



Συλλογή της Νομολογίας

ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
JULIANE KOKOTT
της 23ης Οκτωβρίου 2014¹

Υπόθεση C-172/13

**Ευρωπαϊκή Επιτροπή
κατά**

**Ηνωμένου Βασιλείου της Μεγάλης Βρετανίας και της Βόρειας Ιρλανδίας,
υποστηριζόμενου από
την Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας,
το Βασίλειο της Ισπανίας,
το Βασίλειο των Κάτω Χωρών**

και τη Δημοκρατία της Φινλανδίας

«Φορολογική νομοθεσία — Ελευθερία εγκαταστάσεως — Άρθρο 49 ΣΛΕΕ και άρθρο 31 της Συμφωνίας ΕΟΧ — Εθνικός φόρος εταιριών — Φορολόγηση ομίλου — Αντιστάθμιση ζημιών εντός ομίλου (“group relief”) — Αντιστάθμιση ζημιών με αλλοδαπές εταιρίες ομίλου — “Εξαιρέση Marks & Spencer” — Χρόνος διαπιστώσεως της απουσίας εναλλακτικής δυνατότητας συνυπολογισμού ζημιών στο μέλλον»

I – Εισαγωγή

1. Στην προκειμένη διαδικασία λόγω παραβάσεως τίθεται εκ νέου ζήτημα ερμηνείας της αποφάσεως Marks & Spencer². Στην εν λόγω απόφαση, το Δικαστήριο χρησιμοποίησε το παράδειγμα του βρετανικού δικαίου και έθεσε τις προϋποθέσεις υπό τις οποίες η φορολογική νομοθεσία των κρατών μελών που διέπει τη φορολόγηση των κερδών πρέπει να καθιστά δυνατή και τη διασυνοριακή αντιστάθμιση ζημιών εντός ομίλου, την κοινώς καλούμενη εξαιρέση Marks & Spencer.

2. Δυστυχώς, οι σχετικές προϋποθέσεις δεν είναι σαφείς. Τούτο μαρτυρούν, καταρχάς, οι υποθέσεις στις οποίες το Δικαστήριο κλήθηκε να ασχοληθεί με την εξατομικευμένη εφαρμογή των προϋποθέσεων αυτών³. Επιπλέον, τόσο ο γενικός εισαγγελέας L. A. Geelhoed όσο και ο γενικός εισαγγελέας P. Mengozzi έχουν τονίσει ότι το πεδίο εφαρμογής και το περιεχόμενο της εξαιρέσεως Marks & Spencer παραμένουν θολά⁴. Την άποψη αυτή δεν συμμερίζομαι μόνον εγώ⁵, αλλά και πολυάριθμοι συγγραφείς στη νομική θεωρία, οι οποίοι υποστηρίζουν διαφορετικές ερμηνείες της εξαιρέσεως Marks & Spencer⁶.

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — Απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

3 — Βλ. ιδίως αποφάσεις Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278), A (C-123/11, EU:C:2013:84) και K (C-322/11, EU:C:2013:716)· βλ. και την εκκρεμή υπόθεση Timac Agro Deutschland (C-388/14).

4 — Βλ. τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα L. A. Geelhoed στην υπόθεση Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation (C-374/04, EU:C:2006:139, σημείο 65) και τις προτάσεις του γενικού εισαγγελέα P. Mengozzi στην υπόθεση K (C-322/11, EU:C:2013:183, σημεία 87 και 88).

5 — Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση A (C-123/11, EU:C:2012:488, σημεία 47 έως 60).

6 — Το Δικαστήριο έχει καταχωρίσει, μέχρι σήμερα, 142 επιστημονικές δημοσιεύσεις οι οποίες αφορούν τις εν λόγω αποφάσεις, βλ. βάση δεδομένων νομολογίας σε curia.europa.eu.

3. Δεν προκαλεί έκπληξη λοιπόν ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή και το Ηνωμένο Βασίλειο της Μεγάλης Βρετανίας και της Βόρειας Ιρλανδίας διαφωνούν ως προς την ορθή εφαρμογή της αποφάσεως Marks & Spencer, μολονότι έχουν παρέλθει εν τω μεταξύ σχεδόν εννέα έτη από την έκδοση της εν λόγω αποφάσεως.

II – Νομικό πλαίσιο

4. Το Ηνωμένο Βασίλειο επιβάλλει φόρο επί των εισοδημάτων των νομικών προσώπων. Εντός ομίλου του Ευρωπαϊκού Οικονομικού Χώρου υφίσταται η δυνατότητα μεταβιβάσεως ζημίας που αφορά ορισμένη φορολογική περίοδο από μία εταιρία του ομίλου σε άλλη εταιρία του ομίλου, ώστε η τελευταία να συμψηφίσει την αλλότρια ζημία με τα δικά της έσοδα (καλείται κοινώς «group relief», στο εξής: φορολογική ελάφρυνση ομίλου).

5. Ωστόσο, εάν η ζημία σχετίζεται με εταιρία ομίλου εγκατεστημένη σε άλλο κράτος μέλος της Ένωσης ή σε κράτος της ΕΖΕΣ που ανήκει στον Ευρωπαϊκό Οικονομικό Χώρο, ισχύουν ιδιαίτερες προϋποθέσεις για τη φορολογική ελάφρυνση του ομίλου οι οποίες, όσον αφορά τον κρίσιμο εν προκειμένω χρόνο, ρυθμίζονται στα άρθρα 111 επ. του Corporation Tax Act 2010 (στο εξής: CTA 2010). Στις προϋποθέσεις αυτές περιλαμβάνεται, βάσει του άρθρου 119, παράγραφος 2, του CTA 2010, και το ότι ούτε η αλλοδαπή εταιρία ομίλου ούτε άλλο πρόσωπο υποκείμενο στον φόρο πρέπει να έχει τη δυνατότητα να συμψηφίσει τέτοια ζημία με ενδεχόμενα μελλοντικά έσοδα στο πλαίσιο της φορολόγησής της στην αλλοδαπή κατά τις φορολογικές περιόδους που έπονται του έτους γενέσεως της ζημίας. Το αν υφίσταται η δυνατότητα αυτή πρέπει να διαπιστώνεται αμέσως μετά τη λήξη του έτους γενέσεως της ζημίας, όπως ορίζει το άρθρο 119, παράγραφος 4, του CTA 2010.

III – Το ιστορικό της διαφοράς και η διαδικασία ενώπιον του Δικαστηρίου

6. Το Ηνωμένο Βασίλειο είχε θεσπίσει τη φορολογική ελάφρυνση ομίλου διά της καλύψεως ζημιών αλλοδαπών εταιριών του ομίλου —τροποποιώντας, καταρχάς, τον Income and Corporation Taxes Act 1988 με ισχύ από την 1η Απριλίου 2006—, προκειμένου να συμμορφωθεί με τις απαιτήσεις του δικαίου της Ένωσης σε σχέση με την ελευθερία εγκαταστάσεως. Συγκεκριμένα, το Ηνωμένο Βασίλειο έλαβε υπόψη τις απαιτήσεις που προέκυπταν από την απόφαση Marks & Spencer η οποία είχε εκδοθεί στις 13 Δεκεμβρίου 2005. Στην εν λόγω απόφαση, το Δικαστήριο είχε κρίνει ότι⁷:

«Τα άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ δεν απαγορεύουν, στο παρόν στάδιο εξελίξεως του κοινοτικού δικαίου, τη νομοθεσία κράτους μέλους η οποία δεν παρέχει κατά γενικό κανόνα στην εγκατεστημένη στην ημεδαπή μητρική εταιρία τη δυνατότητα να εκπέσει από τα φορολογητέα κέρδη της τις ζημίες που υπέστη εντός άλλου κράτους μέλους η εγκατεστημένη στο κράτος μέλος αυτό θυγατρική της, ενώ παρέχει τη δυνατότητα αυτή για τις ζημίες που έχει υποστεί η εγκατεστημένη στην ημεδαπή θυγατρική. Ωστόσο, αντιβαίνει στα άρθρα 43 ΕΚ και 48 ΕΚ το να μην παρέχεται η δυνατότητα αυτή στην εγκατεστημένη στην ημεδαπή μητρική εταιρία εφόσον, αφενός, η εγκατεστημένη στην αλλοδαπή θυγατρική εξάντλησε τις δυνατότητες συνυπολογισμού των ζημιών οι οποίες παρέχονται εντός του κράτους εγκαταστάσεώς της ως προς το οικονομικό έτος το οποίο αφορά η αίτηση φορολογικής ελαφρύνσεως και ως προς τα προηγούμενα οικονομικά έτη και εφόσον, αφετέρου, δεν υπάρχει πιθανότητα να ληφθούν υπόψη οι ζημίες αυτές εντός του κράτους εγκαταστάσεώς της στο πλαίσιο μελλοντικών χρήσεων, είτε από την ίδια είτε από τρίτον, ιδίως σε περίπτωση μεταβιβάσεως της θυγατρικής προς τον τρίτον αυτόν.»

7 — Απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, διατακτικό).

7. Η Επιτροπή είχε αμφιβολίες ως προς το αν οι νέες βρετανικές διατάξεις συνάδουν με την απόφαση Marks & Spencer και με έγγραφο της 19ης Ιουλίου 2007 κάλεσε το Ηνωμένο Βασίλειο να υποβάλει τις παρατηρήσεις του επί του ζητήματος αυτού. Με την αιτιολογημένη γνώμη της 23ης Σεπτεμβρίου 2008, η Επιτροπή προσήψε στο Ηνωμένο Βασίλειο ότι παραβίασε την ελευθερία εγκαταστάσεως. Παράβαση συνιστούσε ιδίως το ότι η εναλλακτική δυνατότητα καλύψεως της ζημίας στο μέλλον έπρεπε να εκτιμηθεί ήδη κατά τη λήξη κάθε φορολογικής περιόδου και το ότι οι νέες διατάξεις δεν μπορούσαν να εφαρμοσθούν πριν από την 1η Απριλίου 2006. Στις 25 Νοεμβρίου 2010 ακολούθησε και συμπληρωματική αιτιολογημένη γνώμη σε σχέση με τον νέο CTA 2010, στον οποίο περιελήφθησαν εκ νέου, χωρίς να τροποποιηθούν κατ' ουσία, οι επίμαχες έως τότε διατάξεις του Income and Corporation Taxes Act 1988.

8. Εφόσον το Ηνωμένο Βασίλειο δεν τροποποίησε τη νομοθεσία του εντός προθεσμίας δύο μηνών όπως είχε ζητήσει η Επιτροπή, η τελευταία άσκησε, στις 5 Απριλίου 2013, προσφυγή ενώπιον του Δικαστηρίου δυνάμει του άρθρου 258, παράγραφος 2, ΣΛΕΕ, ζητώντας από το Δικαστήριο:

- να διαπιστώσει ότι το Ηνωμένο Βασίλειο, ορίζοντας προϋποθέσεις για τη φορολογική ελάφρυνση διασυννοριακών ομίλων εταιριών, οι οποίες καθιστούν πρακτικώς αδύνατη την παροχή της εν λόγω ελαφρύνσεως και την περιορίζουν σε περιόδους μεταγενέστερες της 1ης Απριλίου 2006, παρέβη τις υποχρεώσεις που υπέχει από το άρθρο 49 ΣΛΕΕ και από το άρθρο 31 της Συμφωνίας ΕΟΧ, και
- να καταδικάσει το Ηνωμένο Βασίλειο στα δικαστικά έξοδα.

9. Το Ηνωμένο Βασίλειο ζητεί από το Δικαστήριο:

- να απορρίψει την προσφυγή της Επιτροπής και
- να καταδικάσει την Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.

10. Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, το Βασίλειο της Ισπανίας, το Βασίλειο των Κάτω Χωρών και η Δημοκρατία της Φινλανδίας παρενέβησαν στη διαδικασία αφού η σχετική αίτησή τους έγινε δεκτή. Υποστηρίζουν τα αιτήματα του καθού.

11. Οι αντίδικοι και οι παρεμβαίνοντες κατέθεσαν αρχικώς γραπτές παρατηρήσεις και συμμετείχαν επίσης στην επ' ακροατηρίου συζήτηση της 15ης Ιουλίου 2014.

IV – Νομική εκτίμηση

12. Η Επιτροπή προσάπτει στο Ηνωμένο Βασίλειο παραβίαση της ελευθερίας εγκαταστάσεως, καθώς και παράβαση τόσο της ΣΛΕΕ όσο και της Συμφωνίας ΕΟΧ. Συναφώς, προβάλλει δύο λόγους.

13. Το άρθρο 49 σε συνδυασμό με το άρθρο 54 ΣΛΕΕ και το άρθρο 31 σε συνδυασμό με το άρθρο 34 της Συμφωνίας ΕΟΧ απαγορεύουν, καταρχήν, κατά τον ίδιο τρόπο τους περιορισμούς της ελευθερίας εγκαταστάσεως⁸. Για τον λόγο αυτόν δεν θα διακρίνω μεταξύ των ανωτέρω διατάξεων κατά την εξέταση των λόγων της προσφυγής.

8 — Βλ. απόφαση Α (C-48/11, EU:C:2012:485, σκέψη 21 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

A – Επί του πρώτου λόγου προσφυγής: πρακτική αδυναμία διασυννοριακής αντισταθμίσεως ζημιών εντός ομίλου εταιριών

14. Με τον πρώτο λόγο η Επιτροπή υποστηρίζει ότι θίγεται η ελευθερία εγκαταστάσεως, διότι η νομοθεσία του Ηνωμένου Βασιλείου καθιστά πρακτικώς αδύνατη τη διασυννοριακή φορολογική ελάφρυνση ομίλου.

15. Ασφαλώς, κατά την απόφαση Marks & Spencer, το δίκαιο της Ένωσης δεν επιβάλλει καταρχήν τη διασυννοριακή έκπτωση ζημιών εντός ομίλου εταιριών. Εξαιρέση συνιστά, εντούτοις, η περίπτωση που ζημίες αλλοδαπής θυγατρικής δεν μπορούν να συνυπολογισθούν στο πλαίσιο της φορολογήσεως στην αλλοδαπή ούτε για τις προγενέστερες ούτε για τις μεταγενέστερες φορολογικές περιόδους. Το άρθρο 119, παράγραφος 4, του CTA 2010 όμως προβλέπει ότι ήδη κατά τη λήξη της φορολογικής περιόδου στην οποία έχει προκύψει η ζημία πρέπει να διαπιστωθεί ότι δεν υφίσταται καμία εναλλακτική δυνατότητα μελλοντικής προβολής της ζημίας. Κατά τον χρόνο αυτόν, ωστόσο, η ανωτέρω διαπίστωση είναι δυνατή μόνον εάν το κράτος εγκαταστάσεως της θυγατρικής εταιρίας δεν επιτρέπει τη μεταφορά ζημιών ή εάν κατά το έτος γενέσεως της ζημίας έχει ξεκινήσει η εκκαθάριση της θυγατρικής. Η σχετική πρόβλεψη αποκλείει ιδίως τη δυνατότητα αντισταθμίσεως ζημίας σε περίπτωση που η δραστηριότητα της θυγατρικής παύσει μετά το έτος γενέσεως της ζημίας. Βάσει της ρυθμίσεως, δηλαδή, μπορεί να μεταβιβασθεί η ζημία μόνο μίας φορολογικής περιόδου. Από την απόφαση Marks & Spencer όμως προκύπτει ότι η εναλλακτική δυνατότητα συνυπολογισμού ζημίας σε μεταγενέστερες φορολογικές περιόδους πρέπει να εξετάζεται κατά τον χρόνο υποβολής της αιτήσεως φορολογικής ελαφρύνσεως του ομίλου.

16. Το Ηνωμένο Βασίλειο αντιτείνει ότι η διασυννοριακή φορολογική ελάφρυνση ομίλου δεν είναι πρακτικώς αδύνατη. Οι σχετικές προϋποθέσεις είναι μεν περιοριστικές, αλλά τούτο οφείλεται απλώς στη νομολογία του Δικαστηρίου. Η νομολογία αυτή επιβάλλει ιδίως η εναλλακτική δυνατότητα συνυπολογισμού της ζημίας να εξετάζεται κατά τη λήξη της φορολογικής περιόδου. Τούτο όμως δεν αποκλείει το ενδεχόμενο στην εξέταση αυτή να ληφθεί υπόψη η παύση της επιχειρηματικής δραστηριότητας ή η υφιστάμενη κατά τη λήξη μιας φορολογικής περιόδου πρόθεση προσεχούς εκκαθαρίσεως. Κατά τα λοιπά, η εξέταση κατά τον χρόνο υποβολής της αιτήσεως φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου θα είχε ως αποτέλεσμα ο υποκείμενος στον φόρο να μπορεί να επιλέξει, αντιθέτως προς τις επιταγές της νομολογίας, σε ποιο κράτος μέλος θα συμψηφισθούν οι ζημίες του. Συγκεκριμένα, πριν από την υποβολή της σχετικής αιτήσεως, ο ενδιαφερόμενος μπορεί να διαμορφώσει τις σχέσεις του κατά τέτοιο τρόπο, ώστε να μην υφίσταται πλέον εναλλακτική δυνατότητα προβολής της ζημίας όταν υποβάλλει την αίτησή του.

17. Καταρχάς φρονώ ότι η διατύπωση του πρώτου λόγου προσφυγής είναι ασαφής. Η Επιτροπή προσάπτει στο Ηνωμένο Βασίλειο ότι, βάσει του άρθρου 119, παράγραφος 4, του CTA 2010, η αντιστάθμιση ζημίας είναι δυνατή μόνον όταν το κράτος εγκαταστάσεως της θυγατρικής εταιρίας δεν επιτρέπει τη μεταφορά ζημιών ή εάν εντός του έτους γενέσεως της ζημίας έχει ξεκινήσει η εκκαθάριση της θυγατρικής. Δεδομένου ότι το τελευταίο συμβαίνει αναμφίβολα στην πράξη, η Επιτροπή δεν εστιάζει εν τέλει στο ότι η νομοθεσία του Ηνωμένου Βασιλείου καθιστά πρακτικώς αδύνατη τη διασυννοριακή αντιστάθμιση ζημιών, αλλά στο ότι δεν εξασφαλίζεται αυτή η δυνατότητα στο σύνολο των περιπτώσεων οι οποίες, κατά την εκτίμηση της Επιτροπής, θα έπρεπε να καλύπτονται όπως επιτάσσει η ελευθερία εγκαταστάσεως.

18. Επομένως, στο πλαίσιο του πρώτου λόγου προσφυγής πρέπει να εξετασθεί αν το άρθρο 119, παράγραφος 4, του CTA 2010 αντιβαίνει στην ελευθερία εγκαταστάσεως για τον λόγο ότι δεν επιτρέπει στον δέοντα βαθμό τη διασυννοριακή αντιστάθμιση ζημίας δεδομένου του χρόνου κατά τον οποίο προβλέπει ότι πρέπει να εξακριβωθεί εάν υφίσταται εναλλακτική δυνατότητα συμψηφισμού των ζημιών στο μέλλον. Επίσης, πρέπει να διευκρινισθεί ότι κατά την Επιτροπή, πρώτον, το αντικείμενο της προσφυγής συνίσταται μόνο στη δυνατότητα μεταβιβάσεως ζημιών αλλοδαπής θυγατρικής εταιρίας και όχι άλλων εταιριών του ομίλου και, δεύτερον, η προσφυγή αφορά μόνο ζημίες από δραστηριότητα στην αλλοδαπή και όχι ζημίες μόνιμης εγκαταστάσεως που διατηρεί η αλλοδαπή

θυγατρική στο Ηνωμένο Βασίλειο⁹.

1. Περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως

19. Η προσβαλλόμενη ρύθμιση περιορίζει την ελευθερία εγκαταστάσεως, διότι καθιστά δυσχερέστερη την αναγνώριση των πλεονεκτημάτων της φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου όταν μητρική εταιρία εγκαθιστά θυγατρική της στην αλλοδαπή εν συγκρίσει με την περίπτωση εγκαταστάσεως της θυγατρικής της στην ημεδαπή¹⁰.

20. Ο περιορισμός αυτός αφορά δύο πλεονεκτήματα της φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου που πρέπει να διακριθούν στη συνέχεια της προκειμένης εξετάσεως. Αφενός, πρόκειται για το ταμειακό πλεονέκτημα το οποίο προκύπτει διότι η φορολογική ελάφρυνση επιταχύνει την αντιστάθμιση των ζημιών εντός ομίλου¹¹. Εφόσον οι εταιρίες ομίλου πραγματοποιούν επανειλημμένως κέρδη, ο όμιλος δεν καταβάλλει μεν, *ceteris paribus*, μειωμένους φόρους στο Ηνωμένο Βασίλειο λόγω των δυνατοτήτων φορολογικής του ελαφρύνσεως, αλλά καταβάλλει φόρους σε μεταγενέστερο χρόνο. Πράγματι, η μεταβίβαση της ζημίας θυγατρικής εταιρίας στη μητρική της έχει επίσης ως αποτέλεσμα η θυγατρική να μην διαθέτει πλέον υπόλοιπο ζημιών προκειμένου να το συμψηφίσει με μεταγενέστερα φορολογητέα κέρδη της. Επομένως, ο φόρος της μητρικής εταιρίας που μειώνεται για ορισμένη φορολογική περίοδο αντισταθμίζεται από τον υψηλότερο φόρο της θυγατρικής σε μεταγενέστερη φορολογική περίοδο.

21. Υφίσταται όμως και δεύτερο, πιο σημαντικό, πλεονέκτημα της φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου. Εάν η θυγατρική εταιρία σημειώνει μόνον ισολογιστική ζημία σε όλες τις φορολογικές περιόδους της δραστηριότητάς της (στο εξής: ολική ζημία), η σημασία της φορολογικής ελαφρύνσεως του ομίλου υπερβαίνει το απλό ταμειακό πλεονέκτημα. Στην περίπτωση αυτή, η αντιστάθμιση των ζημιών συνεπάγεται την απαλλαγή της μητρικής εταιρίας, και μάλιστα κατά τρόπο οριστικό, από την καταβολή φόρων για έσοδα ίδιου ύψους με την ολική ζημία. Τούτο ισχύει ακόμη και όταν η θυγατρική δεν αποτυγχάνει μεν οικονομικώς, αλλά η μεταφορά των ζημιών της περιορίζεται για νομικούς λόγους με αποτέλεσμα οι ζημίες της να παραμένουν ανεκμετάλλευτες από φορολογικής απόψεως.

22. Κατά πάγια νομολογία, ο περιορισμός της ελευθερίας εγκαταστάσεως διά του άρθρου 119, παράγραφος 4, του CΤΑ 2010 μπορεί να γίνει δεκτός μόνον όσον αφορά καταστάσεις οι οποίες δεν είναι αντικειμενικώς συγκρίσιμες (σχετικά, ακολούθως, υπό 2) ή όταν δικαιολογείται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος¹² (σχετικά, υπό 3).

2. Αντικειμενική συγκρισιμότητα των καταστάσεων

23. Καταρχάς, λοιπόν, επιβάλλεται να διευκρινισθεί αν η κατάσταση μητρικής εταιρίας που έχει εγκατεστημένη στην ημεδαπή μια θυγατρική της οποίας οι ζημίες πρέπει να μεταβιβασθούν στο πλαίσιο της φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου είναι αντικειμενικώς συγκρίσιμη με την κατάσταση μητρικής εταιρίας που έχει εγκατεστημένη στην αλλοδαπή μια θυγατρική της οποίας οι ζημίες πρέπει να τύχουν ίδιας μεταχειρίσεως. Τούτο είναι αμφίβολο διότι το Ηνωμένο Βασίλειο φορολογεί, καταρχήν, μόνον τη δραστηριότητα ημεδαπής και όχι αλλοδαπής θυγατρικής.

9 — Βλ., σχετικά με τις ζημίες μόνιμης εγκαταστάσεως, απόφαση Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532).

10 — Βλ. αποφάσεις ICI (C-264/96, EU:C:1998:370, σκέψεις 20 έως 23), Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψεις 28 έως 34) και Felixstowe Dock and Railway Company κ.λπ. (C-80/12, EU:C:2014:200, σκέψεις 17 έως 21).

11 — Βλ. αποφάσεις Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 32) και Felixstowe Dock and Railway Company κ.λπ. (C-80/12, EU:C:2014:200, σκέψη 19).

12 — Βλ. μόνον απόφαση Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, σκέψη 23 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

24. Συναφώς, σύμφωνα με τη διαπίστωση του Δικαστηρίου στην απόφαση Marks & Spencer, το γεγονός ότι κράτος μέλος δεν φορολογεί τα κέρδη των μη εγκατεστημένων στην ημεδαπή θυγατρικών, εν αντιθέσει με τα κέρδη των θυγατρικών που είναι εγκατεστημένες στο έδαφός του, δεν δικαιολογεί, από μόνο του, τον περιορισμό της φορολογικής ελαφρύνσεως υπέρ ομίλου στις ζημίες που έχουν υποστεί οι εγκατεστημένες στην ημεδαπή εταιρίες¹³.

25. Εντούτοις, η ανωτέρω διαπίστωση τίθεται εν αμφιβόλω λόγω της προσφάτως εκδοθείσας αποφάσεως Nordea Bank Danmark, η οποία αφορούσε τον διασυνοριακό συνυπολογισμό ζημιών αλλοδαπών *επιχειρηματικών εγκαταστάσεων*. Στην απόφαση αυτή, το Δικαστήριο διατύπωσε πρώτη φορά την αρχή ότι οι μόνιμες επιχειρηματικές εγκαταστάσεις της αλλοδαπής δεν τελούν σε συγκρίσιμη κατάσταση με αυτή των μόνιμων επιχειρηματικών εγκαταστάσεων της ημεδαπής όσον αφορά τα μέτρα που έχει προβλέψει κράτος μέλος για την αποτροπή της διπλής φορολόγησεως. Ασφαλώς, το Δικαστήριο δέχθηκε εν τέλει ότι υφίσταται αντικειμενική συγκρισιμότητα, αλλά μόνο για τον λόγο ότι το οικείο κράτος μέλος είχε αποφασίσει να υποβάλει σε φορολόγηση και τις μόνιμες επιχειρηματικές εγκαταστάσεις της αλλοδαπής¹⁴.

26. Λαμβανομένων υπόψη των παρατηρήσεων αυτών σχετικά με τις μόνιμες επιχειρηματικές εγκαταστάσεις, πρέπει να γίνει δεκτό, ως *argumentum a fortiori*, ότι η κατάσταση των ημεδαπών και των αλλοδαπών *θυγατρικών* δεν είναι συγκρίσιμη, πρωτίστως, λόγω της κατανομής της εξουσίας φορολόγησεως μεταξύ των κρατών μελών. Πράγματι, ενώ μόνιμη επιχειρηματική εγκατάσταση στην αλλοδαπή υπόκειται στη φορολογική εξουσία του κράτους της έδρας της εταιρίας και δύναται να φορολογηθεί σε αυτό το κράτος βάσει της διεθνώς αναγνωριζόμενης αρχής του παγκόσμιου εισοδήματος¹⁵, τούτο δεν ισχύει, καταρχήν, ως προς τις αλλοδαπές θυγατρικές εταιρίες ημεδαπής εταιρίας. Αυτές φορολογούνται στο κράτος εγκαταστάσεως της μητρικής εταιρίας μόνον ως προς τη δραστηριότητά τους στην ημεδαπή και, εν ανάγκη, στο πλαίσιο εξαιρετικής φορολόγησεως κατά τους κανόνες του συνυπολογισμού με σκοπό την αποτροπή καταχρηστικών πρακτικών¹⁶. Η υπό κρίση προσφυγή, ωστόσο, δεν αφορά τέτοιες εξαιρετικές περιπτώσεις.

27. Η αρχή που διατυπώνεται στην απόφαση Nordea Bank Danmark έχει ιδιαίτερη σημασία και για τον λόγο ότι είχε προηγηθεί η πρότασή μου προς το Δικαστήριο να εγκαταλείψει πλήρως την εξέταση της αντικειμενικής συγκρισιμότητας των καταστάσεων¹⁷. Η εν λόγω αρχή συνεπάγεται ότι κράτος μέλος πρέπει να λαμβάνει υπόψη τις ζημίες που προκύπτουν από δραστηριότητα στην αλλοδαπή μόνον εάν φορολογεί τη δραστηριότητα αυτή. Τούτο συνάδει τόσο με τη νομολογία περί συνυπολογισμού ζημιών που έχει προηγηθεί της αποφάσεως Marks & Spencer όσο και με τη νομολογία που αφορά άλλους τομείς της φορολογικής νομοθεσίας. Αφενός, το Δικαστήριο έχει επισημάνει ήδη από το 1997, στην απόφαση Futura Participations και Singer, ότι το να λαμβάνονται υπόψη, από φορολογικής απόψεως, μόνο ζημίες που έχει υποστεί στην ημεδαπή η μόνιμη εγκατάσταση αλλοδαπής εταιρίας συνάδει προς τη φορολογική αρχή της εδαφικότητας και, ως εκ τούτου, δεν συνιστά διάκριση¹⁸. Αφετέρου, με την απόφαση Kronos International κατέστη προσφάτως σαφές, ως προς τη φορολόγηση μερισμάτων, ότι η κατάσταση των ημεδαπών και των αλλοδαπών θυγατρικών εταιριών δεν είναι συγκρίσιμη όσον αφορά τον συνυπολογισμό φόρου επί της διανομής μερισμάτων, όταν το κράτος μέλος δεν φορολογεί τη διανομή μερισμάτων αλλοδαπών θυγατρικών¹⁹.

13 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 40): στην απόφαση αυτή στηρίζεται και η απόφαση A (C-123/11, EU:C:2013:84, σκέψεις 34 και 35).

14 — Βλ. απόφαση Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:2087, σκέψη 24).

15 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 39).

16 — Βλ. απόφαση Cadbury Schweppes και Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544).

17 — Βλ. τις προτάσεις μου στην υπόθεση Nordea Bank Danmark (C-48/13, EU:C:2014:153, σημεία 21 έως 28).

18 — Απόφαση Futura Participations και Singer (C-250/95, EU:C:1997:239, σκέψεις 21 και 22).

19 — Βλ. απόφαση Kronos International (C-47/12, EU:C:2014:2200, σκέψη 81).

28. Επιπλέον, κατά πάγια νομολογία, η αντικειμενική συγκρισιμότητα των καταστάσεων πρέπει να εκτιμάται με βάση τον σκοπό της σχετικής ρυθμίσεως²⁰. Οι ρυθμίσεις περί φορολογήσεως ομίλων έχουν ως σκοπό να καταστήσουν δυνατή τη φορολόγηση —σε διαφορετική κλίμακα— των εταιριών ομίλου σαν να επρόκειτο για έναν και μόνον υποκείμενο στον φόρο²¹. Λαμβάνοντας υπόψη και αυτόν τον σκοπό, εκτιμώ ότι είναι αμφίβολη η αντικειμενική συγκρισιμότητα των ζημιών ημεδαπών και αλλοδαπών θυγατρικών. Πράγματι, η φορολογική μεταχείριση μητρικής εταιρίας εγκατεστημένης στην ημεδαπή και θυγατρικής εγκατεστημένης στην αλλοδαπή κατά τρόπο ενιαίο είναι, κατά τα φαινόμενα, άστοχη, καθόσον η αλλοδαπή θυγατρική δεν φορολογείται στην ημεδαπή και, ως εκ τούτου, δεν συνιστά καθ' εαυτήν πρόσωπο υποκείμενο στον φόρο.

29. Ωστόσο, δεν προτείνω να απορριφθεί εν προκειμένω η αντικειμενική συγκρισιμότητα των καταστάσεων. Η εξέταση της αντικειμενικής συγκρισιμότητας συμβάλλει πράγματι στον εντοπισμό περιπτώσεων άνισης μεταχειρίσεως οι οποίες είναι προδήλως και αναμφιβόλως δικαιολογημένες. Ασφαλώς, η διαφορά η οποία, όπως κατέδειξα, όντως υφίσταται ανάμεσα στις περιπτώσεις μητρικής εταιρίας με θυγατρική στην ημεδαπή και μητρικής εταιρίας με θυγατρική στην αλλοδαπή είναι σημαντική, αν όχι καθοριστική, στο πλαίσιο της εξετάσεως ενδεχόμενης παραβιάσεως της ελευθερίας εγκαταστάσεως. Εντούτοις, δεν αποκλείει άνευ ετέρου τέτοιου είδους παραβίαση, όπως προκύπτει και από την αντίθετη θέση του Δικαστηρίου στην απόφαση *Marks & Spencer*. Επομένως, η εν λόγω διαφορά πρέπει να εξετασθεί ως ενδεχόμενος δικαιολογητικός λόγος άνισης μεταχειρίσεως, με παράλληλο έλεγχο της αναλογικότητας της εθνικής ρυθμίσεως.

3. Δικαιολόγηση

30. Συνεπώς, πρέπει να εξακριβωθεί αν η προϋπόθεση που περιορίζει την αντιστάθμιση ζημιών με αλλοδαπές θυγατρικές δικαιολογείται από επιτακτικό λόγο γενικού συμφέροντος.

31. Τέτοιο δικαιολογητικό λόγο ενδέχεται να αποτελεί το γεγονός ότι η αλλοδαπή δραστηριότητα θυγατρικών μη εγκατεστημένων στην ημεδαπή δεν υπόκειται στον φόρο στο Ηνωμένο Βασίλειο. Πράγματι, βάσει νομολογίας που έχει εν τω μεταξύ παγιωθεί, τα κράτη μέλη οφείλουν καταρχήν να λαμβάνουν υπόψη τη ζημία που προκύπτει από αλλοδαπή δραστηριότητα μόνον όταν φορολογούν τη δραστηριότητα αυτή και τούτο μπορεί να έχει ως σκοπό τη «διασφάλιση της συνοχής του φορολογικού συστήματος»²², τη «διαφύλαξη της ισόρροπης κατανομής της εξουσίας φορολογήσεως μεταξύ των κρατών μελών»²³, τη «διαφύλαξη της συμμετρίας» μεταξύ φορολογήσεως των κερδών και εκπτώσεως των ζημιών²⁴, την αποτροπή της «διττής εκπτώσεως των ζημιών»²⁵ ή την αποτροπή της «φοροδιαφυγής»²⁶, όπως προκύπτει από τους διαφορετικούς χαρακτηρισμούς που έχει χρησιμοποιήσει το Δικαστήριο²⁷. Η νομολογία αυτή ενισχύεται επιπλέον από τις επισημάνσεις του Δικαστηρίου σχετικά με την αντικειμενική συγκρισιμότητα των καταστάσεων, σύμφωνα με τις οποίες έχει ουσιαστική σημασία, όπως τονίσθηκε ήδη²⁸, το αν κράτος μέλος φορολογεί ή όχι αλλοδαπή δραστηριότητα.

20 — Βλ. μόνον αποφάσεις *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89, σκέψη 22) και *SCA Group Holding κ.λπ.* (C-39/13, C-40/13 και C-41/13, EU:C:2014:1758, σκέψη 28).

21 — Βλ. σχετικά με την ολλανδική «fiscale eenheid»: απόφαση *SCA Group Holding κ.λπ.* (C-39/13 έως C-41/13, EU:C:2014:1758, σκέψη 51).

22 — Βλ. απόφαση *K* (C-322/11, EU:C:2013:716, σκέψεις 64 έως 71).

23 — Βλ. αποφάσεις *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 45), *Lidl Belgium* (C-414/06, EU:C:2008:278, σκέψη 31), *X Holding* (C-337/08, EU:C:2010:89, σκέψη 28), *A* (C-123/11, EU:C:2013:84, σκέψη 42), *K* (C-322/11, EU:C:2013:716, σκέψη 55) και *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, σκέψη 32).

24 — Βλ. αποφάσεις *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, σκέψη 58) και *Nordea Bank Danmark* (C-48/13, EU:C:2014:2087, σκέψη 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

25 — Βλ. αποφάσεις *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψεις 47 και 48), *Lidl Belgium* (C-414/06, EU:C:2008:278, σκέψεις 35 και 36) και *A* (C-123/11, EU:C:2013:84, σκέψη 44).

26 — Βλ. αποφάσεις *Marks & Spencer* (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 49) και *A* (C-123/11, EU:C:2013:84, σκέψη 45).

27 — Βλ., επίσης, αποφάσεις *National Grid Indus* (C-371/10, EU:C:2011:785, σκέψη 80) και *K* (C-322/11, EU:C:2013:716, σκέψη 72), κατά τις οποίες οι δικαιολογητικοί λόγοι της φορολογικής συνοχής και της κατανομής της εξουσίας φορολογήσεως ταυτίζονται τουλάχιστον εν μέρει.

28 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 25 έως 28.

32. Επομένως, το Ηνωμένο Βασίλειο δικαιούται, καταρχήν, όχι μόνο να καταστήσει δυσχερέστερο τον συνυπολογισμό των ζημιών από αλλοδαπή δραστηριότητα αλλοδαπών θυγατρικών στο πλαίσιο της φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου, αλλά και να αποκλείσει εντελώς αυτή τη δυνατότητα.

33. Ωστόσο, το Ηνωμένο Βασίλειο πρέπει να τηρήσει και την αρχή της αναλογικότητας. Βάσει της αρχής αυτής, τα κράτη μέλη οφείλουν να χρησιμοποιούν μέσα τα οποία καθιστούν μεν δυνατή την αποτελεσματική επίτευξη του σκοπού που επιδιώκει το εσωτερικό δίκαιο, πλην όμως θίγουν στον μικρότερο δυνατό βαθμό τους σκοπούς και τις αρχές που θέτει η σχετική νομοθεσία της Ένωσης²⁹.

34. Συναφώς, στην απόφαση Marks & Spencer, το Δικαστήριο έκρινε ότι ο πλήρης αποκλεισμός αλλοδαπών θυγατρικών από το πλαίσιο φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου βαίνει πέραν του αναγκαίου για την επίτευξη «του κύριου μέρους» των επιδιωκόμενων σκοπών μέτρου και εισήγαγε την εξαίρεση Marks & Spencer³⁰. Σύμφωνα με αυτήν —συνοπτικώς—, οι ζημίες θυγατρικής εγκατεστημένης στην αλλοδαπή μπορούν να μεταβιβασθούν στη μητρική εταιρία όταν δεν υφίσταται καμία άλλη δυνατότητα να ληφθούν υπόψη τόσο στις τρέχουσες όσο και στις παρελθούσες ή μελλοντικές φορολογικές περιόδους, το δε βάρος αποδείξεως φέρει ο υποκείμενος στον φόρο, ενώ τα κράτη μέλη μπορούν να αποτρέψουν την καταχρηστική εφαρμογή της εν λόγω εξαίρεσεως³¹.

35. Ο πρώτος λόγος προσφυγής, λοιπόν, αφορά το αν η επίδικη εξαιρετική ρύθμιση του Ηνωμένου Βασιλείου σχετικά με τη μεταβίβαση ζημιών θυγατρικών εγκατεστημένων στην αλλοδαπή πληροί αυτές τις προϋποθέσεις αναλογικότητας, δεδομένου ότι, κατά το άρθρο 119, παράγραφος 4, του CΤΑ 2010, η εκτίμηση της δυνατότητας μελλοντικού συνυπολογισμού ζημίας κρίνεται με βάση τις υφιστάμενες σχέσεις κατά τη λήξη κάθε περιόδου γενέσεως της ζημίας.

Η νομολογία επί της εξαίρεσεως Marks & Spencer

36. Το ανωτέρω ζήτημα δεν μπορεί να επιλυθεί βάσει της μέχρι τούδε νομολογίας του Δικαστηρίου.

37. Η απόφαση Marks & Spencer δεν παρέχει καθ' εαυτήν καμία ένδειξη ούτε ως προς τις περιπτώσεις αποκλεισμού της δυνατότητας μελλοντικού συνυπολογισμού ζημίας ούτε ως προς τον χρόνο κατά τον οποίο πρέπει να γίνεται αυτή η διαπίστωση. Αφενός, η συλλογιστική που διαπνέει την εν λόγω απόφαση θα μπορούσε να έχει στηριχθεί στην ιδέα να μην παρασχεθεί σε μητρική εταιρία το ταμειακό πλεονέκτημα της φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου, αλλά να καταστεί δυνατό το πλεονέκτημα τελικού συμψηφισμού των ζημιών σε περίπτωση ολικής ζημίας της θυγατρικής εταιρίας³². Υπό το πρίσμα αυτής της ερμηνείας, η επίδικη ρύθμιση δεν θα συμβιβαζόταν με την απόφαση Marks & Spencer. Συγκεκριμένα, δεν θα μπορούσε να συμβάλει στον εντοπισμό των περιπτώσεων όπου υφίσταται ολική ζημία θυγατρικής, διότι τέτοια ζημία δύναται να διαπιστωθεί μόνον κατά τη λήξη της δραστηριότητάς της, αφού ληφθούν υπόψη όλες οι φορολογικές περίοδοι. Αφετέρου, η απόφαση εκείνη δεν περιέχει καμία εκτίμηση η οποία να στηρίζεται στον συνυπολογισμό της ολικής ζημίας. Αντιθέτως, το Δικαστήριο έκρινε ότι η ελευθερία εγκαταστάσεως περιορίζεται μόνο λόγω της μη παροχής του ταμειακού πλεονεκτήματος³³.

38. Επιπλέον, η μεταγενέστερη νομολογία του Δικαστηρίου περιόρισε τόσο πολύ το πεδίο εφαρμογής της εξαίρεσεως Marks & Spencer, ώστε είναι, σε τελική ανάλυση, σχεδόν αδύνατο να υπάρξει άλλη περίπτωση που να εμπίπτει σε αυτό το πεδίο. Ενδεικτική είναι συναφώς η πρώτη αιτίαση της Επιτροπής. Συγκεκριμένα, η Επιτροπή υποστηρίζει ότι η βρετανική ρύθμιση είναι πέραν του δέοντος περιοριστική, διότι παρέχει τη δυνατότητα διασυνοριακής αντισταθμίσεως ζημίας μόνον όταν το

29 — Βλ. μόνον την απόφαση BDV Hungary Trading (C-563/12, EU:C:2013:854, σκέψη 30 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

30 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 55).

31 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψεις 56 και 57).

32 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 20 και 21.

33 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 32).

κράτος εγκαταστάσεως της θυγατρικής εταιρίας δεν επιτρέπει τη μεταφορά ζημιών ή όταν κατά το έτος γενέσεως της ζημίας έχει ξεκινήσει η εκκαθάριση της θυγατρικής. Οι αντίδικοι της προκειμένης διαφοράς συμφωνούν ότι σε αμφότερες αυτές τις περιπτώσεις τυγχάνει εφαρμογής η εξαίρεση Marks & Spencer. Τούτο όμως δεν ισχύει κατά τη νεότερη νομολογία του Δικαστηρίου.

39. Αφενός, από την απόφαση Κ προκύπτει ότι κράτος μέλος δεν οφείλει να λαμβάνει υπόψη τις ζημίες από αλλοδαπή δραστηριότητα, όταν ο συνυπολογισμός τους αποκλείεται, από νομικής απόψεως, στον τόπο ασκήσεως της δραστηριότητας³⁴. Επομένως, όταν αλλοδαπή θυγατρική δεν επιτρέπεται να μεταφέρει τις ζημίες της δυνάμει της νομοθεσίας του κράτους εγκαταστάσεώς της, δεν υφίσταται μεν καμία άλλη δυνατότητα μελλοντικής αντισταθμίσεως των ζημιών στο εν λόγω κράτος, αλλά οι θεμελιώδεις ελευθερίες δεν επιβάλλουν τη μεταβίβαση των ζημιών στη μητρική εταιρία. Στο σημείο αυτό αναδεικνύεται η επιρροή μιας νομολογιακής γραμμής η οποία αναπτύχθηκε μετά την έκδοση της αποφάσεως Marks & Spencer. Πρώτη φορά στην απόφαση *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, το Δικαστήριο συνόψισε αυτήν τη νομολογιακή προσέγγιση επισημαίνοντας ότι κράτος μέλος δεν είναι υποχρεωμένο, κατά την εφαρμογή της φορολογικής νομοθεσίας του, να αντισταθμίζει τις δυσμενείς επιπτώσεις που προκαλούν οι «διαιτερότητες» της φορολογικής νομοθεσίας άλλου κράτους μέλους³⁵. Πάντως, δεν έχει αποσαφηνισθεί ακόμη σε ποιες περιπτώσεις μπορεί να θεωρηθεί ότι το φορολογικό σύστημα κράτους μέλους εμφανίζει ιδιαιτερότητες —παραδείγματος χάρη, διότι παρεκκλίνει από τις, μη καθορισμένες ακόμη, προδιαγραφές της Ένωσης όσον αφορά τη μεταφορά ζημιών. Ωστόσο, το γερμανικό *Bundesfinanzhof*, επί παραδείγματι, έχει ερμηνεύσει ήδη τη νομολογία αυτή υπό την έννοια ότι ενδεχόμενοι νομικοί περιορισμοί της μεταφοράς ζημιών δεν μπορούν να έχουν ως αποτέλεσμα την αδυναμία εναλλακτικού συνυπολογισμού των ζημιών κατά την έννοια της εξαίρεσεως Marks & Spencer³⁶.

40. Αφετέρου, στην απόφαση Α, το Δικαστήριο δέχθηκε ότι η εκκαθάριση θυγατρικής που έχει παύσει κατ' ουσία τη δραστηριότητά της δεν αρκεί από μόνη της για να γίνει δεκτό ότι η εν λόγω εταιρία δεν διαθέτει πλέον καμία άλλη δυνατότητα συνυπολογισμού των ζημιών της. Τούτο πρέπει να ισχύει, προφανώς, ακόμη και σε περίπτωση συγχωνεύσεως, η οποία μάλιστα συνεπάγεται και απώλεια της νομικής προσωπικότητας της θυγατρικής. Αντιθέτως, εάν η θυγατρική δεν είχε εκκαθαριστεί, θα αρκούσε να είχε —ακόμη και ελάχιστα— έσοδα³⁷, προκειμένου να γίνει δεκτή η ύπαρξη δυνατότητας συνυπολογισμού των ζημιών στο κράτος εγκαταστάσεως. Καθ' εαυτήν η παύση της επιχειρηματικής δραστηριότητας, λοιπόν, δεν αρκεί για να εφαρμοσθεί η εξαίρεση Marks & Spencer, εάν δεν υφίστανται καθόλου έσοδα. Έσοδα όμως προκύπτουν κατά κανόνα και από την εκποίηση της εταιρικής περιουσίας τόσο κατά την εκούσια εκκαθάριση θυγατρικής εταιρίας όσο και κατά την κίνηση διαδικασίας αφερεγγυότητας σε βάρος της περιουσίας της. Συνεπώς, με βάση την απόφαση Α, ούτε η έναρξη της εκκαθάρισεως θυγατρικής εταιρίας ούτε καν η μεταγενέστερη απώλεια της νομικής της προσωπικότητας συνιστούν περιπτώσεις που καλύπτονται σαφώς από την εξαίρεση Marks & Spencer,.

41. Ως εκ τούτου, το Δικαστήριο μπορεί στην πραγματικότητα να αποφανθεί επί του πρώτου λόγου μόνον εάν διευκρινίσει προηγουμένως, στο πλαίσιο της υπό κρίση υποθέσεως και υπό το πρίσμα της αρχής της αναλογικότητας, κατά πόσον ισχύει ακόμη η εξαίρεση Marks & Spencer και, σε περίπτωση που ισχύει, αποσαφηνίσει το περιεχόμενό της.

34 — Βλ. απόφαση Κ (C-322/11, EU:C:2013:716, σκέψεις 76 έως 81).

35 — Βλ. απόφαση *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt* (C-157/07, EU:C:2008:588, σκέψη 49), η οποία στηρίζεται στις αποφάσεις *Columbus Container Services* (C-298/05, EU:C:2007:754, σκέψη 51) και *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129, σκέψη 42)· βλ., εν συνεχεία, και την απόφαση Κ (C-322/11, EU:C:2013:716, σκέψη 79).

36 — Βλ. *Bundesfinanzhof*, αποφάσεις της 9ης Ιουνίου 2010, I R 100/09, σημείο 11, και της 9ης Ιουνίου 2010, I R 107/09, σημείο 17.

37 — Βλ. απόφαση Α (C-123/11, EU:C:2013:84, σκέψεις 51 έως 53).

Η εξέταση της εξαιρέσεως Marks & Spencer

42. Ασφαλώς, η αρχή του common law stare decisis et non quieta movere επιβάλλει, καταρχήν, την ευθυγράμμιση με την προηγούμενη νομολογία. Εντούτοις, η απόφαση Marks & Spencer δεν επέφερε ποτέ quieta, διότι τα αποτελέσματά της δεν ήταν ποτέ σαφή³⁸. Επομένως, φρονώ ότι η επανεξέταση της χρησιμότητας της εξαιρέσεως Marks & Spencer είναι όχι μόνο δυνατή, αλλά και επιβεβλημένη³⁹.

43. Θέτοντας την εξαίρεση αυτή με την απόφαση Marks & Spencer, το Δικαστήριο επιδίωξε να καλύψει ένα κενό. Εκτίμησε ότι συνιστά καθήκον του νομοθέτη της Ένωσης να ρυθμίσει τη διασυννοριακή αντιστάθμιση ζημιών κατά τρόπο σύμφωνο με τις θεμελιώδεις ελευθερίες⁴⁰. Στο πλαίσιο αυτό, οι όμιλοι με διασυννοριακή δραστηριότητα θα έπρεπε να επωφεληθούν, τουλάχιστον εν μέρει, από τα πλεονεκτήματα της φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου, πιο συγκεκριμένα δε στην περίπτωση που έχουν αποκλεισθεί όλες οι άλλες δυνατότητες συνυπολογισμού των ζημιών τους.

44. Η λύση αυτή όμως αποδείχθηκε μάλλον απρόσφορη. Δεν προστατεύει τα συμφέροντα της εσωτερικής αγοράς, ούτε αποτελεί ένα ήπιο μέσο προς εξασφάλιση της φορολογικής εξουσίας των κρατών μελών. Πράγματι, όχι μόνο δεν διευκολύνει τη δραστηριότητα των διασυννοριακών ομίλων εταιριών, αλλά αντιθέτως έχει εξελιχθεί σε μια σχεδόν ανεξάντλητη πηγή διαφορών μεταξύ φορολογουμένων και φορολογικών Αρχών των κρατών μελών. Τούτο οφείλεται κατ' ουσία σε τέσσερις λόγους.

45. Πρώτον, στην πραγματικότητα, η εναλλακτική δυνατότητα συνυπολογισμού ζημιών μπορεί να αποκλεισθεί μόνον όταν η θυγατρική εταιρία παύσει να υφίσταται από νομικής απόψεως. Μόνον όταν η οικεία εταιρία δεν διαθέτει ούτε δύναται πλέον να αποκτήσει περιουσία, είναι βέβαιο ότι δεν μπορούν να προκύψουν άλλα κέρδη προς συμψηφισμό των ζημιών της. Εντούτοις, η αναμονή για την πλήρη εκκαθάριση θυγατρικής ενδέχεται να έχει μακρά διάρκεια. Κατ' αυτόν τον τρόπο εξηγούνται οι προσπάθειες μετατοπίσεως του κρίσιμου χρόνου με βάση την παύση της επιχειρηματικής δραστηριότητας ή την έναρξη της εκκαθαρίσεως, αλλά τούτο έχει ως αποτέλεσμα να διαπιστώνεται *πρόωρα* η απουσία εναλλακτικής δυνατότητας συνυπολογισμού των ζημιών. Αυτό μαρτυρούν με ιδιαίτερη σαφήνεια, αφενός, η πρόταση που διατυπώνει η Επιτροπή στην προκειμένη διαδικασία, δηλαδή, αντί της αναμονής, τα μεταγενέστερα κέρδη της θυγατρικής να συνυπολογισθούν διορθωτικώς στο κέρδος της μητρικής εταιρίας και, αφετέρου, η διάκριση εκ μέρους της Επιτροπής μεταξύ «πραγματικών» και «θεωρητικών» εναλλακτικών δυνατοτήτων συνυπολογισμού των ζημιών. Μολονότι το Δικαστήριο έχει απορρίψει ήδη, στην απόφαση Marks & Spencer, την προτεινόμενη από την Επιτροπή διαδικασία διορθώσεως⁴¹, πρέπει να επισημανθεί ότι η διάκριση μεταξύ «πραγματικών» και «θεωρητικών» δυνατοτήτων στηρίζεται μόνο σε πιθανολογήσεις οι οποίες ως εκ της φύσεώς τους δεν παράγουν ασφάλεια δικαίου.

46. Δεύτερον, όταν ο συνυπολογισμός ζημιών αποκλείεται, από νομικής απόψεως, στο κράτος εγκαταστάσεως της θυγατρικής, η εξαίρεση Marks & Spencer συγκρούεται με άλλη νομολογική γραμμή. Μολονότι, για παράδειγμα, ο νομικός αποκλεισμός της μεταφοράς ζημιών στο κράτος εγκαταστάσεως της θυγατρικής εταιρίας θα έπρεπε να συνιστά σαφή περίπτωση εφαρμογής της εξαιρέσεως Marks & Spencer, τούτο θα αντέβαινε, κατά την εκτίμηση του Δικαστηρίου, όπως προαναφέρθηκε, σε πάγια νομολογική αρχή η οποία αναπτύχθηκε μετά από την έκδοση της αποφάσεως Marks & Spencer⁴².

38 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 2, καθώς και 37 έως 40.

39 — Βλ., σχετικά με την επανεξέταση της προηγούμενης νομολογίας του Δικαστηρίου, την απόφαση Keck και Mithouard (C-267/91 και C-268/91, EU:C:1993:905, σκέψεις 14 έως 16).

40 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 58).

41 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψεις 54 έως 58).

42 — Βλ., ανωτέρω, σημείο 39.

47. Τρίτον, η απουσία κάθε εναλλακτικής δυνατότητας συνυπολογισμού ζημιών μπορεί να μεθοδευθεί κατά τη βούληση του φορολογουμένου. Τούτο όμως προσκρούει ακόμη και στη νομολογία που έχει επικαλεσθεί το Ηνωμένο Βασίλειο, κατά την οποία ο φορολογούμενος δεν πρέπει να έχει δυνατότητα να επιλέξει το φορολογικό σύστημα στο οποίο θα υπαχθεί⁴³. Για τον λόγο αυτόν, άλλωστε, το Δικαστήριο είχε αναγνωρίσει ήδη στην απόφαση Marks & Spencer το δικαίωμα των κρατών μελών να αποτρέπουν τη διαμόρφωση επίπλαστων καταστάσεων που σκοπούν στην αποφυγή της φορολόγησής⁴⁴. Είναι όμως δύσκολο να διευκρινισθεί σε κάθε μεμονωμένη περίπτωση αν, παραδείγματος χάρη, η εκκαθάριση θυγατρικής πραγματοποιείται για φορολογικούς λόγους ή όχι.

48. Τέταρτον, η ελευθερία εγκαταστάσεως επιβάλλει στο κράτος μέλος στο οποίο είναι εγκατεστημένη η μητρική εταιρία να εξασφαλίζει απλώς και μόνο συνθήκες ίσης μεταχειρίσεως. Για κάθε διασυνοριακή αντιστάθμιση ζημιών, λοιπόν, θα έπρεπε να διαπιστώνονται εκ των υστέρων τα φορολογικά αποτελέσματα που θα παρήγε η αλλοδαπή θυγατρική εάν ήταν εγκατεστημένη στην ημεδαπή. Σε ορισμένες περιπτώσεις, δηλαδή, πρέπει να εξακριβωθεί εκ των υστέρων πλασματική φορολογική κατάσταση που αφορά περίοδο δεκαετιών.

Η εγκατάλειψη της εξαιρέσεως Marks & Spencer

49. Ένας πρακτικός τρόπος συνυπολογισμού των ζημιών αλλοδαπών θυγατρικών στο πλαίσιο της εσωτερικής αγοράς θα μπορούσε να συνίσταται στον συνυπολογισμό των υφιστάμενων ζημιών σε συνδυασμό με τον συμψηφισμό των μεταγενέστερων κερδών, όπως έχει συζητηθεί ήδη στην απόφαση Marks & Spencer⁴⁵. Αυτού του είδους η επιλογή θα εξασφάλιζε στη μητρική εταιρία τόσο το ταμειακό πλεονέκτημα όσο και το πλεονέκτημα του συνυπολογισμού της ολικής ζημίας⁴⁶. Η λύση αυτή όμως θα είχε ως αποτέλεσμα την ίση μεταχείριση, σε ευρεία κλίμακα, των ζημιών αλλοδαπών και ημεδαπών θυγατρικών. Τούτο θα συνιστούσε πλήρη παρέκκλιση από την πάγια νομολογιακή αρχή κατά την οποία κράτος μέλος οφείλει να λαμβάνει υπόψη ζημία από αλλοδαπή δραστηριότητα μόνον όταν φορολογεί αυτήν τη δραστηριότητα⁴⁷.

50. Κατόπιν τούτου, η εγκατάλειψη της εξαιρέσεως Marks & Spencer αποτελεί την πλέον ισορροπημένη λύση, διότι ευθυγραμμίζεται με την ανωτέρω νομολογιακή αρχή, ενώ —δεδομένων των συγκριτικών μειονεκτημάτων της εξαιρέσεως Marks & Spencer— δεν υφίσταται και ηπιότερο μέσο. Επιπλέον, υπέρ της εγκαταλείψεως της εξαιρέσεως Marks & Spencer συνηγορούν τρεις πρόσθετοι λόγοι.

51. Πρώτον, η λύση αυτή αίρει τις αντιφάσεις προς τη λοιπή νομολογία του Δικαστηρίου επί φορολογικών ζητημάτων η οποία προβλέπει σαφή διαχωρισμό των φορολογικών εξουσιών των κρατών μελών. Στην απόφαση National Grid Indus, το Δικαστήριο ορθώς αναγνώρισε ότι κράτος μέλος δύναται να επιβάλλει φόρο επί των αφανών υπεραξιών των περιουσιακών στοιχείων μιας εταιρίας σε περίπτωση μεταφοράς της έδρας της σε άλλο κράτος μέλος και δεν οφείλει να λάβει υπόψη, από φορολογικής απόψεως, τις ζημίες οι οποίες προκύπτουν λόγω μείωσης αξίας των περιουσιακών της στοιχείων μετά τη μεταφορά της έδρας. Τούτο ισχύει και όταν το άλλο κράτος μέλος δεν λαμβάνει υπόψη τέτοιες ζημίες, διότι πρέπει να τηρείται η συμμετρία μεταξύ της νομοθεσίας περί

43 — Βλ. απόφαση X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89, σκέψεις 29 έως 32 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

44 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 57).

45 — Βλ. απόφαση Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, σκέψη 54).

46 — Βλ., ανωτέρω, σημεία 20 και 21.

47 — Βλ. ανωτέρω, σημείο 31.

φορολογήσεως των κερδών και της δυνατότητας εκπτώσεως των ζημιών⁴⁸. Με την ίδια σαφήνεια, στην απόφαση X Holding, το Δικαστήριο αναγνώρισε στο Βασίλειο των Κάτω Χωρών το δικαίωμα να αποκλείει πλήρως και ανεξαιρέτως τις εγκατεστημένες στην αλλοδαπή θυγατρικές από σύστημα φορολογήσεως ομίλων που περιλαμβάνει και τον συνυπολογισμό ζημιών θυγατρικής εταιρίας⁴⁹.

52. Δεύτερον, η ανωτέρω λύση λαμβάνει υπόψη την επιταγή της ασφάλειας δικαίου η οποία συνιστά γενική αρχή του δικαίου της Ένωσης. Η αρχή της ασφάλειας δικαίου επιτάσσει οι κανόνες δικαίου να είναι σαφείς και ακριβείς και η εφαρμογή τους να είναι προβλέψιμη για τους διοικούμενους⁵⁰. Τούτο πρέπει να ισχύει και για κανόνες δικαίου οι οποίοι προκύπτουν από την ερμηνεία των θεμελιωδών ελευθεριών εκ μέρους του Δικαστηρίου. Όπως έχει καταστεί σαφές κατά τα προηγούμενα έτη, η εξαίρεση Marks & Spencer δεν συνάδει με την επιταγή της ασφάλειας δικαίου, αλλά καθιστά τις επενδυτικές συνθήκες απρόβλεπτες και διευκολύνει τη γένεση νομικών διαφορών.

53. Τρίτον, η εγκατάλειψη της εξαιρέσεως Marks & Spencer δεν θίγει την αρχή της αποδοτικότητας, όπως ισχυρίστηκε η Επιτροπή κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση. Συγκεκριμένα, η προκειμένη περίπτωση αφορά πλασματική μεταχείριση διαφορετικών υποκειμένων στον φόρο ως ενός φορολογουμένου. Καταρχήν όμως μητρική και θυγατρική εταιρία δεν φορολογούνται από κοινού, διότι αποτελούν διαφορετικά υποκείμενα δικαίου που το καθένα έχει τη δική του αποδοτικότητα. Τουλάχιστον η θυγατρική δεν έχει καμία πρόσβαση στην περιουσία της μητρικής εταιρίας. Υπό αυτό το πρίσμα εκτιμώ ότι δεν επιβάλλεται εκ προοιμίου η λειτουργία συστήματος ενιαίας φορολογήσεως ομίλων για λόγους αποδοτικότητας.

Συμπέρασμα

54. Εν τέλει, λοιπόν, ακόμη και ο πλήρης αποκλεισμός της αντισταθμίσεως ζημιών με θυγατρική εταιρία εγκατεστημένη στην αλλοδαπή δεν αντιβαίνει στην αρχή της αναλογικότητας. Κάθε περιορισμός της διασυννοριακής αντισταθμίσεως ζημιών με θυγατρική εταιρία δικαιολογείται από τον σκοπό της διασφάλισης της συνοχής του φορολογικού συστήματος και της ισόρροπης κατανομής της εξουσίας φορολογήσεως μεταξύ των κρατών μελών⁵¹.

4. Συμπέρασμα επί του πρώτου λόγου προσφυγής

55. Η επίδικη ρύθμιση του Ηνωμένου Βασιλείου σε σχέση με τη φορολογική ελάφρυνση ομίλου δεν θίγει την ελευθερία εγκαταστάσεως, δεδομένου ότι βαίνει και πέραν των ελάχιστων απαιτήσεων του δικαίου της Ένωσης, καθόσον προβλέπει σε ορισμένες περιπτώσεις τη δυνατότητα διασυννοριακής αντισταθμίσεως ζημιών. Συνεπώς, ο πρώτος λόγος προσφυγής πρέπει να απορριφθεί.

B – Επί του δεύτερου λόγου προσφυγής: χρονικός περιορισμός της διασυννοριακής αντισταθμίσεως ζημιών εντός ομίλου

56. Η Επιτροπή προβάλλει ως δεύτερο λόγο ότι ο χρονικός περιορισμός της δυνατότητας διασυννοριακής φορολογικής ελαφρύνσεως ομίλου μόνο για τις ζημίες που προέκυψαν μετά την 1η Απριλίου 2006 προσβάλλει επίσης την ελευθερία εγκαταστάσεως.

57. Ο δεύτερος λόγος πρέπει επίσης να απορριφθεί, διότι το Ηνωμένο Βασίλειο ουδεμία υποχρέωση υπείχε από το δίκαιο της Ένωσης να τροποποιήσει τη νομοθεσία του όσον αφορά τη φορολογική ελάφρυνση ομίλου.

48 — Απόφαση National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, σκέψεις 58 και 61).

49 — Απόφαση X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89).

50 — Βλ. μόνον απόφαση Ålands Vindkraft (C-573/12, EU:C:2014:2037, σκέψη 127 και εκεί παρατιθέμενη νομολογία).

51 — Βλ., ανωτέρω, σημείο 31.

Γ – Συμπέρασμα και δικαστικά έξοδα

58. Συνεπώς, η προσφυγή πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό της, διότι κανένας από τους δύο λόγους δεν μπορεί να γίνει δεκτός.

59. Η κατανομή των δικαστικών εξόδων πρέπει να στηριχθεί στο άρθρο 138, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας όσον αφορά τους αντίδικους και στο άρθρο 140, παράγραφος 1, του Κανονισμού Διαδικασίας όσον αφορά τους παρεμβαίνοντες.

Υ – Πρόταση

60. Κατά συνέπεια, προτείνω στο Δικαστήριο να αποφανθεί επί της προσφυγής της Επιτροπής κατά του Ηνωμένου Βασιλείου ως εξής:

1. Απορρίπτει την προσφυγή.
2. Καταδικάζει την Ευρωπαϊκή Επιτροπή στα δικαστικά έξοδα.
3. Η Ομοσπονδιακή Δημοκρατία της Γερμανίας, το Βασίλειο της Ισπανίας, το Βασίλειο των Κάτω Χωρών και η Δημοκρατία της Φινλανδίας φέρουν τα δικά τους δικαστικά έξοδα.