Ġabra tal-ġurisprudenza

KONKLUŻJONIJIET TAL-AVUKAT ĠENERALI
KOKOTT
ippreżentati fl-10 ta' Jannar 2019[1]

Kawża C-608/17

Skatteverket
vs
Holmen AB

(talba għal deċiżjoni preliminari mressqa minn Högsta förvaltningsdomstolen (il-Qorti Amministrattiva Superjuri, l-Isvezja))

"Talba għal deċiżjoni preliminari – Leġiżlazzjoni fiskali nazzjonali – Libertà ta' stabbiliment – Tnaqqis tat-telf ta' kumpannija sussidjarja barranija fl-Istat ta' residenza tal-kumpannija omm – Ġustifikazzjoni għall-impossibbiltà ta' tnaqqis ta' dak li jissejjaħ telf definittiv – Proporzjonalità tal-impossibbiltà ta' tpaċija transkonfinali tat-telf – Kunċett ta' dak li jissejjaħ telf definittiv – Rekwiżit tal-parteċipazzjoni diretta fil-kumpannija omm għall-finijiet tar-rikonoxximent ta' telf definittiv – Rilevanza fiskali tat-telf minħabba r-restrizzjoni fuq il-possibbiltà ta' tpaċija tat-telf fl-Istat ta' residenza tas-sussidjarja fit-tieni livell – Rilevanza fiskali tat-telf minħabba n-nuqqas ta' konsolidazzjoni fil-livell ta' grupp fis-sena tal-istralċ fl-Istat ta' residenza tas-sussidjarja fit-tieni livell"

I. Introduzzjoni

1. F'din il-proċedura kif ukoll fi proċedura oħra[2], il-Qorti tal-Ġustizzja hija mitluba tittratta l-implimentazzjoni u l-interpretazzjoni tal-ġurisprudenza tagħha, min-naħa tal-Istati Membri; f'dan il-każ, min-naħa tar-Renju tal-Isvezja. Il-kwistjoni hija dwar jekk abbażi tal-Artikolu 49 flimkien mal-Artikolu 54 TFUE, kumpannija omm Svediża tistax tnaqqas mill-qligħ li hija tkun iġġenerat fl-Isvezja, it-telf ta' kumpannija sussidjarja Spanjola proprjetà tagħha 100 % b'mod indirett (ossija sussidjarja fit-tieni livell) f'każ fejn l-istess kumpannija sussidjarja tkun ġiet stralċjata u ma kellhiex iċ-ċans tuża t-telf kollu fi Spanja (jiġifieri, tpaċihom mal-qligħ tagħha jew ma' qligħ ieħor tal-grupp Spanjol).

2. Fl-2005, l-Awla Manja tal-Qorti tal-Ġustizzja[3] ddikjarat li, bħala prinċipju, il-libertajiet fundamentali ma jimponu ebda tnaqqis tat-telf b'mod transkonfinali fi ħdan il-grupp. Għaldaqstant, it-telf iġġenerat barra mill-pajjiż jibqa' mhux użat u ma jistax, għalhekk, jittieħed inkunsiderazzjoni għat-taxxa minn kumpanniji oħra li jappartjenu lill-grupp fit-territorju nazzjonali. Fil-każ biss ta' dak li jissejjaħ telf definittiv, għandu tkun prevista, abbażi tal-prinċipju ta' proporzjonalità, il-possibbiltà li dan jitnaqqas mill-qligħ b'mod transkonfinali.

1 Lingwa oriġinali: il-Ġermaniż.

2 Pendenti, bin-numru C-607/17; ara, f'dan ir-rigward, il-konklużjonijiet tiegħi tal-istess data.

3 Sentenza tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

3. Fir-rigward tal-kategorija ineżami ta' "telf definittiv", li nħolqot mill-Qorti tal-Ġustizzja, qamu diversi punti li diġà wasslu għal diversi deċiżjonijiet tal-Qorti tal-Ġustizzja[4] (fosthom żewġ deċiżjonijiet oħra tal-Awla Manja). Madankollu, sal-lum, l-imsemmija deċiżjonijiet ma ppermettewx li jiġi ċċarat b'mod definittiv liema huma r-rekwiżiti tal-imsemmi telf[5].

4. F'dan ir-rigward, il-Qorti tal-Ġustizzja – jekk tixtieq tibqa' fidila għall-eċċezzjonalità tat-telf definittiv[6] – issa ser ikollha okkażjoni oħra biex tippreċiża l-limiti ta' din il-kategorija.

II. Il-kuntest ġuridiku

A. Id-dritt tal-Unjoni

5. Il-kuntest tad-dritt tal-Unjoni li fih jaqa' dan il-każ huwa magħmul mil-libertà ta' stabbiliment tal-kumpanniji skont l-Artikolu 49 flimkien mal-Artikolu 54 TFUE.

B. Id-dritt Svediż

6. Id-dritt Svediż jipprevedi dak li jissejjaħ trasferiment intra-grupp intiż li jagħmel tpaċija tar-riżultati fi ħdan il-grupp. Tali trasferiment jseħħ billi jitnaqqsu l-ammonti relattivi f'idejn il-kumpannija li tagħmlu u dan jittieħed inkunsiderazzjoni għall-finijiet tat-taxxa mill-kumpannija benefiċjarja. Minħabba l-imsemmi trasferiment favur kumpannija sussidjarja (anki indirettament) li ġġenera telf, il-kumpannija omm tista' tipproċedi biex "tassumi" dak it-telf b'mod finanzjarju.

7. Madankollu, id-dispożizzjonijiet fuq it-trasferiment intra-grupp[7] ma japplikawx meta l-kumpannija sussidjarja ma tkunx suġġetta għat-taxxa fl-Isvezja. F'dan ir-rigward, huma biss id-dispożizzjonijiet li jirrigwardaw il-group relief introdotti abbażi tal-obbligi ddettati f'dan is-sens mid-dritt tal-Unjoni li jippermettu li jittieħed inkunsiderazzjoni t-telf fuq livell transkonfinali. Abbażi ta' tali obbligi u fil-preżenza ta' kundizzjonijiet speċifiċi, kumpannija omm Svediża tista' tinvoka l-group relief għat-telf definittiv iġġenerat minn kumpannija sussidjarja barranija li tkun proprjetà kompletament tagħha[8]. Mid-dispożizzjoni inkwistjoni jirriżulta li l-kumpannija sussidjarja trid tkun stabbilita fi Stat taż-ŻEE u għandha tkun tikkorrispondi, b'mod partikolari, għal kumpannija Svediża ta' responsabbiltà limitata.

8. It-telf ikun definittiv jekk ma kienx possibbli li jittieħed inkunsiderazzjoni għall-finijiet tat-taxxa u jekk ma jkunx jista' jintuża mis-sussidjarja jew minn xi persuna oħra fl-Istat Membru fejn l-istess kumpannija tkun stabbilita. Barra minn hekk, ir-raġuni li għaliha t-telf ma jkunx jista' jintuża mill-kumpannija sussidjarja ma għandhiex tkun l-assenza ta' dispożizzjoni leġiżlattiva relattiva jew il-fatt li tali possibbiltà hija limitata fiż-żmien.

4 Għalkemm mhux eżawrjenti, ara: sentenzi tal-4 ta' Lulju 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526), tat-12 ta' Ġunju 2018, Bevola u Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424), tas-17 ta' Diċembru 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829), tat-3 ta' Frar 2015, Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit (C-172/13, EU:C:2015:50), tas-7 ta' Novembru 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716), tal-21 ta' Frar 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84), u tal-15 ta' Mejju 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278).

5 Fil-Ġermanja, il-Bundesfinanzhof (il-Qorti Federali tal-Finanzi) ssostni saħansitra li, għall-istat, "die Prüfungsebene der Rechtfertigungsgründe (als "Standort" der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der Rechtsfigur der finalen Verluste) entfallen ist [il-fażi tal-verifika tar-raġunijiet għall-ġustifikazzjoni (bħala l-"bażi" għall-eżami ta' proporzjonalità u tal-istitut legali tat-telf definittiv) ma saritx]". – ara s-sentenza tal-BFH tat-22 ta' Frar 2017, I R 2/15, BStBl. II 2017, 709, punt 38).

6 Diversi ilħna fil-Qorti tal-Ġustizzja jsostnu li l-istitut legali tat-telf definittiv ma huwiex indispensabbli: ara, *ex multis*, il-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Mengozzi fil-kawża K (C-322/11, EU:C:2013:183, punti 66 *et seq.* u 87), u l-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit (C-172/13, EU:C:2014:2321, punti 41 *et seq.*) u fil-kawża A (C-123/11, EU:C:2012:488, punti 50 *et seq.*).

7 Kapitolu 35 des Inkomstskattelag (1999:1229) – Liġi Nru 1229 tal-1999 dwar it-taxxa fuq id-dħul u fuq il-kumpanniji.

8 Kapitolu 35 a des Inkomstskattelag (1999:1229).

9. Skont l-Artikolu 5, l-applikazzjoni ta' group relief jippreżumi, b'mod partikolari, li l-kumpannija sussidjarja tqiegħdet fi stralċ u li l-istralċ ġie konkluż (punt 1). Barra minn hekk, skont ma ġie espost fit-talba għal deċiżjoni preliminari, sal-mument tal-konklużjoni tal-istralċ, il-kumpannija sussidjarja trid tkun proprjetà kompletament tal-kumpannija omm matul is-snin fiskali kollha tal-kumpannija omm u tas-sussidjarja jiġifieri trid tkun proprjetà tagħha 100 % mill-bidu tal-attività tagħha sal-mument tal-konklużjoni tal-istralċ (punt 2). Il-kumpannija omm lanqas ma trid tkun konnessa ma' kumpanniji li, malli jiġi konkluż l-istralċ, ikomplu jeżerċitaw l-attività tagħhom fl-Istat fejn tkun stabbilita s-sussidjarja (punt 5).

10. Skont dak li indikat il-qorti tar-rinviju, matul ix-xogħol preparatorju tal-proposta ta' liġi kienu espressi xi dubji fir-rigward tal-applikabbiltà tad-dispożizzjonijiet għat-telf biss li jkun iġġenerat mis-sussidjarji li jkunu proprjetà kompletament u direttament tal-kumpannija omm. Madankollu, ngħad li l-inklużjoni wkoll tat-telf iġġenerat minn sussidjarji li jkunu proprjetà indiretta tal-kumpannija omm kien ikun jippermetti lill-kumpanniji li jagħżlu f'liema Stat għandhom jipprevalixxu mill-imsemmi telf.

III. Il-kawża prinċipali

11. Il-kawża tirrigwarda deċiżjoni preliminari mogħtija mill-iSkatterättsnämnd (il-Kummissjoni Fiskali, l-Isvezja) li tikkonċerna l-fatti mogħtija hawn taħt.

12. Holmen AB (iktar 'il quddiem "Holmen") hija l-kumpannija omm ta' grupp b'sussidjarji f'diversi pajjiżi, fosthom Spanja. Għal dak li hu rilevanti hawnhekk, il-fergħa Spanjola tal-grupp hija strutturata b'dan il-mod: Holmen hija proprjetarja tal-pakkett azzjonarju kollu tal-kumpannija sussidjarja Holmen Suecia Holding S.L. (iktar 'il quddiem "HSH") li, min-naħa tagħha, hija proprjetarja tal-pakkett azzjonarju kollu taż-żewġ sussidjarji fit-tieni livell Holmen Paper Madrid S.L. (iktar 'il quddiem "HPM") u Holmen Paper Iberica S.L. (iktar 'il quddiem "HPI").

13. Mill-2003, il-kumpanniji Spanjoli fformaw entità fiskali waħda u huma suġġetti għat-taxxa skont is-sistema Spanjola tal-konsolidazzjoni fiskali, li skontha, il-profitti u t-telf tal-entitajiet tal-grupp jistgħu jiġu paċuti reċiprokament, mingħajr restrizzjonijiet, permezz tal-preżentazzjoni – min-naħa tal-grupp – ta' dikjarazzjoni tad-dħul komuni kkonsolidata. It-telf mhux użat jista' jinġarr u jista' jitnaqqas mill-eventwali profitti fis-snin fiskali suċċessivi, mingħajr limiti ta' żmien.

14. Madankollu, fl-2011, parti biss mill-profitti ġġenerati f'sena fiskali partikolari għadha tista' tiġi paċuta, fi Spanja, mat-telf tas-snin fiskali preċedenti. It-telf li, skont l-imsemmija modifika, ma jistax jitnaqqas, jinġarr għas-sena fiskali suċċessiva, bl-istess modalitajiet applikabbli għat-telf l-ieħor mhux użat. F'każ ta' xoljiment tal-entità fiskali unika minħabba l-istralċ ta' entità tal-grupp, l-eventwali telf rimanenti jiġi assenjat lill-kumpanniji li fihom ikun ġie ġġenerat u jista' jitnaqqas fis-sena tal-istralċ minn dik l-entità biss.

15. Il-fergħa Spanjola tal-grupp Holmen iġġenerat telf, prinċipalment fi ħdan is-sussidjarja fit-tieni livell HPM. Mill-2003, l-imsemmija kumpannija akkumulat telf imputabbli għall-attivitajiet imwettqa fi Spanja għal madwar EUR 140 miljun. Il-profitti ġġenerati mill-fergħa Spanjola tal-grupp matul il-perijodu li huwa s-suġġett tat-talba (mill-2003) huma irrilevanti. Holmen tixtieq issa tipproċedi bl-istralċ tal-attivitajiet Spanjoli tagħha. L-istralċ inbeda fl-2016 biċ-ċessjoni tal-parti l-kbira tal-assi ta' HPM lil xerrej estern.

16. Fit-talba għal deċiżjoni preliminari qamet il-kwistjoni issa dwar jekk, malli jiġi konkluż l-istralċ, Holmen ikollhiex id-dritt għal group relief fir-rigward tat-telf ta' HPM (jiġifieri, tas-sussidjarja fit-tieni livell ta' Holmen). Fl-imsemmija talba hemm żewġ tranżazzjonijiet alternattivi ta' stralċ li jinsabu analizzati.

17. Skont l-ewwel waħda, is-sussidjarji fit-tieni livell HPI u HPM u s-sussidjarja (fl-ewwel livell) HSH jiġu stralċjati matul l-istess sena fiskali u fl-ordni indikata. It-tieni alternattiva tipprevedi (min-naħa l-oħra) l-inkorporazzjoni tas-sussidjarja HSH ma' HPM, li sa issa kienet sussidjarja fit-tieni livell, fil-kuntest ta' amalgamazzjoni bil-kontra, u l-istralċ suċċessiv ta' HPM (sa dak il-punt, bħala sussidjarja).

18. Fiż-żewġ alternattivi, matul l-istralċ il-grupp ma jibqax jeżerċita iktar attività u, malli jiġu konklużi t-tranżazzjonijiet, ma jibqa' proprjetarju ta' ebda kumpannija fi Spanja. Il-grupp jipprevedi, barra minn hekk, li ma joperax iktar f'dak il-pajjiż fil-futur.

19. L-iSkatterättsnämnd (il-Kummissjoni Fiskali) iddeċidiet li, f'każ ta' stralċ skont l-ewwel alternattiva, Holmen ma għandhiex dritt għall-group relief fir-rigward tat-telf tas-sussidjarja fit-tieni livell HPM. Min-naħa l-oħra, f'każ ta' stralċ skont it-tieni alternattiva, Holmen ikollha d-dritt għall-group relief fir-rigward tat-telf definittiv ta' HPM, sa dak il-mument, bħala kumpannija sussidjarja.

20. B'riferiment għall-ewwel alternattiva, l-iSkatterättsnämnd (il-Kummissjoni Fiskali) immotivat id-deċiżjoni preliminari essenzjalment abbażi tal-fatt li HSH (bħala l-kumpannija sussidjarja (fl-ewwel livell)) fi Spanja, ma għandha ebda possibbiltà legali li tuża t-telf tal-kumpannija sussidjarja fit-tieni livell (HPM). Għaldaqstant, it-telf ma jistax jitqies definittiv fis-sens tal-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja. Iċ-ċaħda lill-kumpannija omm Svediża Holmen biex ma tużax il-group relief għat-telf ma tistax għaldaqstant titqies sproporzjonata u lanqas ma tikser id-dritt tal-Unjoni.

21. Għal dak li jirrigwarda t-tieni alternattiva, l-iSkatterättsnämnd (il-Kummissjoni Fiskali) tiġġustifika essenzjalment il-konklużjonijiet tagħha billi tosserva li, fil-qafas tat-tassazzjoni fi Spanja, HPM (f'dak il-punt, bħala l-kumpannija sussidjarja proprjetà tagħha direttament) ikollha l-possibbiltà legali li tuża hija stess tal-inqas parti mit-telf *de quibus*. Il-fatt li, wara x-xoljiment tal-entità fiskali unika, l-entitajiet Spanjoli, bl-eċċezzjoni ta' HPM, ma jibqgħalhom ebda possibbiltà li jużaw it-telf jirrendi lill-imsemmi telf bħala definittiv. Tal-inqas xi ftit mit-telf inkwistjoni jista' jitqies bħala "definittiv" fis-sens tal-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja.

22. L-imsemmija deċiżjoni preliminari ġiet appellata quddiem il-Högsta förvaltningsdomstol (il-Qorti Amministrattiva Superjuri, l-Isvezja) kemm minn Skatteverk (l-Awtorità Finanzjarja, l-Isvezja) kif ukoll mill-applikanta Holmen.

IV. It-talba għal deċiżjoni preliminari u l-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja

23. Il-Högsta förvaltningsdomstol (il-Qorti Amministrattiva Superjuri), li kienet adita biex tiddeċiedi l-kwistjoni, għamlet għaldaqstant lill-Qorti tal-Ġustizzja d-domandi segwenti:

1. Id-dritt li jirriżulta minn, fost oħrajn, is-sentenza tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), għal kumpannija parent stabbilita fi Stat Membru li, abbażi tal-Artikolu 49 TFUE, tnaqqas it-telf definittiv ta' sussidjarja stabbilita fi Stat Membru ieħor, jippreżupponi li s-sussidjarja tkun miżmuma direttament mill-kumpannija parent?

2. Għandha wkoll titqies bħala definittiva l-parti ta' telf li, minħabba l-leġiżlazzjoni tal-Istat tas-sussidjarja, ma setgħetx issir tpaċija tagħha mal-profitti mwettqa f'dan l-Istat matul sena partikolari, iżda, minflok, setgħet tiġi posposta sabiex tkun tista' eventwalment titnaqqas f'sena fil-futur?

3. Fl-evalwazzjoni ta' jekk telf huwiex definittiv, għandu jittieħed kont tar-restrizzjonijiet, previsti mil-leġiżlazzjoni tal-Istat tas-sussidjarja, għall-possibbiltà għal entità li ma hijiex l-istess waħda li sostniet it-telf, li tnaqqas lil dan it-telf?

4. Jekk għandu jittieħed kont ta' restrizzjoni bħal dawk imsemmija fit-tielet domanda, għandu jittieħed kont tal-punt sa fejn ir-restrizzjoni effettivament kellha l-konsegwenza li ma setax ikun hemm tpaċija ta' xi parti kwalunkwe mit-telf mal-profitti mwettqa minn entità oħra?

24. Fil-proċedura quddiem il-Qorti tal-Ġustizzja ppreżentaw osservazzjonijiet bil-miktub fuq dawn id-domandi Holmen, ir-Renju tal-Isvezja, ir-Repubblika Federali tal-Ġermanja, ir-Renju tal-Pajjiżi l-Baxxi, ir-Repubblika tal-Finlandja u l-Kummissjoni Ewropea. Fis-seduta tal-24 ta' Ottubru 2018 attendew l-Awtorità Finanzjarja, Holmen, ir-Renju tal-Isvezja, ir-Repubblika Federali tal-Ġermanja, ir-Repubblika tal-Finlandja u l-Kummissjoni Ewropea.

V. Analiżi

A. Libertà ta' stabbiliment u telf definittiv ta' sussidjarja fit-tieni livell

25. Permezz tal-ewwel domanda preliminari – li tagħmel riferiment għall-interpretazzjoni tas-sentenza Marks & Spencer, il-qorti tar-rinviju tistaqsi, effettivament, dwar jekk il-libertà ta' stabbiliment (Artikolu 49 TFUE flimkien mal-Artikolu 54 suċċessiv) timponix fuq l-Isvezja l-obbligu li tieħu inkunsiderazzjoni t-telf ta' sussidjarja fit-tieni livell b'sede fi Spanja u li hemmhekk hija s-suġġett ta' stralċ. Din id-domanda ssir fid-dawl tal-fatt li, min-naħa, minħabba l-leġiżlazzjoni fiskali Spanjola, it-telf seta' jiġi paċut biss b'mod limitat u, wara l-istralċ, ma jistax issa jiġi nnewtralizzat f'idejn il-kumpannija sussidjarja Spanjola fit-tieni livell. Min-naħa l-oħra, l-Isvezja ma tista' qatt tintaxxa eventwali qligħ tal-imsemmija sussidjarja.

26. Għaldaqstant, wieħed jiddiskuti jekk, fil-każ ineżami, jistax jitqies li hemm telf definittiv tas-sussidjarja fit-tieni livell ta' Holmen. It-tieni, it-tielet u r-raba' domanda jirrigwardaw ukoll in-natura definittiva tat-telf stess: jidher għaldaqstant li huwa possibbli li tingħata risposta għad-domandi kollha, b'mod ġenerali, flimkien.

27. Għandu jiġi vverifikat qabel xejn jekk l-esklużjoni tar-rilevanza fiskali tat-telf iġġenerat minn sussidjarja fit-tieni livell b'sede barra mill-pajjiż tikkostitwixxix restrizzjoni għal-libertà ta' stabbiliment.

28. Skont l-Artikolu 54 TFUE, il-libertà ta' stabbiliment mogħtija liċ-ċittadini tal-Unjoni mill-Artikolu 49 TFUE, timplika li l-kumpanniji kkostitwiti skont il-liġijiet ta' Stat Membru u li jkollhom l-uffiċċju rreġistrat jew l-amministrazzjoni ċentrali jew l-istabbiliment prinċipali tagħhom ġewwa l-Unjoni, għandhom id-dritt li jeżerċitaw l-attività tagħhom fi Stati Membri oħra permezz ta' sussidjarja, fergħa jew aġenzija.

29. Skont ġurisprudenza stabbilita, ir-restrizzjonijiet għal-libertà ta' stabbiliment huma dawk il-miżuri kollha li jipprojbixxu, jostakolaw jew jirrendu inqas attraenti l-eżerċizzju ta' din il-libertà [9].

30. Sabiex il-leġiżlazzjoni ta' Stat Membru tikkostitwixxi ostakolu għal-libertà ta' stabbiliment tal-kumpanniji, huwa meħtieġ li minn din il-leġiżlazzjoni tirriżulta differenza fit-trattament għad-detriment tal-kumpanniji li jeżerċitaw din il-libertà, li d-differenza fit-trattament tikkonċerna sitwazzjonijiet oġġettivament komparabbli u li din id-differenza ma tkunx iġġustifikata minn raġuni imperattiva ta' interess ġenerali jew ma tkunx proporzjonata ma' dan l-għan [10].

9 Sentenzi tad-29 ta' Novembru 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 36), tal-21 ta' Mejju 2015, Verder LabTec (C-657/13, EU:C:2015:331, punt 34), u tas-16 ta' April 2015, Il-Kummissjoni vs Il-Ġermanja (C-591/13, EU:C:2015:230, punt 56 u l-ġurisprudenza hemm iċċitata).

10 Ara, f'dan is-sens, is-sentenzi tal-4 ta' Lulju 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 18), tal-25 ta' Frar 2010, X Holding, C-337/08, EU:C:2010:89, punt 20), u tat-12 ta' Diċembru 2006, Test Claimants in the FII Group Litigation (C-446/04, EU:C:2006:774, punt 167).

B. Komparabbiltà u disparità fit-trattament bejn kumpanniji sussidjarji fit-tieni livell residenti u mhux residenti

31. Permezz tat-trasferiment intra-grupp, id-dritt Svediż jippermetti t-tpaċija sħiħa tat-telf bejn kumpanniji tal-grupp suġġetti għat-taxxa fl-Isvezja. Għall-kumpanniji tal-grupp b'sede barra mill-pajjiż li d-dħul tagħhom ma jiġix intaxxat fl-Isvezja, it-tpaċija tat-telf hija aċċettata biss jekk il-kumpannija sussidjarja tkun proprjetà direttament ta' kumpannija omm Svediża. Is-sussidjarji fit-tieni livell stabbiliti barra mill-pajjiż (u mhux suġġetti għat-taxxa fl-Isvezja) huma għaldaqstant esklużi mill-possibbiltà ta' tpaċija tat-telf. Għaldaqstant, teżisti disparità fit-trattament.

32. Din id-disparità fit-trattament hija idonea biex tiskoraġġixxi l-eżerċizzju tal-libertà ta' stabbiliment permezz tat-twaqqif ta' kumpanniji sussidjarji fit-tieni livell fi Stati Membri oħra. Madankollu, din id-differenza tkun inkompatibbli mad-dispożizzjonijiet tat-Trattat fil-każ biss li tikkonċerna sitwazzjonijiet oġġettivament komparabbli.

33. Skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, in-natura komparabbli ta' sitwazzjoni transkonfinali ma' sitwazzjoni nazzjonali għandha tiġi eżaminata billi jittieħed inkunsiderazzjoni l-għan segwit mid-dispożizzjonijiet nazzjonali inkwistjoni [11]. Skont ma esponiet il-qorti tar-rinviju, l-esklużjoni tas-sussidjarji barranin fit-tieni livell hija bbażata fuq il-fatt li, fil-każ invers, id-diriġenti tal-grupp ikollhom jagħżlu fejn jinvokaw it-telf tagħhom: f'dan il-każ, pereżempju, fl-Istat Membru tas-sussidjarja (fl-ewwel livell) jew f'dak tal-kumpannija omm.

34. Skont il-Ġermanja, f'dan ir-rigward, ma hemmx komparabbiltà. Insostenn ta' tali konklużjoni jsir riferiment għas-sentenza mogħtija mill-Qorti tal-Ġustizzja fil-kawża Timac Agro Deutschland [12] kif ukoll għall-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit [13].

35. Sal-lum, hija u tittratta l-kwistjoni tal-komparabbiltà tal-istabbilimenti stabbli nazzjonali u barranin, il-Qorti tal-Ġustizzja rreferiet għall-kwistjoni dwar jekk l-Istat Membru inkwistjoni jeżerċitax ukoll il-ġurisdizzjoni fiskali fuq l-istabbiliment stabbli barrani, fejn affermat espressament għaldaqstant dan li ġej [14]: "[f]'dan il-każ, hemm lok jiġi osservat li, peress li r-Repubblika Federali tal-Ġermanja ma għandha l-ebda ġurisdizzjoni fiskali fuq ir-riżultati ta' tali stabbiliment permanenti, u t-tnaqqis ta' dan it-telf ma kienx iktar awtorizzat fil-Ġermanja, is-sitwazzjoni ta' stabbiliment permanenti fl-Awstrija ma hijiex paragunabbli għal dik ta' stabbiliment permanenti fil-Ġermanja fir-rigward tal-miżuri previsti mir-Repubblika Federali tal-Ġermanja sabiex jipprevjenu jew inaqqsu l-intaxxar doppju tal-profitti ta' kumpannija residenti". Din il-kunsiderazzjoni tista' tapplika wkoll għall-kumpanniji sussidjarji fit-tieni livell residenti barra mill-pajjiż u li ma humiex intaxxati fuq livell nazzjonali.

36. Madankollu, teżisti ġurisprudenza stabbilita tal-Qorti tal-Ġustizzja fir-rigward tal-użu transkonfinali tat-telf bejn kumpanniji omm u kumpanniji sussidjarji li għalihom ġiet aċċettata il-komparabbiltà impliċitament jew espliċitament [15].

11 Sentenzi tal-4 ta' Lulju 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 31), tat-12 ta' Ġunju 2018, Bevola u Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 32), tat-22 ta' Ġunju 2017, Bechtel (C-20/16, EU:C:2017:488, punt 53), tat-12 ta' Ġunju 2014, SCA Group Holding *et*, (C-39/13 sa C-41/13, EU:C:2014:1758, punt 28), tal-25 ta' Frar 2010, X Holding, (C-337/08, EU:C:2010:89, punt 22).

12 Sentenza tas-17 ta' Diċembru 2015 (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 65), li tirreferi għas-sentenza tas-17 ta' Lulju 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24), u għas-sentenza tal-14 ta' Diċembru 2006, Denkavit Internationaal u Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punti 34 u 35).

13 C-172/13, EU:C:2014:2321, punt 26, fejn, madankollu, deherli li kien hemm komparabbiltà (ara l-punt 29).

14 Sentenza tas-17 ta' Diċembru 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, punt 65), li tirreferi għas-sentenza tas-17 ta' Lulju 2014, Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:2087, punt 24) u għas-sentenza tal-14 ta' Diċembru 2006, Denkavit Internationaal u Denkavit France (C-170/05, EU:C:2006:783, punti 34 u 35).

15 Sentenzi tal-4 ta' Lulju 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 35), tat-3 ta' Frar 2015, Il-Kummissjoni vs Vereinigtes Königreich (C-172/13, EU:C:2015:50, punti 22 *et seq.*), tal-21 ta' Frar 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punt 35), u tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punti 27 *et seq.*).

37. Barra minn hekk, reċentement, b'riferiment għat-telf definittiv ta' stabbiliment stabbli li ma huwiex residenti, fil-kawża Bevola, il-Qorti tal-Ġustizzja aċċettat għal darba oħra b'mod espliċitu l-komparabbiltà bejn stabbilimenti stabbli nazzjonali taxxabbli u stabbilimenti stabbli barranin mhux taxxabbli[16]. Din il-konklużjoni għandha tapplika, *a fortiori*, għall-kumpanniji sussidjarji nazzjonali taxxabbli u għal dawk barranin li ma humiex taxxabbli.

38. Fl-aħħar mill-aħħar, il-kriterju tal-komparabbiltà ma tantx jidher ċar. Peress li l-fattispeċi huma, taħt ċertu aspett, komparabbli, jekk mhux identiċi[17], dan il-kriterju tal-analiżi għandu fi kwalunkwe każ jiġi abbandunat[18].

39. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, il-komparabbiltà għandha għaldaqstant tiġi aċċettata. L-eventwali differenzi li jeżistu – f'dan il-każ, in-nuqqas ta' simetrija bejn l-intaxxar tad-dħul u l-użu tat-telf[19] – bejn kumpannija sussidjarja barranija fit-tieni livell u kumpannija sussidjarja nazzjonali fit-tieni livell għandhom jittieħdu inkunsiderazzjoni biss fuq livell ta' ġustifikazzjoni. Għaldaqstant, hemm restrizzjoni fuq il-libertà ta' stabbiliment.

C. Fuq il-ġustifikazzjoni

40. Ir-restrizzjoni fuq il-libertà ta' stabbiliment tista' tkun iġġustifikata minn raġunijiet imperattivi ta' interess ġenerali. F'dan il-każ, ir-raġunijiet ta' ġustifikazzjoni jistgħu jkunu li jiġi ssalvagwardjat it-tqassim ibbilanċjat tal-ġurisdizzjoni fiskali bejn id-diversi Stati Membri u li jkun evitat l-użu doppju tat-telf (għalkemm intaxxat darba waħda biss)[20]. Barra minn hekk, il-miżura għandha tkun tali li tiżgura l-kisba tal-għan segwit u ma tmurx lil hinn minn dak li jkun meħtieġ għal dak l-għan[21].

41. Skont ġurisprudenza stabbilita tal-Qorti tal-Ġustizzja dwar it-"telf definittiv", ikun sproporzjonat li l-Istat Membru jipprekludi lill-kumpannija omm milli tuża t-telf jekk il-kumpannija sussidjarja barranija tkun eżawriet kull possibbiltà f'dan is-sens u tkun eskluża kull eventwali utilizzabbiltà ulterjuri tat-telf għall-finijiet tat-taxxa. L-oneru tal-prova inkwistjoni jaqa' fuq il-persuna taxxabbli[22]. Madankollu, is-sempliċi stralċ wara li tkun seħħet it-tranżazzjoni tal-amalgamazzjoni ma jistax, waħdu, juri l-assenza ta' kull possibbiltà ta' teħid inkunsiderazzjoni tat-telf eżistenti fl-Istat ta' residenza tas-sussidjarja[23].

1. Fuq il-ġustifikazzjoni inerenti għall-prevenzjoni tal-possibbiltà tat-tnaqqis tat-telf

42. Fil-każ ineżami, jidher li huwa eskluż li t-telf jista' jitnaqqas darbtejn. Skont id-deċiżjoni preliminari, Holmen waqqfet l-attivitajiet ekonomiċi kollha u ma għadx għandha oġġetti li jistgħu jintużaw. Baqa' biss it-telf iġġenerat fis-snin fiskali preċedenti u l-kumpannija għandha tkun stralċjata. Peress li kemm il-kumpannija sussidjarja (fl-ewwel livell) kif ukoll is-sussidjarja fit-tieni livell

16 Sentenza tat-12 ta' Ġunju 2018, Bevola u Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 38 u 39).

17 Huwa minnu li, skont proverbju Ġermaniż, it-tuffieħ ma jistgħux jitqabblu mal-lanġas. Madankollu, anki t-tuffieħ u l-lanġas għandhom elementi komuni (pereżempju, it-tnejn huma pomaċi) u għaldaqstant, minn dan l-aspett, huma komparabbli.

18 Diġà fil-konklużjonijiet tiegħi fil-kawża Nordea Bank (C-48/13, EU:C:2014:153, punti 21 sa 28) kont ipproponejt lill-Qorti tal-Ġustizzja sabiex tikkonkludi f'dan is-sens.

19 F'dan ir-rigward, ara espliċitament, is-sentenzi tas-6 ta' Settembru 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532) u tal-15 ta' Mejju 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 33).

20 Sentenza tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 43 *et seq.*).

21 Sentenzi tad-29 ta' Novembru 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 42), tat-12 ta' Settembru 2006, Cadbury Schweppes u Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punt 47), u tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 35).

22 Sentenza tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punti 55 u 56).

23 Sentenza tal-21 ta' Frar 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punti 51 u 52).

għandhom is-sede tagħhom fl-istess Stat Membru u peress li l-leġiżlazzjoni fiskali Spanjola teskludi l-possibbiltà tat-tnaqqis tat-telf f'idejn is-sussidjarja (fl-ewwel livell), lanqas ma hemm ir-riskju li t-telf tas-sussidjarja fit-tieni livell ikun jista' jintuża darbtejn, f'idejn il-kumpannija omm u f'idejn is-sussidjarja (fl-ewwel livell).

43. Madankollu, jekk ma jeżisti ebda riskju ta' tnaqqis doppju tat-telf, tali ġustifikazzjoni ma tistax tapplika.

2. Fuq il-ġustifikazzjoni inerenti għas-salvagwardja tat-tqassim ibbilanċjat tal-ġurisdizzjoni fiskali tal-Istati Membri

44. Għal dak li jirrigwarda t-tqassim ibbilanċjat tal-ġurisdizzjoni fiskali bejn l-Istati Membri, jeħtieġ li jiġi enfasizzat li dan hu għan leġittimu rikonoxxut mill-Qorti tal-Ġustizzja [24], li jista' jirrendi neċessarja l-applikazzjoni, għall-attivitajiet ekonomiċi tal-persuni taxxabbli stabbiliti f'wieħed mill-imsemmija Stati Membri, biss tar-regoli fiskali ta' dan tal-aħħar, fir-rigward kemm tal-qligħ kif ukoll tat-telf [25].

45. Madankollu, fil-każ ineżami, fid-dawl tal-ġustifikazzjoni involuta, l-aċċettazzjoni tal-eżistenza ta' telf definittiv li għandu jittieħed inkunsiderazzjoni għall-finijiet tat-taxxa hija eskluża għal tliet raġunijiet. Fl-ewwel lok, it-teħid inkunsiderazzjoni tat-telf tal-kumpannija sussidjarja ġġenerat matul is-snin fi Spanja jkun jilledi l-awtonomija fiskali tal-Istati Membri (ara l-punti 46 *et seq.* ta' dawn il-konklużjonijiet). Fit-tieni lok, fil-każ ineżami ma tissussistix il-kundizzjoni tal-eżistenza tat-telf li legalment jista' jintuża iva, iżda li fattwalment ma jistax jintuża (ara l-punti 57 *et seq.* ta' dawn il-konklużjonijiet). Fit-tielet lok, fil-kuntest ta' parteċipazzjoni indiretta (jiġifieri, f'każ ta' sussidjarja fit-tieni livell) l-eżistenza ta' telf definittiv fir-rigward tas-sussidjarja hija, fil-prinċipju, eskluża (fuq dan il-punt ara l-punti 73 *et seq.*).

a) Dwar ir-rilevanza tal-awtonomija fiskali tal-Istati Membri

46. Kif diġà ġie ddikjarat mill-Qorti tal-Ġustizzja, il-libertajiet fundamentali ma jistgħux ikollhom l-effett li jimponu fuq l-Istat Membru fejn għandha s-sede tagħha l-kumpannija omm, li jippermetti eżenzjoni favur din tal-aħħar biex tkun tista' tuża t-telf f'ammont ogħla li joriġina biss fis-sistema fiskali ta' Stat Membru ieħor taħt mingħajr ma l-ewwel Stat Membru jġarrab tnaqqis mill-awtonomija fiskali tiegħu minħabba li l-Istat Membru l-ieħor jeżerċita l-ġurisdizzjoni fiskali tiegħu [26].

47. F'dan ir-rigward il-Qorti tal-Ġustizzja ddikjarat espliċitament [27] li "n-natura definittiva, fis-sens tal-punt 55 tas-sentenza Marks & Spencer […] [28], tat-telf subit minn sussidjarja mhux residenti ma tistax tirriżulta mill-fatt li l-Istat Membru ta' residenza tal-imsemmija sussidjarja jeskludi kull possibbiltà ta' trasferiment tat-telf" [29]. Fil-fatt, kieku dan iseħħ, Stat Membru jkun irid jaġġusta l-leġiżlazzjoni fiskali tiegħu skont dik ta' Stat ieħor.

24 Sentenzi tas-7 ta' Novembru 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 50), tad-29 ta' Novembru 2011, National Grid Indus (C-371/10, EU:C:2011:785, punt 45), u tas-6 ta' Settembru 2012, Philips Electronics (C-18/11, EU:C:2012:532, punt 23); u tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punti 45 u 46).

25 Sentenzi tas-7 ta' Novembru 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punt 50), tal-15 ta' Mejju 2008, Lidl Belgium (C-414/06, EU:C:2008:278, punt 31), tat-18 ta' Lulju 2007, Oy AA (C-231/05, EU:C:2007:439, punt 54), u tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 45).

26 F'dan is-sens, ara s-sentenzi tal-21 ta' Diċembru 2016, Masco Denmark u Damixa (C-593/14, EU:C:2016:984, punt 41), u tat-30 ta' Ġunju 2011, Meilicke *et* (C-262/09, EU:C:2011:438, punt 33).

27 Sentenza tat-3 ta' Frar 2015, Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit (C-172/13, EU:C:2015:50, punt 33).

28 Sentenza tat-13 ta' Diċembru 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763).

29 Ara s-sentenza tas-7 ta' Novembru 2013, K (C-322/11, EU:C:2013:716, punti 75 sa 79 u l-ġurisprudenza ċċitata).

48. Jekk, skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja[30], in-natura definittiva tat-telf ma tistax tirriżulta mill-fatt li l-Istat Membru tar-residenza tas-sussidjarja stess jeskludi kull possibbiltà li t-telf jiġi ttrasferit, allura dan ikollu japplika wkoll għall-esklużjoni ta' trasferiment tat-telf fuq terza persuna. L-istess raġunament japplika għat-twaqqif tat-trasferiment tat-telf. Fiż-żewġ każijiet, ikun prekluż l-użu tat-telf fil-futur, darba mill-persuna taxxabbli stess, u darba oħra min-naħa tat-terza persuna. Minn dan isegwi li s-sitwazzjonijiet iridu wkoll jiġu ttrattati bl-istess mod.

49. Kif diġà ġie espost iktar 'il fuq fil-punti 41 *et seq.*, skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, qabel ma jiġi aċċettat li jeżisti l-imsejjaħ "telf definittiv" għandu għaldaqstant jiġi vverifikat jekk, f'mument preċedenti, kienx hemm il-possibbiltà li l-istess telf jintuża għall-finijiet tat-taxxa permezz ta' trasferiment lil terzi persuni, fejn dawn it-terzi persuni jridu jkunu biss xerrejja esterni jew kumpanniji oħra tal-grupp. Madankollu, fejn dan ma jkunx possibbli, minħabba li jkun eskluż mid-dritt fiskali Spanjol (f'dan il-każ minħabba l-istralċ bil-konsegwenti terminazzjoni tal-konsolidazzjoni tal-grupp Spanjol), tali esklużi legali tat-tpaċija tat-telf ma timplikax l-eżistenza ta' telf definittiv.

50. Fi kwalunkwe każ, il-Qorti tal-Ġustizzja diġà kellha okkażjoni tiddikjara li l-libertajiet fundamentali ma jipprekludux li telf li jista' jiġi paċut fuq livell transkonfinali jrid dejjem jiġi aċċertat bħala telf definittiv fi tmiem is-sena fiskali[31]. B'dan il-mod, kull telf li jista' jinġarr ma huwiex – tal-inqas għall-bidu[32] – definittiv.

51. Madankollu, tali telf akkumulat (li nġarr minn sena għal oħra) li f'sena partikolari jirrappreżenta telf mhux definittiv (peress li jista' jinġarr jew peress li l-leġiżlazzjoni nazzjonali pprekludiet it-tpaċija tiegħu), ma jistax jakkwista, sussegwentement, in-natura ta' telf definittiv minħabba li l-istralċ jeskludi li jinġarr minn sena għal oħra.

52. Fi kliem ieħor, attivitajiet li, għall-ewwel, jiġġeneraw qligħ fi Spanja jkunu taxxabbli biss f'dak il-pajjiż, mentri l-attivitajiet suċċessivi li jagħmlu telf jkunu ffinanzjati bid-dħul fiskali ta' Stati oħrajn fejn ikollha s-sede tagħha l-kap tal-grupp. Dan ir-riżultat jikkuntrasta mas-salvagwardja ta' tqassim ibbilanċjat tal-ġurisdizzjoni fiskali tal-Istati Membri.

53. Fil-każ ineżami, dan jirriżulta b'mod ċar ħafna mid-dispożizzjonijiet Spanjoli rilevanti li, mill-2011, jieħdu inkunsiderazzjoni t-telf li jinġarr b'mod limitat biss anki meta, fis-sena fiskali inkwistjoni, jkun hemm qligħ biżżejjed li jkun suġġett ukoll għat-taxxa fi Spanja. Dak it-telf jinżamm, qabel xejn, minħabba r-restrizzjonijiet leġiżlattivi introdotti fi Spanja fl-2011 fil-qasam tat-tpaċija tat-telf, li l-ordinament fiskali Svediż ma huwiex obbligat li jaġġusta għal miegħu (prinċipju ta' awtonomija).

54. Bl-istess mod, f'każ ta' trasferiment lil terzi persuni (f'dan il-każ, il-kumpannija kap tal-grupp fi Spanja), in-natura mhux definittiva tat-telf ma tinbidilx sussegwentement minħabba biss il-fatt li l-Istat Membru ma jibqax jipprovdi l-possibbiltà tat-trasferiment tat-telf. Il-prinċipju tal-awtonomija jipprekludi, min-naħa l-oħra, li t-telf, li ma huwiex ta' natura definittiva f'perijodu fiskali partikolari, jieħu mill-ġdid in-natura ta' telf definittiv f'perijodu fiskali suċċessiv minħabba l-karatteristika partikolari tad-dritt nazzjonali ta' Stat Membru ieħor.

30 Sentenzi tat-3 ta' Frar 2015, Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit (C-172/13, EU:C:2015:50, punt 33), tas-17 ta' Diċembru 2015, Timac Agro Deutschland (C-388/14, EU:C:2015:829, 54).

31 Sentenza tat-3 ta' Frar 2015, Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit (C-172/13, EU:C:2015:50, punti 31 u 36).

32 Ir-Repubblika Federali tal-Ġermanja ssostni madankollu li huwa biss it-telf iġġenerat matul l-aħħar sena fiskali li jista' jitqies bħala dak li jissejjaħ "telf definittiv" minħabba l-impossibbiltà, bħala fatt, li jinġarr minn sena għal oħra, mentri t-telf li hekk jinġarr, iżomm dejjem in-natura tiegħu li ma hijiex definittiva.

55. F'sens analogu, fis-sentenza Il-Kummissjoni vs Ir-Renju Unit, il-Qorti tal-Ġustizzja titlaq mill-premessa li l-assenza ta' natura definittiva inizjali ma tibqax tinbidel sussegwentement[33]. F'kull każ, l-affermazzjonijiet li jinsabu hemmhekk jindikaw li, jekk xejn, it-telf iġġenerat mis-sussidjarja fl-aħħar sena tal-istralċ irid ikun għad jista' b'xi mod jiġi paċut (fuq livell transkonfinali), għad-differenza madankollu tat-telf iġġenerat sa dak il-mument u li jinġarr minn sena għal oħra skont il-leġiżlazzjoni nazzjonali (f'dan il-każ, dik Spanjola)[34].

56. Peress li l-eżistenza tat-telf inkwistjoni toħroġ biss mil-leġiżlazzjoni Spanjola, dan il-fatt jeskludi li t-telf jitqies telf definittiv tas-sussidjarja fit-tieni livell.

b) Dwar l-eventwali distinzjoni bejn natura definittiva fil-fatt u fid-dritt

57. F'dan il-kuntest, għall-finijiet tal-evalwazzjoni tan-natura definittiva tat-telf, kważi l-partijiet kollha fil-proċedura jiddistingwu bejn telf mhux legalment utilizzabbli u telf mhux utilizzabbli fil-fatt (jiġifieri definittiv).

58. Skont il-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja, ma jistax jikkostitwixxi telf definittiv dak it-telf li ma huwiex utilizzabbli għall-finijiet tat-taxxa minħabba li legalment ma huwiex rikonoxxut fl-Istat Membru li fih jiġi ġġenerat jew li fih ma huwiex utilizzabbli minħabba restrizzjonijiet leġiżlattivi (pereżempju, telf li ma jistax jinġarr minn sena għal oħra jew paċut mas-snin fiskali preċedenti). Ikun jista' jitqies bħala telf definittiv dak it-telf biss li fiskalment huwa utilizzabbli iżda li – fil-fatt – ma jistax jittieħed inkunsiderazzjoni fil-futur. Din il-konklużjoni tidher konvinċenti minħabba l-prinċipju tal-awtonomija tad-dispożizzjonijiet fiskali (ara l-punti 46 *et seq.* ta' dawn il-konklużjonijiet).

59. Madankollu, jidhirli li huwa ġġustifikat li wieħed jiddubita l-eżistenza stess tat-telf li jista' jintuża mill-aspett legali, iżda li, fil-fatt, ma jistax, u dan kif jista' jintwera permezz ta' eżempju. L-unika ipoteżi fejn, minkejja l-possibbiltà li jinġarr minn sena għal oħra jew li jsir tnaqqis mingħajr limitu, jista' jibqa' residwu ta' telf hija dik ta' impriża li b'mod globali għandha defiċit u li qatt ma ġġenerat qligħ suffiċjenti, lanqas wara iċ-ċessjoni totali tal-assi ekonomiċi. F'dak il-każ, minkejja l-possibbiltà ta' tpaċija ma' snin fiskali preċedenti, anki t-telf iġġenerat fl-aħħar sena fiskali jirriżulta (*de facto*) mingħajr effett.

60. Madankollu, anki f'dak il-każ, jekk l-Istat Membru ta' residenza jkun jippermettiha, tibqa' dejjem il-possibbiltà li tali telf jiġi ttrasferit finalment fuq xerrej[35] permezz taċ-ċessjoni tal-impriża. Il-venditur "jiġġenera" f'dak il-każ it-telf eżistenti mill-mument li x-xerrej jieħu inkunsiderazzjoni dak it-telf meta jiġi biex jistabbilixxi l-prezz għall-akkwist tal-impriża.

61. Meta l-ordinament ġuridiku relattiv jippermetti t-trasferiment tat-telf għal fuq terzi persuni, l-użu tiegħu għall-finijiet tat-taxxa jkun dejjem ukoll, fil-fatt, possibbli. Jista' jagħti l-każ li, f'xi każ partikolari, iċ-ċessjoni tal-impriża ma tirriżultax partikolarment redditizja, peress li x-xerrej ta' impriża li għandha defiċit diffiċilment ikun dispost li jħallas somom kbir ta' flus biex jixtriha. Madankollu, dan ma jaffettwax l-utilizzabbiltà, *de facto*, tat-telf.

62. Għaldaqstant, anki f'dak il-każ, in-natura definittiva tat-telf hija bbażata jew fuq l-ordinament ġuridiku tal-Istat Membru (minħabba l-esklużjoni ta' kull possibbiltà li jiġi ttrasferit it-telf) jew fuq id-deċiżjoni tal-persuna taxxabbli biex ma jassenjax il-kumpannija iżda li jxoljiha. Madankollu, fiż-żewġ każijiet, ma tirriżultax ir-raġuni għaliex l-esklużjoni tar-rilevanza fiskali tat-telf fi Stat

33 Ara s-sentenza tat-3 ta' Frar 2015, (C-172/13, EU:C:2015:50, punt 37).

34 Anki l-pożizzjoni tal-Qorti tal-Ġustizzja tinftiehem, parzjalment, f'dan is-sens – ara, l-osservazzjonijiet tal-Ġermanja f'din il-proċedura u, pereżempju, David Eisendle, Grenzüberschreitende Verlustverrechnung im Jahre 11 nach Marks & Spencer, ISR 2016, 37 (42).

35 Il-Qorti tal-Ġustizzja esprimiet ruħha espressament f'dan is-sens, pereżempju, fis-sentenza tal-21 ta' Frar 2013, A (C-123/11, EU:C:2013:84, punti 52 *et seq.*).

Membru ieħor għandha mbagħad titqies sproporzjonata. Mhux kumbinazzjoni li anki l-Qorti tal-Ġustizzja teżiġi li jkunu ġew eżawriti l-possibbiltajiet kollha għall-użu tat-telf, mingħajr ħsara għall-fatt li fost il-possibbiltajiet ikun hemm ukoll it-trasferiment tal-imsemmi telf lil terzi persuni permezz taċ-ċessjoni tal-impriża.

63. Waqt is-seduta, Holmen ikkonfermat li tali possibbiltà kienet ġiet evalwata, iżda mbagħad ġie deċiż favur li tiġi stralċjata. Anki għal din ir-raġuni, jista' jingħad, bħala konklużjoni li, fir-rigward ta' Holmen, ma hemmx telf definittiv.

D. Fuq l-eventwali sussistenza tat-telf definittiv fis-sens tas-sentenza Bevola

64. Lanqas is-sentenza reċenti Bevola [36] ma tipprekludi tali konklużjoni. Min-naħa, il-Qorti tal-Ġustizzja ttrasponiet fiha "biss" l-eċċezzjoni prevista fis-sentenza Marks & Spencer dwar it-telf "definittiv" tal-istabbilimenti stabbli, mingħajr ma kkontestat il-limitazzjonijiet identifikati iktar 'il fuq [37] u, b'mod partikolari, mingħajr ma ppronunzjat ruħha iktar fid-dettall dwar il-kwistjoni tar-rekwiżiti li jirrigwardaw l-eżistenza ta' tali telf.

65. Min-naħa l-oħra, fis-sentenza ġdida msemmija, l-element ċentrali [38] tar-raġunament tal-Qorti tal-Ġustizzja huwa magħmul mill-prinċipju tal-kapaċità tal-impriża li tagħmel il-flus. Tali approċċ jista' jkun komprensibbli wkoll fil-każ tal-istabbilimenti stabbli, peress li – mill-aspett legali – huma jikkostitwixxu parti mhux awtonoma tal-impriża ta' persuna taxxabbli. Madankollu, tali raġunament ma jirriżultax li huwa konvinċenti fil-każ ta' kumpanniji sussidjarji tal-ewwel u tat-tieni livell, persuni ġuridiċi awtonomi li għandhom ukoll il-kapaċità tagħhom stess li jagħmlu l-flus (jiġifieri l-kapaċità tagħhom għall-ħlas tat-taxxa) [39]. Bir-raġun li l-Qorti tal-Ġustizzja ma ddikjaratx li, għall-finijiet li tiġi ntaxxata b'mod korrett il-kapaċità tal-kumpannija omm li tagħmel il-flus, huwa meħtieġ li jittieħed inkunsiderazzjoni t-telf tas-sussidjarja.

66. Mill-aspett tad-dritt fiskali, il-konsolidazzjoni fil-livell ta' grupp jirrappreżenta, pjuttost, il-fatt li l-prinċipju tal-kapaċità li jagħmlu l-flus jiġi ssuperat mill-mument li jippermetti li tittieħed inkunsiderazzjoni b'mod unitarju l-kapaċità li jagħmlu l-flus u, għaldaqstant, il-kapaċità għall-ħlas tat-taxxa ta' diversi persuni ġuridiċi. Għaldaqstant, l-involviment ta' iktar persuni ġuridiċi ma jista' fl-ebda każ ikun immotivat fuq il-prinċipju ta' tassazzjoni bbażata fuq il-kapaċità li kumpannija tagħmel il-flus u l-kapaċità relattiva għall-ħlas tat-taxxa.

67. Min-naħa l-oħra, ir-rilevanza, għal Stat Membru, ta' kap wieħed (pereżempju, tad-dħul biss jew tal-ispejjeż biss) toħroġ pjuttost b'kuntrast mal-prinċipju tal-intaxxar fiskali skont il-kapaċità li kumpannija tagħmel il-flus u l-kapaċità relattiva għall-ħlas tat-taxxa. Sa fejn naf jien, barra minn hekk, l-ebda prinċipju ġenerali tad-dritt fiskali jew tad-dritt tal-Unjoni ma jimponi li, fi tmiem iċ-ċiklu ta' ħajja ta' persuna ġuridika, it-telf kollu jrid b'xi mod jiġi kkumpensat. B'mod partikolari, fil-każ ineżami, il-prinċipju tal-kapaċità għall-ħlas tat-taxxa ma jeżiġi ebda esportazzjoni tat-telf fi Stati Membri oħra.

68. Għaldaqstant, lanqas fid-dawl tas-sentenza Bevola ma jeżisti, f'dan il-każ, telf definittiv li jista' jitnaqqas u li jista' jkun esportat minn Spanja għall-Isvezja.

36 Sentenza tat-12 ta' Ġunju 2018, Bevola u Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 61 *et seq.*).

37 Min-naħa l-oħra, il-Qorti tal-Ġustizzja inkarigat espressament lill-qorti nazzjonali sabiex taċċerta jekk jeżistux ir-rekwiżiti biex wieħed jippreżumi li hemm telf definittiv – ara s-sentenza tat-12 ta' Ġunju 2018, Bevola u Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punt 65).

38 Sentenza tat-12 ta' Ġunju 2018, Bevola u Jens W. Trock (C-650/16, EU:C:2018:424, punti 39 u 59); ara wkoll is-sentenza tal-4 ta' Lulju 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 35).

39 Jekk lill-gruppi ta' impriżi jiġi rrikonoxxut lilhom kapaċità li jħallsu t-taxxa b'mod transkonfinali li tkun eċċessivament rilevanti mill-aspett legali, dan jispiċċa biss biex joffri lill-gruppi internazzjonali l-kbar marġni ta' manuvrar ikbar. Għaldaqstant is-sentenza tal-4 ta' Lulju 2018, NN (C-28/17, EU:C:2018:526, punt 35) tidher li hija diskutibbli.

E. Konklużjoni intermedja fid-dawl ta' "suq intern ġust"

69. Din il-konklużjoni, li ttieħdet mill-ġurisprudenza, tidher li hija konvinċenti anki mill-aspett tas-suq intern "ġust" li, fid-dawl ta' dik li tissejjaħ diskussjoni fil-qasam tal-BEPS[40], akkwista mill-ġdid pożizzjoni ċentrali ikbar. Fil-fatt, proprju fil-fattispeċi speċifiċi ineżami, il-possibbiltà li jiġi paċut it-telf definittiv fil-livell transkonfinali tivvantaġġja fuq kollox il-gruppi ta' dimensjonijiet kbar attivi f'dan il-livell meta mqabbla mal-impriżi ta' dimensjonijiet iżgħar (li normalment ma joperawx f'dan il-livell). Kieku, pereżempju, Holmen kienet taf li, finalment, it-telf kollu ġġenerat mill-mudell kummerċjali Spanjol jista' jitnaqqas mill-qligħ fl-Isvezja, hija tista', bil-għan li tippożizzjona ruħha fis-suq Spanjol, tippreżenta ruħha, fuq livell kompetittiv, b'mod kompletament differenti minn dak ta' kompetitur ta' dak il-pajjiż li jrid jitlaq mill-premessa li – f'każ li jieqaf mill-attività kummerċjali tiegħu fi Spanja – it-telf tiegħu ma jkunx jista' jiġi wżat. Għal Holmen t-"telf Spanjol" jirrappreżenta piż ħafna inqas oneruż minn dak li jħoss kompetitur nazzjonali li ma jkollux struttura ta' grupp simili.

70. Għaldaqstant, fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet suesposti u bl-applikazzjoni koerenti tal-ġurisprudenza tal-Qorti tal-Ġustizzja (ara, f'dan ir-rigward, il-punti 41 *et seq.* u l-ġurisprudenza imsemmija hemmhekk) wieħed jasal għal din il-konklużjoni: ma jeżistix telf definittiv meta l-Istat tar-residenza tal-kumpannija sussidjarja fit-tieni livell jeskludi, legalment, l-utilizzabbiltà fiskali tat-telf. Meta l-Istat ta' residenza jippermetti l-użu tiegħu, il-persuna taxxabbli irid ikun eżawrixxa l-possibbiltajiet previsti għal dan il-għan. Skont is-sentenza Marks & Spencer[41], fost l-imsemmija possibbiltajiet hemm ukoll it-telf iġġenerat minħabba ċ-ċessjoni tal-impriża lil terza persuna, ipoteżi li f'dan il-każ ma teżistix.

71. Għaldaqstant, f'dan il-każ, l-esklużjoni min-naħa tal-Isvezja tal-possibbiltà ta' tpaċija tat-telf ta' kumpannija sussidjarja fit-tieni livell residenti barra mill-pajjiż u li ma hijiex suġġetta għat-taxxa fuq livell nazzjonali ma hijiex sproporzjonata.

F. Risposta għad-domandi individwali

72. Nasal issa għar-risposti li għandhom jingħataw għad-domandi individwali.

1. Fuq l-ewwel domanda: ir-rekwiżit tal-parteċipazzjoni diretta

73. Permezz tal-ewwel domanda preliminari, il-qorti tar-rinviju tistaqsi effettivament, dwar jekk it-telf ta' sussidjarja fit-tieni livell b'sede fi Spanja u suġġetta għal stralċ hemmhekk iridx jittieħed inkunsiderazzjoni bħala telf definittiv. Għal din id-domanda għandha tingħata risposta f'sens negattiv.

74. L-eċċezzjoni prevista fis-sentenza Marks & Spencer għat-telf definittiv ma tiddistingwixxix ċertament, f'dan ir-rigward, bejn sussidjarji fl-ewwel livell u fit-tieni livell. *Prima facie*, hija tkun tippermetti għaldaqstant kemm lill-kumpannija kap tal-grupp kif ukoll lill-kumpannija sussidjarja intermedja li jpaċu t-telf definittiv tas-sussidjarja fit-tieni livell.

40 Fi kliem sempliċi, dan ifisser l-istruttura fiskali ta' dawk li jissejħu gruppi multinazzjonali li, fis-sistemi fiskali sal-lum eżistenti, għandhom possibbiltà (legali) biex inaqqsu d-dħul taxxabbli tagħhom fil-pajjiżi b'taxxi għoljin u jittrasferixxu l-qligħ f'pajjiżi b'sistemi fiskali iktar vantaġġjużi (base erosion and profit shifting).

41 Sentenza tat-13 ta' Diċembru 2005 (C-446/03, EU:C:2005:763, punt 55).

75. Huwa minnu li, kif ġie osservat b'mod korrett minn Holmen u mill-Kummissjoni, anki l-fattispeċi li wasslu għas-sentenza Marks & Spencer kienu jirrigwardaw katina ta' parteċipazzjonijiet indiretti. Is-sussidjarja fit-tieni livell, il-kumpannija omm (holding) u l-kumpannija omm fit-tieni livell (il-kumpannija kap tal-grupp) f'dak il-każ kienu saħansitra stabbiliti fi tliet Stati Membri differenti. Madankollu, dan joħroġ biss mit-talba għal deċiżjoni preliminari u mill-konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali [42], mentri ma jinkwadrax fl-espożizzjoni tal-fatti li jinsabu fis-sentenza, u lanqas ma ppronunzjat ruħha dwaru l-Qorti tal-Ġustizzja.

76. B'kuntrast ma' dak li sostniet il-Kummissjoni u fuq l-istess linja ta' dak li sostnew il-Pajjiżi l-Baxxi u l-Isvezja, jidhirli wkoll li huwa eċċessiv li wieħed jippreżumi li l-Qorti tal-Ġustizzja kienet affermat b'mod impliċitu li l-kap tal-grupp għandha tkun tista' tieħu inkunsiderazzjoni wkoll it-telf (definittiv) ta' sussidjarja fit-tieni livell. Fil-fatt, f'dan ir-rigward, il-Qorti tal-Ġustizzja ma ntalbitx tesprimi ruħha f'iktar dettall fuq din id-domanda, peress li lanqas kienet mitluba tagħmel hekk.

77. Approċċ ta' dan it-tip ikun jimplika, b'mod partikolari, ir-rikonoxximent tal-fakultà tal-għażla fi ħdan il-grupp, li tista' tistabbilixxi f'liema Stat Membru jaqbel li jiġi invokat it-telf "definittiv" tal-kumpannija sussidjarja fit-tieni livell, ossija dak tas-sussidjarja (fl-ewwel livell) jew dak tal-kumpannija omm.

78. B'mod partikolari, fejn kull waħda mit-tliet kumpanniji jkollhom sede fi Stati Membri differenti, u jkollhom qligħ korrispondenti li jista' jiġi paċut, tali fakultà għall-għażla tieħu rilevanza sinjifikattiva mill-aspett tat-titjib tal-ammont tat-taxxa tal-grupp. Madankollu, l-Istati Membri involuti jsostnu, b'mod korrett, li ma jistax ikun hemm fakultà ta' dan it-tip. Din tkun tippreġudika wkoll is-salvagwardja tat-tqassim ibbilanċjat tal-ġurisdizzjoni fiskali bejn l-Istati Membri. Ma' dan jiżdied ir-riskju ta' użu potenzjali tat-telf f'iktar minn Stat Membru wieħed.

79. Peress li, fil-prinċipju, tibqa' l-possibbiltà tat-tpaċija tat-telf mal-kumpannija omm diretta fi Stat Membru ieħor, il-possibbiltà tat-tpaċija tat-telf mal-imsemmija kumpannija omm diretta tieħu x'aktarx, min-naħa l-oħra, prijorità meta mqabbla mal-possibbiltà ta' tpaċija mal-kumpannija omm indiretta (f'dan il-każ, il-kap tal-grupp fl-Isvezja). Barra minn hekk, fil-kuntest tar-relazzjonijiet li jinvolvu tliet Stati, tali prijorità tippermetti wkoll li jiġu evitati l-imsemmija riskji marbutin mar-rikonoxximent tal-fakultà tal-għażla tal-persuna taxxabbli kif ukoll il-possibbiltà tal-użu fiskali doppju tat-telf.

80. Tali prijorità taħdem ukoll fil-każ fejn, bħal f'dan il-każ, is-sussidjarja fit-tieni livell u s-sussidjarja (fl-ewwel livell) ikollhom sede fl-istess Stat Membru. Huwa minnu li, kif Holmen osservat b'mod korrett, f'dan il-każ ma hemm ebda riskju ta' titjib fl-ammont tat-taxxa tal-grupp minħabba l-fakultà tal-għażla tal-Istat Membru li fih tintalab it-tpaċija tat-telf. Huwa wkoll eskluż ir-riskju ikbar ta' teħid inkunsiderazzjoni tat-telf għall-finijiet tat-taxxa. Madankollu, anki f'dan il-każ, il-punt deċiżiv ma huwiex dwar jekk is-sussidjarja (fl-ewwel livell) u s-sussidjarja fit-tieni livell għandhomx is-sede tagħhom fl-istess Stat Membru imma jekk, din tal-aħħar għandhiex telf definittiv meta mqabbla mal-kumpannija omm fl-Istat Membru l-ieħor. Kif ingħad iktar 'il fuq, dan għandu jiġi miċħud.

81. Għaldaqstant, għandha tingħata risposta lill-ewwel domanda fis-sens li, fil-prinċipju, it-telf ta' kumpannija indirettament sussidjarja (jiġifieri, sussidjarja fit-tieni livell) ma jikkostitwixxix telf definittiv fir-rigward tal-"kumpannija omm fit-tieni livell" (jiġifieri, il-kumpannija omm tas-sussidjarja fl-ewwel livell).

2. Fuq it-tieni domanda: ir-restrizzjoni prevista fi Spanja fir-rigward tat-tpaċija tat-telf

82. Permezz tat-tieni domanda l-qorti tar-rinviju tistaqsi jekk it-telf għandux jitqies bħala definittiv anki fil-każ fejn, minħabba restrizzjoni fuq it-tpaċija tat-telf, huwa kellu jinġarr minn sena għal oħra.

42 Konklużjonijiet tal-Avukat Ġenerali Poiares Maduro fil-kawża Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:201, punt 8).

83. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet preċedenti, jeħtieġ li tingħata risposta għal din id-domanda fis-sens li t-telf "biss" li nġarr minn sena għal oħra ma għandux jitqies bħala telf definittiv lanqas meta, minħabba restrizzjoni fuq it-tpaċija relattiva fl-Istat tal-kumpannija sussidjarja (fl-ewwel livell), huwa ma setax jiġi paċut mal-qligħ ta' snin preċedenti.

84. L-eżistenza tal-imsemmi telf jiddependi biss mill-istruttura tal-leġiżlazzjoni fiskali Spanjola u ma tistax tobbliga lill-Isvezja biex tqis tali telf bħala li jitnaqqas għall-finijiet tat-taxxa.

3. Fuq it-tielet u r-raba' domanda

85. Permezz tat-tielet u r-raba' domanda, il-qorti tar-rinviju tistaqsi jekk, għall-finijiet tal-evalwazzjoni tan-natura definittiva tat-telf, għandux jittieħed inkunsiderazzjoni l-fatt li l-leġiżlazzjoni tal-Istat tar-residenza tal-kumpannija sussidjarja (fl-ewwel livell) tipprovdi restrizzjonijiet fir-rigward tal-possibbiltà ta' tnaqqis tal-imsemmi telf min-naħa tal-persuni li huma differenti minn dawk li jkunu ġġenerawhom u, f'każ ta' risposta fl-affermattiv, jekk wieħed għandux jevalwa sa fejn l-imsemmija restrizzjonijiet effettivament ipprekludew il-possibbiltà ta' tpaċija parzjali tal-istess telf.

86. Fid-dawl tal-kunsiderazzjonijiet esposti iktar 'il fuq, fir-rigward taż-żewġ domandi jeħtieġ li tingħata risposta fis-sens li, għall-finijiet tal-evalwazzjoni dwar l-eżistenza ta' telf definittiv tas-sussidjarja fit-tieni livell, huma biss ir-restrizzjonijiet li japplikaw għas-sussidjarja stess li huma dejjem deċiżivi. Fejn is-sussidjarja fit-tieni livell ikollha l-possibbiltà li tittrasferixxi t-telf lil terzi persuni (pereżempju, lil xi kumpannija sussidjarja fl-ewwel livell), allura jkollu jingħad li hija ma għandhiex telf definittiv. Għaldaqstant, huwa irrilevanti jekk, fil-każ speċifiku, terzi persuni setgħu, ukoll, jużaw it-telf b'mod effikaċi. Dan l-aspett jsir ħafna iktar rilevanti fl-aċċertament dwar jekk, fir-rigward tagħhom jeżistix telf definittiv, meta mqabbla mal-kumpanniji ommijiet tagħhom.

VI. Konklużjoni proposta

87. Għal dawn ir-raġunijiet, nipproponi li tingħata risposta għad-domandi preliminari tal-Högsta förvaltningsdomstol (il-Qorti Amministrattiva Superjuri, L-Isvezja) bil-mod kif ġej:

1. Għall-finijiet tat-tpaċija transkonfinali tat-telf iġġenerat minn kumpannija omm, l-Artikolu 49 flimkien mal-Artikolu 54 TFUE jippreżumu li s-sussidjarja li jkollha d-defiċit tkun direttament proprjetà tagħha.

2. It-telf li "sempliċiment" jinġarr minn sena għal oħra ma għandux jitqies bħala l-imsejjaħ telf definittiv lanqas fil-każ fejn, minħabba restrizzjonijiet fir-rigward tal-possibbiltà ta' tpaċija fl-Istat tal-kumpannija sussidjarja (fl-ewwel livell) huwa ma setax jiġi paċut mal-qligħ ta' snin preċedenti.

3. Għall-finijiet tal-evalwazzjoni tan-natura definittiva tat-telf ta' sussidjarja fit-tieni livell jeħtieġ tittieħed ukoll inkunsiderazzjoni l-possibbiltà ta' tpaċija u ta' trasferiment tat-telf lil terzi persuni u, għaldaqstant, lill-kumpannija omm rispettiva (jew lil kumpanniji oħra tal-grupp) fl-Istat Membru inkwistjoni. L-eventwali restrizzjonijiet fir-rigward tal-possibbiltà ta' tnaqqis tagħhom huma rilevanti biss għall-finijiet tal-aċċertament dwar l-eżistenza ta' telf "definittiv" tal-istess kumpannija.