



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

J. KOKOTT

fremsat den 10. januar 2019¹

Sag C-607/17

**Skatteverket
mod
Memira Holding AB**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige))

»Anmodning om præjudiciel afgørelse – national skattelovgivning – etableringsfrihed – fradrag af et udenlandsk datterselskabs underskud i moderselskabets hjemstedsstat i forbindelse med en fusion – begrundelse for manglende ret til fradrag for såkaldte endelige underskud – forholdsmæssigheden af en manglende adgang til grænseoverskridende modregning af underskud – de såkaldte endelige underskud som begreb«

I. Indledning

1. I denne sag² er spørgsmålet, om et svensk moderselskab på grundlag af artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF, har ret til at fradrage underskud i et helejet datterselskab med hjemsted i Tyskland i sine overskud, når datterselskabet afvikles ved en fusion med moderselskabet og ikke har kunnet »udnytte« de underskud, det havde pådraget sig i Tyskland, i fuldt omfang i Tyskland.

2. De grundlæggende friheder foreskriver som udgangspunkt ikke, at det skal være muligt at udnytte underskud i en koncern på tværs af grænserne. Dermed bortfalder underskud, der er pådraget i udlandet. Kun i tilfælde af såkaldte *endelige underskud* kan der på grundlag af Marks & Spencer-dommen afsagt af Domstolens Store Afdeling³ i 2005 gælde et krav om adgang til udnyttelse af underskud på tværs af grænserne ud fra overvejelser om, hvad der er forholdsmæssigt.

1 – Originalsprog: tysk.

2 – Jf. også C-608/17 og mit forslag til afgørelse af samme dato.

3 – Dom af 13.12.2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. Disse »endelige underskud« er ledsaget af en række problemer, der allerede har ført til flere afgørelser fra Domstolen⁴. Imidlertid er det i disse afgørelser indtil videre ikke lykkedes at nå til en endelig afklaring med hensyn til betingelserne for endelige underskud, som denne nye forelæggelse også viser. Dermed vil Domstolen – såfremt den fortsat vil opretholde undtagelsen for de endelige underskud⁵ – formentlig få mulighed for at præcisere denne kategori igen og igen.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

4. Den EU-retlige ramme for sagen udgøres af etableringsfriheden for selskaber i henhold til artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF, og Rådets direktiv 2009/133/EF⁶ (herefter »fusionsdirektivet«).

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

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

B. Svensk ret

6. I svensk ret blev fusionsdirektivet gennemført i kapitel 37 i inkomstskattelagen (1999:1229)⁷.

7. En fusion defineres i § 3 som en omdannelse. Den skal samtidigt opfylde to betingelser. For det første skal samtlige aktiver og passiver samt andre forpligtelser hos et selskab (det indskydende selskab) overtages af et andet selskab (det modtagende selskab). For det andet skal det indskydende selskab opløses uden likvidation. For at de særlige skatteregler om fusion i §§ 16-29 finder anvendelse, kræves det endvidere, at der er tale om en såkaldt kvalificeret fusion.

4 – Eksempelvis, men ikke udtømmende: dom af 4.7.2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), af 17.12.2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50), af 7.11.2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), af 21.2.2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), samt af 15.5.2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 – Den udtrykkelige anvendelse af retspraksissen fra Marks & Spencer-dommen i Bevola-sagen (dom af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 63 og 64) på underskud i udenlandske faste driftssteder peger formodentlig i denne retning. På den anden side anses de endelige underskud af flere stemmer ved Domstolen også for en overflødig retlig konstruktion; jf. f.eks. generaladvokat Mengozzis forslag til afgørelse K (C-322/11, EU:C:2013:183, punkt 66 ff. og 87) samt mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2014:2321, punkt 41 ff.) og A (C-123/11, EU:C:2012:488, punkt 50 ff.).

6 – Rådets direktiv af 19.10.2009 om en fælles beskatningsordning ved fusion, spaltning, partiel spaltning, tilførsel af aktiver og ombytning af aktier vedrørende selskaber i forskellige medlemsstater og ved flytning af et SE's eller SCE's vedtægtsmæssige hjemsted mellem medlemsstater (EUT 2009, L 310, s. 34), hvorved ordlyden af Rådets direktiv 90/434/EØF af 23.7.1990 med samme titel (EFT 1990, L 225, s. 1) blev ændret. Dette direktiv blev ændret ved Rådets direktiv 2013/13/EU af 13.5.2013 om tilpasning af visse direktiver vedrørende beskatning på grund af Republikken Kroatiens tiltrædelse (EUT 2013, L 141, s. 30) og skal ikke forveksles med Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/56/EF af 26.10.2005 om grænseoverskridende fusioner af selskaber med begrænset ansvar (EUT 2005, L 310, s. 1), som vedrører de selskabsretlige aspekter ved visse grænseoverskridende fusioner.

7 – Lov nr. 1229 fra 1999 om selskabs- og indkomstskat, herefter »inkomstskattelagen«.

8. For at en fusion skal være kvalificeret, kræves det efter § 11, at det indskydende selskab umiddelbart inden fusionen er indkomstskattepligtigt i Sverige for i hvert fald en del af den erhvervsmæssige virksomhed. Endvidere kræves det i henhold til § 12, at det modtagende selskab umiddelbart efter fusionen er indkomstskattepligtigt i Sverige for sådan erhvervsmæssig virksomhed, som det indskydende selskab beskattes for. Indkomsten må ikke helt eller delvist være fritaget for skat i Sverige på grund af en skatteaftale.

9. Konsekvensen af en kvalificeret fusion er ifølge § 17, stk. 1, at det indskydende selskab for sådan erhvervsmæssig virksomhed som omhandlet i § 11 ikke kan opgive nogen indtægter eller fradrage nogen udgifter, der opstår ved fusionen. For denne erhvervsmæssige virksomhed gælder det i stedet i henhold til § 18, stk. 1, at det modtagende selskab indtræder i det indskydende selskabs skattemæssige situation. Dette indebærer bl.a., at det modtagende selskab kan fradrage underskud hos det indskydende selskab fra tidligere skatteår med de begrænsninger, der er fastsat i §§ 21-26.

10. For at opnå en resultatudjævning inden for en koncern gennem overførsel af overskud anvendes i svensk ret normalt koncernbidrag. Reglerne om koncernbidrag findes i kapitel 35a i inkomstskattelagen (1999:1229). I henhold til § 2 og § 5 kan et svensk moderselskab foretage koncernlempelse for et endeligt underskud hos et helejet udenlandsk datterselskab, som er hjemmehørende i en EØS-stat bl.a. på den betingelse, at datterselskabet er trådt i likvidation, og denne er afsluttet. Ifølge den forelæggende ret finder denne ordning imidlertid ikke anvendelse på fusioner.

III. Tvisten i hovedsagen

11. Sagen omhandler et bindende svar fra Skatterättsnämnden (skatteretsnævnet, herefter »Skatterättsnämnden«). I det bindende svar lægges følgende faktiske omstændigheder til grund:

12. Memira Holding AB (herefter »Memira«) er moderselskab i en koncern med datterselskaber i flere lande, bl.a. Tyskland. Virksomheden i det tyske datterselskab har været tabsgivende. Dette datterselskabs økonomiske virksomhed er nu blevet afviklet. I datterselskabet er der kun passiver og visse likvide aktiver tilbage. Koncernen overvejer nu at lade det tyske datterselskab blive overtaget af det svenske moderselskab ved en grænseoverskridende fusion. Fusionen indebærer, at datterselskabet opløses uden likvidation. Efter fusionen vil koncernen ikke længere have et selskab i Tyskland. Koncernen kommer heller ikke til at udøve nogen virksomhed dér, hverken gennem moderselskabet eller et andet koncernselskab.

13. Det tyske datterselskab har akkumulerede underskud fra tidligere år for i alt ca. 7,6 mio. EUR. Der er tale om underskud, som kan henføres til virksomheden i Tyskland og skyldes manglende rentabilitet heri. Underskuddene kan fradrages i forbindelse med beskatningen af datterselskabet i Tyskland og uudnyttede underskud kan uden tidsmæssig begrænsning videreføres og modregnes i eventuelle overskud hos datterselskabet i de kommende år. Derimod er det efter tysk ret ikke muligt gennem en fusion at videreføre underskuddene til et andet selskab, som er skattepligtigt i Tyskland.

14. Skatterättsnämnden fandt, at hvis selskabet fusionerede med det tyske datterselskab, opfyldte det ikke betingelserne for at fradrage underskuddet i henhold til EU-retten. Ved bedømmelsen af, om der er tale om et endeligt underskud, skal det ifølge Domstolen tages i betragtning, hvordan underskuddet behandles i henhold til lovgivningen i datterselskabsstaten. Idet der efter tysk ret ikke er mulighed for at udnytte underskuddene i forbindelse med en fusion med et andet selskab, som er skattepligtigt i Tyskland, bør underskuddene ikke anses for endelige som omhandlet i EU-Domstolens praksis. Dette er følgelig ikke i strid med EU-retten.

15. Både Skatteverket (skattemyndigheden) og spørgeren, som er Memira, har påklaget det bindende svar til Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige).

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

16. Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager), som behandler sagen, har forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

- »1. Skal det ved bedømmelsen af, om et underskud i et datterselskab i en anden medlemsstat er endeligt som bl.a. omhandlet i A-dommen – og moderselskabet dermed kan opnå fradrag for underskuddet i henhold til artikel 49 TEUF – tages i betragtning, at der i henhold til reglerne i datterselskabsstaten gælder begrænsninger for muligheden for andre subjekter end underskudssubjektet selv for at opnå adgang til fradrag af underskuddet?
2. Hvis en sådan begrænsning som omhandlet i spørgsmål 1 skal tages i betragtning, skal der da tages hensyn til, om der i den pågældende sag rent faktisk er et andet subjekt i datterselskabsstaten, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene, hvis dette havde været tilladt dér?»

17. Under retsforhandlingerne for Domstolen har Memira, Kongeriget Sverige, Forbundsrepublikken Tyskland, Det Forenede Kongerige, Republikken Finland, Den Italienske Republik og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg vedrørende disse spørgsmål. I retsmødet den 24. oktober 2018 deltog Skatteverket, Kongeriget Sverige, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Finland og Kommissionen.

V. Retlig bedømmelse

A. Om de præjudicielle spørgsmål

18. Begge de præjudicielle spørgsmål vedrører endelige underskud i et datterselskab, der ophører ved fusion.

19. Med sit første præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret udtrykkeligt oplyst, om det ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt et »underskud i et datterselskab i en anden medlemsstat er endeligt som bl.a. omhandlet i A-dommen«, skal tages i betragtning, at tredjeparters mulighed for at udnytte underskud er begrænset i datterselskabets hjemstedsstat.

20. I denne forbindelse er spørgsmålet navnlig, om etableringsfriheden (artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF) forpligter Sverige til at tage hensyn til underskud, der er akkumuleret (mere præcist: fremført) over en årrække i et datterselskab, som er hjemmehørende i Tyskland, når dette fusioneres med moderselskabet og derigennem likvideres. Underskuddene kan i henhold til den tyske skattelovgivning ikke udnyttes i forbindelse med en fusion og bortfalder derfor som følge af likvidationen i Tyskland.

21. Såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, ønsker den forelæggende ret oplyst, om det ændrer noget herved, såfremt der i det konkrete tilfælde ikke findes et andet subjekt, der havde kunnet fremføre underskuddene. Dermed menes tilsyneladende, at der ikke findes andre koncernselskaber i datterselskabets hjemstedsstat. Dette aspekt kan besvares sammen med det første spørgsmål.

22. Selv om begge spørgsmål vedrører fortolkningen af Domstolens praksis – retten tager hovedsageligt udgangspunkt i A-sagen⁸, hvor bemærkningerne i Marks & Spencer-sagen⁹ blev anvendt på en grænseoverskridende fusion – er forudsætningen herfor, at der foreligger en hindring for etableringsfriheden.

23. Eftersom EU-retten imidlertid har sin egen lovgivning med hensyn til de skattemæssige konsekvenser af grænseoverskridende fusioner af selskaber i form af fusionsdirektivet, skal denne mere specielle ordning undersøges først (herom under punkt 25 ff.). Domstolen har nemlig flere gange fastslået, at »enhver national foranstaltning inden for et område, der har været genstand for en udtømmende harmonisering i Den Europæiske Union, skal bedømmes på grundlag af de harmoniserede bestemmelser og ikke på grundlag af bestemmelser i den primære ret«¹⁰.

24. Selv hvis fusionsdirektivet udgør en sådan udtømmende harmonisering, kan dette dog ikke forhindre, at direktivet skal fortolkes i overensstemmelse med den primære ret, og at det i givet fald i den konkrete sag skal prøves, om det er foreneligt med de grundlæggende friheder. Domstolen fastslog nemlig allerede tidligt, at forbuddet mod restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser ikke blot gælder for nationale foranstaltninger, men også for foranstaltninger, der udgår fra EU-institutionerne¹¹. Traktaterne forbliver som primær ret »grundlag, ramme og begrænsning«¹² for alle EU-retsakter. Såfremt en modregning af underskud ikke følger af fusionsdirektivet, skal det derfor dernæst undersøges, om der foreligger en hindring for etableringsfriheden (herom under punkt 28 ff.).

B. Udnyttelse af underskud i henhold til fusionsdirektivet

25. En situation som den, der foreligger i hovedsagen, er uden tvivl omfattet af fusionsdirektivets anvendelsesområde. I henhold til dette direktivs anden og tredje betragtning har dette direktiv til formål at fastlægge en fælles ordning for af hensyn til det indre markeds funktion at bringe en skattemæssig forskelsbehandling af grænseoverskridende fusioner i forhold til indenlandske fusioner til ophør. Ifølge niende betragtning omfatter dette mål udtrykkeligt den skattemæssige behandling af tab.

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

27. Ifølge fusionsdirektivets artikel 6 kan der derfor højst tages hensyn til et underskud i det indskydende selskab i dets hjemstedsstat (her Tyskland). En hensyntagen til underskuddet i det modtagende selskabs medlemsstat (her Sverige) nævnes ikke. Deraf kan det uden videre udledes, at EU-retten ikke stiller krav om en sådan hensyntagen til underskud. Dette gælder navnlig, når det indskydende selskabs (udenlandske) tab i direktivets niende betragtning er identificeret som problem, og der specifikt er fastsat en helt bestemt ordning herfor ved fusionsdirektivets artikel 6. En udnyttelse af det underskud, der er fremført i Tyskland med henblik på svensk beskatning, følger i al fald ikke af fusionsdirektivet.

8 – Dom af 21.2.2013 (C-123/11, EU:C:2013:84).

9 – Dom af 13.12.2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

10 – Således senest igen dom af 8.3.2017, Euro Park Service (C-14/16, EU:C:2017:177, præmis 19), af 12.11.2015, Visnapuu (C-198/14, EU:C:2015:751, præmis 40), af 11.12.2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, EU:C:2003:664, præmis 64), og af 16.12.2008, Gysbrechts og Santurel Inter (C-205/07, EU:C:2008:730, præmis 33) – om end i den konkrete sag altid under afvisning af en manglende binding til den primære ret.

11 – Dom af 2.9.2015, Groupe Steria (C-386/14, EU:C:2015:524, præmis 39), af 18.9.2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479, præmis 25 og 26), af 23.2.2006, Keller Holding (C-471/04, EU:C:2006:143, præmis 45), af 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 46), af 29.2.1984, REWE-Zentrale (37/83, EU:C:1984:89, præmis 18), og af 26.10.2010, Schmelz (C-97/09, EU:C:2010:632, præmis 50).

12 – Dom af 5.10.1978, Viola (26/78, EU:C:1978:172, præmis 9/14).

C. Restriktion for etableringsfriheden

28. Et krav om adgang til fradrag af underskud kunne dog følge af det modtagende selskabs etableringsfrihed i henhold til artikel 49 TEUF og artikel 54 TEUF.

29. Etableringsfriheden for unionsborgere i henhold til artikel 49 TEUF omfatter i medfør af artikel 54 TEUF en ret for selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, til at udøve virksomhed i andre medlemsstater via et datterselskab, en filial eller et agentur.

30. Det følger af fast retspraksis, at alle foranstaltninger, som forbyder, medfører ulemper for eller gør udøvelsen af etableringsfriheden mindre attraktiv, skal betragtes som restriktioner for etableringsfriheden¹³.

31. For at en medlemsstats skattelovgivning er i strid med etableringsfriheden for selskaber, er det en forudsætning, at den fører til en forskelsbehandling til skade for selskaber, der udøver denne frihed, at denne forskelsbehandling vedrører situationer, der er objektivt sammenlignelige, og at den ikke er begrundet i tvingende almene hensyn eller står i rimeligt forhold til dette mål¹⁴.

1. Forskelsbehandling

32. I den foreliggende sag er det dog tvivlsomt, om der er tale om forskelsbehandling. Ifølge den forelæggende ret tillader svensk ret kun en modregning af underskud i forbindelse med en fusion, hvis der er tale om en kvalificeret fusion. En kvalificeret fusion er betinget af, at det ophørende selskab (hvis underskud skal udnyttes) har skattepligtige indtægter i Sverige.

33. Dermed tager den svenske ordning ikke udgangspunkt i en grænseoverskridende situation, men alene i, hvorvidt indtægterne er skattepligtige. Ved en fusion med et datterselskab, der er hjemmehørende i Sverige, og som kun oppebærer skattefrie indtægter dér, kan akkumulerede underskud heller ikke overføres til moderselskabet ved en fusion. I så henseende sonderer den svenske ordning i henhold til dens ordlyd ikke mellem en indenlandsk og en udenlandsk situation. Den omhandlede ordning har ikke direkte diskriminerende karakter.

34. Enhver form for skjult forskelsbehandling, som ved anvendelse af andre kriterier reelt fører til det samme resultat (såkaldt skjult eller indirekte forskelsbehandling), er imidlertid også forbudt¹⁵.

35. I Hervis Sport-sagen fastslog Domstolen, at der kan være tale om indirekte forskelsbehandling, såfremt *de fleste* selskaber, der på grund af deres høje omsætning rammes af en stærk afgiftsprogression, tilhører en koncern med forbindelse til en anden medlemsstat¹⁶. Som jeg dog allerede har bemærket andetsteds, er det ikke tilstrækkeligt, at udenlandske selskaber *i overvejende grad* berøres¹⁷.

13 – Dom af 29.11.2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 36), af 21.5.2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, præmis 34), og af 16.4.2015, Kommissionen mod Tyskland (C-591/13, EU:C:2015:230, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis).

14 – Jf. i denne retning dom af 4.7.2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, præmis 18), af 25.2.2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, præmis 20), samt af 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 167).

15 – Jf. bl.a. dom af 5.12.1989, Kommissionen mod Italien (C-3/88, EU:C:1989:606, præmis 8), af 13.7.1993, Commerzbank (C-330/91, EU:C:1993:303, præmis 14), af 14.2.1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31, præmis 26), af 8.7.1999, Baxter m.fl. (C-254/97, EU:C:1999:368, præmis 10), af 25.1.2007, Meindl (C-329/05, EU:C:2007:57, præmis 21), af 18.3.2010, Gielen (C-440/08, EU:C:2010:148, præmis 37), af 1.6.2010, Blanco Pérez og Chao Gómez (C-570/07 og C-571/07, EU:C:2010:300, præmis 117 og 118), af 5.2.2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, præmis 30), og af 8.6.2017, Van der Weegen m.fl. (C-580/15, EU:C:2017:429, præmis 33); jf. også mit forslag til afgørelse Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, præmis 34).

16 – Dom af 5.2.2014, Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, præmis 39 ff.).

17 – Jf. herom mit forslag til afgørelse ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, punkt 34 ff.) og Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, punkt 41).

36. Derimod skal der stilles strengere betingelser. Indirekte forskelsbehandling bør kun omfatte tilfælde, som rent formelt betragtet ikke udgør forskelsbehandling, men virker som en sådan¹⁸. En skjult diskriminerende ordning skal derfor efter selve sin karakter¹⁹ navnlig berøre udenlandske virksomheder.

37. Når der tages udgangspunkt i, hvorvidt indtægterne er skattepligtige, er dette tilfældet. Det er ganske vist muligt, at der også findes skattefritagne (dvs. ikke-skattepligtige) indenlandske indtægter, hvor en fusion med udnyttelse af underskud i så fald ikke vil være mulig. Derudover kan der også være selskaber, der er hjemmehørende i udlandet og har indenlandske indtægter (navnlig indtægter fra faste driftssteder), hvor en grænseoverskridende fusion med en vis udnyttelse af underskud vil være mulig.

38. Imidlertid er selskabsskatteavgivningen efter selve sin karakter præget af dualiteten mellem de indtægter, der er skattepligtige i indlandet, og de indtægter, der ikke er skattepligtige i udlandet. Dermed ligger det i sagens natur, at skattepligtige indtægter indeholder et territorielt element. I så henseende fører den omstændighed, at adgangen til fradrag af underskud i forbindelse med en fusion er betinget af, at det indskydende selskabs indtægter er skattepligtige, strukturelt til mindre fordelagtige betingelser for en fusion med udenlandske selskaber.

39. Denne forskelsbehandling kan gøre det mindre attraktivt at udøve etableringsfriheden ved oprettelsen af datterselskaber i andre medlemsstater, eftersom underskud ikke kan udnyttes i moderselskabet i tilfælde af en fusion. Den er imidlertid kun uforenelig med traktatens bestemmelser, hvis den vedrører objektivt sammenlignelige situationer.

2. Sammenlignelighed

40. Det følger af Domstolens praksis, at sammenligneligheden af et grænseoverskridende forhold og et forhold på nationalt plan skal vurderes under hensyntagen til, hvilket formål der forfølges med de omhandlede nationale bestemmelser²⁰. Hvilket (subjektivt) mål, den svenske lovgiver forfølger med sine skatteretlige regler i forbindelse med en fusion, fremgår ikke udtrykkeligt af anmodningen om præjudiciel afgørelse.

41. Målet med alle skatteregler er imidlertid som udgangspunkt at opnå indtægter til staten. På denne baggrund kan det meget vel tænkes, at begrænsningen af adgangen til modregning af underskud, der ikke var modsvaret af skattepligtige indtægter, har til formål at beskytte skatteindtægterne. Den svenske ordning fastsætter udtrykkeligt denne sammenhæng, når en adgang til overførsel af underskud ved en fusion er betinget af, at der foreligger skattepligtige indtægter.

42. Tyskland er af den opfattelse, at der ikke foreligger sammenlignelighed i så henseende. Dette begrundes med en henvisning til Domstolens dom i sagen Timac Agro Deutschland²¹ og mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige²².

18 – Jf. herom mit forslag til afgørelse ANGED (C-233/16, EU:C:2017:852, punkt 38) og Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2013:531, punkt 40).

19 – Således også på anvendelsesområdet for etableringsfriheden dom af 1.6.2010, Blanco Pérez og Chao Gómez (C-570/07 og C-571/07, EU:C:2010:300, præmis 119).

20 – Dom af 4.7.2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, præmis 31), af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 32), af 22.6.2017, Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488, præmis 53), af 12.6.2014, SCA Group Holding m.fl. (C-39/13 – C-41/13, EU:C:2014:1758, præmis 28), og af 25.2.2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, præmis 22).

21 – Dom af 17.12.2015 (C-388/14, EU:C:2015:829, præmis 65), der henviser til dom af 17.7.2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, præmis 24), og af 14.12.2006, Denavit International og Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, præmis 34 og 35).

22 – C-172/13, EU:C:2014:2321, punkt 26, i det konkrete tilfælde bekræftede jeg dog, at situationerne var sammenlignelige (jf. punkt 29).

43. Hidtil har Domstolen med hensyn til spørgsmålet om sammenligneligheden for inden- og udenlandsk driftssteder taget udgangspunkt i, om den pågældende medlemsstat også har beskatningskompetencen vedrørende det udenlandske driftssted. Domstolen har således udtrykkeligt fastslået²³: »I nærværende sag må det fastslås, at eftersom Forbundsrepublikken Tyskland ikke udøver nogen kompetence til at beskatte et sådant fast driftsstedes resultater, idet fradrag af dets tab ikke længere var tilladt i Tyskland, er situationen for et fast driftssted i Østrig med hensyn til de foranstaltninger, som Forbundsrepublikken har truffet med henblik på at forhindre eller formindske dobbeltbeskatning af et hjemmehørende selskabs overskud, ikke sammenlignelig med situationen for et fast driftssted i Tyskland.« Denne tanke gælder muligvis ligeledes for datterselskaber, der er hjemmehørende i udlandet og ikke beskattes i indlandet.

44. Der findes imidlertid en fast retspraksis fra Domstolen om den grænseoverskridende udnyttelse af underskud mellem datter- og moderselskaber, hvor det underforstået eller udtrykkeligt blev bekræftet, at situationerne var sammenlignelige²⁴.

45. Desuden har Domstolen for nylig i Bevola-sagen med hensyn til et ikke-hjemmehørende driftsstedes endelige underskud atter bekræftet, at beskattede indenlandske og ikke-beskattede udenlandske driftssteder er sammenlignelige²⁵. Dette må vel i så fald gælde så meget desto mere for beskattede indenlandske og ikke-beskattede udenlandske kontrollerede datterselskaber.

46. Endelig er kriteriet om sammenlignelighed vagt. I betragtning af, at alle situationer er sammenlignelige i en eller anden henseende, medmindre de er identiske²⁶, bør dette undersøgelsespunkt under alle omstændigheder opgives²⁷.

47. På denne baggrund bør det derfor lægges til grund, at situationerne er sammenlignelige. Eksisterende forskelle – i den foreliggende sag den manglende symmetri mellem beskatningen af overskud og hensyntagen til underskud²⁸ – mellem et udenlandsk modtagende selskab og et indenlandsk modtagende selskab skal først behandles i forbindelse med begrundelsen. Der foreligger således en restriktion for etableringsfriheden.

3. Begrundelse

48. En restriktion for etableringsfriheden kan være begrundet i tvingende almene hensyn. I så henseende kan begrundelserne være at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem de forskellige berørte medlemsstater og at forhindre, at underskud fradrages to gange (selv om der kun er sket én beskatning)²⁹. Derudover skal foranstaltningen være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det lovlige mål, den forfølger, og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå dette mål³⁰.

23 – Dom af 17.12.2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, præmis 65), med henvisning til dom af 17.7.2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, præmis 24), og dom af 14.12.2006, Denavit Internationaal og Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, præmis 34 og 35).

24 – Dom af 4.7.2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, præmis 35), af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50, præmis 22 ff.), af 21.2.2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, præmis 35), samt dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 27 ff.).

25 – Dom af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 38 og 39).

26 – Ifølge et tysk ordsprog kan man ganske vist ikke sammenligne æbler med pærer. Men æbler og pærer har også lighedspunkter (de er begge kernefrugter) og er dermed også sammenlignelige i så henseende.

27 – Dette foreslog jeg allerede Domstolen i mit forslag til afgørelse Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, punkt 21-28).

28 – Jf. herom udtrykkeligt dom af 6.9.2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532), og af 15.5.2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, præmis 33).

29 – Dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 43 ff.).

30 – Dom af 29.11.2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 42), af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 47), og af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 35).

a) Det første spørgsmål: relevansen af den manglende adgang til overførsel af underskud ved en fusion efter reglerne i det indskydende selskabs hjemstat

49. Med det første spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om det er relevant for begrundelsen af den svenske begrænsning af adgangen til fradrag af underskud, at der efter loven i det afgivende selskabs hjemstedsstat (her efter tysk ret) ikke er mulighed for at udnytte underskuddene i forbindelse med en fusion med et andet subjekt, som er skattepligtigt i Tyskland.

50. Domstolen³¹ har fastslået, at de grundlæggende friheder som udgangspunkt ikke foreskriver, at det skal være muligt at udnytte underskud i en koncern på tværs af grænserne. Kun i tilfælde af *endelige underskud* er det uforholdsmæssigt, såfremt medlemsstaten nægter moderselskabet fradrag for underskud, selv om det udenlandske datterselskab har udtømt alle muligheder for at tage hensyn til underskuddene, og der ikke længere er mulighed for at tage hensyn til disse underskud på nogen måde. Det påhviler den skattepligtige at godtgøre dette³². En likvidation efter en fusion kan dog ikke i sig selv godtgøre, at der ikke foreligger nogen mulighed for at tage hensyn til det underskud, der er genereret i datterselskabets hjemstat³³.

1) Begrundelsen om forhindring af, at underskud fradrages to gange

51. Her kan begrundelsen om forhindring af, at underskud fradrages to gange, være relevant. I den foreliggende sag synes det ikke at være udelukket, at underskuddene kan fradrages to gange. Ifølge oplysningerne fra den forelæggende ret råder Memira stadig over visse likvide aktiver. Med hensyn til denne begrundelse tilkommer det derfor den nationale ret at afgøre, om Memira faktisk har godtgjort, at det tyske datterselskab i så henseende virkelig har udtømt alle muligheder, der er hjemlet i Tyskland, for at tage hensyn til underskud³⁴. Er det ikke tilfældet, er der heller ikke tale om endelige tab.

2) Begrundelsen om afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen

52. Hvad angår den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne bemærkes, at det drejer sig om et lovligt formål, der er anerkendt af Domstolen³⁵, som kan gøre det nødvendigt, at man på den økonomiske virksomhed, der udøves af skattepligtige, kun anvender denne stats skatteregler med hensyn til såvel overskud som underskud³⁶.

53. I den foreliggende sag kan der dog ikke ud fra denne begrundelse antages at foreligge endelige underskud, som der skal tages hensyn til, af to grunde. For det første ville en fradragsret for de underskud, som i årenes løb er pådraget af datterselskabet i Tyskland, være i strid med medlemsstaternes skattemæssige autonomi (under i). For det andet er betingelsen om underskud, der ganske vist kan udnyttes retligt, men ikke reelt, ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde (under ii).

31 – Dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

32 – Dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 55 og 56).

33 – Dom af 21.2.2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, præmis 51 og 52).

34 – I denne retning også dom af 21.2.2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, præmis 54).

35 – Dom af 7.11.2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, præmis 50), af 29.11.2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, præmis 45), og af 6.9.2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, præmis 23); dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 45 og 46).

36 – Dom af 7.11.2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, præmis 50), af 15.5.2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, præmis 31), af 18.7.2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, præmis 54), og af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 45).

i) Hensyntagen til medlemsstaternes skattemæssige autonomi

54. Som Domstolen allerede har fastslået kan de grundlæggende friheder ikke indebære, at det pålægges den medlemsstat, hvor dette moderselskab har hjemsted, at indrømme det fradrag af underskud med et beløb, der alene har oprindelse i en anden medlemsstats skattesystem, idet den førstnævnte medlemsstats skattemæssige autonomi ellers ville blive begrænset af udøvelsen af den anden medlemsstats beskatningsbeføjelse³⁷.

– *Udelukkelse af adgang til overførsel af underskud i forbindelse med en fusion i datterselskabets hjemstat*

55. Som Domstolen udtrykkeligt har fastslået³⁸, kan »den endelige karakter, som omhandlet i præmis 55 i dom Marks & Spencer [³⁹], af underskud lidt af et ikke-hjemmehørende datterselskab ikke [...] følge af den omstændighed, at den medlemsstat, hvor det pågældende datterselskab har hjemsted, udelukker enhver mulighed for fremførsel af underskud«⁴⁰. I så fald ville en medlemsstat være tvunget til at tilpasse sin skattelovgivning til en anden medlemsstats.

56. Når den endelige karakter af underskud lidt af et ikke-hjemmehørende datterselskab i henhold til Domstolens praksis⁴¹ ikke kan følge af den omstændighed, at den medlemsstat, hvor det pågældende datterselskab har hjemsted, udelukker enhver mulighed for fremførsel af underskud, må dette også gælde for en udelukkelse af overførsel af underskud til en tredjepart (her i forbindelse med en fusion). Alene af denne grund er den svenske ordning ikke uforholdsmæssig.

– *Fremførte underskuds endelige karakter*

57. Under alle omstændigheder har Domstolen allerede fastslået, at de grundlæggende friheder ikke er til hinder for, at et underskud, der kan modregnes på tværs af grænserne, altid skal konstateres som værende endeligt ved skatteårets afslutning⁴². Dermed er ethvert underskud, der kan fremføres – i al fald i første omgang⁴³ – ikke endeligt. Dette har betydning i den foreliggende sag, eftersom der anmodes om en modregning af de underskud, der er blevet fremført i Tyskland over en årrække.

58. Disse akkumulerede (fremførte) underskud, der i et givet år ikke gælder som endelige (da de kan fremføres eller var udelukket fra modregning efter national ret), kan imidlertid ikke senere blive til endelige underskud som følge af, at en yderligere fremførsel af underskud ikke er mulig på grund af likvidationen.

59. I modsat fald ville de indledningsvis overskudsgivende aktiviteter i Tyskland alene blive beskattet i Tyskland, mens de efterfølgende tabsgivende aktiviteter derimod ville blive finansieret af skatteprovenuet til andre stater. Dette ville være i strid med opretholdelsen af en rimelig fordeling af beskatningskompetencen.

37 – I denne retning allerede dom af 21.12.2016, Masco Denmark og Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, præmis 41), og af 30.6.2011, Meilicke m.fl. (C-262/09, EU:C:2011:438, præmis 33).

38 – Dom af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50, præmis 33).

39 – Dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

40 – Jf. dom af 7.11.2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, præmis 75-79 og den deri nævnte retspraksis).

41 – Dom af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50, præmis 33), og af 17.12.2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, [præmis] 54).

42 – Dom af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50, præmis 31 og 36).

43 – Forbundsrepublikken Tyskland er derfor af den opfattelse, at kun det underskud, der er opstået i det sidste år, som følge af den faktisk manglende fremførselsmulighed skal anses for et såkaldt endeligt underskud, mens de fremførte underskud ikke efterfølgende mister deres karakter af ikke-endelige underskud.

60. Tilsvarende har Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige lagt til grund, at en ikke-endelig karakter ikke ændres efterfølgende⁴⁴. Bemærkningerne i denne dom tyder i al fald på, at det underskud, som datterselskabet har pådraget sig i det sidste likvidationsår, under alle omstændigheder skal kunne modregnes på en eller anden måde (på tværs af grænserne), men ikke de underskud, der er opstået inden da og er fremført efter national (her tysk) ret⁴⁵. Derfor kræver etableringsfriheden ikke adgang til grænseoverskridende modregning af disse fremførte underskud.

– *Den afgiftspligtiges valgmulighed*

61. Derudover er princippet om beskatningsordningernes autonomi til hinder for en valgmulighed for de skattepligtige. Det vil således – som Domstolen udtrykkeligt har anført⁴⁶ – bringe den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne i alvorlig fare, hvis selskaberne gives mulighed for at vælge, om der skal tages hensyn til deres underskud i deres etableringsmedlemsstat eller i en anden medlemsstat, idet beskatningsgrundlaget ville blive forhøjet i den første stat og nedsat i den anden med de overførte underskud.

62. Begrænsningen af adgangen til fradrag af underskud til selskaber med skattepligtige indtægter i Sverige i forbindelse med en fusion skal imidlertid netop ses på baggrund af, at der i modsat fald ville opstå en valgmulighed inden for en koncern, som Kommissionen også med rette har fremhævet. Koncernen ville frit kunne vælge, i hvilken medlemsstat (et hvilken som helst koncernselskabs hjemstedsstat) den ønsker at anvende sine selskabers underskud i tilfælde af tabsgivende virksomhed. Med hensyn til antagelsen om og definitionen af »endelige underskud« skal dette synspunkt tages i betragtning.

63. Fusioner med datterselskaber med store fremførte underskud kunne flyttes til lande, der – som det er tilfældet i Sverige – tillader en overdragelse af underskud ved en fusion, såfremt en fusion i datterselskabets hjemstat ikke kan finde sted med bevarelse af underskud. Alt efter i hvilken medlemsstat koncernen har relevante overskud og i givet fald skal betale den højeste skat, ville en fusion i denne stat være mest effektiv. Dette gælder så meget desto mere, da de svenske fusionsbestemmelser ikke kræver, at begge selskaber skal tilhøre en koncern, som det var tilfældet i den situation, der lå til grund for Marks & Spencer-dommen⁴⁷.

64. Af denne dom følger det i øvrigt – i overensstemmelse med territorialprincippet – at underskud fortrinsvis skal udnyttes i hjemstedsstaten, her i Tyskland. Selv om den tyske skattelovgivning ikke tillader overdragelse af underskud ved en fusion, tillader den dog, at de nye aktionærer får underskuddene og reelt adgang til at udnytte underskuddene ved en overdragelse af aktier med henblik på sanering af det kriseramte selskab⁴⁸. Dette er endnu en grund til, at Memira ikke kan vælge at få fradrag for underskuddene i Sverige.

ii) Sondring mellem faktisk og retlig endelig karakter?

65. Næsten alle procesdeltagere sondrer på denne baggrund mellem underskud, der retligt og faktisk ikke kan udnyttes (dvs. er endelige), med henblik på vurderingen af et underskuds endelige karakter.

44 – Jf. dom af 3.2.2015 (C-172/13, EU:C:2015:50, præmis 37).

45 – Domstolens praksis fortolkes også til dels således – jf. Tysklands indlæg i denne sag og f.eks. David Eisendle, »Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer«, ISR 2016, 37 (42).

46 – Dom af 15.5.2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, præmis 32), af 18.7.2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, præmis 55), og af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 46).

47 – Dom af 13.12.2005 (C-446/03, EU:C:2005:763).

48 – Den relevante bestemmelse i § 8c i Körperschaftssteuergesetz (selskabsskatteloven, KStG) har i sin egenskab af såkaldt saneringsklausul for nylig været genstand for en sag ved Domstolen (dom af 28.6.2018, Andres (Insolvenz Heitkamp BauHolding) mod Kommissionen (C-203/16 P, EU:C:2018:505)).

66. Underskud, der ikke kan udnyttes som følge af, at de i den medlemsstat, hvor de er opstået, ikke anerkendes retligt eller ikke kan udnyttes på grund af retlige begrænsninger (f.eks. ikke kan frem- eller tilbageføres), skal ikke udgøre endelige underskud som omhandlet i Domstolens praksis. Kun sådanne underskud, der ganske vist retligt ville kunne udnyttes, men reelt ikke kan udnyttes i fremtiden, kan anses for endelige underskud. Denne opfattelse virker overbevisende, henset til beskatningsordningernes autonomi (punkt 54 ff.).

67. Jeg finder det dog tvivlsomt, om der i det hele taget kan eksistere underskud, der kan udnyttes retligt, men ikke faktisk. Lad mig illustrere det med et eksempel. Det eneste tilfælde, hvor der vil restere et underskud på trods af ubegrænsede muligheder for at frem- eller tilbageføre underskud, er en som helhed underskudsgivende virksomhed, der aldrig har opnået tilstrækkeligt overskud, heller ikke efter, at alle aktiver er blevet solgt. I så fald vil det sidste års underskud på trods af en mulighed for tilbageførsel af underskud heller ikke kunne få (reel) virkning.

68. Også i dette tilfælde vil der imidlertid stadig være mulighed for reelt at overdrage disse underskud til en køber ved et salg af virksomheden⁴⁹, såfremt hjemstedsmedlemsstaten tillader dette. Køberen vil tage hensyn til de eksisterende underskud via købsprisen for virksomheden, hvorved sælgeren i dette omfang »realiserer« disse underskud.

69. Såfremt den pågældende lovgivning hjemler en overdragelse af underskuddene til andre personer, er en udnyttelse af disse underskud også altid reelt mulig. I det konkrete tilfælde er overdragelsen måske ikke videre indbringende, eftersom køberen af en underskudsgivende virksomhed ikke nødvendigvis er villig til at betale ret meget for en sådan virksomhed. Dette ændrer dog ikke noget ved den faktiske mulighed for at udnytte underskuddene.

70. Dermed er den endelige karakter af underskuddene også i dette tilfælde baseret på medlemsstatens lovgivning (udelukkelse af enhver mulighed for overførsel af underskud) eller på den afgiftspligtiges beslutning om ikke at afhænde selskabet, men at likvidere det ved en fusion. I ingen af de to tilfælde er det imidlertid indlysende, hvorfor en manglende mulighed for at fradrage underskud i en anden medlemsstat skulle være uforholdsmæssig. Det er ikke uden grund, at Domstolen kræver, at alle muligheder for fradrag af underskud er udtømt. Dertil hører også en overdragelse af underskuddene til en tredjepart ved et salg.

iii) Endelige underskud som omhandlet i Bevola-dommen?

71. Denne fortolkning er heller ikke i strid med den nyere Bevola-dom⁵⁰. For det første anvendte Domstolen i denne dom »blot« undtagelsen i Marks & Spencer-dommen på faste driftssteders »endelige« underskud og rejste ikke tvivl om de ovenfor foretagne begrænsninger⁵¹. Navnlig tog Domstolen heller ikke nærmere stilling til spørgsmålet om, hvornår der er tale om endelige underskud.

49 – Dette punkt nævnes f.eks. udtrykkeligt af Domstolen, dom af 21.2.2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, præmis 52 ff.).

50 – Dom af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 61 ff.).

51 – Tværtimod pålagde Domstolen udtrykkeligt den nationale ret at bedømme, om betingelserne for at lægge til grund, at der var tale om et endeligt underskud, i det hele taget var opfyldt; jf. dom af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 65).

72. For det andet er hovedargumentet i denne nyere dom⁵² princippet om skatteevne. Dette kan være forståeligt i en situation med et fast driftssted, eftersom faste driftssteder juridisk set er en ikke-selvstændig del af en skattepligtigs virksomhed. Denne argumentation er imidlertid ikke holdbar i forbindelse med datter- og datterdatterselskaber. Disse selskaber er selvstændige juridiske personer, der også har selvstændig finansiell præstationsevne (hvis man derved forstår evnen til at betale skat på grundlag af deres indtægter)⁵³. Domstolen har – med rette – ikke fastslået, at den korrekte beskatning af moderselskabets ydeevne kræver, at der tages hensyn til datterselskabets underskud.

73. Udligningen mellem koncernforbundne selskaber udgør derimod ud fra en skatteretlig betragtning et brud med princippet om skatteevne, eftersom flere retssubjekters skatteevne sammenlægges. Inddragelsen af yderligere retssubjekter kan derfor i al fald ikke begrundes med princippet om en beskatning på grundlag af skatteevnen.

74. Tværtimod er det endog i strid med princippet om beskatning i forhold til skatteevne, såfremt en medlemsstat kun tager hensyn til én side (dvs. kun indtægterne eller kun udgifterne). Så vidt jeg ved, findes der desuden hverken et generelt skatteretligt eller et generelt EU-retligt princip om, at alle underskud ved udgangen af en juridisk persons livscyklus på en eller anden måde skal udlignes. Navnlig kræver princippet om skatteevne i det foreliggende tilfælde ikke en eksport af underskud til andre medlemsstater.

75. I denne sag foreligger der således heller ikke på baggrund af Bevola-dommen fradragsberettigede endelige underskud, der kan eksporteres fra Tyskland til Sverige.

iv) Foreløbig konklusion under hensyntagen til et »retfærdigt indre marked«

76. Denne konklusion, der er udledt af retspraksis, er også overbevisende med henblik på et »retfærdigt« indre marked, der, henset til den såkaldte BEPS-debat⁵⁴, igen er kommet mere i fokus. En grænseoverskridende mulighed for at modregne endelige underskud som tab ville netop i den foreliggende særlige situation navnlig begunstige store koncerner, der agerer på tværs af grænserne, i forhold til mindre virksomheder (der i reglen ikke har grænseoverskridende aktiviteter). Hvis Memira f.eks. ved, at alle akkumulerede underskud hidrørende fra den tyske forretningsmodel i sidste ende kan modregnes i andre koncernselskabers overskud i andre medlemsstater, kan Memira forholde sig helt anderledes i sit forsøg på at positionere sig på det tyske marked end en tysk konkurrent, der må lægge til grund, at hans underskud vil bortfalde, såfremt han ophører med at drive virksomhed i Tyskland. De »tyske underskud« ville være en langt mindre byrde for Memira end for en indenlandsk konkurrent uden en tilsvarende koncernstruktur.

77. Under hensyntagen hertil og med en konsekvent anvendelse af Domstolens praksis (jf. punkt 51 ff. og den deri nævnte retspraksis) kommer man således frem til følgende konklusion: Hvis en udnyttelse af underskud retligt set er udelukket i datterselskabets hjemstedsstat, er der ikke tale om endelige underskud. Såfremt der er mulighed for at udnytte underskud i hjemstedsstaten, skal den skattepligtige have udtømt disse muligheder. Dette omfatter ifølge Marks & Spencer-dommen⁵⁵ også en realisering af underskuddene ved overførsel til tredjepart, som der ikke er tale om i den foreliggende sag. På denne baggrund kan det derfor også konstateres, at Memira ikke har nogen endelige underskud.

52 – Dom af 12.6.2018, Bevola og Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, præmis 39 og 59); jf. også dom af 4.7.2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, præmis 35).

53 – En antagelse, hvorefter koncerner har en retligt relevant grænseoverskridende skatteevne ville vel kun åbne nye dispositionsmuligheder for store internationale koncerner. Dommen af 4.7.2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, præmis 35), er derfor betænkelig.

54 – Derved forstås forenklet udtrykt såkaldte multinationale koncerners skattemæssige dispositioner, når disse inden for de hidtidige skatteordninger har (juridisk lovlige) muligheder for at minimere deres beskatningsgrundlag i lande med højt skattetryk og flytte overskud til lande med lavt skattetryk (Base Erosion and Profit Shifting).

55 – Dom af 13.12.2005 (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 55).

78. I det foreliggende tilfælde er Sveriges udelukkelse af en modregning af underskud, der stammer fra et datterselskab, der er hjemmehørende i udlandet og ikke beskattes i indlandet, i forbindelse med en fusion ikke uforholdsmæssig.

3) Svar på det første spørgsmål

79. Dermed skal det første spørgsmål besvares som følger: I henhold til artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF, er det en betingelse for en grænseoverskridende modregning, at det er retligt muligt at fradrage underskuddene i datterselskabets hjemstedsstat, og at den skattepligtige har gjort brug af denne mulighed. En sådan fradragsmulighed omfatter også en realisering af underskuddene ved en fusion med en tredjepart eller en realisering ved et salg af selskabet til en tredjepart. Førstnævnte mulighed findes ikke i Tyskland, sidstnævnte findes i begrænset omfang, men Memira gjorde ikke brug af den. Dermed er betingelserne for at lægge til grund, at der er tale om et endeligt underskud, ikke opfyldt.

b) Det andet spørgsmål: relevansen af den konkrete fusionsmulighed i koncernen

80. Med sit andet spørgsmål ønsker den nationale ret oplyst, om det, når en fusion, hvor underskud bevares, er udelukket i hjemstedsstaten, ændrer noget ved bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, at der i den pågældende sag rent faktisk ikke »er et andet subjekt i datterselskabsstaten, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene, hvis dette havde været tilladt [...]«.

81. Dette spørgsmål er noget vanskeligt at forstå, eftersom man næppe kan forestille sig, at der ikke ville findes et andet subjekt i hele Tyskland, som havde kunnet opnå fradrag for underskuddene. Der menes formodentlig, om der også er tale om endelige underskud, såfremt Memira – som Italien har redegjort for i sit indlæg – konkret stadig har et andet koncernselskab i Tyskland, hvormed en fusion havde været mulig, eller om det – med henblik på at besvare spørgsmålet om den endelige karakter benægtende – er tilstrækkeligt, at underskuddene abstrakt betragtet ville være gået tabt ved en fusion med et koncernselskab i Tyskland.

82. Svaret følger allerede af den kendsgerning, at der ikke kan eksistere underskud, der kan udnyttes retligt, men ikke faktisk (herom ovenfor punkt 67 ff.). På den baggrund gør det ingen forskel, om Memira i den konkrete sag har et andet koncernselskab i Tyskland.

83. Derudover følger svaret på det andet spørgsmål allerede af Domstolens praksis. I henhold hertil kan en grænseoverskridende adgang til fradrag af »udenlandske« underskud kun komme i betragtning, hvis det ikke-hjemmehørende datterselskab har udtømt alle de muligheder for at tage hensyn til underskuddene, der eksisterer i dets hjemstat, i givet fald også ved overdragelse til en tredjepart, og der ikke er nogen mulighed for, at disse underskud fradrages af en tredjepart (i hjemstaten)⁵⁶. Domstolen nævner udtrykkeligt en tredjepart og ikke et andet koncernforbundet objekt, som det reelt er blevet fremhævet af mere eller mindre alle medlemsstater, der har afgivet indlæg.

84. På denne baggrund kan der enten ske en overdragelse til en hvilken som helst tredjepart (herunder også en økonomisk overgang af underskud til de nye aktionærer ved et salg af selskabet), hvorfor der ikke kan være tale om endelige underskud som omhandlet i Marks & Spencer-dommen. Eller medlemsstaten har udelukket en overgang af underskud retligt (som i Tyskland f.eks. med hensyn til en fusion). I så fald er det heller ikke uforholdsmæssigt, såfremt en sådan udelukkelse også tages i betragtning i den stat, hvor moderselskabet er hjemmehørende.

⁵⁶ – Dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 55), og af 21.2.2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, præmis 56 in fine).

VI. Forslag til afgørelse

85. På baggrund af ovenstående foreslår jeg Domstolen at besvare de spørgsmål, som Högsta förvaltningsdomstolen (øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige) har forelagt, som følger:

- »1. I henhold til artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF, er det en betingelse for en grænseoverskridende modregning, at det er retligt muligt at fradrage underskud i datterselskabets hjemstedsstat, og at den skattepligtige har gjort brug af denne mulighed. En sådan fradragsmulighed omfatter også en realisering af underskuddene ved en fusion med en tredjepart eller en realisering ved et salg af selskabet til en tredjepart.
2. Denne konklusion afhænger ikke af, om koncernen i det konkrete tilfælde stadig har andre selskaber i datterselskabets medlemsstat, hvortil det havde været muligt at overføre underskud.«