



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
J. KOKOTT
fremsat den 10. januar 2019¹

Sag C-608/17

**Skatteverket
mod
Holmen 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 – 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 – moderselskabets direkte ejerskab som forudsætning for en antagelse om et endeligt underskud – hensyntagen til underskud på grundlag af en begrænsning af adgangen til modregning af underskud i datterdatterselskabets hjemstedsstat – hensyntagen til underskud på grundlag af en manglende modregning mellem koncernforbundne virksomheder i likvidationsåret i datterdatterselskabets hjemstedsstat«

I. Indledning

1. I denne og i en anden² sag skal Domstolen tage stilling til medlemsstaternes – her Kongeriget Sveriges – gennemførelse og fortolkning af dens praksis. Spørgsmålet er, om et svensk moderselskab i henhold til artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF, har ret til fradrag for underskud i et spansk indirekte helejet datterselskab (dvs. et datterdatterselskab) i sit overskud, der er optjent i Sverige, når datterdatterselskabet er blevet likvideret og ikke har kunnet udnytte alle sine underskud i Spanien (dvs. modregne dem i dets egne overskud eller andre overskud i den spanske koncern).

2. Domstolens Store Afdeling³ fastslog i 2005, at de grundlæggende friheder som udgangspunkt ikke foreskriver, at det skal være muligt at udnytte underskud i en koncern på tværs af grænserne. Dermed bortfalder underskud, der er pådraget i udlandet, og de kan således ikke udnyttes af andre medlemmer i koncernen i indlandet. Kun i tilfælde af såkaldte *endelige underskud* skal der på grund af proportionalitetsprincippet gives mulighed for udnyttelse af underskud på tværs af grænserne.

1 – Originalsprog: tysk.

2 – Verserer under C-607/17 jf. herom også mit forslag til afgørelse af samme dato.

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

3. Denne kategori af »endelige underskud«, der er skabt af Domstolen, er ledsaget af en række problemer, der allerede har ført til flere afgørelser fra Domstolen⁴ (deriblandt yderligere to truffet af Store Afdeling). Imidlertid er det i alle disse afgørelser indtil videre ikke lykkedes at nå til en endelig afklaring med hensyn til betingelserne for endelige underskud⁵.

4. Dermed får Domstolen på ny mulighed for at præcisere denne kategori – såfremt den fortsat vil opretholde undtagelsen for de endelige underskud⁶.

II. Retsforskrifter

A. EU-retten

5. Den EU-retlige ramme for sagen udgøres af etableringsfriheden for selskaber i henhold til artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF.

B. Svensk ret

6. I svensk ret anvendes såkaldte koncern-*bidrag* for at opnå en resultatudjævning inden for en koncern. Koncernbidraget fradrages hos det selskab, der betaler det, og indgår i beskatningsgrundlaget hos det modtagende selskab. Ved at yde et koncernbidrag til et tabsgivende datterselskab (også et indirekte ejet) kan et moderselskab økonomisk set »overføre« disse underskud til sig selv.

7. Bestemmelserne om koncernbidrag⁷ finder dog ikke anvendelse, hvis datterselskabet ikke er skattepligtigt i Sverige. I så tilfælde er det kun reglerne om koncern-*lempelse*, der er indført på grundlag af de EU-retlige krav, der tillader et grænseoverskridende fradrag for underskud. I henhold hertil kan et svensk moderselskab på visse betingelser foretage koncernlempelse for et endeligt underskud hos et helejet udenlandsk datterselskab⁸. Det fremgår af denne bestemmelse, at datterselskabet skal være hjemmehørende i en EØS-stat og bl.a. skal være svarende til et svensk aktieselskab.

8. Et underskud er endeligt, såfremt datterselskabet eller en anden i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, ikke har kunnet udnytte det og heller ikke vil kunne udnytte det. Desuden kræves det, at grunden til, at underskuddet ikke kan udnyttes af datterselskabet, ikke er, at der savnes en juridisk mulighed herfor, eller at denne mulighed er tidsmæssigt begrænset.

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), og af 15.5.2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 – Den tyske Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager) er endog af den opfattelse, at »undersøgelsen af begrundelserne (som udgangspunkt for proportionalitetsprøvelsen og endelige underskud som retlig konstruktion) på nuværende tidspunkt er bortfaldet«. Jf. dom afsagt af Bundesfinanzhof (forbundsdomstol i skatte- og afgiftsretlige sager, Tyskland) den 22.2.2017, I R 2/15, BStBl. II 2017, 709, præmis 38).

6 – De endelige underskud anses af flere stemmer ved Domstolen 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), 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.).

7 – Kapitel 35 i inkomstskattelagen (1999:1229) – lov nr. 1229 fra 1999 om selskabs- og indkomstskat.

8 – Kapitel 35a i inkomstskattelagen (1999:1229).

9. Som en forudsætning for, at der kan foretages koncernlempelse, gælder det ifølge § 5 bl.a., at datterselskabet er trådt i likvidation, og at denne er afsluttet (nr. 1). Ifølge anmodningen om præjudiciel afgørelse skal datterselskabet endvidere have været helejet i hele moderselskabets og datterselskabets skatteår, indtil likvidationen er afsluttet, eller have været helejet, siden det begyndte at udøve virksomhed af nogen art, indtil likvidationen er afsluttet (nr. 2). Det kræves også, at der ikke er et med moderselskabet forbundet selskab, som ved likvidationens afslutning driver erhvervsvirksomhed i datterselskabets hjemstedsstat (nr. 5).

10. Under lovforslagets forberedelse fremkom der ifølge den forelæggende rets oplysninger indsigelser mod, at bestemmelserne kun skulle finde anvendelse på underskud hos et direkte helejet datterselskab. Man var imidlertid af den opfattelse, at såfremt underskud hos et indirekte ejet datterselskab også skulle omfattes, ville det åbne mulighed for, at selskaberne kunne vælge, i hvilket land underskuddet skulle anvendes.

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. Holmen AB er moderselskab i en koncern med datterselskaber i flere lande, bl.a. Spanien. Den spanske del af koncernen er – for så vidt det er relevant i den foreliggende sag – opbygget som følger: Holmen ejer samtlige andele i datterselskabet Holmen Suecia Holding S.L. (herefter »HSH«). Dette selskab ejer alle andele i de to andre datterdatterselskaber Holmen Paper Madrid S.L. (herefter »HPM«) og Holmen Paper Iberica S.L. (herefter »HPI«).

13. De spanske selskaber har siden 2003 dannet en skattemæssig koncern og beskattes efter den spanske ordning med skattemæssig integration. Ordningen indebærer, at overskud og underskud hos de enheder, som indgår i gruppen, uden begrænsning kan modregnes hinanden. Dette sker ved, at gruppen opretter en fælles konsolideret indkomstskatteangivelse. Uudnyttede underskud kan uden tidsmæssig begrænsning fremføres og modregnes i eventuelle overskud i det kommende år.

14. Siden 2011 er det i Spanien dog kun en del af de overskud, som er opnået i et bestemt år, der kan modregnes i tidligere års underskud. De underskud, som på grund af denne ændring ikke kan fradrages, fremføres på samme måde som andre uudnyttede underskud til det følgende år. Hvis den skattemæssige koncern opløses som følge af, at de enheder, som indgår i gruppen, likvideres, fordeles eventuelle resterende underskud på de selskaber, hvor de er opstået. I likvidationsåret er det ikke muligt for nogen anden enhed end den, hvor underskuddene er opstået, at udnytte disse.

15. Den spanske del af Holmen-koncernen har været tabsgivende. Den største del af underskuddene er opstået i datterdatterselskabet HPM. Siden 2003 har dette selskab akkumuleret driftstab, som kan henføres til virksomheden i Spanien, på ca. 140 mio. EUR. De overskud, som er opnået i den spanske del af koncernen i den periode, som ansøgningen vedrører (fra og med 2003), er ubetydelige. Holmen agter nu at afvikle den spanske virksomhed. Afviklingen blev påbegyndt i 2016, ved at størstedelen af aktiverne i HPM blev solgt til en ekstern køber.

16. Ansøgningen om bindende afgørelse drejer sig nu om, hvorvidt Holmen har ret til at foretage koncernlempelse for underskuddene i HPM, når afviklingen er afsluttet. To forskellige alternativer for afvikling undersøges i anmodningen om bindende afgørelse.

17. Efter det første alternativ skal datterdatterselskabet HPI, datterdatterselskabet HPM og datterselskabet HSH likvideres i samme skatteår og i den nævnte rækkefølge. Efter det andet alternativ overtages datterselskabet HSH af det hidtidige datterdatterselskab HPM ved en omvendt fusion, hvorefter HPM (nu i sin egenskab af datterselskab) likvideres.

18. Efter begge alternativer vil koncernen ikke længere drive nogen erhvervsvirksomhed i den periode, hvor likvidationen gennemføres, og ikke længere have noget selskab i Spanien, efter foranstaltningerne er blevet gennemført. Koncernen agter heller ikke at udøve virksomhed i Spanien fremover.

19. Skatteråtsnämnden fandt, at Holmen ikke har ret til at foretage koncernlempelse for datterdatterselskabet HPM's underskud, såfremt afviklingen sker efter det første alternativ. Såfremt afviklingen sker efter det andet alternativ, har Holmen derimod ret til koncernlempelse for endelige underskud, som er opstået i HPM – i så fald som datterselskab.

20. Skatteråtsnämnden begrundede i det væsentlige det bindende svar vedrørende det første alternativ med, at HSH (som datterselskab) ikke har *retlige* muligheder i Spanien for at udnytte underskuddene i datterdatterselskabet (HPM). Dermed kan underskuddene ikke anses for at være endelige som omhandlet i Domstolens praksis. At der ikke indrømmes det svenske moderselskab Holmen koncernlempelse for underskud, kan derfor ikke anses for at være uforholdsmæssigt og er følgelig heller ikke i strid med EU-retten.

21. Med hensyn til det andet alternativ har Skatteråtsnämnden i det væsentlige begrundet sin konklusion med, at HPM (i så fald som direkte ejet datterselskab) ved beskatningen i Spanien har en retlig mulighed for selv at udnytte i det mindste en del af de pågældende underskud. At der ikke længere er mulighed for andre enheder end HPM for at udnytte underskuddene, når den skattemæssige koncern er opløst, indebærer derfor, at underskuddene er endelige. I det mindste en del af de pågældende underskud kan dermed anses for at være endelige som omhandlet i Domstolens praksis.

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

IV. Anmodningen om præjudiciel afgørelse og retsforhandlingerne for Domstolen

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

- »1. Forudsætter den ret – som [bl.a.] følger af Marks & Spencer-dommen – for et moderselskab i en medlemsstat til i henhold til artikel 49 TEUF at kunne opnå adgang til fradrag af endelige underskud i et datterselskab i en anden medlemsstat, at datterselskabet ejes direkte af moderselskabet?
2. Skal et underskud også anses for at være endeligt for den del, der som følge af reglerne i datterselskabsstaten ikke har kunnet modregnes i overskud, som er opnået dér i et givent år, men i stedet [er] blevet fremført for eventuelt at kunne fradrages i et efterfølgende år?
3. Skal det ved bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, tages i betragtning, at der efter reglerne i datterselskabsstaten er begrænsninger i muligheden for et andet subjekt end underskudssubjektet selv for at opnå adgang til fradrag af underskuddet?
4. Hvis en sådan begrænsning som omhandlet i spørgsmål 3 skal tages i betragtning, skal der da tages hensyn til, i hvilken udstrækning begrænsningen rent faktisk har medført, at en del af underskuddene ikke har kunnet modregnes i de overskud, som er opnået hos et andet subjekt?«

24. Under retsforhandlingerne for Domstolen har Holmen AB, Kongeriget Sverige, Forbundsrepublikken Tyskland, Kongeriget Nederlandene, Republikken Finland og Europa-Kommissionen indgivet skriftlige indlæg vedrørende disse spørgsmål. I retsmødet den 24. oktober 2018 deltog Skatteverket, Holmen AB, Kongeriget Sverige, Forbundsrepublikken Tyskland, Republikken Finland og Kommissionen.

V. Retlig bedømmelse

A. Etableringsfrihed og et datterdatterselskabs endelige underskud

25. Med sit første spørgsmål – der henviser til fortolkningen af Marks & Spencer-dommen – ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om etableringsfriheden (artikel 49 TEUF, sammenholdt med artikel 54 TEUF) forpligter Sverige til at tage hensyn til underskuddene i et datterdatterselskab, der er hjemmehørende i Spanien og skal likvideres dér. Spørgsmålet er opstået på baggrund af, at underskuddene på den ene side kun i begrænset omfang har kunnet modregnes på grund af den spanske skattelovgivning og som følge af likvidationen nu ville bortfalde i det spanske datterdatterselskab. På den anden side har Sverige aldrig kunnet beskatte datterdatterselskabets eventuelle overskud.

26. Dermed er spørgsmålet, om der i den foreliggende sag kan antages at være tale om endelige underskud i Holmens datterdatterselskab. Det andet til det fjerde spørgsmål drejer sig ligeledes om, hvorvidt disse underskud er endelige, hvorfor alle spørgsmålene i vid udstrækning kan besvares under ét.

27. Indledningsvis skal det undersøges, om den manglende hensyntagen til underskud i datterdatterselskaber, der er hjemmehørende i udlandet, udgør en restriktion for etableringsfriheden.

28. 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.

29. 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 etableringsfriheden⁹.

30. 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 mål¹⁰.

9 – 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).

10 – 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), og af 12.12.2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, præmis 167).

B. Sammenlignelighed og forskelsbehandling af hjemmehørende og ikke-hjemmehørende datterdatterselskaber

31. Svensk ret tillader en fuldstændig modregning af underskud mellem koncernforbundne selskaber, der beskattes i Sverige, ved hjælp af koncernbidrag. For så vidt angår koncernforbundne selskaber med hjemsted i udlandet, hvis indtægter ikke beskattes i Sverige, er modregningen af underskud betinget af, at datterselskabet ejes direkte af et svensk moderselskab. Dermed er datterdatterselskaber, der er hjemmehørende i udlandet (og ikke beskattes i Sverige), udelukket fra en modregning af underskud. Dermed foreligger der en forskelsbehandling.

32. Denne forskelsbehandling kan gøre det mindre attraktivt at udøve etableringsfriheden ved oprettelsen af datterdatterselskaber i andre medlemsstater. Den er imidlertid kun uforenelig med traktatens bestemmelser, hvis den vedrører objektivt sammenlignelige situationer.

33. 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 bestemmelser¹¹. Udelukkelsen af udenlandske datterdatterselskaber beror ifølge den forelæggende rets oplysninger på den betragtning, at koncernledelsen i modsat fald ville kunne vælge, hvor datterdatterselskabets underskud skal fradrages. Her kan f.eks. datterselskabets eller moderselskabets medlemsstat komme i betragtning.

34. 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 Deutschland¹² og mit forslag til afgørelse i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige¹³.

35. Hidtil har Domstolen med hensyn til spørgsmålet om sammenligneligheden for inden- og udenlandske driftssteder taget udgangspunkt i, om den pågældende medlemsstat også har beskatningskompetencen vedrørende det udenlandske driftssted. Domstolen har således udtrykkeligt fastslået¹⁴: »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 datterdatterselskaber, der er hjemmehørende i udlandet og ikke beskattes i indlandet.

36. Der findes imidlertid en fast praksis fra Domstolen om den grænseoverskridende udnyttelse af underskud mellem datter- og moderselskaber, hvor det underforstået eller udtrykkeligt er blevet bekræftet, at situationerne var sammenlignelige¹⁵.

11 – 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).

12 – Dom af 17.12.2015, Timac Agro Deutschland (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 dom af 14.12.2006, Denavit Internationaal og Denavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, præmis 34 og 35).

13 – Mit forslag til afgørelse Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2014:2321, punkt 26) – i det konkrete tilfælde bekræftede jeg dog, at situationerne var sammenlignelige (jf. punkt 29).

14 – 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).

15 – 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), og dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 27 ff.).

37. Desuden har Domstolen for nylig i Bevola-sagen med hensyn til et ikke-hjemmehørende driftssted endelige underskud atter udtrykkeligt bekræftet, at beskattede indenlandske og ikke-beskattede udenlandske driftssteder er sammenlignelige¹⁶. Dette må vel i så fald gælde så meget desto mere for beskattede indenlandske og ikke-beskattede udenlandske kontrollerede datterdatterselskaber.

38. Endelig er kriteriet om sammenlignelighed vagt. I betragtning af, at alle situationer er sammenlignelige i en eller anden henseende, medmindre de er identiske¹⁷, bør dette undersøgelsespunkt under alle omstændigheder opgives¹⁸.

39. 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 underskud¹⁹ – mellem et udenlandsk og et indenlandsk datterdatterselskab skal først behandles i forbindelse med begrundelsen. Der foreligger således en restriktion for etableringsfriheden.

C. Begrundelse

40. 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)²⁰. 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 mål²¹.

41. Ifølge Domstolens faste praksis vedrørende de »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 dette²². 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 hjemstat²³.

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

42. I den foreliggende sag synes det udelukket, at underskuddene kan fradrages to gange. Holmen har ifølge den bindende afgørelse indstillet al økonomisk virksomhed og har heller ikke længere aktiver, der kan realiseres. Det eneste, der er tilbage, er underskuddene fra de tidligere regnskabsår, og selskabet skal likvideres. Eftersom både datterselskabet og datterdatterselskabet er hjemmehørende i den samme medlemsstat, og underskuddene efter spansk skattelovgivning ikke kan fradrages i datterselskabet, er der heller ikke risiko for, at datterdatterselskabets underskud vil blive fradraget to gange i moder- og datterselskabet.

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

17 – 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.

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

19 – 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).

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

21 – 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).

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

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

43. Når der imidlertid ikke er risiko for, at underskud udnyttes to gange, er denne begrundelse ikke relevant.

2. *Begrundelsen om afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen*

44. Hvad angår den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne bemærkes, at det drejer sig om et lovligt formål, der er anerkendt af Domstolen²⁴, som kan gøre det nødvendigt, at man på den økonomiske virksomhed, der udøves af skattepligtige, der har hjemsted i en af de nævnte medlemsstater, kun anvender denne stats skatteregler med hensyn til såvel overskud som underskud²⁵.

45. I den foreliggende sag kan der dog ikke ud fra denne begrundelse antages at foreligge endelige underskud, som der skal tages hensyn til, af tre grunde: For det første ville en fradragsret for de underskud, som i årenes løb er pådraget af datterdatterselskabet i Spanien, være i strid med medlemsstaternes skattemæssige autonomi (under punkt 46 ff.). For det andet er betingelsen om underskud, der ganske vist kan udnyttes retligt, men ikke reelt, ikke opfyldt i det foreliggende tilfælde (under punkt 57 ff.). For det tredje er endelige underskud principielt udelukket i forhold til moderselskabet inden for rammerne af et indirekte ejerskab (dvs. i forbindelse med et datterdatterselskab) (herom under punkt 73 ff.).

a) Hensyntagen til medlemsstaternes skattemæssige autonomi

46. 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 for 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 beskatningsbeføjelse²⁶.

47. Som Domstolen udtrykkeligt har fastslået²⁷, kan »den endelige karakter, som omhandlet i præmis 55 i dom Marks & Spencer [...]»²⁸, 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«²⁹. I så fald ville en medlemsstat være tvunget til at tilpasse sin skattelovgivning til en anden medlemsstats.

48. Når den endelige karakter af underskud lidt af et ikke-hjemmehørende datterselskab i henhold til Domstolens praksis³⁰ 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. Det samme gælder for ophøret af en overførsel af underskud. I begge tilfælde forhindres en fremtidig udnyttelse af underskud – dels af den skattepligtige selv, dels af tredjeparter. Situationerne skal derfor også behandles ens.

24 – 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), af 6.9.2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, præmis 23), og af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 45 og 46).

25 – 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).

26 – 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).

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

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

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

30 – 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).

49. Som allerede anført ovenfor under punkt 41 ff., skal det i henhold til Domstolens praksis således undersøges, om det ikke havde været muligt at fradrage underskuddene tidligere ved en overførsel til tredjeparter, inden det bekræftes, at der er tale om såkaldte endelige underskud. Dermed kan kun menes eksterne købere eller andre koncernselskaber. Såfremt dette imidlertid ikke er muligt, eftersom den spanske skattelovgivning – i den foreliggende sag på grund af likvidationen, hvorved den spanske ordning om skattemæssig integration ophører – udelukker dette, indebærer denne *retlige* udelukkelse af modregning af underskud ikke, at der så foreligger endelige underskud.

50. 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 afslutning³¹. Dermed er ethvert underskud, der kan fremføres – i al fald i første omgang³² – ikke endeligt.

51. 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 ikke senere blive til endelige underskud som følge af, at en yderligere fremførsel af underskud ikke er mulig på grund af likvidationen.

52. I modsat fald ville de indledningsvis overskudsgivende aktiviteter i Spanien alene blive beskattet i Spanien, mens de efterfølgende tabsgivende aktiviteter derimod ville blive finansieret af skatteprovenuet til de stater, hvor koncernens øverste moderselskaber er hjemmehørende. Dette ville være i strid med opretholdelsen af en rimelig fordeling af beskatningskompetencen.

53. Dette bliver navnlig tydeligt med den spanske ordning, der er relevant i den foreliggende sag, og hvorefter der siden 2011 kun i begrænset omfang tages hensyn til fremførte underskud, selv om der skulle foreligge tilstrækkelige overskud i det pågældende år, som Spanien også har beskattet. At disse underskud stadig eksisterer, følger primært af den retlige begrænsning af adgangen til modregningen af underskud, som Spanien indførte i 2011. Der gælder ikke noget krav om, at den svenske beskatningsordning skal tilpasse sig denne ordning (princippet om autonomi).

54. Ligeledes ændres karakteren af ikke-endeligt underskud ved overførslen til tredjeparten (her koncernens øverste moderselskab i Spanien) ikke på et senere tidspunkt, blot fordi medlemsstaten bringer overførslen af underskuddene til ophør. Derimod er det i modstrid med princippet om autonomi, at ikke-endelige underskud i ét skatteår i et senere skatteår igen bliver til endelige tab på grund af særlige forhold i national ret i en anden medlemsstat.

55. Tilsvarende har Domstolen i dommen i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige lagt til grund, at en ikke-endelig karakter ikke ændres efterfølgende³³. 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 spansk) ret³⁴.

56. Eftersom de i sagen omhandlede underskud alene eksisterer på grundlag af spansk ret, er de ikke endelige underskud i datterdatterselskabet.

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

32 – 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.

33 – Jf. dom af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50, præmis 37).

34 – 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).

b) Sondring mellem faktisk og retlig endelig karakter?

57. 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.

58. 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 46 ff.).

59. 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.

60. Også i dette tilfælde vil der imidlertid stadig være mulighed for reelt at overdrage disse underskud til en køber ved et salg af virksomheden³⁵, såfremt hjemstedsmedlemsstaten tillader dette. Køberen vil tage hensyn til de eksisterende underskud via købsprisen for virksomheden, hvorved sælgeren i dette omfang »realiserer« disse underskud.

61. 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.

62. Dermed er den endelige karakter af underskuddene også i dette tilfælde enten 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. 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 også kræver, at alle muligheder for fradrag af underskud er udtømt. Dertil hører også en overdragelse af underskuddene til en tredjepart ved et salg.

63. Holmen har under retsmødet bekræftet, at sådanne overvejelser fandt sted, men at man herefter besluttede sig for en likvidation. På denne baggrund kan det derfor også konstateres, at Holmen ikke har nogen endelige underskud.

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

D. Endelige underskud som omhandlet i Bevola-dommen?

64. Denne fortolkning er heller ikke i strid med den nyere Bevola-dom³⁶. 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 oven for foretagne begrænsninger³⁷. Navnlig tog Domstolen heller ikke nærmere stilling til spørgsmålet om, hvornår der er tale om endelige underskud.

65. For det andet er hovedargumentet i denne nyere dom³⁸ 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)³⁹. Domstolen har – med rette – ikke fastslået, at den korrekte beskatning af moderselskabets præstationsevne kræver, at der tages hensyn til datterselskabets underskud.

66. 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.

67. 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.

68. I denne sag foreligger der således heller ikke fradragsberettigede endelige underskud, der kan eksporteres fra Spanien til Sverige.

E. Foreløbig konklusion under hensyntagen til et »retfærdigt indre marked«

69. Denne konklusion, der er udledt af retspraksis, er også overbevisende med henblik på et »retfærdigt« indre marked, der, henset til den såkaldte BEPS-debat⁴⁰, 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 Holmen f.eks. ved, at alle akkumulerede underskud hidrørende fra den spanske forretningsmodel i sidste ende kan modregnes i overskud i Sverige, kan Holmen forholde sig helt anderledes i sit forsøg på at

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

37 – 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).

38 – 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).

39 – En antagelse, hvorefter koncerner har en retligt relevant grænseoverskridende skatteevne ville vel navnlig 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.

40 – 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).

positionere sig på det spanske marked end en spansk konkurrent, der må lægge til grund, at hans underskud vil bortfalde, såfremt han ophører med at drive virksomhed i Spanien. De »spanske underskud« ville være en langt mindre byrde for Holmen end for en indenlandsk konkurrent uden en tilsvarende koncernstruktur.

70. Under hensyntagen hertil og med en konsekvent anvendelse af Domstolens praksis (jf. punkt 41 ff. med yderligere henvisninger) kommer man således frem til følgende konklusion: Hvis en udnyttelse af underskud retligt set er udelukket i datterdatterselskabets 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-dommen⁴¹ også en realisering af underskuddene ved overførsel til tredjepart, som der ikke er tale om i den foreliggende sag.

71. I det foreliggende tilfælde er Sveriges udelukkelse af en modregning af underskud, der stammer fra et datterdatterselskab, der er hjemmehørende i udlandet og ikke beskattes i indlandet, ikke uforholdsmæssig.

F. Besvarelse af de enkelte spørgsmål

72. Dermed når jeg frem til besvarelsen af de enkelte spørgsmål.

1. Det første spørgsmål: krav om direkte ejerskab

73. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om underskuddene i et datterdatterselskab, der er hjemmehørende i Spanien og skal likvideres dér, skal anses for endelige underskud. Svaret er nej.

74. Marks & Spencer-undtagelsen for endelige underskud sonderer ganske vist ikke mellem datterselskaber og datterdatterselskaber med hensyn til endelige underskud. Dermed tillader denne undtagelse ved første øjekast både koncernens øverste moderselskab og det indskudte datterselskab at modregne de endelige underskud i datterdatterselskabet.

75. I den situation, der lå til grund for Marks & Spencer-dommen, var der ganske vist også tale om en kæde af indirekte ejerforhold, hvilket Holmen og Kommissionen med rette har anført. Datterdatterselskabet, moderselskabet (et holdingselskab) og moderselskabets moderselskab (koncernens øverste moderselskab) var i den pågældende sag endog hjemmehørende i tre forskellige medlemsstater. Dette fremgår imidlertid kun af anmodningen om præjudiciel afgørelse og generaladvokatens forslag til afgørelse⁴². I dommen fremgår dette hverken af redegørelsen for de faktiske forhold eller af Domstolens afgørelse.

76. I modsætning til Kommissionen og i overensstemmelse med det af Nederlandene og Sverige anførte finder jeg det dog for vidtgående at udlede deraf, at Domstolen stiltiende har besluttet, at koncernens øverste moderselskab også skal kunne fradrage et datterdatterselskabs (endelige) underskud. I den pågældende sag skulle Domstolen nemlig ikke tage nærmere stilling til dette spørgsmål, eftersom det heller ikke blev stillet.

77. En sådan betragtningsmåde ville dog navnlig indebære en valgmulighed inden for en koncern, hvorefter koncernen kan beslutte, i hvilken af datterselskabernes eller moderselskabets hjemstedsmedlemsstater de »endelige« underskud i datterdatterselskaberne skal gøres gældende.

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

42 – Generaladvokat Poiares Maduros forslag til afgørelse Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:201, punkt 8).

78. Navnlig såfremt alle tre selskaber er hjemmehørende i forskellige medlemsstater, og der findes tilsvarende overskud, der kan modregnes, vil denne valgmulighed have betydning med henblik på optimering af koncernbeskatningen. Som de medlemsstater, der har afgivet indlæg, med rette har anført, må en sådan valgmulighed imidlertid ikke foreligge. Det ville også rejse tvivl om opretholdelsen af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne. Dertil kommer risikoen for, at underskuddene muligvis fradrages i flere medlemsstater.

79. Eftersom en modregning af underskud hos det direkte moderselskab i en anden medlemsstat som udgangspunkt stadig er mulig, har en modregning af underskud med det direkte moderselskab principielt forrang for en modregning af underskud med det indirekte moderselskab (her koncernens øverste moderselskab i Sverige). Med denne forrang undgås herefter de ovennævnte risici for en valgmulighed for den skattepligtige i lighed med muligheden for et dobbelt fradrag for underskud i de forhold, der omfatter tre stater.

80. Denne forrang gælder også, selv om datterdatterselskabet og datterselskabet – som i den foreliggende sag – er hjemmehørende i samme medlemsstat. Som Holmen med rette har anført, er der i den foreliggende sag ganske vist ingen risiko for en optimering af koncernbeskatningen gennem valg af den medlemsstat, hvor underskuddet modregnes. Den øgede risiko for, at underskud fradrages flere gange, er ligeledes udelukket. Det afgørende spørgsmål er imidlertid heller ikke i den foreliggende sag, om datterselskabet og datterdatterselskabet er hjemmehørende i samme land, men om der hos datterdatterselskabet foreligger endelige underskud i forhold til moderselskabet i den anden medlemsstat. Som anført ovenfor, skal dette spørgsmål imidlertid besvares benægtende.

81. Det første spørgsmål skal dermed besvares således, at underskuddene i et indirekte ejet selskab (dvs. et datterdatterselskab) som udgangspunkt ikke udgør endelige underskud i forhold til »moderselskabets moderselskab« (dvs. datterselskabets moderselskab).

2. Det andet spørgsmål: spansk begrænsning af adgangen til modregning af underskud

82. Med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om et underskud også skal anses for at være endeligt, for så vidt som det har været nødvendigt at fremføre det på grund af en begrænsning af adgangen til modregning af underskud.

83. På baggrund af de ovenfor anførte betragtninger skal dette spørgsmål besvares således, at det underskud, der »blot« er fremført, ikke skal anses for et såkaldt endeligt underskud, selv om det på grund af en begrænsning af adgangen til modregning af underskud i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, ikke har kunnet modregnes i tidligere overskud.

84. Eksistensen af dette underskud er alene betinget af udformningen af den spanske skattelovgivning og kan ikke tvinge Sverige til at tage dette underskud i betragtning med henblik på skattenedsættelse.

3. Det tredje og det fjerde spørgsmål

85. Med sit tredje og fjerde spørgsmål ønsker retten oplyst, om det ved bedømmelsen af, om et underskud er endeligt, skal tages i betragtning, at der efter reglerne i datterselskabsstaten er begrænsninger i muligheden for et andet subjekt end underskudssubjektet selv for at opnå adgang til fradrag af underskuddet, og om det i bekræftende fald skal tages i betragtning, hvorvidt begrænsningerne rent faktisk har ført til, at en del af underskuddene ikke har kunnet modregnes.

86. For så vidt angår disse to spørgsmål skal de på baggrund af ovenstående betragtninger besvares således, at det ved bedømmelsen af, om der er tale om endelige underskud i datterdatterselskabet, altid kun er begrænsningerne hos datterdatterselskabet, der er afgørende. Såfremt datterdatterselskabet har mulighed for at overdrage underskuddene til en tredjepart (f.eks. et datterselskab), kan der ikke

være tale om endelige underskud i datterdatterselskabet. Det afgørende er derfor ikke, om tredjeparter i det konkrete tilfælde har kunnet udnytte underskuddet effektivt. Dette er højest relevant for spørgsmålet om, hvorvidt der hos disse tredjeparter er tale om endelige underskud i forhold til disses moderselskaber.

VI. Forslag til afgørelse

87. 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 hos moderselskabet, at det er den direkte ejer af det underskudsgivende datterselskab.
2. Det underskud, der »blot« er fremført, skal ikke anses for et såkaldt endeligt underskud, selv om det på grund af en begrænsning af adgangen til modregning af underskud i den stat, hvor datterselskabet er hjemmehørende, ikke har kunnet modregnes i tidligere overskud.
3. Ved bedømmelsen af, om underskud i et datterdatterselskab er endelige, skal der også tages hensyn til muligheden for at overdrage og modregne underskud til tredjeparter og dermed også til deres moderselskab (eller andre koncernforbundne selskaber) i denne medlemsstat. Hvorvidt deres fradragsmuligheder er begrænset, er alene afgørende for spørgsmålet om deres »endelige« underskud.«