

DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

6. september 2012 (*)

»Etableringsfrihed – skattelovgivning – selskabsskat – skattelempelse – national lovgivning, der udelukker overførsel af de tab, som er lidt på det nationale område af et ikke-hjemmehørende driftssted for et selskab, der er etableret i en anden medlemsstat, til et selskab i samme koncern, der er etableret på det nationale område«

I sag C-18/11,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF, indgivet af Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) (Det Forenede Kongerige) ved afgørelse af 17. december 2010, indgået til Domstolen den 12. januar 2011, i sagen:

The Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs

mod

Philips Electronics UK Ltd,

har

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-C. Bonichot (refererende dommer), og dommerne A. Prechal, K. Schiemann, L. Bay Larsen og E. Jarašiūnas,

generaladvokat: J. Kokott

justitssekretær: ekspeditionssekretær L. Hewlett,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 16. februar 2012,

efter at der er afgivet indlæg af:

- Philips Electronics UK Ltd ved D. Milne, QC, og barrister D. Jowell
- Det Forenede Kongeriges regering ved S. Hathaway, som befuldmægtiget, bistået af barrister K. Bacon
- den danske regering ved C. Vang, som befuldmægtiget
- Europa-Kommissionen ved W. Mölls og R. Lyal, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 19. april 2012, afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 43 EF og 48 EF.

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Philips Electronics UK Ltd (herefter »Philips Electronics UK«) og Commissioners for Her Majesty's Revenue & Customs vedrørende anvendelse af lovgivningen om den til visse medlemsselskaber i et konsortium indrømmede koncernlempelse.

Nationale retsfor skrifter

3 Income and Corporation Taxes Act 1988 (lov af 1988 om indkomst- og selskabsskat) i den affattelse, der finder anvendelse på tvisten i hovedsagen (herefter »ICTA«), fastsætter i section 402:

»(1). I overensstemmelse med dette kapitel og section 492(8) kan lempelse for driftstab og andre beløb, der kan føre til lempelse i selskabsskatten, i de i subsection 2 og 3 nævnte tilfælde afgives af et selskab (»det afgivende selskab«) og kan, når ansøgning herom fremsættes af et andet selskab (»det anmodende selskab«), tildeles dette selskab som lempelse i selskabsskatten, den såkaldte »koncernlempelse«.

[...]

(3). Koncernlempelse kan ligeledes gives i tilfælde af et afgivende selskab og et anmodende selskab, [...] når et af dem er medlem af en koncern, og det andet ejes af et konsortium, og et andet selskab er medlem af både koncernen og konsortiet. Et krav, der fremsættes i medfør af denne subsection, kaldes »et konsortiumskrav«.

(3A). Koncernlempelse kan kun gives, såfremt både det afgivende og det anmodende selskab opfylder følgende betingelse.

(3B). Betingelsen er, at selskabet er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige og i denne medlemsstat driver virksomhed gennem et fast driftssted.

[...]

(6). En betaling for koncernlempelse

a) skal ikke medtages ved beregning af overskud eller tab for hvert af selskaberne for så vidt angår selskabsskatten, og

b) skal ikke anses for en udlodning eller indkomstskat i henhold til [Corporation Tax Acts]

og i denne subsection forstås ved »en betaling for koncernlempelse« en betaling foretaget af det anmodende selskab til det afgivende selskab i overensstemmelse med en aftale mellem dem vedrørende et beløb, som afgives i form af koncernlempelse, for så vidt betalingen ikke overstiger dette beløb.«

4 ICTA's section 403D bestemmer:

»(1). Tab og andre beløb for et givent regnskabsår kan i henhold til dette kapitel alene overføres af et ikke-hjemmehørende selskab i form af koncernlempelse, for så vidt som

a) det kan henføres til de af selskabets aktiviteter, der har genereret indkomst og gevinster i denne periode, som er eller (hvis der var nogen) ville blive medtaget i beregningen af selskabets overskud, for hvilket der skal svares selskabsskat i denne periode

b) det ikke kan henføres til virksomhedens aktiviteter, som er fritaget for selskabsskat i denne periode i medfør af en dobbeltbeskatningsoverenskomst, og

[...]

i) [ingen del af] tabet eller andet beløb, eller

ii) [ingen del af] et beløb, der er medtaget ved beregningen heraf,

svarer til eller indgår i noget beløb, som med henblik på udenlandsk skat (i enhver periode) kan fradrages eller på anden måde modregnes i selskabets eller en anden persons overskud, der ikke kan henføres til Det Forenede Kongerige.

[...]

(3). I denne section betyder »overskud, der ikke kan henføres til Det Forenede Kongerige«, i forbindelse med enhver person, beløb, som

a) med henblik på udenlandsk skat anses for at være det beløb fra overskuddet, indkomsten eller gevinsten, af hvilken personen (efter eventuelle fradrag) opkræves nævnte skat, og

b) ikke er beløb, der svarer til eller indgår i det samlede overskud (for denne eller en anden person) i enhver regnskabsperiode

eller beløb, der er medtaget ved beregningen af sådanne beløb.

[...]

(6). Ved anvendelsen af denne section skal der ses bort fra enhver lovgivning, der gælder uden for Det Forenede Kongerige [Storbritannien og Nordirlands] område, og hvorefter fradragsretten for et beløb i forbindelse med udenlandsk skat beror på, om dette beløb kan fradrages skattemæssigt i Det Forenede Kongerige.

[...]«

5 ICTA's section 406(2) fastsætter desuden:

»Med forbehold af subsections (3) og (4) nedenfor kan et koncernmedlem, når det forbundne selskab (bortset fra underskud) ville kunne fremsætte et konsortiumskrav for tab eller andre beløb, for hvilke der kan kræves lempelse, i en relevant regnskabsperiode for et konsortiumselskab, fremsætte ethvert konsortiumskrav, som kunne være fremsat af det forbundne selskab, og den del, som er den relevante del for så vidt angår section 403C, når et koncernmedlem er det anmodende selskab, skal være den samme, som den ville være, hvis det forbundne selskab var det anmodende selskab.«

Twisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

6 Philips Electronics UK er et selskab, der har sit skattemæssige hjemsted i Det Forenede Kongerige. Selskabet er en del af Philips-koncernen, hvis endelige moderselskab har hjemsted i Nederlandene. Sidstnævnte har sammen med en sydkoreansk koncern, LG Electronics, etableret

et joint venture. Dette joint venture har et nederlandsk datterselskab, LG Philips Displays Netherlands BV (herefter »LG.PD Netherlands«), som har et fast driftssted i Det Forenede Kongerige.

7 Philips Electronics UK ansøgte om i sit eget overskud at modregne en del af det tab, som LG.PD Netherlands' faste driftssted i Det Forenede Kongerige havde lidt i skatteårene 2001-2004.

8 Selskabets ansøgning blev afslået af skattemyndighederne i Det Forenede Kongerige med bl.a. den begrundelse, at LG.PD Netherlands' tab kunne modregnes i sidstnævntes overskud i Nederlandene. Denne begrundelse er bl.a. blevet anfægtet ved First-tier Tribunal (Tax Chamber).

9 First-tier Tribunal (Tax Chamber) gav Philips Electronics UK medhold. Skattemyndighederne i Det Forenede Kongerige appellerede herefter til Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber).

10 Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) besluttede herefter at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Når en medlemsstat (såsom Det Forenede Kongerige) i sit beskatningsgrundlag medtager overskud og tab for et selskab, der er stiftet i og er skattemæssigt hjemmehørende i en anden medlemsstat (såsom Nederlandene), for så vidt som overskuddet kan henføres til virksomhed, som det nederlandske selskab udøver i Det Forenede Kongerige gennem et fast driftssted i denne medlemsstat, udgør det da en begrænsning af den frihed, som en statsborger i en medlemsstat har til at etablere sig i Det Forenede Kongerige i henhold til artikel 49 TEUF (tidligere artikel 43 EF), at Det Forenede Kongerige hindrer overførsel af tab, der i Det Forenede Kongerige er lidt af et ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, til et i Det Forenede Kongerige etableret selskab gennem koncernlempelse, når hele eller en del af dette tab eller et beløb, der tages i betragtning ved beregningen heraf, »svarer til eller indgår i noget beløb, som med henblik på udenlandsk skat (i enhver periode) kan fradrages eller på anden måde modregnes i selskabets eller en anden persons overskud, der ikke kan henføres til Det Forenede Kongerige«, dvs. kun at tillade overførsel af et tab, der er opstået i Det Forenede Kongerige, i tilfælde af et fast driftssted i denne medlemsstat, når det er åbenbart, at der på det tidspunkt, hvor kravet fremsættes, på intet tidspunkt kan foretages fradrag eller modregning i nogen stat uden for Det Forenede Kongerige (herunder en anden medlemsstat, såsom Nederlandene), og hvor det ikke er tilstrækkeligt, at der faktisk ikke er fremsat krav om lempelse uden for Det Forenede Kongerige, og under omstændigheder, hvor der ikke findes en tilsvarende betingelse, der finder anvendelse på overførsel af tab, som et selskab med hjemsted i Det Forenede Kongerige har lidt i denne medlemsstat?

2) I bekræftende fald, er denne begrænsning da begrundet:

a) blot på grundlag af behovet for at hindre dobbelt anvendelse af tab

b) blot på grundlag af behovet for at bevare en ligelig fordeling af skattekompетенцен imellem medlemsstaterne, eller

c) på grundlag af behovet for at bevare en ligelig fordeling af skattekompетенцен mellem medlemsstaterne, sammenholdt med behovet for at hindre dobbelt anvendelse af tab?

3) I bekræftende fald, er begrænsningen da forholdsmæssig i forhold til en sådan begrundelse eller sådanne begrundelser?

4) Hvis der ikke findes begrundede begrænsninger af det nederlandske selskabs rettigheder,

eller for så vidt som der ikke findes en forholdsmæssig begrænsning, kræver EU-retten da, at Det Forenede Kongerige skal rette op på den situation, det i denne medlemsstat etablerede selskab befinder sig i, ved f.eks. at indrømme nævnte selskab retten til at kræve en koncernlempelse, der kan modregnes i selskabets overskud?»

Om de præjudicielle spørgsmål

Det første spørgsmål

11 Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om artikel 43 EF skal fortolkes således, at det udgør en begrænsning af et ikke-hjemmehørende selskabs ret til frit at etablere sig i en anden medlemsstat, hvis muligheden for til et hjemmehørende selskab gennem koncernlempelse at overføre tab, som er lidt af et ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, i henhold til en national lovgivning underlægges en betingelse om, at disse tab ikke kan anvendes ved beregningen af en udenlandsk skat, hvorimod overførslen af tab, som et hjemmehørende selskab har lidt i denne medlemsstat, ikke er underlagt nogen tilsvarende betingelse.

12 Den ret til frit at etablere sig, som EU-borgerne har i henhold til artikel 43 EF, og som for dem indebærer adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder på de vilkår, som i etableringsmedlemsstatens lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere, omfatter i henhold til artikel 48 EF en ret for selskaber, som er stiftet i overensstemmelse med en medlemsstats lovgivning, og hvis vedtægtsmæssige hjemsted, hovedkontor eller hovedvirksomhed er beliggende inden for Den Europæiske Union, til at udøve virksomhed i den pågældende medlemsstat via et datterselskab, en filial eller et agentur (dom af 21.9.1999, sag C-307/97, Saint-Gobain ZN, Sml. I, s. 6161, præmis 35, og af 13.12.2005, sag C-446/03, Marks & Spencer, Sml. I, s. 10837, præmis 30).

13 Da artikel 43, stk. 1, andet punktum, EF udtrykkeligt giver erhvervsdrivende mulighed for frit at vælge, under hvilken hensigtsmæssig juridisk form de vil udøve virksomhed i en anden medlemsstat, må dette frie valg ikke begrænses af diskriminerende skattebestemmelser (dom af 28.1.1986, sag 270/83, Kommissionen mod Frankrig, Sml. s. 273, præmis 22).

14 Friheden til at vælge den mest hensigtsmæssige juridiske form for udøvelse af virksomhed i en anden medlemsstat har således bl.a. til formål at gøre det muligt for selskaber, der har deres hjemsted i en medlemsstat, at åbne en filial i en anden medlemsstat for dér at udøve deres virksomhed på samme vilkår som dem, der gælder for datterselskaber (dom af 23.2.2006, sag C-253/03, CLT-UFA, Sml. I, s. 1831, præmis 15).

15 I denne henseende er muligheden for til et hjemmehørende selskab gennem koncernlempelse at overføre tab, som er lidt af et ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, i henhold til en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede underlagt bestemte betingelser, hvorimod overførslen af tab, som et hjemmehørende selskab har lidt i denne medlemsstat, ikke er underlagt nogen tilsvarende betingelse.

16 En sådan forskelsbehandling gør det mindre attraktivt for selskaber, der har deres hjemsted i andre medlemsstater, at udøve etableringsfriheden gennem et fast driftssted. Det følger heraf, at en lovgivning som den i hovedsagen omhandlede begrænser friheden til at vælge den mest hensigtsmæssige juridiske form for udøvelse af virksomhed i en anden medlemsstat.

17 For at en sådan forskelsbehandling er forenelig med EF-traktatens bestemmelser om etableringsfrihed, er det en forudsætning, at den vedrører situationer, der ikke er objektivt sammenlignelige, eller at den er begrundet i tvingende almene hensyn (jf. i denne retning dom af

12.12.2006, sag C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation, Sml. I, s. 11753, præmis 167). Sammenligneligheden af forholdene på fællesskabsplan og forholdene på nationalt plan skal vurderes under hensyntagen til, hvilket formål der forfølges med de omhandlede nationale bestemmelser (dom af 25.2.2010, sag C-337/08, X Holding, Sml. I, s. 1215, præmis 22).

18 Det Forenede Kongerige har gjort gældende, at den situation, som et ikke-hjemmehørende selskab, der på nationalt område kun råder over et driftssted, som alene er skattepligtigt af overskud, der er skabt på sidstnævnte område, og som kan tilskrives dette driftssted, befinder sig i, ikke er sammenlignelig med den situation, som et hjemmehørende selskab, der i øvrigt kan være et ikke-hjemmehørende moderselskabs datterselskab, og som er skattepligtigt af hele sin indtægt, befinder sig i.

19 En sådan argumentation kan imidlertid ikke tiltrædes. Den situation, som et ikke-hjemmehørende selskab, der kun råder over et fast driftssted på nationalt område, befinder sig i, og den, som et hjemmehørende selskab befinder sig i, er nemlig med hensyn til målet med en beskatningsordning som den i hovedsagen omhandlede objektivt sammenlignelige, for så vidt som det drejer sig om muligheden for til et andet af denne concerns selskaber gennem koncernlempelse at overføre tab, der er lidt i Det Forenede Kongerige.

20 Det første spørgsmål skal følgelig besvares med, at artikel 43 EF skal fortolkes således, at det udgør en begrænsning af et ikke-hjemmehørende selskabs ret til frit at etablere sig i en anden medlemsstat, hvis muligheden for til et hjemmehørende selskab gennem koncernlempelse at overføre tab, som er lidt af det ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, i henhold til en national lovgivning underlægges en betingelse om, at disse tab ikke kan anvendes ved beregningen af en udenlandsk skat, hvorimod overførslen af tab, som et hjemmehørende selskab har lidt i denne medlemsstat, ikke er underlagt nogen tilsvarende betingelse.

Det andet spørgsmål

21 Med sit andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om en begrænsning af et ikke-hjemmehørende selskabs frihed til at etablere sig i en anden medlemsstat, såsom den i hovedsagen omhandlede begrænsning, kan begrundes i tvingende almene hensyn, der er udledt af målet om at forhindre dobbelt anvendelse af underskud, målet om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne eller af en kombination af begge disse begrundelser.

22 Det fremgår af fast retspraksis, at en restriktion for etableringsfriheden kan tillades, hvis den er begrundet i tvingende almene hensyn. I et sådant tilfælde kræves det dog desuden, at restriktionen er egnet til at sikre gennemførelsen af det pågældende mål og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at nå det (Marks & Spencer-dommen, præmis 35).

23 Hvad for det første angår opretholdelsen af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne bemærkes, at der er tale om et lovligt mål, der er anerkendt af Domstolen (jf. bl.a. dom af 29.11.2011, sag C-371/10, National Grid Indus, Sml. I, s. 12273, præmis 45).

24 Således som Domstolen har bemærket, har dette mål bl.a. til formål at sikre symmetrien mellem kompetencen til at beskatte overskud og muligheden for at fradrage underskud (jf. dom af 15.5.2008, sag C-414/06, Lidl Belgium, Sml. I, s. 3601, præmis 33).

25 I en situation som den i hovedsagen omhandlede påvirkes beskatningskompetencen hos den værtsmedlemsstat, på hvis område den til grund for driftsstedets tab liggende virksomhed udøves, imidlertid på ingen måde af det forhold, at det er muligt til et hjemmehørende selskab

gennem koncernlempelse at overføre de tab, som et på denne værtsmedlemsstats område beliggende driftssted har lidt.

26 Der skal sondres mellem denne situation og den, hvor der drages tvivl om muligheden for at medtage tab, der er lidt i en anden medlemsstat, og som i henhold hertil kan knyttes til sidstnævntes beskatningskompetence, og hvor symmetrien mellem kompetencen til at beskatte overskud og muligheden for at fradrage underskud ikke er sikret. I en situation som den i hovedsagen omhandlede, hvor der er tale om til et hjemmehørende selskab at overføre de tab, som et på samme medlemsstats område beliggende driftssted har lidt, er sidstnævntes beskatningskompetence for så vidt angår eventuelt overskud af driftsstedets virksomhed på dens område nemlig ikke berørt.

27 Det følger heraf, at den værtsmedlemsstat, på hvis område den til grund for driftsstedets tab liggende virksomhed udøves, i en situation som den i hovedsagen omhandlede ikke kan påberåbe sig målet om opretholdelse af fordelingen af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne til at begrunde den omstændighed, at muligheden for til et hjemmehørende selskab gennem koncernlempelse at overføre tab, som er lidt af et ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, i henhold til værtsmedlemsstatens nationale lovgivning underlægges en betingelse om, at disse tab ikke kan anvendes ved beregningen af en udenlandsk skat, hvorimod overførslen af tab, som et hjemmehørende selskab har lidt i denne medlemsstat, ikke er underlagt nogen tilsvarende betingelse.

28 Hvad for det andet angår målet om at forhindre dobbelt anvendelse af underskud bemærkes, at selv om det antoges, at en sådan begrundelse kunne påberåbes selvstændigt, kan den i et tilfælde som det i hovedsagen omhandlede under alle omstændigheder ikke påberåbes for at begrunde værtsmedlemsstatens nationale lovgivning.

29 Tvisten i hovedsagen vedrører således den mulighed, som værtsmedlemsstaten har for at underlægge muligheden for til et hjemmehørende selskab gennem koncernlempelse at overføre tab, som er lidt af et ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, bestemte betingelser, hvorimod overførslen af tab, som et hjemmehørende selskab har lidt i denne medlemsstat, ikke er underlagt nogen tilsvarende betingelse.

30 I et sådant tilfælde er risikoen for, at disse tab medtages i den værtsmedlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, og ligeledes medtages i den medlemsstat, hvor det ikke-hjemmehørende selskab har sit hjemsted, uden betydning for beskatningskompetencen hos den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende.

31 Som generaladvokaten har anført i punkt 49 ff. i sit forslag til afgørelse, kan de tab, som LG.PD Netherlands' faste driftssted i Det Forenede Kongerige har overført til Philips Electronics UK, der er et i Det Forenede Kongerige hjemmehørende og etableret selskab, under alle omstændigheder knyttes til Det Forenede Kongeriges beskatningskompetence. Denne beskatningskompetence kan på ingen måde berøres af det forhold, at de overførte tab i påkommende fald også kan medtages i Nederlandene.

32 Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede kan målet om at forhindre risikoen for dobbelt anvendelse af underskud derfor som sådan ikke gøre det tilladt for den medlemsstat, hvor det faste driftssted er beliggende, at udelukke, at tabene kan medtages med den begrundelse, at disse i øvrigt kan anvendes i den medlemsstat, hvor det ikke-hjemmehørende selskab har sit hjemsted.

33 Den værtsmedlemsstat, på hvis område det faste driftssted er etableret, kan derfor med henblik på at begrunde sin lovgivning i en situation som den i hovedsagen omhandlede under

ingen omstændigheder selvstændigt påberåbe sig risikoen for dobbelt anvendelse af underskud.

34 Det samme gør sig gældende, og af de i denne doms præmis 23-33 anførte grunde, for så vidt angår en kombination af målene om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne og forhindre dobbelt anvendelse af underskud.

35 Det følger af det ovenstående, at det andet spørgsmål skal besvares med, at en begrænsning af et ikke-hjemmehørende selskabs frihed til at etablere sig i en anden medlemsstat, såsom den i hovedsagen omhandlede begrænsning, ikke kan begrundes i tvingende almene hensyn, der er udledt af målet om at forhindre dobbelt anvendelse af underskud, målet om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne eller af en kombination af begge disse begrundelser.

Det tredje spørgsmål

36 Henset til besvarelsen af det andet spørgsmål er det uforholdsmæssigt at besvare det tredje spørgsmål.

Det fjerde spørgsmål

37 Med sit fjerde spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, hvilke konsekvenser den skal drage af besvarelsen af det andet spørgsmål.

38 Det fremgår af fast retspraksis, at enhver national ret under en sag, der henhører under dens kompetence, som organ i en medlemsstat har pligt til i medfør af det i artikel 10 EF angivne princip om samarbejde at anvende den direkte anvendelige EU-ret fuldt ud og at beskytte de rettigheder, som denne tillægger private, idet den skal undlade at anvende enhver modstridende bestemmelse i national lov, hvad enten denne er vedtaget før eller efter den EU-retlige bestemmelse (jf. i denne retning bl.a. dom af 9.3.1978, sag 106/77, Simmenthal, Sml. s. 629, præmis 16 og 21, og af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433, præmis 19).

39 I denne henseende er det forhold, at det ikke er skatteyderen, et i Det Forenede Kongerige etableret selskab, der uretmæssigt har fået begrænset sin etableringsfrihed, men det ikke-hjemmehørende selskab, som har et fast driftssted i Det Forenede Kongerige, i denne sag uden betydning. Etableringsfriheden skal, for at anses for virkelig, i en situation som den i hovedsagen omhandlede ligeledes indbefatte muligheden for, at skatteyderen indrømmes ret til at modregne koncernlempelsen i sit overskud.

40 Det fjerde spørgsmål skal følgelig besvares med, at den nationale dommer i en situation som den i hovedsagen foreliggende skal undlade at anvende en bestemmelse i den nationale lovgivning, som strider med artikel 43 EF.

Sagens omkostninger

41 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Fjerde Afdeling) for ret:

1) **Artikel 43 EF skal fortolkes således, at det udgør en begrænsning af et ikke-hjemmehørende selskabs ret til frit at etablere sig i en anden medlemsstat, hvis muligheden for til et hjemmehørende selskab gennem koncernlempelse at overføre tab, som er lidt af det ikke-hjemmehørende selskabs faste driftssted i denne medlemsstat, i henhold til en**

national lovgivning underlægges en betingelse om, at disse tab ikke kan anvendes ved beregningen af en udenlandsk skat, hvorimod overførslen af tab, som et hjemmehørende selskab har lidt i denne medlemsstat, ikke er underlagt nogen tilsvarende betingelse.

2) En begrænsning af et ikke-hjemmehørende selskabs frihed til at etablere sig i en anden medlemsstat, såsom den i hovedsagen omhandlede begrænsning, kan ikke begrundes i tvingende almene hensyn, der er udledt af målet om at forhindre dobbelt anvendelse af underskud, målet om at sikre en afbalanceret fordeling af beskatningskompetencen mellem medlemsstaterne eller af en kombination af begge disse begrundelser.

3) Den nationale dommer skal i en situation som den i hovedsagen foreliggende undlade at anvende en bestemmelse i den nationale lovgivning, som strider med artikel 43 EF.

Underskrifter

* Processprog: engelsk.