Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 19. juli 2012 [1]

Sag C-123/11

A Oy

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Korkein hallinto-oikeus (Finland))

»Skattelovgivning — etableringsfrihed — direktiv 2009/133/EF — national indkomstskatteret — fusion mellem to selskaber, der er hjemmehørende i forskellige medlemsstater — fradragsret for underskud i det overtagne selskab i det modtagende selskabs medlemsstat«

I – Indledning

1. Navnet Marks & Spencer står egentlig for en varehuskæde. I Domstolens praksis vedrørende skattelovgivning står dette navn imidlertid for den udtrykkelige erkendelse, at fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne kan begrunde begrænsningen af etableringsfriheden [2]. I medlemsstaternes retspraksis og i litteraturen synes navnet Marks & Spencer derimod også at være synonymt med kaos og fortvivlelse [3].

2. Dette skyldes en enkelt sætning med ca. 100 ord, som Domstolen formulerede i den dom, der er opkaldt efter Marks & Spencer, og som beskriver de omstændigheder, hvorunder medlemsstaterne undtagelsesvis kan være tvunget til at tage hensyn til ikke-hjemmehørende datterselskabers underskud ved beskatningen af deres hjemmehørende moderselskab. Trods så mange ord er det ikke klart, hvilken rækkevidde denne undtagelse har, og om den – i betragtning af Domstolens senere praksis – i det hele taget stadig eksisterer.

3. Den foreliggende anmodning om en præjudiciel afgørelse kunne nu give mulighed for at fjerne den forvirring, der er opstået på grund af denne undtagelse. Det finske skattepligtige selskab i hovedsagen påberåber sig i hovedsagen nemlig den undtagelse, som Domstolen har formuleret. Selskabet ønsker at fusionere med et svensk datterselskab og i fremtiden anvende datterselskabets svenske underskud i Finland, hvilket imidlertid ikke er muligt på grundlag af de finske skatteregler.

1 — Originalsprog: tysk.

2 — Jf. dom af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837.

3 — Jf. f.eks. *Cordewener*, Cross-Border Loss Relief and the »Effet Utile« of EU Law: Are We Losing It?, EC Tax Review 2011, 58.

II – Retsforskrifter

A – *EU-ret*

1. Etableringsretten

4. I artikel 49 TEUF er etableringsretten reguleret på følgende måde:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

5. I artikel 54 TEUF udvides etableringsfrihedens anvendelsesområde på følgende måde:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

[...]«

2. Fusionsdirektivet

6. I direktiv 2009/133/EF[4] (herefter »fusionsdirektivet«) reguleres de skattemæssige konsekvenser af visse grænseoverskridende sammenslutninger af selskaber. I anden og tredje betragtning forklares formålet med fusionsdirektivet bl.a. således:

»(2) Transaktioner som fusion [...] vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater kan være nødvendige for, at der i Fællesskabet kan skabes vilkår, der svarer til vilkårene i et indre marked, og for dermed at sikre, at et sådant indre marked fungerer tilfredsstillende. Disse transaktioner bør ikke hindres af særlige begrænsninger, ulemper eller fordrejninger som følge af medlemsstaternes skatteregler. […]

(3) De skatteregler, der gælder for disse transaktioner, er i øjeblikket mindre fordelagtige end dem, der gælder for selskaber, der er hjemmehørende i samme medlemsstat. Denne forskelsbehandling må bringes til ophør.«

4 — Rådets direktiv af 19.10.2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater (EUT L 310, s. 34), hvorved ordlyden af Rådets direktiv 90/434/EØF af 23.7.1990 med samme titel (EFT L 225, s. 1) blev ændret. Dette direktiv skal ikke forveksles med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26.10.2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar (EUT L 310, s. 1), som vedrører de selskabsretlige aspekter ved visse grænseoverskridende fusioner.

7. I fjerde betragtning beskrives den retning, der med fusionsdirektivet er fulgt med henblik herpå:

»Det er ikke muligt at nå dette mål ved at udvide de i medlemsstaterne gældende ordninger til at omfatte hele Fællesskabet, idet forskellene mellem disse ordninger vil kunne føre til fordrejninger. Den eneste tilfredsstillende løsning på dette er en fælles beskatningsordning.«

8. Specielt vedrørende behandlingen af virksomheders skattemæssige tab fastsætter niende betragtning følgende:

»Der skal også fastlægges en skattemæssig ordning for visse af det indskydende selskabs henlæggelser, reserver eller tab, og der skal fastsættes regler for de skattemæssige problemer, der opstår, når det ene af de to selskaber har en kapitalandel i det andet selskab.«

9. Endelig fremgår følgende af 14. betragtning:

»Dette direktiv tager bl.a. sigte på at fjerne hindringer for det indre markeds funktion, som f.eks. dobbeltbeskatning. Da dette ikke er opnået fuldt ud med bestemmelserne i dette direktiv, bør medlemsstaterne træffe de nødvendige foranstaltninger med henblik herpå.«

10. Fusionsdirektivets anvendelsesområde omfatter i henhold til dets artikel 1, litra a), »fusion […], som vedrører selskaber i to eller flere medlemsstater«. I direktivets artikel 2, litra a), nr. iii), defineres som »fusion« bl.a. en transaktion, hvorved »et selskab som følge af og samtidig med sin opløsning uden likvidation overfører sine samlede aktiver og passiver til det selskab, som sidder inde med samtlige aktier eller anparter i dets kapital«. I fusionsdirektivets artikel 3 fastsættes det, hvad der i direktivet forstås ved »selskab i en medlemsstat«.

11. Med hensyn til underskud i det indskydende selskab indeholder fusionsdirektivet kun en enkelt bestemmelse i artikel 6:

»Hvis medlemsstaterne, når de i artikel 1, litra a), omhandlede transaktioner finder sted mellem selskaber i det indskydende selskabs medlemsstat, anvender bestemmelser, der giver mulighed for, at det modtagende selskab overtager det indskydende selskabs i skattemæssig henseende endnu ikke afskrevne tab, udvider de disse bestemmelser til også at gælde for det modtagende selskabs faste driftssteder, som er beliggende på deres område, når de overtager det indskydende selskabs i skattemæssig henseende endnu ikke afskrevne tab.«

B – *Finsk ret*

12. I henhold til artikel 7, stk. 1, i overenskomsten mellem Republikken Finland og Kongeriget Sverige til undgåelse af dobbeltbeskatning for så vidt angår indkomst- og formueskatter kan indkomst for et selskab, der er hjemmehørende i Sverige, kun beskattes i Finland, for så vidt som den kan henføres til et i Finland beliggende fast driftssted.

13. I henhold til den finske indkomstskattelovgivning kan underskud i en beskatningsperiode overføres til efterfølgende beskatningsperioder. § 119, stk. 1 og 2, i tuloverolaki (herefter »den finske indkomstskattelov«) fastsætter følgende i denne henseende:

»Underskud i forbindelse med erhvervsvirksomhed og landbrug i et skatteår fratrækkes resultatet af erhvervsvirksomhed og landbrug i de ti følgende skatteår, for så vidt som resultat opnås.

Med underskud i forbindelse med erhvervsvirksomhed forstås det i laki elinkeinotulon verottamisesta (lov om beskatning af indkomst af erhvervsvirksomhed) omhandlede beregnede underskud, og med underskud i forbindelse med landbrug forstås det i maatilatalouden tuloverolaki (indkomstskatteloven for landbrug) omhandlede beregnede underskud.«

14. I tilfælde af en fusion af selskaber fastsætter den finske indkomstskattelovs § 123, stk. 2, bl.a. følgende vedrørende underskud i det overtagne selskab:

»Ved fusioner eller spaltning har det modtagende selskab ret til i henhold til §§ 119 og 120 i sin skattepligtige indkomst at fradrage det fusionerede eller spaltede selskabs underskud, hvis det modtagende selskab eller dets aktionærer eller deltagere eller selskabet og dets aktionærer eller deltagere i fællesskab fra begyndelsen af underskudsåret har ejet over halvdelen af aktierne og andelene i det fusionerede eller spaltede selskab […]«

15. I henhold til finsk retspraksis er denne ret til at overtage et underskud i det indskydende selskab desuden betinget af, at fusionen ikke kun gennemføres med dette formål.

III – De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

16. Hovedsagen vedrører en forhåndsbesked vedrørende yhteisöjen tulovero (den finske selskabsskat). Denne havde A Oy (herefter »det skattepligtige selskab«) anmodet om hos Keskusverolautakunta (herefter »Centralskattenævnet«) for at få et bindende svar på et skattemæssigt spørgsmål vedrørende overførsel af underskud.

17. Det skattepligtige selskab, der er hjemmehørende i Finland, er eneaktionær i det svenske selskab B AB. Dette datterselskabs aktiviteter er i mellemtiden ophørt, efter at det tidligere i Sverige havde drevet detailhandel i tre forretninger. Det har imidlertid stadig forpligtelser i forbindelse med to langvarige lejekontrakter vedrørende forretningslokaler. På grundlag af denne aktivitet fik datterselskabet i den svenske skatteprocedure for årene 2001-2007 godkendt et underskud på 44,8 mio. SEK, der efter den aktuelle valutakurs svarer til ca. 5 mio. EUR.

18. Det skattepligtige selskab planlægger nu en fusion med sit svenske datterselskab. Gennem fusionen vil det svenske datterselskab blive opløst og dets samlede formue overtaget af det skattepligtige selskab.

19. I sin forhåndsbesked af 25. marts 2009 var Centralskattenævnet af den opfattelse, at det skattepligtige selskab efter fusionen ikke kan fradrage sit svenske datterselskabs underskud i forbindelse med den finske selskabsskat.

20. Korkein hallinto-oikeus (Finlands øverste forvaltningsdomstol), som nu behandler denne sag, har i den henseende fastslået, at de finske bestemmelser ikke giver mulighed for at overtage et fusioneret selskabs underskud, hvis dette har hjemsted i udlandet, og dets underskud ikke kan henføres til et fast driftssted i Finland. Den forelæggende ret er imidlertid i tvivl om, hvorvidt denne fortolkning er forenelig med EU-retten, navnlig etableringsfriheden. På denne baggrund har den forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål:

»1) Kræves det i medfør af artikel 49 TEUF og 54 TEUF, at et modtagende selskab ved beskatning kan fradrage underskud opstået som følge af erhvervsaktiviteter i det selskab, som det modtagende selskab er blevet fusioneret med, og som er hjemmehørende i en anden medlemsstat, for årene forud for fusionen, hvis det modtagende selskab i hjemlandet for det selskab, der ved fusionen ophører, ikke har et fast driftssted, og det modtagende selskab i medfør af nationale bestemmelser ville kunne fradrage det ved fusionen ophørte selskabs underskud, hvis det ved fusionen ophørte selskab havde været indenlandsk, eller underskuddet var opstået på et fast driftssted i denne stat?

2) Hvis det første spørgsmål besvares bekræftende, har artikel 49 TEUF og 54 TEUF da indvirkning på, om omfanget af det underskud, der kan fradrages, skal beregnes efter skattelovgivningen i det modtagende selskabs hjemstat eller udgøres af de fradragsberettigede underskud, som er godkendt efter lovgivningen i hjemstaten for det selskab, som ved fusionen ophører?«

IV – Retlig vurdering

21. De præjudicielle spørgsmål forelægges – lovligt [5] – i forbindelse med en hovedsag, der vedrører de skattemæssige konsekvenser af en situation, der endnu ikke er opstået. Jeg vil derfor lægge den nugældende EU-ret til grund for besvarelsen heraf.

A – *Det første præjudicielle spørgsmål: overtagelse af underskud*

22. Med det første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om EU-retten er til hinder for en national lovgivning, som i tilfælde af en fusion principielt giver det modtagende selskab mulighed for at udnytte det indskydende selskabs underskud, men udelukker dette med hensyn til underskud i forbindelse med erhvervsaktiviteter, der ikke er underlagt finsk beskatning (udenlandsk underskud).

23. For at give den forelæggende ret et hensigtsmæssigt svar med hensyn til den EU-ret, der finder anvendelse [6], vil jeg ikke begrænse min undersøgelse til etableringsfriheden, der er reguleret i artikel 49 TEUF og 54 TEUF. EU-retten har nemlig sin egen lovgivning med hensyn til de skattemæssige konsekvenser af grænseoverskridende fusioner af selskaber: fusionsdirektivet. Jeg vil indlede min undersøgelse med denne mere specifikke foranstaltning.

1. Anvendelse af fusionsdirektivet

24. I henhold til fusionsdirektivets artikel 1, litra a), skal medlemsstaterne anvende direktivet på enhver fusion, som vedrører selskaber i forskellige medlemsstater. I henhold til fusionsdirektivets artikel 2, litra a), nr. iii), foreligger der en fusion ved overtagelse af et helejet datterselskab. Det skattepligtige selskab, der er hjemmehørende i Finland, planlægger at overtage sit svenske datterselskab, hvori det ejer samtlige aktier. Den forelæggende ret har endvidere fastslået, at de to selskaber opfylder kravene vedrørende selskabsform, således at også betingelserne i fusionsdirektivets artikel 3, litra a), er opfyldt, der sammenholdt med bilag I, del A, anfører de former, der i forbindelse med direktivet skal betragtes som »selskaber i en medlemsstat«. Derudover må det antages, at betingelserne i denne bestemmelses litra b) og c) også er opfyldt i den foreliggende sag med hensyn til det skattemæssige hjemsted og skattepligten i henhold til den finske indkomstskattelov. Fusionsdirektivet finder derfor anvendelse på en situation som den, der foreligger i hovedsagen.

25. Dette fører til spørgsmålet om, hvilke retlige følger der er fastsat i fusionsdirektivet med hensyn til den grænseoverskridende behandling af underskud. Ifølge den forelæggende ret indeholder fusionsdirektivet ingen bestemmelser om, hvordan det modtagende selskabs medlemsstat skal behandle underskud, som en anden medlemsstat har godkendt for det indskydende selskab. Parterne i hovedsagen har udtrykt sig på tilsvarende måde. Dette synes at have ført til den konklusion, at fusionsdirektivet ikke regulerer situationen i hovedsagen, og det dermed heller ikke kan udledes heraf, om den finske ordning er i overensstemmelse med EU-retten.

5 — Jf. dom af 18.11.1999, sag C-200/98, X og Y, Sml. I, s. 8261, præmis 21 og 22, der vedrørte den svenske lovgivning, der er sammenlignelig i denne henseende.

6 — Jf. med hensyn til muligheden for en bred fortolkning af en anmodning om præjudiciel afgørelse bl.a. dom af 12.7.1979, sag 244/78, Union Laitière Normande, Sml. s. 2663, præmis 5, og af 26.4.2012, forenede sager C-578/10 – C-580/10, Van Putten, præmis 23.

26. Denne opfattelse bør korrigeres. Som jeg allerede har anført, er en situation som den, der foreligger i hovedsagen, omfattet af fusionsdirektivets anvendelsesområde. I henhold til dette direktivs anden til fjerde betragtning har det til formål at fastlægge en fælles ordning for af hensyn til det indre markeds funktion at bringe en skattemæssig forskelsbehandling af grænseoverskridende fusioner i forhold til indenlandske fusioner til ophør. Ifølge niende betragtning omfatter dette mål udtrykkeligt den skattemæssige behandling af tab.

27. Derfor indeholder direktivets artikel 6 også en ordning vedrørende det modtagende selskabs overtagelse af det indskydende selskabs i skattemæssig henseende endnu ikke afskrevne tab. I henhold hertil kan det modtagende selskab overføre tab i et indskydende selskab, der er hjemmehørende i en anden medlemsstat, til et fast driftssted i denne medlemsstat, såfremt en sådan overførsel er mulig mellem selskaber i denne medlemsstat.

28. Ifølge fusionsdirektivets artikel 6 kan der derfor kun tages hensyn til et underskud i det indskydende selskab i dets egen medlemsstat og ikke i det modtagende selskabs medlemsstat. I henhold til denne bestemmelse ville det skattepligtige selskab i hovedsagen, på betingelserne i de svenske skatteregler, have ret til inden for rammerne af den svenske beskatningsprocedure at udnytte sit svenske datterselskabs underskud efter en fusion via et fast driftssted i Sverige. Denne ret, der findes i Sverige, er imidlertid åbenbart uden værdi for det skattepligtige selskab, da det ifølge den forelæggende ret ikke vil have et fast driftssted i Sverige efter fusionen. Det har nemlig ikke allerede et sådant fast driftssted i Sverige, og det vil heller ikke kunne overtage et fast driftssted fra det indskydende selskab, da dettes erhvervsaktiviteter er ophørt i Sverige.

29. Det må imidlertid konkluderes, at fusionsdirektivet regulerer situationen i hovedsagen. Det fastsætter blot ikke den retsvirkning, som det skattepligtige selskab har ønsket, nemlig udnyttelse af det svenske underskud i forbindelse med beskatningen i Finland. I henhold til fusionsdirektivet er det kun muligt at udnytte det svenske underskud inden for rammerne af den svenske beskatning. Det modtagende selskabs medlemsstat er derfor i henhold til fusionsdirektivet netop ikke forpligtet til at tage hensyn til det indskydende selskabs underskud fra en anden medlemsstat.

2. Tilsidesættelse af etableringsfriheden

30. Dermed er det imidlertid endnu ikke afgjort, om EU-retten generelt er til hinder for en national lovgivning, der ikke giver mulighed for at overtage udenlandske underskud. En sådan udelukkelse kunne nemlig være uforenelig med det modtagende selskabs etableringsfrihed i henhold til artikel 49 TEUF og 54 TEUF.

31. I dette tilfælde ville EU-lovgiveren med vedtagelsen af fusionsdirektivet ikke have gjort alt, hvad der i henhold til traktaten var nødvendigt for at sikre det indre markeds funktion ved at bringe den skattemæssige forskelsbehandling af grænseoverskridende fusioner til ophør. At EU-lovgiveren i det mindste har overvejet dette som mulighed, fremgår allerede af 14. betragtning til fusionsdirektivet. I henhold hertil opfordres medlemsstaterne til om nødvendigt at træffe ensidige foranstaltninger for at fjerne hindringerne for det indre markeds funktion.

32. Nedenfor skal det derfor afklares, om den omstændighed, at den finske skattelovgivning i tilfælde af en fusion ikke giver mulighed for at overtage udenlandske underskud, er i strid med etableringsfriheden.

a) Begrænsning af etableringsfriheden

33. I henhold til artikel 49 TEUF og 54 TEUF er der principielt forbud mod restriktioner, som hindrer selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område.

34. Ifølge fast retspraksis skal alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv, betragtes som restriktioner for denne frihed [7]. Det følger ligeledes af fast retspraksis, at selv om traktatens bestemmelser om etableringsfriheden ifølge deres ordlyd skal sikre national behandling i værtsmedlemsstaten, er de samtidig til hinder for, at oprindelsesmedlemsstaten lægger hindringer i vejen for, at et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, etablerer sig i en anden medlemsstat [8]. Efter Domstolens opfattelse foreligger der en sådan hindring, når oprindelsesmedlemsstaten behandler det pågældende selskab forskelligt i forhold til selskaber, der kun udøver indenlandske aktiviteter, og denne forskelsbehandling er egnet til at afholde dette selskab fra at udøve sin etableringsfrihed i en anden medlemsstat [9].

35. Ifølge den forelæggende rets konklusioner udelukker den finske indkomstskattelovs §§ 119 og 123 en overførsel af underskud, som stammer fra en aktivitet, der ikke er underlagt finsk beskatning. Mens et moderselskab kan udnytte et indenlandsk datterselskabs underskud i skattemæssig henseende i tilfælde af en fusion i Finland, er dette ikke muligt i forbindelse med et udenlandsk datterselskabs underskud fra dets aktivitet i en anden medlemsstat. I betragtning af denne manglende mulighed for at udnytte underskud, der opstår i forbindelse med en aktivitet i en anden medlemsstat, i skattemæssig henseende i Finland, kunne et finsk selskab allerede blive afskrækket fra at oprette eller erhverve et datterselskab i en anden medlemsstat. Den finske skatteordning kan derfor afholde finske selskaber fra at udøve erhvervsaktiviteter i andre medlemsstater gennem et datterselskab. Etableringsfriheden begrænses derfor af den finske skatteordning.

36. Der skal sondres mellem denne konstatering og det spørgsmål, om det skattepligtige selskab kunne påberåbe sig etableringsfriheden i en situation som den, der foreligger i hovedsagen. Navnlig har Det Forenede Kongeriges regering anført, at der i den foreliggende sag som følge af ophøret af det svenske datterselskabs erhvervsaktiviteter ikke er tale om udøvelsen af etableringsfriheden, men snarere det modsatte. Et svar på dette spørgsmål er ganske vist kun af betydning, hvis den finske skatteordning faktisk udgør en tilsidesættelse af etableringsfriheden. Efter min opfattelse synes det imidlertid på forhånd klart, at begrænsninger som følge af de abstrakte skattemæssige retlige følger af en fusion, som allerede er til hinder for at udøve en grænseoverskridende aktivitet, først konkret kan forhindres på fusionstidspunktet. På dette tidspunkt udøvede det skattepligtige selskab allerede etableringsfriheden trods den eksisterende begrænsning. For at den udøvede etableringsfrihed imidlertid kan få fuld virkning, kan det skattepligtige selskab også anfægte den konkrete anvendelse af begrænsningen. Det skattepligtige selskab kan derfor også i den foreliggende sag påberåbe sig udøvelsen af sin etableringsfrihed.

37. Det Forenede Kongeriges regering har imidlertid med rette anført, at der ikke kan antages at foreligge en begrænsning af etableringsfriheden i tilfælde, hvor der i den finske lovgivning ved overtagelsen af underskud ikke sondres mellem indenlandske og udenlandske underskud. Dette er ifølge den forelæggende ret tilfældet, når overtagelsen af et underskud er den eneste grund til fusionen. I et sådant tilfælde forbyder den finske lovgivning nemlig overtagelsen, uanset hvilket selskab der er tale om. For så vidt ville en begrænsning af etableringsfriheden være udelukket, da der ikke ville være tale om forskelsbehandling, og den nationale bestemmelse ville heller ikke være i strid med artikel 49 TEUF og 54 TEUF.

7 — Således bl.a. dom af 15.1.2002, sag C-439/99, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 305, præmis 22, og af 29.11.2011, sag C-371/10, National Grid Indus, Sml. I, s. 12273, præmis 36.

8 — Således bl.a. dom af 27.9.1988, sag 81/87, Daily Mail og General Trust, Sml. s. 5483, præmis 16, og dommen i sagen National Grid Indus, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 35.

9 — Jf. bl.a. dom af 11.3.2004, sag C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 46, og dommen i sagen National Grid Indus, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 37.

38. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om der foreligger en sådan situation i hovedsagen, og fortolkningen af artikel 49 TEUF og 54 TEUF derfor ville være uden relevans for denne. Til besvarelsen af de præjudicielle spørgsmål vil jeg imidlertid på denne baggrund antage, at den forelæggende rets spørgsmål vedrørende fortolkningen af etableringsfriheden er begrænset til tilfælde, hvor overtagelsen af underskuddet ikke er den eneste grund til fusionen.

39. I den foreliggende sag er det derfor heller ikke nødvendigt at fremsætte yderligere bemærkninger vedrørende betydningen af et eventuelt misbrug fra det skattepligtige selskabs side, som det blev anført af flere parter i sagen. Under alle omstændigheder kan nemlig alene den omstændighed, at en økonomisk begrundet fusionsbeslutning medfører overtagelse af et underskud i det indskydende selskab, ikke begrunde en påstand om misbrug, når den finske lovgivning netop fastsætter dette for fusioner med hensyn til indenlandske underskud.

40. Efter at have konstateret, at der foreligger forskelsbehandling, undersøger Domstolen i forbindelse med en begrænsning af etableringsfriheden undertiden også, om situationerne er objektivt sammenlignelige [10]. Efter min opfattelse synes det imidlertid stadig mere uklart, hvilket indhold Domstolen forbinder med denne betingelse i tilfælde, hvor det – som i den foreliggende sag – skal undersøges, om oprindelsesmedlemsstaten begrænser etableringsretten, og dermed, om situationen kan sammenlignes med hjemmehørendes situation. Hvis Domstolen i denne forbindelse finder det tilstrækkeligt, at hjemmehørende skattepligtige i begge tilfælde ønsker at udnytte fordelen ved en skattemæssig ordning [11], har undersøgelsen af denne betingelse kun formel karakter, da den under alle omstændigheder – også i den foreliggende sag – vil være opfyldt. Det samme gælder, hvis Domstolen uden begrundelse konstaterer, at situationerne er objektivt sammenlignelige [12].

41. På denne baggrund forekommer det mig hensigtsmæssigt at følge eksemplet i nogle af Domstolens domme og undlade at undersøge, om situationerne er objektivt sammenlignelige, når det skal konstateres, om oprindelsesmedlemsstaten begrænser etableringsfriheden [13]. Herfor taler endvidere, at en undersøgelse af, om situationerne er objektivt sammenlignelige, efter min opfattelse ikke kan være udtømmende uden at beskæftige sig med grunden til forskelsbehandlingen. Netop dette er imidlertid et spørgsmål om begrundelsen for en begrænsning, som jeg vil behandle i det følgende afsnit.

42. Som foreløbig konklusion kan det derfor fastslås, at en national lovgivning, som i tilfælde af en fusion principielt giver det modtagende selskab mulighed for at udnytte det indskydende selskabs underskud, men udelukker dette med hensyn til underskud i forbindelse med erhvervsaktiviteter i en anden medlemsstat, der ikke er underlagt national beskatning, udgør en begrænsning af etableringsfriheden.

10 — Jf. bl.a. dom af 25.2.2010, sag C-337/08, X Holding, Sml. I, s. 1215, præmis 20-24, og dommen i sagen National Grid Indus, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 38.

11 — Jf. X Holding-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 24.

12 — Jf. dommen i sagen National Grid Indus, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 38.

13 — Jf. bl.a. dom af 15.5.2008, sag C-414/06, Lidl Belgium, Sml. I, s. 3601, præmis 18-25, og af 23.10.2008, sag C-157/07, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, Sml. I, s. 8061, præmis 27-39.

b) Begrundelse

43. Ifølge fast retspraksis er en restriktion for etableringsfriheden dog tilladt, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn [14]. En sådan begrundelse kan ifølge fast retspraksis bestå i at opretholde fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne [15]. I henhold hertil kan medlemsstaterne træffe foranstaltninger for at sikre udøvelsen af deres beskatningskompetence [16]. I den forbindelse kan det være nødvendigt, at man på den økonomiske virksomhed i et selskab, der har hjemsted i en af de nævnte stater, kun anvender denne stats skatteregler med hensyn til såvel overskud som underskud [17].

44. Som jeg allerede har redegjort for i mit forslag til afgørelse i Philips Electronics-sagen, indskrænkes en medlemsstats beskatningskompetence ved, at der tages hensyn til tab, som er opstået inden for rammerne af en anden medlemsstats enebeskatningskompetence [18]. De underskud, som det drejer sig om i den foreliggende sag, er opstået som følge af et svensk selskabs erhvervsaktivitet i Sverige. Denne aktivitet er i henhold til artikel 7, stk. 1, i den dobbeltbeskatningsoverenskomst, der finder anvendelse i denne forbindelse, omfattet af Kongeriget Sveriges enebeskatningskompetence. Ved at tage hensyn til disse underskud ville den finske beskatningskompetence derfor blive indskrænket. Republikken Finland ville tage hensyn til underskud i forbindelse med en aktivitet, som den ikke kan beskatte. Republikken Finland har derfor for så vidt principielt ret til at nægte det skattepligtige selskab at tage hensyn til det svenske datterselskabs underskud.

45. Det spørgsmål, der har givet anledning til den foreliggende anmodning om præjudiciel afgørelse, er imidlertid, om dette også gælder i forbindelse med en fusion, hvor det overtagne selskab ophører med at eksistere i juridisk henseende og dermed mister enhver mulighed for at udnytte sit underskud inden for rammerne af den svenske beskatning.

i) Nødvendigheden af den finske ordning

46. I den henseende kunne den finske ordning gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opretholde fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne. Ifølge fast retspraksis må en restriktiv foranstaltning nemlig ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det forfulgte mål [19].

– Anvendelse af »Marks & Spencer-undtagelsen«

47. I Marks & Spencer-dommen antog Domstolen med hensyn til nødvendighed og spørgsmålet om mindre restriktive foranstaltninger, at der undtagelsesvis var tale om en tilsidesættelse af etableringsfriheden i et tilfælde, hvor det ikke-hjemmehørende datterselskab har udtømt alle de muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat, og der ikke er mulighed for dér at tage hensyn til dets underskud i fremtiden [20]. Det hjemmehørende moderselskab skulle derfor have mulighed for at fradrage underskud, der i en anden medlemsstat er pådraget af et ikke-hjemmehørende datterselskab, i en situation, »hvor […] det ikke-hjemmehørende datterselskab har udtømt alle de muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat

14 — Således bl.a. dom af 18.7.2007, sag C-231/05, Oy AA, Sml. I, s. 6373, præmis 44, og af 13.10.2011, sag C-9/11, Waypoint Aviation, Sml. I, s. 9697, præmis 27.

15 — Jf. bl.a. Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 45, og dommen i sagen National Grid Indus, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 45.

16 — Jf. bl.a. dom af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 56, og dommen i sagen National Grid Indus, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 46.

17 — X Holding-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 28.

18 — Jf. forslag til afgørelse af 19.4.2012 i sag C-18/11, Philips Electronics, punkt 50 f.

19 — Således bl.a. dom af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, præmis 49, Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 53, og Waypoint Aviation-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 27.

20 — Jf. Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 54 f.

med hensyn til det pågældende skatteår ved ansøgningen om lempelse såvel som med hensyn til tidligere skatteår, i givet fald ved overførsel af disse underskud til tredjepart eller ved modregning af disse underskud i de overskud, der er opnået i datterselskabet i tidligere skatteår, og […] der ikke er mulighed for at tage hensyn til det ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud i dettes hjemstat i forbindelse med senere skatteår enten af selskabet selv eller af en tredjepart, bl.a. i tilfælde af overdragelse af datterselskabet til denne« [21].

48. Efter min opfattelse kan denne undtagelse kun forstås på baggrund af de begrundelser, der er undersøgt i Marks & Spencer-dommen. Domstolen havde deri ikke kun baseret begrundelsen på målet om at opretholde fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne, men bl.a. også på medlemsstaternes ret til at forhindre dobbelt fradrag for underskud [22]. Der er imidlertid ikke længere risiko for dobbelt fradrag for underskud, hvis et udenlandsk datterselskabs underskud ikke længere kan udnyttes i dets hjemland. En national lovgivning, der også i et sådant tilfælde nægter at lade moderselskabet udnytte underskuddet, går derfor ud over, hvad der er nødvendigt for at forhindre dobbelt fradrag for underskud.

49. Domstolens praksis er imidlertid blevet videreudviklet efter Marks & Spencer-dommen. Som jeg allerede har redegjort for i mit forslag til afgørelse i Philips Electronics-sagen, er det ifølge denne senere retspraksis i sidste ende alene afgørende for begrundelsen, at det formål, der forfølges med den nationale ordning, er at sikre fordelingen af beskatningskompetencen [23]. Formålet om at forhindre dobbelt anvendelse af underskud har derimod ingen selvstændig betydning [24].

50. Den undtagelse, som Domstolen har udviklet i Marks & Spencer-dommen, er imidlertid ikke længere passende som begrundelse for at opretholde fordelingen af beskatningskompetencen, der i retspraksis i mellemtiden er blevet anerkendt som selvstændig [25]. For opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne er det nemlig uden betydning, om der er mulighed for fradrag for underskud i den medlemsstat, der har beskatningskompetencen for en bestemt erhvervsaktivitet. Det afgørende er alene, hvilken aktivitet og dermed hvilken beskatningskompetence et underskud kan henføres til.

51. Hvis der tages udgangspunkt i begrundelsen om fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne, fremkommer der et helt andet perspektiv for vurderingen af, om en national foranstaltning er nødvendig. Med hensyn til denne begrundelse er det nemlig ikke en mindre restriktiv foranstaltning, hvis den medlemsstat, der ikke har beskatningskompetencen, skal tage hensyn til underskud, der er opstået inden for rammerne af en anden medlemsstats beskatningskompetence i tilfælde af at en sådan mulighed ikke længere eksisterer. I et sådant tilfælde opnås målet om at opretholde fordelingen af beskatningskompetencerne nemlig overhovedet ikke længere.

52. Videreudviklingen af betydningen af de begrundelser, der i første omgang blev anført parallelt i Marks & Spencer-dommen, har derfor også ændret anvendelsesområdet for den undtagelse, der er formuleret deri. Denne undtagelse kan kun anvendes i forbindelse med undersøgelsen af, om en national foranstaltning er nødvendig, såfremt forhindringen af dobbelt fradrag for underskud anerkendes som en selvstændig begrundelse. Er begrundelsen derimod alene baseret på fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne, kan »Marks & Spencer-undtagelsen« ikke længere anvendes på grund af udviklingen i retspraksis.

21 — Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 55.

22 — Jf. Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 47 f.

23 — Jf. forslag til afgørelse i Philips Electronics-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 18, punkt 40-42.

24 — Jf. forslag til afgørelse i Philips Electronics-sagen, nævnt ovenfor i fodnote 18, punkt 58 ff.

25 — Jf. X Holding-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 28-33, og dommen i sagen National Grid Indus, nævnt ovenfor i fodnote 7, præmis 45-49; i denne retning allerede dom af 7.9.2006, sag C-470/04, N, Sml. I, s. 7409, præmis 42.

53. Denne opfattelse lå også til grund for Domstolens seneste dom vedrørende grænseoverskridende fradrag for underskud. Mens den i X Holding-dommen alene baserede begrundelsen på målet om at opretholde fordelingen af beskatningskompetencerne, nævnte den følgelig ikke længere undtagelsen i Marks & Spencer-dommen, selv om den udførligt beskæftigede sig med nødvendigheden af den nationale ordning [26].

54. Dermed er begrænsningen af etableringsfriheden ved at nægte overtagelse af udenlandske underskud nødvendig med henblik på målet om at opretholde fordelingen af beskatningskompetencerne, uden at det er afgørende, om det svenske datterselskab i hjemlandet stadig har mulighed for at fradrage underskuddet.

– Anvendelse af »Marks & Spencer-undtagelsen«

55. Selv hvis man imidlertid fortsat tillagde dette spørgsmål betydning, må det konkluderes, at i tilfælde af en fusion som den foreliggende er de betingelser, der er opstillet i Marks & Spencer-dommen for undtagelsesvis at tage hensyn til det ikke-hjemmehørende datterselskabs underskud i moderselskabets medlemsstat, ikke opfyldt.

56. Domstolen ønskede i Marks & Spencer-dommen klart kun at indføre en undtagelse *ultima ratio*. Dette fremgår også af, at Domstolen så muligheden for yderligere, mindre restriktive foranstaltninger, men udtrykkeligt overlod reguleringen til EU-lovgiveren [27]. Derfor er undtagelsen formuleret meget restriktivt. Ifølge dommen må der i datterselskabets hjemland end ikke være mulighed for, at enten selskabet selv eller en tredjepart kan fradrage et underskud i tidligere eller senere skatteår [28].

57. Det kan ganske vist konstateres i forbindelse med den foreliggende fusion, at datterselskabet som følge af opgivelsen af sin retlige eksistens ville miste enhver mulighed for, at der kunne tages hensyn til dets underskud i den svenske beskatningsprocedure. Dette ville imidlertid kun være følgen af fusionsbeslutningen. Fusionen selv beroede derimod på moderselskabets egen frie beslutning. Hvis den manglende mulighed for, at der blev taget hensyn til underskud, alene blev betragtet som en følge af fusionsbeslutningen, ville enhver procedurehandling fra datterselskabets side i den svenske beskatningsprocedure – f.eks. en bevidst forsinket indgivelse af en ansøgning om udnyttelse af et underskud eller et afkald på udnyttelsen – kunne begrunde en udelukkelse af muligheden for at udnytte underskud i henhold til »Marks & Spencer-undtagelsen«.

58. På denne baggrund ville det skattepligtige selskab ved at beslutte sig for en fusion med sit datterselskab derfor selv give afkald på muligheden for at udnytte underskuddet i Kongeriget Sverige. Domstolen har imidlertid flere gange understreget, at et skattepligtigt selskab ikke frit kan vælge, hvilken beskatningsordning der skulle være gældende for dets datterselskabers underskud, og hvor disse underskud skulle fradrages [29]. Som den finske regering med rette har anført, ville der imidlertid i den foreliggende sag være et sådant frit valg, hvis der efter en fusion også skulle tages hensyn til det svenske datterselskabs underskud i forbindelse med beskatningen i Finland.

59. Derudover kan det skattepligtige selskab efter min opfattelse ikke med rette gøre gældende, at det allerede inden fusionen ikke længere er muligt at udnytte det svenske underskud, på grund af at det svenske datterselskabs erhvervsaktiviteter er ophørt. Det har derimod fortsat mulighed for at udnytte de svenske underskud i fremtiden ved at genoptage aktiviteterne og gennem de dermed forbundne overskud. Hvis man derimod alene anså det skattepligtige selskabs ophør af aktiviteterne som

26 — Jf. X Holding-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 27 ff.

27 — Jf. Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 58.

28 — Jf. Marks & Spencer-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 2, præmis 55.

29 — Jf. X Holding-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 10, præmis 29-32; jf. i denne retning ligeledes Oy AA-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 14, præmis 64 f.

afgørende, ville dette på sin side indebære en valgmulighed, som det skattepligtige selskab ikke har ret til, som det fremgår af Domstolens praksis. Det er nemlig normalt ikke muligt at konstatere objektivt, om ophøret af en erhvervsaktivitet er økonomisk nødvendig, idet videreførelsen heraf ikke længere kan være rentabel.

60. Endelig har det skattepligtige selskab under proceduren for Domstolen selv anført, at dets svenske datterselskabs underskud under visse betingelser også kunne overføres til et andet af dets svenske datterselskaber. Hvorvidt dette udgør en faktisk mulighed for at udnytte underskuddet i Sverige, ville den forelæggende ret i givet fald skulle afklare. En sådan mulighed kan under ingen omstændigheder udelukkes, idet betingelserne for en overførsel af underskud er mindre gunstige efter svensk ret end efter finsk ret. I forbindelse med udnyttelsen af et udenlandsk fast driftssteds underskud har Domstolen nemlig allerede fastslået, at en stat ved anvendelsen af sin skattelovgivning ikke kan være forpligtet til at tage hensyn til eventuelle negative virkninger, der er en følge af særegenhederne ved en anden stats lovgivning [30].

ii) Forholdsmæssigheden af den finske ordning

61. Efter at det er konstateret, at den finske ordning er nødvendig for at opnå målet om at opretholde fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne, skal det uafhængigt heraf undersøges, om de ulemper, der er forårsaget i forbindelse med etableringsfriheden, står i rimeligt forhold til det forfulgte formål (forholdsmæssighed i snævrere forstand) [31].

62. Dette kunne være tvivlsomt, da et udenlandsk underskud, som det er fremgået af den hidtidige undersøgelse, ved en fusion aldrig kan udnyttes af det modtagende selskab inden for rammerne af den finske beskatningsprocedure. Der er ingen situationer, hvor en sådan overførsel af underskud fra en anden skattejurisdiktion undtagelsesvis ville være mulig i forbindelse med en fusion.

63. Indledningsvis forekommer det mig imidlertid, at begrænsningen af etableringsfriheden ikke er særlig alvorlig i den foreliggende sag. I sidste instans må en skattepligtig i visse tilfælde i økonomisk henseende endeligt bære et skattemæssigt tab. Dette er ikke usædvanligt i medlemsstaternes beskatningsordninger og kan opstå blot som følge af, at fristerne for at fremføre underskud udløber. Desuden berører den finske ordning kun nogle få selskaber, nemlig selskaber, hvor udnyttelsen af underskuddet ikke er den eneste grund til fusionen, selv om de efter fusionen ikke har et fast driftssted i den anden medlemsstat og derfor er udelukket fra at udnytte underskuddet i henhold til fusionsdirektivets artikel 6.

64. Heroverfor kunne det ganske vist anføres, at påvirkningen af fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne dermed heller ikke er stor. I den forbindelse skal det imidlertid bemærkes, at EU-lovgiveren på området for fordelingen af beskatningskompetencerne i fusionsdirektivet allerede har truffet visse grundlæggende beslutninger, som efter min opfattelse skal respekteres.

65. I fjerde betragtning til fusionsdirektivet har EU-lovgiveren gjort det klart, at der med henblik på at forhindre konkurrencefordrejninger foretrækkes en fælles beskatningsordning i EU frem for en udvidelse af de i medlemsstaterne gældende beskatningsordninger. En sådan udvidelse af den finske beskatningsordning ville imidlertid indebære en overtagelse af udenlandske underskud i tilfælde af en fusion. Alle i EU etablerede datterselskaber af finske moderselskaber ville derfor i sidste instans blive omfattet af de finske bestemmelser vedrørende udnyttelse af underskud i forbindelse med en fusion. Uden for Finland ville dette imidlertid medføre konkurrencefordrejninger, da ikke alle medlemsstater

30 — Jf. dommen i sagen Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, nævnt ovenfor i fodnote 13, præmis 49.

31 — Jf. i denne henseende generaladvokat Trstenjaks forslag til afgørelse af 8.3.2011 i sag C-10/10, Kommissionen mod Østrig, Sml. I, s. 5389, punkt 67 f., og mit forslag til afgørelse af 12.9.2006 i sag C-231/05, Oy AA, Sml. I, s. 6373, punkt 32 og 66; jf. også dom af 9.3.2010, forenede sager C-379/08 og C-380/08, ERG m.fl., Sml. I, s. 2007, præmis 86.

har de samme regler for overtagelse af underskud som den finske skattelovgivning [32]. Derfor ville datterselskaber, der f.eks. er hjemmehørende i Sverige, i forbindelse med overtagelsen af et underskud i tilfælde af en fusion blive behandlet forskelligt alt efter beskatningsordningen i den medlemsstat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

66. Af denne grund fastsætter fusionsdirektivets artikel 6 ensartet for hele EU, at underskuddet skal udnyttes i den medlemsstat, hvor det indskydende selskab var hjemmehørende. EU-lovgiveren har dermed bevidst valgt, at der i tilfælde af en fusion principielt skal tages hensyn til underskud i det indskydende selskabs medlemsstat. Hvis betingelserne for denne principielle mulighed imidlertid ikke er opfyldt i det enkelte tilfælde, ville kravet om, at underskud i stedet skal udnyttes i det modtagende selskabs medlemsstat, både være i strid med EU-lovgiverens grundlæggende beslutning og rejse tvivl om gyldigheden af betingelserne i fusionsdirektivets artikel 6 [33].

67. Endelig synes det at tjene retssikkerheden, hvis hovedvægten i den foreliggende sag lægges på en klar afgrænsning mellem medlemsstaternes beskatningskompetencer. Detaljerede sondringer som dem, der f.eks. blev foretaget i Marks & Spencer-dommen, er ikke i etableringsfrihedens interesse, hvis de i den juridiske virkelighed fører til usikkerhed og tvist. Det skattepligtige selskab har under retsmødet i denne forbindelse på overbevisende måde redegjort for, hvor komplekse de skatte- og selskabsretlige spørgsmål er, som en sådan undtagelsesbestemmelse kan give anledning til. Det ville imidlertid rejse tvivl om den ensartede anvendelse af EU-retten, hvis afklaringen af disse spørgsmål – som foreslået af Kommissionen – alene blev overladt til de nationale retter.

68. På baggrund heraf mener jeg, at de ulemper, der er forårsaget af den finske ordning i forbindelse med etableringsfriheden, også står i rimeligt forhold til den dermed tilsigtede opretholdelse af fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne.

3. Foreløbig konklusion

69. Det første præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares med, at hverken fusionsdirektivet eller artikel 49 TEUF og 54 TEUF er til hinder for en national lovgivning, hvorefter et indenlandsk modtagende selskab ved beskatning ikke kan fradrage underskud opstået som følge af erhvervsaktiviteter, som var omfattet af en anden medlemsstats enebeskatningskompetence, i et selskab, som var hjemmehørende i den anden medlemsstat, og som er blevet fusioneret med det modtagende selskab.

B – *Det andet præjudicielle spørgsmål: beregning af underskud*

70. Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det udenlandske underskud, der i givet fald kan fradrages, skal beregnes efter skattelovgivningen i det modtagende eller det indskydende selskabs hjemstat.

71. På baggrund af mit svar på det første præjudicielle spørgsmål er det ikke nødvendigt at besvare det andet præjudicielle spørgsmål. Det modtagende selskabs medlemsstat er i henhold til EU-retten nemlig ikke forpligtet til at tage hensyn til det udenlandske underskud.

72. For det tilfælde, at Domstolen ikke skulle følge mit forslag til besvarelse af det første præjudicielle spørgsmål og i stedet antage, at det modtagende selskab kan fradrage det indskydende selskabs underskud, vil jeg imidlertid ligeledes besvare det andet præjudicielle spørgsmål.

32 — Jf. også Kommissionens forslag til Rådets direktiv om regler for virksomhedernes medregning af underskud i deres faste driftssteder og i datterselskaber i andre medlemsstater af 24.1.1991, KOM(90) 595 endelig, begrundelsens punkt 12.

33 — Jf. med hensyn til den endelige bindende karakter af anvendelsesbetingelserne dom af 11.12.2008, sag C-285/07, A.T., Sml. I, s. 9329, præmis 27, vedrørende fusionsdirektivets artikel 8.

73. Det andet præjudicielle spørgsmål bør så efter min opfattelse besvares med, at de underskud, der skal tages hensyn til, *principielt* skal beregnes efter skattelovgivningen i det modtagende selskabs hjemstat. Som den franske regering også har anført, ville nemlig kun en sådan beregning føre til ligebehandling af indenlandske og grænseoverskridende situationer, dvs. en fusion med et indenlandsk datterselskab og en fusion med et udenlandsk datterselskab ville blive behandlet lige i skattemæssig henseende. Denne ligebehandling ville fjerne begrænsningen af etableringsfriheden, der som nævnt netop er en følge af den forskellige behandling af de to situationer [34].

74. På denne baggrund er det ikke muligt at støtte Kommissionens og den finske regerings argumenter, hvorefter det underskud, der skal tages hensyn til, ikke kan være højere end det beløb, der beregnes efter skattelovgivningen i det indskydende selskabs hjemstat, dvs. i den foreliggende sag Kongeriget Sverige. I dette tilfælde ville en ligebehandling af de skattemæssige konsekvenser af en indenlandsk og en grænseoverskridende fusion netop ikke være garanteret. Der ville fortsat være tale om en begrænsning af etableringsfriheden, da det underskud, der tages hensyn til i forbindelse med grænseoverskridende fusioner, ville være lavere end i forbindelse med rent indenlandske fusioner.

75. Det kan imidlertid være nødvendigt at begrænse princippet om, at det underskud, der skal tages hensyn til, skal beregnes efter skattelovgivningen i det modtagende selskabs hjemstat, afhængigt af årsagen til en underskudsberegning, der afviger fra driftsresultatet. Der kunne f.eks. gælde undtagelser for skattemæssige støtteordninger i det modtagende selskabs hjemstat, der – som f.eks. højere afskrivninger – ville resultere i et større underskud. I denne henseende kan det ikke udelukkes, at en begrænsning af anvendelsen af sådanne ordninger på indenlandske aktiviteter i sig selv er begrundet. Dette ville medføre, at underskud for så vidt ikke skulle beregnes efter skattelovgivningen i det modtagende selskabs hjemstat.

76. Da den præjudicielle forelæggelse imidlertid ikke indeholder nogen oplysninger om eventuelle forskelle mellem finsk og svensk ret med hensyn til underskudsberegningen eller om, hvilke bestemmelser om beregning af underskud der er tvivl om med hensyn til anvendelsen af, er det i den henseende ikke muligt at give den forelæggende ret et endeligt svar.

V – Forslag til afgørelse

77. På denne baggrund skal jeg imidlertid foreslå Domstolen at besvare de spørgsmål, som Korkein hallinto-oikeus har forelagt, således:

»Hverken fusionsdirektivet eller artikel 49 TEUF og 54 TEUF er til hinder for en national lovgivning, hvorefter et indenlandsk modtagende selskab ved beskatning ikke kan fradrage underskud opstået som følge af erhvervsaktiviteter, som var omfattet af en anden medlemsstats enebeskatningskompetence, i et selskab, som var hjemmehørende i den anden medlemsstat, og som er blevet fusioneret med det modtagende selskab.«

34 — Jf. punkt 33 ff. ovenfor.