# FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ELEANOR SHARPSTON

fremsat den 8. november 2007 [1]

1. I den foreliggende sag har Finanzgericht Hamburg (Tyskland) forelagt Domstolen et spørgsmål om, hvorvidt det er i strid med den frie etableringsret, såfremt medlemsstat A behandler et valutatab, der hidrører fra tilbageførsel af indskudskapital, som et selskab, der er etableret i denne stat, har ydet til etablering af et fast driftssted i medlemsstat B, der benytter en anden valuta, som en del af driftsstedets overskud, og tabet i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst er udelukket ved opgørelsen af selskabets skattetilsvar i medlemsstat A, uanset at valutatabet ikke kan medregnes ved opgørelsen af driftsstedsoverskuddet for så vidt angår skat til medlemsstat B, og således ikke kan tages i betragtning i nogen af medlemsstaterne.

## Relevante retsforskrifter

2. Et selskab, der er etableret i Tyskland, er principielt undergivet beskatning i Tyskland af sin globale indkomst [2].

3. I henhold til dobbeltbeskatningsoverenskomsten af 1925 (herefter »1925-overenskomsten«) mellem Tyskland og Italien gælder dette princip ikke med hensyn til »indkomst hidrørende fra virksomhed« udført af et tysk selskabs italienske driftssted [3]. I medfør af 1925-overenskomstens artikel 3, stk. 1, beskattes en sådan indkomst alene i Italien.

4. I henhold til tysk lov kan en skattepligtig person, hvis »indkomst fra erhvervsvirksomhed« i en udenlandsk filial er fritaget for indkomstskat i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, fradrage ethvert tab, der fremkommer i forbindelse med en sådan indkomst, under forudsætning af, at i) tabet kunne fradrages, såfremt indkomsten ikke havde været fritaget for indkomstskat,

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — § 1, stk. 1, i Körperschaftsteuergesetz 1992 (tysk lov om selskabsbeskatning, herefter »KStG«).

3 — For klarhedens skyld betegner jeg i nærværende forslag til afgørelse udelukkende et sådant fast driftssted »filial«.

og såfremt ii) den overstiger den fritagne positive indkomst [4].

5. Hvad der skal betragtes som indkomst, og hvorledes denne indkomst skal opgøres, fremgår af bestemmelserne i EStG [5]. Det bestemmes i denne lov: »Når udgifter er direkte forretningsmæssigt knyttet til skattefritagne indtægter, kan de ikke fradrages som driftsomkostninger« [6].

**Baggrunden for tvisten i hovedsagen**

6. Ifølge den forelæggende rets gengivelse af de faktiske omstændigheder er sagsøgeren i hovedsagen for denne ret, Deutsche Shell GmbH (herefter »Deutsche Shell«), et selskab med hjemsted og hovedsæde i Tyskland. Deutsche Shell oprettede i 1974 en filial i Italien. Filialens resultat blev i henhold til italiensk ret opgjort i et drifts- og skatteregnskab i italiensk valuta, og for så vidt angår Deutsche Shell i et særskilt tysk drifts- og skatteregnskab.

7. Deutsche Shell stillede indskudskapital til rådighed for filialen; denne opførtes i det særskilte tyske drifts- og skatteregnskab til de dagældende DEM-kurser for så vidt angik de enkelte ITL-transaktioner. Gennem den periode, hvor filialen eksisterede, blev en del af denne indskudskapital tilbagebetalt som overførsel af overskud, hvilket blev fratrukket i den fremførte indskudskapital. Disse transaktioner blev gennemført til den vekselkurs mellem ITL og DEM, der var gældende på de datoer, hvor de pågældende betalingstransaktioner fandt sted.

8. Den 28. februar 1992 indskød Deutsche Shell filialens aktiver i et 100% ejet datterselskab (Sierra Gas SrL, herefter »Sierra«) og lukkede filialen. Deutsche Shell solgte herefter de andele, som selskabet havde erhvervet ved indskuddet, til et uafhængigt selskab (Edison Gas SpA, herefter »Edison«).

9. Denne transaktion fandt sted i ITL. Den 17. juli 1992 blev det beløb, der var fremkommet fra salget af andele til Edison, overført til Deutsche Shell. Det samlede overførte beløb udgjorde, efter omveksling fra ITL til DEM, 139 507 643 DEM (ca. 71,3 mio. EUR). Af disse midler blev 83 658 896 927 ITL, før omveksling, anvendt til tilbagebetaling af indskudskapitalen. Dette beløb gav 111 868 677 DEM (ca. 57 mio. EUR) til dagskursen den 17. juli 1992 (1 000 ITL = 1,3372

4 — § 2a, stk. 3, første punktum, i Einkommensteuergesetz 1992 (tysk lov om indkomstskat, herefter »EStG«).

5 — § 8, stk. 1, i KStG.

6 — § 3c.

DEM). En sammenligning mellem dette beløb og de tidligere erhvervelsesomkostninger for den tilbagebetalte indskudskapital resulterede i, at sagsøgeren led et valutatab på 122 698 502 DEM (ca. 62,7 mio. EUR).

10. Indtægten fra indskuddet i den italienske filial i Sierra og det efterfølgende salg af andelene blev beskattet i Italien. Da transaktionerne imidlertid skete i ITL, var valutatabet ikke synligt og blev ikke taget i betragtning ved opgørelsen af det skattepligtige beløb i Italien.

11. Sagsøgeren gjorde gældende, at der ved beregningen af tysk skat skulle tages hensyn til, at overførslen af de 139 507 643 DEM havde medført et valutatab på 122 698 502 DEM, hvilket beløb skulle modregnes i selskabets indtægter. De tyske skattemyndigheder (herefter »Finanzamt«) afslog dette. Sagen blev herefter indbragt for Finanzgericht Hamburg.

12. Finanzgericht konkluderede, at Finanzamt i henhold til national ret havde anvendt 1925-overenskomsten korrekt. Under hensyn til overenskomstens ordlyd og dens almindelige anvendelse i tysk ret var det ikke muligt at inddrage det omtvistede valutatab på 122 698 502 DEM ved beregningen af Deutsche Shells tyske skattetilsvar. Tabet var nemlig opstået — om end indirekte — i forbindelse med den italienske filials »aktiviteter« og hørte derfor under dennes »indtægter«. Skattemæssigt kunne tabet derfor alene tages i betragtning denne medlemsstat.

13. Den forelæggende ret finder det imidlertid usikkert, om denne retlige fortolkning og retsanvendelse er forenelig med fællesskabsretten og den i artikel 43 EF sikrede ret til fri etablering. Retten har derfor udsat sagen og forelagt Domstolen følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1) Er det i strid med EF-traktatens artikel 52 [og] 58 (efter ændring nu artikel 43 EF [og] 48 EF), såfremt Forbundsrepublikken Tyskland som oprindelsesstat behandler et valutatab, som det indenlandske moderselskab har lidt som følge af tilbageførsel af såkaldt indskudskapital fra et italiensk driftssted, som en del af driftsstedets overskud, og det i overensstemmelse med en fritagelse i henhold til artikel 3, stk. 1 og 3, samt artikel 11, nr. 1, litra c), i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Italien (1925) er undtaget ved opgørelsen af tysk skat,

uanset at valutatabet ikke kan medregnes ved opgørelsen af driftsstedsoverskuddet for så vidt angår italiensk skat, og således hverken tages i betragtning i oprindelsesstaten eller i driftsstedsstaten?

2) Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende: Er det i strid med EF-traktatens artikel 52 [og] 58 (efter ændring nu artikel 43 EF [og] 48 EF), såfremt det nævnte valutatab ganske vist skal indgå ved opgørelsen af tysk skat, men alene er fradragsberettiget som driftsomkostning, i det omfang der ikke foreligger skattefri indkomst fra det faste driftssted i Italien?«

**Bemærkning vedrørende sagens faktiske omstændigheder**

14. Både Finanzamt og Tyskland har i deres indlæg bestridt Finanzgerichts fremstilling af sagens faktiske omstændigheder. De usædvanlige forhold i denne sag foranledigede Domstolen til at stille et spørgsmål, i hvilken forbindelse Deutsche Shell og Finanzamt blev opfordret til at give nærmere oplysninger vedrørende tilbageførslen af overskud.

15. Finanzamt har gjort gældende, at Deutsche Shells beskrivelse af de faktiske omstændigheder, såvel som selve valutatabet, i det væsentlige er fiktiv. Det tilbageførte overskud (som var beskattet i Italien) udgjorde en intern betalingsstrøm, der skete af transparenshensyn. Indskudskapitalen er ganske enkelt blevet opslugt i filialens driftskapital. Idet der fandtes en intern udligningskonto, var de beløb, der blev betalt til moderselskabet, ikke de samme, som var modtaget som indskudskapital.

16. Den faktiske værdi af aktiverne var ikke blevet reduceret ved devalueringen af den italienske lire, og den interne værdi af indskudskapitalen var derfor uændret, når den blev opgjort i DEM, og ændrede sig, når den blev opgjort i ITL, snarere end omvendt.

17. Tyskland gør gældende, at Deutsche Shell søger at udligne den skat, der blev betalt i Italien (på 95 551 905 DEM) af salgsoverskuddet gennem tilsvarende fradrag af udvalgte og fuldstændig fiktive »tab« i Tyskland (opgjort til 122 698 502 DEM). Sagsøgeren forsøger kunstigt at opspalte overskuddet fra salget af den italienske filial ved at overføre en del heraf som tilbageførsel af indskudskapital.

18. Deutsche Shell gør gældende, at der ikke er noget »fiktivt« ved en situation, hvor en indskudskapital, der er ydet i ITL, halveres i værdi ved tilbageførsel til DEM, på grund af en devaluering af ITL over for DEM. Det deraf forårsagede valutatab på 122 698 502 DEM skulle have været medregnet ved opgørelsen af Deutsche Shells globale overskud.

**Konklusion vedrørende tvisten om de faktiske omstændigheder**

19. Tyskland har gjort gældende, at søgsmålet savner ethvert grundlag, at tabet er fiktivt, og at Deutsche Shells ukorrekte fremstilling af de faktiske omstændigheder har givet indtryk af et problem, som i realiteten ikke eksisterer. Tyskland gør derfor gældende, at Domstolen ikke bør admittere den præjudicielle forelæggelse.

20. På trods af den intense uenighed om sagens faktiske omstændigheder er det imidlertid ikke godtgjort, at sagen åbenbart savner ethvert grundlag. Jeg finder, at sagens parter snarere strides om fortolkningen af visse fakta, end om, hvorvidt de foreligger.

21. Hvorvidt sagens faktiske omstændigheder i realiteten er, som de er fremstillet i forelæggelseskendelsen, er et spørgsmål, der skal afgøres af den nationale ret. Såfremt de faktiske omstændigheder afviger fra, hvad der er forelagt Domstolen, påhviler det den nationale ret at tage denne afvigelse i betragtning ved den endelige afgørelse af sagen [7].

22. I henhold til fast praksis [8] skal Domstolen lægge den fremstilling af de faktiske omstændigheder til grund, som den nationale ret har anført i forelæggelseskendelsen, idet artikel 234 EF forudsætter en klar adskillelse mellem de nationale retters og Domstolens opgaver. Domstolens opgave i forbindelse med en præjudiciel forelæggelse er i henhold til artikel 234 EF at give vejledning med hensyn til retstilstanden.

23. Jeg finder derfor, at forelæggelseskendelsen kan antages til realitetsbehandling.

7 — Nærmere oplysninger herom findes i Orientering om forelæggelse af præjudicielle spørgsmål fra de nationale retter, EUT 2005 L 143, s. 1 og 2.

8 — Jf. dom af 2.6.1994, sag C-30/93, AC-ATEL Electronics, Sml. I, s. 2305, præmis 16 og 17, af 1.2.1998, sag C-326/96, Levez, Sml. I, s. 7835, præmis 25 og 26, af 29.4.1982, sag 17/81, Pabst & Richarz, Sml. s. 1331, præmis 12, og af 16.9.1999, sag C-435/97, World Wildlife Fund (WWF) m.fl., Sml. I, s. 5613.

**Det første spørgsmål**

24. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvorvidt det er i strid med artikel 43 EF og 48 EF, såfremt medlemsstat A behandler et valutatab, som et selskab, der er etableret på denne medlemsstats område, har lidt som følge tilbageførsel af såkaldt indskudskapital, ydet til en filial i medlemsstat B som en del af filialens overskud, og det i overensstemmelse med en fritagelse i en dobbeltbeskatningsoverenskomst er undtaget ved opgørelsen af selskabets skattetilsvar, uanset at valutatabet ikke kan medregnes ved opgørelsen af filialens overskud for så vidt angår skat til medlemsstat B, således at det ikke kan medregnes i nogen af medlemsstaterne.

25. Problemet opstår, fordi valutatab, der hidrører fra driften af et tysk selskabs udenlandske filial — herunder tab fra lukning af filialen — i henhold til tysk ret betragtes som en del af filialens indkomst. Når en sådan indkomst i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst er fritaget for tysk beskatning, kan valutatabet ikke tages i betragtning ved selskabets opgørelse af tysk skat. Ifølge sagens natur kan valutatabet ikke have nogen indvirkning på filialens overskud i Italien (eftersom det alene udmøntes, når midler, der overføres til selskabet, omveksles til den valuta, der anvendes i den medlemsstat, hvor selskabet er etableret). Det kan derfor ikke tages i betragtning hverken af filialen eller af moderselskabet.

26. Det er fast retspraksis, at retten til frit at etablere sig omfatter en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis hovedvirksomhed er beliggende inden for Fællesskabet, til at udøve virksomhed i den pågældende medlemsstat via en filial [9].

27. Det står ligeledes fast, at selv om bestemmelserne om etableringsfriheden efter deres ordlyd særligt skal sikre udenlandske selskaber ligebehandling i en værtsmedlemsstat, indebærer de samtidig et forbud mod, at oprindelsesstaten opstiller hindringer for, at et selskab, som er stiftet i overensstemmelse med dens lovgivning, og som i øvrigt er omfattet af definitionen i artikel 48 EF, etablerer sig i en anden medlemsstat [10].

9 — Dom af 14.12.2000, sag C-141/99, AMID, Sml. I, s. 11619, præmis 20, hvori der henvises til dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 18, og af 13.7.1993, sag C-330/91, Commerzbank , Sml. I, s. 4017, præmis 13.

10 — AMID-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 9, præmis 21, hvori der henvises til dom af 27.9.1988, sag 81/87, Daily Mail og General Trust, Sml. s. 5483.

28. En metode til at vurdere den præjudicielle anmodning er at undersøge, om moderselskaber, der befinder sig i en tilsvarende situation, bliver udsat for forskelsbehandling i forhold til et relevant sammenligningsgrundlag. En anden og måske mere direkte metode til at undersøge det samme forhold består i at undersøge, hvorvidt tysk lov indebærer en begrænsning af den frie etableringsret, og i givet fald om dette er begrundet.

*Forskelsbehandling*

29. I forbindelse med en undersøgelse af, om tysk lov indebærer forskelsbehandling af Deutsche Shell, således at det udgør en hindring for den frie etableringsret, er det nødvendigt at definere et relevant sammenligningsgrundlag.

30. Finanzgericht sammenligner i sin forelæggelseskendelse sagsøgerens situation (et tysk moderselskab, der handler i DEM, og som har etableret et italiensk driftssted, der handler i ITL) med et hypotetisk tysk moderselskab, der handler i DEM, og som har etableret et tysk (sic) driftssted, der handler i ITL (eller i en anden valuta). Finanzgericht bemærker, at valutatab, der er opstået som følge af sådanne transaktioner, vil være fradragsberettiget. Imidlertid synes den forelæggende ret også at acceptere, at en sammenlignelig indenlandsk situation ikke forekommer, idet en tysk filial ikke vil modtage indskudskapital i en fremmed valuta. Parterne har i deres indlæg foreslået en række yderligere, hypotetiske sammenligninger [11].

31. Kommissionen finder, at den tyske lov medfører forskelsbehandling. Et tab for moderselskabet tages ikke i betragtning, ene og alene fordi dette tab er et valutatab, som hidrører fra et driftssted i udlandet. Den omstændighed, at dette problem alene vil opstå i grænseoverskridende sammenhæng, er ikke nogen begrundelse for at afslå at tage et sådant tab i betragtning. Om noget skulle selskaber i den situation nyde særlig beskyttelse.

32. Finanzamt, Tyskland og Nederlandene gør gældende, at den omstændighed, at der ikke findes et egentligt indenlandsk sammenligningsgrundlag, viser, at anvendelsen af den tyske lov ikke medfører forskelsbehandling.

11 — Til sammenligning benytter Deutsche Shell således et tysk moderselskab med et driftssted i Tyskland, der handler i mere end én valuta. Selskabet gør gældende, at der ved beregningen af den skattepligtige indkomst i Tyskland for et sådant selskab ville blive taget hensyn til ændringer i valutakursen for den anden valuta.

33. Det bemærkes, at der var tale om et tilsvarende problem i AMID-sagen [12]. Under denne sag gjorde Belgien gældende, at belgiske virksomheder, der havde en filial i en anden medlemsstat, ikke befandt sig i samme situation som virksomheder, hvis aktiviteter alene fandt sted i Belgien. De to kategorier af virksomheder ville altid befinde sig i forskellige situationer, hvorfor anvendelsen af et skattesystem, der medfører forskellige resultater, ikke nødvendigvis indebærer en forskelsbehandling. Domstolen afviste dette, idet den fandt, at disse forskelle ikke kunne forklare den forskellige behandling af de to typer virksomheder [13].

34. Det er muligt at undersøge en række tænkte situationer, der omfatter et tysk og et italiensk driftssted. Valget af sammenligningsgrundlag giver typisk anledning til en ophedet diskussion, idet afgørelsen af, hvorvidt der foreligger forskelsbehandling (eller ej), ofte afhænger af det nærmere valg af sammenligningsgrundlag. Den forhåndenværende diskussion minder i den henseende om den tidligere retspraksis vedrørende forskelsbehandling på grundlag af køn, hvor megen energi blev spildt på det omdiskuterede spørgsmål om en passende sammenligning til en gravid kvinde [14].

35. På trods af den betragtelige akademiske og intellektuelle interesse finder jeg, at det under hensyn til de særlige omstændigheder i denne sag er ufornødent med en længere diskussion om forskelsbehandling. Kommissionen gør gældende, at den afgørende faktor ved besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål, som Finanzgericht har forelagt, ikke er, om der var tale om forskelsbehandling, men om, hvorvidt den tyske lov medfører begrænsninger for dem, der ønsker at udøve deres ret til fri etablering.

36. Jeg deler denne opfattelse.

*Begrænsning af retten til fri etablering*

37. Deutsche Shell gør gældende, at en ordning, hvorefter det ikke er muligt at tage hensyn til et valutatab, hverken i den medlemsstat, hvor moderselskabet har hjemsted, eller i den medlemsstat, hvor filialen er etableret, udgør en begrænsning af selskabets ret til fri etablering. Kommissionen har ligeledes anført, at moderselskabet har lidt et tab, der hverken kan fradrages i Italien eller Tyskland. Et sådant tab udgør en begrænsning af den frie etableringsret.

38. Mens Finanzamt argumenterer kraftigt imod, at der skulle være tale om

12 — Nævnt ovenfor i fodnote 9.

13 — Jf. punkt 25 og 28.

14 — Jf. dom af 8.11.1990, sag C-177/88, Dekker, Sml. I, s. 3941, præmis 10-14, og generaladvokat Darmons forslag til afgørelse, punkt 23, 24 og 25.

forskelsbehandling, søger den ikke at argumentere for, at der ikke foreligger en begrænsning. Den henholder sig til, at Deutsche Shell ikke har lidt et reelt tab. Hvis de faktiske omstændigheder imidlertid er, som den forelæggende ret har beskrevet, er Deutsche Shell imidlertid blevet stillet ringere, hvilket bestemt vil begrænse udøvelsen af den frie etableringsret.

39. Når skattepligtige selskaber stilles ringere, er det vigtigt at fastslå årsagen hertil. Dette indebærer nødvendigvis, at der foretages en vurdering af det skattesystem, der har ført til den ringere behandling, og at der sondres mellem en begrænsning, som er forbudt i henhold til artikel 43 EF, og en begrænsning, som er ufordelagtig, men som er en naturlig følge af forskellene imellem de enkelte medlemsstaters skattesystemer [15].

40. Både Tyskland og Nederlandene henviste i vidt omfang til generaladvokat Geelhoeds forslag til afgørelse i sag C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation [16]. I forslagets punkt 37-39 (som ikke blev udtrykkeligt fulgt af Domstolen, om end den nåede til samme resultat) betegnede generaladvokat Geelhoed visse omstændigheder med begrænsende virkning som »kvasirestriktioner«. Han bemærkede, at sådanne kvasirestriktioner blot er en uundgåelig følge af, at der findes to forskellige retssystemer side om side. Han gav to eksempler på dette, nemlig begrænsninger som følge af forskelle mellem de nationale skattesystemer og begrænsninger, der opstår som følge af nødvendigheden af at dele beskatningskompetencen mellem to medlemsstater. Han foreslog, at kvasirestriktioner ikke skulle give anledning til retlige indgreb.

41. Jeg vil vende tilbage til dette i forbindelse med spørgsmålet om begrundelse [17]. Det er efter min opfattelse afgørende, hvorvidt selskabet *er stillet ringere* i en grænseoverskridende situation. Muligheden for, at et selskab kan blive stillet ringere, fordi et tab, som skyldes ugunstige valutabevægelser, ikke tages i betragtning ved opgørelsen af skattetilsvar, opstår *alene,* såfremt selskabet har grænseoverskridende aktiviteter.

42. Det er endvidere tvivlsomt, om de foreliggende omstændigheder alene er forårsaget af behovet for samarbejde mellem de tyske og italienske skattemyndigheder. Ulempen er en konsekvens af, at valutatabet alene er synligt i Tyskland. Det kan derfor alene tages i betragtning af de tyske skattemyndigheder.

15 — Jf. i denne forbindelse dommen i sag C-336/96, Gilly, Sml. I, s. 2793, hvori Domstolen fandt, at sidstnævnte mulighed ikke udgør en begrænsning, der kræver begrundelse.

16 — Sml. 2006 I, s. 11673.

17 — Jf. punkt 45 ff., navnlig punkt 49 og 50.

Derfor er den ulempe, som Deutsche Shell har lidt, forårsaget af de tyske myndigheders beslutning. Denne beslutning er ganske vist truffet inden for rammerne af 1925-overenskomsten, men det følger ikke heraf, at forskellene alene er affødt af sameksistensen af to forskellige skattesystemer.

43. En sådan situation øger de risici, som et selskab, der ønsker at etablere en filial i en medlemsstat med en anden valuta, står over for. Moderselskabet er ikke alene udsat for de faremomenter, som er forbundet med filialens succes; det vil under alle sådanne omstændigheder skulle imødese en større risiko, når det stiller indskudskapital til rådighed for filialen [18].

44. Som et resultat af sin udøvelse af retten til fri etablering har Deutsche Shell lidt et tab, som ikke kan tages i betragtning ved opgørelsen af dets globale skattepligtige indkomst. Dette gør utvivlsomt retten til fri etablering mindre tiltrækkende. Jeg finder, at omstændighederne i denne sag forårsager en begrænsning af retten til fri etablering som omhandlet i artikel 43 EF og artikel 48 EF.

18 — Jf. analogt generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse i sag C-1/93, Halliburton Services, Sml. 1994, I, s. 1137, punkt 18 (selv om der her var tale om et klart tilfælde af forskelsbehandling, er betragtningen generel).

*Begrundelse*

45. Ifølge fast retspraksis kan en begrænsning af udøvelsen af den frie etableringsret under visse omstændigheder være begrundet.

46. Imidlertid er en sådan begrænsning kun tilladt, dersom den forfølger formål, der er lovlige i henhold til traktaten, og er begrundet i tvingende hensyn til almenvellet.

47. Desuden skal det godtgøres, at begrænsningen er egnet til at sikre gennemførelsen af dette lovlige mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det [19].

48. Sagens parter har i deres indlæg under sagen foreslået en række mulige begrundelser for den omtvistede skattemæssige behandling. Disse vil alle blive behandlet i tur og orden.

19 — Dom af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 35, hvori der henvises til dom af 15.5.1997, sag C-250/95, Futura Participations og Singer, Sml. I, s. 2471, præmis 26, og af 11.3.2004, sag C-9/02, de Lasteyrie du Saillant, Sml. I, s. 2409, præmis 49. Jf. ligeledes dom af 12.9.2006, sag C-196/04, Cadbury Schwepps og Cadbury Schwepps Overseas, Sml. I, s. 7995, præmis 47.

Afbalanceret fordeling af skattekompetence

49. Både Tyskland og Nederlandene henledte Domstolens opmærksomhed på opdelingen af kompetence mellem de tyske og de italienske skattemyndigheder. Tyskland har desuden henvist til national suverænitet som begrundelse. Tyskland har gjort gældende, at de ordninger, der er fastsat i 1925-overenskomsten, er en logisk fordeling af den skattemæssige kompetence mellem Tyskland og Italien i grænseoverskridende sammenhænge. Valutatabet falder under italiensk kompetence, idet det hidrører fra Italien og skulle have været taget i betragtning i denne medlemsstat.

50. Imidlertid har såvel Deutsche Shell som Kommissionen i deres indlæg understreget, at Italien i 1992 anvendte ITL, hvorfor alle skattemæssige beregninger derfor alene skete i ITL. Valutatabet viste sig først, da ITL-beløbene blev omvekslet til DEM. Argumentet er derfor ikke holdbart og må afvises som begrundelse.

51. Desuden er en fuldstændig udelukkelse af et tab, som ikke er synligt i den ene af de to berørte medlemsstater, og som ikke kan betragtes som indkomst for filialen i dette udtryks sædvanlige betydning, ikke udtryk for en rimelig anvendelse af medlemsstaternes beføjelse til at fordele beskatningskompetencen imellem sig.

Skattemæssig sammenhæng

52. Tyskland og Nederlandene gør gældende, at sammenhængen i det tyske skattesystem kan gå tabt, såfremt Deutsche Shell kan inddrage valutatab ved beregningen af sin globale indkomst for så vidt angår tysk skat.

53. Restriktive foranstaltninger kan være begrundede som en nødvendig beskyttelse af sammenhængen i et nationalt skattesystem. Imidlertid skal der for at begrunde en sådan foranstaltning bestå en direkte sammenhæng mellem den økonomiske ulempe, som moderselskabet har lidt, og en tilsvarende skattemæssig fordel, som opvejer den ulempe, som selskabet har lidt [20].

20 — Domme af 28.1.1992, sag C-204/90, Bachmann, Sml. I, s. 249, og sag C-300/90, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 305, dom af 14.11.1995, sag C-484/93, Svensson og Gustavsson, Sml. I, s. 3955, præmis 18, af 16.7.1998, sag C-264/96, ICI, Sml. I, s. 4695, præmis 29, og af 7.9.2004, sag C-319/02, Manninen, Sml. I, s. 7477, præmis 42.

Domstolen har fortolket denne begrundelse strengt [21].

54. Findes der en fordel, der opvejer den ulempe, som Deutsche Shell har lidt i denne sag? Tyskland gør gældende, at fordelen ved det eksisterende system er, at valutagevinster som følge af gunstige kursændringer heller ikke ville blive medregnet.

55. Deutsche Shell har imidlertid lidt et valutatab. Selskabet kan ikke ændre dette til en valutagevinst. Der findes dermed ikke nogen kompenserende fordel for sagsøgeren. I den henseende er den foreliggende sag sammenlignelig med sag C-385/00, de Groot [22]. I ingen af disse sager kan sagsøgeren opnå en skattemæssig fordel, men bærer byrden ved ikke at kunne fradrage et tab.

56. Tysklands anbringende om, at de, der drager fordel af en valutakursændring, har fordel af det nuværende system, undlader at tage hensyn til, at disse »fordele« skal begunstige dem, som bærer byrden som følge af de begrænsende foranstaltninger. Skatte»fordele« af denne type er ikke ægte skattefordele, men derimod en dobbelt ulighed.

57. I AMID-sagen argumenterede Belgien i lighed hermed for, at de forskelle, der opstod som følge af det belgiske skattesystem, var begrundede, idet de ville komme et selskab, der var i den modsatte situation end AMID, til gode. Et sådant tænkt selskab ville være gunstigere stillet end et indenlandsk selskab uden en filial i Luxemburg. Domstolen forkastede dette anbringende [23].

58. Kommissionen gør gældende, at en skattemæssig kohærens faktisk beskyttes bedre, såfremt der tages hensyn til valutakursændringer. Både Kommissionen og Deutsche Shell understreger, at såfremt valutatabet i stedet havde været en valutagevinst, ville den omstændighed, at dette ikke blev taget i betragtning ved skatteberegningen, medføre, at den økonomiske gevinst ville være »argent blanc«. De peger ligeledes på, at det nuværende system favoriserer et selskab, som tjener på en valutakursændring, uforholdsmæssigt, mens det ikke kompenserer et selskab, der lider tab som følge af en

21 — Den blev f.eks. hverken godtaget i dom af 29.3.2007, sag C-347/04, Rewe, Sml. I, s. 2647, af 21.2.2006, sag C-152/03, Ritter-Coulais, Sml. I, s. 1711, dommen i sagen de Lasteyrie du Saillant, nævnt ovenfor i fodnote 19, dom af 13.11.2003, sag C-209/01, Schilling, Sml. I, s. 13389, af 21.11.2002, sag C-436/00, X og Y, Sml. I, s. 10829, eller i dom af 26.9.2000, sag C-478/98, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 7587.

22 — Sml. 2002 I, s. 11819.

23 — Jf. punkt 24-28.

modgående valutakursbevægelse. Dette kan ikke anses for kohærens.

59. Jeg er enig i begge disse betragtninger. Jeg finder ikke, at de resultater, der følger af det nuværende tyske skattesystem, kan begrundes, hverken med henvisning til en ligelig fordeling af skattekompetencen imellem medlemsstaterne eller med nødvendigheden af at opretholde kohærens i skattemæssig henseende. Selv såfremt (quad non) en af disse begrundelser kunne komme i betragtning, ville jeg under alle omstændigheder anse den fuldstændige udelukkelse af valutatab for uforholdsmæssig.

60. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare Finanzgerichts første spørgsmål bekræftende.

**Det andet spørgsmål**

61. Såfremt det første spørgsmål (som jeg foreslår) besvares bekræftende, er det nødvendigt at behandle den forelæggende rets andet spørgsmål om, i hvilket omfang oprindelsesstaten kan udelukke muligheden for at fratrække et valutatab, der hidrører fra lukning af en filial i en anden medlemsstat. Ville en kvalificeret fradragsret, hvorefter et valutatab kan indgå i beregningsgrundlaget i oprindelsesstaten, men alene er fradragsberettiget som driftsomkostning, i det omfang der ikke foreligger skattefri indkomst fra filialen i den anden medlemsstat [24], være tilstrækkeligt til at sikre overholdelsen af artikel 43 EF?

62. Ifølge Finanzgerichts forelæggelseskendelse kan driftsomkostninger, som er direkte økonomisk forbundet med erhvervelsen af skattefri indkomst, ikke fradrages i moderselskabets indkomst. Finanzgericht finder, at indkomsten fra salget af Deutsche Shells andele er skattefri i Tyskland, idet den allerede er blevet beskattet i Italien.

63. Imidlertid nævner Finanzgericht ikke, at der ikke blev taget hensyn til valutatabet ved opgørelsen af denne skat.

64. Den forelæggende ret fandt ligeledes, at der var en klar og direkte forbindelse mellem valutatabet og Deutsche Shells skattefrie indkomst fra filialen i Italien. Den forklarer, at selv såfremt det ville have været muligt at medtage valutatabet ved opgørelsen af det tyske skattetilsvar, er virkningen af den

24 — I henhold til § 3c i EStG, jf. ovenfor i punkt 5.

relevante lovgivning [25], at valutatabet alene er fradragsberettiget i det omfang, det overstiger filialens skattefrie indkomst. Da valutatabet var mindre end den samlede skattefrie indkomst, som fremkom fra overførslen af filialens aktiver til Sierra og salget af andele i dette selskab, konkluderer den forelæggende ret, at tysk ret ville afskære Finanzamt fra at tage hensyn til valutatabet.

65. I så tilfælde ønsker den forelæggende ret oplyst, om artikel 43 EF i forbindelse med 48 EF er til hinder for et sådant resultat.

66. Indlæggene er sparsomme med hensyn til dette spørgsmål. Deutsche Shell og Kommissionen koncentrerer sig om det første spørgsmål og tilføjer blot, at såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, bør også det andet spørgsmål besvares bekræftende.

67. Tyskland gør gældende, at dette ikke udgør en begrænsning af den frie etableringsret, og at en sådan begrænsning alene vedrører den situation, hvor et tab er direkte økonomisk forbundet med skattefri indkomst. Nederlandene har ikke behandlet det andet spørgsmål særskilt.

68. Finanzamt bemærker, at disse tab med hensyn til 1925-overenskomsten ikke kan betragtes som isolerede tab i Tyskland. En sådan slutning er udelukket som følge af overenskomstens ordlyd, der alene vedrører indkomst. Valutatabet udgør alene en del af den italienske filials resultatopgørelse. Da Deutsche Shell i 1992 opnåede et samlet overskud fra dets italienske filial, selv såfremt valutatabet blev medregnet, ville der ikke under nogen omstændigheder fremkomme et fradragsberettiget tab som omhandlet i § 2a, stk. 3, i EStG.

69. Som jeg allerede har anført, var valutatabet ikke synligt i ITL og blev derfor ikke taget i betragtning ved den skattemæssige opgørelse af filialens indkomst i Italien.

70. Det forekommer derfor inadækvat at fortolke EStG således, at valutatabet som sådan bliver en del af (eller direkte forbundet med) filialens indkomst, som er skattefri i Tyskland.

25 — Som anført ovenfor i punkt 4 og 5.

71. Det perspektiv, som den forelæggende ret har anlagt i sit andet spørgsmål, forfejler sagens afgørende omstændighed, nemlig at det tyske og italienske system har skabt en ordning, hvorefter et valutatab ikke kan medregnes af nogen af skattemyndighederne. Jeg finder, at en korrekt fortolkning af artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF, fører til, at et sådant tab (som et ethvert andet tab) kan medregnes i sin helhed. Da det ikke var synligt i den italienske skatteberegning i ITL, skal det følgelig tages i betragtning ved den tyske skatteberegning af Deutsche Shells globale indkomst.

72. Jeg foreslår derfor, at det andet spørgsmål ligeledes besvares bekræftende.

**Forslag til afgørelse**

73. Henset til de anførte betragtninger foreslår jeg, at de af Finanzgericht Hamburg forelagte spørgsmål besvares således:

»1) Det er i strid med artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF, såfremt Forbundsrepublikken Tyskland som oprindelsesstat behandler et valutatab, som et tysk moderselskab har lidt som følge af tilbageførsel af såkaldt indskudskapital fra et italiensk driftssted, som en del af driftsstedets overskud, og det i

overensstemmelse med en fritagelse i henhold til artikel 3, stk. 1 og 3, samt artikel 11, nr. 1, litra c), i dobbeltbeskatningsoverenskomsten med Italien (1925) er undtaget ved opgørelsen af tysk skat, uanset at valutatabet ikke kan medregnes ved opgørelsen af driftsstedsoverskuddet for så vidt angår italiensk skat, og således hverken tages i betragtning i oprindelsesstaten eller i driftsstedsstaten.

2) Det er i strid med artikel 43 EF, sammenholdt med artikel 48 EF, såfremt det nævnte valutatab ganske vist skal indgå ved opgørelsen af tysk skat, men alene er fradragsberettiget som driftsomkostning, i det omfang der ikke foreligger skattefri indkomst fra det faste driftssted i Italien.«