

## FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

M. POIARES MADURO

föredraget den 31 maj 2006<sup>1</sup>

1. Målen avseende de nationella systemen för skattemässig behandling av förluster och kostnader för bolag som ingår i en multinationell koncern ger inom ramen för gemenskapen upphov till nya och känsliga frågor.<sup>2</sup> Dessa frågor avser frågan huruvida dessa system är förenliga med de principer i EG-fördraget som avser att säkerställa den inre marknadens upprättande och funktion. Vart och ett av dessa mål framkallar specifika frågor och skall följaktligen bli föremål för en särskild undersökning. I detta avseende måste dock även en tydlig och fast rättspraxis fastställas.

2. Domstolen har nyligen, i målet Marks & Spencer<sup>3</sup>, fastställt att det brittiska så kallade koncernavdragssystemet, som på vissa villkor tillåter ett moderbolag att från sin beskattningsbara vinst göra avdrag för förluster som uppkommit i dess dotterbolag, är förenligt med gemenskapsrätten. Det är i förevarande fall fråga om att med avseende på etableringsfriheten och den fria rörligheten för

kapital avgöra huruvida en bestämmelse i den tyska lagstiftningen om inkomstskatt, vilken för ett moderbolag med hemvist i Tyskland begränsar möjligheten att i skattemässigt hänseende dra av förluster som uppkommit på grund av nedskrivning av det bokförda värdet på innehav av aktier eller andelar i de dotterföretag till detta bolag som är hemmahörande i andra medlemsstater.

## I — Rättslig och faktisk bakgrund

3. Bakgrunden till målet är följande faktiska omständigheter. Genom ett avtal som ingicks den 6 mars 1995 överlät Kaufhof-koncernen ITS Reisen GmbH (nedan kallat ITS), som är ett bolag i koncernen vars verksamhetsföremål avser turistverksamhet, till bolaget Rewe Zentralfinanz eG (nedan kallat Rewe). Efter det att Rewe genom ett fusionsavtal förvärvat tillgångarna i ITS blev bolaget innehavare till samtliga rättigheter i det sistnämnda bolaget.

1 — Originalspråk: portugisiska.

2 — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 september 2003 i mål C-168/01, Bosal (REG 2003, s. I-9409), av den 23 februari 2006 i mål C-471/04, Keller Holding (REG 2006, s. I-2107), samt, avseende fysiska personers inkomstbortfall, av den 21 februari 2006 i mål C-152/03, Ritter-Coulais (REG 2006, s. I-1711).

3 — Dom av den 13 december 2005 i mål C-446/03, Marks & Spencer (REG 2005, s. I-10837).

4. Emellertid hade ITS år 1989 i Nederländerna bildat ett dotterbolag, Kaufhof-Tourism Holdings BV (nedan kallat KTH), i vilket det innehade samtliga bolagsandelar. ITS bildade i samma medlemsstat ett holdingbolag, International Tourism Investment Holding BV (nedan kallat ITIH), som det var helägare till. ITIH förvärvade dessutom andelar i de två bolagen i Belgien samt i ett bolag i Förenade kungariket och i ett bolag i Spanien.

6. Under beskattningsåren 1993 och 1994 skrev ITS delvis ned det bokförda värdet på sin andel i KTH och justerade värdet på fordringarna avseende ITIH:s brittiska och spanska dotterbolag. Dessa transaktioner motsvarade för år 1993 kostnader till ett belopp av 14 342 499 DEM och, för år 1994, kostnader till ett belopp av 32 332 144 DEM, det vill säga totalt mer än 46 miljoner DEM.

5. Beskattning av bolag regleras i Tyskland genom lagen om bolagsskatt (Körperschaftsteuergesetz) (nedan kallad KStG), som hänvisar till de relevanta bestämmelserna i lagen om inkomstskatt (Einkommensteuergesetz) (nedan kallad EStG). Enligt 1 § KStG beskattas bolag som har sitt hemvist i Tyskland för alla sina världsomfattande vinster. Den beskattningsbara vinsten består i princip av skillnaden mellan företagets rörelsekapital vid verksamhetsårets utgång och rörelsekapitalet vid utgången av föregående verksamhetsår. I händelse av underskott kan detta rullas framåt eller bakåt till andra beskattningsår, i enlighet med 10d § EStG. Enligt 6 § EStG får, med avseende på de driftskostnader som kan dras av från den beskattningsbara vinsten, dessutom nedskrivningar av andelarnas lägsta värde beaktas. Dessa kostnader motsvarar i själva verket en värdering av den sänkning av priset för att förvärva andelen i ett bolag som är en följd av de bestående förluster som detta fått vidkännas.

7. Finanzamt Köln-Mitte (skattemyndigheten för centrala Köln) beslutade dock att inte beakta dessa kostnader som underskott vid fastställandet av Rewes beskattningsbara inkomst under de två omtvistade åren, med motiveringen att 2a § första och andra styckena EStG utgjorde hinder för detta.

8. I denna bestämmelse, rubricerad "Utländska underskott", föreskrivs nämligen följande:

"1) Underskott som hänför sig till

...

2. näringsverksamhet som utövas vid ett driftställe som är beläget i en främmande stat,
3. a beaktande av det lägsta värdet på en till det egna kapitalet hörande andel i ett bolag som inte har vare sig bolagsledning eller säte inom landet (utländskt bolag), ...
- näringsverksamhet vid ett driftställe i utlandet vars verksamhetsföremål uteslutande eller nästan uteslutande är att framställa eller leverera varor (med undantag av vapen), utvinna mineralfyndigheter eller yrkesmässigt tillhandahålla tjänster, förutsatt att tjänsterna inte består i startande eller drift av turistanläggningar eller innebär uthyrning eller utarrendering av tillgångar inklusive överlåtelse av rättigheter, planer, mönster, processer, know-how och kunskap. Direkt innehav av minst en fjärdedel av det nominella kapitalet i ett kapitalbolag som uteslutande eller så gott som uteslutande bedriver någon av nyss nämnda verksamheter samt finansieringen av detta innehav anses vara yrkesmässigt tillhandahållande av tjänster, när kapitalbolaget inte har vare sig bolagsledning eller säte i Tyskland ...”

...

får endast utjämnas mot intäkter som hänförs till verksamhet av samma slag i samma stat. ... De får inte heller dras av enligt 10d §. Minskad vinst jämföras med underskott. När underskott enligt första mening inte kan utjämnas enligt första mening får de dras av från intäkter av samma slag i samma stat som den skattskyldige redovisar under kommande taxeringsår ...

9. Det är ostridigt att ITS under de omtvistade två åren inte hade några intäkter från sitt nederländska dotterbolag KTH. Villkoren för undantaget enligt 2a § andra stycket EStG var inte heller uppfyllda. KTH utövar nämligen inte någon av de förmånsberättigade verksamheter som betecknas som ”aktiv näringsverksamhet” och som anges i 2a § andra stycket första mening EStG, och företaget har inte några direkta andelar i ett kapitalbolag som bedriver någon av de ovannämnda förmånsberättigade verksamheterna.

2) Första stycket första mening punkt 2 är inte tillämpligt om den skattskyldige kan styrka att underskotten hänförs till

10. På grundval av dessa konstateranden beslutade Finanzamt Köln-Mitte att företa

ändringar med avseende på bolagsskatten för bolaget Rewe. Detta bolag begärde omprövning hos skattemyndigheten. Begäran föranledde inte någon ändring och Rewe väckte därför talan vid Finanzgericht Köln i syfte att få samtliga driftkostnader förenade med dess andelar i de i Nederländerna, i Förenade kungariket och i Spanien hemmahörande bolagen beaktade. Rewe har till stöd för sin talan åberopat att tillämpningen av 2a § EStG utgör en diskriminering som strider mot gemenskapsrätten.

11. Detta är även den hänskjutande domstolens uppfattning. Nämnda domstol har påpekat att det av den tillämpliga rätten framgår att medan nedskrivningar av värdet på andelar i ett tyskt bolag i princip kan beaktas utan begränsning i skattemässigt hänseende för att fastställa den beskattningsbara vinsten för det bolag som innehar dessa andelar, kan nedskrivningar av värdet av andelar i ett bolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat endast beaktas i begränsade fall, vare sig dessa kostnader kvittas mot intäkter från denna andra medlemsstat, eller villkoren för undantagssystemet enligt 2a § andra stycket EStG är uppfyllda. För den hänskjutande domstolen tycks det följaktligen vara klart att en sådan begränsning i möjligheten att göra avdrag för förluster hänförliga till investeringar i utlandet utgör ett hinder för etableringsfriheten i en annan medlemsstat samt för den fria rörligheten för kapital som skyddas genom gemenskapsrätten.

12. Stärkt av denna övertygelse har Finanzgericht Köln beslutat att vilandeförklara målet och att ställa följande fråga till domstolen:

”Skall [artiklarna 43 EG, 48 EG och 56 EG samt följande artiklar jämförda med varandra] tolkas så, att de utgör hinder för tillämpningen av en sådan bestämmelse som 2a § första stycket punkten 3a andra stycket EStG, som är i fråga i förevarande mål, och som begränsar rätten att i skattemässigt hänseende direkt dra av förluster som uppkommit på grund av nedskrivning av det bokförda värdet på innehav av aktier eller andelar i dotterföretag i andra medlemsstater, när dessa dotterföretag bedriver passiv verksamhet i den mening som avses i den nationella bestämmelsen eller endast genom egna dotterföretag bedriver aktiv verksamhet i den mening som avses i den nationella bestämmelsen, samtidigt som det bokförda värdet på innehav av aktier eller andelar i inhemska dotterföretag får nedskrivnas utan motsvarande begränsningar?”

## II — Bedömning

### A — Begränsningen av etableringsfriheten

13. Den etableringsfrihet som enligt artikel 43 EG tillerkänns gemenskapsmedborgare

innebär att de skall ha rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare, samt rätt att bilda och driva företag, på samma villkor som de villkor som föreskrivs i etableringslandets lagstiftning för dess egna medborgare. Enligt artikel 48 EG inbegriper den en rätt för de bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom gemenskapen att utöva sin verksamhet i den berörda medlemsstaten genom ett dotterbolag, en filial eller ett kontor.<sup>4</sup>

14. Av domen i målet Baars framgår att en medborgare i en medlemsstat som innehar en sådan andel av kapitalet i ett bolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat att han har ett bestämmande inflytande över bolagets beslut och kan styra bolagets verksamhet, utnyttjar sin etableringsrätt<sup>5</sup>. Detta är utan tvivel fallet när, såsom i förevarande fall, ett bolag som Rewe innehar en andel som motsvarar 100 procent i kapitalet i ett bolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat, vilket innehar 100 procent av andelarna i ett bolag som innehar andelar i kapitalet i olika bolag i andra medlemsstater. Härav följer att den situation som den hänskjutande domstolen åsyftar och som avser de förluster som Rewe fått vidkännas

på grund av sin andel i sitt dotterbolag KTH, som är hemmahörande i Nederländerna, och dettas andelar i ett utländskt dotterdotterbolag, omfattas av bestämmelserna i fördraget om etableringsfrihet.

15. Det skall dock erinras om att även om syftet med dessa fördragsbestämmelser om etableringsfrihet enligt ordalydelsen är att säkerställa nationell behandling i värdstaten, utgör de också ett förbud mot att ursprungsstaten hindrar någon av dess medborgare eller ett bolag som bildats i överensstämmelse med dess lagstiftning från att etablera sig i en annan medlemsstat.<sup>6</sup> Det är ostridigt att fördraget utgör hinder för varje "utflyttningsrestriktion", vilken kännetecknas av en ogynnsam behandling enligt lagstiftningen i en medlemsstat av bolag som har hemvist i denna medlemsstat och som önskar bilda dotterbolag i andra medlemsstater.

16. Bland de ogynnsamma behandlingar som är förbjudna enligt fördraget förekommer restriktioner av skattemässig art. Enligt fast rättspraxis skall nämligen medlemsstaterna, även om frågor om direkta skatter faller inom deras behörighetsområde, inte desto mindre iaktta gemenskapsrätten vid utövandet av denna sin behörighet.<sup>7</sup>

4 — Se, bland annat, dom av den 21 september 1999 i mål C-307/97, Saint-Gobain ZN (REG 1999, s. I-6161), punkt 35.

5 — Dom av den 13 april 2000 i mål C-251/98, Baars (REG 2000, s. I-2787), punkt 22. Se även dom av den 21 november 2002 i mål C-436/00, X och Y (REG 2002, s. I-829), punkt 37.

6 — Dom av den 16 juli 1998 i mål C-264/96, ICI (REG 1998, s. I-4695), punkt 21.

7 — Se domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 29, med samma formulering som i dom av den 8 mars 2001 i de förenade målen C-397/98 och C-410/98, Metallgesellschaft m. fl. (REG 2001, s. I-1727), punkt 37.

17. Enligt den lagstiftning som är i fråga i målet vid den nationella domstolen får samtliga de förluster som följer av att värdet på andelarna i ett dotterbolag beläget i Tyskland skrivs ned tas med vid fastställandet av den beskattningsbara vinsten för skattskyldiga bolag. Däremot får det i Tyskland skattskyldiga bolaget dra av de förluster av samma slag som härrör från andelar i ett dotterbolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat endast på vissa villkor rörande intäkter eller verksamheter.

18. Härav följer att den skattemässiga situationen för ett bolag, som i likhet med Rewe har ett dotterbolag i Nederländerna, är mindre gynnsam än den situation som skulle ha gällt om detta dotterbolag var hemmahörande i Tyskland. Visserligen kan de förluster som följer av andelar i ett utländskt dotterbolag beaktas i det fall då det bolaget senare genererar intäkter. Inte desto mindre fråntas det ifrågavarande moderbolaget även i detta fall möjligheten att omedelbart beakta sina förluster. Denna möjlighet som tillerkänns bolag med inhemska dotterbolag utgör för dem en ekonomisk förmån.<sup>8</sup> Att frånta bolag med dotterbolag i utlandet en sådan förmån kan medföra att bolag avhålls från att bilda dotterbolag i andra medlemsstater.

19. Med beaktande av denna skillnad i behandling skulle ett moderbolag alltså

kunna avhållas från att bedriva sin verksamhet genom dotterbolag eller dotterdotterbolag i andra medlemsstater.<sup>9</sup>

20. Den tyska regeringen har dock hävdatt att denna skillnad i behandling inte utgör en diskriminering som är förbjuden enligt fördraget eftersom situationen för ett dotterbolag som är hemmahörande i Tyskland inte kan jämföras med situationen för ett dotterbolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat. Enligt den tyska regeringen har domstolen fastställt att dotterbolagen är självständiga juridiska personer som utgör egna skattesubjekt inom det territorium på vilket de är belägna. Därför kan de förluster som motsvarar nedskrivningar och fordringar beaktas inom ramen för deras inkomstdeklarationer i den medlemsstat där de är hemmahörande.

21. Denna argumentation kan inte godtas. Den skillnad i skattemässig behandling som är i fråga i målet vid den nationella domstolen avser inte situationen för dotterbolag utan situationen för moderbolag som har hemvist i Tyskland, beroende på om de har dotterbolag som är hemmahörande i andra medlemsstater eller inte. Det räcker i detta avseende att konstatera dels att de ifrågavarande förlusterna tillhör moderbolaget, dels att dotterbolagens vinst inte kan beskattas hos moderbolagen, oavsett om vinsten här-

<sup>8</sup> — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 32.

<sup>9</sup> — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Bosal, punkt 27.

rör från dotterbolag som är skattskyldiga i Tyskland eller i andra medlemsstater.<sup>10</sup> Skillnaden i behandling avseende moderbolagen beror således inte på frågan huruvida deras dotterbolag är föremål för särbeskattning eller inte.

22. Det följer av ovanstående undersökning att en begränsning av avdragsrätten för kostnader som följer av nedskrivning av värdet på andelar i kapitalet i dotterbolag som är hemmahörande i andra medlemsstater på sätt som föreskrivs i 2a § första stycket punkt 3a och 2 EStG utgör en inskränkning i etableringsfriheten vilket den hänskjutande domstolen också har påpekat.

23. En sådan inskränkning är bara tillåten om syftet med den är legitimt och överensstämmer med fördraget, och om den kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. I sådant fall krävs dock att den är ägnad att säkerställa att det sålunda eftersträfvade syftet uppnås och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.<sup>11</sup>

*B — Huruvida den ifrågavarande lagstiftningen är motiverad*

24. Den tyska regeringen har till stöd för den omtvistade åtgärden framfört många rättsliga

argument som ger uttryck för bekymmer som på samma gång är politiska (intresset av en välavvägd fördelning av beskattningsrätten), etiska (risken för att förlusterna medelst bedrägeri utnyttjas två gånger och risken för skatteundandragande), administrativa (garantin för att kontrollerna är effektiva), systematiska (behovet av att bevara skattesystemets enhetlighet) och ekonomiska (risken för budgetförluster). Den tyska regeringen anser sig ha stöd för sin argumentation i domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer. Undersökningen av motiveringarna skall således inledas mot bakgrund av denna rättspraxis.

1. Den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna

25. Domstolen har i domen i målet Marks & Spencer för första gången medgett att det, för att bedöma huruvida en skattelagstiftning är förenlig med de grundläggande friheterna, finns anledning att beakta principen om en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.<sup>12</sup> Domstolen har dock varit noga med att även ange och reglera villkoren för tillämpningen av denna princip.

26. Ett sådant krav är relevant först när den inskränkande åtgärden i fråga skall motive-

<sup>10</sup> — Ibidem, punkt 39.

<sup>11</sup> — Se, för ett liknande resonemang, dom av den 11 mars 2004 i mål C-9/02, De Lasteyrie du Saillant (REG 2004, s. I-2409), punkt 49.

<sup>12</sup> — Domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 46.

ras. Kravet kan inte, såsom den tyska regeringen har gjort i detta mål, åberopas vid fastställandet av en inskränkning i etableringsfriheten. Vidare har denna motivering inom ramen för gemenskapen en betydelse som noggrant måste avgränsas.

27. Den tyska regeringen synes i detta avseende medge att detta krav kan innebära att vissa former av diskriminering inte omfattas av tillämpningsområdet för de fria rörligheterna. Den tyska regeringen har grundat sin argumentering på en *regel om symmetri* mellan rätten att beskatta ett bolags vinster och skyldigheten att beakta detta bolags förluster. Eftersom vinster och förluster i skattehänseende är två sidor av samma mynt skall de tyska skattemyndigheterna inte vara skyldiga att beakta de förluster som har samband med verksamheten i ett dotterbolag som är hemmahörande i en annan medlemsstat inom ramen för den skattemässiga behandlingen av moderbolaget som har hemvist inom det tyska territoriet eftersom de inte har rätt att beskatta detta dotterbolags vinster. Endast en sådan regel om fördelning ger möjlighet att iaktta medlemsstaternas skattemässiga suveränitet och bestämmelserna i internationell skatterätt.

28. Detta sätt att definiera kravet på en välavvägd fördelning av beskattningsrätten kan inte godtas. Betraktad på detta sätt skiljer sig kravet nämligen inte väsentligt från en rent ekonomisk motivering. En sådan tolkning ger en medlemsstat möjlighet att

systematiskt vägra att bevilja en skatteförmån till ett företag med motiveringen att detta har utvecklat en internationell ekonomisk verksamhet som inte genererar skatteintäkter till denna stat. I domen i målet Marks & Spencer har domstolen dessutom uttryckligen ogillat motiveringen i denna form. Domstolen har just i fråga om detta slag av motivering förklarat att det skall erinras om att en minskning av skatteintäkter inte kan anses utgöra ett sådant tvingande hänsyn till allmänintresset som kan åberopas för att rättfärdiga en åtgärd som i princip strider mot en grundläggande frihet.<sup>13</sup>

29. Visserligen skall den principen beaktas enligt vilken medlemsstaterna är fria att organisera sina skattesystem och att sinsemellan fördela beskattningsrätten.<sup>14</sup> Det är dock obestridligen så, att de grundläggande friheterna innebär vissa krav på medlemsstaterna när de utövar sina befogenheter på området. Dessa krav består i huvudsak i att de skall iaktta skyldigheten att inte missgynna de skattskyldiga personer som utövar en internationell verksamhet i förhållande till inhemska skattskyldiga, även om följden av detta är att den berörda statens skatteintäkter minskar.

13 — Domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 44, i enlighet med fast rättspraxis som bland annat anges i dom av den 7 september 2004 i mål C-319/02, Manninen (REG 2004, s. I-7477), punkt 49.

14 — Se, bland annat, dom av den 21 mars 2002 i mål C-451/99, Cura Anlagen (REG 2002, s. I-3193), punkt 40.

30. Denna ståndpunkt har domstolen slagit fast bland annat i domen i det ovannämnda målet Bosal. Domstolen fastställde i det målet att fördraget utgör hinder för en nationell bestämmelse som villkorar avdragsrätten för kostnader för ett nederländskt moderbolags andel i kapitalet i ett dotterbolag i en annan medlemsstat av att sådana kostnader indirekt genererar skattepliktiga inkomster i Nederländerna. En sådan lösning har ifrågasatts med motiveringen att principen om en rättvis fördelning av medlemsstaternas beskattningsrätt därigenom åsidosätts. Eftersom de omkostnader som det nederländska moderbolaget har betalat har ett *ekonomiskt* samband med den vinst som genereras i dess dotterbolag med hemvist i en annan medlemsstat, skulle det *rättsligt* vara mer konsekvent att bedöma dessa omkostnader som utländska kostnader som endast kan beaktas i källstaten för denna vinst.<sup>15</sup> Med en sådan bedömning tas dock inte tillräcklig hänsyn till situationen för den gemenskapsmedborgare som är verksam inom den utvidgade ramen för den inre marknaden. Denna situation bör inte bli föremål för en annan undersökning beroende på vilka beskattningsterritorier som är i fråga. Den bör bedömas totalt sett. Det är från denna synpunkt uppenbart att en skillnad i skattemässig behandling mellan moderbolag, beroende på om de har dotterbolag i utlandet eller inte, inte kan motiveras av att de har överfört ekonomiska medel till en del av unionens territorium på vilken den berörda staten inte kan utöva sin beskattningsbefogenhet. En annan bedömning av detta skulle, i avsaknad av gemensamma regler på området, innebära att verkan av de i

fördraget fastslagna grundläggande friheterna praktiskt taget upphävdes.

31. Om det symmetriska resonemang som den tyska regeringen har fört godkändes på skatteområdet skulle det dessutom vara svårt att se varför detta inte skall utsträckas till att omfatta andra områden som berörs av de fria rörligheterna. På samma sätt som principen om fördelning av beskattningsrätten kan åberopas är det följaktligen tillåtet att i allmänhet göra gällande en princip om fördelning av lagstiftningsbefogenheten. Enligt denna princip har en medlemsstat rätt att bortse från sådana internationella ekonomiska situationer som kan äventyra dess frihet att lagstifta. På så sätt kan till exempel en vara, som lagenligt tillverkats enligt de villkor som uppställts av en annan medlemsstat, bli föremål för importförbud på en inhemsk marknad med motiveringen att denna vara inte uppfyller de lagstadgade villkor som gäller för den. Den fria rörligheten för varor reduceras därför till en rent formell bestämmelse om icke-diskriminering, som består i att samma behandling tillämpas enbart på de varor som omfattas av den berörda statens lagstiftning. Ett sådant resultat strider helt och hållet mot domstolens fasta rättspraxis på området.<sup>16</sup>

32. Följaktligen kan detta inte vara den räckvidd som, inom ramen för gemenskapen,

15 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Geelhoeds förslag till avgörande föredraget den 23 februari 2006 i mål C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* (fortfarande anhängigt vid domstolen), punkterna 62 och 63. Se även Weber, D., "The *Bosal Holding Case*: Analysis and Critique", *EC Tax Review*, 2003–2004, s. 220 och Wattel, P.J., "Red Herrings in Direct Tax Cases before the ECJ", *Legal Issues of Economic Integration*, 2004, nr 2, s. 81–95, särskilt s. 89 och 90.

16 — Se dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, *Rewe-Zentral*, kallat *Cassis de Dijon* (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377).

skall fastställas för det legitima kravet av en välavvägd fördelning av beskattningsrätten. Visserligen har domstolen i domen i målet Marks & Spencer godtagit en motivering som grundas på detta krav, men den gäller endast i förhållande till riskerna för missbruk eller bedrägeri som i vissa fall kan följa av en dålig samordning av medlemsstaternas beskattningsbefogenheter. Det kan i avsaknad av harmonisering av skattelagstiftningarna befaras att det genom utövandet av de fria rörligheterna uppstår en verklig handel med förluster på gemenskapsnivå. Såsom domstolen har erinrat om i denna dom skulle "[o]m bolagen gavs en valmöjlighet beträffande var deras förluster skall beaktas — antingen i den medlemsstat där de hör hemma eller i en annan medlemsstat — ... den välavvägda fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna allvarligt äventyras, eftersom beskattningsunderlaget skulle öka i den förstnämnda staten och minska i den sistnämnda i den mån som motsvarar de överförda förlusterna".<sup>17</sup> Det vore då tillåtet för de ekonomiska aktörerna att överföra sina förluster till de bolag som är hemmahörande i medlemsstater som har den högsta skattesatsen och i vilka förlusternas värde från skattesynpunkt följaktligen är högst. En sådan situation skulle kunna innebära att den neutralitet ifrågasätts som med avseende på nationella skattesystem måste iaktas i gemenskapsrätten.<sup>18</sup>

33. Enligt denna neutralitetsprincip kan de ekonomiska aktörerna inte utnyttja etable-

ringsrätten för att dra sådana fördelar av den som inte är förenade med utövandet av de fria rörligheterna. Detta är fallet om överföringen av en verksamhet inom gemenskapen endast bestämdes av skattemässiga skäl, oberoende av varje önskan att faktiskt etablera sig och integrera sig i mottagarlandets ekonomi, med det enda målet att genom missbruk undandra sig de nationella lagstiftningarna eller på konstlad väg utnyttja skillnaderna mellan dessa lagstiftningar.<sup>19</sup> För det fall att en sådan risk för missbruk skulle föreligga kan det, såsom domstolen har fastställt i målet Marks & Spencer, vara nödvändigt att beträffande ekonomisk verksamhet som bedrivs av bolag som är hemmahörande i någon av dessa stater tillämpa enbart skattereglerna i nämnda stat på såväl vinster som förluster.<sup>20</sup> Enligt min mening är detta den verkliga innebörden av kravet på fördelning av beskattningsrätten inom ramen för gemenskapen.

34. Det måste dessutom visas att en sådan risk föreligger. Detta är anledningen till att domstolen, i samma dom, ansett att den grund för berättigande som baseras på att fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna skall skyddas inte kan skiljas från de två andra berättigandegrunderna avseende dels risken för att förlusterna utnyttjas två gånger, dels risken för skatteundandragande. Det är endast mot bakgrund av "samtliga" dessa tre berättigandegrunder<sup>21</sup> som domstolen har fastställt att den omtvistade inskränkande lagstiftningen kan motiveras.

17 — Domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 46.

18 — Se, i denna fråga, mitt förslag till avgörande i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 67.

19 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Légers förslag till avgörande föredraget den 2 maj 2006 i mål C-196/04, Cadbury Schweppes (fortfarande anhängigt vid domstolen).

20 — Punkt 45 i domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer.

21 — Punkt 51 i domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer.

35. Det skall således kontrolleras huruvida det i förevarande fall — såsom den tyska regeringen har hävdat — föreligger risk för att förlusterna utnyttjas två gånger och en risk för skatteundandragande.

2. Risken för att förlusterna utnyttjas två gånger

36. Den tyska regeringen har anfört att i likhet med den lagstiftning som avsågs i målet Marks & Spencer har den omtvistade lagstiftningen blivit nödvändig för att göra det möjligt att hindra att ett bolag kan få flera skatteförmåner genom att förluster i utlandet utnyttjas två gånger.

37. Detta argument saknar relevans i förevarande mål. De förluster som är i fråga i detta mål är nämligen inte, såsom i målet Marks & Spencer, förluster som fristående dotterbolag fått vidkännas i utlandet och som därefter överförts på moderbolagets vinster. Det är fråga om av moderbolaget redovisade förluster på grund av nedskrivning av värdet på dess andelar i utländska dotterbolag. De får inte förväxlas med de förluster som dotterbolagen själva har gjort. Dessa två slags förluster är skattemässigt föremål för särbehandling. Det kan följaktli-

gen inte anses att det föreligger en risk för att *samma* förluster utnyttjas två gånger på grund av att ett moderbolag har rätt att göra ett sådant avdrag.

38. Även om det skulle medges att det, såsom den tyska regeringen har påstått, föreligger ett ekonomiskt samband mellan dessa två slags förluster, så att det förhållandet att dotterbolagens förluster och moderbolagets förluster beaktas var för sig skall betecknas som förluster som utnyttjas två gånger, synes detta tvåfaldiga utnyttjande i förevarande fall inte vara specifikt förenat med en överföring av verksamhet till en annan medlemsstat. Den påstådda dubbla förmånen är nämligen inte förbehållen bolag som har en gränsöverskridande verksamhet. Ett moderbolag som har dotterbolag i Tyskland kan från sin beskattningsbara vinst dra av nedskrivningen av det partiella värdet på sina andelar i dessa dotterbolag utan att dessa hindras från att använda sina egna förluster vid beskattningen av dem i denna stat. Detta dubbla utnyttjande av förluster är följaktligen ingalunda förenat med fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna och kan inte motivera en inskränkning i etableringsfriheten.

3. Risken för skatteundandragande

39. Den tyska regeringen har i detta avseende i huvudsak framfört två argument. Den har för det första hävdat att de tyska bolagen tenderar att överföra vissa typer av ekono-

misk verksamhet utanför det tyska territoriet och de tyska skattemyndigheternas kontroll. Den har för det andra erinrat om att denna lagstiftning har inspirerats av vissa bolags beteende, särskilt inom turistnäringen, som består i att överföra verksamheter som typiskt genererar förluster till andra medlemsstater i det enda syftet att minska sina beskattningsbara vinster. En sådan lagstiftning borde enligt den tyska regeringen anses vara nödvändig för att förebygga möjligheten att skapa konstlade upplägg.

40. När det gäller det första argumentet räcker det att erinra om att all överföring av verksamhet utanför en medlemsstats territorium inte, i sig, utgör ett skatteundrandragande. Det råder inget tvivel om att överföringen av en ekonomisk verksamhet till en plats utanför en medlemsstats territorium kan medföra en förlust av skatteintäkter för denna stat. Det kan dock inte anses att denna förlust är en följd av ett skatteundrandragande. I det fallet är den helt enkelt en följd av ett utövande av rättigheter som ges genom de grundläggande friheter som garanteras i fördraget. Den omständigheten att ett bolag innehar andelar i dotterbolag hemmahörande i andra medlemsstater kan inte grunda någon allmän presumtion för skatteundrandragande eller skatteflykt eller motivera en inskränkande skattemässig åtgärd.<sup>22</sup>

41. Vad avser det andra argumentet räcker inte enbart den omständigheten att den tyska

skattemyndigheten inom en viss ekonomisk sektor, såsom turismen, har konstaterat fall av betydande och bestående förluster i utländska dotterbolag till bolag med hemvist i Tyskland för att fastställa att det föreligger konstlade upplägg. Det skall erinras om att även om det antas att risken för skatteundrandragande fastställs måste det alltid kontrolleras att åtgärden i fråga inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det syfte som eftersträvas.<sup>23</sup> Emellertid kan en lagstiftning som i likhet med den här ifrågavarande *på ett generellt sätt* avser varje situation i vilken dotterbolag i en koncern, av vilket skäl det än är, är hemmahörande i andra medlemsstater, inte utan att gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det syfte som det påstås eftersträva, anses vara motiverad av risken för skatteundrandragande. Det är detta resultat som fastställts i fast rättspraxis.<sup>24</sup>

42. Den tyska regeringen har inte heller visat domstolen på vad sätt en sådan risk speciellt avser bildandet av dotterbolag i utlandet hellre än bildandet av inhemska dotterbolag. Det är troligt att den tyska regeringen genom detta argument även har velat framhålla gränserna för sin kontrollbefogenhet med avseende på gränsöverskridande transaktioner.

22 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet X och Y, punkt 62.

23 — Domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 53.

24 — Se domen i det ovannämnda målet ICI, punkt 26.

## 4. Skattekontrollernas effektivitet

43. De nationella skattemyndigheterna har, enligt den tyska regeringen, de facto endast mycket begränsade möjligheter att kontrollera transaktioner som äger rum i utlandet. Att tillämpa en territorialitetsprincip och inte ta med de utländska underskotten i den beskattningsbara vinsten i bolag med hemvist i landet skulle, enligt den tyska regeringen, kunna underlätta skattemyndigheternas kontroller.

44. Denna argumentering kan inte godtas. Visserligen har domstolen vid upprepade tillfällen fastställt att en effektiv skattekontroll kan motivera en lagstiftning som inskränker de grundläggande friheterna.<sup>25</sup> Härav följer att en stat har rätt att tillämpa åtgärder som möjliggör en klar och exakt kontroll av att de kostnader som får dras av i denna stat och som avser andelar i kapitalet i utländska dotterbolag. Ett sådant intresse kan dock inte motivera att nämnda stat villkorar nämnda avdrag av huruvida andelarna avser dotterbolag belägna i denna medlemsstat eller i andra medlemsstater.

45. Det skall i detta avseende erinras om att medlemsstaterna har instrument för förstärkt samarbete enligt rådets direktiv 77/799/EEG av den 19 december 1977 om ömsesidigt bistånd av medlemsstaternas

behöriga myndigheter på direktbeskattningens område.<sup>26</sup> Enligt dessa bestämmelser har de behöriga myndigheterna i en medlemsstat möjlighet att hos de behöriga myndigheterna i en annan medlemsstat begära alla de upplysningar som kan tillåta dem att korrekt beräkna bolagsskatten.

46. Den tyska regeringen har hävdatt att även i det fall då samarbetet med myndigheterna i en annan stat är framgångsrikt är det fortfarande ofta mycket svårt att kontrollera de utländska transaktionerna och möjligheten att uppdatera oriktiga deklARATIONER visar sig vara svårare. Det måste dock påpekas att direktiv 77/799 öppnar möjligheter att erhålla nödvändig information som är jämförbar med den som finns mellan olika skattemyndigheter på nationell nivå.<sup>27</sup> Dessutom skall förbindelserna mellan medlemsstaternas skattemyndigheter inom ramen för upprättandet av den inre marknaden bygga på en princip om ömsesidigt förtroende.<sup>28</sup> Det finns i detta avseende ingen anledning att förutsätta att de nationella skattemyndigheterna har intresse av att på sina territorier låta sådana skattesituationer frodas som strider mot den rätt i den behöriga staten som de lyder under. Det finns inte heller något som hindrar de berörda skattemyndigheterna från att kräva att den skatt-

25 — Dom av den 15 maj 1997 i mål C-250/95, Futura Participations och Singer (REG 1997, s. I-2471), och av den 28 oktober 1999 i mål C-55/98, Vestergaard (REG 1999, s. I-7641), punkt 23.

26 — EGT L 336, s. 15. Direktiv i dess lydelse enligt rådets direktiv 2004/56/EG av den 21 april 2004 (EGT L 127, s. 70).

27 — Dom av den 14 februari 1995 i mål C-279/93, Schumacker (REG 1995, s. I-225), punkt 45.

28 — Se, analogt, i fråga om det ömsesidiga förtroende som medlemsstaterna skall visa varandra vad beträffar de kontroller som utförs på deras respektive territorier, dom av den 23 maj 1996 i mål C-5/94, Hedley Thomas (REG 1996, s. I-2553), punkt 19. Se även inom ramen för medlemsstaternas straffrättsystem, dom av den 11 februari 2003 i de förenade målen C-187/01 och C-385/01, Gözütok och Brügge (REG 2003, s. I-1345), punkt 33.

skyldige själv lämnar de upplysningar som myndigheterna anser nödvändiga för bedömningen av huruvida det begärda avdraget skall beviljas.<sup>29</sup>

47. Det kan under alla förhållanden synas märkligt att man i detta avseende bygger på en territorialitetsprincip för skatten medan det enligt den tyska lagstiftningen är allmän regel att bolagens inkomster beskattas med beaktande av samtliga deras världsomfattande vinster.

#### 5. Skyddet av skattesystemets enhetlighet

48. Den tyska regeringen har hävdat att den omtvistade lagstiftningen i huvudsak på ett följdriktigt sätt ingår i dess skattepolitik. Genom att man, i fall såsom det förevarande fallet, avstår från att beakta de utländska underskotten kan en så enhetlig skattemässig behandling som möjligt upprätthållas. Två argument som denna regering framfört kan anknytas till denna motivering. Det ena argumentet avser iakttagandet av territorialitetsprincipen och det andra argumentet avser skyddet av den "skattemässiga systematiken".

49. Den inom den internationella skatterätten gällande territorialitetsprincipen har

erkänts av domstolen i dess dom i målet Futura Participations och Singer. I enlighet med denna princip skall den berörda staten kunna beskatta de moderbolag som har hemvist på dess territorium för samtliga deras världsomfattande vinster medan den får beskatta de dotterbolag som saknar hemvist i den staten uteslutande för den vinst som är att hänföra till deras verksamhet i nämnda stat.<sup>30</sup> En sådan princip motiverar dock inte att en fördel inte ges ett moderbolag med hemvist i landet med motiveringen att vinster i dess dotterbolag utan hemvist i landet inte kan beskattas.<sup>31</sup> Denna princip har till syfte att vid tillämpning av gemenskapsrätten införa kravet på att gränserna för medlemsstaternas beskattningsbefogenhet beaktas. I målet Futura Participations och Singer kunde den berörda medlemsstaten inte tvingas att beakta de utländska förlusterna då de var förenade med inkomster av utländskt ursprung hos i landet ej bosatta skattskyldiga personer. Det förhåller sig annorlunda i förevarande mål. Beviljandet av en förmån får i förevarande fall inte till följd att utövandet av en konkurrerande beskattningsbefogenhet ifrågasätts. Den avser moderbolag som har hemvist i Tyskland och som i denna egenskap omfattas av en obegränsad skattskyldighet i detta land. Det finns följaktligen ingenting som motiverar att nämnda förmån inte medges.

50. Den skattemässiga systematiken erinrar om det begrepp som i domstolens rättspraxis är bättre känt som skattesystemets inre sammanhang.<sup>32</sup> Den tyska regeringen har härvidlag anfört att med stöd av de dubbelbeskattningsavtal som ingåtts med många medlemsstater är utdelningar från dotterbo-

29 — Domen i det ovannämnda målet Vestergaard, punkt 26 och däri angiven rättspraxis.

30 — Domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 39.

31 — Domen i det ovannämnda målet Marks & Spencer, punkt 40.

32 — Se särskilt domen i det ovannämnda målet Manninen, punkterna 42 och 43.

lag som är hemmahörande i dessa stater befriade från skatt i Tyskland. Den tyska regeringen anser att det under dessa förhållanden är konsekvent och följdriktigt att inte bevilja någon förmån till moderbolaget som har hemvist i landet på grund av förluster som är hänförliga till dess dotterbolag. En sådan förmån bör endast beviljas i de fall då dessa dotterbolags vinst, i avsaknad av ett bilateralt avtal med föreskrifter om skattebefrielse, är skattepliktigt i Tyskland.

51. Detta är inte min uppfattning. Avtalen för undvikande av dubbelbeskattning innebär inte att den konstaterade ogynnsamma behandlingen avskaffas. Enligt den tyska lagstiftningen beaktas förluster av den typ som är i fråga i detta mål nämligen alltid om dotterbolaget utövar en "aktiv verksamhet" i den mening som avses i 2a § andra stycket EStG. Den utdelning som detta dotterbolag eventuellt lämnar kan inte desto mindre vara skattebefriad enligt dessa avtal. Det föreligger således inget direkt samband mellan beviljandet av den omtvistade förmånen till moderbolaget och skattebefrielsen för den utdelning som lämnas av dess dotterbolag. Följaktligen kan det sammanhang i skattesystemet som säkerställs på grundval av ett dubbelbeskattningsavtal inte beaktas vid bedömningen av huruvida den omtvistade bestämmelsen är förenlig med gemenskapsrätten.<sup>33</sup>

## 6. De ekonomiska följderna

52. Enligt den tyska regeringen riskerar ifrågasättandet av det omtvistade systemet

att generera betydande förluster för statskassan. Den tyska regeringen har erkänt den fasta rättspraxis enligt vilken minskningen av skatteintäkter inte kan anses vara ett tvingande skäl av allmänintresse som kan åberopas för att motivera en åtgärd som i princip strider mot en grundläggande frihet.<sup>34</sup> Den tyska regeringen har dock föreslagit domstolen att den skall ompröva sin rättspraxis med hänsyn till att skatteintäkter är de väsentliga inkomstkällorna för medlemsstaterna och för gemenskapen.

34 — Se i allmänhet dom av den 7 februari 1984 i mål 238/82, Duphar (REG 1984, s. 523; svensk specialutgåva, volym 7, s. 505), punkt 23, samt generaladvokaten Mancinis förslag till avgörande i det målet. På skatteområdet, se särskilt dom av den 6 juni 2000 i mål C-35/98, Verkooijen (REG 2000, s. I-4071), punkt 48, och domen i det ovannämnda målet Manninen, punkt 49. Det händer dock att de ekonomiska aspekterna i en lagstiftning beaktas, om de är oupplösligt förbundna med andra intressen som anses vara legitima. Detta visas särskilt i dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil m.fl. (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633). Domstolen slog i denna dom fast att en nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs en skyldighet för alla importörer att, i den mån som motsvarar en viss procent av deras behov, förse sig med oljeprodukter hos ett raffinaderi som är beläget inom det nationella territoriet, kan motiveras, i den mån som det med denna eftersträvas ett väsentligt mål för säker energiförsörjning som går utöver rent ekonomiska intressen (punkterna 34 och 35). Domstolen har på samma sätt ansett att fördraget tillåter medlemsstaterna att inskränka friheten att tillhandahålla läkar- och sjukhusvård "i den mån det med hänsyn till folkhälsan, och till och med för befolkningens överlevnad, är väsentligt att upprätthålla en vårdkapacitet eller en sjukvårdskompetens inom det nationella territoriet" (dom av den 28 april 1998 i mål C-158/96, Kohll (REG 1998, s. I-1931), punkt 51). I den riktningen går även frågan om europeiskt medborgarskap. Domstolen har i detta avseende erkänt att unionsmedborgarnas utövande av rätten till bosättning får underordnas medlemsstaternas "legitima intressen" att skydda sina sociala trygghetssystem (dom av den 17 september 2002 i mål C-413/99, Baumbast och R (REG 2002, s. I-7091), punkterna 87 och 90). För det fall att det emellertid synes som om den restriktiva åtgärden "framför allt har ett budgetmässigt ändamål, såsom att minska kostnaderna för ett sjukförsäkringssystem" utan att den ekonomiska jämvikten i nämnda system äventyras, har domstolen inte tvekat att underkänna den (domen i det ovannämnda målet Duphar, punkterna 16 och 23). Det följer av denna rättspraxis att även om en medlemsstat legitimt kan åberopa ekonomiska eller finansiella hänsyn då det föreligger en risk för att skyddet av en väsentlig tjänst i dess socialorganisation allvarligt skadas, kan ett rent ekonomiskt mål inte utgöra ett legitimt skäl för att motivera en inskränkning i en grundläggande frihet som garanteras genom fördraget.

33 — Se särskilt dom av den 11 augusti 1995 i mål C-80/94, Wielockx (REG 1995, s. I-2493), punkterna 24 och 25.

53. Ett intresse av detta slag kan anses som legitimt. Visserligen kan tillämpningen av gemenskapsbestämmelserna på vissa nationella skattesystem ibland få en betydande ekonomisk effekt. Denna effekt kan i vissa fall till och med skada jämvikten i statsfinanserna.

54. Det ankommer emellertid på den berörda medlemsstaten att i varje enskilt fall fastställa huruvida en sådan effekt föreligger och om detta kan visas är det inte motiveringen av den restriktiva åtgärden utan effekterna av domstolens avgörande som skall beaktas. Det måste vidare erinras om att det endast är under särskilda omständigheter som det kan beslutas om en begränsning av effekterna i tiden av en dom av domstolen. Det gäller i det fall då den berörda staten kan visa att det föreligger risk för allvarliga ekonomiska återverkningar och om den har legitima skäl att tro att dess beteende var förenligt med gemenskapsrätten.<sup>35</sup>

55. Enligt min mening är det riskabelt om domstolen inbegriper detta intresse i den motivering som tillåter undantag från de grundläggande bestämmelserna i fördraget. Om medlemsstaterna anser att ekonomiska hänsyn kan motivera sådana skatteåtgärder som hindrar de fria rörligheterna, är det enligt min mening endast dessa som är

behöriga att skriva in detta i fördraget. Det ankommer inte på domstolen att ta initiativet härtill och detta av följande tre skäl.

56. Det första skälet är av praktiskt slag. Om en sådan ekonomisk motivering medges skall det för det första fastställas på vilka områden denna skall godtas. Måste den begränsas till skatteområdet eller utvidgas till att omfatta andra ekonomiska och sociala områden? Det är vidare nödvändigt att fastställa de parametrar och variabler som ger möjlighet att utvärdera den ekonomiska effekten av att gemenskapsbestämmelserna tillämpas. Det är dock uppenbart att domstolen är mycket illa rustad för att göra en sådan utvärdering, särskilt med hänsyn till den ekonomiska och skattemässiga *heterogeniteten* hos medlemsstaterna i Europeiska unionen. Det är skälet till att det — om en sådan motivering godtas — enligt min mening, i avsaknad av tydliga bestämmelser i fördraget, ger upphov till sådana svårigheter att domstolens legitimitet skulle kunna påverkas därav.

57. Det andra skälet avser den effekt som denna motivering medför. Om budgetförlusten av en viss betydelse skall beaktas i motiveringen av en inskränkning i de grundläggande friheterna följer därav risken för att kostsamma och allmänna åsidosättanden av gemenskapsrätten gynnas. Ju längre åsidosättandet pågår desto högre är kostnaden för att återupprätta gemenskapens lagenlighet, och sannolikheten för att en motivering av detta slag godtas blir desto större.

<sup>35</sup> — Dom av den 20 september 2001 i mål C-184/99, Grzelczyk (REG 2001, s. I-6193), punkt 53.

58. Om det slutligen, efter inrättandet av gemenskapen, fastställs att genomförandet av en inre marknad innebärande att hindren för handel av alla slag undanröjs kan få till följd att medlemsstaterna går miste om vissa medel, är det inte desto mindre riktigt att dessa gynnas av utvecklingen av den ekonomiska verksamheten inom ramen för en utvidgad inre marknad.

59. Den tyska regeringen har tillagt en för tillfället lämplig motivering. Enligt denna regering är hänsynen till de ekonomiska följderna desto mer legitim i dag som medlemsstaterna med stöd av stabilitets- och tillväxtpakten<sup>36</sup> är bundna av en sträng budgetdisciplin. Genom detta argument underskattas dock både fördragets ordalydelse och den anda i vilken pakten har tillkommit. Det skall först och främst erinras om att enligt artikel 4 EG skall den nära samordningen av den ekonomiska politiken bedrivas enligt principen om en öppen marknadsekonomi med fri konkurrens. Dessutom strider en tolkning, enligt vilken tillämpningen av pakten leder till att barriärerna för att inrätta den inre marknaden höjs, mot själva andan i pakten, som uttryckligen syftar till att främja den ekonomiska och monetära unionens goda funktion och

därigenom fullbordandet av den inre marknaden.

60. Det följer av denna undersökning att samtliga skäl som den tyska regeringen har framfört för att motivera den omtvistade restriktiva åtgärden skall ogillas. Det skall konstateras att när den tyske lagstiftaren antog den omtvistade lagstiftningen var syftet i huvudsak att främja landets ekonomi genom att avråda från investeringar i bolag som har sitt säte i de andra medlemsstaterna. Såsom anges i beslutet om hänskjutande bör ett undantag från förbudet att göra avdrag för detta slag av investeringar endast föreligga i fall av verksamhet med intresse för den inhemska ekonomin. Det framgår av bakgrunden till denna bestämmelse att den ifrågasvarande tyske lagstiftaren avsiktligt har valt att missgynna internationella situationer till förmån för ett syfte av rent ekonomisk karaktär och till förfång för den inre marknadens grundläggande krav.<sup>37</sup>

### *C — Tolkningen av bestämmelserna om den fria rörligheten för kapital*

36 — Stabilitets- och tillväxtpakten består av Europeiska rådets resolution av den 17 juni 1997 (EGT C 236, s. 1), av rådets förordning (EG) nr 1466/97 av den 7 juli 1997 om förstärkning av övervakningen av de offentliga finanserna samt övervakningen och samordningen av den ekonomiska politiken (EGT L 209, s. 1), och av rådets förordning (EG) nr 1467/97 av den 7 juli 1997 om påskyndande och förtydligande av tillämpningen av förfarandet vid alltför stora underskott (EGT L 209, s. 6). Dessa förordningar har på senare tid ändrats genom rådets förordning (EG) nr 1055/2005 respektive rådets förordning (EG) nr 1056/2005 av den 27 juni 2005 (EGT L 174, s. 1 och s. 5).

61. Eftersom fördragets bestämmelser om etableringsfrihet utgör hinder för att tillämpa

37 — Se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Verkooyen, punkterna 47 och 48, samt dom av den 5 juni 1997 i mål C-398/95, Syndesmos (REG 1997, s. I-3091), punkterna 22 och 23.

den ifrågavarande lagstiftningen på sådana villkor som de som är i fråga i förevarande fall, synes det, för att lösa tvisten i målet vid den nationella domstolen, inte vara nödvändigt att undersöka huruvida också bestämmelserna i fördraget om den fria rörligheten för kapital utgör hinder därför.

62. Det synes dock som om vissa situationer, som åsyftas genom den omtvistade bestämmelsen i denna lagstiftning, fortfarande undantas från tillämpningen av bestämmelserna om etableringsfriheten. Detta gäller särskilt situationen för ett bolag som har andelar i ett bolag i en annan medlemsstat utan att utöva varken kontroll eller inflytande över detta.<sup>38</sup> Under dessa omständigheter kan det vara användbart att i andra hand undersöka huruvida artikel 56.1 EG, enligt vilken alla restriktioner för kapitalrörelser mellan medlemsstater skall vara förbjudna, kan tillämpas.

63. Begreppet "kapitalrörelser" definieras inte i fördraget. Inte desto mindre är det fast rättspraxis att i den mån som artikel 56 EG i huvudsak återger innehållet i artikel 1 i rådets direktiv 88/361/EEG av den 24 juni 1988 för genomförandet av artikel 67 i fördraget<sup>39</sup> fortsätter den nomenklatur för "kapitalrörelser" som har bilagts direktivet att ha samma betydelse som vägledning för

att definiera begreppet kapitalrörelser som den hade innan sagda bestämmelser trädde i kraft<sup>40</sup>.

64. Emellertid förekommer förvärv av del i nya eller befintliga företag i syfte att upprätta eller vidmakthålla varaktiga ekonomiska relationer under rubriken I, punkt 2, i nämnda nomenklatur. Härav följer att de förvärv av andel som är ursprunget till den nedskrivning som avses i den i förevarande fall ifrågasatta lagstiftningen utgör kapitalrörelser som omfattas av bestämmelserna i fördraget om den fria rörligheten.

65. Det finns följaktligen anledning att undersöka huruvida en lagstiftning som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen utgör en restriktion för kapitalrörelser.

66. Det framgår i detta avseende inte av rättspraxis om denna lagstiftning skall bedömas enligt andra kriterier än de kriterier som är tillämpliga i fråga om etableringsfriheten. Den tyska skattelagstiftningen har tydligt till verkan att avhålla de tyska bolagen från att investera sitt kapital i vissa bolag som har sitt säte i en annan medlemsstat<sup>41</sup>. En sådan lagstiftning får även en restriktiv verkan med

38 — Se punkt 14 i detta förslag till avgörande.

39 — EGT L 178, s. 5; svensk specialutgåva, område 10, volym 1, s. 44.

40 — Se, bland annat, dom av den 16 mars 1999 i mål C-222/97, Trummer och Mayer (REG 1999, s. I-1661), punkt 21.

41 — Se, analogt, domen i det ovannämnda målet Verkoijen, punkt 34, och domen i det ovannämnda målet Manninen, punkt 22.

avseende på dessa bolag som är hemmahörande i andra medlemsstater genom att den gentemot dem utgör ett hinder för kapitalanskaffning i Tyskland, eftersom de förluster som de kan generera för tyska investerare inte ger rätt till samma förmåner som investeringar som görs i Tyskland.

67. Det följer av det ovan anförda att denna lagstiftning i princip utgör en restriktion för den fria rörligheten för kapital. Eftersom de motiveringar som den berörda medlemsstaten kan åberopa till stöd för sin lagstiftning i huvudsak är desamma som dem som åberopats inom ramen för tolkningen av bestämmelserna om etableringsfrihet finns det ingen anledning att godta dem.

### III — Förslag till avgörande

68. Jag föreslår följaktligen att domstolen skall fastställa att artiklarna 43 EG, 48 EG och 56 EG skall tolkas så, att de utgör hinder för en medlemsstats lagstiftning, som i vissa fall utesluter möjligheten att göra skattemässiga avdrag för förluster som ett moderbolag redovisat till följd av nedskrivningar av värdet på andelar i dotterbolag hemmahörande i andra medlemsstater, medan möjligheten att göra avdrag för sådana förluster medges utan begränsning om dessa förluster motsvarar nedskrivningar av värdet på andelar i dotterbolag hemmahörande i samma medlemsstat som den där moderbolaget har sitt säte.