Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 25. oktober 2017 [1]

Forenede sager C-398/16 og C-399/16

X BV (sag C-398/16),
X NV (sag C-399/16)
mod
Staatssecretaris van Financiën

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol))

»Præjudiciel forelæggelse – selskabsskat – etableringsfrihed – et hjemmehørende moderselskabs fradrag for renter af et lån til erhvervelse af andele i et udenlandsk datterselskab – et ikke-hjemmehørende moderselskabs fradrag for værditabet af andelene i det ikke-hjemmehørende datterselskab som følge af en ændring af valutakursen – konsolideret koncern«

1. Domstolen har flere gange haft lejlighed til at træffe afgørelse om medlemsstaternes lovgivning om beskatning af selskabers overskud vedrørende koncerner bestående af et moderselskab og dets datterselskaber [2].

2. Navnlig er Nederlandenes skatteregler for konsoliderede koncerner blevet undersøgt ved i hvert fald to tidligere domme [3]. I henhold til disse bestemmelser kan en koncern alene påberåbe sig en integreret beskatningsordning, hvis alle de selskaber, koncernen omfatter, er hjemmehørende i Nederlandene, hvilket betyder, at ikke-hjemmehørende datterselskaber udelukkes.

3. I X Holding-dommen [4] anerkendte Domstolen i princippet, at den nederlandske lovgivning var forenelig med EU-retten (nærmere bestemt med bestemmelserne i EUF-traktaten vedrørende etableringsfriheden). Domstolen accepterede således, at udelukkelsen af moderselskaber fra denne integrationsordning var begrundet i behovet for at opretholde en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Jf. bl.a. dom af 16.7.1998, ICI (C-264/96, EU:C:1998:370); af 18.1.1999, X og Y (C-200/98, EU:C:1999:566), af 8.3.2001, Metallgesellschaft m.fl. (C-397/98 og C-410/98, EU:C:2001:134), af 18.9.2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479), af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), af 17.1.2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24), af 27.11.2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659), af 6.9.2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), af 1.4.2014, Felixstowe Dock and Railway Company m.fl. (C-80/12, EU:C:2014:200), af 3.2.2015, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige (C-172/13, EU:C:2015:50), af 6.10.2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661), og af 17.5.2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379).

3 – Dom af 25.2.2010, X Holding (C-337/08, herefter »X Holding-dommen«, EU:C:2010:89), og af 12.6.2014, SCA Group Holding m.fl. (C-39/13 – C-41/13, EU:C:2014:1758).

4 – Præmis 18 og 43.

4. Senere blev rækkevidden af X Holding-dommen imidlertid nærmere fastlagt ved dom af 2. september 2015, Groupe Steria [5], idet det blev bemærket, »at enhver forskellig behandling af selskaber, der tilhører en skattemæssigt konsolideret koncern, på den ene side, og selskaber, der ikke tilhører en sådan koncern, på den anden side, er forenelig med artikel 49 TEUF« [6]. Domstolen tilføjede, at den ved X Holding-dommen anførte begrundelse alene vedrørte de regler i den nederlandske ordning, der gjorde det muligt at overføre tab inden for den skattemæssigt konsoliderede koncern [7].

5. Med de spørgsmål, der er rejst ved disse to anmodninger om præjudiciel afgørelse, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt en afklaring af retspraksis om dette emne. Den forelæggende ret har behov for denne afklaring for at kunne afgøre, om den integrerede nederlandske beskatningsordning, i medfør af hvilken visse dele af de finansielle omkostninger kunne fratrækkes moderselskabets regnskaber, hvis dets datterselskab er hjemmehørende i Nederlandene, men ikke hvis datterselskabet er ikke-hjemmehørende, er forenelig med EU-retten.

6. I henhold til nederlandsk ret kan de omkostninger (renter), som et selskab påtager sig for at finansiere en anden enhed i koncernen, fradrages, medmindre der mellem moder- og datterselskab er oprettet en integreret beskatningsordning, der alene gælder for selskaber med hjemsted i Nederlandene. Sag C-398/16 vedrører denne nationale bestemmelse.

7. Det samme kriterium gælder for overskud og underskud (herunder afledt af tab som følge af ændringer i valutakursen for udenlandsk valuta), som ikke tages i betragtning ved fastsættelse af overskuddet. Et valutatab, der følger af den andel, som et moderselskab ejer af sit datterselskab, kan således ikke fradrages, medmindre begge selskaber atter bliver en del af en konsolideret koncern, der alene er åben for selskaber hjemmehørende i Nederlandene. I sag C-399/16 anvendes netop denne nationale bestemmelse.

I. Retsforskrifter

A. EU-retten

8. Artikel 49 TEUF bestemmer følgende:

»Inden for rammerne af nedennævnte bestemmelser er der forbud mod restriktioner, som hindrer statsborgere i en medlemsstat i frit at etablere sig på en anden medlemsstats område. Dette forbud omfatter også hindringer for, at statsborgere i en medlemsstat, bosat på en medlemsstats område, opretter agenturer, filialer eller datterselskaber.

Med forbehold af bestemmelserne i kapitlet vedrørende kapitalen indebærer etableringsfriheden adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 54 anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere.«

5 – C-386/14 (EU:C:2015:524) (herefter » Groupe Steria-dommen«).

6 – Ibidem, præmis 27.

7 – Ibidem, præmis 27, in fine.

9. Artikel 54 TEUF har følgende ordlyd:

»Selskaber, som er oprettet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Unionen, ligestilles, for så vidt angår anvendelsen af bestemmelserne i dette kapitel, med personer, der er statsborgere i medlemsstaterne.

Ved selskaber forstås privatretlige selskaber, heri indbefattet kooperative selskaber, samt alle andre juridiske personer, der henhører under den offentlige ret eller privatretten, med undtagelse af selskaber, som ikke arbejder med gevinst for øje.«

Nederlandsk ret

Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (lov om selskabsskat af 1969, herefter »loven af 1969«)

10. Følgende fremgår af artikel 10a, stk. 2:

»Renter, som skyldes til et associeret selskab, kan ikke fradrages ved opgørelsen af overskuddet, hvis de vedrører køb af […] andele i en associeret virksomhed, medmindre der foretages en ændring i kapitalinteresse- eller kontrolforholdene i denne virksomhed.«

11. I henhold til artikel 10a, stk. 3, finder stk. 2 ikke anvendelse, hvis den skattepligtige person godtgør, at lånet og den dermed sammenhængende retlige transaktion i overvejende grad er baseret på økonomiske grunde.

12. I henhold til artikel 13, stk. 1, medregnes ved opgørelsen af overskuddet hverken fordele ved en selskabsandel eller de omkostninger, der er afholdt i forbindelse med erhvervelse eller overdragelse af denne andel (»fritagelse for selskabsandele«).

13. Artikel 15 bestemmer:

»1. Når en skattepligtig person (moderselskabet) retligt og økonomisk ejer mindst 95% af den indbetalte nominelle kapital i en anden skattepligtig person (datterselskabet), kan disse to skattepligtige personer anmode om at blive beskattet som én enhed, hvilket vil sige, at datterselskabets aktiviteter og aktiver udgør en integrerende del af moderselskabets aktiviteter og aktiver. Skatten opkræves hos moderselskabet. De skattepligtige personer anses herefter for at udgøre én skattemæssig enhed. Der kan indgå flere datterselskaber i en skattemæssig enhed.

[…]

3. Stk. 1 finder kun anvendelse, såfremt:

[…]

b. de samme bestemmelser finder anvendelse ved beregningen af overskud for de to skattepligtige personer

c. begge skattepligtige personer er hjemmehørende i Nederlandene[…]«

II. Sagens faktiske omstændigheder og præjudicielle spørgsmål

A. Sag C-398/16

14. Det nederlandske selskab [8] X BV er en del af en svensk koncern, som ligeledes omfatter et italiensk selskab. Med henblik på at erhverve de andele i sidstnævnte selskab, som var ejet af tredjemand, skabte X BV et andet selskab i Italien, hvori det indskød en kapital på 237 312 000 EUR. Dette indskud blev finansieret ved et lån (forrentet), som et svensk selskab fra samme virksomhedssammenslutning ydede X BV.

15. Som følge af dette lån skyldte X BV i 2004 det långivende svenske selskab 6 503 261 EUR i renter. I sin angivelse af selskabsskat for 2004 fradrog X BV dette beløb som fradragsberettigede omkostninger fra sine indtægter. De nederlandske skattemyndigheder anerkendte imidlertid ikke et sådant fradrag og lagde herved vægt på artikel 10a, stk. 2, litra b), i loven af 1969 og tilsendte selskabet den i hovedsagen omtvistede skatteopkrævning.

16. I det til prøvelse af denne skatteopkrævning anlagte søgsmål gjorde X BV gældende, at selskabet kunne have fradraget renterne af lånet, hvis det havde haft mulighed for at oprette skattemæssig enhed med sit datterselskab. Eftersom denne mulighed i nederlandsk ret er forbeholdt hjemmehørende selskaber, har X BV anført, at selskabets etableringsfrihed er blevet begrænset i strid med artikel 49 TEUF og 54 TEUF.

17. Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol), som påkender sagen under kassationsanke, har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal artikel 43 EF og […] 48 EF (nu artikel 49 TEUF og […] [54] TEUF) fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter et moderselskab med hjemsted i en medlemsstat [...] for så vidt angår et lån, som vedrører et kapitalindskud i et datterselskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, nægtes et rentefradrag, mens dette fradrag ville kunne anvendes, såfremt det nævnte datterselskab var optaget i en skattemæssig enhed – med en nederlandsk skattemæssig enheds egenskaber – med det nævnte moderselskab, idet sammenhængen med et sådant kapitalindskud i så fald ikke ville fremgå som følge af konsolideringen?«

B. Sag C-399/16

18. Det nederlandske selskab X NV tilhører en koncern, der bl.a. omfatter og udgør en skattemæssig enhed med datterselskabet A Holdings BV. Sidstnævnte ejer for sit vedkommende alle andelene i det britiske selskab A Holdings UK.

19. Den 11. november 2008 overførte A Holdings BV sine andele i A Holdings UK til sit britiske datterselskab C [9].

20. I sine selskabsskatteangivelser for regnskabsårene 2008 og 2009 ville X NV fradrage tabet forårsaget af selskabets andele som følge af ændringen i valutakursen som omkostninger. De nederlandske myndigheder foretog ikke fradrag, jf. artikel 13, stk. 1, i loven af 1969 [10].

8 – Jeg benytter betegnelsen »nederlandsk« (eller italiensk, svensk osv.), selv om det i virkeligheden ville være mere passende at tale om et »selskab, der ikke er hjemmehørende« i Nederlandene eller i hver af de pågældende stater.

9 – Andelenes bevægelse er mere kompleks og kan, uden at der er behov for yderligere transaktioner, sammenfattes til, at A Holdings BV den 12.2.2009 overførte sine andele i C til enheden D, der var datterselskab til X NV, og som var en del af den samme skattemæssige enhed. Samme dag overførte D andelene i C til sit luxemburgske datterselskab, A Holdings Luxembourg.

10 – Jeg bemærker, at det følger af denne bestemmelse, at hverken den opnåede fortjeneste eller det lidte tab som følge af ejerskabet af andele finder anvendelse på fastsættelsen af overskuddet.

21. X NV anlagte sag til prøvelse af den administrative afgørelse og gjorde gældende, at virksomheden, såfremt den havde fået tilladelse til at oprette en konsolideret koncern med sit britiske datterselskab, kunne have fradraget det lidte tab som følge af valutakursen. Eftersom denne fradragsret i nederlandsk ret er forbeholdt hjemmehørende selskaber, er det virksomhedens opfattelse, at den har været udsat for en begrænsning i udøvelsen af sin etableringsfrihed.

22. Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol), som påkender sagen under kassationsanke, har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 43 EF og […] 48 EF (nu artikel 49 TEUF og […] 54 TEUF) fortolkes således, at de er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter et moderselskab med hjemsted i en medlemsstat for så vidt angår det beløb, som det har investeret i et datterselskab, som har hjemsted i en anden medlemsstat, ikke kan tage hensyn til valutatab, mens det ville kunne gøre dette, såfremt det nævnte datterselskab var optaget i en skattemæssig enhed – med en nederlandsk skattemæssig enheds egenskaber – med det nævnte moderselskab med hjemsted i den førstnævnte medlemsstat, hvilket skyldes konsolideringen inden for den skattemæssige enhed?

2) Såfremt første spørgsmål besvares bekræftende: Kan eller skal det ved beregningen af det valutatab, der skal tages hensyn til, i dette tilfælde lægges til grund, at også (et eller flere) direkte eller indirekte datterselskaber, som har hjemsted i Den Europæiske Union, og som indirekte – via det førstnævnte datterselskab – ejes af det pågældende moderselskab, ville være blevet optaget i den skattemæssige enhed?

3) Såfremt første spørgsmål besvares bekræftende: Skal der i dette tilfælde kun tages hensyn til valutatab, som ville have givet sig udslag ved en optagelse i moderselskabets skattemæssige enhed [...] i de år, som sagen vedrører, eller skal der også tages hensyn til de valutaresultater, som ville have givet sig udslag i tidligere år?«

III. Sammenfatning af parternes bemærkninger

A. Sag C-398/16

23. X BV har påberåbt sig retten til at fradrage renter for det lån, som virksomheden er blevet ydet af sit svenske datterselskab, der tilhører samme koncern. Virksomheden var blevet indrømmet fradraget, hvis dens datterselskab havde haft skattemæssigt hjemsted i Nederlandene, og den havde skabt en konsolideret koncern med virksomheden, hvilket ikke er muligt i henhold til nederlandsk ret. Den forskelsbehandling, som denne lovgivning medfører, betyder, at investeringer for at oprette datterselskaber i andre medlemsstater i Unionen er mindre attraktive end dem, der foretages i Nederlandene.

24. X BV har tilføjet, at denne forskel alene kan begrundes ved tvingende hensyn af almen interesse, forudsat at den ikke overstiger det nødvendige for at beskytte denne interesse.

25. X BV har under henvisning til X Holding-dommen gjort gældende, at nægtelsen af fradraget ikke opfylder målsætningen om at bevare en afbalanceret indbyrdes fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne, eftersom fradraget ikke ville flytte beskatningsgrundlaget fra en medlemsstat til en anden.

26. Ifølge X BV kan den anvendte begrænsning heller ikke begrundes i behovet for at sikre sammenhængen i beskatningsordningen for konsoliderede koncerner. Virksomheden har gjort gældende, at Domstolen [11] ikke har anerkendt denne begrundelse, medmindre der foreligger en direkte sammenhæng mellem skattefordelen og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning. I det foreliggende tilfælde er der ikke en direkte sammenhæng (således at fordelen godtgør udligningen) mellem muligheden for at fradrage renterne for lånet fra den konsoliderede koncerns resultat og de tab, der er omtalt i forelæggelsesafgørelsen [12].

27. X BV har endelig gjort gældende, at Domstolen bør besvare det forelagte spørgsmål bekræftende.

28. Ifølge Kommissionen er forholdet mellem et nederlandsk moderselskab og det ligeledes nederlandske datterselskab genstand for en ulige behandling i forhold til forholdet mellem dette moderselskab og et ikke-hjemmehørende datterselskab. Artikel 10a i loven af 1969 giver alene i det første tilfælde ved konsolidering mulighed for fradrag for de renter af et lån fra et selskab i koncernen, hvis beløb anvendes til at tilføre et andet datterselskab kapital.

29. Kommissionen har påpeget, at en sådan ulighed ikke følger direkte af artikel 10a i loven af 1969, eftersom denne omfatter bestemte transaktioner mellem associerede enheder for at forebygge misbrug og finder anvendelse uden forskel på både nationale og grænseoverskridende situationer. Forskellen mellem nationale forhold og forhold inden for Fællesskabet følger af beskatningsordningen for konsoliderede koncerner: Hvor det i en grænseoverskridende situation er umuligt at undgå at anvende artikel 10a i loven af 1969, er det muligt at gøre det i en rent national situation ved oprettelse af en konsolideret koncern.

30. Kommissionen har med henvisning til X Holding-dommen gjort gældende, at forskelsbehandlingen skal begrundes af tvingende hensyn af almen interesse, eftersom situationerne, når et hjemmehørende moderselskab ønsker at oprette en konsolideret koncern med et ligeledes hjemmehørende datterselskab, og et hjemmehørende moderselskab med et ikke-hjemmehørende datterselskab, er objektivt sammenlignelige situationer.

31. Ifølge Kommissionen kan fordelingen af beskatningskompetencerne mellem medlemsstaterne ikke tjene som begrundelse, eftersom dette tilfælde alene er omfattet af Nederlandenes beskatningskompetence.

32. For så vidt angår den mulige påvirkning af sammenhængen i den nederlandske beskatningsordning er det ikke Kommissionens opfattelse, at den kan påberåbes, eftersom der ikke er en direkte forbindelse mellem den opnåede skattefordel og udligningen af denne ved en bestemt skatteopkrævning [13]. Ifølge Kommissionen findes den manglende sammenhæng i selve den nederlandske beskatningsordning, eftersom den på den ene side finder det nødvendigt at anvende de i artikel 10a i loven af 1969 indeholdte bestemmelser om beskyttelse mod misbrug og på den anden side tillader nationale koncerner at undgå anvendelsen af disse regler.

11 – Jf. dom af 12.6.2014, SCA Group Holding m.fl. (C-39/13 – C-41/13, EU:C:2014:1758), præmis 33.

12 – Forelæggelsesafgørelsens punkt 2.8.2.7 nævner som eksempel visse skattefordele: i) Den lavere beskatningssats kan kun anvendes én gang på den skattemæssige enhed; ii) såfremt et datterselskab, der er en del af en skattemæssig enhed, forsvinder som følge af en opløsning ved fallit på grund af manglende indtægter; iii) hvert datterselskab, der er en del af den skattemæssige enhed, er hovedansvarligt for betaling af den selskabsskat, der pålægges den skattemæssige enhed; og iv) investeringer i selskaber, der tilhører den skattemæssige enhed, lægges sammen, hvorved den procentsats, der finder anvendelse på fradraget for investeringer i den skattemæssige enhed, kan være lavere end den, der ville finde anvendelse, hvis selskaberne betalte selskabsskat enkeltvis.

13 – Jf. i denne retning dom af 28.1.1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35, præmis 31 ff.), og af 28.2.2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, præmis 39).

33. Den nederlandske regering har anført, at artikel 10a, stk. 2, i loven af 1969 ikke i sig selv er i strid med etableringsfriheden. De eventuelle hindringer følger i dette tilfælde af den omstændighed, at et hjemmehørende moderselskab ikke kan oprette en skattemæssig enhed med et ikke-hjemmehørende datterselskab. Den nederlandske regering har imidlertid henvist til tvingende hensyn af almen interesse for at begrunde denne bestemmelse.

34. Muligheden for at fradrage renter inden for en konsolideret koncern følger af selve koncernens natur. Som følge af konsolideringen er kapitaltilførslen mellem et moderselskab og et datterselskab ikke skattemæssigt synlig inden for en skattemæssig enhed, idet transaktioner internt i koncernen ophæver hinanden. Eftersom der i konsolideringsordningen ikke findes en bestemt formue, der tilhører moderselskabet, kan der ikke foretages en kapitaltilførsel inden for en skattemæssig enhed. Derfor finder artikel 10a i loven af 1969 ikke anvendelse i dette tilfælde, og rentefradraget udgør en direkte og uadskillelig forbindelse med konsolideringen inden for den skattemæssige enhed.

35. Den nederlandske regering har endelig gjort gældende, at den såkaldte »fremgangsmåde efter konkrete aspekter« efter X Holding-dommen ikke finder anvendelse på den omtvistede bestemmelse. Såfremt Domstolen tiltræder en sådan fremgangsmåde, kan forskelsbehandlingen imidlertid begrundes ved tvingende hensyn af almen interesse: Begrænsningen af rentefradrag kan hindre kunstige arrangementer, der ikke er begrundet af økonomiske årsager. Den mulighed, som den skattepligtige er tillagt ved artikel 10a, stk. 3, i loven af 1969, sikrer, at foranstaltningen er forholdsmæssig, idet den skattepligtige gives mulighed for at godtgøre, at vedkommende ikke har foretaget et kunstigt arrangement.

B. Sag C-399/16

1. Det første spørgsmål

36. Selskabet X NV og Kommissionen er enige om, at det valutatab, der lides i forbindelse med selskabets andele i et britisk datterselskab, i henhold til nederlandsk ret ikke kan fradrages i selskabsskatteangivelsen. Dette tab kunne være fradraget i beskatningsordningen om skattemæssig integration, hvis datterselskabet havde været hjemmehørende i Nederlandene, hvilket er et forhold, der er objektivt sammenligneligt med et nederlandsk selskab med et ligeledes nederlandsk datterselskab, som udøver virksomhed i Det Forenede Kongerige. Forskelsbehandling af ensartede situationer udgør en hindring for etableringsfriheden.

37. De eneste begrundelser for denne forskelsbehandling vil være beskyttelsen af en afbalanceret indbyrdes fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne eller beskyttelsen af sammenhængen i den nederlandske beskatningsordning.

38. Hvad angår den første begrundelse har X NV og Kommissionen gjort gældende, at Nederlandenes beskatningskompetence ikke er påvirket i denne sag. De valutatab, som det nederlandske selskab har lidt hvad angår dets andel i det britiske datterselskab, kan ikke ses i sidstnævntes regnskaber, som føres i britiske pund.

39. Hvad angår den anden (eventuelle) begrundelse er X NV og Kommissionen enige om, at der, for at beskyttelsen af sammenhængen i en beskatningsordning som sådan kan anerkendes, skal være en direkte sammenhæng mellem på den ene side skattefordelen og på den anden side udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning. I det foreliggende tilfælde er der ingen sammenhæng mellem fordelen (dvs. fradraget for valutatabet) og de af den forelæggende ret omtalte tab [14].

14 – Jf. de ovenfor i fodnote 12 nævnte.

40. Ifølge den nederlandske regering tilsigter X NV at undgå de negative følger af artikel 13 i loven af 1969 (manglende mulighed for fradrag for valutatabet) og alligevel at være begunstiget af »skattefritagelsen for andelene«. I henhold til nederlandske ret kan denne anvendelse begrænset til »skattefritagelsen for andelene« imidlertid ikke opnås af et moderselskab med et hjemmehørende datterselskab.

41. Ifølge den nederlandske regering fastslog Domstolen ved X Holding-dommen og Groupe Steria-dommen [15], at udligningen af individuelle overskud og underskud for selskaberne i en skattemæssig enhed, som tilskrives moderselskabet, og det forhold, at transaktioner foretaget inden for koncernen har en neutral karakter, er uadskilleligt forbundet med oprettelsen af den skattemæssige enhed, inden for hvilken det hverken ville være af skattemæssig betydning, at det ejede andele i et andet selskab i koncernen, eller resultaterne af denne andel.

42. Muligheden for at skabe en konsolideret koncern medfører ikke umiddelbart en skattefordel i forhold til risikoen for valutatab, eftersom nederlandsk ret, selv om den er til hinder for et fradrag herfor, heller ikke omfatter valutakursgevinster i selskabsskattens beskatningsgrundlag. Derfor er udelukkelsen af valutatab fra andelen i et ikke-hjemmehørende selskab ikke til hinder for etableringsfriheden.

43. Desuden kan der ikke tages hensyn til valutatab i beskatningen af en konsolideret koncern, uanset om anvendelsen af »skattefritagelsen for andelene« tillades. Eftersom de forhold, der er forbundet med at eje aktier (såsom udlodning af udbytte og ændringer af andelens værdi), ikke er en del af den skattemæssige enheds slutresultat, er der ikke noget fradragsgrundlag. Hvad angår valutatab er der således ingen forskelsbehandling mellem et moderselskab med et ikke-hjemmehørende datterselskab og et moderselskab med et hjemmehørende datterselskab (når begge er en del af en konsolideret koncern).

2. Det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål

44. Selskabet X NV og Kommissionen har hvad angår det andet spørgsmål anført, at nederlandsk ret frit lader moderselskabet skabe en konsolideret koncern med sine hjemmehørende datterselskaber og desuden giver det mulighed for at vælge, hvilke datterselskaber det skaber den med. Der bør hvad angår bestemte forhold ikke være en ufordelagtig behandling af grænseoverskridende koncerner i forhold til den behandling, der indrømmes rent nationale koncerner. Eftersom sammenligningsgrundlaget er fradragsretten for valutatabet i forbindelse med beskatningen af hjemmehørende skattemæssige enheder, må behandlingen af et moderselskab med et udenlandsk moderselskab ikke være mindre fordelagtig.

45. Hvad angår det tredje spørgsmål har X NV og Kommissionen gjort gældende, at det sagsøgende selskab ikke må beskattes hårdere end en hjemmehørende koncern, som integrerer et moderselskab og datterselskaber i en skattemæssig enhed.

46. Den nederlandske regering har gjort gældende, at det andet og det tredje spørgsmål skal besvares på samme måde. Det skal ikke tillades, at moderselskabet kan vælge, hvilke selskaber og hvilke regnskabsår det inkluderer i opgørelsen fra den fiktive konsoliderede koncern. Hvis moderselskabet havde denne frihed, ville den blive udøvet efterfølgende, henset til de allerede kendte oplysninger, hvilket ville give moderselskabet mulighed for at tage hensyn til udviklingen af valutakurserne og vælge (»cherry picking«), hvilket datterselskab og hvilket regnskabsår var mest hensigtsmæssigt at integrere, hvorved beskatningsgrundlaget ville kunne undergraves.

15 – Henholdsvis præmis 43 og 25.

IV. Retsforhandlingerne for Domstolen

47. Forelæggelsesafgørelserne indgik til Domstolens Justitskontor den 18. juli 2016.

48. Den 9. august 2016 blev sagerne C-398/16 og C-399/16 forenet.

49. Der er indgivet skriftlige indlæg af X BV, X NV, den nederlandske regering og Europa-Kommissionen. Det blev ikke anset for nødvendigt at afholde et retsmøde.

V. Bedømmelse

A. Indledende bemærkninger

50. De spørgsmål, som Domstolen skal behandle ved denne forelæggelse, vedrører beskatningen af konsoliderede koncerner, som kan være omfattet af forskellige beskatningsordninger. I henhold til en af ordningerne handler hver enhed, som koncernen udgøres af, som selvstændig skattepligtig person, dvs. at de beskattes af alle opnåede indtægter, selv når nogle af disse indtægter stammer fra gennemførelsen af transaktioner med enheder i den samme koncern.

51. I andre lovgivninger gives koncerner derimod mulighed for at betale skat i henhold til den særlige integrerede beskatningsordning, således at skatten alene vedrører selve koncernen som økonomisk enhed (nærmere bestemt moderselskabet). Denne model indebærer, at transaktioner mellem enhederne i koncernen er skattemæssigt neutrale, dvs. at de ikke lægges sammen for at fastsætte beskatningsgrundlaget.

52. For begge disse tilfælde gælder, at moderselskabet, der er hjemmehørende i Nederlandene, erklærer at have lidt økonomiske tab som følge af forholdet til sine datterselskaber, som ikke kan fradrages i dets selskabsskatteangivelse, eftersom denne medlemsstats lovgivning er til hinder herfor. Det tilføjes, at fradraget ville være tilladt, hvis moderselskabet kunne skabe en skattemæssig enhed (konsolideret koncern) med disse ikke-hjemmehørende datterselskaber.

53. Nederlandsk ret foreskriver, at koncerner af selskaber alene kan være omfattet af den integrerede beskatningsordning, hvis de består af selskaber hjemmehørende i Nederlandene. Ikke-hjemmehørende selskaber er ikke omfattet af denne ordning. Som nævnt [16] fastslog Domstolen i X Holding-dommen, at der ikke kunne tages hensyn til underskuddet hos et datterselskab, der ikke var hjemmehørende i Nederlandene, for at reducere moderselskabets beskatningsgrundlag, eftersom konsolidering i henhold til nederlandsk ret er forbeholdt hjemmehørende datterselskaber. Ifølge Domstolen er denne forskelsbehandling begrundet i beskyttelsen af en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne.

54. Hoge Raad (øverste domstol) har fortolket X Holding-dommen således, at artikel 43 EF og 48 EF ikke alene er til hinder for »den konsekvens af den skattemæssige enhed (som er forbeholdt hjemmehørende selskaber), at tab kan udlignes inden for den skattemæssige enhed, men også for andre forskelsbehandlinger, som opstår ved [betalingen af skatten] og skyldes konsolideringen«. Med disse afgørelser har »[Hoge Raad (øverste domstol)] nægtet skattepligtige personer adgang til under påberåbelse af etableringsfriheden efter forgodtbefindende at nyde fordel af enkelte elementer, som har direkte sammenhæng med den skattemæssige enheds natur (konsolideringen)« [17].

16 – Punkt 3 og 4 i dette forslag til afgørelse.

17 – Jf. det i punkt 2.8.4 og 2.10.1 anførte i forelæggelsesafgørelserne i henholdsvis sag C-398/16 og sag C-399/16. Domme afsagt af Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol), som anlagde denne fortolkning ved dom af 24.6.2011 (NL:HR:2011:BN3537) og af 21.9.2012 (NL:HR:2012:BT5858).

55. Ifølge den forelæggende ret kan der af X Holding-dommen således udledes en »alt eller intet«-regel, hvorefter det ikke er lovligt kun at vælge bestemte virkninger af ordningen om skattemæssig enhed. Enhver fordel, der udledes af at danne en enhed med hjemmehørende datterselskaber, er berettiget, eftersom der ikke kan følges en »fremgangsmåde efter konkrete aspekter« i forhold til den skattemæssige enhed. Den forelæggende ret undlod således at udvide følgerne af den skattemæssige konsolidering til ikke-hjemmehørende datterselskaber.

56. Domstolens senere afgørelser i Groupe Steria-dommen og Finanzamt Linz-dommen [18] har fremkaldt den forelæggende rets tvivl. I disse to sager påvirkede den forskelsbehandling, som Domstolen forbød, netop »konkrete aspekter« (i det første tilfælde omkostninger og afgifter for moderselskabets andele og i det andet tilfælde afskrivninger af goodwill) i forholdet mellem hjemmehørende og ikke-hjemmehørende moderselskaber og datterselskaber i forbindelse med beskatningen af koncerner af selskaber.

57. Konkret fastslog Domstolen i Groupe Steria-dommen, at »andre skattemæssige fordele end overførsel af tab inden for en skattemæssigt integreret koncern« skulle vurderes særskilt. Først efter denne undersøgelse kunne det afklares, »om en medlemsstat kan forbeholde disse fordele for selskaber, der er en del af en skattemæssigt integreret koncern, og dermed udelukke dem i grænseoverskridende situationer« [19].

58. Det er på grundlag af disse betragtninger, at jeg vil gennemgå de præjudicielle spørgsmål, efter hvilken gennemgang det skal afgøres, om den i disse sager anvendte nederlandske lovgivning kan være i strid med artikel 49 TEUF, som pålægger at fjerne restriktioner for etableringsfriheden.

59. Jeg vil følge den metode, hvormed Domstolen flere gange har undersøgt præjudicielle spørgsmål, der i lignende sager er forelagt denne vedrørende direkte beskatning. Domstolens arbejdsmetode, som består af faser eller trin, identificerer først og fremmest den frihed, der gør sig gældende, og hvorledes den eventuelt er blevet begrænset. Derefter sammenligner den de forskellige situationer for at afgøre, hvorvidt de har været genstand for en anderledes behandling, hvilket kræver en detaljeret undersøgelse af de nationale regler, der har reguleret dem. Endelig undersøger den de mulige begrundelser, som er baseret på tvingende hensyn af almen interesse, samt om den nationale foranstaltning, der begrænser den omhandlede frihed, er forholdsmæssig.

60. Jeg skal straks bemærke, at en skattemæssig forskelsbehandling mellem datterselskaber, der er hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende i moderselskabets stat, for sidstnævnte kan medføre en hindring for dets udøvelse af etableringsfriheden, idet det afskrækkes fra at oprette datterselskaber i andre medlemsstater [20]. Den omhandlede regel i EUF-traktaten er således dens artikel 49, og denne forskelsbehandling mellem hjemmehørende eller ikke-hjemmehørende datterselskaber indebærer en begrænsning af for den frihed, der er fastsat heri.

61. For at denne forskellige behandling er forenelig med traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, er det en forudsætning, at den vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller at den er begrundet i tvingende hensyn af almen interesse [21]. Selv om den er begrundet, skal de nævnte regler være egnede til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det [22].

18 – Jf. dom af 6.10.2015 (C-66/14, EU:C:2015:661).

19 – Groupe Steria-dommen, præmis 27 og 28.

20 – Dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 32 og 33).

21 – X Holding-dommen, præmis 20, og Groupe Steria-dommen, præmis 21.

22 – Dom af 13.12.2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, præmis 35).

B. Om sag C-398/16

62. På samme måde består det faktiske grundlag i et forhold, hvori tre selskaber i den samme koncern hjemmehørende i forskellige medlemsstater i Unionen deltager. Dels har et svensk selskab ydet et forrentet lån til et nederlandsk selskab. Dels har dette nederlandske selskab anvendt det lånte beløb til at erhverve andele i et italiensk datterselskab.

63. Tvisten er opstået, fordi det nederlandske selskab i sin selskabsskatteangivelse ønsker fradrag for de renter, som skyldes det svenske selskab i den samme koncern.

64. Overordnet er artikel 10a, stk. 2, i loven af 1969 til hinder for fradrag, når et lån er ydet mellem virksomheder i den samme koncern (associerede virksomheder). Denne begrænsning undgås imidlertid, hvis disse associerede virksomheder vælger at blive beskattet som en konsolideret koncern eller en skattemæssig enhed.

65. I nederlandsk ret er oprettelsen af konsoliderede koncerner reguleret af følgende principper.

– Valget af de selskaber, der skal danne en konsolideret koncern, er frit [23].

– Muligheden for at oprette en konsolideret koncern forbeholdes selskaber, der er hjemmehørende i Nederlandene [24].

66. Som det fremgår af forelæggelsesafgørelsens punkt 2.8.3, følger forskelsbehandlingen af, at selskabet, såfremt det var hjemmehørende i Nederlandene, kunne have indgået i den skattemæssige enhed sammen med det nederlandske selskab. Under disse omstændigheder ville artikel 10a i loven af 1969 ikke finde anvendelse, og renterne af lånet ville kunne fradrages.

67. Således bliver investeringen med henblik på at erhverve hele det hjemmehørende datterselskabs kapital mere attraktiv end at erhverve kapitalen i et ikke-hjemmehørende datterselskab: Finansieringsomkostningerne (renterne) til lånet, der er optaget for at erhverve aktier eller kapitalandele, kan fradrages i det første tilfælde, men ikke i det andet.

68. Er der tale om sammenlignelige situationer? Domstolen har givet et bekræftende svar hvad konkret angår den samme nederlandske lov (artikel 15 i loven af 1969), som finder anvendelse på disse to præjudicielle forelæggelser.

69. I X Holding-dommen bemærkede Domstolen, at »[f]orholdene for et hjemmehørende moderselskab, der ønsker at udgøre en skattemæssig enhed med sit hjemmehørende datterselskab, og forholdene for et hjemmehørende moderselskab, der ønsker at udgøre en skattemæssig enhed med sit ikke-hjemmehørende datterselskab, er […] med hensyn til formålet med en beskatningsordning som den i hovedsagen omhandlede objektivt sammenlignelige, idet de begge søger at opnå fordelene ved denne ordning, som navnlig er, at de kan konsolidere overskud og underskud hos moderselskabet for de selskaber, der indgår i den skattemæssige enhed, samt at transaktioner foretaget inden for koncernen bevarer en skattemæssig neutral karakter« [25].

23 – Som anført af den nederlandske regering i punkt 21 i dens indlæg.

24 – Det kræves ligeledes, at de samme regler gælder for fastsættelsen af beskatningsgrundlaget, men dette forhold er ikke relevant i sag C-398/16, men derimod i sag C-399/16.

25 – X Holding-dommen, præmis 24.

70. X Holding-dommen vedrørte spørgsmålet om, hvorvidt moderselskabet kunne fradrage et datterselskabs underskud, hvorfor der blev taget hensyn til datterselskabets resultat i hele skatteåret. Selv om det påberåbte fradrag ikke er identisk i denne sag [26], er det min opfattelse, at der ligeledes er tale om to objektivt sammenlignelige situationer, eftersom der er tale om finansieringsomkostninger, som bæres af moderselskabet i forbindelse med dets andel i datterselskabet, uanset om der er en konsolidering eller ej.

71. Der er endvidere en vis lighed med Groupe Steria-sagen. Heri skulle det afgøres, om den såkaldte »forholdsmæssige andel af omkostninger og udgifter« (som var de omkostninger, som moderselskabet skulle afholde for sin andel i datterselskabet) kunne fradrages i den integrerede ordning, som ikke-hjemmehørende datterselskaber var udelukket fra. I det foreliggende tilfælde vedrører tvisten en anden omkostning (renterne af lånet), som moderselskabet er ifaldet, for at afgøre, om kvalificeringen heraf som ikke-fradragsberettigede gør det tilsvarende mindre attraktivt at udøve etableringsfriheden.

72. Henset til »fremgangsmåden efter konkrete aspekter«, som den forelæggende ret har nævnt, kan det efter min opfattelse ikke afvises, at disse situationer er sammenlignelige, og at ensartet skattemæssig adfærd dermed er behandlet forskelligt.

73. Når det er godtgjort, at objektivt sammenlignelige situationer behandles forskelligt, skal det undersøges, om der foreligger tvingende hensyn af almen interesse, som begrunder dette. Den forelæggende ret har i denne forbindelse anført sammenhængen i den nederlandske integrerede beskatningsordning.

74. Domstolen anførte i Groupe Steria-dommen, at »[f]or at et anbringende, der bygger på en sådan begrundelse, kan tages til følge, skal det være godtgjort, at der foreligger en direkte sammenhæng mellem den pågældende skattemæssige fordel og udligningen af denne fordel ved en bestemt skatteopkrævning, idet den direkte karakter af denne sammenhæng skal vurderes under hensyn til det formål, der forfølges med den pågældende lovgivning (dom [af 13.3.2014,] Bouanich, C-375/12, EU:C:2014:138, præmis 69 og den deri nævnte retspraksis)« [27].

75. Jeg finder hverken i forelæggelsesafgørelsen eller i den nederlandske regerings argumenter tilstrækkelige grunde til at acceptere denne begrundelse. Den nederlandske regerings argumenter [28] tilsigter reelt nærmere at forsvare, at X Holding-dommen anvendes »uindskrænket«, idet »fremgangsmåden efter konkrete aspekter« forkastes. Denne regering har endvidere ved at nævne Groupe Steria-dommen uden videre gjort gældende, at den afbalancerede fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne skal sikres, hvilket ikke uddybes (regeringen forklarer ikke, hvorfor der i det foreliggende tilfælde ville opstå en uligevægt).

76. Hvad angår sag C-398/16 er den nederlandske regerings argument om, at den integrerede beskatningsordning omfatter en pakke af fordele og byrder, for generel. Denne regering har, som jeg netop har bemærket, ikke fremlagt noget håndfast bevis på, at sammenhængen af denne ordning vil brydes hvad konkret angår fradrag for renter for lån fra et datterselskab.

26 – Der behandles således alene en omkostning (renterne af lånet), som ikke påvirker slutresultatet, men alene moderselskabet i forbindelse med investeringen i erhvervelsen af andele i datterselskabet.

27 – Groupe Steria-dommen, præmis 31.

28 – Punkt 52-55 i dets skriftlige indlæg, hvis indhold (for sag C-398/16) henviser til dette indlægs punkt 95.

77. Denne regerings bemærkninger er mere udførlige hvad angår bekæmpelsen af skatteunddragelse som tvingende hensyn af almen interesse (hvilken årsag den forelæggende ret imidlertid ikke har henvist til i punkt 2.8.6 i sin afgørelse). Den har forklaret, at formålet med artikel 10a i loven af 1969 er at hindre, at der gennemføres kunstige arrangementer, som ikke opfylder rigtige økonomiske formål, men alene er skabt for at omgå betaling af skatter, der opkræves af overskud opnået på nederlandsk område [29].

78. I samme retning har den nederlandske regering gjort gældende, at den skattemæssigt mest fordelagtige mulighed ville foretrækkes, hvis den skattepligtige person fik mulighed for at vælge efterfølgende. Dette argument er imidlertid fremsat meget kortfattet hvad angår problemerne med fradragsret for renter af lånet (det beskrives lidt mere hvad angår det underskud, der er genstand for sag C-399/16).

79. En bestemmelse som artikel 10a, stk. 2, i loven af 1969, der er indført for at bekæmpe skattesvig, kan rent faktisk begrunde visse begrænsninger for etableringsfriheden [30]. Som den nederlandske regering har anført, reducerer renter af et lån mellem selskaber i den samme koncern beskatningsgrundlaget, hvorimod udbytte modtaget fra et selskab i koncernen forhøjer dette grundlag. Der findes således en vis risiko for beskatningsgrundlagets integritet, og det tilsigtes at undgå, at indtægter »fratrækkes« i form af renteskabende lån, som ud over, at de ikke bliver en del af beløbsmodtagerens beskatningsgrundlag, giver mulighed for at reducere dette grundlag med dette rentebeløb.

80. Desuden finder artikel 10a i loven af 1969 anvendelse på forholdene mellem selskaberne i koncernen, uanset om de er hjemmehørende i eller uden for Nederlandene. Vanskelighederne opstår derfor ikke som følge af denne bestemmelse, eftersom den behandler hjemmehørende og ikke-hjemmehørende ens i forbindelse med bekæmpelsen af skatteunddragelse.

81. Denne forklaring svækkes dog ved, at formålet med bekæmpelse af unddragelse ikke påvirker hjemmehørende selskaber, som har udøvet muligheden for at betale skat under den integrerede beskatningsordning. Bekæmpelsen af skattesvig kan nemlig forklare, at reglen findes, men det er vanskeligt at forstå, hvorfor behandlingen af forholdene mellem koncernens selskaber er så uforholdsmæssig, alt efter om de har tilsluttet sig den integrerede beskatningsordning eller ej. Mens renter af lån inden for koncernen som hovedregel ikke er fradragsberettigede, uanset hvor selskaberne er hjemmehørende, er de fradragsberettigede for konsoliderede koncerner.

82. Ved et lån fra et nederlandsk (moder)selskab til et nederlandsk datterselskab inden for rammerne af skattemæssig konsolidering ville førstnævnte kunne fradrage renterne. Derimod vil den omstændighed, at moderselskabet yder et italiensk datterselskab samme lån, ikke være konsolidering, og renterne kan ikke fradrages. Hvad angår skatteunddragelse – hvis formålet er, at moderselskabets beskatningsgrundlag i Nederlandene ikke reduceres kunstigt – kan årsagen til, at det accepteres, når der alene er tale om nederlandske selskaber, men at det hindres, hvis et selskab fra en anden medlemsstat deltager, ikke udledes: Den samme unddragelse kan foretages i begge tilfælde.

83. Samlet set er bekæmpelsen af skatteunddragelse efter min opfattelse ikke et tvingende hensyn af almen interesse, der kan berettige den ulige behandling, eftersom det netop er oprettelsen af skattemæssig konsolidering i Nederlandene, som giver en mulighed for en lovlig fordel for hjemmehørende koncerner, mens den udelukkes for ikke-hjemmehørende konsoliderede selskaber [31].

29 – Artikel 10a, stk. 3, i loven af 1969 udelukker ikke fuldstændigt fradragsretten: Den tillader fradrag, hvis det berørte selskab godtgør, at der ikke tale om en kunstig konstruktion uden forbindelse med den økonomiske virkelighed.

30 – Dom af 12.9.2006, Cadbury Schweppes og Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, præmis 51).

31 – Som anført (punkt 32) har Kommissionen i denne forbindelse bemærket den manglende sammenhæng i den nederlandske beskatningsordning, som, selv om artikel 10a i loven af 1969 i princippet finder anvendelse på både nationale og grænseoverskridende situationer, giver rent nationale konsoliderede koncerner mulighed for at undgå anvendelsen af denne regel til bekæmpelse af unddragelse.

84. Ganske som det ville kunne opdages, hvis ydelsen af lånet mellem moderselskabet og det hjemmehørende datterselskab skjuler et kunstigt arrangement uden en egentlig økonomisk forklaring med henblik på kunstigt at reducere førstnævntes skattebyrde [32], kan jeg desuden heller ikke se, hvorfor den samme kontrol ikke kan finde anvendelse på forhold med det ikke-hjemmehørende datterselskab. Denne mulighed for i hvert enkelt tilfælde at godtgøre den underliggende økonomiske virkelighed afvises uden videre på forhånd ved en lovgivning, som simpelthen ikke tillader den for ikke-hjemmehørende selskaber, der forbydes at deltage i ordningen for konsolidering af koncerner i Nederlandene.

85. Endelig har Domstolen bl.a. i dommen i sagen Euro Park Service [33] allerede fastslået, at »indførelsen af en generel regel, hvorefter visse former for transaktioner automatisk er udelukket fra at opnå skattefordele, uden at der tages hensyn til spørgsmålet, om der faktisk foreligger skattesvig eller skatteunddragelse, går ud over, hvad der er nødvendigt for at undgå en sådan form for skattesvig eller skatteunddragelse […]«.

C. Om sag C-399/16

86. Inden de i denne sag forelagte præjudicielle spørgsmål behandles, forekommer det mig hensigtsmæssigt at fremsætte to bemærkninger. Den første vedrører det konkrete område for de negative forskelle i valutakursen, der påvirker moderselskabets andele i dets ikke-hjemmehørende datterselskaber, når nogle af dem virker med andre valutaer.

87. Jeg finder i denne henseende, at den nederlandske regerings nuancering er korrekt, idet den sondrer mellem »datterselskabets valutatab« og »valutatab vedrørende datterselskabet«. Førstnævnte vedrører tab, der skyldes datterselskabets investeringer i udenlandsk valuta, som afspejles i dette datterselskabs resultat. Derimod reducerer »valutatab vedrørende datterselskabet« i hvert fald ud fra et regnskabsmæssigt synspunkt værdien af moderselskabets investering (i udenlandsk valuta) i dets andele i datterselskabet og afspejles i moderselskabets resultat.

88. I det foreliggende tilfælde har valutatabene direkte forbindelse med andelenes værdi og ikke med resultatet af datterselskabets investeringer. Der er således tale om det andet af de to nævnte tilfælde.

89. Den anden bemærkning vedrører forøgelsen eller forringelsen af værdien af de kapitalandele, som moderselskabet ejer i datterselskabet, og som kan påvirkes af ændringer i valutakursen. Denne faktor kan betragtes ud fra to vinkler: a) udviklingen af denne værdi, mens andelene er en del af moderselskabets kapital, og b) forskellen i værdien på tidspunktet for overførslen af andelene, dvs. anskaffelsesværdien og overførselsværdien.

90. Efter min opfattelse er denne del af forelæggelsesafgørelsen ikke særligt klar: Det første præjudicielle spørgsmål synes at vedrøre det tilfælde, hvor andelene skifter ejer, mens det tredje vedrører den periode, hvor disse andele uden at blive overført forblev moderselskabets ejendom.

91. For at afgrænse diskussionen på passende vis bør det første spørgsmål vedrøre det værditab, som forårsages af valutakursen, når andelene overføres, hvorimod svaret på det tredje spørgsmål bør vedrøre nedskrivningen af andelene, mens de ejes af moderselskabet, dvs. den rent regnskabsmæssige konstatering af andelenes værditab.

32 – Jf. fodnote 33.

33 – Dom af 8.3.2017 (C-14/16, EU:C:2017:177, præmis 57).

1. Det første spørgsmål

92. På grundlag af parternes bemærkninger, særligt sagsøgeren i hovedsagens, er tvisten opstået, fordi det valutatab, der opstod på tidspunktet for overførslen af andelene i A Holdings UK til dets datterselskab C, kunne være fradraget, hvis X NV kunne have integreret sit datterselskab i Det Forenede Kongerige i den konsoliderede koncern [34].

93. Årsagen hertil skal findes i, at artikel 13 i loven af 1969 indførte den såkaldte »skattefritagelse for selskabsandele«: Ved opgørelsen af selskabets overskud medregnes hverken fordele ved en selskabsandel eller de omkostninger, der er afholdt i forbindelse med erhvervelse eller overdragelse af denne andel. Denne regel gælder imidlertid ikke i tilfælde af skattemæssig konsolidering.

94. Den forelæggende ret har fastslået, at der foreligger forskelsbehandling, idet den har anført, at et moderselskab hjemmehørende i Nederlandene »for så vidt angår det beløb, som det har investeret i et datterselskab, der har hjemsted i en anden medlemsstat, ikke kan tage hensyn til valutatab, mens det ville kunne gøre dette, såfremt det nævnte datterselskab var optaget i en skattemæssig enhed – med en nederlandsk skattemæssig enheds egenskaber – med det nævnte moderselskab med hjemsted i den førstnævnte medlemsstat, hvilket skyldes konsolideringen inden for den skattemæssige enhed«.

95. Umiddelbart ses således en forskelsbehandling, der kan begrænse udøvelsen af etableringsfriheden. Denne forskel kan alene være forenelig med bestemmelserne i EUF-traktaten om denne frihed, hvis den vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller hvis den er begrundet i tvingende hensyn af almen interesse.

96. Hoge Raad (øverste domstol) har nævnt tre mulige løsninger på ovennævnte problem: a) Der anvendes den beskatningsordning, der anvendes for faste driftssteder i udlandet, b) de hjemmehørende datterselskaber handler med en anden funktionel valuta end euro, og c) der ses ikke alene bort fra valutatab ved fastsættelsen af beskatningsgrundlaget, men ligeledes eventuelle valutagevinster.

97. Jeg vil koncentrere mig om den sidste af disse løsninger, uden at der er behov for at behandle de to første. Den forelæggende ret har i denne forbindelse foretaget en hensigtsmæssig henvisning til Domstolens praksis i Deutsche Shell-dommen [35] og X-dommen [36]. Den har på baggrund af denne retspraksis foreslået, at den manglende mulighed for at fradrage en negativ forskel i valutakursen kunne være begrundet af, at der heller ikke tages hensyn til positive forskelle i valutakursen. Denne opfattelse [37] støttes af præmis 40 og 41 i X-dommen og af generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse i samme sag [38].

98. Den sag, hvori X-dommen blev afsagt, vedrørte ligeledes fradrag for opstået tab i andelenes værdi som følge af tab skabt ved en ændring af valutakursen. Selv om svensk lovgivning var til hinder for fradrag for tab som følge af valutakursen, når moderselskabet solgte sine andele i et datterselskab med underskud, blev det opnåede overskud af disse andele heller ikke beskattet.

34 – Selv om punkt 2.5 i forelæggelsesafgørelsen henviser til den mulige integration af C i den konsoliderede koncern (»kunne have optaget«), begrænser den berørte part den hypotetiske integration til A Holdings UK.

35 – Dom af 28.2.2008 (C-293/06, EU:C:2008:129).

36 – Dom af 10.6.2015 (C-686/13, herefter »dom X«, EU:C:2015:375).

37 – Punkt 2.9.5 i forelæggelsesafgørelsen: »De konstateringer, der er anført ovenfor i punkt 2.9.1, 2.9.2 og 2.9.4, [taler] for at fastslå, at der hverken foreligger en forskelsbehandling af objektivt sammenlignelige tilfælde eller en hindring af etableringsfriheden, og for at forkaste skyldnerens standpunkt.«

38 – Jf. forslag til afgørelse X (C-686/13, EU:C:2015:31).

99. På denne baggrund fastslog Domstolen, at »det ikke [kan] udledes af EUF-traktatens bestemmelser om etableringsfriheden, at denne medlemsstat er forpligtet til at udøve sin beskatningskompetence – på en i øvrigt asymmetrisk måde – med henblik på at tillade fradrag af tab, der er opstået som følge af transaktioner, hvis resultater, såfremt de havde været positive, under alle omstændigheder ikke ville være blevet beskattet«. Den udledte heraf, at »artikel 49 TEUF skal fortolkes således, at den ikke er til hinder for en medlemsstats skattelovgivning, hvorefter kapitalgevinster af andele i princippet er fritaget for selskabsskat, og fradrag af kapitaltab på sådanne andele tilsvarende er udelukket, selv når disse kapitaltab er opstået som følge af valutakurstab« [39].

100. Hvis jeg foretager en korrekt fortolkning af den i forelæggelsesafgørelsen omhandlede nederlandske ordning i denne sag hvad angår »fritagelsen for selskabsandele« og de øvrige regler, som gælder for beskatning af overskud og underskud skabt af ændringer i valutakursen, der påvirker andele i ikke-hjemmehørende datterselskaber, er det min opfattelse, at den løsning, som Domstolen kom frem til i X-dommen, finder anvendelse i denne sag.

101. Selv om tvisten i sag C-686/13, X, vedrørte forholdet mellem et moderselskab og et datterselskab uden for den konsoliderede koncern, finder jeg det ikke uegnet at anvende den i denne sag afsagte dom på det foreliggende tilfælde. Det er efter min opfattelse afgørende, at overskud afledt af ændringer i valutakursen heller ikke er omfattet af selskabsskattens beskatningsgrundlag under de omhandlede omstændigheder. Dvs., at der for nu at anvende den forelæggende rets ordvalg foreligger et tilfælde, hvor »der hverken tages hensyn til valutagevinster eller valutatab« [40].

102. Hvis det forholder sig således – som den forelæggende nationale ret synes at antage ved redegørelsen for nederlandsk ret, og som den nederlandske regering understøtter – begrænser den forskelsbehandling, som forbeholdes valutatab af værdien af et moderselskabs andele i det ikke-hjemmehørende datterselskab, når sidstnævnte ikke kan være en del af den konsoliderede koncern, ikke etableringsfriheden, hvilket følger af de samme grunde, som Domstolen allerede har redegjort for i X-dommen.

103. Besvarelsen af dette spørgsmål lukker adgangen til de to andre spørgsmål, som den forelæggende ret har fremført. Jeg vil alligevel undersøge dem kortfattet og samlet (idet jeg følger den nederlandske regerings opfattelse), såfremt Domstolen måtte besvare det første spørgsmål bekræftende.

2. Det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål

104. Såfremt moderselskabet i sit underskud kunne medregne tab fra dets andele i ikke-hjemmehørende datterselskaber, som følger af ændringer i valutakursen, ønsker den forelæggende ret oplyst: a) om denne mulighed også gælder »(et eller flere) direkte eller indirekte datterselskaber, som har hjemsted i Den Europæiske Union, og som indirekte – via det førstnævnte datterselskab – ejes af det pågældende moderselskab«, og b) om der »kun [skal] tages hensyn til valutatab, som ville have givet sig udslag […] i de år, som sagen vedrører«, eller også i tidligere år.

105. Det synes at kunne udledes af de regler, som finder anvendelse i det foreliggende tilfælde, at den konsolideringsordning, der er fastsat i nederlandsk ret, giver mulighed for at vælge de selskaber, der skal være en del eller ej af koncernen (der oprettes som skattemæssig enhed) [41]. Der var således i princippet ikke grundlag for at nægte de ikke-hjemmehørende datterselskaber det, der indrømmes de hjemmehørende datterselskaber.

39 – X-dommen, præmis 40 og 41. Først forklarede Domstolen i præmis 36-39, hvorfor det i dom af 28.2.2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), afgivne svar ikke kunne anvendes i X-sagen.

40 – Punkt 2.9.4 i forelæggelsesafgørelsen.

41 – Jf. fodnote 23.

106. Tvisten i hovedsagen vedrører således ikke muligheden for at konsolidere det tab, der er forårsaget af ændringer i valutakursen, vedrørende andelene i et bestemt ikke-hjemmehørende datterselskab. Heraf følger, at indholdet af det andet spørgsmål snarere er hypotetisk: Det diskuteres, om datterselskabet i Det Forenede Kongerige og ikke et hvilket som helst andet direkte eller indirekte datterselskab kan integreres i den konsoliderede koncern. Således formuleret må dette spørgsmål afvises.

107. Jeg mener heller ikke, at Domstolen kan give et hensigtsmæssigt svar på det tredje præjudicielle spørgsmål. Ingen af sagens parter har faktisk direkte gjort gældende, at den skal gøre dette i henhold til EU-retten. Selv det sagsøgende selskab i hovedsagen (X NV) har gjort gældende, at afgørelsen af tvivlen nærmere skal findes i national ret end i EU-retten, eftersom de nationale bestemmelser fastsætter regler for det årlige skattepligtige overskud.

108. Jeg bemærker, at der begrebsmæssigt kunne sondres mellem værditab i andelene, mens de ejes af A Holdings BV, og det tab, der opstår ved overførslen. Spørgsmålet synes at vedrøre nedskrivningen af andelene som dele af selskabskapitalen som følge af ændringer i valutakursen.

109. Mens regnskabet skal oplyse virksomhedens økonomiske situation på en bestemt dato, kan nedskrivningen af andelene komme regnskabsmæssigt til udtryk på forskellige måder. For så vidt som disse andele er en del af det investerende selskabs aktiver, kan deres nedskrivning afspejles i selskabets regnskaber ved f.eks. at foretage de nødvendige tilpasninger til at medføre et tab som følge af nedskrivninger.

110. Når andele udtrykkes i en valuta, som moderselskabet ikke anvender, kan udviklingen i valutakursen skabe mere eller mindre permanente økonomiske udsving. For at disse udsving kan påvirke selskabsskattens beskatningsgrundlag, er det normalt nødvendigt, at de udgør et reelt økonomisk tab.

111. Domstolen kan ikke undersøge, om den regnskabsmæssige sikkerhed af andelenes nedskrivning påvirker fastsættelsen af beskatningsgrundlaget i henhold til national ret. Det påhviler den forelæggende ret i henhold til sin skattelovgivning at afklare, om der foreligger et reelt økonomisk tab, der påvirker moderselskabets resultater enten alene i det år, hvor overførslen af andelene blev foretaget, eller i hvert af de foregående regnskabsår[42].

VI. Forslag til afgørelse

112. På baggrund af ovenstående argumenter foreslår jeg Domstolen at svare Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes øverste domstol) således:

»Artikel 49 TEUF:

– er til hinder for en national bestemmelse, hvorefter et moderselskab hjemmehørende i en medlemsstat ikke kan fradrage renter for et lån forbundet med betaling af kapital i et datterselskab hjemmehørende i en anden medlemsstat, hvorimod moderselskabet kunne være begunstiget af dette fradrag, hvis der var tale om et datterselskab hjemmehørende i samme medlemsstat som moderselskabet

42 – Jf. i denne retning analogt dom af 28.2.2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, præmis 24 og 25).

– er ikke til hinder for en national lovgivning, hvorefter et moderselskab hjemmehørende i en medlemsstat ikke fra sit overskud kan fradrage negative forskelle (tab) afledt af ændringer i valutakursen vedrørende størrelsen af dets andele i et datterselskab hjemmehørende i en anden medlemsstat, når den samme lovgivning ikke samtidig beskatter indtægter (overskud) afledt af sådanne ændringer.«