

Preliminär utgåva

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA

föredraget den 25 oktober 2017(1)

Förenade målen C-398/16 och C-399/16

X BV (C-398/16),

X NV (C-399/16)

mot

Staatssecretaris van Financiën

(begäran om förhandsavgörande från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol))

”Begäran om förhandsavgörande – Inkomstskatt för juridiska personer – Etableringsfrihet – Avdrag som ett moderbolag med hemvist i landet gör för ränta på ett lån för förvärv av andelar i ett dotterbolag som saknar hemvist i landet – Avdrag på grund av valutakursförändringar som ett moderbolag med hemvist i landet gör för minskning av värdet på andelarna i ett dotterbolag som saknar hemvist i landet – Integrerad koncern”

1. Domstolen har upprepade gånger haft tillfälle att uttala sig om medlemsstaternas lagstiftning om vinstskatt för bolag, när det gäller koncerner som består av ett moderbolag och dess dotterbolag.(2)
2. Den nederländska skattelagstiftningen rörande integrerade koncerner har prövats i minst två tidigare domar.(3) Enligt denna lagstiftning kan en koncern bara omfattas av systemet med skattemässig integrering om alla bolag som ingår i koncernen har hemvist i Nederländerna, vilket utesluter dotterbolag som inte har hemvist där.
3. I domen X Holding(4) slog domstolen i princip fast att den nederländska lagstiftningen är förenlig med unionsrätten (närmare bestämt med bestämmelserna i EUF-fördraget rörande etableringsfriheten). Domstolen fann att den omständigheten att bolag som saknar hemvist i landet utesluts från systemet med skattemässig integrering rättfärdigas av behovet av att upprätthålla fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.
4. Senare nyanserade emellertid domstolen räckvidden av domen X Holding i sin dom av den 2 september 2015, Groupe Steria.(5) Domstolen erinrade där om att det på grundval av den

domen inte går att sluta sig till att "varje skillnad i behandling av, å ena sidan, bolag som ingår i en skattemässigt integrerad koncern och, å andra sidan, bolag som inte ingår i en sådan koncern är förenlig med artikel 49 FEUF".(6) Det rättfärdigande som domstolen godtog i domen X Holding rörde enligt domstolen endast de bestämmelser i det nederländska systemet som gjorde det möjligt att flytta underskott inom den skattemässigt integrerade koncernen.(7)

5. Med de tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt i respektive begäran om förhandsavgörande, vill den i själva verket ha ett förtydligande av domstolens praxis inom detta område. Den behöver detta för att kunna avgöra om det nederländska systemet med skattemässig integrering är förenligt med unionsrätten. Systemet innebär att vissa finansiella kostnader får dras av i moderbolagets räkenskaper om dess dotterbolag har hemvist i landet, men inte om dotterbolaget saknar hemvist där.

6. I den nederländska lagstiftningen föreskrivs det att de kostnader (ränta) som ett bolag ådrar sig då det erhåller finansiering från en annan enhet i koncernen inte är avdragsgilla, såvida inte det har skapats ett system med skattemässig integrering mellan moderbolaget och dotterbolaget, vilket bara är tillåtet för bolag som har hemvist i Nederländerna. Mål C-398/16 handlar om denna nationella regel.

7. Samma kriterium kan tillämpas på de värdeökningar och värdeminskningar (bland annat på grund av valutakursförändringar) som inte beaktas när vinsten fastställs. Det innebär att en valutakursförlust som uppkommit på grund av en andel som ett moderbolag äger i sitt dotterbolag inte är avdragsgill, såvida inte båda ingår i en integrerad koncern, vilket bara är möjligt för bolag med hemvist i landet. I mål C-399/16 är det just denna regel som tillämpas.

I. Tillämpliga bestämmelser

A. Unionsrätten

8. I artikel 49 FEUF föreskrivs följande:

"Inom ramen för nedanstående bestämmelser ska inskränkningar för medborgare i en medlemsstat att fritt etablera sig på en annan medlemsstats territorium förbjudas. Detta förbud ska även omfatta inskränkningar för medborgare i en medlemsstat som är etablerad i någon medlemsstat att upprätta kontor, filialer eller dotterbolag.

Etableringsfriheten ska innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 54 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, om inte annat följer av bestämmelserna i kapitlet om kapital."

9. Artikel 54 FEUF har följande lydelse:

"Bolag som bildats i överensstämmelse med en medlemsstats lagstiftning och som har sitt säte, sitt huvudkontor eller sin huvudsakliga verksamhet inom unionen ska vid tillämpningen av bestämmelserna i detta kapitel likställas med fysiska personer som är medborgare i medlemsstaterna.

Med 'bolag' förstås bolag enligt civil- eller handelslagstiftning, inbegripet kooperativa sammanslutningar samt andra offentligrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer, med undantag av sådana som inte drivs i vinstsyfte."

B. Nederländsk rätt

*Wet op de vennootschapsbelasting 1969 (1969 års lag om inkomstskatt för juridiska personer)
(nedan kallad 1969 års lag)*

10. I artikel 10a.2 föreskrivs följande:

”Ränta som ska betalas till ett närstående företag är inte avdragsgill vid fastställandet av vinsten såvitt den har samband med förvärv av ... aktier i ett närstående företag, såvida inte ägande- eller kontrollförhållandena ändras.”

11. Enligt artikel 10a.3 ska punkt 2 inte tillämpas om den skattskyldige kan visa att skulden och den därmed sammanhängande rättshandlingen till övervägande del grundas på sakliga skäl.

12. Enligt artikel 13.1 ska inte förmåner av andelar eller kostnader som uppkommit i samband med förvärv eller överlåtelse av dessa andelar beaktas vid fastställandet av vinsten (nedan kallat andelsundantag).

13. Artikel 15 har följande lydelse:

”1. Om en beskattningsbar person (moderbolaget) innehar den rättsliga och ekonomiska äganderätten till minst 95 procent av andelarna i det inbetalade nominella kapitalet i en annan beskattningsbar person (dotterbolaget), så kan på ansökan av de båda beskattningsbara personerna skatten för dem beräknas som om det var fråga om en enda beskattningsbar person, i den meningen att dotterbolagets verksamhet och tillgångar är en del av moderbolagets verksamhet och tillgångar. Skatten tas ut hos moderbolaget. De skattskyldiga personerna anses tillsammans utgöra en och samma skattemässiga enhet. Flera dotterbolag kan ingå i en och samma skattemässiga enhet.

...

3. Punkt 1 är bara tillämplig om

...

b. samma bestämmelser gäller för fastställandet av vinsten för båda de skattskyldiga personerna,

c. båda de skattskyldiga personerna har hemvist i Nederländerna ...”

II. De faktiska omständigheterna i det nationella målet och tolkningsfrågorna

A. Mål C-398/16

14. Det nederländska bolaget(8) X BV utgör en del av en svensk koncern där även ett italienskt bolag ingår. För att köpa andelar ägda av tredje man i det sistnämnda bolaget, bildade X BV ett annat bolag i Italien och tillförde kapital på 237 312 000 euro till det bolaget. X BV finansierade detta kapitaltillskott genom ett lån (med ränta) från ett svenskt bolag, som ingick i samma koncern.

15. Till följd av det lånet var X BV år 2004 skyldigt det långgivande svenska bolaget 6 503 261 euro i ränta. I sin inkomstdeklaration för år 2004 drog X BV av detta belopp som avdragsgill kostnad. Den nederländska skattemyndigheten medgav emellertid inte detta avdrag, med hänvisning till artikel 10a.2 b i 1969 års lag, och fattade därför det omtvistade beslutet om efterbeskattning.

16. I sitt överklagande av efterbeskattningsbeslutet gjorde X BV gällande att bolaget skulle ha

fått dra av låneräntan om det hade fått bilda en skattemässig enhet med sitt dotterbolag. Eftersom denna möjlighet enligt nederländsk rätt endast står öppen för bolag med hemvist i landet, har X BV gjort gällande att dess etableringsfrihet har inskränkts, i strid med artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF.

17. Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol), till vilken målet överklagades, har ställt följande tolkningsfråga till EU-domstolen:

”Ska artiklarna 43 EG och 48 EG (nu artiklarna 49 FEUF och 54 FEUF) tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning på grund av vilken ett moderbolag med hemvist i en medlemsstat nekats ränteavdrag för ett lån som har samband med ett kapitaltillskott till ett dotterbolag med hemvist i en annan medlemsstat, medan detta avdrag skulle kunna utnyttjas om nämnda dotterbolag hade inkluderats i en skattemässig enhet – som uppfyller kraven på en nederländsk skattemässig enhet – med nämnda moderbolag, av det skälet att det genom konsolideringen inte hade framgått något samband med ett sådant kapitaltillskott?”

A. *Mål C-399/16*

18. Det nederländska bolaget X NV är en del av en koncern där bland annat dotterbolaget A Holdings BV ingår i en skattemässig enhet med X NV. A Holdings BV äger i sin tur samtliga andelar i det brittiska bolaget A Holdings UK.

19. Den 11 november 2008 överförde A Holdings BV sina andelar i A Holdings UK till sitt brittiska dotterbolag C.(9)

20. I sina inkomstdeklarationer för åren 2008 och 2009 försökte X NV att som kostnad göra avdrag för andelarnas värdeminskning på grund av valutakursförändringen. Den nederländska skattemyndigheten medgav inte detta avdrag, med hänvisning till artikel 13.1 i 1969 års lag.(10)

21. X NV överklagade myndighetens beslut och gjorde gällande att bolaget hade kunna göra avdrag för valutakursförlusten om det hade fått bilda en integrerad koncern med sitt brittiska dotterbolag. Eftersom denna möjlighet enligt den nederländska lagstiftningen är förbehållen bolag med hemvist i landet, anser X NV att dess etableringsfrihet har inskränkts.

22. Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol), till vilken målet överklagades, har ställt följande tolkningsfrågor till EU-domstolen:

”1) Ska artiklarna 43 EG och 48 EG (nu 49 FEUF och 54 FEUF) tolkas så, att de utgör hinder för en nationell lagstiftning på grund av vilken ett moderbolag med hemvist i en medlemsstat inte kan beakta en valutakursförlust med avseende på det belopp som det har investerat i ett dotterbolag med hemvist i en annan medlemsstat, medan moderbolaget skulle kunna göra det om nämnda dotterbolag hade inkluderats i en skattemässig enhet – som uppfyller kraven på en nederländsk skattemässig enhet – med nämnda moderbolag med hemvist i den förstnämnda medlemsstaten, vilket skulle vara hänförligt till konsolideringen inom den skattemässiga enheten?

2) Såvitt fråga 1 besvaras jakande: Kan eller måste det vid fastställandet av den relevanta valutakursförlusten antas att även (ett eller flera) direkta och indirekta dotterbolag med säte i Europeiska unionen som ägs indirekt av det berörda moderbolaget – via detta dotterbolag – tagits upp i den skattemässiga enheten?

3) Såvitt fråga 1 besvaras jakande: Ska i detta fall endast hänsyn tas till valutakursförluster som skulle ha kommit till uttryck vid upptagning i moderbolagets skattemässiga enhet under åren som målet berör, eller ska hänsyn tas även till de valutakursresultat som skulle ha kommit till uttryck

under tidigare år?”

III. Sammanfattning av parternas ståndpunkter

A. Mål C-398/16

23. X BV har gjort gällande att bolaget har rätt att dra av räntan för ett lån från ett svenskt dotterbolag som tillhör samma koncern. Avdraget skulle ha varit tillåtet om dotterbolaget hade haft skattemässig hemvist i Nederländerna och bildat en integrerad koncern med X BV, vilket inte är möjligt enligt den nederländska lagstiftningen. Den skillnad i behandling som denna lagstiftning medför gör att det blir mindre attraktivt att investera för att bilda dotterbolag i andra medlemsstater i unionen än för att bilda dotterbolag i Nederländerna.

24. X BV menar också att denna skillnad bara skulle kunna vara motiverad av tvingande hänsyn till allmänintresset om den inte går längre än vad som är nödvändigt för att skydda detta intresse.

25. X BV har med hänvisning till domen X Holding gjort gällande att nekandet av avdraget inte motiveras av behovet av att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, eftersom avdraget inte skulle leda till att skattebasen flyttas från en medlemsstat till en annan.

26. Enligt X BV kan begränsningen i fråga inte heller motiveras av behovet av att upprätthålla det inre sammanhanget i skattesystemet för integrerade koncerner. X BV har gjort gällande att domstolen⁽¹¹⁾ inte godtar en sådan motivering, såvida det inte finns ett direkt samband mellan den berörda skattefördelen och compensationen för denna fördel genom ett visst skatteuttag. I förevarande fall finns det enligt X BV inte något direkt samband (i den meningen att fördelen utjämnar skatteuttaget) mellan möjligheten att dra av låneräntan från den integrerade koncernens resultat och de negativa aspekter som har påtalats i beslutet att begära förhandsavgörande.⁽¹²⁾

27. X BV anser att domstolen bör besvara tolkningsfrågan jakande.

28. Enligt kommissionen behandlas förhållandet mellan ett nederländskt moderbolag och dess nederländska dotterbolag annorlunda än förhållandet mellan ett moderbolag och ett dotterbolag som saknar hemvist i landet. Enligt artikel 10a i 1969 års lag tillåts endast i det första fallet, genom integrering, avdrag för ränta för ett lån från ett koncernbolag som används för tillskott av kapital i ett annat dotterbolag.

29. Kommissionen har förtydligat att denna skillnad inte beror direkt på artikel 10a i 1969 års lag, eftersom den rör vissa transaktioner mellan närstående enheter, i syfte att förebygga missbruk, och är tillämplig utan åtskillnad på interna och gränsöverskridande förhållanden. Skillnaden mellan inhemska och gemenskapsinterna förhållanden är en konsekvens av skattebestämmelserna för integrerade koncerner. Medan det i en gränsöverskridande situation är omöjligt att undgå tillämpning av artikel 10a i 1969 års lag, är det möjligt att göra det i en rent nationell situation, genom att skapa en integrerad koncern.

30. På grundval av domen X Holding, har kommissionen påpekat att skillnaden i behandling ska motiveras av tvingande skäl av allmänintresse, eftersom situationen för ett moderbolag med hemvist i landet som vill bilda en skattemässig enhet med ett dotterbolag som också har hemvist i landet är objektivt jämförbar med situationen för ett moderbolag som har hemvist i landet och ett dotterbolag som saknar hemvist i landet.

31. Vad beträffar fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, anser

kommissionen att skillnaden i behandling inte är motiverad, eftersom det bara är Nederländernas beskattningsrätt som berörs i förevarande fall.

32. Vad gäller den eventuella påverkan på det nederländska skattsystemets inre sammanhang, anser kommissionen att den inte kan åberopas, eftersom det inte finns något direkt samband mellan skattefördelen och kompensationen för denna fördel genom ett visst skatteuttag.⁽¹³⁾ Enligt kommissionen ligger bristen på sammanhang i själva det nederländska skattesystemet, eftersom det å ena sidan är nödvändigt att tillämpa bestämmelserna mot missbruk i artikel 10a i 1969 års lag på såväl inhemska som gränsöverskridande situationer, medan det å andra sidan är möjligt för rent nationella integrerade koncerner att undgå tillämpningen av dessa regler.

33. Den nederländska regeringen har gjort gällande att artikel 10a.2 i 1969 års lag i sig inte strider mot etableringsfriheten. De eventuella hindren bygger i det här fallet på den omständigheten att ett moderbolag med hemvist i landet inte får bilda en skattemässig enhet med ett dotterbolag som saknar hemvist i landet. Den nederländska regeringen har emellertid hänvisat till tvingande skäl av allmänintresse för att rättfärdiga denna bestämmelse.

34. Möjligheten att göra ränteavdrag inom en integrerad koncern beror på dess art. Till följd av integreringen är ett tillskott av kapital mellan ett moderbolag och ett dotterbolag inte skattemässigt möjligt inom ramen för en skattemässig enhet, eftersom transaktionerna inom koncernen neutraliserar varandra. Eftersom det i ett system med integrering bara finns ett kapital som tillhör moderbolaget, är ett kapitaltillskott inte skattemässigt möjligt inom en skattemässig enhet. I det fallet är därför artikel 10a i 1969 års lag inte tillämplig och ränteavdraget har ett direkt och oupplösligt samband med integreringen inom den skattemässiga enheten.

35. Den nederländska regeringen anser avslutningsvis att det "åberopande av enskilda element" som använts efter domen X Holding, inte är tillämpligt på den omtvistade bestämmelsen. Om domstolen emellertid skulle välja att använda denna metod, kan skillnaden i behandling motiveras med tvingande skäl av allmänintresse. Begränsningen av rätten att göra ränteavdrag syftar till att förhindra fiktiva upplägg som inte är ekonomiskt motiverade. Den omständigheten att det enligt artikel 10a.3 i 1969 års lag är möjligt för den skattskyldiga personen att bevisa att han eller hon inte har gjort sig skyldig till ett fiktivt upplägg, säkerställer åtgärdens proportionalitet enligt den nederländska regeringen.

A. Mål C-399/16

1. Den första tolkningsfrågan

36. Bolaget X NV och kommissionen utgår från att den valutakursförlust som uppkommit i samband med bolagets innehav i ett brittiskt dotterbolag enligt nederländsk rätt inte får dras av i inkomstdeklarationen. Denna förlust hade varit avdragsgill i systemet med skattemässig integrering om dotterbolaget hade haft hemvist i Nederländerna, vilket är en situation som är objektivt jämförbar med situationen för ett nederländskt bolag med ett nederländskt dotterbolag som bedriver verksamhet i Förenade kungariket. Om jämförbara situationer behandlas olika, utgör det ett hinder för etableringsfriheten.

37. Det enda som kan motivera en sådan skillnad i behandling är att man vill bevara fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna eller säkerställa det nederländska skattsystemets inre sammanhang.

38. Vad gäller den första motiveringen anser X NV och kommissionen att Nederländernas beskattningsrätt inte påverkas i det här fallet. Det nederländska bolagets valutakursförlust i samband med dess innehav i det brittiska dotterbolaget framgår inte av det sistnämnda bolagets

redovisning, vilken förs i pund sterling.

39. Beträffande den andra (eventuella) motiveringen, har kommissionen erinrat om att för att säkerställandet av skattesystemets inre sammanhang ska godtas, måste det finnas ett direkt samband mellan den berörda skattefördelen, å ena sidan, och kompensationen för denna fördel genom ett visst skatteuttag, å den andra. I förevarande fall finns det inte något sådant samband mellan skattefördelen (det vill säga avdraget för valutakursförlusten) och de negativa aspekter som den hänskjutande domstolen har nämnt.(14)

40. Enligt den nederländska regeringen har X NV velat undvika den negativa följden av artikel 13 i 1969 års lag (omöjligt att dra av valutakursförlusten) men ändå komma i åtnjutande av "andelsundantaget". Enligt den nederländska lagstiftningen kan emellertid ett moderbolag som har ett dotterbolag med hemvist i landet inte komma i åtnjutande av en sådan begränsad tillämpning av "andelsundantaget".

41. Enligt den nederländska regeringen slog domstolen i domarna X Holding och Groupe Steria(15) fast att en konsolidering på moderbolagsnivå av enskilda över- och underskott i bolagen i en skattemässig enhet och en neutralisering av transaktionerna inom koncernen är oupplösligt förbundna med bildandet av en enda skattemässig enhet, inom vilken varken ägande i ett annat bolag i koncernen eller resultaten av detta ägande får några skattemässiga konsekvenser.

42. Möjligheten att bilda en integrerad koncern innebär enligt den nederländska regeringen i princip inte någon skattefördel med avseende på risken för valutakursförluster. Även om den nederländska lagstiftningen hindrar att sådana förluster dras av, innefattar den nämligen inte heller valutakursvinster i underlaget för inkomstskatt för juridiska personer. Att valutakursförluster i samband med innehav i ett dotterbolag som saknar hemvist i landet undantas utgör således inte hinder för etableringsfriheten.

43. Dessutom får inte valutakursförluster beaktas vid beskattning av en integrerad koncern. Det gäller även om en tillämpning av "andelsundantaget" inte godtas. Eftersom de faktorer som är knutna till aktieinnehav (som vinstutdelning och ändringar av andelarnas värde) inte ingår i den skattemässiga enhetens slutliga resultat, kan de inte ge upphov till något avdrag. Såvitt avser valutakursförluster föreligger det således inte någon skillnad i behandling mellan ett moderbolag som har ett dotterbolag som saknar hemvist i landet och ett moderbolag som har ett dotterbolag som har hemvist i landet (när båda ingår i en integrerad koncern).

2. Den andra och den tredje tolkningsfrågan

44. Vad beträffar den andra tolkningsfrågan har bolaget X NV och kommissionen påpekat att den nederländska lagstiftningen ger moderbolaget frihet att välja huruvida det ska bilda en integrerad koncern med sina dotterbolag med hemvist i landet och även med vilka dotterbolag den ska göra det. Gränsöverskridande koncerner borde inte behandlas mindre fördelaktigt än rent nationella koncerner, vad beträffar vissa aspekter. Det innebär att eftersom grunden för jämförelsen utgörs av rätten att göra avdrag för valutakursförluster i samband med beskattning av nationella skattemässiga enheter, får ett moderbolag med ett utländskt dotterbolag inte behandlas mindre gynnsamt.

45. Vad beträffar den tredje frågan har X NV och kommissionen gjort gällande att kändebolaget inte ska beskattas hårdare än en nationell koncern som integrerar moderbolaget och dotterbolagen i en enda skattemässig enhet.

46. Den nederländska regeringen anser att den andra och den tredje tolkningsfrågan ska besvaras på samma sätt. Moderbolaget kan inte få lov att välja vilka bolag och år som det ska ta

med i den fiktiva integrerade koncernens deklaration. Om moderbolaget hade fått det, skulle det ha använt sig av denna valmöjlighet i efterhand, på grundval av redan kända uppgifter, vilket innebär att det skulle kunna ta hänsyn till valutakursernas utveckling och välja ("cherry picking") det dotterbolag och år som är lämpligast att integrera, med risk för att beskattningsunderlaget undergrävs.

IV. Förfarandet vid EU-domstolen

47. Besluten att begära förhandsavgörande inkom till domstolens kansli den 18 juli 2016.

48. Den 9 augusti 2016 beslutade domstolen att förena målen C-398/16 och C-399/16.

49. X BV, X NV, den nederländska regeringen och Europeiska kommissionen har inkommit med skriftliga yttranden. Det har inte ansetts nödvändigt att hålla förhandling.

V. Bedömning

A. Inledande överväganden

50. De frågor som domstolen ska pröva i förevarande mål handlar om beskattning av koncerner som kan omfattas av olika skattesystem. Enligt ett av dessa system handlar varje enhet som ingår i koncernen som en oberoende beskattningsbar person. Det innebär att de betalar skatt på alla sina inkomster, även om en del av inkomsterna härrör från transaktioner med enheter inom samma koncern.

51. I andra lagstiftningar ges koncerner möjlighet att välja att betala skatt enligt det särskilda systemet med skattemässig integrering, vilket innebär att skatten tas ut en enda gång från själva koncernen, i dess egenskap av ekonomisk enhet (närmare bestämt från moderbolaget). Denna modell innebär att transaktioner mellan enheter i koncernen är skattemässigt neutrala och därmed inte räknas in i beskattningsunderlaget.

52. De två här aktuella målen har det gemensamt att moderbolaget, som har hemvist i Nederländerna, har deklarerat att det lidit ekonomiska förluster till följd av förbindelser med sina dotterbolag. Dessa förluster är inte avdragsgilla i inkomstdeklarationen, eftersom lagstiftningen i Nederländerna inte medger det. Det hade varit tillåtet för moderbolaget att göra avdrag för dessa förluster om det hade fått lov att bilda en skattemässig enhet (integrerad koncern) med dessa dotterbolag som saknar hemvist i landet.

53. I den nederländska lagstiftningen föreskrivs det att koncerner bara får omfattas av systemet med skattemässig integrering om de bolag som ingår i koncernen har hemvist i Nederländerna. Bolag som inte har hemvist där kan inte omfattas av det systemet. Som jag tidigare har nämnt⁽¹⁶⁾ slog domstolen i domen X Holding fast att underskott i ett dotterbolag som inte har hemvist i Nederländerna inte får beaktas för att minska moderbolagets beskattningsunderlag, eftersom integreringen enligt nederländsk lag är förbehållen dotterbolag som har hemvist i landet. Enligt domstolen kunde en sådan skillnad i behandling rättfärdigas av behovet av att upprätthålla fördelningen av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna.

54. Hoge Raad (Högsta domstolen) tolkade domen X Holding så, att artiklarna 43 EG och 48 EG ger utrymme inte bara för "den följden (som är förbehållen bolag med hemvist i landet) att underskott kan utjämnas inom den skattemässiga enheten, vilken följer av den skattemässiga enhetens natur, utan även för andra skillnader i behandlingen som uppkommer vid meddelandet av beslutet och kan hänföras till konsolideringen". Genom dessa domar "har Hoge Raad (Högsta domstolen) nekat skattepliktiga personer att godtyckligt få del av fördelar från enskilda element

som har direkt samband med den skattemässiga enhetens natur (konsolideringen) genom att åberopa etableringsfriheten".(17)

55. Enligt den hänskjutande domstolen skulle en regel om "allt eller inget" kunna härledas från domen X Holding. Denna regel innebär att det inte är tillåtet att enbart välja ut vissa verkningar av systemet med skattemässiga enheter. Alla fördelar med att bilda en enda enhet med dotterbolag som har hemvist i landet är motiverade, eftersom det inte är möjligt att "åberopa enskilda element" med avseende på den skattemässiga enheten. Det slogs således fast att verkningarna av den skattemässiga integreringen inte kan omfatta enheter som saknar hemvist i landet.

56. Domstolens senare uttalanden i domarna Groupe Steria och Finanzamt Linz(18) har väckt tvivel hos den hänskjutande domstolen. I de två målen rörde de skillnader i behandling som domstolen inte godtog just "enskilda element" (utgifter och kostnader avseende moderbolagets innehav i det förstnämnda fallet och goodwillavskrivning i det sistnämnda) i förhållandet mellan moderbolag och dotterbolag, med och utan hemvist i landet, inom ramen för beskattningen av koncerner.

57. Närmare bestämt slog domstolen i domen Groupe Steria fast att "andra skattefördelar än överföringen av underskott inom den skattemässigt integrerade koncernen" ska prövas separat. Först när en sådan prövning har gjorts är det möjligt att avgöra "huruvida en medlemsstat får förbehålla bolag som ingår i en skattemässigt integrerad koncern dessa fördelar och således utesluta dem i gränsöverskridande situationer".(19)

58. Jag ska med detta som utgångspunkt bedöma tolkningsfrågorna. Därefter ska det avgöras huruvida den nederländska lagstiftning som tillämpats i dessa två mål kan vara oförenlig med artikel 49 FEUF, i vilken det föreskrivs att medlemsstaterna ska undanröja inskränkningar i etableringsfriheten.

59. Jag kommer att tillämpa den metod som domstolen upprepade gånger har använt sig av vid bedömningen av tolkningsfrågor som hänskjutits i mål som liknar detta rörande området direkt beskattning. Detta etappvisa tillvägagångssätt innebär att domstolen först identifierar vilken frihet som är tillämplig och hur denna frihet eventuellt har begränsats. I ett andra steg jämför domstolen de aktuella situationerna för att klarlägga om de har behandlats olika, vilket kräver en ingående prövning av de nationella bestämmelser där de har reglerats. Avslutningsvis undersöker domstolen huruvida begränsningen kan rättfärdigas av tvingande skäl av allmänintresse och om den nationella åtgärd genom vilken friheten i fråga har begränsats är proportionerlig.

60. Jag vill redan här påpeka att en skillnad i skattemässig behandling mellan dotterbolag som har hemvist i moderbolagets hemstat och dotterbolag som inte har det, kan utgöra ett hinder för moderbolaget att utöva sin etableringsfrihet genom att bolaget avskräcks från att bilda dotterbolag i andra medlemsstater.(20) Den bestämmelse i FEUF som är aktuell här är således artikel 49, och skillnaden i behandling mellan dotterbolag som har hemvist och dotterbolag som saknar hemvist i landet innebär en inskränkning av den frihet som föreskrivs där.

61. För att denna skillnad i behandling ska vara förenlig med fördragets bestämmelser om etableringsfrihet, krävs det att den rör situationer som inte är objektivt jämförbara eller att den motiveras av tvingande skäl av allmänintresse.(21) Även om skillnaden är motiverad krävs det också att tillämpningen av bestämmelsen är ägnad att säkerställa att det eftersträfvade syftet uppnås och att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte.(22)

A. *Mål C-398/16*

62. I korthet utgörs den faktiska utgångspunkten av förbindelser mellan tre bolag i samma

koncern som har hemvist i olika medlemsstater i unionen; dels har ett svenskt bolag beviljat ett nederländskt bolag ett lån med ränta, dels har det nederländska bolaget använt lånebeloppet för att förvärva andelar i ett italienskt dotterbolag.

63. Tvisten har uppkommit på grund av att det nederländska bolaget i sin inkomstdeklaration har velat dra av det räntebelopp som bolaget har betalat till det svenska bolaget i samma koncern.

64. Generellt förhindrar artikel 10a.2 i 1969 års lag avdrag vid lån mellan företag i samma koncern (intresseföretag). Denna begränsning kan emellertid undvikas om intresseföretagen väljer att skatta som integrerad koncern eller som en enda skattemässig enhet.

65. I nederländsk rätt ska följande principer tillämpas när integrerade koncerner bildas:

- Det är fritt att välja vilka bolag som ska ingå i den integrerade koncernen.(23)

- Möjligheten att bilda en integrerad koncern är förbehållen bolag som har hemvist i Nederländerna.(24)

66. Som framgår av punkt 2.8.3 i beslutet att begära förhandsavgörande, bygger skillnaden i behandling på den omständigheten att om dotterbolaget hade haft hemvist i Nederländerna, skulle det ha kunnat inkluderas i den skattemässiga enheten tillsammans med det nederländska bolaget. Under sådana förhållanden ska artikel 10a i 1969 års lag inte tillämpas och låneräntan ska vara avdragsgill.

67. Det innebär att det är mer attraktivt att förvärva hela kapitalet i ett dotterbolag med hemvist i landet än i ett dotterbolag som saknar hemvist i landet. De finansiella kostnaderna (räntan) för det lån som tagits för att köpa aktierna eller andelarna i bolaget är avdragsgilla i det förstnämnda fallet men inte i det sistnämnda.

68. Rör det sig om jämförbara situationer? Domstolen har besvarat denna fråga jakande, just med avseende på samma nederländska lagstiftning (artikel 15 i 1969 års lag) som är tillämplig i de två här aktuella målen.

69. I domen X Holding slog domstolen fast att "[s]ituationen för ett moderbolag med hemvist i landet som önskar bilda en enda skattemässig enhet med ett dotterbolag som också det har hemvist i landet är ... – med hänsyn till det ändamål som eftersträvas med en sådan beskattningsmetod som den som är i fråga i målet vid den nationella domstolen – objektivt jämförbar med situationen för ett moderbolag med hemvist i landet som önskar bilda en enda skattemässig enhet med ett dotterbolag som saknar hemvist i landet, såvitt de i båda situationerna söker komma i åtnjutande av de förmåner som beskattningssystemet ger, vilket bland annat gör det möjligt att på moderbolagsnivå konsolidera de över- och underskott som bolagen i den enda skattemässiga enheten redovisar och se till att transaktionerna inom bolagsgruppen förblir skattemässigt neutrala".(25)

70. Domen X Holding handlade om huruvida moderbolaget fick göra avdrag för underskott i dotterbolaget, varvid hänsyn togs till dotterbolagets resultat för året som helhet. Trots att det yrkade avdraget inte är identiskt i förevarande mål,(26) anser jag att det även här föreligger två situationer som är objektivt jämförbara, eftersom det rör sig om en finansiell kostnad som bärs av moderbolaget och som har samband med dess innehav i dotterbolaget, oavsett om det har skett en integrering eller inte.

71. Det finns dessutom vissa paralleller med målet Groupe Steria. Där prövade domstolen om "utgifts- och kostnadsandelen" (som motsvarade moderbolagets kostnader för dess innehav i

dotterbolaget) var avdragsgill i systemet med skattemässig integrering. Förevarande mål handlar om en annan kostnad för moderbolaget (låneräntan), och det ska här prövas om den omständigheten att den kostnaden inte är avdragsgill innebär att det i motsvarande mån blir mindre attraktivt att utöva etableringsfriheten.

72. Vad beträffar det "åberopande av enskilda element" som den hänskjutande domstolen har nämnt, kan det knappast förnekas att situationerna är jämförbara och att likartade skattebeteenden således har behandlats olika.

73. När det har konstaterats att objektivt jämförbara situationer behandlas olika, ska det prövas huruvida det föreligger något tvingande skäl av allmänintresse som motiverar det. Den hänskjutande domstolen har i detta sammanhang nämnt det inre sammanhanget i det nederländska systemet med skattemässig integrering.

74. Domstolen slog i domen *Groupe Steria* fast att "[f]ör att ett argument grundat på en sådan motivering ska kunna godtas, krävs det att det är visat att det finns ett direkt samband mellan den berörda skattefördelen och compensationen, i form av ett visst skatteuttag, för denna fördel, varvid frågan om detta samband är att anse som direkt ska bedömas med hänsyn till ändamålet med den aktuella lagstiftningen (dom [av den 13 mars 2014,] *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, punkt 69 och där angiven praxis)".(27)

75. Jag finner inte tillräckliga skäl för att godta denna motivering, varken i beslutet att begära förhandsavgörande eller i den nederländska regeringens argument. I själva verket har den nederländska regeringen i sitt resonemang(28) bara förespråkat en "oinskränkt" tillämpning av domen *X Holding*, samtidigt som den har förkastat "åberopandet av enskilda element". När den har hänvisat till domen *Groupe Steria* har den bara nämnt behovet av att säkerställa en välavvägd fördelning av beskattningsrätten mellan medlemsstaterna, utan att utveckla det närmare (den har inte förklarat varför fördelningen inte längre skulle bli välavvägd).

76. Vad beträffar mål C-398/16, är den nederländska regeringens argument att systemet med skattemässig integrering innehåller ett sammanhängande paket med fördelar och nackdelar alltför generellt. Den har som sagt inte tillhandahållit något konkret bevis på att systemets inre sammanhang bryts om avdrag medges för ränta på ett lån till ett dotterbolag.

77. Mer uttryckliga är den nederländska regeringens påpekanden rörande bekämpandet av skatteflykt som tvingande skäl av allmänintresse (vilket den hänskjutande domstolen emellertid inte har tagit upp i punkt 2.8.6 i sitt beslut). Den har förklarat att syftet med artikel 10a i 1969 års lag är att förhindra fiktiva upplägg som inte är ekonomiskt motiverade utan enbart har tillkommit för att undgå skatt på vinst som uppburits i Nederländerna.(29)

78. Den nederländska regeringen har också hävdat att det mest gynnsamma skattealternativet skulle prioriteras om den skattskyldiga personen fick möjlighet att välja i efterhand. Den har emellertid inte utvecklat detta resonemang närmare, vad beträffar problemen med avdragsrätten för låneränta (den har utvecklat det något mer när det gäller de underskott som mål C-399/16 handlar om).

79. En bestämmelse som artikel 10a.2 i 1969 års lag, som är avsedd att förhindra skattebedrägeri, skulle i själva verket kunna motivera vissa inskränkningar i etableringsfriheten.(30) Såsom den nederländska regeringen har påpekat ökar en vinstutdelning från ett bolag i koncernen beskattningsunderlaget, medan räntan på ett lån mellan samma bolag minskar detta underlag. Det finns således en viss risk för att beskattningsunderlaget urholkas, och avsikten är att förhindra att inkomster "balanseras upp" genom räntebärande lån, vilka förutom att de inte ingår i mottagarens beskattningsunderlag gör det möjligt att minska detta underlag med

räntebeloppet.

80. Dessutom är artikel 10a i 1969 års lag tillämplig på förbindelser mellan bolag i koncernen oavsett om de har hemvist i eller utanför Nederländerna. Svårigheterna uppkommer således inte på grund av denna bestämmelse, eftersom den behandlar bolag med hemvist i landet och bolag som saknar hemvist där lika i samband med bekämpning av skatteflykt.

81. Vad som emellertid motsäger denna förklaring är att syftet att bekämpa skatteflykt inte tycks innefatta bolag som har hemvist i landet och som har valt att omfattas av systemet med skattemässig integrering. Viljan att bekämpa skattebedrägeri kan förklara varför bestämmelsen finns, men det är svårt att förstå varför förbindelserna mellan bolagen i koncernen behandlas så olika beroende på om de har valt att omfattas av systemet med skattemässig integrering eller inte. Medan räntan på lån inom koncernen normalt sett inte är avdragsgill, oberoende av var bolagen har hemvist, är den däremot det för integrerade koncerner.

82. Vid ett lån från ett nederländskt (moder)bolag till ett nederländskt dotterbolag, som är skattemässigt integrerade, är räntan avdragsgill för det förstnämnda bolaget. Om moderbolaget däremot ger samma lån till ett italienskt dotterbolag, är ingen integrering möjlig och räntan är därmed inte avdragsgill. Om syftet är att bekämpa skatteflykt genom att förhindra att moderbolagets beskattningsunderlag i Nederländerna minskas genom ett fiktivt upplägg, är det svårt att förstå varför det tillåts när det bara rör sig om nederländska bolag medan det förhindras när ett bolag från en annan medlemsstat är inblandat. Samma skatteflykt kan ju förekomma i båda fallen.

83. Sammanfattningsvis anser jag att bekämpning av skatteflykt inte är ett tvingande skäl av allmänintresse som gör att en skillnad i behandling kan godtas, eftersom det är just utformningen av den skattemässiga integreringen i Nederländerna som ger möjlighet till en tillåten fördel för koncerner med hemvist i landet, samtidigt som den utesluter en sådan möjlighet för koncerner med bolag som saknar hemvist.(31)

84. Om det nu går att upptäcka om lånet mellan moderbolaget och dotterbolaget med hemvist i landet döljer ett fiktivt upplägg utan någon verklig ekonomisk förklaring, för att på ett omotiverat sätt minska moderbolagets beskattningsunderlag,(32) så förstår jag inte varför det inte skulle kunna upptäckas när det gäller förbindelser med dotterbolag som saknar hemvist i landet. Denna möjlighet att i varje enskilt fall styrka de bakomliggande ekonomiska omständigheterna omintetgörs på förhand av en lagstiftning som helt enkelt inte tillåter det för bolag som saknar hemvist i landet, vilka inte får omfattas av systemet med skattemässig integrering för koncerner i Nederländerna.

85. Avslutningsvis har domstolen, bland annat i domen Euro Park Service,(33) slagit fast följande: "Att införa en bestämmelse som har en allmän räckvidd, genom vilken vissa transaktioner automatiskt undantas från skattefördelen, utan att det beaktas huruvida det verkligen är fråga om skatteundandragande eller skatteflykt, skulle ... gå utöver vad som är nödvändigt för att undvika sådant skatteundandragande eller sådan skatteflykt ..."

C. Mål C-399/16

86. Innan jag gör en bedömning av tolkningsfrågorna i detta mål anser jag att det är lämpligt att göra två påpekanden. Det första rör området valutakursförluster som har samband med moderbolagets innehav i dotterbolag som saknar hemvist i landet, när bolagen använder sig av olika valutor.

87. Jag anser i detta sammanhang att den nederländska regeringen gör rätt då den skiljer

mellan "dotterbolagets valutakursförluster" och "valutakursförluster som rör dotterbolaget". De förstnämnda rör de förluster som uppkommer till följd av dotterbolagets investeringar i utländsk valuta, vilka återspeglas i dotterbolagets resultat. "Valutakursförluster som rör dotterbolaget" minskar däremot, åtminstone i bokföringshänseende, värdet på moderbolagets investering i andelar (i utländsk valuta) i dotterbolaget och påverkar moderbolagets resultat.

88. I förevarande mål finns ett direkt samband mellan valutakursförlusterna och andelarnas värde och inte mellan dessa förluster och resultatet av dotterbolagets investeringar. Det rör sig således här om det sistnämnda alternativet.

89. Det andra påpekandet rör ökningen eller minskningen av värdet på de andelar som moderbolaget har i dotterbolagets kapital, vilket kan påverkas av valutakursförändringar. Denna faktor kan betraktas ur två olika synvinklar: a) värdeutvecklingen medan andelarna ägs av moderbolaget och b) den skillnad i värde som visar sig när andelarna överlåts, det vill säga skillnaden mellan inköps- och överlåtelsevärdet.

90. Beslutet att begära förhandsavgörande är inte helt tydligt på denna punkt. Den första tolkningsfrågan tycks röra en situation där andelarna byter ägare, medan den tredje handlar om den period då andelarna ägdes av moderbolaget utan att överlåtas.

91. För att avgränsa debatten på lämpligt sätt bör svaret på den första frågan utgå från värdeminskningen, på grund av valutakursen, när andelarna överlåts, medan svaret på den tredje frågan bör utgå från värdeminskningen medan andelarna ägs av moderbolaget, det vill säga det rent bokföringsmässiga konstaterandet att andelarnas värde har minskat.

1. Den första tolkningsfrågan

92. Det framgår av parternas yttranden, i synnerhet yttrandet från klaganden i det nationella målet, att tvisten har uppkommit på grund av att klaganden anser att den valutakursförlust som visade sig då A Holdings UK överförde andelar till sitt dotterbolag C skulle ha varit avdragsgill om X NV hade fått inkludera det brittiska dotterbolaget i sin skattemässiga enhet.(34)

93. Skälet till det är det "andelsundantag" som införts genom artikel 13 i 1969 års lag. När ett bolags vinst fastställs beaktas inte de fördelar som följer av ett innehav och inte heller de kostnader som uppkommit med anledning av förvärvet eller överlåtelsen av detta innehav. Denna regel är dock inte tillämplig vid skattemässig integrering.

94. Den hänskjutande domstolen har konstaterat att de båda fallen behandlas olika och angett att ett moderbolag med hemvist i Nederländerna "inte kan beakta en valutakursförlust med avseende på det belopp som det har investerat i ett dotterbolag med hemvist i en annan medlemsstat, medan moderbolaget skulle kunna göra det om nämnda dotterbolag hade inkluderats i en skattemässig enhet – som uppfyller kraven på en nederländsk skattemässig enhet – med nämnda moderbolag med hemvist i [Nederländerna], vilket skulle vara hänförligt till konsolideringen inom den skattemässiga enheten".

95. Det kan således direkt konstateras att det föreligger en skillnad i behandling som är ägnad att inskränka etableringsfriheten. En sådan skillnad kan bara vara förenlig med de bestämmelser i FEUF som reglerar denna frihet om den rör situationer som inte är objektivt jämförbara eller om den är motiverad av tvingande skäl av allmänintresse.

96. Hoge Raad (Högsta domstolen) har nämnt tre olika sätt att lösa problemet: a) genom att tillämpa de skattebestämmelser som gäller för fasta driftställen i utlandet, b) genom att dotterbolag med hemvist i landet använder sig av en annan funktionell valuta än euro, c) genom att man, när

beskattningsunderlaget fastställs, bortser inte bara från valutakursförluster utan även från eventuella valutakursvinster.

97. Jag ska koncentrera mig på det tredje alternativet och bortse från det första och andra. Den hänskjutande domstolen har i detta sammanhang med rätta hänvisat till domstolens praxis i domarna Deutsche Shell(35) och X(36). Den har med stöd av denna praxis angett att den omständigheten att det inte går att göra avdrag för en valutakursförlust kan vara motiverad av att inte heller eventuella valutakursvinster beaktas. Det finns stöd för denna uppfattning(37) i punkterna 38, 40 och 41 i domen X och i generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i det målet.(38)

98. Det mål i vilket domen X meddelades handlade också om avdrag för värdeminskning på andelar på grund av en förlust till följd av valutakursförändringar. Enligt svensk lag var det visserligen inte tillåtet att göra avdrag för valutakursförluster när ett moderbolag sålde sina andelar (med minskat värde) i ett dotterbolag som saknade hemvist i landet, men skatt togs heller inte ut på värdeökningar på dessa andelar.

99. Under dessa omständigheter, slog domstolen fast, "går det inte att ur EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfriheten sluta sig till att denna medlemsstat skulle vara skyldig att utöva sin beskattningsrätt – för övrigt på ett asymmetriskt sätt – i syfte att tillåta avdrag för förluster som orsakats av transaktioner vilkas resultat under alla förhållanden inte skulle ha beskattats om de inneburit vinst". Av detta drog domstolen slutsatsen att "[a]rtikel 49 FEUF ska tolkas så, att den inte utgör hinder för en medlemsstats skattelagstiftning enligt vilken kapitalvinster på näringsbetingade andelar i princip inte är skattepliktiga till inkomstskatt för juridiska personer och kapitalförluster på sådana andelar på motsvarande sätt inte är avdragsgilla, ej heller när dessa kapitalförluster har orsakats av en valutakursförlust".(39)

100. Om jag inte feltolkar den nederländska lagstiftning som nämns i beslutet att begära förhandsavgörande i förevarande mål, beträffande "andelsundantaget" och de övriga bestämmelser som är tillämpliga på beskattning av kapitalvinster och förluster på grund av valutakursförändringar som berör andelar i dotterbolag som saknar hemvist i landet, anser jag att samma lösning som domstolen kom fram till i domen X är tillämplig här.

101. Även om tvisten i mål C?686/13, X, hade uppkommit inom ramen för ett förhållande mellan moderbolaget och dess dotterbolag utanför en integrerad koncern, finner jag inget hinder för att tillämpa domen i det målet på förevarande fall. Jag anser att det avgörande är att inkomsterna från valutakursförändringarna inkluderas i beskattningsunderlaget för inkomstskatt för juridiska personer, under förhållanden som de här aktuella. Det innebär, för att använda sig av den hänskjutande domstolens formulering, att det förligger en situation där "varken valutakursvinster eller valutakursförluster beaktas".(40)

102. Om så är fallet – vilket den hänskjutande domstolen tycks anse när den redogör för den nationella rätten och vilket bekräftas av den nederländska regeringen – innebär inte en skillnad i behandling vid valutakursförlust för moderbolagets andelar i dotterbolaget som saknar hemvist i landet, när detta dotterbolag inte kan ingå i den integrerade koncernen, någon inskränkning av etableringsfriheten, av samma skäl som domstolen angav i domen X.

103. Svaret på denna tolkningsfråga innebär att de övriga två tolkningsfrågor som den hänskjutande domstolen har ställt inte ska besvaras. Jag ska emellertid tillsammans behandla dem kort (i enlighet med den nederländska regeringens uppfattning), för det fall att domstolen skulle välja att besvara den första frågan jakande.

2. Den andra och den tredje tolkningsfrågan

104. Om moderbolaget i sitt underskott skulle få räkna in det minskade värdet på andelar i dotterbolag som saknar hemvist i landet till följd av valutakursförändringar, vill den hänskjutande domstolen veta a) om den möjligheten omfattar "(ett eller flera) direkta eller indirekta dotterbolag med säte i Europeiska unionen som ägs indirekt av det berörda moderbolaget – via detta dotterbolag" och b) om endast valutakursförluster som "kommit till uttryck ... under åren som målet berör" ska beaktas, eller om hänsyn även ska tas till de valutakursresultat som kommit till uttryck under tidigare år.

105. Av de bestämmelser som redovisats i målet tycks det framgå att det system med skattemässig integrering som föreskrivs i nederländsk rätt ger möjlighet att välja vilka bolag som ska ingå i koncernen (i form av en skattemässig enhet) och vilka som inte ska göra det.(41) Det finns således i princip inga skäl för att neka dotterbolag som saknar hemvist i landet något som är tillåtet för dotterbolag som har hemvist där.

106. Det nationella målet rör bara integreringen av underskott, till följd av valutakursförändringar, som har samband med innehav i ett visst dotterbolag som saknar hemvist i landet. Därför är innehållet i den andra tolkningsfrågan snarast hypotetiskt: det som tvisten rör är möjligheten att i den integrerade koncernen inkludera det brittiska dotterbolaget och inte några andra direkta eller indirekta dotterbolag. Uppfattas frågan på det sättet kan den inte tas upp till sakprövning.

107. Jag anser inte heller att domstolen kan ge ett användbart svar på den tredje tolkningsfrågan. I själva verket föreslår ingen av parterna i målet att domstolen ska göra det direkt, på grundval av unionsrätten. Till och med klaganden i det nationella målet (X NV) anser att svaret på frågan snarast står att finna i den nationella rätten och inte i unionsrätten, eftersom det är de inhemska bestämmelserna som reglerar begreppet beskattningsbar vinst för året.

108. Jag vill erinra om att det begreppsmässigt går att göra skillnad mellan det minskade värdet på andelarna så länge de ägs av A Holdings BV och det minskade värde som kommer till uttryck genom att de överlåts. Frågan tycks handla om värdeminskningen på andelarna, i egenskap av delar av bolagets kapital, till följd av valutakursförändringarna.

109. Om bokföringen ska avspegla företagets ekonomiska situation vid en viss tidpunkt, kan andelarnas värdeminskning i bokföringshänseende uttryckas på grundval av olika kriterier. Eftersom dessa andelar ingår i det investerande bolagets tillgångar, kan deras värdeminskning återspeglas i bolagets bokföring till exempel genom att man gör de justeringar som krävs för att kompensera för förlust i form av slitage.

110. Om andelarna uttrycks i en annan valuta än den som moderbolaget använder, kan valutakursens utveckling ge upphov till ekonomiska svängningar som är mer eller mindre varaktiga. För att dessa svängningar ska påverka underlaget för inkomstskatt för juridiska personer, måste de normalt utgöra en verklig ekonomisk förlust.

111. EU-domstolen kan inte pröva om bokföringen av andelarnas värdeminskning påverkar fastställandet av beskattningsunderlaget enligt nationell rätt. Det ankommer på den hänskjutande domstolen att i enlighet med den nederländska skattelagstiftningen pröva huruvida det uppkom ett verkligt ekonomiskt underskott som påverkade moderbolagets resultat, antingen enbart för det år då överlåtelsen av andelarna skedde eller för vart och ett av de tidigare åren.(42)

VI. Förslag till avgörande

112. Mot bakgrund av vad som ovan anförts föreslår jag att domstolen besvarar tolkningsfrågorna från Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) på följande vis:

”Artikel 49 FEUF

- utgör hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken ett moderbolag med hemvist i en medlemsstat inte får göra avdrag för räntan på ett lån som har samband med ett kapitaltillskott till ett dotterbolag som har hemvist i en annan medlemsstat, samtidigt som avdrag skulle ha fått göras om dotterbolaget hade haft hemvist i samma medlemsstat som moderbolaget, men
- utgör inte hinder för en nationell lagstiftning enligt vilken ett moderbolag med hemvist i en medlemsstat inte får göra avdrag för förluster (värdeminskningar) till följd av valutakursförändringar, med anknytning till värdet på dess andelar i ett dotterbolag som har hemvist i en annan medlemsstat, samtidigt som samma lagstiftning inte symmetriskt beskattar vinst (värdeökning) till följd av sådana förändringar.”

1 Originalspråk: spanska.

2 Se bland annat dom av den 16 juli 1998, ICI (C-264/96, EU:C:1998:370), dom av den 18 november 1999, X och Y (C-200/98, EU:C:1999:566), dom av den 8 mars 2001, Metallgesellschaft m.fl. (C-397/98 och C-410/98, EU:C:2001:134), dom av den 18 september 2003, Bosal (C-168/01, EU:C:2003:479), dom av den 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763), dom av den 17 januari 2008, Lammers & Van Cleeff (C-105/07, EU:C:2008:24), dom av den 27 november 2008, Papillon (C-418/07, EU:C:2008:659), dom av den 6 september 2012, Philips Electronics UK (C-18/11, EU:C:2012:532), dom av den 1 april 2014, Felixstowe Dock and Railway Company m.fl. (C-80/12, EU:C:2014:200), dom av den 3 februari 2015, kommissionen/Förenade kungariket (C-172/13, EU:C:2015:50), dom av den 6 oktober 2015, Finanzamt Linz (C-66/14, EU:C:2015:661), och dom av den 17 maj 2017, X (C-68/15, EU:C:2017:379).

3 Dom av den 25 februari 2010, X Holding (C-337/08, EU:C:2010:89) (nedan kallad domen X Holding), och dom av den 12 juni 2014, SCA Group Holding m.fl. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758).

4 Punkterna 18 och 43.

5 C-386/14, EU:C:2015:524 (nedan kallad domen Groupe Steria).

6 Ibidem, punkt 27.

7 Ibidem, punkt 27 *in fine*.

8 Jag använder beteckningen ”nederländskt” (eller italienskt, svenskt osv.) bolag, även om det i själva verket vore mer korrekt att använda ”bolag som saknar hemvist” i Nederländerna eller i respektive stat.

9 Andelarnas väg var i själva verket mer komplicerad än så. Utan att andra kompletterande transaktioner behöver beskrivas kan den sammanfattas så, att A Holdings BV den 12 februari 2009 överförde sina andelar i C till bolaget D, som var ett dotterbolag till X NV som ingick i den skattemässiga enheten. Samma dag överförde D sina andelar i C till sitt luxemburgska dotterbolag A Holdings Luxembourg.

10 Jag vill erinra om att enligt den bestämmelsen ska varken överskott eller underskott som

uppkommit till följd av innehavet av andelar beaktas vid fastställandet av vinsten.

11 X BV har hänvisat till domen av den 12 juni 2014, SCA Group Holding m.fl. (C-39/13–C-41/13, EU:C:2014:1758, punkt 33).

12 I punkt 2.8.2.7 i det beslutet nämns exempel på några negativa aspekter: i) Den lägre skattesatsen gäller endast en gång för den skattemässiga enheten. ii) När ett dotterbolag som hör till den skattemässiga enheten upphör att existera efter det att konkursförfarandet ställts in i brist på tillgångar. iii) Enskilda dotterbolag som hör till den skattemässiga enheten är solidariskt ansvariga för den inkomstskatt för juridiska personer som uttas från den skattemässiga enheten. iv) Investeringar i de bolag som hör till den skattemässiga enheten slås samman, genom vilket den procentsats som ska tillämpas på investeringsavdraget för den skattemässiga enheten kan vara lägre än den skulle vara om bolagen taxerades separat för inkomstskatt för juridiska personer.

13 Den har i linje med detta hänvisat till domen av den 28 januari 1992, Bachmann (C-204/90, EU:C:1992:35, punkt 31 och följande punkter), och domen av den 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punkt 39).

14 De som nämnts i fotnot 12.

15 Punkterna 43 respektive 25.

16 Punkterna 3 och 4 i detta förslag till avgörande.

17 Detta framgår av punkterna 2.8.4 respektive 2.10.1 i besluten att begära förhandsavgörande i målen C-398/16 och C-399/16. De domar där Hoge Raad der Nederlanden (Nederländernas högsta domstol) godtog den tolkningen var dom av den 24 juni 2011, NL:HR:2011:BN3537, och av den 21 september 2012, NL:HR:2012:BT5858.

18 Dom av den 6 oktober 2015, C-66/14, EU:C:2015:661.

19 Domen Groupe Steria, punkterna 27 och 28.

20 Dom av den 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punkterna 32 och 33).

21 Dom X Holding, punkt 20, och dom Groupe Steria, punkt 21.

22 Dom av den 13 december 2005, Marks & Spencer (C-446/03, EU:C:2005:763, punkt 35).

23 Detta har den nederländska regeringen angett i punkt 21 i sitt skriftliga yttrande.

24 Det krävs även att samma bestämmelser är tillämpliga vid fastställandet av beskattningsunderlaget. Denna aspekt är inte relevant i mål C-398/16, men däremot i mål C-399/16.

25 Domen X Holding, punkt 24.

26 Här beaktas endast en kostnad (låneränta) som inte påverkar dotterbolagets resultat utan endast moderbolagets och som har samband med investeringen i förvärvet av andelar i dotterbolaget.

27 Domen Groupe Steria, punkt 31.

28 Punkterna 52–55 i dess skriftliga yttrande, till vars innehåll det hänvisas (för mål C-398/16) i

punkt 95 i samma yttrande.

29 Artikel 10a.3 i 1969 års lag utesluter inte fullständigt avdragsrätt: det är tillåtet att göra avdrag om bolaget i fråga kan bevisa att det inte rör sig om ett fiktivt upplägg som saknar samband med verkliga ekonomiska förhållanden.

30 Dom av den 12 september 2006, Cadbury Schweppes och Cadbury Schweppes Overseas (C-196/04, EU:C:2006:544, punkt 51).

31 Som jag tidigare nämnt (punkt 32) har kommissionen pekat på avsaknaden av inre sammanhang i det nederländska skattesystemet, där artikel 10a i 1969 års lag i princip tillämpas på såväl inhemska som gränsöverskridande situationer, samtidigt som rent nationella integrerade koncerner kan undgå tillämpningen av denna regel som syftar till att bekämpa skatteflykt.

32 Se fotnot 33.

33 Dom av den 8 mars 2017 (C-14/16, EU:C:2017:177, punkt 55).

34 Även om möjligheten att ta upp C i den skattemässiga enheten nämns i punkt 2.5 i beslutet att begära förhandsavgörande ("om det hade varit möjligt"), har den berörda parten själv bara nämnt möjligheten att ta upp A Holdings UK.

35 Dom av den 28 februari 2008 (C-293/06, EU:C:2008:129).

36 Dom av den 10 juni 2015 (C-686/13, EU:C:2015:375) (nedan kallad domen X).

37 Punkt 2.9.5 i beslutet att begära förhandsavgörande: "Vad som konstaterats ovan under 2.9.1, 2.9.2 och 2.9.4 utgör ett argument för att fastställa att det varken föreligger olika behandling av objektivt jämförbara situationer eller ett åsidosättande av etableringsfriheten, och därmed också att X:s uppfattning ska ogillas."

38 Förslag till avgörande i målet X (C-686/13, EU:C:2015:31).

39 Domen X, punkterna 40 och 41. Dessförinnan hade domstolen i punkterna 36–39 förklarat varför det svar som den lämnade i dom av den 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), inte var tillämpligt i målet X.

40 Punkt 2.9.4 i beslutet att begära förhandsavgörande.

41 Se fotnot 23.

42 Se även, för ett liknande argument och analogt, dom av den 28 februari 2008, Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129, punkterna 24 och 25).