ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JULIANE KOKOTT
της 19ης Ιουλίου 2012 [1]

Υπόθεση C-123/11

A Oy

[αίτηση του Korkein hallinto-oikeus (Φινλανδία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως]

«Φορολογία — Ελευθερία εγκαταστάσεως — Οδηγία 2009/133/ΕΚ — Εθνική νομοθεσία περί φορολογίας των κερδών — Συγχώνευση δύο εταιριών εγκατεστημένων σε διαφορετικά κράτη μέλη — Δυνατότητα εκπτώσεως των ζημιών της εισφέρουσας εταιρίας στο κράτος μέλος όπου είναι εγκατεστημένη η λήπτρια εταιρία»

I – Εισαγωγή

1. Τα ονόματα Marks & Spencer συνιστούν κανονικά την επωνυμία αλυσίδας εμπορικών καταστημάτων. Εντούτοις, στη νομολογία του Δικαστηρίου σχετικά με τη φορολογία τα ονόματα αυτά συμβολίζουν τη ρητή αναγνώριση ότι η ισόρροπη κατανομή φορολογικών εξουσιών μεταξύ των κρατών μελών μπορεί να δικαιολογεί περιορισμούς της ελευθερίας εγκαταστάσεως [2]. Αντιθέτως, στη νομολογία και τη θεωρία των κρατών μελών φαίνεται ότι τα ονόματα Marks & Spencer έχουν φθάσει να θεωρούνται συνώνυμα του χάους και της απόγνωσης [3].

2. Αυτό οφείλεται σε μία πρόταση περίπου 100 λέξεων, την οποία διατύπωσε το Δικαστήριο στην κοινώς καλούμενη απόφαση Marks & Spencer, προκειμένου να περιγράψει τις συνθήκες υπό τις οποίες τα κράτη μέλη μπορεί να υποχρεούνται, κατ' εξαίρεση, να λάβουν υπόψη τις ζημίες μη εγκατεστημένων στην ημεδαπή θυγατρικών εταιριών κατά τη φορολόγηση μητρικής εταιρίας εγκατεστημένης στο έδαφός τους. Παρά το μέγεθος της προτάσεως αυτής, δεν έχει καταστεί απολύτως σαφές το εύρος της εν λόγω εξαιρέσεως ούτε το αν αυτή εξακολουθεί να ισχύει εν γένει –δεδομένης της μεταγενέστερης νομολογίας του Δικαστηρίου.

3. Η προκειμένη αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως θα μπορούσε λοιπόν να αποτελέσει την ευκαιρία για να αρθεί αυτή η σύγχυση την οποία έχει προκαλέσει η εν λόγω εξαίρεση. Συγκεκριμένα, υποκείμενη στον φόρο φινλανδική εταιρία επικαλείται, στο πλαίσιο της κύριας δίκης, την εξαίρεση την οποία υιοθέτησε το Δικαστήριο. Επιθυμεί να συγχωνευθεί με σουηδική θυγατρική της εταιρία και να χρησιμοποιήσει στο μέλλον τις προς μεταφορά ζημίες της σουηδικής εταιρίας στη Φινλανδία, αλλά οι φινλανδικοί φορολογικοί κανόνες της το απαγορεύουν.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — Βλ. απόφαση της 13ης Δεκεμβρίου 2005, C-446/03, Marks & Spencer (Συλλογή 2005, σ. I-10837).

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

II – Το νομικό πλαίσιο

Α – *Το δίκαιο της Ένωσης*

1. Η ελευθερία εγκαταστάσεως

4. Το άρθρο 49 ΣΛΕΕ ρυθμίζει την ελευθερία εγκαταστάσεως ως εξής:

«Στο πλαίσιο των κατωτέρω διατάξεων, οι περιορισμοί της ελευθερίας εγκαταστάσεως των υπηκόων ενός κράτους μέλους στην επικράτεια ενός άλλου κράτους μέλους απαγορεύονται. Η απαγόρευση αυτή εκτείνεται επίσης στους περιορισμούς για την ίδρυση πρακτορείων, υποκαταστημάτων ή θυγατρικών εταιριών από τους υπηκόους ενός κράτους μέλους που είναι εγκατεστημένοι στην επικράτεια άλλου κράτους μέλους.

Η ελευθερία εγκαταστάσεως περιλαμβάνει την ανάληψη και την άσκηση μη μισθωτών δραστηριοτήτων, καθώς και τη σύσταση και τη διαχείριση επιχειρήσεων, και ιδίως εταιριών κατά την έννοια του άρθρου 54, παράγραφος 2, σύμφωνα με τις προϋποθέσεις που ορίζονται από τη νομοθεσία της χώρας εγκαταστάσεως για τους δικούς της υπηκόους, με την επιφύλαξη των διατάξεων του κεφαλαίου της παρούσας Συνθήκης που αναφέρονται στην κυκλοφορία κεφαλαίων.»

5. Το άρθρο 54 ΣΛΕΕ διευρύνει το πεδίο εφαρμογής της ελευθερίας εγκαταστάσεως με τον ακόλουθο τρόπο:

«Οι εταιρίες που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία ενός κράτους μέλους και οι οποίες έχουν την καταστατική τους έδρα, την κεντρική τους διοίκηση ή την κύρια εγκατάστασή τους εντός της Ένωσης εξομοιώνονται, για την εφαρμογή των διατάξεων του παρόντος κεφαλαίου, προς τα φυσικά πρόσωπα που είναι υπήκοοι των κρατών μελών.

[...]»

2. Η οδηγία περί συγχωνεύσεων

6. Η οδηγία 2009/133/ΕΚ[4] (στο εξής: οδηγία περί συγχωνεύσεων) ρυθμίζει τις φορολογικές συνέπειες συγκεκριμένων διασυνοριακών συνενώσεων εταιριών. Η πρώτη και η δεύτερη αιτιολογική σκέψη αναλύουν, μεταξύ άλλων, τον σκοπό της οδηγίας περί συγχωνεύσεων ως εξής:

«(2) Οι συγχωνεύσεις, [...] που αφορούν εταιρίες ευρισκόμενες σε διαφορετικά κράτη μέλη είναι δυνατόν να είναι αναγκαίες για να δημιουργηθούν στην Κοινότητα συνθήκες ανάλογες με τις επικρατούσες σε εσωτερική αγορά και να εξασφαλισθεί έτσι η ομαλή λειτουργία μιας τέτοιας αγοράς. Οι πράξεις αυτές δεν θα πρέπει να εμποδίζονται από περιορισμούς, μειονεκτήματα ή στρεβλώσεις που απορρέουν ιδίως από τις φορολογικές διατάξεις των κρατών μελών. [...]

(3) Ορισμένες φορολογικές διατάξεις θέτουν σήμερα σε μειονεκτική θέση τις πράξεις αυτές σε σύγκριση με πράξεις που αφορούν εταιρίες του ιδίου κράτους μέλους. Αυτή η δυσμενής μεταχείριση είναι ανάγκη να καταργηθεί.»

4 — **Οδηγία του Συμβουλίου, της 19ης Οκτωβρίου 2009, σχετικά με το κοινό φορολογικό καθεστώς το εφαρμοστέο στις συγχωνεύσεις, διασπάσεις, μερικές διασπάσεις, εισφορές ενεργητικού και ανταλλαγές μετοχών που αφορούν εταιρίες διαφορετικών κρατών μελών καθώς και με τη μεταφορά της καταστατικής έδρας μιας SE ή μιας SCE από ένα κράτος μέλος σε άλλο** (ΕΕ L 310, σ. 34), η οποία τροποποίησε την ομότιτλη οδηγία 90/434/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 23ης Ιουλίου 1990 (ΕΕ L 225, σ. 1). Αυτή η οδηγία δεν πρέπει να συγχέεται με την οδηγία **2005/56/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβούλιου και του Συμβουλίου, της 26ης Οκτωβρίου 2005, για τις διασυνοριακές συγχωνεύσεις κεφαλαιουχικών εταιριών** (ΕΕ L 310, σ. 1), η οποία αφορά ζητήματα εταιρικού δικαίου στο πλαίσιο συγκεκριμένων διασυνοριακών συνενώσεων.

7. Η τέταρτη αιτιολογική σκέψη περιγράφει τη λύση που προκρίνεται με την οδηγία περί συγχωνεύσεων:

«Ο στόχος αυτός δεν μπορεί να επιτευχθεί με την επέκταση σε κοινοτικό επίπεδο των εσωτερικών καθεστώτων που ισχύουν στα κράτη μέλη, διότι οι διαφορές μεταξύ καθεστώτων ενδέχεται να προκαλέσουν στρεβλώσεις. Μόνον ένα κοινό φορολογικό καθεστώς μπορεί να αποτελέσει ικανοποιητική λύση ως προς τα ζητήματα αυτά.»

8. Ειδικώς όσον αφορά τις φορολογικές ζημίες εταιριών, η ένατη αιτιολογική σκέψη προβλέπει ότι:

«Θα πρέπει επίσης να ορισθεί το εφαρμοστέο φορολογικό καθεστώς σε ορισμένες προβλέψεις, αποθεματικά ή ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας και να διευθετηθούν τα φορολογικά προβλήματα που τίθενται όταν μία από τις δύο εταιρίες συμμετέχει στο κεφάλαιο της άλλης.»

9. Τέλος, η δέκατη τέταρτη αιτιολογική σκέψη ορίζει τα εξής:

«Ένας από τους στόχους της παρούσας οδηγίας είναι η εξάλειψη των εμποδίων στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς, όπως είναι η διπλή φορολόγηση. Στην περίπτωση που οι διατάξεις της παρούσας οδηγίας δεν επιτρέπουν την πλήρη επίτευξη του εν λόγω στόχου, τα κράτη μέλη θα πρέπει να λαμβάνουν τα αναγκαία μέτρα για την επίτευξη του στόχου αυτού.»

10. Κατά το άρθρο 1, στοιχείο α′, της οδηγίας περί συγχωνεύσεων, στο πεδίο εφαρμογής της εν λόγω οδηγίας εμπίπτουν και «περιπτώσεις συγχώνευσης [...] μεταξύ εταιριών δύο ή περισσότερων κρατών μελών». Το άρθρο 2, στοιχείο α′, περίπτωση iii, της οδηγίας ορίζει ως «συγχώνευση» τη διαδικασία κατά την οποία «μια εταιρία συνεπεία διαλύσεως και κατά τη στιγμή κατά την οποία λύεται, χωρίς εκκαθάριση, μεταβιβάζει το σύνολο των περιουσιακών της στοιχείων, τόσο του ενεργητικού όσο και του παθητικού, στην εταιρία η οποία κατέχει το σύνολο των τίτλων των παραστατικών του εταιρικού της κεφαλαίου». Το άρθρο 3 της οδηγίας περί συγχωνεύσεων διευκρινίζει το περιεχόμενο του όρου ως «εταιρία κράτους μέλους» για τους σκοπούς εφαρμογής της οδηγίας.

11. Η οδηγία περί συγχωνεύσεων περιλαμβάνει ρύθμιση σχετική με τις ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας μόνο στο άρθρο 6:

«Στον βαθμό που τα κράτη μέλη, σε περίπτωση που οι πράξεις που αναφέρονται στο άρθρο 1, στοιχείο α′, πραγματοποιούνται μεταξύ εταιριών του κράτους μέλους της εισφέρουσας εταιρίας, εφαρμόζ[ουν] διατάξεις που επιτρέπουν στη λήπτρια εταιρία να αναλαμβάνει ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας, οι οποίες δεν έχουν ακόμα αποσβεσθεί από φορολογική άποψη, επεκτείνουν τις διατάξεις αυτές ώστε να επιτρέπεται η ανάληψη των ζημιών αυτών από τις μόνιμες εγκαταστάσεις της λήπτριας εταιρίας που ευρίσκονται στο έδαφός τους.»

Β – *Το φινλανδικό δίκαιο*

12. Κατά το άρθρο 7, παράγραφος 1, της συμβάσεως μεταξύ της Δημοκρατίας της Φινλανδίας και του Βασιλείου της Σουηδίας για την αποφυγή της διπλής φορολογίας όσον αφορά τον φόρο εισοδήματος και τον φόρο περιουσίας, τα κέρδη εταιρίας εδρεύουσας στη Σουηδία μπορούν να φορολογηθούν στη Φινλανδία μόνο στον βαθμό που συνιστούν έσοδα της εταιρίας από εγκατάστασή της στη Φινλανδία.

13. Κατά τη φινλανδική νομοθεσία περί φορολογίας εισοδήματος, οι ζημίες μιας φορολογικής περιόδου μπορούν να μεταβιβασθούν σε επόμενες φορολογικές περιόδους. Το άρθρο 119, παράγραφοι 1 και 2, του φινλανδικού Tuloverolaki (στο εξής: φινλανδικός νόμος περί φορολογίας εισοδήματος) προβλέπει, σχετικώς, τα ακόλουθα:

«Ζημίες που προκύπτουν σε ένα φορολογικό έτος από επιχειρηματική δραστηριότητα και από τη γεωργία αφαιρούνται από τα τυχόν κέρδη από επιχειρηματική δραστηριότητα και από τη γεωργία που προκύπτουν κατά τα επόμενα δέκα φορολογικά έτη.

Ως ζημίες από επιχειρηματική δραστηριότητα νοούνται οι υπολογιζόμενες σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου περί φορολογίας εισοδήματος από επιχειρηματική δραστηριότητα ζημίες και ως ζημίες από τη γεωργία εκείνες που υπολογίζονται σύμφωνα με τις διατάξεις του νόμου περί φορολογίας εισοδήματος από γεωργική δραστηριότητα.»

14. Σε περίπτωση συγχωνεύσεως εταιριών, το άρθρο 123, παράγραφος 2, του φινλανδικού νόμου περί φορολογίας εισοδήματος περιλαμβάνει, μεταξύ άλλων, όσον αφορά τις ζημίες εισφέρουσας εταιρίας, την ακόλουθη διάταξη:

«Σε περίπτωση συγχωνεύσεως περισσοτέρων εταιριών ή διασπάσεως εταιρίας, η διάδοχος εταιρία δικαιούται να εκπέσει από το φορολογητέο εισόδημά της τις ζημίες απορροφηθείσας ή διασπασθείσας εταιρίας σύμφωνα με τα άρθρα 119 και 120, εφόσον η διάδοχος εταιρία ή οι μέτοχοι ή τα μέλη της ή η εταιρία και οι μέτοχοι ή τα μέλη της κατείχαν, κατά την έναρξη της χρήσεως κατά την οποία προέκυψαν οι ζημίες, από κοινού τουλάχιστο το ήμισυ των μετοχών ή των μεριδίων της απορροφηθείσας ή διασπασθείσας εταιρίας […]».

15. Εξάλλου, κατά τη φινλανδική νομολογία, αυτό το δικαίωμα αναλήψεως των ζημιών της εισφέρουσας εταιρίας εξαρτάται από την προϋπόθεση ότι η συγχώνευση δεν πραγματοποιείται αποκλειστικώς για αυτόν τον σκοπό.

III – Τα πραγματικά περιστατικά και τα προδικαστικά ερωτήματα

16. Αντικείμενο της κύριας δίκης είναι μια δεσμευτική προκριματική απόφαση περί επιβολής του φινλανδικού φόρου εισοδήματος νομικών προσώπων (yhteisöjen tulovero). Η A Oy (στο εξής: υποκείμενη στον φόρο) ζήτησε την έκδοση της εν λόγω αποφάσεως από την Keskusverolautakunta (στο εξής: κεντρική φορολογική επιτροπή), προκειμένου να διευκρινισθεί, κατά τρόπο δεσμευτικό, φορολογικό ζήτημα σχετικό με τη μεταβίβαση ζημιών.

17. Η υποκείμενη στον φόρο είναι εγκατεστημένη στη Φινλανδία και κατέχει το σύνολο των μετοχών της σουηδικής εταιρίας B AB. Εν τω μεταξύ, αυτή η θυγατρική εταιρία, η οποία λειτουργούσε στη Σουηδία τρία καταστήματα λιανικής πωλήσεως, ανέστειλε την επιχειρηματική της δραστηριότητα. Ωστόσο, δεσμεύεται ακόμη με υποχρεώσεις που απορρέουν από δύο μακροχρόνιες μισθώσεις καταστημάτων. Λόγω της δραστηριότητας αυτής, κατά το διάστημα από το 2001 έως το 2007 βεβαιώθηκαν για τη θυγατρική εταιρία, στο πλαίσιο της σουηδικής φορολογικής διαδικασίας, ζημίες ύψους 44,8 εκατ. σουηδικών κορώνων (SKR) οι οποίες αντιστοιχούν, κατά την τρέχουσα συναλλαγματική ισοτιμία, σε περίπου 5 εκατ. ευρώ.

18. Η υποκείμενη στον φόρο σχεδιάζει πλέον να συγχωνευθεί με τη σουηδική θυγατρική της εταιρία. Η συγχώνευση θα είχε ως αποτέλεσμα τη λύση της σουηδικής θυγατρικής εταιρίας και την απορρόφηση του συνόλου των περιουσιακών της στοιχείων από την υποκείμενη στον φόρο.

19. Στη δεσμευτική προκριματική απόφαση της 25ης Μαρτίου 2009, η κεντρική φορολογική επιτροπή έκρινε ότι, στο πλαίσιο της φινλανδικής φορολογίας εισοδήματος νομικών προσώπων, η υποκείμενη στον φόρο δεν μπορούσε να εκπέσει τις ζημίες της σουηδικής θυγατρικής της εταιρίας μετά από τη συγχώνευση.

20. Εν συνεχεία, το Korkein hallinto-oikeus (ανώτατο διοικητικό δικαστήριο), ενώπιον του οποίου εκδικάζεται πλέον η διαφορά, διαπίστωσε ότι οι φινλανδικές νομοθετικές διατάξεις απαγορεύουν την ανάληψη των ζημιών απορροφηθείσας εταιρίας, εάν αυτή είναι εγκατεστημένη στην αλλοδαπή και οι ζημίες της δεν έχουν προκύψει από την εγκατάστασή της στη Φινλανδία. Εντούτοις, το Korkein hallinto-oikeus έχει αμφιβολίες ως προς το αν η ερμηνεία αυτή συνάδει με το δίκαιο της Ένωσης, ιδίως με την ελευθερία εγκαταστάσεως. Κατόπιν τούτου, υποβάλλει στο Δικαστήριο δύο προδικαστικά ερωτήματα:

1) Πρέπει να ερμηνευθούν τα άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ υπό την έννοια, ότι, σε περίπτωση συγχωνεύσεως, η απορροφώσα εταιρία δύναται να εκπέσει φορολογικά τις ζημίες προγενέστερων της συγχωνεύσεως ετών τις οποίες υπέστη στο πλαίσιο της οικονομικής της δραστηριότητας η απορροφώμενη εταιρία, η οποία ήταν εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος, όταν η απορροφώσα εταιρία δεν θα έχει πλέον εγκατάσταση στο κράτος όπου είχε την έδρα της η απορροφώμενη και όταν βάσει των εθνικών διατάξεων επιτρέπεται η έκπτωση των ζημιών της απορροφώμενης εταιρίας μόνον αν αυτή είναι ημεδαπή ή αν οι ζημίες αφορούν εγκατάστασή της στο εν λόγω κράτος;

2) Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα: Λαμβάνονται υπόψη τα άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ κατά την εξέταση είτε του ζητήματος αν το ύψος των προς έκπτωση ζημιών θα υπολογισθεί με βάση τις φορολογικές διατάξεις του κράτους εγκαταστάσεως της απορροφώσας εταιρίας ή αν θα λογίζονται ως δυνάμενες να εκπέσουν ζημίες οι ζημίες εκείνες που βεβαιώθηκαν στο κράτος εγκαταστάσεως της απορροφώμενης εταιρίας με βάση τις διατάξεις του κράτους αυτού;

IV – Νομική εκτίμηση

21. Τα προδικαστικά ερωτήματα υποβάλλονται –παραδεκτώς[5]– στο πλαίσιο κύριας δίκης η οποία αφορά τις φορολογικές συνέπειες μελλοντικού γεγονότος. Για τον λόγο αυτόν, θα στηρίξω την απάντηση στα εν λόγω ερωτήματα στο ισχύον δίκαιο της Ένωσης.

A – *Επί του πρώτου προδικαστικού ερωτήματος: ανάληψη των προς μεταφορά ζημιών*

22. Με το πρώτο προδικαστικό ερώτημα το αιτούν δικαστήριο ζητεί να διευκρινισθεί, κατ' ουσία, αν το δίκαιο της Ένωσης απαγορεύει εθνική ρύθμιση η οποία, σε περίπτωση συγχωνεύσεως, επιτρέπει, καταρχήν, στη λήπτρια εταιρία να χρησιμοποιήσει τις προς μεταφορά ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας, αλλά αποκλείει αυτή τη δυνατότητα όσον αφορά ζημίες οι οποίες έχουν προκύψει από δραστηριότητα μη φορολογούμενη στη Φινλανδία (μεταφορά αλλοδαπών ζημιών).

5 — Βλ. απόφαση της 18ης Νοεμβρίου 1999, C-200/98, X και Y (Συλλογή 1999, σ. I-8261, σκέψεις 21 και 22), η οποία αφορά παρόμοιο ζήτημα του σουηδικού δικαίου.

23. Προκειμένου να δοθεί χρήσιμη απάντηση στο αιτούν δικαστήριο σε σχέση με το εφαρμοστέο δίκαιο της Ένωσης[6], δεν θα περιορίσω την εκτίμησή μου μόνο στην ελευθερία εγκαταστάσεως την οποία ρυθμίζουν τα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ. Άλλωστε, το δίκαιο της Ένωσης περιλαμβάνει ειδική ρύθμιση σχετικά με τις φορολογικές συνέπειες διασυνοριακών συνενώσεων εταιριών: την οδηγία περί συγχωνεύσεων. Από αυτήν την ειδική ρύθμιση θα εκκινήσω την εξέτασή μου.

1. Η εφαρμογή της οδηγίας περί συγχωνεύσεων

24. Κατά το άρθρο 1, στοιχείο α′, της οδηγίας περί συγχωνεύσεων, τα κράτη μέλη πρέπει να εφαρμόζουν την εν λόγω οδηγία σε περιπτώσεις συγχωνεύσεως μεταξύ εταιριών διαφορετικών κρατών μελών. Βάσει του άρθρου 2, στοιχείο α′, περίπτωση iii, της οδηγίας, η απορρόφηση θυγατρικής εταιρίας από τη μητρική της εταιρία, στην οποία ανήκει σε ποσοστό 100 %, συνιστά συγχώνευση. Η υποκείμενη στον φόρο, που είναι εγκατεστημένη στη Φινλανδία, σχεδιάζει να απορροφήσει τη σουηδική θυγατρική της, της οποίας κατέχει το σύνολο των μεριδίων. Επιπλέον, το αιτούν δικαστήριο διαπίστωσε ότι οι δύο εταιρίες πληρούν τα κριτήρια σχετικά με την εταιρική μορφή και, ως εκ τούτου, συντρέχουν και οι προϋποθέσεις που θέτει το άρθρο 3, στοιχείο α′, της οδηγίας περί συγχωνεύσεων, το οποίο σε συνδυασμό με το παράρτημα Ι, μέρος Α, καθορίζει τους τύπους των εταιριών που εμπίπτουν στην έννοια της «εταιρίας κράτους μέλους» για τους σκοπούς της οδηγίας. Περαιτέρω, στην προκειμένη διαδικασία θα μπορούσαν να πληρούνται επίσης οι προϋποθέσεις που προβλέπονται στα στοιχεία β′ και γ′ της ανωτέρω διατάξεως σχετικά με τη φορολογική κατοικία και την υποχρεωτική υπαγωγή στον φόρο κατά τον φινλανδικό νόμο περί φορολογίας εισοδήματος. Συνεπώς, η οδηγία περί συγχωνεύσεων μπορεί να εφαρμοσθεί σε περιπτώσεις όπως αυτή της κύριας δίκης.

25. Εν συνεχεία, λοιπόν, πρέπει να αναζητηθούν οι έννομες συνέπειες που προβλέπει η οδηγία περί συγχωνεύσεων σε σχέση με τη διασυνοριακή μεταχείριση των ζημιών. Συναφώς, το αιτούν δικαστήριο επισημαίνει ότι η οδηγία περί συγχωνεύσεων δεν περιέχει διατάξεις σχετικές με τον τρόπο που το κράτος μέλος όπου είναι εγκατεστημένη η λήπτρια εταιρία πρέπει να μεταχειρισθεί τις ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας οι οποίες έχουν βεβαιωθεί από άλλο κράτος μέλος. Παρόμοια άποψη υποστήριξαν και οι μετέχοντες στη διαδικασία. Εξ αυτού συνάγεται, κατά τα φαινόμενα, το συμπέρασμα ότι η οδηγία περί συγχωνεύσεων δεν εφαρμόζεται στην περίπτωση της κύριας δίκης και ότι, ως εκ τούτου, δεν μπορεί να διαπιστωθεί βάσει αυτής της οδηγίας εάν η φινλανδική ρύθμιση συνάδει με το δίκαιο της Ένωσης.

26. Η ανωτέρω προσέγγιση χρήζει διορθώσεως. Ήδη διαπιστώθηκε ότι περιπτώσεις όπως αυτή της κύριας δίκης εμπίπτουν στο πεδίο εφαρμογής της οδηγίας περί συγχωνεύσεων. Κατά τη δεύτερη έως και την τέταρτη αιτιολογική της σκέψη, σκοπός της επίμαχης οδηγίας είναι να θεσπιστεί κοινή ρύθμιση προκειμένου να αποκλειστεί το ενδεχόμενο δυσμενούς φορολογικής μεταχειρίσεως των διασυνοριακών συγχωνεύσεων σε σύγκριση προς τις ημεδαπές συγχωνεύσεις, προς όφελος της εσωτερικής αγοράς. Για τον σκοπό αυτόν, η ένατη αιτιολογική σκέψη προβλέπει ρητώς τον συνυπολογισμό των ζημιών από φορολογικής απόψεως.

27. Κατ’ αντιστοιχία προς την ως άνω αιτιολογική σκέψη, το άρθρο 6 της οδηγίας περιέχει ρύθμιση περί αναλήψεως από τη λήπτρια εταιρία των ζημιών της εισφέρουσας εταιρίας, οι οποίες δεν έχουν ακόμη αποσβεσθεί από φορολογικής απόψεως. Κατά το εν λόγω άρθρο, η λήπτρια εταιρία μπορεί να μεταβιβάσει ζημίες εισφέρουσας εταιρίας, εγκατεστημένης σε άλλο κράτος μέλος, σε μόνιμη εγκατάστασή της στο ίδιο κράτος μέλος, εφόσον η μεταβίβαση αυτή είναι δυνατή και μεταξύ εταιριών εγκατεστημένων σε αυτό το κράτος μέλος.

6 — Βλ., σχετικά με τη δυνατότητα ευρείας ερμηνείας αιτήσεως για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως, μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 12ης Ιουλίου 1979, 244/78, Union Laitière Normande (Συλλογή τόμος 1979/II, σ. 307, σκέψη 5), και της 26ης Απριλίου 2012, C-578/10 έως C-580/10, van Putten (σκέψη 23).

28. Επομένως, το άρθρο 6 της οδηγίας περί συγχωνεύσεων προβλέπει τον συνυπολογισμό των προς μεταφορά ζημιών της εισφέρουσας εταιρίας μόνον εντός του κράτους μέλους όπου είναι εγκατεστημένη η ίδια και όχι στο κράτος μέλος όπου έχει την εγκατάστασή της η λήπτρια εταιρία. Σύμφωνα με τη διάταξη αυτή, η υποκείμενη στον φόρο της κύριας δίκης θα είχε το δικαίωμα, υπό τις προϋποθέσεις της σουηδικής φορολογικής νομοθεσίας, να χρησιμοποιήσει στο πλαίσιο της σουηδικής φορολογικής διαδικασίας τις προς μεταφορά ζημίες της σουηδικής θυγατρικής της εταιρίας μετά από τη συγχώνευση μόνο σε σχέση με άλλη εγκατάστασή της στη Σουηδία. Εντούτοις, αυτό το δικαίωμα το οποίο αναγνωρίζεται στη Σουηδία δεν έχει καμία σημασία, προφανώς, για την υποκείμενη στον φόρο, καθόσον αυτή δεν θα διαθέτει άλλη εγκατάσταση στη Σουηδία μετά από τη συγχώνευση, όπως προκύπτει από τα στοιχεία που παραθέτει το αιτούν δικαστήριο. Πράγματι, δεν διατηρεί ήδη τέτοια εγκατάσταση στη Σουηδία ούτε μπορεί να συνεχίσει τη δραστηριότητα της εγκαταστάσεως της εισφέρουσας εταιρίας, διότι η τελευταία έχει αναστείλει ήδη την επιχειρηματική της δραστηριότητα στη Σουηδία.

29. Συμπερασματικώς, επιβάλλεται πάντως η διαπίστωση ότι η οδηγία περί συγχωνεύσεων εφαρμόζεται στην περίπτωση της κύριας δίκης. Δεν προβλέπει όμως την έννομη συνέπεια την οποία επιδιώκει η υποκείμενη στον φόρο, ήτοι τη χρησιμοποίηση των προς μεταφορά σουηδικών ζημιών για φορολογικούς σκοπούς στη Φινλανδία. Η οδηγία περί συγχωνεύσεων καθιστά δυνατή τη χρησιμοποίηση των προς μεταφορά σουηδικών ζημιών μόνο στο πλαίσιο της σουηδικής φορολογίας. Συνεπώς, η οδηγία περί συγχωνεύσεων δεν επιβάλλει στο κράτος μέλος όπου είναι εγκατεστημένη η λήπτρια εταιρία να συνυπολογίσει τις προς μεταφορά ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας που έχει την εγκατάστασή της σε άλλο κράτος μέλος.

2. Η παραβίαση της ελευθερίας εγκαταστάσεως

30. Από την ανωτέρω διαπίστωση δεν μπορεί ωστόσο να συναχθεί ακόμη το συμπέρασμα ότι το δίκαιο της Ένωσης απαγορεύει εν γένει εθνική ρύθμιση η οποία αποκλείει την ανάληψη αλλοδαπών ζημιών. Πράγματι, τέτοιος αποκλεισμός θα μπορούσε να αντιβαίνει στην ελευθερία εγκαταστάσεως της λήπτριας εταιρίας, όπως απορρέει από τα άρθρα 49 και 54 ΣΛΕΕ.

31. Στην περίπτωση αυτή, ο νομοθέτης της Ένωσης εκδίδοντας την οδηγία περί συγχωνεύσεων δεν θα είχε πράξει όσα απαιτεί η Συνθήκη προκειμένου να εξασφαλιστεί η καλή λειτουργία της εσωτερικής αγοράς καταργώντας τα φορολογικά μειονεκτήματα των διασυνοριακών συγχωνεύσεων. Από τη δέκατη τέταρτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας περί συγχωνεύσεων προκύπτει ότι ο νομοθέτης της Ένωσης είχε λάβει, τουλάχιστον, υπόψη αυτό το ενδεχόμενο. Στην εν λόγω αιτιολογική σκέψη τα κράτη μέλη καλούνται να λάβουν μονομερώς τα αναγκαία μέτρα για την εξάλειψη των εμποδίων στη λειτουργία της εσωτερικής αγοράς.

32. Για τον λόγο αυτόν, πρέπει να διευκρινισθεί ακολούθως αν ο προβλεπόμενος από τη φινλανδική φορολογική νομοθεσία αποκλεισμός της αναλήψεως αλλοδαπών ζημιών σε περίπτωση συγχωνεύσεως παραβιάζει την ελευθερία εγκαταστάσεως.

α) Περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως

33. Τα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ απαγορεύουν, καταρχήν, σε κράτος μέλος να επιβάλει με το εθνικό του δίκαιο στο έδαφός του, περιορισμούς στην ελεύθερη εγκατάσταση εταιριών που έχουν συσταθεί σύμφωνα με τις νομοθετικές διατάξεις άλλου κράτους μέλους.

34. Κατά πάγια νομολογία, ως περιορισμοί της ελευθερίας εγκαταστάσεως πρέπει να νοούνται όλα τα μέτρα που απαγορεύουν, παρακωλύουν ή καθιστούν λιγότερο ελκυστική την άσκηση της ελευθερίας αυτής[7]. Αν και οι διατάξεις τις Συνθήκης σχετικά με την ελευθερία εγκαταστάσεως έχουν ως κύριο σκοπό, κατά το γράμμα τους, να εξασφαλίσουν εντός του κράτους μέλους υποδοχής ίση μεταχείριση προς τους ημεδαπούς, απαγορεύουν, κατά πάγια νομολογία, και στο κράτος μέλος καταγωγής να εμποδίζει την εγκατάσταση σε άλλο κράτος μέλος μιας εταιρίας που έχει συσταθεί σύμφωνα με τη νομοθεσία του[8]. Τέτοιο εμπόδιο υφίσταται, κατά το Δικαστήριο, όταν το κράτος μέλος καταγωγής μεταχειρίζεται κατά τρόπο διαφορετικό την εν λόγω εταιρία σε σύγκριση προς τις εταιρίες οι οποίες δραστηριοποιούνται αμιγώς στην ημεδαπή και αυτή η διαφορετική μεταχείριση δύναται να αποτρέψει την εταιρία από την άσκηση του δικαιώματος εγκαταστάσεώς της σε άλλο κράτος μέλος[9].

35. Το αιτούν δικαστήριο διαπίστωσε ότι τα άρθρα 119 και 123 του φινλανδικού νόμου περί φορολογίας εισοδήματος αποκλείουν τη μεταβίβαση ζημιών οι οποίες προέκυψαν από δραστηριότητα μη υποκείμενη στο φινλανδικό φορολογικό καθεστώς. Μολονότι η μητρική εταιρία μπορεί να χρησιμοποιήσει, από φορολογικής απόψεως, στη Φινλανδία τις προς μεταφορά ζημίες ημεδαπής θυγατρικής εταιρίας σε περίπτωση συγχωνεύσεως, τούτο δεν είναι δυνατόν όσον αφορά τις ζημίες αλλοδαπής θυγατρικής εταιρίας οι οποίες έχουν προκύψει από τη δραστηριότητά της σε άλλο κράτος μέλος. Η έλλειψη της δυνατότητας επικλήσεως των ζημιών, οι οποίες προκύπτουν στο πλαίσιο δραστηριότητας που ασκείται σε άλλο κράτος μέλος, για φορολογικούς σκοπούς στη Φινλανδία, θα μπορούσε να αποθαρρύνει φινλανδική εταιρία από τη σύσταση ή την απόκτηση θυγατρικής εταιρίας σε άλλο κράτος μέλος. Επομένως, η φινλανδική φορολογική ρύθμιση μπορεί να αποτρέψει την άσκηση επιχειρηματικής δραστηριότητας σε άλλα κράτη μέλη μέσω θυγατρικής εταιρίας. Ως εκ τούτου, η επίμαχη φινλανδική φορολογική ρύθμιση περιορίζει την ελευθερία εγκαταστάσεως.

36. Από την ανωτέρω διαπίστωση πρέπει να διαχωριστεί το ζήτημα αν η υποκείμενη στον φόρο θα μπορούσε να επικαλεσθεί το δικαίωμα εγκαταστάσεως σε περίπτωση όπως αυτή της κύριας δίκης. Πιο συγκεκριμένα, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου υποστήριξε ότι η προκειμένη περίπτωση δεν αφορά την άσκηση του δικαιώματος εγκαταστάσεως, δεδομένης της αναστολής της επιχειρηματικής δραστηριότητας της σουηδικής θυγατρικής εταιρίας, αλλά ακριβώς το αντίθετο. Ασφαλώς, η απάντηση στο ανωτέρω ερώτημα έχει σημασία μόνον εάν η φινλανδική φορολογική ρύθμιση συνιστά εν τέλει παραβίαση της ελευθερίας εγκαταστάσεως. Ωστόσο, λαμβάνω ως δεδομένο, εκ προοιμίου, ότι οι περιορισμοί που οφείλονται στις αφηρημένες φορολογικές έννομες συνέπειες μιας συγχωνεύσεως, οι οποίες αποτρέπουν ήδη την έναρξη διασυνοριακής δραστηριότητας, μπορούν να αρθούν κατά τρόπο συγκεκριμένο μόνον κατά τον χρόνο της συγχωνεύσεως. Κατά τον χρόνο αυτόν, η υποκείμενη στον φόρο είχε ήδη κάνει χρήση της ελευθερίας εγκαταστάσεώς της, παρά τον υφιστάμενο περιορισμό. Η υποκείμενη στον φόρο όμως δύναται να στραφεί και κατά της συγκεκριμένης εφαρμογής του περιορισμού, προκειμένου η ασκηθείσα ελευθερία εγκαταστάσεως να μπορέσει να αναπτύξει πλήρως τα αποτελέσματά της. Για τον λόγο αυτόν, η υποκείμενη στον φόρο μπορεί να επικαλεσθεί και στην προκειμένη περίπτωση την άσκηση της ελευθερίας εγκαταστάσεώς της.

37. Εντούτοις, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου ορθώς επισήμανε ότι δεν μπορεί να γίνει δεκτό ότι συντρέχει ο περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως σε περιπτώσεις στις οποίες το φινλανδικό δίκαιο δεν διακρίνει μεταξύ ημεδαπών και αλλοδαπών ζημιών όσον αφορά την ανάληψη των προς μεταφορά ζημιών. Τούτο συμβαίνει, όπως προκύπτει από τα στοιχεία που παραθέτει το αιτούν δικαστήριο, όταν η ανάληψη των προς μεταφορά ζημιών συνιστά τον μοναδικό λόγο της

7 — Βλ., ιδίως, αποφάσεις της 15ης Ιανουαρίου 2002, C-439/99, Επιτροπή κατά Ιταλίας (Συλλογή 2002, σ. I-305, σκέψη 22), και της 29ης Νοεμβρίου 2011, C-371/10, National Grid Indus (Συλλογή 2011, σ. I-12273, σκέψη 36).

8 — Βλ., ιδίως, αποφάσεις της 27ης Σεπτεμβρίου 1988, 81/87, Daily Mail και General Trust (Συλλογή 1988, σ. 5483, σκέψη 16) και National Grid Indus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψη 35).

9 — Βλ., ιδίως, αποφάσεις της 11ης Μαρτίου 2004, C-9/02, de Lasteyrie du Saillant (Συλλογή 2004, σ. I-2409, σκέψη 46) και National Grid Indus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψη 37).

συγχωνεύσεως. Πράγματι, το φινλανδικό δίκαιο απαγορεύει στην περίπτωση αυτή την ανάληψη ζημιών για κάθε εταιρία. Συνεπώς, θα μπορούσε να αποκλεισθεί –ελλείψει διακριτικής μεταχειρίσεως– τούτο το ενδεχόμενο να υφίσταται περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως όσο και το ενδεχόμενο να αντιβαίνει η εθνική διάταξη στα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ.

38. Απόκειται στο εθνικό δικαστήριο να διαπιστώσει αν υφίσταται τέτοια περίπτωση στην κύρια δίκη και αν θα καθίστατο, ως εκ τούτου, άνευ σημασίας η ερμηνεία των άρθρων 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ. Υπό αυτές τις συνθήκες όμως θα λάβω ως δεδομένο, για την απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα, ότι το ερώτημα του αιτούντος δικαστηρίου σχετικά με την ερμηνεία της ελευθερίας εγκαταστάσεως περιορίζεται σε περιπτώσεις στις οποίες η ανάληψη των προς μεταφορά ζημιών δεν συνιστά τον μοναδικό λόγο της συγχωνεύσεως.

39. Για τον λόγο αυτόν, παρέλκει εν προκειμένω η περαιτέρω εξέταση της σημασίας της ενδεχόμενης καταχρηστικής συμπεριφοράς της υποκείμενης στον φόρο, την οποία εξετάζουν ορισμένοι από τους μετέχοντες στη διαδικασία. Άλλωστε, σε κάθε περίπτωση, το γεγονός και μόνον ότι μια απόφαση περί συγχωνεύσεως για οικονομικούς λόγους έχει ως αποτέλεσμα την ανάληψη των προς μεταφορά ζημιών της εισφέρουσας εταιρίας δεν αρκεί για να δικαιολογήσει αιτίαση περί καταχρηστικής συμπεριφοράς, εφόσον μάλιστα τούτο προβλέπεται από το φινλανδικό δίκαιο περί συγχωνεύσεων όσον αφορά τις ημεδαπές ζημίες.

40. Ως προς τον περιορισμό της ελευθερίας εγκαταστάσεως, το Δικαστήριο, αφού διαπιστώσει ότι υφίσταται διακριτική μεταχείριση, εξετάζει εν μέρει και την αντικειμενική δυνατότητα συγκρίσεως των καταστάσεων [10]. Φρονώ όμως ότι αυξάνεται η αβεβαιότητα σχετικά με το περιεχόμενο που προσδίδει το Δικαστήριο σε αυτήν την προϋπόθεση σε περιπτώσεις κατά τις οποίες –όπως εν προκειμένω– πρέπει να εξετασθεί ένας περιορισμός του δικαιώματος εγκαταστάσεως που επιβάλλεται από το κράτος μέλος καταγωγής και, ως εκ τούτου, η δυνατότητα συγκρίσεως με την κατάσταση των ημεδαπών. Εάν για το Δικαστήριο αρκεί, εν προκειμένω, ότι και στις δύο περιπτώσεις ημεδαποί υποκείμενοι στον φόρο επιθυμούν να επωφεληθούν από φορολογική ρύθμιση [11], η εξέταση της σχετικής προϋποθέσεως θα καταστεί μόνον τυπική, διότι αυτή θα πληρούται σε κάθε περίπτωση – όπως και εν προκειμένω. Το ίδιο ισχύει και αν το Δικαστήριο δεχτεί χωρίς αιτιολογία την αντικειμενική δυνατότητα συγκρίσεως των καταστάσεων [12].

41. Κατόπιν τούτου, εκτιμώ ότι είναι πιο φρόνιμο να ακολουθήσω το παράδειγμα ορισμένων αποφάσεων του Δικαστηρίου και να μην εξετάσω την αντικειμενική δυνατότητα συγκρίσεως των καταστάσεων στο πλαίσιο της διαπιστώσεως του περιορισμού της ελευθερίας εγκαταστάσεως από το κράτος μέλος καταγωγής [13]. Επιπλέον, υπέρ αυτής της στάσεως συνηγορεί το ότι η εξέταση της αντικειμενικής δυνατότητας συγκρίσεως των καταστάσεων δεν μπορεί, κατά την άποψή μου, να είναι εξαντλητική, εάν δεν διερευνηθεί ο λόγος της διαφορετικής μεταχειρίσεως. Το ζήτημα αυτό όμως εμπίπτει στο πλαίσιο της δικαιολογήσεως του περιορισμού της ελευθερίας εγκαταστάσεως και θα αναλυθεί αμέσως κατωτέρω.

42. Κατ' αρχάς, λοιπόν, συνάγεται ως ενδιάμεσο συμπέρασμα ότι εθνική ρύθμιση η οποία, σε περίπτωση συγχωνεύσεως, επιτρέπει καταρχήν στη λήπτρια εταιρία να χρησιμοποιήσει τις προς μεταφορά ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας, αλλά αποκλείει αυτή τη δυνατότητα όσον αφορά ζημίες οι οποίες έχουν προκύψει από δραστηριότητα που ασκείται σε άλλο κράτος μέλος και δεν υπόκειται στο εθνικό φορολογικό καθεστώς συνιστά περιορισμό της ελευθερίας εγκαταστάσεως.

10 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 25ης Φεβρουαρίου 2010, C-337/08, X Holding (Συλλογή 2010, σ. I-1215, σκέψεις 20 έως 24), και National Grid Indus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψη 38).

11 — Βλ. απόφαση X Holding (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψη 24).

12 — Βλ. απόφαση National Grid Indus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψη 38).

13 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 15ης Μαΐου 2008, C-414/06, Lidl Belgium (Συλλογή 2008, σ. I-3601, σκέψεις 18 έως 25), και της 23ης Οκτωβρίου 2008, C-157/07, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (Συλλογή 2008, σ. I-8061, σκέψεις 27 έως 39).

β) Δικαιολόγηση

43. Εντούτοις, κατά πάγια νομολογία του Δικαστηρίου, τέτοιος περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως μπορεί να γίνει δεκτός, εάν δικαιολογείται από επιτακτικές ανάγκες γενικού συμφέροντος[14]. Τέτοιο δικαιολογητικό λόγο συνιστά, κατά πάγια νομολογία, η διαφύλαξη της ισόρροπης κατανομής των εξουσιών φορολογήσεως μεταξύ των κρατών μελών[15]. Στο πλαίσιο αυτό τα κράτη μέλη μπορούν να λαμβάνουν μέτρα για να εξασφαλίσουν την άσκηση της φορολογικής τους αρμοδιότητας[16]. Ο ως άνω σκοπός ενδέχεται να καθιστά αναγκαία την εφαρμογή, στις οικονομικές δραστηριότητες των εγκατεστημένων εντός ενός από τα κράτη αυτά εταιριών, μόνον των φορολογικών κανόνων του συγκεκριμένου κράτους, τόσο ως προς τα κέρδη όσο και ως προς τις ζημίες[17].

44. Όπως έχω επισημάνει ήδη στις προτάσεις μου επί της υποθέσεως Philips Electronics, η φορολογική αρμοδιότητα κράτους μέλους θίγεται μόνον εφόσον ληφθούν υπόψη ζημίες που προέκυψαν στο πλαίσιο της αποκλειστικής φορολογικής εξουσίας άλλου κράτους μέλους[18]. Οι ζημίες τις οποίες αφορά η προκειμένη περίπτωση έχουν προκύψει από τη δραστηριότητα σουηδικής εταιρίας στη Σουηδία. Κατά το άρθρο 7, παράγραφος 1, της εφαρμοστέας, εν προκειμένω, συμβάσεως προς αποφυγή της διπλής φορολογίας, η εν λόγω δραστηριότητα υπόκειται στην αποκλειστική φορολογική εξουσία του Βασιλείου της Σουηδίας. Επομένως, ο συνυπολογισμός αυτών των ζημιών θα έθιγε τη φινλανδική φορολογική αρμοδιότητα. Η Δημοκρατία της Φινλανδίας θα έπρεπε να λάβει υπόψη ζημίες που έχουν προκύψει από δραστηριότητα την οποία δεν μπορεί να φορολογήσει. Για τον λόγο αυτόν, η Δημοκρατία της Φινλανδίας έχει, καταρχήν, το δικαίωμα να αρνηθεί στην υποκείμενη στον φόρο τον συνυπολογισμό των ζημιών της σουηδικής θυγατρικής εταιρίας.

45. Ωστόσο, το ερώτημα που τίθεται με την προκειμένη αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως συνίσταται, συγκεκριμένα, στο αν τούτο ισχύει και στην περίπτωση συγχωνεύσεως κατά την οποία η εισφέρουσα εταιρία έχει απολέσει τη νομική της υπόσταση και, ως εκ τούτου, κάθε δυνατότητα να χρησιμοποιήσει τις προς μεταφορά ζημίες της στο πλαίσιο του σουηδικού φορολογικού καθεστώτος.

i) Ο αναγκαίος χαρακτήρας της φινλανδικής ρυθμίσεως

46. Η φινλανδική ρύθμιση θα μπορούσε να βαίνει πέραν του μέτρου που είναι αναγκαίο για τη διαφύλαξη της ισόρροπης κατανομής των εξουσιών φορολογήσεως μεταξύ των κρατών μελών. Κατά πάγια νομολογία, περιοριστικό μέτρο δεν μπορεί να υπερβαίνει αυτό που είναι αναγκαίο για την επίτευξη του επιδιωκόμενου σκοπού[19].

– Επί της δυνατότητας εφαρμογής της εξαιρέσεως Marks & Spencer

47. Στην απόφαση Marks & Spencer το Δικαστήριο έλαβε υπόψη τον αναγκαίο χαρακτήρα και τη δυνατότητα λήψεως λιγότερο περιοριστικών μέτρων και δέχτηκε, κατ' εξαίρεση, ότι υφίσταται παραβίαση της ελευθερίας εγκαταστάσεως στην περίπτωση που εγκατεστημένη στην αλλοδαπή θυγατρική εταιρία έχει εξαντλήσει τις δυνατότητες συνυπολογισμού των ζημιών οι οποίες παρέχονται εντός του κράτους εγκαταστάσεώς της και δεν υπάρχει πιθανότητα να ληφθούν υπόψη οι ζημίες της

14 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 18ης Ιουλίου 2007, C-231/05, Oy AA (Συλλογή 2007, σ. I-6373, σκέψη 44), και της 13ης Οκτωβρίου 2011, C-9/11, Waypoint Aviation (Συλλογή 2011, σ. I-9697, σκέψη 27).

15 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις Marks & Spencer (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2, σκέψη 45), και National Grid Indus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψη 45).

16 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, C-196/04, Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (Συλλογή 2006, σ. I-7995, σκέψη 56), και National Grid Indus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψη 46).

17 — Απόφαση X Holding (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψη 28).

18 — Βλ. προτάσεις της 19ης Απριλίου 2012, C-18/11, Philips Electronics (δεν έχουν δημοσιευθεί ακόμη στη Συλλογή, σημεία 50 επ.).

19 — Βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 21ης Νοεμβρίου 2002, C-436/00, X και Y (Συλλογή 2002, σ. I-10829, σκέψη 49), Marks & Spencer (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2, σκέψη 53), και Waypoint Aviation (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 14, σκέψη 27).

στο μέλλον εντός του εν λόγω κράτους[20]. Επομένως, η εγκατεστημένη στην ημεδαπή μητρική εταιρία πρέπει να έχει τη δυνατότητα να εκπέσει τις ζημίες που υπέστη η εγκατεστημένη στην αλλοδαπή θυγατρική της εταιρία στο πλαίσιο της δραστηριότητάς της στην αλλοδαπή, «εφόσον, αφενός, η εγκατεστημένη στην αλλοδαπή θυγατρική εξάντλησε τις δυνατότητες συνυπολογισμού των ζημιών οι οποίες παρέχονται εντός του κράτους εγκαταστάσεώς της ως προς το οικονομικό έτος το οποίο αφορά η αίτηση φορολογικής ελαφρύνσεως και ως προς τα προηγούμενα οικονομικά έτη και εφόσον, αφετέρου, δεν υπάρχει πιθανότητα να ληφθούν υπόψη οι ζημίες αυτές εντός του κράτους εγκαταστάσεώς της στο πλαίσιο μελλοντικών χρήσεων, είτε από την ίδια είτε από τρίτον, ιδίως σε περίπτωση μεταβιβάσεως της θυγατρικής προς τον τρίτον αυτόν»[21].

48. Κατά την εκτίμησή μου, η εξαίρεση αυτή μπορεί να γίνει κατανοητή μόνον αν ληφθούν υπόψη οι δικαιολογητικοί λόγοι οι οποίοι εξετάζονται στην απόφαση Marks & Spencer. Στην εν λόγω απόφαση το Δικαστήριο δεν στήριξε τη δικαιολόγηση του επίμαχου περιορισμού μόνο στον σκοπό της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των εξουσιών φορολογήσεως των κρατών μελών, αλλά μεταξύ άλλων και στο δικαίωμα των κρατών μελών να αποτρέπουν τον κίνδυνο διττής εκπτώσεως των ζημιών[22]. Ο κίνδυνος αυτός όμως παύει να υφίσταται, εάν οι ζημίες αλλοδαπής θυγατρικής εταιρίας δεν μπορούν πλέον να ληφθούν υπόψη στο κράτος εγκαταστάσεώς της. Συνεπώς, εθνική ρύθμιση η οποία αποκλείει, ακόμη και σε αυτήν την περίπτωση, τη χρησιμοποίηση των ζημιών από τη μητρική εταιρία, υπερβαίνει το μέτρο που είναι αναγκαίο για την αποτροπή του κινδύνου διττής εκπτώσεως των ζημιών.

49. Εντούτοις, η νομολογία του Δικαστηρίου εξελίχθηκε περαιτέρω μετά από την απόφαση Marks & Spencer. Όπως έχω επισημάνει ήδη στις προτάσεις μου επί της υποθέσεως Philips Electronics, από την εξέλιξη της σχετικής νομολογίας καθίσταται σαφές ότι το μοναδικό κρίσιμο στοιχείο για την ύπαρξη δικαιολογητικού λόγου είναι να επιδιώκεται με την εθνική ρύθμιση ο σκοπός της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών[23]. Αντιθέτως, ο σκοπός της αποτροπής της διττής εκπτώσεως των ζημιών δεν έχει αυτοτελή σημασία[24].

50. Πάντως, η εξαίρεση την οποία δέχτηκε το Δικαστήριο στην απόφαση Marks & Spencer δεν συμβιβάζεται πλέον με τον δικαιολογητικό λόγο της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών ο οποίος έχει αναγνωρισθεί, εν τω μεταξύ, από τη νομολογία ως αυτοτελής[25]. Πράγματι, για τη διαφύλαξη της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών των κρατών μελών δεν έχει σημασία αν υφίσταται δυνατότητα εκπτώσεως των ζημιών στο κράτος μέλος που διαθέτει την εξουσία επιβολής φόρου για συγκεκριμένη δραστηριότητα. Το μόνο κρίσιμο ζήτημα είναι να προσδιοριστεί η δραστηριότητα και κατ' επέκταση η φορολογική εξουσία στο πλαίσιο της οποίας έχει προκύψει η ζημία.

51. Η εστίαση στον δικαιολογητικό λόγο της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών των κρατών μελών παρέχει εντελώς διαφορετική προοπτική όσον αφορά την εκτίμηση του αναγκαίου χαρακτήρα εθνικού μέτρου. Συγκεκριμένα, υπό το πρίσμα αυτού του δικαιολογητικού λόγου δεν συνιστά λιγότερο περιοριστικό μέτρο το ότι κράτος μέλος που δεν διαθέτει φορολογική εξουσία πρέπει να λαμβάνει υπόψη ζημίες οι οποίες έχουν προκύψει υπό τη φορολογική κυριαρχία άλλου κράτους μέλους όπου δεν υφίσταται πλέον τέτοια δυνατότητα. Στην περίπτωση αυτή, δηλαδή, ουδόλως μπορεί να επιτευχθεί ο σκοπός της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών.

20 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2, σκέψεις 54 επ.).

21 — Απόφαση Marks & Spencer (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2, σκέψη 59).

22 — Απόφαση Marks & Spencer (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2, σκέψεις 47 επ.).

23 — Βλ. προτάσεις Philips Electronics (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 18, σημεία 40 έως 42).

24 — Βλ. προτάσεις Philips Electronics (προπαρατεθείσες στην υποσημείωση 18, σημεία 58 επ.).

25 — Βλ. αποφάσεις X Holding (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψεις 28 έως 33), και National Grid Indus (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 7, σκέψεις 45 έως 49)· συναφώς, και απόφαση της 7ης Σεπτεμβρίου 2006, C-470/04, N (Συλλογή 2006, σ. I-7409, σκέψη 42).

52. Η εξέλιξη της νομολογιακής θεωρήσεως της σημασίας των δικαιολογητικών λόγων, οι οποίοι αρχικώς χρησιμοποιήθηκαν παράλληλα στην απόφαση Marks & Spencer, επηρέασε και το πεδίο εφαρμογής της εξαιρέσεως που αναπτύχθηκε στο πλαίσιο της εν λόγω αποφάσεως. Η εξαίρεση αυτή μπορεί να ληφθεί υπόψη κατά την εξέταση του αναγκαίου χαρακτήρα εθνικού μέτρου μόνον εφόσον η αποτροπή της διττής εκπτώσεως των ζημιών αναγνωρίζεται ως αυτοτελής δικαιολογητικός λόγος. Αντιθέτως, αν η δικαιολόγηση στηρίζεται αποκλειστικώς στην ισόρροπη κατανομή των φορολογικών εξουσιών των κρατών μελών, η εξαίρεση Marks & Spencer δεν μπορεί να τύχει εφαρμογής λόγω της νομολογιακής εξελίξεως.

53. Το Δικαστήριο αιτιολόγησε την πιο πρόσφατη απόφασή του περί διασυνοριακής εκπτώσεως ζημιών κατά τρόπο σύμφωνο με την ανωτέρω προσέγγιση. Ενώ στην απόφαση X Holding το Δικαστήριο στήριξε τη δικαιολόγηση του περιορισμού μόνο στον σκοπό της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών, ορθώς δεν αναφέρθηκε στην εξαίρεση που είχε δεχτεί στην απόφαση Marks & Spencer, μολονότι εξέτασε αναλυτικώς τον αναγκαίο χαρακτήρα της εθνικής ρυθμίσεως [26].

54. Κατά συνέπεια, ο περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως διά του αποκλεισμού της αναλήψεως αλλοδαπών ζημιών είναι αναγκαίος για την επίτευξη του σκοπού της διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών, χωρίς να έχει σημασία αν η σουηδική θυγατρική εταιρία διατηρεί τη δυνατότητα εκπτώσεως των ζημιών στο κράτος της εγκαταστάσεώς της.

– Επί της εφαρμογής της εξαιρέσεως Marks & Spencer

55. Πάντως, ακόμη και αν θεωρηθεί ότι αυτό το τελευταίο ζήτημα εξακολουθεί να έχει σημασία, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι σε περίπτωση συγχωνεύσεως όπως η προκειμένη δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις που τίθενται στην απόφαση Marks & Spencer, προκειμένου να ληφθούν υπόψη, κατ' εξαίρεση, οι ζημίες της αλλοδαπής θυγατρικής εταιρίας στο κράτος μέλος όπου είναι εγκατεστημένη η μητρική εταιρία.

56. Είναι πρόδηλο ότι στην απόφαση Marks & Spencer το Δικαστήριο δέχτηκε την εξαίρεση μόνον ως ultima ratio. Τούτο μαρτυρά και το γεγονός ότι το Δικαστήριο αναγνώρισε τη δυνατότητα λήψεως λιγότερο περιοριστικών μέτρων, ως προς τα οποία όμως έκρινε ρητώς ότι χρήζουν ρυθμίσεως από τον νομοθέτη της Ένωσης [27]. Για τον λόγο αυτόν, η επίμαχη εξαίρεση έχει διατυπωθεί κατά τρόπο πολύ περιοριστικό. Η απόφαση προβλέπει ότι στο κράτος εγκαταστάσεως της θυγατρικής εταιρίας πρέπει να έχει αποκλεισθεί ακόμη και η απλή δυνατότητα να ληφθούν υπόψη οι ζημίες της εν λόγω εταιρίας στο πλαίσιο προηγούμενων ή μελλοντικών χρήσεων, είτε από την ίδια είτε από τρίτον [28].

57. Ασφαλώς, στην προκειμένη περίπτωση συγχωνεύσεως διαπιστώνεται ότι η θυγατρική εταιρία, στερούμενη τη νομική της υπόσταση, θα έχανε κάθε δυνατότητα εκπτώσεως των ζημιών στο πλαίσιο της σουηδικής φορολογικής διαδικασίας. Τούτο όμως θα συνιστούσε απλώς συνέπεια της αποφάσεως να συγχωνευθεί. Η ίδια, η συγχώνευση, αντιθέτως, στηρίζεται στην ελεύθερη επιλογή της μητρικής εταιρίας. Εάν γινόταν δεκτό ότι η απώλεια της δυνατότητας εκπτώσεως των ζημιών συνιστά μόνο συνέπεια της αποφάσεως περί συγχωνεύσεως, θα έπρεπε να θεωρηθεί επίσης ότι κάθε διαδικαστική ενέργεια της θυγατρικής εταιρίας στο πλαίσιο της σουηδικής φορολογικής διαδικασίας –όπως, για παράδειγμα, η εσκεμμένη υποβολή εκπρόθεσμης αιτήσεως για την επίκληση ζημιών ή η αποφυγή αυτής της επικλήσεως– μπορεί να δικαιολογήσει τον αποκλεισμό της δυνατότητας χρησιμοποιήσεως των ζημιών κατά την έννοια της εξαιρέσεως Marks & Spencer.

26 — Βλ. απόφαση X Holding (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψεις 27 επ.).

27 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2, σκέψη 58).

28 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 2, σκέψη 55).

58. Υπό αυτές τις συνθήκες, λοιπόν, η υποκείμενη στον φόρο θα δρομολογούσε η ίδια τη δυνατότητα εκπτώσεως των ζημιών στο Βασίλειο της Σουηδίας, αποφασίζοντας τη συγχώνευση με τη θυγατρική της εταιρία. Ωστόσο, το Δικαστήριο έχει τονίσει επανειλημμένως ότι υποκείμενος στον φόρο δεν μπορεί να επιλέγει ελεύθερα ούτε το φορολογικό καθεστώς που θα εφαρμοσθεί στις ζημίες των θυγατρικών του εταιριών ούτε τον τόπο συνυπολογισμού των ζημιών αυτών[29]. Όπως ορθώς υποστήριξε η Φινλανδική Κυβέρνηση, στην προκειμένη περίπτωση θα υφίστατο, εντούτοις, τέτοια ελευθερία επιλογής, εάν μετά από τη συγχώνευση οι ζημίες της σουηδικής θυγατρικής εταιρίας έπρεπε να ληφθούν υπόψη και για τη φορολόγηση στη Φινλανδία.

59. Επιπλέον, εκτιμώ ότι η υποκείμενη στον φόρο δεν μπορεί να υποστηρίξει επιτυχώς ότι η χρησιμοποίηση των σουηδικών ζημιών είχε καταστεί αδύνατη πριν από τη συγχώνευση λόγω της διακοπής της επιχειρηματικής δραστηριότητας της σουηδικής θυγατρικής εταιρίας. Απεναντίας, άλλωστε, διατηρεί τη δυνατότητα να αναλάβει εκ νέου επιχειρηματική δραστηριότητα και να συνυπολογίσει στο μέλλον τις σουηδικές ζημίες στα κέρδη που προκύπτουν από αυτήν τη δραστηριότητα. Αντιθέτως, αν θεωρούνταν κρίσιμη, συναφώς, μόνον η διακοπή της επιχειρηματικής δραστηριότητας από τον υποκείμενο στον φόρο, τούτο θα συνεπαγόταν δυνατότητα επιλογής, την οποία δεν διαθέτει ο υποκείμενος στον φόρο, όπως προκύπτει από τη νομολογία του Δικαστηρίου. Πράγματι, κατά κανόνα, είναι αδύνατο να διαπιστωθεί αντικειμενικώς αν η διακοπή επιχειρηματικής δραστηριότητας επιβάλλεται από οικονομικής απόψεως επειδή η άσκησή της δεν είναι πλέον επικερδής.

60. Τέλος, κατά τη διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου, η υποκείμενη στον φόρο υποστήριξε ότι οι ζημίες της σουηδικής θυγατρικής της εταιρίας θα μπορούσαν να μεταβιβασθούν, υπό συγκεκριμένες προϋποθέσεις, και σε άλλη σουηδική θυγατρική της εταιρία. Απόκειται στο αιτούν δικαστήριο να εξετάσει αν υφίσταται όντως τέτοια δυνατότητα εκπτώσεως των ζημιών στη Σουηδία. Σε κάθε περίπτωση, πάντως, η δυνατότητα αυτή δεν μπορεί να αποκλεισθεί με το σκεπτικό ότι οι προϋποθέσεις για τη μεταβίβαση ζημιών κατά το σουηδικό δίκαιο είναι λιγότερο ευνοϊκές από εκείνες που προβλέπει το φινλανδικό δίκαιο. Το Δικαστήριο έχει ήδη αποφανθεί, σε σχέση με τον συνυπολογισμό των ζημιών αλλοδαπής επιχειρηματικής εγκαταστάσεως, ότι κράτος μέλος δεν μπορεί να υποχρεώνεται να λαμβάνει υπόψη, κατά την εφαρμογή της φορολογικής νομοθεσίας του, τις ενδεχόμενες δυσμενείς επιπτώσεις που οφείλονται στις ιδιαιτερότητες νομοθετικής ρυθμίσεως άλλου κράτους μέλους[30].

ii) Η καταλληλότητα της φινλανδικής ρυθμίσεως

61. Από την ανωτέρω διαπίστωση του αναγκαίου χαρακτήρα της φινλανδικής ρυθμίσεως για την επίτευξη του σκοπού διαφυλάξεως της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών μεταξύ των κρατών μελών πρέπει να διαχωριστεί το ζήτημα αν τα δυσμενή αποτελέσματα που παράγονται στο πλαίσιο της ελευθερίας εγκαταστάσεως είναι δυσανάλογα προς τον επιδιωκόμενο σκοπό (υπό στενή έννοια αναλογικότητα)[31].

62. Τούτο το ζήτημα θα μπορούσε να εγείρει αμφιβολίες, καθόσον από τη μέχρι τούδε εξέταση προέκυψε ότι οι αλλοδαπές ζημίες προς μεταφορά λόγω συγχωνεύσεως δεν μπορούν να χρησιμοποιηθούν ποτέ από τη λήπτρια εταιρία στο πλαίσιο της φινλανδικής φορολογικής διαδικασίας. Δεν υφίστανται άλλες περιπτώσεις κατά τις οποίες θα ήταν δυνατή, κατ' εξαίρεση, λόγω συγχωνεύσεως η μεταβίβαση ζημιών που έχουν προκύψει υπό άλλη φορολογική κυριαρχία.

29 — Βλ. απόφαση X Holding (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 10, σκέψεις 29 έως 32)· βλ., συναφώς, και την απόφαση Oy AA (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 14, σκέψεις 64 επ.).

30 — Βλ. απόφαση Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 13, σκέψη 49).

31 — Βλ., σχετικά, τις προτάσεις μου της 12ης Σεπτεμβρίου 2006, στην υπόθεση επί της οποίας εκδόθηκε η προπαρατεθείσα απόφαση Oy AA (Συλλογή 2007, σ. I-6373, σημεία 32 και 66).

63. Κατ' αρχάς, θεωρώ ότι ο περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως στην προκειμένη περίπτωση δεν είναι ιδιαιτέρως σημαντικός. Συνεπάγεται, συγκεκριμένα, ότι, σε ορισμένες περιπτώσεις, ο υποκείμενος στον φόρο θα πρέπει να αναλάβει οριστικώς την οικονομική επιβάρυνση της φορολογικής ζημίας. Το ενδεχόμενο αυτό είναι σύνηθες στα φορολογικά καθεστώτα των κρατών μελών και μπορεί να οφείλεται απλώς στην άπρακτη παρέλευση των προθεσμιών για τη μεταφορά ζημιών. Στην περίπτωση της φινλανδικής ρυθμίσεως, μάλιστα, θίγονται μόνο λίγες εταιρίες, δηλαδή όσες δεν διατηρούν εγκατάσταση στο άλλο κράτος μέλος μετά από τη συγχώνευση και, ως εκ τούτου, δεν μπορούν να χρησιμοποιήσουν τις ζημίες κατά την έννοια του άρθρου 6 της οδηγίας περί συγχωνεύσεων, ενώ ο λόγος της συγχωνεύσεώς τους δεν συνίσταται αποκλειστικώς στη χρησιμοποίηση των ζημιών.

64. Ασφαλώς στην τελευταία εκτίμηση θα μπορούσε να αντιταχθεί ότι, αντιστοίχως, δεν θίγεται σε σημαντικό βαθμό ούτε η ισόρροπη κατανομή των φορολογικών εξουσιών μεταξύ των κρατών μελών. Στο σημείο αυτό όμως πρέπει να ληφθεί υπόψη ότι όσον αφορά την κατανομή των εν λόγω φορολογικών εξουσιών ο νομοθέτης της Ένωσης έχει προβεί σε ορισμένες θεμελιώδεις επιλογές οι οποίες αποκρυσταλλώνονται στην οδηγία περί συγχωνεύσεων και πρέπει, κατά την άποψή μου, να γίνουν σεβαστές.

65. Στην τέταρτη αιτιολογική σκέψη της οδηγίας περί συγχωνεύσεων, ο νομοθέτης της Ένωσης αποσαφήνισε κατ' αρχάς ότι, προς αποφυγή στρεβλώσεων στον τομέα του ανταγωνισμού, είναι προτιμότερο ένα κοινό φορολογικό καθεστώς στο πλαίσιο της Ένωσης αντί της επεκτάσεως των εσωτερικών καθεστώτων που ισχύουν στα κράτη μέλη. Αυτού του είδους η επέκταση του φινλανδικού φορολογικού καθεστώτος θα καθιστούσε δυνατή την ανάληψη των αλλοδαπών ζημιών σε περίπτωση συγχωνεύσεως. Τούτο, όμως, θα σήμαινε ότι όλες οι εγκατεστημένες εντός της Ένωσης θυγατρικές εταιρίες φινλανδικών μητρικών εταιριών θα μπορούσαν να απολαύουν των φινλανδικών ρυθμίσεων περί χρησιμοποιήσεως ζημιών σε περίπτωση συγχωνεύσεως. Αυτό, ωστόσο, θα είχε ως αποτέλεσμα τη δημιουργία στρεβλώσεων στον τομέα του ανταγωνισμού εκτός της φινλανδικής επικράτειας, καθόσον δεν ισχύει σε όλα τα κράτη μέλη η ίδια ρύθμιση περί μεταβιβάσεως ζημιών όπως η προβλεπόμενη κατά τη φινλανδική φορολογική νομοθεσία [32]. Κατά συνέπεια, οι εγκατεστημένες στη Σουηδία θυγατρικές εταιρίες θα τύγχαναν, για παράδειγμα, διαφορετικής μεταχειρίσεως ως προς την ανάληψη ζημιών σε περίπτωση συγχωνεύσεως, αναλόγως με το φορολογικό καθεστώς του κράτους μέλους όπου είναι εγκατεστημένη η μητρική τους εταιρία.

66. Για τον λόγο αυτόν, το άρθρο 6 της οδηγίας περί συγχωνεύσεων προβλέπει, κατά τρόπο ενιαίο στο πλαίσιο της Ένωσης, τη χρησιμοποίηση των προς μεταφορά ζημιών στο κράτος μέλος στο οποίο ήταν εγκατεστημένη η εισφέρουσα εταιρία. Ο νομοθέτης της Ένωσης, λοιπόν, επέλεξε συνειδητά να λαμβάνονται υπόψη, καταρχήν, οι ζημίες στο κράτος μέλος εγκαταστάσεως της εισφέρουσας εταιρίας. Εντούτοις, εάν δεν πληρούνται σε μεμονωμένες περιπτώσεις οι προϋποθέσεις για τη χρήση αυτής της δυνατότητας, η υποκατάστασή της από τον συνυπολογισμό των ζημιών στο κράτος μέλος όπου είναι εγκατεστημένη η λήπτρια εταιρία θα έθιγε τη θεμελιώδη επιλογή του νομοθέτη της Ένωσης και θα έθετε εν αμφιβόλω την εφαρμογή των προϋποθέσεων που προβλέπει το άρθρο 6 της οδηγίας περί συγχωνεύσεων [33].

67. Τέλος, φρονώ ότι, για λόγους ασφάλειας δικαίου, στην προκειμένη περίπτωση πρέπει να δοθεί βαρύτητα στον σαφή διαχωρισμό μεταξύ των φορολογικών εξουσιών των κρατών μελών. Οι λεπτομερείς διαφοροποιήσεις που περιέχει, επί παραδείγματι, η απόφαση Marks & Spencer δεν ωφελούν την ελευθερία εγκαταστάσεως, εάν προκαλούν ανασφάλεια και διχογνωμίες στον νομικό κόσμο. Συναφώς, η υποκείμενη στον φόρο εξέθεσε με γλαφυρότητα, κατά την επ' ακροατηρίου

32 — Βλ., επίσης, την πρόταση οδηγίας του Συμβουλίου όσον αφορά ένα καθεστώς συνυπολογισμού από τις επιχειρήσεις των ζημιών που εμφανίζουν οι μόνιμες εγκαταστάσεις και οι θυγατρικές τους που βρίσκονται σε άλλα κράτη μέλη, της 24ης Ιανουαρίου 1991 [COM(90) 595 τελικό, σημείο 12 της αιτιολογικής εκθέσεως].

33 — Βλ., ως προς τον οριστικό δεσμευτικό χαρακτήρα των πραγματικών προϋποθέσεων, την απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2008, C-285/07, A.T. (Συλλογή 2008, σ. I-9329, σκέψη 27), σχετικά με το άρθρο 8 της οδηγίας περί συγχωνεύσεων.

συζήτηση, πόσο περίπλοκα μπορεί να είναι τα ζητήματα φορολογικού και εταιρικού δικαίου, ώστε να χρήζουν εξαιρετικής ρυθμίσεως. Ωστόσο, εάν η επίλυση αυτών των ζητημάτων επαφιόταν αποκλειστικώς στα εθνικά δικαστήρια –όπως πρότεινε η Επιτροπή– θα ετίθετο εν αμφιβόλω η ενιαία εφαρμογή του δικαίου της Ένωσης.

68. Κατόπιν τούτου, εκτιμώ ότι τα δυσμενή αποτελέσματα που παράγονται από τη φινλανδική ρύθμιση στο πλαίσιο της ελευθερίας εγκαταστάσεως δεν είναι δυσανάλογα σε σχέση με την επιδιωκόμενη διαφύλαξη της ισόρροπης κατανομής των φορολογικών εξουσιών μεταξύ των κρατών μελών.

3. Ενδιάμεσο συμπέρασμα

69. Συνεπώς, στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα πρέπει να δοθεί η απάντηση ότι ούτε η οδηγία περί συγχωνεύσεων ούτε τα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ αποκλείουν εθνική ρύθμιση κατά την οποία, σε περίπτωση συγχωνεύσεως, η ημεδαπή απορροφώσα εταιρία δεν δύναται να εκπέσει φορολογικώς τις ζημίες που υπέστη η εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος απορροφώμενη εταιρία στο πλαίσιο της οικονομικής της δραστηριότητας, η οποία υπέκειτο αποκλειστικώς στο φορολογικό καθεστώς του κράτους μέλους όπου ήταν εγκατεστημένη η απορροφώμενη εταιρία.

Β– *Επί του δεύτερου προδικαστικού ερωτήματος: υπολογισμός των ζημιών*

70. Με το δεύτερο ερώτημά του, το Δικαστήριο ζητεί να αποσαφηνισθεί αν οι αλλοδαπές ζημίες, σε περίπτωση που μπορούν να ληφθούν υπόψη, θα υπολογισθούν με βάση τις φορολογικές διατάξεις του κράτους εγκαταστάσεως της λήπτριας εταιρίας ή της εισφέρουσας εταιρίας.

71. Κατόπιν της απαντήσεώς μου στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα, παρέλκει η απάντηση στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα. Όντως, το δίκαιο της Ένωσης δεν επιβάλλει στο κράτος μέλος στο οποίο είναι εγκατεστημένη η λήπτρια εταιρία να λάβει υπόψη τις αλλοδαπές ζημίες.

72. Εντούτοις, θα απαντήσω και στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα για την περίπτωση που το Δικαστήριο δεν συμμεριστεί την πρότασή μου όσον αφορά την απάντηση στο πρώτο προδικαστικό ερώτημα και δεχθεί, αντιθέτως, ότι η λήπτρια εταιρία μπορεί να εκπέσει τις ζημίες της εισφέρουσας εταιρίας.

73. Κατά την εκτίμησή μου, λοιπόν, στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα αρμόζει η απάντηση ότι οι προς έκπτωση ζημίες πρέπει να υπολογίζονται, καταρχήν, βάσει της φορολογικής νομοθεσίας του κράτους εγκαταστάσεως της λήπτριας εταιρίας. Άλλωστε, όπως επισήμανε και η Γαλλική Κυβέρνηση, μόνον αυτός ο υπολογισμός εξασφαλίζει την ίση μεταχείριση ημεδαπών και διασυνοριακών περιπτώσεων, δηλαδή την ίδια φορολογική μεταχείριση της συγχωνεύσεως με ημεδαπή θυγατρική εταιρία και της συγχωνεύσεως με αλλοδαπή θυγατρική εταιρία. Αυτή η ίση μεταχείριση θα απέκλειε τον περιορισμό της ελευθερίας εγκαταστάσεως, ο οποίος, όπως επισημάνθηκε, στηρίζεται ακριβώς στη διαφορετική μεταχείριση όμοιων περιπτώσεων[34].

74. Συνεπώς, δεν μπορεί να γίνει δεκτή η άποψη της Επιτροπής και της Φινλανδικής Κυβερνήσεως, οι οποίες υποστηρίζουν ότι οι ζημίες πρέπει να εκπίπτουν το πολύ μέχρι του ύψους που καθορίζεται βάσει της φορολογικής νομοθεσίας του κράτους εγκαταστάσεως της εισφέρουσας εταιρίας, εν προκειμένω δηλαδή του Βασιλείου της Σουηδίας. Στην περίπτωση αυτή δεν θα εξασφαλιζόταν η ίση

34 — Βλ., ανωτέρω, τα σημεία 33 επ.

μεταχείριση των φορολογικών συνεπειών μεταξύ ημεδαπής και διασυνοριακής συγχωνεύσεως. Ως εκ τούτου, θα υφίστατο περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως, καθόσον η έκπτωση των ζημιών στις διασυνοριακές συγχωνεύσεις θα ήταν μικρότερης κλίμακας σε σύγκριση προς τις αμιγώς ημεδαπές συγχωνεύσεις.

75. Ωστόσο, η αρχή του υπολογισμού των προς έκπτωση ζημιών βάσει της φορολογικής νομοθεσίας του κράτους εγκαταστάσεως της λήπτριας εταιρίας ενδέχεται να πρέπει να περιορισθεί αναλόγως με την αιτία στην οποία οφείλεται η απόκλιση του υπολογισμού των ζημιών από το αποτέλεσμα της επιχειρηματικής διαχειρίσεως. Επί παραδείγματι, θα μπορούσαν να ισχύσουν εξαιρέσεις στο πλαίσιο παροχής φορολογικών αναπτυξιακών κινήτρων στο κράτος εγκαταστάσεως της λήπτριας εταιρίας, τα οποία –παραδείγματος χάρη, οι αυξημένες αποσβέσεις– έχουν ως αποτέλεσμα μεγαλύτερες ζημίες. Συναφώς, πρέπει να σημειωθεί ότι ο ίδιος ο περιορισμός της εφαρμογής τέτοιων ρυθμίσεων σε δραστηριότητες της ημεδαπής θα μπορούσε να είναι δικαιολογημένος. Τούτο θα σήμαινε όμως ότι στο πλαίσιο αυτό οι επίμαχες ζημίες δεν θα έπρεπε να υπολογισθούν βάσει της φορολογικής νομοθεσίας του κράτους εγκαταστάσεως της λήπτριας εταιρίας.

76. Δεδομένου ότι η αίτηση εκδόσεως προδικαστικής αποφάσεως δεν περιλαμβάνει στοιχεία σχετικά με την αιτία ενδεχόμενης αποκλίσεως του υπολογισμού των ζημιών κατά τη φινλανδική και κατά τη σουηδική νομοθεσία ούτε επισημαίνει την αμφιλεγόμενη εφαρμογή συγκεκριμένων διατάξεων περί υπολογισμού των ζημιών, δεν μπορεί να δοθεί απόλυτη απάντηση στο αιτούν δικαστήριο.

V – Συμπέρασμα

77. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει στα ερωτήματα που υπέβαλε το Korkein hallinto-oikeus ως εξής:

Ούτε η οδηγία περί συγχωνεύσεων ούτε τα άρθρα 49 ΣΛΕΕ και 54 ΣΛΕΕ αποκλείουν εθνική ρύθμιση κατά την οποία, σε περίπτωση συγχωνεύσεως, η ημεδαπή απορροφώσα εταιρία δεν δύναται να εκπέσει φορολογικώς τις ζημίες που υπέστη η εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος απορροφώμενη εταιρία στο πλαίσιο της οικονομικής της δραστηριότητας, η οποία υπέκειτο αποκλειστικώς στο φορολογικό καθεστώς του κράτους μέλους όπου ήταν εγκατεστημένη η απορροφώμενη εταιρία.