



Datum van inontvangstneming : 30/08/2016

Hoge Raad der Nederlanden

D e r d e K a m e r

Nr. 15/00878

8 juli 2016

Arrest

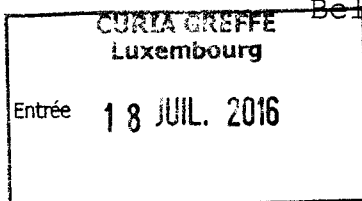
Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1.026.940</u>		
Luxemburg	18. 07. 2016	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:	<u>Maria Manuela Ferreira</u>	
Neergelegd op:	<u>18.07.2016</u>	Hoofdadministrateur

gewezen op het beroep in cassatie van de Staatssecretaris van Financiën tegen de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag van 13 januari 2015, nrs. BK-14/00254 en BK-14/00255, op het hoger beroep van X N.V. te Z (hierna: belanghebbende) tegen een uitspraak van de Rechtbank Den Haag (nrs. SGR 13/533 en SGR 13/3363) betreffende de aan belanghebbende voor de jaren 2008 en 2009 opgelegde aanslagen in de vennootschapsbelasting. De uitspraak van het Hof is aan dit arrest gehecht.

1. Geding in cassatie

De Staatssecretaris heeft tegen 's Hofs uitspraak beroep in cassatie ingesteld. Het beroepsschrift in cassatie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Belanghebbende heeft een verweerschrift ingediend.



De Staatssecretaris heeft een conclusie van repliek ingediend.

Belanghebbende heeft een conclusie van dupliek ingediend.

De Advocaat-Generaal P.J. Wattel heeft op 1 oktober 2015 geconcludeerd tot gegrondverklaring van het beroep in cassatie. De conclusie is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Zowel belanghebbende als de Staatssecretaris heeft schriftelijk op de conclusie gereageerd.

De Hoge Raad heeft partijen in kennis gesteld van zijn voornemen het Hof van Justitie van de Europese Unie te verzoeken een prejudiciële beslissing te geven. Zowel belanghebbende als de Staatssecretaris heeft, daartoe in de gelegenheid gesteld, gereageerd op de aan partijen in concept voorgelegde vraagstelling.

2. Beoordeling van het middel

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

2.1.1. A Holdings B.V. is een indirecte dochtervennootschap van belanghebbende. Zij is met belanghebbende opgenomen in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting. Zij hield tot november 2008 alle aandelen in A Holdings (UK) Ltd, een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschap. Deze deelneming stond in de boeken voor GBP [...] miljoen. Daarnaast had A Holdings B.V. een vordering van GBP [...] miljoen op A Holdings (UK) Ltd (die vordering hierna te noemen: de Hybrid), die was ontstaan uit een renteloze achtergestelde kredietfaciliteit.



2.1.2. A Holdings (UK) Ltd hield deelnemingen in andere in het Verenigd Koninkrijk gevestigde vennootschappen (hierna: de Britse tak) en middellijk via de Britse tak een deelneming in één Nederlandse vennootschap, B Holding B.V. (hierna: B B.V.). B B.V. had vorderingen op andere in de fiscale eenheid opgenomen directe en indirecte dochtervennootschappen van belanghebbende ten bedrage van respectievelijk € [...] miljoen, € [...] miljoen en € [...] miljoen.

2.1.3. Op 11 november 2008 heeft A Holdings B.V. haar deelneming in A Holdings (UK) Ltd ingebracht in haar eveneens in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschap C Ltd tegen uitreiking van aandelen. De waarde in het economische verkeer van de deelneming in A Holdings (UK) Ltd bedroeg op dat moment GBP [...] miljard.

2.1.4. Op 11 november 2008 heeft A Holdings B.V. vervolgens de Hybrid overgedragen aan C Ltd in ruil voor een renteloze achtergestelde vordering op C Ltd ten bedrage van eveneens GBP [...] miljoen, zulks onder gelijklopende voorwaarden (hierna: de New Hybrid).

2.1.5. Op 16 december 2008 heeft C Ltd een dividend uitgekeerd aan A Holdings B.V. ten bedrage van GBP [...] miljard.

2.1.6. Op 16 december 2008 zijn voorts de aandelen B B.V. voor een bedrag van GBP [...] miljard overgedragen aan D N.V. (hierna: D), een in de fiscale eenheid opgenomen dochtervennootschap van belanghebbende.

2.1.7. Op 12 februari 2009 heeft A Holdings B.V. haar aandelen in C Ltd overgedragen aan D voor GBP [...] miljoen. Op 12 februari 2009 heeft A Holdings B.V. voorts de New Hybrid overgedragen aan D voor het equivalent in euro's



van het uitstaande bedrag van GBP [...] miljoen (€ [...]). Voor diezelfde bedragen heeft D vervolgens op dezelfde datum haar deelneming in C Ltd en de New Hybrid overgedragen aan haar in Luxemburg gevestigde dochtervennootschap A Holdings Luxembourg Sarl.

2.1.8. Eveneens op 12 februari 2009 heeft A Holdings Luxembourg Sarl een winstdelende lening ten bedrage van GBP [...] miljoen verstrekt aan haar op Cyprus gevestigde dochtervennootschap A Cyprus. Deze dochtervennootschap heeft vervolgens voor een bedrag van GBP [...] miljoen een rentedragende lening verstrekt aan C Ltd, die daarmee de New Hybrid heeft afgelost. Voorts heeft A Holdings Luxembourg Sarl het equivalent in euro's van de New Hybrid (€ [...]) afgelost aan D, die voor hetzelfde bedrag haar schuld heeft afgelost aan A Holdings B.V.

2.1.9. In cassatie is niet in geschil dat zowel de Hybrid als de New Hybrid voor fiscale doeleinden moet worden aangemerkt als verstrekt eigen vermogen.

2.2. Voor het Hof was in geschil of, en zo ja in hoeverre, een negatief valutaresultaat op het vermogen dat in de Britse tak is geïnvesteerd (hierna: het valutaresultaat) aftrekbaar is van de winst van belanghebbende in de jaren 2008 en 2009.

2.3. Het Hof heeft geoordeeld dat het valutaresultaat in zijn geheel aftrekbaar is. Daartegen keert zich het middel.

2.4. Bij de behandeling van het middel wordt het volgende vooropgesteld.

2.4.1. Op grond van artikel 13, lid 1, van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (tekst 2008/2009, hierna: de Wet) blijven voordelen uit hoofde van een deelneming



buiten aanmerking bij het bepalen van de winst (hierna: de deelnemingsvrijstelling). De deelnemingsvrijstelling is onverkort van toepassing indien de deelneming een kapitaal heeft dat in een andere valuta dan de euro is uitgedrukt, en ook indien met betrekking tot een binnenlandse deelneming door toepassing van artikel 7, lid 5, van de Wet het belastbare bedrag wordt berekend in een andere valuta dan de euro (functionele valuta). Waardestijgingen en -dalingen van een deelneming die voortvloeien uit het koersverloop van een vreemde munteenheid waarin de waarde van die deelneming is uitgedrukt, zijn ingevolge artikel 13, lid 1, van de Wet aan te merken als voordelen uit hoofde van een deelneming (zie HR 9 juni 1982, nr. 21142, BNB 1982/230) en blijven bij het bepalen van de winst aldus eveneens buiten aanmerking.

2.4.2. In zijn arrest van 10 juni 2015, X AB, C-686/13, ECLI:EU:C:2015:375 (hierna: het arrest X AB), heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie geoordeeld dat artikel 49 VWEU 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. Naar redelijkerwijs niet voor twijfel vatbaar is, heeft hetzelfde te gelden voor de hiervoor in 2.4.1 beschreven behandeling van valutaresultaten op deelnemingen, en leidt het arrest van het Hof van Justitie van 28 februari 2008, Deutsche Shell GmbH, C-293/06, EU:C:2008:129, BNB 2009/84 (hierna: het arrest Deutsche Shell), niet tot een andere



conclusie. In zoverre wordt het middel terecht voorgesteld.

2.5. Door het middel wordt evenwel aangevoerd dat het niet in mindering kunnen brengen van het valutaverlies in strijd is met de door artikel 43 EG (thans: artikel 49 VWEU) gegarandeerde vrijheid van vestiging. Deze stelling wordt gegrond op het arrest van het Hof van Justitie van 2 september 2015, *Groupe Steria SCA*, C-386/14, ECLI:EU:C:2015:524, BNB 2015/223 (hierna: het arrest *Groupe Steria*). In dit verband wordt betoogd dat belanghebbende het valutaresultaat wel in aanmerking had kunnen nemen indien zij *A Holdings (UK) Ltd* respectievelijk *C Ltd* had kunnen opnemen in de fiscale eenheid. Volgens belanghebbende blijkt uit het arrest *Groupe Steria* dat een lidstaat belastingplichtigen in grensoverschrijdende situaties niet een dergelijk voordelig element uit het fiscale-eenheidsregime kan onthouden.

2.6. Voordat de Hoge Raad verder ingaat op dit standpunt van belanghebbende, volgt eerst een overzicht van de voor deze zaak van belang zijnde nationale regelingen zoals deze in de onderhavige jaren van toepassing waren.

2.6.1.1. Artikel 15, lid 1, van de Wet bepaalt dat ingeval een belastingplichtige (de moedervennootschap) de juridische en economische eigendom bezit van ten minste 95 percent van de aandelen in het nominaal gestorte kapitaal van een andere belastingplichtige (de dochtervennootschap) op verzoek van beide belastingplichtigen de belasting van hen wordt geheven alsof er één belastingplichtige is, in die zin dat de werkzaamheden en het vermogen van de dochtervennootschap deel uitmaken van de werkzaamheden en



het vermogen van de moedervennootschap (hierna: de consolidatie). De belastingplichtigen tezamen worden in dat geval aangemerkt als fiscale eenheid. De belasting wordt geheven van de moedervennootschap. Belastingplichtigen zijn vrij om een dochtervennootschap al dan niet in een fiscale eenheid op te nemen.

2.6.1.2. Ingevolge artikel 15, lid 3, aanhef en letter c, van de Wet is een fiscale eenheid slechts mogelijk tussen in Nederland gevestigde belastingplichtigen. Verder geldt als vereiste dat voor de vennootschappen van de fiscale eenheid dezelfde bepalingen voor het bepalen van de winst van toepassing zijn (artikel 15, lid 3, letter b, van de Wet).

2.6.1.3. Op grond van artikel 15, lid 5, van de Wet komt de fiscale eenheid tot stand op het door belastingplichtigen in het verzoek vermelde tijdstip, doch niet eerder dan drie maanden vóór het tijdstip waarop het verzoek is gedaan. Artikel 15, lid 6, aanhef en letter d, van de Wet bepaalt dat de fiscale eenheid met een dochtervennootschap op gezamenlijk verzoek eindigt met ingang van het in het verzoek genoemde tijdstip doch niet eerder dan de datum van indiening van het verzoek. De fiscale eenheid neemt ook een einde zodra niet meer aan één of meer van de hiervoor in 2.6.1.1 en 2.6.1.2 vermelde voorwaarden wordt voldaan.

2.6.1.4. Een negatief resultaat dat is geleden door een vennootschap die behoort tot de fiscale eenheid komt door de consolidatie in mindering op in dat jaar behaalde positieve resultaten van andere tot die fiscale eenheid behorende vennootschappen. Afzonderlijke winsten en verliezen van de tot de fiscale eenheid behorende



vennootschappen zijn dan ook niet zichtbaar. Daarnaast heeft de consolidatie bij een fiscale eenheid ook andere gevolgen. Zo wordt de winst van een in een fiscale eenheid opgenomen dochtervennootschap rechtstreeks bij de moedervernootschap belast en is niet langer sprake van een deelneming waarvoor de deelnemingsvrijstelling geldt.

2.6.1.5. Een fiscale eenheid kan voor de betrokken vennootschappen ten opzichte van de situatie van afzonderlijke belastingplicht ook aspecten (elementen) hebben die nadelig zijn. Zo is bijvoorbeeld voor de fiscale eenheid het lagere belastingtarief - voor de winst tot € 200.000 (2008 en 2009) - slechts eenmaal van toepassing. Ook kan voor de belastingplichtige een nadeel ontstaan indien een van de fiscale eenheid deel uitmakende dochtervennootschap ophoudt te bestaan als gevolg van de opheffing van een faillissement wegens gebrek aan baten. In een dergelijk geval treedt bij de moedervernootschap een fiscaal relevante vermogensvermeerdering - en daardoor een belastbare winst - op voor zover de schulden van de dochtervennootschap onbetaald zijn gebleven (zie HR 10 september 2010, nr. 08/03498, ECLI:NL:HR:2010:BJ9665, BNB 2010/308). Verder kan een nadeel ontstaan doordat elk van de dochtervennootschappen die deel uitmaken van de fiscale eenheid hoofdelijk aansprakelijk is voor de vennootschapsbelasting die is geheven van de fiscale eenheid. Een nadelig element is verder gelegen in de omstandigheid dat 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.

2.6.2.1. De winst van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschap van een Nederlandse moedervennootschap die haar bedrijf buiten Nederland uitoefent, wordt in beginsel niet in de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting betrokken. Bij de dochtervennootschap wordt niet geheven, omdat deze in het Verenigd Koninkrijk is gevestigd. Bij de moedervennootschap wordt niet geheven omdat voor haar de deelnemingsvrijstelling van toepassing is. Op deze wijze wordt voorkomen dat de in het Verenigd Koninkrijk behaalde winst dubbel wordt belast. Wanneer een Nederlandse vennootschap in het Verenigd Koninkrijk niet een dochtervennootschap maar een vaste inrichting heeft, wordt de daaraan toe te rekenen winst zowel in het Verenigd Koninkrijk als bij de Nederlandse vennootschap belast en wordt dubbele belasting op een andere wijze voorkomen. In de onderhavige jaren gebeurt dat op grond van het Besluit voorkoming dubbele belasting 2001 (hierna: het Bvdb) door de methode van de zogenoemde vrijstelling met progressievoorbehoud.

Indien een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschap zou kunnen worden opgenomen in de fiscale eenheid van haar Nederlandse moedervennootschap, zou ten gevolge van de consolidatie de winst van die dochtervennootschap in de fiscale winst van de moedervennootschap worden opgenomen (zie hiervoor in 2.6.1.4). Dan zou niettemin het Belastingverdrag Nederland-Verenigd Koninkrijk van 7 november 1980, zoals gewijzigd op 24 augustus 1989, ertoe verplichten de als



winst van de Nederlandse moedervennootschap aangemerkte winst van de dochtervennootschap van de Nederlandse belastingheffing vrij te stellen. Omdat door de consolidatie de werkzaamheden en het vermogen van de buiten Nederland gevestigde dochtervennootschap aan de moedervennootschap worden toegerekend en die moedervennootschap in beginsel voor haar gehele winst aan de Nederlandse belastingheffing is onderworpen, wordt die vrijstelling verleend met gebruikmaking van de voor een vaste inrichting geldende methode van vrijstelling met progressievoorbehoud, zoals geregeld in het Bvdb. De toepassing van de vrijstelling met progressievoorbehoud in plaats van de deelnemingsvrijstelling zou aldus een element van de consolidatie vormen dat voor de betrokken belastingplichtigen zowel positieve als negatieve effecten zou kunnen hebben. Daarom zullen hierna de voor het onderhavige geval van belang zijnde aspecten van de vrijstelling met progressievoorbehoud worden besproken.

2.6.2.2. De winst welke kan worden toegerekend aan een buitenlandse vaste inrichting wordt in de heffing van de vennootschapsbelasting betrokken, maar die winst (hierna: de vrijstellingswinst) wordt vervolgens op grond van artikel 31 van het Bvdb vrijgesteld. Een buitenlands verlies komt aldus eerst in mindering op de Nederlandse belastinggrondslag, maar ingevolge artikel 35 van het Bvdb geldt dat in een dergelijk geval toekomstige buitenlandse winst pas wordt vrijgesteld voor zover deze de eerder in mindering gebrachte verliezen overschrijdt (inhaalregeling).

2.6.2.3. Een vrijstelling ter voorkoming van dubbele belasting wordt op grond van de arresten van de Hoge Raad



van 29 april 1959, nr. 13892, BNB 1960/164, van 27 april 1960, nrs. 14104 en 14105, BNB 1960/161-162 en van 4 mei 1960, nrs. 14218, 14203 en 14207, BNB 1960/163 en BNB 1960/165-166, berekend overeenkomstig de in Nederland geldende voorschriften voor de bepaling van de belastbare winst, maar in de valuta waarin aangifte wordt gedaan in het land waarin de vaste inrichting is gevestigd (hierna: de lokale valuta). Deze - voor de heffing van Nederlandse vennootschapsbelasting vrij te stellen - 'lokale' winst wordt vervolgens uitgedrukt in euro's. Als gevolg van deze methode worden positieve en negatieve resultaten op het in de vaste inrichting geïnvesteerde vermogen die voortvloeien uit het koersverloop van de lokale valuta ten opzichte van de euro, begrepen in de in Nederland belaste winst, zonder dat de voorkoming van dubbele belasting ertoe leidt dat deze valutaresultaten worden vrijgesteld. Achtergrond van deze methode is dat op deze wijze bij de voorkoming van dubbele belasting zo veel mogelijk wordt aangesloten bij de winst die in het land waar de vaste inrichting zich bevindt in een naar de winst geheven belasting wordt betrokken.

2.7. De hiervoor uiteengezette methodiek brengt op grond van het in de onderhavige jaren geldende Nederlandse recht voor het geval van belanghebbende het volgende mee.

2.7.1. Aangezien A Holdings (UK) Ltd niet in Nederland is gevestigd of aldaar over een vaste inrichting beschikt, kan die vennootschap niet in een fiscale eenheid met belanghebbende worden opgenomen.

Indien A Holdings (UK) Ltd echter wel zou kunnen worden opgenomen in een fiscale eenheid met belanghebbende zou door de consolidatie ook de winst van A Holdings (UK)



bij belanghebbende in de heffing worden betrokken. De voorkoming van dubbele belasting wordt dan verleend door toepassing van de methode van vrijstelling met progressievoorbehoud zoals geregeld in het Bvdb (zie hiervoor in 2.6.2.1). Dan zouden ten gevolge van de hiervoor in 2.6.2.3 omschreven methodiek valutaverliezen ter zake van de vermogensbestanddelen van A Holdings (UK) Ltd, andere dan die ter zake van niet in die fiscale eenheid opgenomen deelnemingen, bij belanghebbende in aanmerking kunnen worden genomen, ook voor zover die verliezen voortvloeien uit het koersverloop van het Britse pond ten opzichte van de euro en dus niet in de lokale winst in het Verenigd Koninkrijk tot uitdrukking komen.

2.7.2. De stelling van belanghebbende dat, indien A Holdings (UK) Ltd een in Nederland gevestigde vennootschap zou zijn, belanghebbende door opname van deze vennootschap in een fiscale eenheid met haar, per saldo een valutaverlies van de euro ten opzichte van het Britse pond op haar investering in A Holdings (UK) Ltd in mindering op haar winst zou kunnen brengen, is dus in zoverre in beginsel juist.

2.8. Niet ontkend kan worden dat aldus een verschil in heffing ontstaat doordat het niet mogelijk is om A Holdings (UK) Ltd op te nemen in een fiscale eenheid met belanghebbende. Aangezien Nederland zoals hiervoor in 2.6.2.1 tot en met 2.6.2.3 is uiteengezet (positieve en negatieve) valutaresultaten betrekking hebbend op vaste inrichtingen in de heffing van vennootschapsbelasting betreft, is het de vraag of op een buitenlandse deelneming betrekking hebbende (negatieve) valutaresultaten niet toch in aftrek moeten worden toegelaten ingeval die



buitenlandse deelneming, als zij in Nederland zou zijn gevestigd, deel zou kunnen uitmaken van een fiscale eenheid. Voor de beantwoording van die vraag zal moeten worden beoordeeld of sprake is van een ongelijke behandeling van objectief vergelijkbare gevallen en, zo daarvan sprake is, of deze wordt gerechtvaardigd door dwingende redenen van algemeen belang. In dat verband merkt de Hoge Raad het volgende op.

2.9.1. Indien aan belanghebbende zou worden toegestaan het valutaverlies dat zij als 'eigen' verlies in aanmerking zou hebben mogen nemen bij opname van A Holdings (UK) Ltd in haar fiscale eenheid, in mindering op haar winst te brengen, is dat niet het valutaverlies van belanghebbende op haar investering in A Holdings (UK) Ltd, maar een valutaverlies in de (in euro's uitgedrukte) winst- en verliesrekening van die vennootschap dat op grond van de bepalingen van de fiscale eenheid aan belanghebbende zou worden toegerekend. Bij die toerekening zal zich jaarlijks een valutaresultaat (kunnen) voordoen. Het verlies dat belanghebbende thans op haar winst in mindering wenst te brengen is dan te berekenen als de som van deze jaarlijkse valutaresultaten voor zover die niet in de vrijstellingswinst van belanghebbende tot uitdrukking zijn gekomen of komen. Dit valutaverlies zal aldus weliswaar qua omvang in beginsel gelijk zijn aan het valutaverlies van belanghebbende op haar investering in A Holdings (UK) Ltd, maar zal zich op (een) ander(e) tijdstip(pen) (kunnen) manifesteren dan het valutaverlies van belanghebbende op haar investering in A Holdings (UK) Ltd. Aangezien een valutaresultaat op de vermogensbestanddelen van een dochtervennootschap, uitgedrukt in de valuta van het land



van de moedervennootschap, de omvang van het eigen vermogen van de dochtervennootschap, uitgedrukt in diezelfde valuta, beïnvloedt, zal de totale omvang van beide grootheden in beginsel niet verschillen.

2.9.2. Hiervoor in 2.7.1 is signaleerd dat er een verschil in behandeling van valutaverliezen bestaat tussen enerzijds een geval waarin sprake is van een in Nederland - in een fiscale eenheid met de moedervennootschap opgenomen - gevestigde dochtervennootschap met een vaste inrichting in het Verenigd Koninkrijk en anderzijds het geval dat sprake is van een in het Verenigd Koninkrijk gevestigde dochtervennootschap van de moedervennootschap. Betoogd kan worden dat dit verschil voortvloeit uit het verschil in methode van voorkoming van dubbele belasting tussen deelnemingswinsten (objectvrijstelling met uitsluiting van valutaresultaten) en vaste-inrichtingswinsten (vrijstelling met progressievoorbehoud zonder uitsluiting van in het land van vestiging van de vaste inrichting niet in de vaste-inrichtingswinst tot uitdrukking komende valutaresultaten). De omstandigheid dat de Nederlandse belastingwetgeving wat betreft valutaresultaten een onderscheid maakt tussen de behandeling van deelnemingen en vaste inrichtingen is op zichzelf niet in strijd met de vrijheid van vestiging. In een andere lidstaat gevestigde vaste inrichtingen en niet-ingezeten dochterondernemingen bevinden zich niet in een vergelijkbare situatie wat betreft de verdeling van de heffingsbevoegdheid, zodat de lidstaat van oorsprong niet verplicht is om op niet-ingezeten dochterondernemingen dezelfde fiscale regeling toe te passen als die welke geldt voor buitenlandse vaste inrichtingen (zie het arrest HvJ



25 februari 2010, X Holding BV, C-337/08, ECLI:EU:C:2010:89, BNB 2010/166 (hierna: het arrest X Holding), punt 40).

Voorts blijkt uit punt 34 van het arrest X AB dat de bepalingen van het VWEU inzake de vrijheid van vestiging in de huidige stand van het Unierecht inzake directe belastingen niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij de lidstaten verplichten hun eigen belastingregeling aan te passen om rekening te houden met eventuele wisselkoersrisico's voor vennootschappen wegens het voortbestaan van verschillende valuta's op het grondgebied van de Unie zonder vaste wisselkoers.

In het onderhavige geval is evenwel, anders dan in het arrest X Holding, niet zozeer de verdeling van de heffingsbevoegdheid in het geding. Het gaat immers om een valutaverlies van de Nederlandse moedervervennootschap dat in het buitenland niet tot uitdrukking kan komen. Dergelijke valutaresultaten behaald met vaste inrichtingen worden bij de bepaling van de winst wel in aanmerking genomen (zie hiervoor in 2.6.2.3). Onder deze omstandigheden is het de vraag of de in het arrest X Holding en in het arrest X AB geformuleerde conclusies onverkort gelden.

2.9.3. In het onderhavige geval zou ook de vergelijking kunnen worden gemaakt met een binnenlandse dochtervennootschap die het Britse pond als functionele valuta hanteert. Die vennootschap kan echter niet worden opgenomen in een fiscale eenheid met een moedervervennootschap die haar belastbare winst in euro's rapporteert, omdat niet is voldaan aan het vereiste dat bij beide belastingplichtigen voor het bepalen van de winst dezelfde bepalingen van toepassing zijn (artikel 15, lid



3, aanhef en letter b, van de Wet). In deze situatie is derhalve geen sprake van ongelijke behandeling.

2.9.4. In het arrest Deutsche Shell heeft het Hof van Justitie in punt 40 overwogen dat de onmogelijkheid om een valutaverlies in mindering te brengen niet wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid dat evenmin rekening wordt gehouden met eventuele valutawinsten, aangezien tussen valutawinsten en valutaverliezen geen rechtstreeks verband bestaat in de zin van de in de punten 38 en 39 van dat arrest vermelde jurisprudentie. De vraag kan echter worden opgeworpen of - indien zowel met valutawinsten als met valutaverliezen geen rekening wordt gehouden - wel sprake kan zijn van een belemmering dan wel een beperking van de vrijheid van vestiging. Een ontkennend antwoord op deze vraag zou kunnen worden afgeleid uit het arrest X AB, punten 38, 40 en 41, en uit hetgeen A-G Kokott in haar conclusie voor dat arrest, punten 35 en 42, heeft opgemerkt.

2.9.5. Het hiervoor 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.

2.10. Indien ervan zou moeten worden uitgegaan dat vanuit het oogpunt van de doelstelling van de aan de orde zijnde belastingregelingen sprake is van gelijke gevallen, zal de vraag moeten worden beantwoord of er een rechtvaardigingsgrond bestaat voor de ongelijke behandeling. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.



2.10.1. In het arrest X Holding heeft het Hof van Justitie voor recht verklaard dat de artikelen 43 en 48 EG zich niet verzetten tegen de wettelijke regeling van een lidstaat die een moedervernootschap de mogelijkheid biedt om met haar ingezeten dochtervernootschap een fiscale eenheid te vormen, doch die niet toestaat dat een dergelijke fiscale eenheid wordt gevormd met een niet-ingezeten dochtervernootschap omdat laatstgenoemde vennootschap voor de belasting van haar winst niet is onderworpen aan de belastingwet van deze lidstaat.

In zijn arresten van 24 juni 2011, nr. 09/05115, ECLI:NL:HR:2011:BN3537, BNB 2011/244, en van 21 september 2012, nr. 10/05268, ECLI:NL:HR:2012:BT5858, BNB 2013/15, heeft de Hoge Raad deze verklaring voor recht 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 deze 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. Daarmee heeft de Hoge Raad de zogenoemde 'per-elementbenadering' verworpen.

Het arrest Groupe Steria, punt 28, en het arrest HvJ 6 oktober 2015, Finanzamt Linz, C-66/14,



ECLI:EU:C:2015:661 (hierna: het arrest Finanzamt Linz) doen twijfel rijzen of de Hoge Raad de 'per-elementbenadering' terecht heeft verworpen. Het Hof van Justitie heeft in zijn arresten namelijk geoordeeld dat aangaande de andere belastingvoordelen dan de overdracht van verliezen binnen een fiscaal geïntegreerde groep afzonderlijk moet worden beoordeeld 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.

2.10.2. Dienaangaande wordt het volgende overwogen.

2.10.2.1. Zowel in het arrest Groupe Steria als in het arrest Finanzamt Linz hield het nadeel van een investering in een buitenlandse vennootschap geen verband met consolidatie binnen een fiscale groep, maar met een bijzondere regeling die het fiscale voordeel (de aftrek van kosten respectievelijk afschrijving op goodwill) beperkte tot binnenlandse dochtervennootschappen.

In het onderhavige geval vloeit het verschil in behandeling evenwel rechtstreeks voort uit de consolidatie binnen een fiscale eenheid.

2.10.2.2. Dan komt aan de orde of de verkeersvrijheden mogen worden beperkt ter verzekering van de samenhang in de regeling van de fiscale eenheid, met name met betrekking tot de gevolgen van de fiscale consolidatie. In dat verband is van belang dat die consolidatie, zoals hiervoor in 2.6.1.5 is uiteengezet, voor de betrokken vennootschappen ten aanzien van specifieke elementen van de winstbepaling ook nadelige gevolgen kan hebben. Indien met betrekking tot een niet in Nederland gevestigde vennootschap die,



wanneer zij in Nederland zou zijn gevestigd in een fiscale eenheid zou kunnen worden opgenomen, per element van de fiscale-eenheidsregeling kan of moet worden beoordeeld of sprake is van een ongelijke behandeling, zal het gevolg allicht zijn dat de betrokken vennootschappen zich effectief uitsluitend beroepen op de voor hen voordelige gevolgen die zouden zijn verbonden aan het bestaan van een fiscale eenheid waarvan zij deel zouden uitmaken. Bovendien kunnen deze vennootschappen van jaar tot jaar achteraf beoordelen met betrekking tot welk(e) element(en) sprake is van een zodanig voordelig gevolg, welk gevolg dan vervolgens zal worden ingeroepen. Dit in tegenstelling tot (binnenlandse) vennootschappen die op de hiervoor in 2.6.1.3 beschreven wijze verzoeken te worden opgenomen in een fiscale eenheid, en die hun keuze daarvoor dus vooraf en met aanvaarding van alle gevolgen ervan moeten uitbrengen.

2.11.1. A Holdings (UK) Ltd bezit in het Verenigd Koninkrijk gevestigde deelnemingen en, via die deelnemingen, de in Nederland gevestigde vennootschap B B.V. In dit stadium van de procedure staat (nog) niet volledig vast welke de vermogensbestanddelen van die deelnemingen en B B.V. zijn. Indien zou worden geoordeeld dat het hiervoor in 2.7.1 gesignaleerde verschil een niet gerechtvaardigde schending van de vrijheid van vestiging betekent en dat dus bij belanghebbende een valutaverlies in aanmerking moet worden genomen gelijk dat het geval zou zijn bij opname van A Holdings (UK) Ltd in een fiscale eenheid met belanghebbende, doet zich de vraag voor hoe de omvang van dat verlies moet worden berekend. Daarbij moet in de eerste plaats de vraag worden beantwoord of in het



kader van de vergelijking niet alleen A Holdings (UK) Ltd, maar ook andere in de Europese Unie gevestigde directe en indirecte dochtervennootschappen van belanghebbende moeten worden opgenomen in de (fictieve) fiscale eenheid waarvan zij de moedervernootschap is, of dat belanghebbende naar believen kan kiezen wanneer welke (directe of indirecte) dochtervennootschap al dan niet in die (fictieve) fiscale eenheid wordt opgenomen teneinde een voordeel te genieten van een bepaald element van de (fictieve) consolidatie. In de tweede plaats moet worden beoordeeld of alleen de aan de onderhavige jaren toe te rekenen valutaresultaten in aanmerking moeten worden genomen of ook de valutaresultaten van voorafgaande jaren. Verwezen wordt naar het hiervoor in 2.6.2.1 tot en met 2.6.2.3 en in 2.9.1 overwogene. In dit verband is nog het volgende van belang.

2.11.2. De bepaling van de omvang van het valutaverlies volgens de hiervoor in 2.6.2.3 uiteengezette methodiek is mede afhankelijk van de aard van de bezittingen van de ten behoeve van de vergelijking binnen de fiscale eenheid met belanghebbende te consolideren vennootschap(pen). Indien die bezittingen uitsluitend bestaan uit deelnemingen, ontstaat geen valutaresultaat omdat de in het kader van de vergelijking te consolideren vennootschap(pen) - met toepassing van de regels van de Wet - alleen vrijgesteld resultaat heeft (hebben). Daarom is van belang of ook (directe en indirecte) dochtervennootschappen van A Holdings (UK) Ltd in de (fictieve) consolidatie kunnen of moeten worden betrokken. Met name de al dan niet verplichte opname van de indirecte dochtervennootschap B B.V. in de fiscale eenheid is dan van belang omdat die vennootschap in Nederland is gevestigd



van belang omdat die vennootschap in Nederland is gevestigd en bij consolidatie van die vennootschap het hier bedoelde valutaverlies zich wellicht niet of niet in dezelfde mate voordoet. Belastingplichtigen zijn vrij in het al dan niet in een fiscale eenheid opnemen van een dochtervennootschap. Dat roept de vraag op of belanghebbende, ervan uitgaande dat zij met succes het element uit de regeling van de fiscale eenheid voor het in aanmerking nemen van valutaresultaten kan inroepen, ter berekening van het aldan in aanmerking te nemen valutaresultaat de keuze heeft de (directe en indirecte) dochtervennootschappen al dan niet in de (fictieve) consolidatie te betrekken. Bij een bevestigende beantwoording zouden belastingplichtigen dan - anders dan bij een echte fiscale eenheid het geval zou zijn - achteraf, afhankelijk van het hun dan bekende koersverloop van het Britse pond, kunnen kiezen welke vennootschappen in de fictieve consolidatie worden betrokken. Dit zou het wonderlijke gevolg hebben dat de regel dat valutaresultaten onder de deelnemingsvrijstelling vallen, hetgeen zoals hiervoor in 2.4.3 is overwogen op zich zelf niet strijdig is met het recht van de Europese Unie, zinledig zou worden voor deelnemingen van ten minste 95 percent.

2.12. Al hetgeen hiervoor in 2.8 tot en met 2.11.2 is overwogen leidt tot het oordeel dat het niet buiten redelijke twijfel is dat belanghebbende zich met recht kan beroepen op het arrest Groupe Steria. De Hoge Raad zal daarom op de voet van artikel 267 VWEU vragen voorleggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie met



betrekking tot de uitlegging van het recht van de Europese Unie.

3. Beslissing

De Hoge Raad verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie uitspraak te doen 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 moedervervennootschap 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 moedervervennootschap, 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 moedervervennootschap 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 moedervervennootschap 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?

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan en schorst het geding totdat het Hof van Justitie naar aanleiding van vorenstaand verzoek uitspraak heeft gedaan.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.A.C.A. Overgaauw als voorzitter, en de raadsheren C.B. Bavinck, P.M.F. van Loon, M.A. Fierstra en E.F. Faase, in tegenwoordigheid van de waarnemend griffier E. Cichowski, en in het openbaar uitgesproken op 8 juli 2016.

