente ter zake van de lening verschuldigd. Deze rente is door X BV in de aangifte voor de vennootschapsbelasting voor het jaar 2004 in aftrek gebracht. De belastingdienst was evenwel van oordeel dat artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting aan deze aftrek in de weg stond en heeft een navorderingsaanslag opgelegd. X BV verzoekt thans om vernietiging daarvan voor de Nederlandse rechterlijke instanties.

8 In het kader van het beroep in rechte dat zij tegen deze navorderingsaanslag heeft ingesteld, heeft X BV betoogd dat zij die rente over de lening in aftrek had kunnen brengen indien zij een fiscale eenheid met haar Italiaanse dochtervennootschap had mogen vormen. Aangezien die mogelijkheid in het Nederlandse recht is voorbehouden aan ingezeten vennootschappen, meent X BV dat zij, in strijd met de artikelen 49 en 54 VWEU, in de uitoefening van haar vrijheid van vestiging wordt belemmerd.

9 De Hoge Raad der Nederlanden, waaraan het geschil is voorgelegd in het kader van een beroep in cassatie, heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

„Moeten de artikelen [...] 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 moedervernootschap 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?”

Zaak C-399/16

10 X NV, een vennootschap naar Nederlands recht, houdt middellijk een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschap. In haar aangifte voor de vennootschapsbelasting voor de belastingjaren 2008 en 2009 heeft X NV het verlies dat zij op haar deelneming had geleden ten gevolge van schommelingen van de wisselkoers, als kosten in mindering gebracht op haar resultaat. De belastingdienst heeft die aftrek geweigerd op grond van artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting. Volgens die bepaling blijven bij het bepalen van de winst de voordelen en verliezen uit hoofde van een deelneming buiten aanmerking.

11 X NV is tegen de haar opgelegde navorderingsaanslag voor de jaren 2008 en 2009 opgekomen met het betoog dat zij haar negatief valutaresultaat op haar resultaat in aftrek had kunnen brengen indien zij een fiscale eenheid met haar dochtervennootschap had mogen vormen. Aangezien die mogelijkheid in het Nederlandse recht is voorbehouden aan ingezeten vennootschappen, meent X BV dat zij, in strijd met de artikelen 49 en 54 VWEU, in de uitoefening van haar vrijheid van vestiging wordt belemmerd.

12 De Hoge Raad der Nederlanden, waaraan het geschil is voorgelegd in het kader van een beroep in cassatie, heeft de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moeten de artikelen [...] 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 de eerste vraag 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 [de in de eerste vraag bedoelde] dochtervennootschap, gehouden en in de Europese Unie gevestigde directe en indirecte dochtervennootschappen zouden zijn opgenomen in de fiscale eenheid?

3) Indien het antwoord op de eerste vraag 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?”

13 Bij beschikking van de president van het Hof van 9 augustus 2016 zijn de zaken C-398/16 en C-399/16 gevoegd voor de schriftelijke en de mondelinge behandeling en het arrest.

Verzoek om heropening van de mondelinge behandeling

14 Nadat de advocaat-generaal op 25 oktober 2017 conclusie had genomen, heeft X NV bij een op 16 november 2017 ter griffie van het Hof neergelegde akte verzocht om heropening van de

mondelinge behandeling in zaak C-399/16. Ter ondersteuning van dat verzoek heeft die vennootschap in essentie aangevoerd dat die conclusie berust op een onjuiste uitlegging van de in geding zijnde regels van Nederlands belastingrecht.

15 Bij akte, neergelegd ter griffie van het Hof op 2 januari 2018, heeft X BV verzocht om ook in zaak C-398/16 de heropening van de mondelinge behandeling te gelasten.

16 Krachtens artikel 83 van het Reglement voor de procesvoering kan het Hof in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de heropening van de mondelinge behandeling gelasten, onder meer wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht, of wanneer een zaak moet worden beslecht op basis van een argument waarover de partijen of de in artikel 23 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie bedoelde belanghebbenden hun standpunten niet voldoende hebben kunnen uitwisselen (arrest Nordzucker, C-148/14, EU:C:2015:287, punt 24).

17 In de onderhavige zaken acht het Hof zich, de advocaat-generaal gehoord, voldoende voorgelicht om uitspraak te doen en is het van oordeel dat de zaken C-398/16 en C-399/16 niet hoeven te worden beslecht op basis van argumenten waarover de standpunten niet zijn uitgewisseld. Bijgevolg hoeft naar het oordeel van het Hof geen heropening van de mondelinge behandeling te worden gelast.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Opmerkingen vooraf

18 Ingevolge artikel 49 VWEU moeten beperkingen van de vrijheid van vestiging voor onderdanen van een lidstaat op het grondgebied van een andere lidstaat worden opgeheven. Deze vrijheid omvat voor de vennootschappen die in overeenstemming met de wetgeving van een lidstaat zijn opgericht en hun statutaire zetel, hun hoofdbestuur of hun hoofdvestiging binnen de Unie hebben – die door artikel 54 VWEU op gelijke voet als de onderdanen van de lidstaten worden geplaatst voor de uitoefening van de vrijheid van vestiging – het recht om hun activiteit in andere lidstaten uit te oefenen door middel van een dochteronderneming, een filiaal of een agentschap (zie in die zin arresten van 21 mei 2015, *Verder LabTec*, C-657/13, EU:C:2015:331, punt 32, en van 2 september 2015, *Groupe Steria*, C-386/14, EU:C:2015:524, punt 14).

19 Hoewel de bepalingen betreffende de vrijheid van vestiging volgens de bewoordingen ervan het voordeel van de nationale behandeling in de lidstaat van ontvangst beogen te waarborgen, verbieden zij de lidstaat van oorsprong ook, de vestiging in een andere lidstaat van een van zijn onderdanen of van een naar zijn nationale regeling opgerichte vennootschap te bemoeilijken.

20 Een uit de wetgeving van een lidstaat voortvloeiend verschil in behandeling ten nadele van vennootschappen die hun vrijheid van vestiging uitoefenen, vormt echter geen belemmering van die vrijheid indien dat verschil betrekking heeft op situaties die objectief niet vergelijkbaar zijn of indien het door dwingende redenen van algemeen belang wordt gerechtvaardigd en evenredig is aan dat doel (zie in die zin arresten van 12 december 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, punt 167, en van 25 februari 2010, *X Holding*, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20).

21 Het Hof heeft zich in het arrest van 25 februari 2010, *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89), reeds dienen uit te spreken over de verenigbaarheid met het Unierecht van de belastingwetgeving van een lidstaat, zoals de Nederlandse belastingwetgeving, die aan ingezetenen moedervennootschappen en hun ingezeten dochtervennootschappen de mogelijkheid voorbehoudt om voor een fiscale-integratieregeling in aanmerking te komen, dat wil zeggen om te

worden belast alsof zij één enkele fiscale entiteit vormen. Een dergelijke regeling is voor de betrokken vennootschappen een voordeel, aangezien zij op grond van die regeling onder meer de winsten en de verliezen van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen op het niveau van de moedervennootschap mogen consolideren en de transacties die binnen die eenheid worden verricht, fiscaal neutraal kunnen houden.

22 In punt 19 van dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat wanneer een moedervennootschap met een in een andere lidstaat gevestigde dochteronderneming van dit voordeel wordt uitgesloten, het voor de moedervennootschap minder aantrekkelijk kan worden om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen doordat zij ervan wordt afgeschrikt, dochterondernemingen in andere lidstaten op te richten.

23 Niettemin heeft het Hof in punt 43 van datzelfde arrest beslist dat dat verschil in behandeling gerechtvaardigd was uit hoofde van de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te behouden en dat de daaruit resulterende beperking van de vrijheid van vestiging evenredig was aan dat doel.

24 Uit het arrest van 25 februari 2010, *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89), kan daarom nog niet 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. Wat de andere belastingvoordelen dan de overdracht van verliezen binnen een fiscaal geïntegreerde groep betreft, moet bijgevolg afzonderlijk worden beoordeeld of een lidstaat die voordelen kan voorbehouden aan vennootschappen die deel uitmaken van een fiscaal geïntegreerde groep en die voordelen derhalve kan uitsluiten in grensoverschrijdende situaties (zie in die zin arrest van 2 september 2015, *Groupe Steria*, C-386/14, EU:C:2015:524, punten 27 en 28).

25 In elk van de hoofdgedingen stellen de verzoekende vennootschappen, die niet-ingezeten dochtervennootschappen bezitten, dat hun om die reden andere belastingvoordelen dan de overdracht van verliezen binnen de fiscaal geïntegreerde groep worden onthouden, die de Nederlandse wet op ongerechtvaardigde wijze voorbehoudt aan fiscale eenheden. De verwijzende rechterlijke instantie wenst in essentie te vernemen of artikel 49 VWEU aldus moet worden uitgelegd dat het zich tegen deze verschillen in behandeling verzet.

Vraag in zaak C-398/16

26 Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of de artikelen 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedervennootschap met betrekking tot een geldlening die bij een verbonden vennootschap wordt aangegaan met het oog op de financiering van een kapitaalstorting in een dochtervennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, geen aftrek van rente wordt toegestaan terwijl, indien die dochtervennootschap in dezelfde lidstaat zou zijn gevestigd, de moedervennootschap die aftrek wel zou kunnen genieten door met de dochtervennootschap een fiscaal geïntegreerde eenheid te vormen.

Verskil in behandeling

27 Krachtens artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting kunnen renten ter zake van geldleningen die bij een verbonden lichaam zijn aangegaan, niet in aftrek op de belastbare winst komen, voor zover de geldlening verband houdt met een kapitaalstorting, onder meer in de vorm van een verwerving van aandelen, in een verbonden lichaam. Ingevolge artikel 10a, lid 3, onder a), van die wet is dit echter anders indien de belastingplichtige aannemelijk

maakt dat aan de schuld en de daarmee verband houdende rechtshandeling in overwegende mate zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

28 Voorts mag een groep ingezeten vennootschappen op grond van artikel 15 van genoemde wet een fiscale eenheid vormen. Zoals volgt uit punt 21 van dit arrest, worden de vennootschappen die voor die regeling kiezen gezamenlijk belast, waarbij de belasting bij de moedervennootschap wordt geheven. Binnen de fiscale eenheid worden onderlinge deelnemingsverhoudingen, zoals de storting van kapitaal door een moedervennootschap in haar dochtervennootschap, door de consolidatie fiscaal non-existent.

29 Aangezien de kapitaalstorting volgens de verwijzende rechterlijke instantie niet wordt waargenomen in een fiscale eenheid, is artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting niet van toepassing op een lichaam dat een lening aan een verbonden lichaam verstrekt met het oog op een kapitaalstorting in de vorm van de verwerving van aandelen in haar dochtervennootschap, waarmee zij een fiscale eenheid vormt. In dat geval heeft de vennootschap dus de mogelijkheid om de rente ter zake van haar lening in aftrek te brengen op haar fiscale winst, zonder dat aan de voorwaarden in lid 3 van datzelfde artikel hoeft te worden voldaan.

30 Aangezien een fiscale eenheid volgens artikel 15, lid 3, van de Wet op de vennootschapsbelasting alleen kan worden gevormd tussen in Nederland gevestigde belastingplichtigen, is er een verschil in behandeling tussen, enerzijds, een Nederlandse moedervennootschap die haar eveneens Nederlandse dochtervennootschap financiert met een bij een verbonden vennootschap aangegeven lening en die niet kan worden geconfronteerd met beperkingen ten aanzien van de aftrek van rente ter zake van die lening door toepassing van artikel 10a van die wet en, anderzijds, een Nederlandse moedermaatschappij die haar buitenlandse dochtervennootschap op gelijke wijze een financiering verstrekt, maar die de renteaftrek op grond van diezelfde bepalingen kan worden geweigerd.

31 In deze zaak heeft X BV de verwerving van aandelen van haar Italiaanse dochtervennootschap gefinancierd met een lening die haar was verstrekt door een Zweedse vennootschap die tot dezelfde groep behoorde. De belastingdienst heeft X BV op basis van artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting niet toegestaan om de rente ter zake van die lening af te trekken, omdat zij niet aannemelijk had gemaakt dat het gebruik van die geldlening zakelijk gezien nut had. X BV geeft te kennen dat zij gunstiger zou zijn behandeld indien haar dochtervennootschap een ingezeten vennootschap zou zijn geweest, aangezien zij dan met haar een fiscale eenheid had kunnen vormen en de rente over die lening dus onbeperkt in aftrek had kunnen brengen op haar resultaat.

32 Dat verschil in behandeling kan het voor de moedervennootschap minder aantrekkelijk maken om haar vrijheid van vestiging uit te oefenen door dochterondernemingen op te richten in andere lidstaten. Om met de verdragsbepalingen verenigbaar zijn, moet dit verschil betrekking hebben op situaties die objectief niet vergelijkbaar zijn of door een dwingende reden van algemeen belang gerechtvaardigd zijn, zoals blijkt uit punt 20 van dit arrest.

Vergelijkbaarheid van de situaties

33 De vergelijkbaarheid van de grensoverschrijdende en de binnenlandse situaties moet met inachtneming van het doel en de inhoud van de betrokken nationale bepalingen worden onderzocht (zie in die zin arrest van 18 december 2014, X, C-87/13, EU:C:2014:2459, punt 27).

34 In deze zaak vloeit het verschil in behandeling voort uit de gecombineerde toepassing van artikel 10a, lid 2, onder b), en artikel 15 van de Wet op de vennootschapsbelasting. Deze

bepalingen hebben niet hetzelfde doel. Waar artikel 10a, lid 2, onder b), van die wet uitholling van de Nederlandse belastinggrondslag door kunstmatig opgezette financiële constructies binnen de groep moet voorkomen, kunnen op grond van artikel 15 van die wet de winsten en verliezen van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen op het niveau van de moedervernootschap worden geconsolideerd en de groepsinterne transacties fiscaal neutraal worden gehouden. Volgens de verwijzende rechter is een van de gevolgen van de regeling van de fiscale eenheid dat het verband tussen de lening en de kapitaalstorting, die voor de toepassing van artikel 10a, lid 2, onder b), van diezelfde wet bepalend is, als gevolg van de consolidatie niet meer wordt waargenomen.

35 In artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting zelf wordt echter geen onderscheid gemaakt naar gelang de groep grensoverschrijdend is of niet. Bijgevolg moet de vergelijkbaarheid van de situaties uitsluitend aan de hand van het doel van artikel 15 van die wet worden beoordeeld, rekening houdend met het door de verwijzende rechterlijke instantie vermelde gevolg van de consolidatie.

36 Het Hof heeft in punt 24 van het arrest van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89), reeds ten aanzien van de Nederlandse regeling van de fiscale eenheid geoordeeld dat de situatie van een ingezeten moedervernootschap die met een ingezeten dochteronderneming een dergelijk eenheid wil vormen, uit het oogpunt van de doelstelling van de belastingregeling objectief vergelijkbaar is met de situatie van een ingezeten moedervernootschap die met een niet-ingezeten dochteronderneming een fiscale eenheid wil vormen.

37 Daaruit volgt dat de grensoverschrijdende en de binnenlandse situatie uit het oogpunt van de gecombineerde toepassing van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen vergelijkbaar zijn en dat er dus een verschil in behandeling is. Mogelijk kan dit verschil echter worden gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang.

Rechtvaardiging

38 De Nederlandse regering en de verwijzende rechterlijke instantie voeren in dat verband meerdere redenen aan ter rechtvaardiging van het in punt 30 van dit arrest omschreven verschil in behandeling.

39 In de eerste plaats moet worden beoordeeld of een dergelijk verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te behouden. Zoals volgt uit punt 23 van het onderhavige arrest, heeft het Hof in het arrest van 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89), geoordeeld dat de consolidatie van de winsten en verliezen van de in de fiscale eenheid opgenomen vennootschappen op het niveau van de moedervernootschap een voordeel inhoudt dat op goede gronden is voorbehouden aan ingezeten vennootschappen gelet op de noodzaak de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te behouden.

40 Het voordeel waar X BV in deze zaak aanspraak op wil maken, mag echter niet worden verward met het voordeel dat met de consolidatie binnen de fiscale eenheid samenhangt. Het hoofdgeding heeft betrekking op de mogelijkheid om rentelasten, en niet de aan de fiscale eenheid inherente compensatie van de kosten en baten in het algemeen, in aftrek te brengen. Die mogelijkheid van renteaftrek wordt echter verre van voorbehouden aan de fiscale eenheden. Naar Nederlands recht mag elke vennootschap daartoe overgaan en wordt daaraan alleen in de specifieke constellatie en onder de voorwaarden genoemd in artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting een beperking gesteld. De moedervenootschap die met haar dochteronderneming een fiscale eenheid vormt, verkrijgt dus niet een aan de belastingregeling van de fiscale eenheid specifiek verbonden voordeel wanneer zij die beperking ontgaat.

41 Dat geldt temeer wanneer in aanmerking wordt genomen dat de toepassing van artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting niet lijkt af te hangen van de plaats waar de belasting over de inkomsten uit de betaalde rente wordt geheven en dus van de vraag welke lidstaat voordeel uit die belastingheffing haalt, een aspect ten aanzien waarvan de Nederlandse regering overigens geen aanwijzingen heeft gegeven.

42 Het aan de orde zijnde verschil in behandeling kan bijgevolg niet worden gerechtvaardigd door de noodzaak om de verdeling van de heffingsbevoegdheid tussen de lidstaten te behouden.

43 In de tweede plaats werpt de verwijzende rechterlijke instantie de vraag op of die rechtvaardiging kan worden gevonden in de noodzaak om de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren. Het Hof aanvaardt dat een zodanige rechtvaardiging een dwingende reden van algemeen belang vormt, op voorwaarde dat 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 2 september 2015, *Groupe Steria*, C-386/14, EU:C:2015:524, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

44 De Nederlandse regering stelt echter zelfs niet dat een dergelijk verband bestaat. Zij voert slechts in het algemeen aan dat de regeling van de fiscale eenheid een coherent geheel van voor- en nadelen vormt. In elk geval vermeldt die regering niets specifiek waaruit kan worden opgemaakt dat de samenhang van de regeling van de fiscale eenheid in gevaar zou komen indien de rente ter zake van een lening voor de financiering van de verwerving van aandelen in een niet-ingezeten dochtervennootschap in aftrek zou mogen worden gebracht.

45 Het in punt 30 van dit arrest bedoelde verschil in behandeling wordt dus niet gerechtvaardigd door de noodzaak de samenhang van het Nederlandse belastingstelsel te verzekeren.

46 In de derde plaats wordt dit verschil in behandeling volgens de Nederlandse regering gerechtvaardigd door de doelstelling van de bestrijding van belastingontwijking en fraude en is het bedoeld om te verhinderen dat volstrekt kunstmatige constructies worden opgezet die geen verband houden met de economische realiteit en erop zijn gericht om belasting te ontwijken die normaliter verschuldigd is over de winsten uit activiteiten op het nationale grondgebied.

47 Uit de rechtspraak van het Hof, en meer bepaald punt 26 van het arrest van 16 juli 1998, *ICI* (C-264/96, EU:C:1998:370), en punt 51 van het arrest van 12 september 2006, *Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas* (C-196/04, EU:C:2006:544), volgt dat een dergelijk doel op fiscaal gebied een dwingende reden van algemeen belang kan vormen.

48 Dit is onmiskenbaar het doel dat met artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting wordt nagestreefd. Zoals de verwijzende rechterlijke instantie uiteenzet, gaat erom te voorkomen dat eigen vermogen van de groep op kunstmatige wijze bij een Nederlands lichaam van die groep wordt gepresenteerd als vreemd vermogen en dat de rente ter zake van die lening in aftrek kan worden gebracht op het in Nederland belastbare resultaat. Het doel van het verbod van renteaftrek ter zake van groepsinterne leningen wordt uitdrukkelijk bevestigd door de regel dat renten ter zake van een geldlening volgens lid 3, onder a), van dat artikel alleen in aftrek mogen worden gebracht wanneer aan de groepsinterne transactie zakelijke overwegingen ten grondslag liggen.

49 Een beperking van de vrijheid van vestiging kan echter slechts door de strijd tegen misbruik worden gerechtvaardigd, wanneer die beperking specifiek tot doel heeft dat misbruik te verhinderen (zie in die zin arrest van 12 september 2006, Cadbury Schweppes en Cadbury Schweppes Overseas, C-196/04, EU:C:2006:544, punt 55). De Nederlandse regering tracht echter niet eens aan te tonen dat dit de achterliggende bedoeling van het in punt 30 van dit arrest bedoelde verschil in behandeling is. Dat kan overigens ook niet het geval zijn, aangezien het verschil in behandeling niet alleen uit artikel 10a, lid 2, onder b), van de Wet op de vennootschapsbelasting voortvloeit, maar uit de gecombineerde toepassing van dat artikel en artikel 15 van die wet, betreffende de fiscale eenheid, dat een ander doel heeft, zoals volgt uit punt 34 van het onderhavige arrest.

50 Zoals voorts de advocaat-generaal heeft opgemerkt in punt 82 van zijn conclusie, kan dit verschil in behandeling niet objectief worden gerechtvaardigd door het voorkomen van misbruik. Wanneer een moedervernootschap de verwerving van aandelen in een dochtervernootschap financiert met een lening die bij een andere verbonden vennootschap wordt aangegaan, is het risico dat die lening geen verband houdt met de economische realiteit en slechts bedoeld is om kunstmatig een aftrekbare last te creëren, niet minder groot wanneer de moedervernootschap en haar dochtervernootschap beide ingezetene zijn van dezelfde lidstaat en tezamen een fiscale eenheid vormen dan wanneer de dochtervernootschap in een andere lidstaat is gevestigd en het haar dus niet is toegestaan om met de moedermaatschappij een fiscale eenheid te vormen.

51 Uit het voorgaande volgt dat op de in zaak C-398/16 gestelde vraag moet worden geantwoord dat de artikelen 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedervernootschap met betrekking tot een geldlening die bij een verbonden vennootschap wordt aangegaan met het oog op de financiering van een kapitaalstorting in een dochtervernootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, geen aftrek van rente wordt toegestaan terwijl, indien die dochtervernootschap in dezelfde lidstaat zou zijn gevestigd, de moedervernootschap die aftrek wel zou kunnen genieten door met de dochtervernootschap een fiscaal geïntegreerde eenheid te vormen.

Vragen in zaak C-399/16

Eerste vraag

52 Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechterlijke instantie in essentie te vernemen of de artikelen 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moedervernootschap geen waardeverliezen als gevolg van wisselkoersschommelingen op het bedrag van haar deelneming in een in een andere lidstaat gevestigde dochtervernootschap op haar winst in mindering mag brengen, wanneer diezelfde regeling niet symmetrisch daaraan voorziet in belastingheffing over de meerwaarden die uit die schommelingen resulteren.

53 Ingevolge artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 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.

54 Deze regel – de zogenoemde „deelnemingsvrijstelling” – heeft onder meer tot gevolg dat zowel de waardestijgingen als de waardedalingen van een deelneming die voortvloeien uit het koersverloop van een vreemde munteenheid waarin de waarde van die deelneming is uitgedrukt, bij het bepalen van de winst buiten aanmerking blijven.

55 Dat is de reden waarom X NV het koersverlies dat zij heeft geleden op het bedrag dat zij als aandeelhouder in haar in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervernootschap heeft geïnvesteerd, niet op haar belastbare winst in mindering kan brengen. Volgens de toelichtingen van de verwijzende rechterlijke instantie zou zij dat wel kunnen in het kader van een fiscale eenheid, als gevolg van de consolidatie, indien haar dochtervernootschap in Nederland zou zijn gevestigd. X NV stelt dat zij daardoor het slachtoffer is van discriminatie die een belemmering van de vrijheid van vestiging oplevert.

56 Dergelijke situaties zijn echter niet objectief vergelijkbaar. Een Nederlandse vennootschap kan namelijk geen koersverliezen op haar deelneming in een ingezeten vennootschap lijden, behalve in het zeer bijzondere geval dat die deelneming is uitgedrukt in een andere munteenheid dan die waarin het resultaat van die vennootschap is uitgedrukt.

57 Zelfs in dat geval kan het bestaan van een verschil in behandeling worden betwist. Zoals volgt uit punt 21 van dit arrest, zijn de onderlinge deelnemingsverhoudingen binnen de fiscale eenheid fiscaal neutraal. Bijgevolg kan de waardevermindering van de deelneming van de moedervernootschap in haar ingezeten dochtervernootschap waarmee zij een fiscale eenheid vormt, niet in mindering worden gebracht op het resultaat van de eenheid, ongeacht of die waardevermindering voortvloeit uit een wisselkoersschommeling of een andere oorzaak heeft.

58 Tot slot, en hoe dan ook, heeft het Hof geoordeeld dat uit de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging niet kan worden afgeleid dat deze lidstaat zijn fiscale bevoegdheid 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 (arrest van 10 juni 2015, X, C-686/13, EU:C:2015:375, punten 40 en 41).

59 Het nadeel dat een Nederlandse vennootschap ondervindt als gevolg van de onmogelijkheid om de wisselkoersverliezen die zij eventueel heeft geleden op haar deelneming in een niet-ingezeten dochtervernootschap in mindering te brengen, is immers niet te scheiden van het daar tegenover staande voordeel dat wisselkoerswinsten niet worden belast. Zoals de verwijzende rechterlijke instantie opmerkt, is de „deelnemingsvrijstelling” a priori noch voordelig noch nadelig. Zij kan dus niet ten grondslag liggen aan een verschil in behandeling dat nadelig uitwerkt voor de Nederlandse vennootschappen die een dochtervernootschap in een andere lidstaat hebben, zodat zij ook geen beperking van de vrijheid van vestiging kan vormen.

60 Bijgevolg moet op de eerste vraag in zaak C-399/16 worden geantwoord dat de artikelen 49 en 54 VWEU aldus moeten worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moeder vennootschap geen waardeverliezen als gevolg van wisselkoersschommelingen op het bedrag van haar deelneming in een in een andere lidstaat gevestigde dochter vennootschap op haar winst in mindering mag brengen, wanneer diezelfde regeling niet symmetrisch daaraan voorziet in belastingheffing over de meerwaarden die uit die schommelingen resulteren.

Tweede en derde vraag

61 Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeven de tweede en de derde vraag in zaak C-399/19 niet te worden beantwoord.

Kosten

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

Het Hof (Eerste kamer) verklaart voor recht:

1) De artikelen 49 en 54 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moeder vennootschap met betrekking tot een geldlening die bij een verbonden vennootschap is aangegaan met het oog op de financiering van een kapitaalstorting in een dochter vennootschap die in een andere lidstaat is gevestigd, geen aftrek van rente is toegestaan terwijl, indien die dochter vennootschap in dezelfde lidstaat zou zijn gevestigd, de moeder vennootschap die aftrek wel zou kunnen genieten door met de dochter vennootschap een fiscaal geïntegreerde eenheid te vormen.

2) De artikelen 49 en 54 VWEU moeten aldus worden uitgelegd dat zij niet in de weg staan aan een nationale regeling als die in het hoofdgeding, op grond waarvan een in een lidstaat gevestigde moeder vennootschap geen waardeverliezen als gevolg van wisselkoersschommelingen op het bedrag van haar deelneming in een in een andere lidstaat gevestigde dochter vennootschap op haar winst in mindering mag brengen, wanneer diezelfde regeling niet symmetrisch daaraan voorziet in belastingheffing over de meerwaarden die uit die schommelingen resulteren.

Silva de Lapuerta Fernlund Bonichot

Arabadjiev Rodin

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 februari 2018.

De griffier De president van de Eerste kamer

A. Calot Escobar R. Silva de Lapuerta

* Procestaal: Nederlands.