Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
JULIANE KOKOTT
föredraget den 19 juli 2012 [1]

Mål C-123/11

A Oy

(begäran om förhandsavgörande från Korkein hallinto-oikeus (Finland))

”Skatterätt — Etableringsfrihet — Direktiv 2009/133/EG — Nationell inkomstskatterätt — Fusion mellan två bolag med hemvist i olika medlemsstater — Avdragsrätt i det övertagande bolagets hemviststat för det överlåtande bolagets förluster”

I – Inledning

1. Namnen Marks & Spencer står egentligen för en varuhuskedja. I domstolens skatterättsliga praxis står emellertid namnen för ett utryckligt erkännande av att uppdelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna kan motivera inskränkningar i etableringsfriheten. [2] I medlemsstaternas rättspraxis och doktrin förefaller namnen Marks & Spencer däremot även vara en synonym för kaos och förtvivlan. [3]

2. Detta beror på en cirka 100 ord lång mening som domstolen formulerade i det efter Marks & Spencer uppkallade avgörandet, och som beskriver de omständigheter under vilka medlemsstaterna undantagsvis kan vara tvungna att vid beskattningen av ett moderbolag med hemvist i landet beakta förluster i moderbolagets dotterbolag utan hemvist landet. Trots de talrika orden råder inte någon klarhet i hur långt detta undantag sträcker sig och om det med hänsyn till domstolens senare praxis över huvud fortfarande existerar.

3. Förevarande begäran om förhandsavgörande skulle därför kunna ge tillfälle att undanröja den på grund av nämnda undantag uppkomna förvirringen. Den finländska skattskyldiga personen i det nationella målet har där nämligen åberopat det av domstolen formulerade undantaget. Vederbörande har för avsikt att fusionera sitt svenska dotterbolag och i framtiden utnyttja dotterbolagets svenska sparade underskott i Finland, vilket dock inte är möjligt enligt den finländska skattelagstiftningen.

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Se dom av den 13 december 2005 i mål C-446/03, Marks & Spencer (REG 2005, s. I-10837).

3 — Se exempelvis *Cordewener*, Cross-Border Loss Relief and the ”Effet Utile” of EU Law: Are We Losing It?, EC Tax Review 2011, s. 58.

II – Tillämpliga bestämmelser

A – *Unionsrätten*

1. Etableringsfriheten

4. I artikel 49 FEUF regleras etableringsfriheten enligt följande:

”Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital.”

5. I artikel 54 FEUF utvidgas tillämpningsområdet för etableringsfriheten enligt följande:

”Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen ska vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

...”

2. Fusionsdirektivet

6. Direktiv 2009/133/EG[4] (nedan kallat fusionsdirektivet) reglerar de skatterättsliga konsekvenserna av vissa gränsöverskridande sammanslagningar av bolag. I skäl 2 och 3 anges ändamålet med fusionsdirektivet enligt följande:

”(2) Fusioner …, som berör bolag i olika medlemsstater kan vara nödvändiga för att inom gemenskapen skapa betingelser liknande dem som råder på en inre marknad och sålunda säkerställa att en sådan inre marknad fungerar väl. Sådan verksamhet bör inte hindras av restriktioner, olägenheter eller snedvridningar, t.ex. sådana som härrör från skattebestämmelserna i medlemsstaterna. …

(3) Skattebestämmelserna missgynnar sådana förfaranden i jämförelse med dem som avser bolag i samma medlemsstat. Det är nödvändigt att undanröja dessa nackdelar.”

7. I skäl 4 beskrivs de metoder för att uppnå detta ändamål som valts i fusionsdirektivet enligt följande:

”Det är inte möjligt att uppnå detta syfte genom att på gemenskapsnivå utvidga de system som är i kraft i medlemsstaterna, eftersom skillnader mellan systemen tenderar att skapa snedvridningar. Bara ett gemensamt skattesystem kan ge en tillfredsställande lösning i detta hänseende.”

4 — Rådets direktiv 2009/133/EG av den 19 oktober 2009 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, partiell fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater samt om flyttning av ett europabolags eller en europeisk kooperativ förenings säte från en medlemsstat till en annan (EUT L 310, s. 34), genom vilket rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 med samma titel (EGT L 225, s. 1) gavs en ny avfattning. Detta direktiv ska inte förväxlas med Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/56/EG av den 26 oktober 2005 om gränsöverskridande fusioner av bolag med begränsat ansvar (EGT L 310, s. 1), som behandlar de bolagsrättsliga aspekterna på vissa gränsöverskridande sammanslagningar.

8. I skäl 9 föreskrivs särskilt för behandlingen av skattemässiga förluster i bolag följande:

”Det är också nödvändigt att definiera det regelverk som ska tillämpas på vissa avsättningar, reserver eller förluster i det överlåtande bolaget och att lösa de skatteproblem som uppstår då ett av de båda bolagen har en ägarandel i det andra.”

9. Slutligen föreskrivs i skäl 14 följande:

”Ett av syftena med detta direktiv är att undanröja hinder för den inre marknadens funktion, t.ex. dubbelbeskattning. I den mån detta inte uppnås fullt ut genom bestämmelserna i detta direktiv, bör medlemsstaterna vidta de åtgärder som är nödvändiga för att nå detta syfte.”

10. Direktivets tillämpningsområde omfattar enligt artikel 1 däri, ”fusioner …, som berör bolag från två eller flera medlemsstater”. I artikel 2 a iii i direktivet definieras ”fusion” bland annat som ett förfarande där ”ett bolag upplöses utan likvidation och överför alla sina tillgångar och skulder till det bolag som innehar samtliga värdepapper som representerar dess kapital”. I artikel 3 anges vilka bolag som i direktivets mening utgör ”bolag från en medlemsstat”.

11. Beträffande förluster i det överlåtande bolaget finns endast en bestämmelse i direktivet, nämligen i dess artikel 6:

”I den mån den medlemsstat där det överlåtande bolaget är hemmahörande skulle tillåta det övertagande bolaget att vid förfaranden enligt artikel 1 a mellan inhemska bolag ta över outnyttjade förlustavdrag i det överlåtande bolaget, ska detta utvidgas till att gälla sådana avdrag som tas över av det övertagande bolagets fasta driftställen inom dess territorium.”

B – *Finländsk rätt*

12. Enligt artikel 7.1 i det mellan Republiken Finland och Konungariket Sverige gällande avtalet för att undvika dubbelbeskattning beträffande skatter på inkomst och på förmögenhet, får inkomst av rörelse i ett bolag med hemvist i Sverige beskattas i Finland endast om bolaget uppbär inkomst som härrör från ett fast driftställe i Finland.

13. Enligt finländsk inkomstskatterätt kan förlust som fastställts under ett skatteår överföras till följande skatteår. I 119 § första och andra styckena i den finländska inkomstskattelagen föreskrivs följande bestämmelser för detta ändamål:

”Förlust som härrör av näringsverksamhet (*näringsförlust*) och av jordbruk (*jordbruksförlust*) under ett skatteår dras av från näringsverksamhetens och jordbrukets resultat under de tio följande skatteåren, i den mån resultat uppkommer.

Med näringsförlust avses ett enligt lagen om beskattning av inkomst av näringsverksamhet uträknat förlustresultat och med jordbruksförlust ett enligt inkomstskattelagen för gårdsbruk uträknat förlustresultat.”

14. För fusion mellan samfund innehåller 123 § andra stycket följande bestämmelse i sammandrag för fastställda förluster i ett överlåtande bolag:

”Vid fusion mellan samfund eller fission av samfund har det övertagande samfundet rätt att enligt 119 och 120 §§ från sin beskattningsbara inkomst dra av det överlåtande samfundets förlust, om det övertagande samfundet eller dess delägare eller medlemmar eller samfundet och dess delägare eller medlemmar tillsammans från ingången av förluståret har ägt över hälften av aktierna eller andelarna i det överlåtande samfundet. …”

15. Dessutom villkoras enligt finländsk rättspraxis denna rätt att överta ett underskott från det överlåtande bolaget av att fusionen inte genomförs enbart för detta ändamål.

III – Omständigheter i målet och tolkningsfrågorna

16. Det nationella målet avser ett förhandsavgörande avseende finländsk inkomstskatt för samfund (yhteisöjen tulovero). A Oy (nedan kallad den skattskyldiga personen) hade ansökt om detta vid centralskattenämnden för att erhålla ett bindande tolkningsbesked avseende en skatterättslig fråga om överföring av förluster.

17. Den skattskyldiga personen har hemvist i Finland och äger samtliga andelar i det svenska bolaget B AB. Detta dotterbolag har under tiden upphört med sin verksamhet efter att tidigare ha bedrivit tre detaljhandelsbutiker i Sverige. Dotterbolaget har dock fortfarande åtaganden enligt två långfristiga hyresavtal avseende affärslokaler. På grund av denna verksamhet uppkom förluster vid dotterbolagets taxeringar för åren 2001–2007 uppgående till 44,8 miljoner svenska kronor, motsvarande cirka 5 miljoner euro enligt aktuell växelkurs.

18. Den skattskyldiga personen planerar nu en fusion med sitt svenska dotterbolag. Genom fusionen kommer det svenska dotterbolaget att upplösas och alla dess tillgångar att övertas av den skattskyldiga personen.

19. I sitt förhandsavgörande av den 25 mars 2009 var centralskattenämnden av den uppfattningen att den skattskyldiga personen inte har rätt att efter fusionen dra av det svenska dotterbolagets förluster vid den finländska inkomstbeskattningen.

20. Högsta förvaltningsdomstolen, vid vilken målet numera är anhängigt, har följaktligen slagit fast att de finländska bestämmelserna inte tillåter att förlusterna i ett fusionerat bolag övertas, om detta bolag har sitt säte i utlandet och dess förluster inte kan hänföras till något finländskt driftställe. Enligt Högsta förvaltningsdomstolen är det dock oklart huruvida denna tolkning är förenlig med unionsrätten, i synnerhet etableringsfriheten. Mot denna bakgrund beslutade Högsta förvaltningsdomstolen att genom en begäran om förhandsavgörande hänskjuta följande två frågor till domstolen:

1) Förutsätter artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF att, när två bolag fusioneras, det övertagande bolaget vid sin beskattning ska få dra av det överlåtande bolagets förluster från år som föregått fusionen vilka uppstått genom verksamhet som det överlåtande bolaget, som har sitt säte i en annan medlemsstat, har bedrivit där, när man beaktar att det övertagande bolaget inte kommer att ha något fast verksamhetsställe i den medlemsstat där det överlåtande bolaget har sitt säte, men enligt de nationella rättsreglerna i sin egen hemstat har rätt att vid fusion dra av det överlåtande bolagets förluster, om det överlåtande bolaget har haft sitt säte i samma stat eller förlusterna har uppstått vid ett fast verksamhetsställe där?

2) Om svaret på den första frågan är jakande, har bestämmelserna i artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF då inverkan på avgörandet av frågan huruvida storleken på den avdragbara förlusten ska bestämmas enligt skattelagstiftningen i den stat där det övertagande bolaget har sitt säte eller om man som avdragbar förlust ska betrakta de förluster som fastställts enligt lagstiftningen i den stat där det överlåtande bolaget har sitt säte?”

IV – Rättslig bedömning

21. Tolkningsfrågorna har – helt befogat[5] – ställts mot bakgrund av ett förfarande i det nationella målet som avser de skatterättsliga konsekvenserna av ännu inte inträffade omständigheter. Av denna anledning kommer jag att besvara dem med stöd av gällande unionsrätt.

A – *Den första tolkningsfrågan: Övertagande av sparade förluster*

22. Den hänskjutande domstolen har ställt sin första tolkningsfråga för att få klarhet i huruvida unionsrätten utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken det övertagande bolaget vid en fusion i princip har rätt att utnyttja sparade förluster i det överlåtande bolaget, medan någon sådan rätt inte gäller förluster i en verksamhet som inte omfattas av den finländska beskattningen (utländska sparade förluster).

23. För att ge den hänskjutande domstolen ett användbart svar avseende tillämplig unionsrätt,[6] kommer jag inte att begränsa min undersökning till den i artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF reglerade etableringsfriheten. Unionsrätten innehåller nämligen en särskild bestämmelse för de skatterättsliga konsekvenserna av gränsöverskridande bolagssammanslagningar: fusionsdirektivet. Jag inleder min prövning med denna särskilda lagstiftning.

1. Tillämpning av fusionsdirektivet

24. Enligt artikel 1 a ska medlemsstaterna tillämpa fusionsdirektivet på alla fusioner som berör bolag från olika medlemsstater. Enligt artikel 2 a iii i fusionsdirektivet föreligger en fusion vid övertagande av ett helägt dotterbolag. Den skattskyldiga personen, som har hemvist i Finland, planerar att överta sitt helägda svenska dotterbolag. Den hänskjutande domstolen har dessutom slagit fast att båda bolagen uppfyller kraven enligt bestämmelserna om bolagsform, varför även förutsättningarna enligt artikel 3 a i fusionsdirektivet är uppfyllda, vilka jämförda med bilaga I del A uppvisar de former som enligt direktivet ska anses utgöra ”bolag från en medlemsstat”. I förevarande fall torde dessutom förutsättningarna enligt punkterna b och c i denna bestämmelse vara uppfyllda när det gäller det skatterättsliga hemvistet och skattskyldigheten enligt den finländska inkomstskattelagen. Därmed är direktivet tillämpligt på ett sådant fall som det i det nationella målet.

25. Därmed uppkommer även frågan vilka rättsföljder som föreskrivs i fusionsdirektivet beträffande gränsöverskridande beaktande av förluster. Den hänskjutande domstolen har härvid anfört att fusionsdirektivet saknar bestämmelser om hur det övertagande bolaget ska behandla förluster som en annan medlemsstat fastställt för det överlåtande bolaget. Parterna i målet delar denna uppfattning. Detta tycks ha föranlett slutsatsen att fusionsdirektivet inte reglerar situationen i det nationella målet och att det inte heller ger någon ledning om huruvida unionsrätten tillåter den finländska lagstiftningen.

26. Detta synsätt fordrar viss korrigering. Som just konstaterats omfattas ett fall som det i det nationella målet av fusionsdirektivets tillämpningsområde. Enligt skälen 2–4 i direktivet ska med detta ett gemensamt system införas till förmån för den inre marknaden, i syfte att undanröja skattemässiga nackdelar vid gränsöverskridande fusioner i jämförelse med inhemska fusioner. Enligt skäl 9 avser denna målsättning uttryckligen även skattemässiga förluster.

5 — Se dom av den 18 november 1999 i mål C-200/98, X och Y (REG 1999, s. I-8261), punkterna 21 och 22, vilket i det avseendet rörde jämförbar svensk rätt.

6 — Se, beträffande möjligheten till en vid tolkning av en begäran om förhandsavgörande, bland annat dom av den 12 juli 1979 i mål 244/78, Union Laitière Normande (REG 1979, s. 2663), punkt 5, och av den 26 april 2012 i de förenade målen C-578/10–C-580/10, Van Putten, punkt 23.

27. Följaktligen föreskrivs i artikel 6 även bestämmelser om att det övertagande bolaget kan ta över outnyttjade förlustavdrag i det överlåtande bolaget. I enlighet därmed kan det övertagande bolaget överföra förluster i ett överlåtande bolag med hemvist i en annan medlemsstat till ett fast driftställe i denna medlemsstat, så länge en sådan överföring även är möjlig mellan bolag i denna medlemsstat.

28. I artikel 6 i fusionsdirektivet föreskrivs följaktligen en rätt till avdrag för förluster i det överlåtande bolaget endast i dess egen medlemsstat och inte i det övertagande bolagets medlemsstat. Enligt denna bestämmelse hade den skattskyldiga personen i det nationella målet enligt villkoren i den svenska skattelagstiftningen rätt att genom ett i Sverige beläget fast driftställe utnyttja underskottet i sitt svenska dotterbolag vid det svenska taxeringsförfarandet. Denna i Sverige gällande rätt är uppenbarligen värdelös för den skattskyldige eftersom denne enligt den hänskjutande domstolens uppgifter inte kommer att inneha något fast driftställe i Sverige efter fusionen. Den skattskyldige hade nämligen inte sedan tidigare något sådant driftställe i Sverige och kommer inte heller att kunna överta något fast driftställe från det överlåtande bolaget, eftersom detta har lagt ned sin verksamhet i Sverige.

29. Det kan därmed konstateras att ett sådant fall som det i det nationella målet regleras i fusionsdirektivet. Det är bara det att direktivet inte leder till de rättsföljder som den skattskyldige önskar, nämligen ett utnyttjande av det svenska underskottsavdraget vid den finländska beskattningen. Enligt fusionsdirektivet kan det svenska underskottsavdraget endast utnyttjas vid den svenska beskattningen. Det övertagande bolagets medlemsstat är följaktligen enligt fusionsdirektivet inte skyldigt att beakta det överlåtande bolagets förlust från en annan medlemsstat.

2. Åsidosättande av etableringsfriheten

30. Denna slutsats besvarar dock inte frågan huruvida unionsrätten i sin helhet utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken övertagande av utländska sparade förluster är uteslutet. Ett sådant uteslutande skulle nämligen kunna vara oförenligt med den enligt artikel 49 FEUF och 54 FEUF gällande etableringsfriheten.

31. Om detta vore fallet skulle det inte kunna anses att unionslagstiftaren, genom införandet av fusionsdirektivet, har gjort vad som krävs enligt fördraget för att säkerställa den inre marknadens funktion genom undanröjande av de skattemässiga nackdelarna vid gränsöverskridande fusioner. Att unionslagstiftaren ansett detta utgöra åtminstone en möjlighet framgår av skäl 14 i fusionsdirektivet. Däri uppmanas medlemsstaterna att vid behov vidta ensidiga åtgärder för att undanröja hinder för den inre marknadens funktion.

32. Det ska därför i det följande utredas huruvida de bestämmelser i den finländska skatterätten som innebär ett förbud mot övertagande av utländska sparade förluster vid fusion strider mot etableringsfriheten.

a) Inskränkning av etableringsfriheten

33. Enligt artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF ska inskränkningar av etableringsfriheten för bolag vilka bildats enligt lagstiftningen i en medlemsstat i princip förbjudas i en annan medlemsstat.

34. Enligt fast rättspraxis ska varje åtgärd som innebär att utövandet av etableringsfriheten förbjuds, hindras eller blir mindre attraktivt anses utgöra en inskränkning i denna frihet.[7] Även om syftet med fördragets bestämmelser om etableringsfrihet enligt ordalydelsen är att säkerställa nationell behandling i den mottagande medlemsstaten, utgör dessa bestämmelser enligt fast rättspraxis samtidigt ett förbud

7 — Se, bland annat, dom av den 15 januari 2002 i mål C-439/99, kommissionen mot Italien (REG 2002, s. I-305), punkt 22, och av den 29 november 2011 i mål C-371/10, National Grid Indus (REU 2011, s. I-12273), punkt 36.

för ursprungsmedlemsstaten att förhindra att en av dess medborgare eller ett bolag som bildats i överensstämmelse med dess lagstiftning etablerar sig i en annan medlemsstat.[8] Ett sådant hinder föreligger enligt domstolen när ursprungsmedlemsstaten behandlar detta bolag annorlunda än bolag som uteslutande är verksamma inom landet, och denna skillnad i behandling kan avhålla detta bolag från att utöva sin etableringsfrihet i en annan medlemsstat.[9]

35. Enligt vad den hänskjutande domstolen konstaterat är det enligt 119 och 123 §§ i den finländska inkomstskattelagen inte tillåtet att överföra förluster som härrör från verksamhet som inte beskattas i Finland. Medan ett moderbolag vid en fusion kan utnyttja de sparade förlusterna i ett inhemskt dotterbolag vid beskattningen i Finland, är detta inte möjligt beträffande förluster som ett utländskt dotterbolag redovisar i sin verksamhet i en annan medlemsstat. Ett finländskt bolag kan på grund av denna avsaknad av möjlighet att vid beskattningen i Finland göra gällande förluster som är hänförliga till verksamhet i en annan medlemsstat, avhållas från att bilda eller förvärva ett dotterbolag i en annan medlemsstat. Den finländska skattelagstiftningen kan därmed avhålla de finländska bolagen från att bedriva förvärvsverksamhet via dotterbolag i andra medlemsstater. Den finländska skattelagstiftningen inskränker därmed etableringsfriheten.

36. Detta konstaterande ska skiljas från frågan huruvida den skattskyldige kan åberopa etableringsfriheten i ett sådant fall som det i det nationella målet. Det är särskilt Förenade kungarikets regering som har anfört att det på grund av nedläggningen av det svenska dotterbolagets verksamhet i förevarande fall inte är fråga om ett utövande av etableringsfriheten, utan snarare om motsatsen. Visserligen har svaret på denna fråga betydelse endast om den finländska skattelagstiftningen leder till ett åsidosättande av etableringsfriheten. För mig framstår det dock redan nu klart att inskränkningar genom abstrakta skattemässiga rättsliga följder av en fusion, vilka hindrar just inledandet av en gränsöverskridande verksamhet, kan förhindras konkret först vid tidpunkten för fusionen. Vid denna tidpunkt utövades etableringsfriheten redan av den skattskyldiga personen, trots rådande inskränkning. För att den utövade etableringsfriheten dock ska få full verkan kan den skattskyldige även invända mot den konkreta tillämpningen av inskränkningen. Den skattskyldige kan därmed även i förevarande fall åberopa utövandet av sin etableringsfrihet.

37. Förenade kungarikets regering har dock helt korrekt påpekat att någon inskränkning av etableringsfriheten inte kan antas föreligga i de fall där det i den finländska lagstiftningen inte görs någon skillnad mellan inhemska och utländska sparade förluster. Detta är enligt den hänskjutande domstolen fallet när övertagandet av sparade förluster utgör det enda skälet till fusionen. Enligt finländsk rätt är nämligen övertagande i detta fall uteslutet för samtliga bolag. I den mån det inte förekommer någon skillnad i behandling är det alltså uteslutet att det föreligger en inskränkning av etableringsfriheten och därmed att den nationella bestämmelsen strider mot artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF.

38. Fastställelsen av huruvida detta är fallet i det nationella målet och huruvida en tolkning av artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF därmed är överflödig, ankommer på den nationella domstolen. För besvarandet av tolkningsfrågorna kommer jag mot denna bakgrund emellertid att utgå ifrån att den hänskjutande domstolens fråga avseende tolkningen av etableringsfriheten begränsas till fall där övertagandet av sparade förluster inte utgör det enda skälet till fusionen.

8 — Se, bland annat, dom av den 27 september 1988 i mål 81/87, Daily Mail och General Trust (REG 1988, s. 5483; svensk specialutgåva, volym 9, s. 693), punkt 16, och domen i målet National Grid Indus (ovan fotnot 7), punkt 35.

9 — Jämför, bland annat, dom av den 11 mars 2004 i mål C-9/02, de Lasteyrie du Saillant (REG 2004, s. I-2409), punkt 46, och domen i målet National Grid Indus (ovan fotnot 7), punkt 37.

39. Det saknas därmed anledning i förevarande fall att ytterligare gå in på huruvida den skattskyldiga personen missbrukat skattelagstiftningen, vilket flera av deltagarna i målet har hävdat. Endast den omständigheten att ett affärsmässigt grundat fusionsbeslut gör det möjligt att ta över sparade förluster i det överlåtande bolaget kan nämligen under inga omständigheter läggas till grund för missbruksanklagelser mot bolaget, om syftet med den finländska lagstiftningen är just att tillåta avdrag för inhemska sparade förluster vid sådana fusioner.

40. Har det väl konstaterats att det förekommer en skillnad i behandlingen ska domstolen även inom ramen för inskränkningen av etableringsfriheten i vissa fall också pröva huruvida situationerna är objektivt jämförbara.[10] För mig framstår det dock alltmer oklart vad domstolen avser med detta krav i de fall där prövningen – liksom i det här aktuella målet – avser om ursprungsmedlemsstaten inskränker etableringsrätten och därmed om situationen för personer med hemvist i landet är jämförbar. Om det enligt domstolen är tillräckligt att skattskyldiga personer med hemvist i landet i båda fallen önskar åtnjuta fördelen enligt en skatterättslig bestämmelse,[11] blir denna prövning endast formell, eftersom den i alla fall – även i ett som det förevarande – är uppfyllt. Detsamma gäller när domstolen utan motivering fastställer att situationerna är objektivt jämförbara.[12]

41. Mot denna bakgrund förefaller det klokt att följa exemplet i några av domstolens domar och avstå från att inom ramen för fastställandet av om en ursprungsmedlemsstat inskränker etableringsfriheten pröva huruvida situationerna är jämförbara.[13] För detta talar dessutom att en prövning av huruvida situationerna är jämförbara såvitt jag kan se inte kan bli uttömmande om inte grunden för skillnaden i behandling tas med i bedömningen. Just detta gäller dock frågan huruvida en inskränkning kan vara motiverad, vilken jag kommer att behandla i följande avsnitt.

42. Slutsatsen i denna del blir därmed att en nationell lagstiftning som vid fusion i princip ger det övertagande bolaget rätt att utnyttja det överlåtande bolagets sparade förluster, medan detta är uteslutet beträffande förlust i en verksamhet i en annan medlemsstat som inte omfattas av den nationella beskattningen, utgör en inskränkning av etableringsfriheten.

b) Grunder för motivering

43. Av fast rättspraxis följer att en inskränkning av etableringsfriheten kan vara tillåten om den motiveras av tvingande skäl av allmänintresse.[14] En sådan grund för motivering kan enligt fast rättspraxis bestå i att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.[15] I enlighet därmed har medlemsstaterna rätt att vidta åtgärder för att säkerställa utövandet av sin beskattningsrätt.[16] För detta ändamål kan det vara nödvändigt att tillämpa endast denna skatterätt på näringsverksamheten i ett bolag med hemvist i någon av dessa stater, såväl på vinster som på förluster.[17]

10 — Se, bland annat, dom av den 25 februari 2010 i mål C-337/08, X Holding (REU 2010, s. I-1215), punkterna 20–24, och domen i målet National Grid Indus (ovan fotnot 7), punkt 38.

11 — Se domen i målet X Holding (ovan fotnot 10), punkt 24.

12 — Se domen i målet National Grid Indus (ovan fotnot 7), punkt 38.

13 — Se dom av den 15 maj 2008 i mål C-414/06, Lidl Belgium (REG 2008, s. I-3601), punkterna 18–25, och av den 23 oktober 2008 i mål C-157/07, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (REG 2008, s. I-8061), punkterna 27–39.

14 — Se, bland annat, dom av den 18 juli 2007 i mål C-231/05, Oy AA (REG 2007, s. I-6373), punkt 44, och av den 13 oktober 2011 i mål C-9/11, Waypoint Aviation (REU 2011, s. I-9697), punkt 27.

15 — Se, bland annat, domarna i målen Marks & Spencer (ovan fotnot 2), punkt 45, och National Grid Indus (ovan fotnot 7), punkt 45.

16 — Se, bland annat, dom av den 12 september 2006 i mål C-196/04, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (REG 2006, s. I-7995), punkt 56, och domen i målet National Grid Indus (ovan fotnot 7), punkt 46.

17 — Domen i målet X Holding (ovan fotnot 10), punkt 28.

44. Som jag redan förklarat i mitt förslag till avgörande i målet Philips Electronics beskärs en medlemsstat sin beskattningsrätt, om förluster som uppstått inom ramen för en annan medlemsstats exklusiva beskattningsrätt beaktas.[18] De förluster som är aktuella i förevarande mål har uppstått i ett svenskt bolags verksamhet i Sverige. Denna verksamhet omfattas enligt artikel 7.1 i det här tillämpliga skatteavtalet uteslutande av Konungariket Sveriges beskattningsrätt. Beaktas dessa förluster kommer alltså Republiken Finland att beskäras sin beskattningsrätt. Republiken Finland skulle behöva ta hänsyn till förluster i en verksamhet som den inte får beskatta. I princip har Republiken Finland därför rätt att i motsvarande mån neka den skattskyldiga personen avdrag för underskott i det svenska dotterbolaget.

45. Den fråga som gett upphov till förevarande begäran om förhandsavgörande är emellertid huruvida detta även gäller för en fusion där det överlåtande bolaget upphör som rättssubjekt och därmed förlorar alla möjligheter att utnyttja sina underskottsavdrag vid den svenska beskattningen.

i) Behovet av den finländska lagstiftningen

46. Såtillvida skulle den finländska lagstiftningen gå utöver vad som krävs för säkerställandet av fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna. Enligt fast rättspraxis får en inskränkande åtgärd nämligen inte gå utöver vad som krävs för att uppnå det eftersträvade ändamålet.[19]

– Tillämpligheten av undantaget enligt domen i målet Marks & Spencer

47. Domstolen fann undantagsvis i domen i målet Marks & Spencer – med avseende på erforderliga och, i jämförelse med andra, mindre ingripande åtgärder – att det förelåg ett åsidosättande av etableringsfriheten i det fallet att dotterbolaget utan hemvist i landet uttömt de i dess hemviststat föreskrivna möjligheterna till underskottsavdrag samtidigt som underskottet omöjligen kommer att kunna beaktas där i framtiden.[20] Moderbolaget med hemvist i landet ska därmed medges avdrag för underskott som ett dotterbolag utan hemvist i landet redovisar i sin där belägna verksamhet, ”där … ett dotterbolag med hemvist i utlandet har uttömt de möjligheter som erbjuds i dess hemviststat att beakta förluster under det beskattningsår som avdragsyrkandet avser och beträffande tidigare beskattningsår, i förekommande fall genom en överföring av förluster till en utomstående eller genom att nämnda förluster kvittas mot vinster som uppkommit i dotterbolaget under tidigare beskattningsår, och … det inte finns någon möjlighet att förlusterna i det utländska dotterbolaget skulle kunna utnyttjas i dess hemviststat för framtida beskattningsår, vare sig av dotterbolaget självt eller av en utomstående, vilket särskilt gäller vid en överlåtelse av dotterbolaget till den utomstående parten”.[21]

48. Jag anser att detta undantag uteslutande ska förstås mot bakgrund av de grunder för motivering som prövades i domen i målet Marks & Spencer. Domstolens motivering i det fallet baserades inte enbart på målet att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, utan även bland annat på motiveringen att medlemsstaterna måste kunna förhindra dubbla förlustavdrag.[22] Dubbla förlustavdrag behöver dock inte längre befaras om förlusterna i ett utländskt dotterbolag inte längre kan beaktas i dess hemviststat. En nationell lagstiftning enligt vilken förlusten inte heller i ett sådant fall får utnyttjas av moderbolaget, går därmed utöver vad som krävs för att förhindra dubbla förlustavdrag.

18 — Se förslag till avgörande av den 19 april 2012 i mål C-18/11, Philips Electronics, punkt 50 och följande punkt.

19 — Se, bland annat, dom av den 21 november 2002 i mål C-436/00, X och Y (REG 2002, s. I-10829), punkt 49, domen i målet Marks & Spencer (ovan fotnot 2), punkt 53, och i målet Waypoint Aviation (ovan fotnot 14), punkt 27.

20 — Se domen i målet Marks & Spencer (ovan fotnot 2), punkt 54 och följande punkt.

21 — Domen i målet Marks & Spencer (ovan fotnot 2), punkt 55.

22 — Se domen i målet Marks & Spencer (ovan fotnot 2), punkt 47 och följande punkt.

49. Domstolens praxis har dock utvecklats ytterligare efter domen i målet Marks & Spencer. Som jag förklarade redan i mitt förslag till avgörande i målet Philips Electronics, innebär denna vidareutvecklade rättspraxis att frågan huruvida åtgärden kan anses motiverad uteslutande avgörs av att ändamålet med en nationell lagstiftning är att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten. [23] Målet att förhindra dubbla förlustavdrag saknar däremot självständig betydelse. [24]

50. För den grund för motivering som avser säkerställandet av fördelningen av beskattningsrätten, vilken genom rättspraxis kommit att erkännas som en självständig sådan [25], lämpar sig dock inte längre det undantag som domstolen utvecklade i domen i målet Marks & Spencer. Det saknar nämligen betydelse för säkerställandet av fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna huruvida det föreligger en möjlighet till förlustavdrag i den medlemsstat som äger rätten att beskatta en viss verksamhet. Allena avgörande är därvid vilken verksamhet och därmed vilken stats beskattningsrätt som förlusten ska hänföras till.

51. För det fall grunden för motivering avseende fördelningen av medlemsstaternas beskattningsrätt används som kriterium ger detta ett helt annat perspektiv vid bedömningen av om en nationell bestämmelse är erforderlig. När det gäller denna grund för motivering utgör det nämligen inte någon mindre betungande åtgärd att den medlemsstat som saknar beskattningsrätt har att beakta förluster som uppkommit inom en annan medlemsstats beskattningsrätt, om det där inte längre föreligger någon sådan möjlighet. I ett sådant fall uppnås nämligen inte alls målet att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten.

52. Den vidareutvecklade innebörden av de grunder för motivering som först anfördes parallellt i målet har därmed även ändrat tillämpningsområdet för det där utvecklade undantaget. Detta undantag kan dock åberopas för prövningen av huruvida en nationell åtgärd är erforderlig endast om hindrandet av dubbla förlustavdrag anses utgöra en självständig grund för motivering. Grundas motiveringen däremot endast på fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, är ”Marks & Spencer-undantaget” på grund av den fortlöpande utvecklingen av rättspraxis inte längre tillämpligt.

53. Detta synsätt är också det som domstolen antagit i sin senaste dom avseende gränsöverskridande beaktande av förluster. Medan den, i domen i målet X Holding, fann åtgärden vara motiverad uteslutande av ändamålet att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten, nämnde den, i konsekvens därmed, inte mera det i domen i målet Marks & Spencer uppställda undantaget, även om den ingående prövade behovet av den nationella lagstiftningen. [26]

54. Därmed är inskränkningen av etableringsfriheten genom den nekade rätten att överta utländska sparade förluster med avseende på ändamålet att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten nödvändig, och frågan huruvida det är möjligt för det svenska dotterbolaget att erhålla underskottsavdrag i Sverige saknar därvid betydelse.

– Tillämpningen av Marks & Spencer-undantaget

55. Även om denna fråga även fortsättningsvis skulle tillmätas betydelse, kan det konstateras att de i domen i målet Marks & Spencer uppställda förutsättningarna för att, i undantagsfall, moderbolagets medlemsstat ska beakta en förlust i ett dotterbolag utan hemvist i landet, inte är uppfyllda i ett sådant fall av fusion som det förevarande.

23 — Se förslaget till avgörande i målet Philips Electronics (ovan fotnot 18), punkterna 40–42.

24 — Se förslaget till avgörande i målet Philips Electronics (ovan fotnot 18), punkt 58 och följande punkter.

25 — Se domen i målet X Holding (ovan fotnot 10), punkterna 28–33, och i målet National Grid Indus (ovan fotnot 7), punkterna 45–49. Se, för ett liknande resonemang, dom av den 7 september 2006 i mål C-470/04, N (REG 2006, s. I-7409), punkt 42.

26 — Se domen i målet X Holding (ovan fotnot 10), punkt 27 och följande punkter.

56. Det är uppenbart att domstolen i sin dom i målet Marks & Spencer endast avsåg att införa ett undantag *ultima ratio*. Detta framgår även av att domstolen såg ytterligare, mindre betungande åtgärder, som dock uttryckligen omfattades av unionslagstiftarens reglering.[27] Av detta skäl har undantaget formulerats mycket restriktivt. Enligt domen måste redan möjligheten att en förlust i dotterbolaget eller i ett utomstående bolag beaktas vid tidigare eller kommande taxeringar vara utesluten.[28]

57. Visserligen ska det i förevarande fall av en fusion fastställas att dotterbolaget genom att upphöra som rättssubjekt skulle förlora alla möjligheter till underskottsavdrag vid det svenska taxeringsförfarandet. Detta vore dock endast en följd av fusionsbeslutet. Fusionen i sig skulle däremot vara ett resultat av moderbolagets självständiga beslut. Om avsaknaden av möjlighet att beakta förlusterna uteslutande skulle anses vara en följd av fusionsbeslutet, skulle även samtliga åtgärder av dotterbolaget i det svenska taxeringsförfarandet – såsom en medvetet överskriden frist vid yrkande om avdrag för sparade förluster eller avstående från att göra avdraget gällande – kunna utesluta möjligheten att utnyttja förlusten i den mening som avses med ”Marks & Spencer-undantaget”.

58. I detta sammanhang skulle den skattskyldige alltså själv avstå från möjligheten till underskottsavdrag i Konungariket Sverige, genom att besluta sig för en fusion med sitt dotterbolag. Domstolen har emellertid vid flera tillfällen betonat att den skattskyldige inte fritt kan välja vilket skattesystem som ska vara tillämpligt på förluster i dennes dotterbolag och var förlusterna ska beaktas.[29] Som den finländska regeringen helt korrekt har påpekat skulle det emellertid föreligga ett sådant fritt val i förevarande fall om underskotten i det svenska dotterbolaget efter en fusion även skulle beaktas vid den finländska beskattningen.

59. Den skattskyldige kan enligt min mening inte heller med någon framgång göra gällande att det redan före fusionen var omöjligt att utnyttja det svenska underskottsavdraget på grund av att näringsverksamheten i det svenska dotterbolaget upphört. Detta har nämligen fortfarande möjlighet att genom ett återupptagande av en näringsverksamhet och därigenom uppkommande vinster utnyttja de svenska underskottsavdragen i framtiden. Skulle tvärtom endast den skattskyldiges nedläggning av näringsverksamheten anses avgörande, skulle detta däremot innebära en valmöjlighet som den skattskyldige inte har enligt domstolens praxis. Det är nämligen normalt sett inte möjligt att objektivt fastställa huruvida nedläggningen av en näringsverksamhet är ekonomiskt oundviklig på grund av att en fortsatt drift inte kan gå med vinst.

60. Slutligen har den skattskyldiga personen i förfarandet vid domstolen själv anfört att underskotten i dess svenska dotterbolag under vissa förutsättningar kan överföras till ett annat av dess svenska dotterbolag. I vilken mån det är faktiskt möjligt att medge sådant underskottsavdrag i Sverige, ska i förekommande fall utredas av den hänskjutande domstolen. En sådan möjlighet kan hursomhelst inte uteslutas på den grunden att förutsättningarna för en överföring av ett underskott enligt svensk rätt är mindre förmånliga än för en förlustöverföring enligt finländsk rätt. Domstolen har nämligen i samband med beaktandet av förluster i ett utländskt fast driftställe redan slagit fast att en stat inte kan vara skyldig att vid tillämpningen av sin skattelagstiftning beakta de eventuellt oförmånliga konsekvenser som följer av särdragen i en annan stats lagstiftning.[30]

27 — Se domen i målet Marks & Spencer (ovan fotnot 2), punkt 58.

28 — Se domen i målet Marks & Spencer (ovan fotnot 2), punkt 55.

29 — Se domen i målet X Holding (ovan fotnot 10), punkterna 29–32. Se, för ett liknande resonemang, även domen i målet Oy AA (ovan fotnot 14), punkt 64 och följande punkt.

30 — Se domen i målet Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt (ovan fotnot 13), punkt 49.

ii) Huruvida den finländska lagstiftningen är proportionerlig

61. Från kravet på fastställande av att den finländska lagstiftningen behövs för att säkerställa fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna ska skiljas frågan om de nackdelar som uppkommer beträffande etableringsfriheten står i proportion till det eftersträvade ändamålet (proportionalitet i snävare bemärkelse). [31]

62. Detta kan ifrågasättas eftersom prövningen hittills visat att utländska sparade förluster aldrig kan utnyttjas inom ramen för det finländska beskattningsförfarandet av det övertagande bolaget i samband med en fusion. Det existerar inte något fall där det vid en fusion undantagsvis vore möjligt att undantagsvis genomföra en sådan överföring av sparade förluster från en annan skattejurisdiktion.

63. Inskränkningen av etableringsfriheten i förevarande fall förefaller dock inte särskilt allvarlig. Den skattskyldige lider i vissa fall en definitiv ekonomisk förlust. Detta är dock inte någon ovanlig företeelse i medlemsstaternas skattesystem, och kan uppkomma redan genom att fristen för att spara förlusterna till nästa taxeringsperiod löper ut. Enligt den finländska lagstiftningen är det också endast ett fåtal bolag som berörs, nämligen enbart sådana som, trots att de efter fusionen inte har något fast driftställe i den andra medlemsstaten och därmed inte kan utnyttja förlusten enligt artikel 6 i fusionsdirektivet, inte genomför fusionen med det enda syftet att utnyttja förlusten.

64. Mot sistnämnda synpunkt skulle visserligen kunna anföras att åsidosättandet av fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna därmed inte är av någon betydelse. Här ska dock beaktas att unionslagstiftaren genom fusionsdirektivet redan har fattat vissa grundläggande beslut när det gäller fördelningen av beskattningsrätten, vilka enligt min mening bör respekteras.

65. I fjärde skälet i fusionsdirektivet har unionslagstiftaren först och främst klargjort sin strävan att undvika konkurrenssnedvridning vilket lett till införandet av en gemensam skattelagstiftning i unionen för att utvidga de i de enskilda medlemsstaterna gällande nationella skattesystemen. En sådan utvidgning av det finländska skattesystemet skulle dock innebära att utländska sparade förluster övertas i fall av fusioner. Därmed skulle samtliga dotterbolag med hemvist i unionen som har finländska moderbolag kunna utnyttja de finländska reglerna om utnyttjande av förluster i samband med en fusion. Detta skulle dock leda till konkurrenssnedvridningar utanför Finland eftersom inte alla medlemsstater har samma regler för övertagande av förluster som de enligt den finländska skatterätten. [32] Därmed skulle exempelvis dotterbolag med hemvist i Sverige när det gäller övertagande av sparade underskott i samband med en fusion behandlas olika beroende på skattesystemet i den medlemsstat där moderbolaget har sitt hemvist.

66. Av denna anledning föreskrivs i artikel 6 i fusionsdirektivet en inom hela unionen enhetlig rätt till utnyttjande av sparade förluster i den medlemsstat där det överlåtande bolaget hade hemvist. Unionslagstiftaren har därmed medvetet beslutat att det vid fusioner i princip är det överlåtande bolagets medlemsstat som ska beakta förlusterna. Är förutsättningarna för denna principiella möjlighet emellertid inte uppfyllda i det enskilda fallet, skulle det i stället för denna möjlighet föreskrivna beaktandet av förlusterna i det övertagande bolagets medlemsstat strida mot unionslagstiftarens grundläggande beslut och även innebära ett ifrågasättande av giltigheten av de i artikel 6 i fusionsdirektivet föreskrivna villkoren. [33]

31 — Jämför generaladvokaten Trstenjaks förslag till avgörande av den 8 mars 2011 i mål C-10/10, kommissionen mot Österrike (REU 2011, s. I-5389), punkt 67 och följande punkt, och mitt förslag till avgörande av den 12 september 2006 i mål C-231/05, Oy AA (REG 2006, s. I-6373), punkterna 32 och 66. Se även dom av den 9 mars 2010 i de förenade målen C-379/08 och C-380/08, ERG m.fl. (REU 2010, s. I-2007), punkt 86.

32 — Se även kommissionens förslag till ett rådsdirektiv för arrangemang som medger att företag kan beakta förluster i sina fasta driftställen och dotterbolag i andra medlemsstater, KOM(90) 595 slutlig av den 24 januari 1991 (EGT C 53, 1991, s. 30), punkt 12 i skälen.

33 — Se, angående sakomständigheternas bindande verkan, dom av den 11 december 2008 i mål C-285/07, A.T. (REG 2008, s. I-9329), punkt 27, beträffande artikel 8 i fusionsdirektivet.

67. Slutligen anser jag att rättssäkerheten gagnas av att störst vikt tillmäts en klar gränsdragning mellan medlemsstaternas respektive beskattningsrätt. Sådana detaljerade differentieringar som de som gjordes i exempelvis domen i målet Marks & Spencer, är inte i etableringsfrihetens intresse, om de leder till osäkerhet och tvister i rättslivet. De skattskyldiga har dessutom under den muntliga förhandlingen på ett slående sätt påvisat komplexiteten i de skatterättsliga och bolagsrättsliga frågor som uppkommer med en sådan undantagsreglering. Unionsrättens enhetliga giltighet skulle dock äventyras om besvarandet av dessa frågor helt skulle överlåtas på de nationella domstolarna i likhet med vad kommissionen föreslagit.

68. Mot denna bakgrund anser jag de nackdelar för etableringsfriheten som följer av den finländska lagstiftningen även stå i proportion till det därmed avsedda säkerställandet av fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.

3. Slutsats i denna del

69. Den första tolkningsfrågan ska följaktligen besvaras så, att varken fusionsdirektivet eller artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken ett övertagande inhemskt bolag inom ramen för sin beskattning inte får göra avdrag för förluster som ett bolag med hemvist i en annan medlemsstat, vilket fusionerats med det inhemska bolaget, redovisat i sin där bedrivna verksamhet vilken omfattades av denna senare medlemsstats beskattningsrätt.

B – *Den andra tolkningsfrågan: Beräkning av förlusten*

70. Den hänskjutande domstolen har ställt sin andra fråga för att få klarhet i huruvida de utländska sparade förluster som eventuellt ska beaktas ska beräknas enligt skatterätten i sätesstaten för det övertagande eller för det överlåtande bolaget.

71. Mot bakgrund av mitt svar på den första tolkningsfrågan behöver den andra tolkningsfrågan inte besvaras. Det övertagande bolagets medlemsstat är nämligen inte skyldig enligt unionsrätten att beakta de utländska sparade förlusterna.

72. För det fall domstolen ändock väljer att inte följa mitt förslag till avgörande och i stället finner att det övertagande bolaget får göra avdrag för förluster i det överlåtande bolaget, måste även den andra tolkningsfrågan besvaras.

73. Svaret på den andra tolkningsfrågan bör i så fall enligt min mening bli att de förluster som ska beaktas *i princip* ska beräknas enligt skatterätten i det övertagande bolagets sätesstat. Endast en sådan beräkning skulle nämligen i likhet med vad den franska regeringen har anfört innebära en likabehandling av inhemska och gränsöverskridande situationer, det vill säga att en fusion med ett inhemskt dotterbolag ges samma skattemässiga behandling som en fusion med ett utländskt dotterbolag. Genom denna likabehandling undanröjs inskränkningen av etableringsfriheten vilken som vi har sett uppkommer just på grund av skillnaden i behandling av de båda situationerna. [34]

74. Vad kommissionen och den finländska regeringen anfört kan mot denna bakgrund inte godtas. Enligt dem ska förlusten beaktas med högst det belopp som fastställts enligt skatterätten i det överlåtande bolagets sätesstat, i förevarande fall i Konungariket Sverige. I detta fall skulle någon likabehandling av de skatterättsliga följderna av en inhemsk och en gränsöverskridande fusion inte säkerställas. En inskränkning av etableringsfriheten fortbestår eftersom förluster vid gränsöverskridande fusioner skulle beaktas i mindre omfattning än förluster vid rent inhemska fusioner.

34 — Se ovan, punkt 33 och följande punkter.

75. Principen att de förluster som ska beaktas ska beräknas enligt skatterätten i sätesstaten för det övertagande bolaget kan dock behöva begränsas beroende på skälet till att förlusterna beräknas med avvikelse från företagsekonomiska resultat. Exempelvis kan undantag för skatterättsliga incitamentsregler – såsom exempelvis överavskrivningar – leda till en större förlust. Det kan här inte uteslutas att begränsningen av tillämpningen av sådana regler till att endast gälla inhemska verksamheter i sig kan motiveras. Detta skulle medföra att någon förlustberäkning inte behöver göras enligt skatterätten i det övertagande bolagets sätesstat.

76. Eftersom begäran om förhandsavgörande dock inte innehåller några uppgifter om vilka eventuella avvikelser från förlustberäkningen som gäller enligt finländsk och svensk rätt, eller vilka bestämmelser för förlustberäkningen som utan tvekan kan tillämpas, kan den hänskjutande domstolen inte ge något definitivt svar i den delen.

V – Förslag till avgörande

77. Mot denna bakgrund föreslår jag att domstolen ska besvara de frågor som har ställts av högsta förvaltningsdomstolen enligt följande:

Varken fusionsdirektivet eller artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF utgör hinder för en nationell bestämmelse enligt vilken ett övertagande inhemskt bolag inom ramen för sin beskattning inte får göra avdrag för förluster som ett bolag med hemvist i en annan medlemsstat, vilket fusionerats med det inhemska bolaget, redovisat i sin där bedrivna verksamhet vilken omfattades av denna senare medlemsstats beskattningsrätt.