

ΚΑΤΕΡΙΝΑ ΠΕΡΡΟΥ  
Δικηγόρος, Μ.Δ.Ε. Δημοσίου Δικαίου

ΔΙΑΣΥΝΟΡΙΑΚΗ ΜΕΤΑΦΟΡΑ ΖΗΜΙΩΝ  
ΜΕΤΑΞΥ ΣΥΝΔΕΔΕΜΕΝΩΝ  
ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ ΤΗΣ ΕΕ  
*Ένα πρόβλημα από το μέλλον ζητά  
(θετική ή αρνητική) εναρμόνιση*

Ανάτυπο από το «ΔΙΚΑΙΟ ΕΠΙΧΕΙΡΗΣΕΩΝ & ΕΤΑΙΡΙΩΝ»  
Τεύχος 11/Έτος 2004



ΝΟΜΙΚΗ ΒΙΒΛΙΟΘΗΚΗ

# Διασυνοριακή μεταφορά ζημιών μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων της ΕΕ

Ένα πρόβλημα από το μέλλον ζητά (θετική ή αρνητική) εναρμόνιση

ΚΑΤΕΡΙΝΑΣ ΠΕΡΡΟΥ, Δικηγόρου, Μ.Δ.Ε. Δημοσίου Δικαίου

Έρευνα της Ομοσπονδίας Συνηδικών Βιομηχανιών έδειξε ότι το 81% των εταιριών-μελών της με διασυνοριακές (εντός της ΕΕ) δραστηριότητες υπέστησαν ζημιές από τις δραστηριότητες αυτές. Στη συντριπτική πλειοψηφία των περιπτώσεων (96%) δεν κατέστη δυνατός ο συμψηφισμός των ζημιών αυτών με συνέπεια αυτό να καταλήξει σε διπλή φορολογία. Εντός της ΕΕ δεν έχει επιτευχθεί η απαραίτητη συνάντηση, ώστε να θεσπισθεί ένα κοινό σύστημα διασυνοριακής μεταφοράς και συμψηφισμού των ζημιών (θετική εναρμόνιση). Το ΔΕΚ έχει ασχοληθεί με καποιες πινακίδες του θέματος σε ορισμένες αποφάσεις του (αρνητική εναρμόνιση), ενώ με ιδιαίτερο ενδιαφέρον αναμένεται η απόφασή του επί της εκκρεμούσας υποθέσεως Marks & Spencer, η οποία θέτει πολλά και ενδιαφέροντα ζητήματα.

## Εισαγωγή

Στη διάρκεια όλης μιας επιχείρησης είναι δυνατόν να προκύψουν ζημιές οι οποίες είναι δυνατόν να αναφέρονται είτε σε ορισμένη πηγή-κατηγορία εισοδήματος είτε σε ορισμένη χρονική περίοδο είτε σε ορισμένη επιχειρηματική δραστηριότητα στην ημεδαπή ή στην αλλοδαπή. Το πρώτο ζήτημα που τίθεται είναι το αν και κατά πόσο η ζημιά που προκύπτει και αναφέρεται σε ουγκεκριμένη πηγή εισοδήματος ή σε συγκεκριμένη χρονική περίοδο λαμβάνεται υπόψη για τον προσδιορισμό της φορολογικής υποχρέωσης της επιχείρησης (κάθετος συμψηφισμός). Το δεύτερο ζήτημα που τίθεται είναι το αν και κατά πόσο λαμβάνεται υπόψη για τον προσδιορισμό της φορολογικής υποχρέωσης της επιχείρησης και επομένως κατά πόσο επιτρέπεται ο συμψηφισμός των ζημιών μεταξύ περιοστέρων κλάδων μιας επιχείρησης η μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων (οριζόντιος συμψηφισμός).<sup>1</sup>

Ως προς το πρώτο ερώτημα, η συνταγματική επιταγή της επιβολής του φόρου με βάση τη φοροδοτική ικανότητα<sup>2</sup> των φορολογουμένων επιβάλλει τη λήψη υπόψη των ζημιών (αρνητικών εισοδημάτων) για τον υπολογισμό του συνολικού καθαρού εισοδήματος ειδικά του οποίου θα υπολογισθεί ο οφειλόμενος φόρος. Η αρχή της φοροδοτικής ικανότητας, σε συνδυασμό με την οικονομική ενότητα της επιχείρησης στο χρόνο, επιβάλλει και τον συμψηφισμό ζημιών με κέρδη που προέκυψαν σε διαφορετική χρήση.<sup>3</sup> Η αυστηρή εφαρμογή της αρχής της αυτοτέλειας των χρήσεων, σύμφωνα με την οποία τα οικονομικά αποτελεσματα κάθε χρήσης αποτελούν ξεχωριστή ενότητα, χωρίς να επιτρέπεται η μεταφορά των στοιχείων αυτών σε επόμενες ή προηγούμενες χρήσεις για την εξένερση του εισοδήματος άλλου οικονομικού έισους, επικρίθηκε. Αναπτύχθηκε έτσι η αρχή της αλληλεγγύης των χρήσεων,<sup>4</sup> σύμφωνα με την οποία οι ζημιές που προέκυψαν σε κάποια χρήση είναι επιτρεπτό να μεταφέρονται σε επόμενες χρήσεις, κατά παρέκκλιση από την αρχή της αυτοτέλειας των χρήσεων, η οποία περιορίστηκε.<sup>5</sup>

1. Για τις έννοιες του οριζόντιου και κάθετου συμψηφισμού βλ. K. Φινοκαλιώτη, Η εναρμόνιση της φορολογίας εισοδή-

ματος συνδεδεμένων επιχειρήσεων στα πλαίσια της ενιαίας ουγράς, Εκδόσεις Σάκκουλα, Θεσσαλονίκη, 1995, σελ. 155. Βλ. επίσης τη Μελέτη για τη Φορολογία των Επιχειρήσεων της Επιτροπής, Company taxation in the internal market, SEC (2001) 1681, σελ. 338.

2. Η επιβολή φορολογικών βαρών με βάση τη φοροδοτική ικανότητα των πολιτών αποτελεί εξειδίκευση της θεμελιώδους αρχής της ισότητας, ιδιαίτερα δε της φορολογικής ισότητας, που θεμελιώνεται στο άρθρο 4 παρ. 1 και 5 του Συντάγματος. Περισσότερα για την αρχή της ισότητας και την αρχή της φορολόγησης με βάση τη φοροδοτική ικανότητα βλ. Αναστόπολου-Φωριόπακη, Φορολογικό Δίκαιο (β' έκδοση), Αντ. N. Σάκκουλας, Αθήνα-Κοροτηνή 2003, αρ. 105 επ. και ίδιας αρ. 110 επ. Ο K. Φινοκαλιώτης εντάσσει την αρχή της φορολογικής ισότητας (μαζί με την αρχή της καθολικότητας) στην γενικότερη αρχή της φορολογικής δικαιοσύνης, βλ. τον ίδιο, Φορολογικό Δίκαιο, β' έκδοση, Εκδόσεις Σάκκουλας, Αθήνα-Θεσσαλονίκη, 1999, σελ. 139 επ. Ειδικότερα για τους παράγοντες καθορισμού της φοροδοτικής ικανότητας βλ. K. Φινοκαλιώτη, δ.π., σελ. 142 επ. και από πλευράς φιλοσοφίας του δικαίου A. Steichen, La justice fiscale entre justice commutative et justice distributive, Arch. phil. droit 46 (2002), σελ. 243-279, ίδιας σελ. 251.

3. Ειδικότερα για το πισχετισμό της αρχής της φορολογικής ισότητας με τη δυνατότητα μεταφοράς της ζημίας βλ. K. Φινοκαλιώτη, Η εναρμόνιση, δ.π., σελ. 155-156.

4. Για τις αρχές της αυτοτέλειας και της αλληλεγγύης των χρήσεων βλ. Λ. Κόνταν-Μάναλη, Ελληνικό Φορολογικό Δίκαιο, τ. 1, Δίκαιο & Οικονομία, Π.Ν. Σάκκουλας, Αθήνα 2002, σελ. 65 επ., Αναστόπολου-Φωριόπακη, Φορολογικό Δίκαιο, αρ. 196 και K. Φινοκαλιώτη, Φορολογικό Δίκαιο, αρ. 779.

5. Το σύστημα αυτό που συνδύαζε τις δύο αρχές ακολουθεί και ο Ελληνας νομοθέτης: Στο άρθρο 4 παρ. 3 του ΚΦΕ προβλέπεται η φορολόγηση του συνολικού εισοδήματος που αποκειθηκε σε συγκεκριμένο έτος κατ' εφαρμογή της αρχής της αυτοτέλειας των χρήσεων. Ταυτόχρονα δραστηριοποιείται και μια παρέκκλιση από την αρχή αυτή σύμφωνα με την οποία «ειδικά το αρνητικό στοιχείο (ζημιά) του εισοδήματος από εμπορικές και γεωργικές επιχειρήσεις, που προκύπτει από βιβλία τρίτης κατηγορίας του Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων (ΚΒΣ), αν δεν καλύπτεται με συμψηφισμό θετικού οιασχείου εισοδήματος άλλης πηγής είτε γιατί δεν υπάρχει τέτοιο στοιχείο εισοδήματος είτε γιατί αυτό που υπάρχει είναι ινεπαρκές, μεταφέρεται για να συμψηφισθεί

Η μεταφορά είναι δυνατόν να γίνεται είτε στο μέλλον (συμψηφισμός με κέρδη επόμενων χρήσεων-carry forward) είτε στο παρελθόν (συμψηφισμός με κέρδη παρελθόντων ετών-carry back of losses).<sup>6</sup> Η μεταφορά μπορεί να είναι είτε περιορισμένη χρονικά<sup>7</sup> είτε απειρόστη.

Ενώ λοιπόν από τις τρεις μορφές συμψηφισμού ζημιών η πρώτη γίνεται απειρόστη δεκτή και η δεύτερη μερικά, η τρίτη, η οριζόντια μεταφορά της ζημιάς, είναι αυτή που παρουσιάζει τις περιοστέρες δυσκολίες και η οποία πολύ διστακτικά αρχίζει να γίνεται δεκτή σε ορισμένες δικαιοδοσίες.<sup>8</sup> Πολύ δε περιοστέρο επιφυλακτικά (αν όχι αρνητικά) είναι τα κράτη, διαν καλούνται να αντιμετωπίσουν τη μεταφορά ζημιών μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων και μάλιστα τη διασυνοριακή μεταφορά αυτών. Το ζήτημα αυτό αυξάνει σε σημαντικότερη την εντεινόμενη επέκταση της δραστηριότητας των επιχειρήσεων έξω από τα άρια ενός κράτους. Και ενώ για την Ελλάδα ίως αποτελεί ένα ακόμα «πρόβλημα» που έρχεται από το μέλλον (ελλείπει σχετικής νομοθεσίας group taxation<sup>9</sup>), αλλού - όχι πολύ μακριά - έχει ήδη τεθεί επιτακτικά.

Στη συνέχεια αφού παρουσιασθούν οι προσπάθειες που έχουν γίνει από την πλευρά της Ευρωπαϊκής Ένωσης για τη ρύθμιση του θέματος και διαπιστώθει η αποτυχία επίτευξης θετικής εναρμόνισης (υπό Ι) θα ακολουθήσει η παρουσίαση της δράσης του Δικαιουμένου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήων πάνω στο θέμα και οι πιθανότητες που υπάρχουν επίτευξης (αρνητικής) εναρμόνισης των σχετικών κανόνων (υπό ΙΙ).<sup>10</sup>

## I. Προσπάθειες θετικής εναρμόνισης: Οι πρωτοβουλίες της Επιτροπής

Παρόλο που από πολύ νωρίς αναγνωρίσθηκε η σημασία που έχει για την κοινή αγορά η δυνατότητα των επιχειρήσεων να συμψηφίζουν ζημιές με κέρδη που έχουν προκύψει σε διαφορετικά κράτη μέλη δεν έχει καταστεί δυνατή η απαραίτητη ομοφωνία σχετικά με το θέμα αυτό εντός της ΕΕ, ώστε να υπάρξει κάποια εναρμόνιση των σχετικών κανόνων σε κοινοτικό επίπεδο.

Στη συνέχεια, αφού παρουσιασθούν με συντομία οι ρυθμίσεις που προτάθηκαν παλαιότερα με τις κοινοτικές προτάσεις για την έκδοση μας Οδηγίας (παρακάτω υπό Α), θα γίνει μια ουντομητή αναφορά και σε άλλες προτάσεις που έχουν δει το φως της δημοσιότητας (παρακάτω υπό Β).

### A. Οι (θυησιγενείς) προτάσεις Οδηγιών για ένα κοινό σύστημα διασυνοριακής μεταφοράς και συμψηφισμού των ζημιών των επιχειρήσεων

Στη διάρκεια των τελευταίων είκοσι ετών η Επιτροπή κατέθεσε δύο φορές πρόταση για τον τρόπο υπολογισμού και λήψη υπόψη των ζημιών που πραγματοποιούνται μεταξύ εταιριών διαφορετικών κρατών μελών. Καμία από τις δύο προσπάθειες, παρά τον αξιόλογο χαρακτή τους, δεν ευδόθηκε.

### 1. Η πρόταση Οδηγίας COM (84) 404

Ήδη από τη δεκαετία του 1980 είχαν διαπιστωθεί οι σημαντικές διαφορές στον τρόπο που αντιμετωπίζουν το θέμα της διασυνοριακής μεταφοράς ζημιών οι διάφορες νομοθεσίες των κρατών μελών της Ευρωπαϊκής Ένωσης<sup>11</sup> και θεωρήθηκε σημαντικό να αναληφθεί σχετική πρωτοβουλία για την εναρμόνιση των σχετικών εθνικών κανόνων. Ήταν η Επιτροπή που βέβαλε το 1984 μια πρόταση Οδηγίας του Συμβουλίου δύον αφορά στην εναρμόνιση των νομοθεσιών των κρατών μελών σχετικά με το φορολογικό καθεστώς της μεταφοράς των ζημιών των επιχειρήσεων<sup>12</sup> με το οκε-

ολόκληρο στην πρώτη περίπτωση ή κατά το υπόλοιπο αυτού στη δεύτερη, διαδοχικώς στα πέντε (5) επόμενα οικονομικά έτη κατά το υπόλοιπο που απομένει κάθε φορά. Τα παραπάνω εφαρμόζονται αναλόγως και για το αρνητικό στοιχείο (ζημιά) των εισοδήματος από εμπορικές επιχειρήσεις που προκύπτει από βιβλία δεύτερης κατηγορίας του Κώδικα Βιβλίων και Στοιχείων, το οποίο μεταφέρεται για να συμψηφίσθει διαδοχικώς στα τρία επόμενα οικονομικά έτη».

Ειδικότερα, για ζημιές που έχουν προκύψει στην αλλοδαπή το άρθρο 4 παρ. 4 ΚΦΕ προβλέπει ότι «αρνητικό στοιχείο εισοδήματος από πηγή που βρίσκεται στην αλλοδαπή συμψηφίζεται μόνο με θετικά εισοδήματα του φορολογουμένου που προκύπτουν στην αλλοδαπή». Ο Α. Καρακίτης, Η φορολογία διεθνών επιχειρήσεων στη Γερμανία και στην Ελλάδα, Λντ. Ν. Σάκκοπλας, Αθήνα-Κομοτηνή 1996, σελ. 252, χαρακτηρίζει επιφαλλή τη σημαντικότητα της ρύθμισης αυτής με το κοινοτικό δίκαιο και ιδιαίτερα το άρθρο 52 (νυν άρθρο 43) της Συνθήκης.

6. Για τις διάφορες μεθόδους μεταφοράς της ζημιάς καθώς και για τα πλεονεκτήματα και τα μειονεκτήματα της κάθε μιας βλ. Κ. Φινοκαλιώτη, Η εναρμόνιση, σ.π., σελ. 157-158.
7. Η διάρκεια κυριαρχεί σε από 3 ως και 10 χρόνια, με πο συνθηκομένη περίπτωση την πενταετία.
8. Περιοστέρες λεπτομέρειες για τα διάφορα συστήματα μεταφοράς και συμψηφισμού ζημιών στα κράτη μέλη της ΕΕ βλ. τη μελέτη Company taxation in the internal market, SEC (2001) 1681, σελ. 242 επ., καθώς και το σχετικά κεφάλαια κάθε national report στο IFA (2004 Vienna Congress), Cahiers de droit fiscal international, Vol. 89b, Group taxation, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers, The Netherlands, 2004.
9. Το θέμα αυτό αποτέλεσε αντικείμενο του τελευταίου συνέδριου της Διεθνούς Ενώσεως Φορολογικού Δικαίου (International Fiscal Association-IFA), βλ. τον τόμο: IFA (2004 Vienna Congress), Cahiers de droit fiscal international, Vol. 89b, Group taxation, Sdu Fiscale & Financiele Uitgevers, The Netherlands, 2004. Γενικά, για μια σχηματική συγκριτική παρουσίαση των νομοθεσιών διαφόρων κρατών περί φορολογίας σε επίπεδο ορίου επιχειρήσεων βλ. D. Endres, The concept of group taxation: A global overview, Intertax 2003/10, σελ. 349 επ.
10. Για την έννοια και τα αποτελέσματα της αρνητικής εναρμόνισης βλ. F.A.G. Prats, The evolution of income taxation under EC law requirements, EC Tax Review 2002-3, σελ. 137 επ.
11. Βλ. και τις σχετικές αναφορές του Κ. Φινοκαλιώτη, Η εναρμόνιση, σ.π., ιδίως σελ. 160.
12. Η πρόταση Οδηγίας του Συμβουλίου δύον αφορά την εναρμόνιση των νομοθεσιών των κρατών μελών σχετικά με το φορολογικό καθεστώς της μεταφοράς των ζημιών των επιχειρήσεων, COM (1984) 404 τελικό (ποιοληθείσα από την Επιτροπή στο Συμβούλιο στις 11 Σεπτεμβρίου 1984), ΕΕΚ 84 C 253/05 της 20.9.1984. Τροποποιήθηκε με την COM (85) 319, ΕΕΚ 85 C 170 της 9.7.1985.

πικό ότι από τεχνική άποψη, η εναρμόνιση των κανόνων μεταφοράς των ζημιών μπορεί να πραγματοποιηθεί αμέσως και ανεξάρτητα από την εναρμόνιση στους άλλους τομείς της φορολογικής βάσης. Η λογική πίσω από την πρόταση αυτή Οδηγίας ήταν ότι οι σχετικοί κανόνες στον τομέα της μεταφοράς των ζημιών πρέπει να είναι δύο το δυνατόν πιο ελαστικοί προκειμένου να επιτευχθεί ο επιδιωκόμενος στόχος. Έτοις προέβλεπε την υιοθέτηση από τα κράτη μέλη ενός κοινού συστήματος διαχρονικής μεταφοράς της ζημίας. Μεταφορά σε τρεις χρόνιες στο παρελθόν και απεριόριστη μεταφορά στο μέλλον.

Η προσέγγιση αυτή επικρίθηκε με το επιχείρημα ότι οι ρυθμίσεις των εθνικών νομοθεσιών σχετικά με την εσωτερική (όχι διασυνοριακή) μεταφορά και συμψηφισμό των ζημιών ανήκει στην αποκλειστική αρμοδιότητα των κρατών μελών και επομένως, με βάση την αρχή της επικουρικότητας, η Κοινότητα δεν μπορεί να πάρει πρωτοβουλία. Τελικά, η πρόταση Οδηγίας του 1984, που, παρά τις άδυναμιες της<sup>13</sup> αποτελούσε ωστόσο ένα βήμα, δεν υιοθέτηκε ποτέ με αποτέλεσμα να εγκαταλείφθη. Δεν εγκαταλείφθηκε όμως και η ίδεα, και έτσι η Επιτροπή επανήλθε το 1990 με νέα πρόταση Οδηγίας.

## 2. Η πρόταση Οδηγίας COM (90) 595

Η δεύτερη πρόταση Οδηγίας του Συμβουλίου δύον αφορά ένα καθεστώς συνυπολογισμού από τις επιχειρήσεις των ζημιών που εμφανίζουν οι μόνιμες εγκαταστάσεις τους και οι θυγατρικές τους που βρίσκονται σε άλλα κράτη μέλη<sup>14</sup> ήταν σαφές πως ολοκληρωμένη από την πρώτη. Πιο συγκεκριμένα, η Πρόταση Οδηγίας του 1990 προέβλεπε δυο μέθοδους για τον συνυπολογισμό των ζημιών σε διασυνοριακές περιπτώσεις. Τη μέθοδο του καταλογισμού<sup>15</sup> και τη μέθοδο της έκπτωσης των ζημιών με μεταγενέστερη επανέντιαξη.<sup>16</sup> δίνοντας τη δυνατότητα στα κράτη μέλη να επλέξουν τη μέθοδο που θα ακολουθούσαν.

Ούτε αυτή η Πρόταση όμως κατέρθωσε να επιτύχει την απαιτούμενη συναίνεση<sup>17</sup> και να μετουσιωθεί σε Οδηγία με αποτέλεσμα η Επιτροπή τελικά να την αποσύρει το 2001.<sup>18</sup>

## B. Πιθανές λύσεις: Παραδοσιακή μεταφορά ζημιών ή καινοτόμος κοινή φορολόγηση κερδών και ζημιών;

Σιη μελέτη για τη Φορολογία των Επιχειρήσεων που δημοσίευσε η Επιτροπή το 2001 γίνεται μια (αυτο-)κριτική για την Πρόταση Οδηγίας του 1990, ενώ ταυτόχρονα προτείνονται κάπιοις βελτιώσεις της (αποσυρθείσας πλέον) πρότασης Οδηγίας και αναζητώνται πιθανές λύσεις.<sup>19</sup>

## 1. Δυνατότητες βελτίωσης της πρότασης Οδηγίας του 1990

Με τα οιμερινά οδορένα και με την εξέλιξη που έχει εντωμεταξύ επιτευχθεί και στους τομείς της άμεσης φορολογίας κάπιοι από τα τεχνικά ζητήματα που περιλαμβάνει η πρόταση Οδηγίας του 1990 θα πρέπει να αναθεωρηθούν. Προτείνεται για παράδειγμα ότι θα πρέπει να περιλαμβάνεται ορισμός της έννοιας «επιχείρηση», ο οποίος θα είναι εναρμο-

13. Στο άρθρο 2 της πρότασης αυτής προβλεπόταν ότι ως κέρδος ή ζημία μιας χρήσης θεωρείται το θετικό ή αρνητικό αποτέλεσμα μιας χρήσης που εξάγεται μετά από ενδεχόμενη αντιοικότητα με άλλα έξοδα, σύμφωνα με τις φορολογικές ρυθμίσεις του κράτους στο οποίο φορολογείται, χωρίς να λαμβάνονται υπόψη τα αποτελέσματα που πραγματοποιούνται στο εξωτερικό από μόνιμα υποκαταστήματα ή θυγατρικές εταιρίες της εν λόγῳ επιχείρησης. Η ρύθμιση, παράλληλα που προέβλεπε τη δυνατότητα διασυνοριακού συριγμού ποιό τον ζημιάν, κατέληγε τελικά σε παραπομπή στο εσωτερικό δίκαιο του κράτους φορολογίας της επιχείρησης με αποτέλεσμα, όπως παρατηρεί ο K. Φινοκαλιώτης, Η εναρμόνιση, δι., σελ. 161, να είναι τελικά δυνατός ο συμψηφισμός αποτελεσμάτων της επιχείρησης στην αλλοδαπή, μόνο εάν και υπό τους δρους που προέβλεπε η νομοθεσία της χώρας της έδρας της επιχείρησης.
14. Πρόταση Οδηγίας του Συμβουλίου δύον αφορά ένα καθεστώς συνυπολογισμού από τις επιχειρήσεις των ζημιών που εμφανίζουν οι μόνιμες εγκαταστάσεις τους και οι θυγατρικές τους που βρίσκονται σε άλλα κράτη μέλη, COM (1990) 595 τελικό (υποβλήθηκε από την Επιτροπή ους 6 Δεκεμβρίου 1990), ΕΕΕΚ 91/C 53/03. Αναλυτική παρουσίαση και κριτική των σχετικών ρυθμίσεων βλ. K. Φινοκαλιώτης, Η εναρμόνιση, δι., σελ. 161 επ. και K. Μπουχάγιαρη, Η φορολογική αντιμετώπιση της μεταφοράς και του συριγμού ποιό της ζημιάς στην Ελλάδα και στα άλλα κράτη της Ευρωπαϊκής Ένωσης, ΔΕΕ 2000, σελ. 589 επ.
15. Σύμφωνα με το άρθρο 6 αυτής της Πρότασης Οδηγίας η μέθοδος καταλογισμού συνίσταται στον συνυπολογισμό στα αποτελέσματα μια επιχειρήσης σε μια δεδομένη χρήση των θετικών ή αρνητικών αποτελεσμάτων του συνόλου των Μονίμων Εγκαταστάσεων που βρίσκονται σε άλλα κράτη μέλη και στον καταλογισμό, κατά περίπτωση, στον οφελόμενο από την επιχειρήση φόρο για τα κέρδη των Μονίμων Εγκαταστάσεων, του φόρου που έχει καταβληθεί από αυτές. Η μέθοδος αυτή θεωρήθηκε καταλληλότερη για χρήση στην περίπτωση υπαρξής Μονίμων Εγκαταστάσεων και σε περίπτωση επιλογής της από το κράτος μέλος, θα ήταν υποχρεωτική για όλες τις επιχειρήσεις του κράτους αυτού, βλ. και άρθρο 5 της ίδιας πρότασης Οδηγίας.
16. Η μέθοδος της έκπτωσης των ζημιών με μεταγενέστερη επανένταξη περιλαμβάνει δυο φάσεις και συνίσταται αφενός στην έκπτωση από τα φορολογιστέα κέρδη της επιχειρήσης που πρέπει να είναι συγχρητική της επιχείρησης, οι οποίες είναι εγκατεστημένες σε άλλο ή άλλα κράτη μέλη. Στη δεύτερη φάση τα μεταγενέστερα κέρδη της εν λόγω Μονίμης Εγκαταστάσεως η θυγατρικής επανένταξην θα προβλέπεται στα φορολογήσιμα κέρδη της επιχειρήσης κατά το ισόποσο της ζημιάς που εξέπεσε κατά την πρώτη φάση. Η μέθοδος αυτή δεν προβλέπεται ως υποχρεωτική αλλά ως προαιρετική για τις επιχειρήσεις.
17. Είναι χαρακτηριστικό ότι η πρόταση Οδηγίας συζητήθηκε ρόλις μια φορά από τα κράτη μέλη στην αρμόδια ομάδα εργασίας του Συμβουλίου.
18. Βλ. την ανακοίνωση της Επιτροπής COM (2001) 763 final/2, 21.12.2001, σελ. 24. Φοίνεται όμως ότι η Επιτροπή δεν έχει εγκαταλείψει οριστικά την ιδέα αλλά σκέφτεται να επανέλθει με νέα πρόταση Οδηγίας, όπως αναφέρει ο I. Doerr, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case, Intertax 2004-4, σελ. 180 επ., ίδιως σελ. 186.
19. Company taxation in the internal market, SEC (2001) 1681, σελ. 333 επ.

νιομένος με τον ορισμό που περιλαμβάνεται στην Οδηγία για τις συγχωνεύσεις, διασπάσεις κ.λπ. εταιριών.<sup>20</sup>

Επίσης η εμπειρία τού ποτε την εφαρμογή της Οδηγίας για τις συγχωνεύσεις, διασπάσεις κ.λπ. εταιριών δύο και της Οδηγίας για τις μητρικές-θυγατρικές<sup>21</sup> απειδείξει ότι η γενική ανικαταχρηστική ρήτρα, την οποία περιλαμβάνουν, δεν είναι αποτελεσματική, συνεπώς θα πρέπει να ληφθούν συγκεκριμένα μέτρα για την αντιμετώπιση του φαινομένου αυτού.

Επιπλέον η Πρόταση Οδηγίας του 1990 δεν περιελάμβανε σαφείς ρυθμίσεις για διάφορα σημαντικά θέματα, όπως για παράδειγμα το ζήτημα του πώς θα υπολογίζονται οι ζημιές στην περίπτωση που μια επιχείρηση διαθέτει ζημιογόνες Μόνιμη Εγκατάσταση και θυγατρική ή περισσότερες ζημιογόνες θυγατρικές σε κάποιο άλλο κράτος μέλος. Αυτή η στιγμή ο υπολογισμός γίνεται με βάση το εσωτερικό δίκαιο και τη μεθόδο για την εξάλειψη της διπλής φορολογίας που χρησιμοποιεί το κάθε κράτος μέλος (μεθόδος της πίστωσης ή μεθόδος της εξαίρεσης).

Τέλος, η Πρόταση Οδηγίας αφήνε αναπάντητα μια σειρά από άλλα ερωτήματα, όπως το αν ο συμψηφισμός της Ζημιάς θα γίνεται συνολικά ή ανά κράτος μέλος ή το πώς θα αντιμετωπίζονται το ζήτημα των διαφορετικών φορολογικών περιόδων των διαφόρων κρατών μελών ή ακόμα το αν θα περιλαμβάνονται ή όχι μόνο οι άμεσα συνδεδεμένες επιχειρήσεις (θυγατρικές σε σχέση προς τη μητρική), αλλά και οι έμμεσα συνδεδεμένες (οι θυγατρικές των θυγατρικών).

Ως προς τη βελτίωση της Πρότασης Οδηγίας του 1990, η Επιτροπή παρατηρεί ότι λόγω των μεγάλων διαφορών που παρατηρούνται στις εθνικές νομοθεσίες ως προς τον ορισμό της έννοιας της «Ζημιάς», θα ήταν καλύτερο να επιδιώχθει πρώτα κάποιος βαθμός εναρμόνισης στην περιοχή αυτή πριν την εισαγωγή κανόνων για τη διασυνοριακή μεταφορά και συμψηφισμό ζημιών. Ένας επιπλέον λόγος που συνηγορεί υπέρ αυτής της επιλογής είναι ότι ελλείφει σχετικής εναρμόνισης ως προς την έννοια της «Ζημιάς» οι δημοσιονομικές ουνέπεις θα είναι πολύ σημαντικές για τα κράτη μέλη. Για το λόγο αυτό προτείνεται ότι ίσως είναι καλύτερο να υπολογίζονται τού ποτε το κέρδη δύο και οι ζημιές από όλες της δραστηριοτήτες μιας επιχείρησης με βάση ένα εθνικό δίκαιο, αυτό της δύναται η μητρική εταιρίας.<sup>22</sup>

## 2. Άλλες πιθανές λύσεις

Εκτός από τις δυνατότητες εμπλουτισμού και βελτίωσης των ρυθμίσεων που περιέχονται στην Πρόταση Οδηγίας του 1990, η Επιτροπή προτείνει ακόμα τη μελέτη εθνικών συστημάτων διασυνοριακής μεταφοράς και συμψηφισμού ζημιών που ισχύουν ήδη σε διάφορες χώρες της ΕΕ για την εξαγωγή πολύτιμων συμπεριαμέτων από την εμπειρία λειτουργίας τους η οποία θα μπορούσε να χρησιμεύει για τη δημιουργία ενδεικτικού μοντέλου. Στο πλαίσιο αυτό παρουσιάζεται αναλυτικά το σύστημα της Δανίας, το οποίο χαρακτηρίζεται γενικά ως αποτελεσματικό.<sup>23</sup>

Το σύστημα της Δανίας (*joint taxation system*)<sup>24</sup> προβλέπει έναν αποτελεσματικό τρόπο για τη μεταφορά και συμψηφισμό των θυγατρικών στην αλλοδαπή. Για διητήματα όπως ο ορισμός και ο τρόπος υπολογισμού των ζημιών ή το κατώφλι συμμετοχής της μητρικής στη θυγατρική προκειμένου

να θεωρηθούν συνδεδεμένες επιχειρήσεις, αφαρμογή έχουν μόνο οι κανόνες του εσωτερικού δικαίου της Δανίας, ως χώρας έδρας της μητρικής εταιρίας. Σύμφωνα με τη νομοθεσία της Δανίας, η χώρα της έδρας της μητρικής εταιρίας (η Δανία εν προκειμένω) έχει το δικαίωμα να φορολογήσει τα κέρδη της θυγατρικής εταιρίας ενώ αντίθετα οι ζημιές των Μονίμων εγκαταστάσεων δεν καλύπτονται από το σύστημα.

Το σύστημα της Δανίας, συμπληρουμένο με διατάξεις για τη μεταφορά και συμψηφισμό των ζημιών των Μονίμων Εγκαταστάσεων θα μπορούσε ίσως να αποτελέσει τη βάση ενός κοινοτικού συστήματος, το οποίο θα εξάλειφε αποτελεσματικά ένα από τα σημαντικότερα εμπόδια για την επίτευξη της Κοινής Αγοράς.

## II. Η «απειλή» της αρνητικής εναρμόνισης: Ο ρόλος του ΔΕΚ

Ενώ σε πολιτικό επίπεδο διεξάγεται εδώ και είκοσι χρόνια μια αιέρμονη αυζήτηση χωρίς κανένα ουσιαστικό αποτέλεσμα

20. Οδηγία 90/434/EOK. Ενσωματώθηκε με το Ν 2578/1998. Για τις σχετικές ρυθμίσεις βλ. Αναπόπονο-Φορτοάκη, Φορολογικό Δίκαιο, αρ. 489 επ.

21. Οδηγία 90/435/EOK. Ενσωματώθηκε με το Ν 2578/1998. Για τις σχετικές ρυθμίσεις βλ. Αναπόπονο-Φορτοάκη, Φορολογικό Δίκαιο, αρ. 493 επ.

22. Αυτή είναι η προσέγγιση που προτείνεται στο πλαίσιο της home state taxation για την οποία βλ. S.O. Lodin & M. Gamme, Home State Taxation-Tax treaty aspects, IBFD research department, 2001 IBFD Publications BV. Επίσης βλ. σχετικά και τις προτάσεις της Ευρωπαϊκής Company taxation in the internal market, SEC (2001) 1681, σελ. 386 επ.

23. Αντίθετα το σύστημα της Γαλλίας χαρακτηρίζεται ως πολύπλοκο: Εφαρμόζεται περιορισμένα, απαιτείται έγκριση του Υπουργού Οικονομικών για υπαγωγή σε αυτό και στην πράξη μόνο λίγοι μεγάλοι γαλλικοί οίκοι λαμβάνουν την απαιτούμενη έγκριση να το εφαρμόσουν. Περιοστέρα για το γαλλικό σύστημα βλ. Thierry-Hervé Nicolas, Rapporteur National, France, in: IFA, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXIIIa, Tax treatment of corporate losses, 1998 London Congress, Kluwer, The Netherlands, 1998, σελ. 448 επ.

Ενδιαφέρον παρουσιάζει και το σύστημα των ΗΠΑ, το οποίο χαρακτηρίζεται ποι ευελίκτο αν και ακολουθεί μια προσέγγιση τελείως διαφορετική από την ευρωπαϊκή: Με το σύστημα του check-the-box επιχειρήσεις που δραστηριοποιούνται εκτός ΗΠΑ μπορούν αν επιλέξουν η αλλοδαπή θυγατρική τους να φορολογηθεί σαν Μόνιμη Εγκατάσταση στην αλλοδαπή, με αποτέλεσμα να επιτυγχάνεται σχεδόν αυτόπτα η μεταφορά και ο συμψηφισμός της ζημιάς της στη μητρική εταιρία στις ΗΠΑ. Υποστηρίζεται μάλιστα ότι αυτή η λύση θα μπορούσε να χρησιμεύσει ως ενδιάμεση κατάσταση σε περίπτωση που τα κράτη μέλη της ΕΕ δεν είναι ακόμα έτοιμα να υιοθετήσουν μια Οδηγία σχετικά με τη διασυνοριακή μεταφορά ζημιών εντός της ΕΕ. Βλ. αναλυτικότερα Company taxation in the internal market, SEC (2001) 1681, σελ. 343 επ.

24. Βλ. αναλυτικότερα Company taxation in the internal market, SEC (2001) 1681, σελ. 341 επ. και Jan Pedersen, National Reporter, Denmark, in: IFA, Cahiers de droit fiscal international, Volume LXXXIIIa, Tax treatment of corporate losses, 1998 London Congress, Kluwer, The Netherlands, 1998, σελ. 424 επ.

ομα, το Δικαστήριο των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (ΔΕΚ) έκμεταλλεύσμενο την ευκαιρία στις λίγες, σχετικές υποθέσεις που έχουν παραπεμφεί ενώπιον του, έχει προβεί σε δραστικές λύσεις, χαρακτηρίζοντας χωρίς μεγάλο δισταγμό κάπικες διατάξεις ορισμένων από τα εθνικά συστήματα διασυνοριακής μεταφοράς και συμψηφισμού ζημιών ως αντίθετες προς τη Συνθήκη.

Το ζητήμα ήλθε (και διατηρείται ακόμα) έντονα στην επικαιρότητα προκαλώντας συζητήσεις σε ακαδημαϊκούς, πολιτικούς και επιχειρηματικούς κύκλους, με την υπόθεση της βρετανικής εταιρίας *Marks & Spencer*, η οποία αυτή τη συγκαμμένη εκκρεμεί ενώπιον του ΔΕΚ (B). Πριν την παρουσίαση της υπόθεσης αυτής δύος κρίνεται χρήσιμη μια σύντομη ανασκόπηση της μέχρι τώρα σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ (A).

#### A. Ανασκόπηση της σχετικής νομολογίας του ΔΕΚ

Το ΔΕΚ έχει ασχοληθεί με τό θέμα της διασυνοριακής μεταφοράς ζημιών σε τρεις, βασικά, υποθέσεις:<sup>25</sup>

##### 1. Η υπόθεση *Futura Participations*

Το ΔΕΚ ασχολήθηκε για πρώτη φορά με θέμα μεταφοράς ζημιών οι ίντην υπόθεση *Futura Participations*<sup>26</sup> όπου τεθήκε το ερώτημα του εάν και κατά πόσο μια εταιρία κάτιοικος Γαλλίας με υποκατάστημα στο Λουξεμβούργο μπορεί να ρεταρέψει τις ζημιές που προέκυψαν εκεί προς συμψηφισμό με μελλοντικά κέρδη. Το θέμα είχε δυσ παραμέτρους, δύος, και οι προϋποθέσεις μεταφοράς της ζημίας που έθετε το λουξεμβουργιανό δίκαιο: Μια ουσιαστικού δικαίου, ποιες ζημιές μπορούν να συμψηφισθούν και μια τεχνικού περιεχομένου, οχετική με τον τρόπο τήρησης των λογαριασμών προκειμένου να επιτρέπεται ο συμψηφισμός.<sup>27</sup>

Το ΔΕΚ έκρινε, ως προς το πράτιο θέμα, ότι πρέπει να υπάρχει ένας οικονομικός δεσμός μεταξύ των κερδών και των ζημιών που φέρονται προς συμψηφισμό.<sup>28</sup> Με άλλα λόγια μόνο οι ζημιές που προέρχονται από δραστηριότητες υπό εταιρίας εκτός της χώρας της έδρας της (εδώ: Γαλλία) μπορούν να μεταφερθούν σε επόμενες χρήσεις και να συμψηφισθούν με εισοδήματα που προέρχονται επίσης από δραστηριότητα εκτός της χώρας της έδρας. Και το λουξεμβουργιανό σύστημα σύμφωνα με το οποίο για τον υπολογισμό της βάσης επιβολής του φόρου στο Λουξεμβούργο λαμβάνονται υπόψη μόνο τα κέρδη που προέκυψαν από δραστηριότητες στο Λουξεμβούργο και παρέχεται το δικαίωμα μεταφοράς και συμψηφισμού μόνο ζημιών που προέκυψαν στο Λουξεμβούργο, (ρύθμιση συνεπής προς την αρχή της εδαφικότητας), δεν συνεπάγεται διάκριση απαγορευόμενη από τη Συνθήκη.<sup>29</sup>

##### 2. Η υπόθεση ICI

Ένα χρόνο αργότερα, το ΔΕΚ εξέδωσε μια ακόμα απόφαση σχετικά με τη μεταφορά ζημιών εντός ομίλου επιχειρήσεων αυτή τη φορά, στην υπόθεση *Imperial Chemical Industries (ICI)*.<sup>30</sup> Η ICI, εταιρία με έδρα τη Μ. Βρετανία, κατείχε το 49% μιας βρετανικής εταιρίας συμμετοχών, η οποία είχε 23 θυγατρικές, εκ των οποίων τέσσερις είχαν έδρα τη Μ. Βρε-

τανία, έξι είχαν έδρα αλλά κράτη μέλη της ΕΕ και δεκατρεις είχαν έδρα σε τρίτη χώρα. Μια εκ των βρετανικών θυγατρικών εμφάνισε ζημιές, τις οποίες η ICI ζήτησε να συμψηφισθούν κατά ποσοστό 49% (δύο και η έμμεση συμμετοχή της σε αυτήν) με δικαίη της κερδή.

Η ICI υποστήριξε ότι ο κανόνας του βρετανικού νόμου που εξαρτά τη δυνατότητα μεταφοράς και συμψηφισμού ζημιών εντός ομίλου μόνο διαν η εταιρία συμμετοχών έχει συμμετοχές αποκλειστικά σε εταιρίες εγκατεστημένες στη Μ. Βρετανία, ενώ χάνει το δικαίωμα αυτό αν έχει αποκήσει το δικαίωμα της ελευθερίας εγκατάστασης και έχει συμμετοχές και σε εταιρίες εγκατεστημένες εκτός Μ. Βρετανίας συνεπάγεται περιορισμό, υπό τη μορφή διάκρισης, που είναι αντίθετος προς τη Συνθήκη.<sup>31</sup>

Η βρετανική κυβέρνηση υποστήριξε ότι αυτή η διάκριση είναι δικαιολογημένη, αφού δεν υποχρεούται να επιτρέψει συμψηφισμό ζημιών αλλοδαπής θυγατρικής, τα κέρδη της οποίας δεν δικαιούται να φορολογήσει, προς τα κέρδη ημεδαπής εταιρίας (συνοχή του φορολογικού συστήματος). Το ΔΕΚ δέχθηκε δύος διι δύντος ότι η οποία συνεπάγεται ανισότητα<sup>32</sup> και παρατήρησε ότι για να γίνει δεκτό το επιχείρημα της συνοχής του φορολογικού συστήματος ως λόγος δικαιολόγησης της διάκρισης θα πρέπει να υπάρχει ένας άμεσος σύνδεσμος μεταξύ του συμψηφισμού της ζημιάς της βρετανικής θυγατρικής με τα κέρδη της βρετανικής μητρικής εταιρίας και της φορολογητής των κερδών μιας μη-βρετανικής θυγατρικής του ομίλου και τέτοιος δεσμός δεν υπάρχει στη συγκεκριμένη περίπτωση.<sup>33</sup> Κατά συνέπεια, κατέληξε το ΔΕΚ, ο κανόνας αυτός της βρετανικής νομοθεσίας είναι αντίθετος προς τη Συνθήκη.

##### 3. Η υπόθεση AMID

Στην υπόθεση *AMID*<sup>34</sup> το ΔΕΚ αντιμετώπισε με το θέμα της μεταφοράς και συμψηφισμού ζημιών της έδρας της επιχείρησης με κέρδη της μόνιμης εγκατάστασης που διέθετε αυτή

25. Βλ. επίσης *P. Pistone*, Tax treatment of foreign losses: An urgent issue for the European Court of Justice, EC Tax Review 2003-3, σελ. 149 επ. ο οποίος προβαίνει σε κριτική συγκριτική πανάλυση των εν λόγω αποφάσεων.

26. ΔΕΚ 15.5.1997, C-250/1995, *Futura Participations SA* και *Singer*.

27. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 15.5.1997, C-250/1995, *Futura*, σκ. 16-17.

28. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 15.5.1997, C-250/1995, *Futura*, σκ. 18.

29. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 15.5.1997, C-250/1995, *Futura*, σκ. 22.

30. ΔΕΚ 16.7.1998, C-264/1996, *Imperial Chemical Industries plc (ICI)*.

31. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 16.7.1998, C-264/1996, *ICI*, σκ. 10-11.

32. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 16.7.1998, C-264/1996, *ICI*, σκ. 23-24.

33. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 16.7.1998, C-264/1996, *ICI*, σκ. 29. Η βρετανική κυβέρνηση προεβάλε ακόμα ως λόγος δικαιολόγησης της διάκρισης ότι οι εταιρίες που έχουν έδρα τη Μ. Βρετανία δεν βρίσκονται σε άριστη θέση με τις μη εγκατεστημένες στη Μ. Βρετανία (σκ. 25), ότι υπάρχει κίνδυνος απώλειας φορολογικών επόβλων (σκ. 26) και ότι υπάρχει κίνδυνος απώλειας φορολογικών επόβλων (σκ. 28). Κανένας από αυτούς τους λόγους δεν έγινε δεκτός από το ΔΕΚ.

34. ΔΕΚ 14.12.2000, C-141/1999, *AMID*.

σε άλλο κράτος μέλος.<sup>35</sup> Η AMID, εταιρία εγκατεστημένη στο Βέλγιο, δικιησε να μεταφερεί ζημιές που κατέγραψε σε μια χρήση προς συμφημούμενό με κέρδη επόμενης χρήσης. Κατά το ίδιο χρονικό διαστήμα η μόνιμη εγκαταστασία που είχε στο Λουξεμβούργο εμφάνιζε κέρδη. Από το συνδιαιρόμενο διατάξεων της βελγικής νομοθεσίας και της σύμβασης αποφυγής διπλής φορολογίας μεταξύ Βελγίου και Λουξεμβούργου δεν ήταν δυνατός ο συμφημούμενός της ζημιάς της έδρας με τα κέρδη της αλλοδαπής μόνιμης εγκαταστασής.

Το ΔΕΚ διαπίστωσε ότι αυτή η νομοθεσία έθετε σε διαμενεότερη θέση τις εταιρίες που είχαν υποκαταστήματα στην αλλοδαπή σε σχέση με εταιρίες που είχαν υποκαταστήματα μόνο εντός του Βελγίου, περίπτωση κατά την οποία ο συμφημούμενός επιτρέπεται.<sup>36</sup> Το γεγονός δε ότι με βάση την ίδια νομοθεσία οι βελγικές εταιρίες με υποκαταστήματα σιγουρά αλλοδαπή σε άλλες περιπτώσεις θα είχαν ένα πρόσθετο πλεονέκτημα σε όχεια με τις βελγικές εταιρίες που έχουν υποκαταστήματα μόνο εντός Βελγίου δεν θεωρήθηκε αρκετό από το Δικαστήριο για να δικαιολογήσει τη διάκριση σε βάρος των πρώτων ως προς το συγκεκριμένο ζήτημα.<sup>37</sup>

## B. Η υπόθεση Marks & Spencer: Κοινή αγορά εναντίον εθνικής κυριαρχίας:

Η δυνατιότητα διασυνοριακής μεταφοράς και συμφημούμενών μεταξύ εταιριών που ανήκουν στον ίδιο διάλογο επιχειρήσεων βρέθηκε στο επίκεντρο των ενδιαφέροντος τα τελευταία χρόνια με αφορμή την υπόθεση της βρετανικής εταιρίας *Marks & Spencer*.<sup>38</sup>

### 1. Τα επίμαχα ζητήματα

Η υπόθεση αφορά ζημιές τις οποίες πραγματοποίησαν οι θυγατρικές του βρετανικού ομίλου στη Γαλλία, τη Γερμανία και το Βέλγιο. Η διαφορά της από τη μέχρι τώρα σχετική νομολογία του ΔΕΚ είναι ότι δεν έχει να κάνει με μια ΜΕ για την οποία η έδρα της επιχείρησης ζητά να φορολογηθεί ως κάτιοκος της χώρας της έδρας (άρα το ίδιο όπως μια θυγατρική της), αλλά με θυγατρικές εταιρίες ενός ομίλου για τις οποίες η μητρική εταιρία ζητά να φορολογηθούν σαν νήσιαν ΜΕ.<sup>39</sup> Πιο συγκεκριμένα, η *Marks &*

35. Το ΔΕΚ ασχολήθηκε με το ίδιο ζήτημα σε επίπεδο φυσικών προσώπων που ακούνεν επαγγελματική δραστηριότητα στην υπόθεση *Mertens* ΔΕΚ 12.9.2002, C-431/2001. Στην υπόθεση αυτή το Δικαστήριο έκρινε ότι είναι αντίθετη προς το άρθρο 39 της Συνθήκης (πρόληψη άρθρο 48) ρόθιμη πράξης διαλόγων συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας. Πιο συγκεκριμένα αφορούν: i) Στον συμφημούμενό ζημιών κοινοτικής θυγατρικής προς κέρδη βρετανικής μητρικής και/ή βρετανικής θυγατρικής, ii) στον συμφημούμενό ζημιών της κοινοτικής μητρικής και/ή κοινοτικής θυγατρικής προς κέρδη βρετανικής θυγατρικής, iii) στον συμφημούμενό ζημιών βρετανικής θυγατρικής, σε περίπτωση που η μητρική είναι εγκατεστημένη εκτός ΕΕ, iv) στον συμφημούμενό ζημιών βρετανικής θυγατρικής προς κέρδη όλης βρετανικής θυγατρικής ή προς κέρδη βρετανικής ΜΕ, σε περίπτωση που η μητρική είναι εγκατεστημένη εκτός ΕΕ και v) στον συμφημούμενό ζημιών βρετανικής ΜΕ προς κέρδη βρετανικής θυγατρικής, σε περίπτωση που η μητρική εταιρία είναι εγκατεστημένη εκτός ΕΕ. Βλ. *D. Weber, The Bosal Holding Case: Analysis and critique, EC Tax Review*, 2003-4, σελ. 220 επ., ιδίως υποσημ. 39. Βλ. επίσης την απόφαση του High Court (15.3.2004) και την απόφαση του Court of Appeals (28.5.2004) σχετικά με την ως άνω GLO σε *Craig, Rainer, Roels, Thoemmes, Tomsett & van den Hurk, EC Tax Scene (Boost for Group Tax Litigation from UK Court Decision)*, Intertax 2004/10, σελ. 530-531. Δικαιούχη των προκριματικών θα σήμανε για τη βρετανική κυβέρνηση επιτορφές φόρων εκτιμόμενου ύψους 1 δισεκατομμυρίου λιρών, όπως ανηφέρει ο *I. Doerr, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case*, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ., ιδίως σελ. 186.

36. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 14.12.2000, C-141/1999, AMID, σελ. 23.

37. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 14.12.2000, C-141/1999, AMID, σελ. 24 και 27. Το Δικαστήριο απέρριψε επίσης το επιχείρημα της Βελγικής Κυβέρνησης ότι οι βελγικές επιχειρήσεις με ΜΕ στην αλλοδαπή δεν βρίσκονται στην ίδια θέση με τις βελγικές επιχειρήσεις που έχουν υποκαταστήματα μόνο εντός Βελγίου, και άρα δικαιολογείται η διαφορετική μεταχείριση τους (σελ. 25-26 και 28-30).

Η απόφαση χαρακτηρίζεται ουσιώτικη, αν και με λάθος αιτιολογία, αφού εξέισαν το ζητήμα μόνο από την πλευρά της χώρας της έδρας (Βέλγιο) και όχι και από την οπική της χώρας της Μόνιμης Εγκατάστασης (Λουξεμβούργο). Επίσημης, το Δικαστήριο δεν δικαιώσαντας την AMID βάσει της αρχής της απαγόρευσης των δικαίωσεων ('γι' αυτό και δεν ήταν τόσο ομαντική η αύγκριση μεταξύ βελγικών εταιριών με υποκαταστήματα στην αλλοδαπή και εταιριών με υποκαταστήματα μόνο εντός Βελγίου) αλλά διότι έκρινε ότι παραβιάζεται η αρχή της ελεύθερης εγκατάστασης (η βελγική νομοθεσία την καθιούτα λιγότερο ελκυστική και άρα υπάρχει περιορισμός της).

Μία αναλυτική παρουσίαση της υπόθεσης, με τα νομικά ζητήματα και τα προγματικά περιστατικά, κριτική για την απόφαση και πιθανές συνέπειες της ίσως για το Βέλγιο δύο και για άλλα κράτη μέλη της ΕΕ βλ. *Luc de Broe, Cases filed by Belgian courts: The AMID case*, in: M. Lang (ed.), *Direct taxation: Recent ECJ developments*, Linde Verlag, Wien, 2003, σελ. 9 επ.. Για κριτική της απόφασης βλ. επίσημης *L. Hinnekens, AMID: A wrong bridge or a bridge too far*, European Taxation 2001.

38. Ήδη εκτός από τη *Marks & Spencer* πολλές ακόμα βρετανικές εταιρίες έχουν προτρέψει στο High Court καταθέτοντας οραδική αγωγή (group litigation order-GLO) στις 23.5.2003 προσβάλλοντας τις διατάξεις της νομοθεσίας περί group loss relief. Η GLO περιλαμβάνει υποθέσεις σύμφωνα με τις οποίες υποτερίζεται ότι οι σχετικές διατάξεις της βρετανικής νομοθεσίας παραβιάζουν το άρθρο 43 της Συνθήκης (ελεύθερης εγκατάστασης) και/ή τις διατάξεις περί μη διακριτικής μεταχείρισης διαφόρων συμβάσεων για την αποφυγή της διπλής φορολογίας. Πιο συγκεκριμένα αφορούν: i) Στον συμφημούμενό ζημιών κοινοτικής θυγατρικής προς κέρδη βρετανικής μητρικής και/ή βρετανικής θυγατρικής, ii) στον συμφημούμενό ζημιών της κοινοτικής μητρικής και/ή κοινοτικής θυγατρικής προς κέρδη βρετανικής θυγατρικής, iii) στον συμφημούμενό ζημιών βρετανικής θυγατρικής προς κέρδη όλης βρετανικής θυγατρικής ή προς κέρδη βρετανικής ΜΕ, σε περίπτωση που η μητρική είναι εγκατεστημένη εκτός ΕΕ και v) στον συμφημούμενό ζημιών βρετανικής θυγατρικής προς κέρδη βρετανικής θυγατρικής, σε περίπτωση που η μητρική εταιρία είναι εγκατεστημένη εκτός ΕΕ. Βλ. *D. Weber, The Bosal Holding Case: Analysis and critique, EC Tax Review*, 2003-4, σελ. 220 επ., ιδίως υποσημ. 39. Βλ. επίσης την απόφαση του High Court (15.3.2004) και την απόφαση του Court of Appeals (28.5.2004) σχετικά με την ως άνω GLO σε *Craig, Rainer, Roels, Thoemmes, Tomsett & van den Hurk, EC Tax Scene (Boost for Group Tax Litigation from UK Court Decision)*, Intertax 2004/10, σελ. 530-531. Δικαιούχη των προκριματικών θα σήμανε για τη βρετανική κυβέρνηση επιτορφές φόρων εκτιμόμενου ύψους 1 δισεκατομμυρίου λιρών, όπως ανηφέρει ο *I. Doerr, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case*, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ., ιδίως σελ. 186.

39. P. Wattel, *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, EC Tax Review 2003-4, σελ. 194 επ., ιδίως σελ. 201.

*Spencer* ζητά να της δοθεί η δυνατότητα να συμψηφίσει τις ζημιές των κοινοτικών θυγατρικών της με τα κέρδη της βρετανικής μητρικής εταιρίας, όπως θα γινόταν, αν αντιγια θυγατρικές είχε ΜΕ στις εν λόγω χώρες η οποία θα γινόταν, αν αντιγια τη Γαλλία, τη Γερμανία και το Βέλγιο οι θυγατρικές ήταν εγκατεστημένες στη Μ. Βρετανία.

Με άλλα λόγια το ερώτημα που τίθεται είναι το αν και κατά πόσο η σχετική νομοθεσία της Μ. Βρετανίας που επιτρέπει τον συμψηφισμό ζημιών αλλοδαπών ΜΕ με κέρδη της βρετανικής εύρας και των συμψηφισμάτων ζημιών βρετανικών θυγατρικών με τα κέρδη της βρετανικής μητρικής αλλά δεν επιτρέπει τον συμψηφισμό ζημιών κοινοτικών θυγατρικών με τα κέρδη της βρετανικής μητρικής είναι αντίθετη με την κοινοτική ελευθερία εγκατάστασης. Οι *Special Commissioners* που κλήθηκαν να αποφασίσουν σε πρώτο βαθμό στην ιπόθεση, έκριναν αφενός ότι η σχετική βρετανική νομοθεσία δεν παραβιάζει τους κοινοτικούς κανόνες και αφετέρου ότι το ζήτημα είναι ξεκάθαρο και δεν απαιτείται παραπομπή στο ΔΕΚ.<sup>40</sup> Η *Marks & Spencer* άσκησε έφεση κατά της απόφασης αυτής και το δικαστήριο έστειλε αυτήν τη φορά προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ.<sup>41</sup>

## 2. Επιχειρήματα υπέρ και κατά

Σύμφωνα με την απόφαση των *Special Commissioners*<sup>42</sup> δεν υπάρχει θέμα απαγορευμένης διακριτικής μεταχείρισης. Ο *D. Weber*<sup>43</sup> υποστηρίζει ότι αυτή η άποψη θα μπορούσε να ενισχυθεί και από την απόφαση του ΔΕΚ στην ιπόθεση *Bosal*,<sup>44</sup> αφού στη σκέψη 32 της εν λόγω απόφασης το ΔΕΚ δέχεται ότι οι ΜΕ είναι ιμάτα του κεντρικού και συνειώδης αιτούτων μια ενότητα, ένα φορολογούμενο, ενώ στη σχέση μητρικής εταιρίας με τη θυγατρική της έχουμε διακριτές νομικές προσωπικότητες και συνειώδης διαφορετικούς φορολογούμενους. Επιπλέον το ΔΕΚ μπορεί να αναφερθεί και στην αρχή της εδαφικότητας,<sup>45</sup> η οποία εφαρμόζεται ανά φορολογούμενο, όπως γίνεται φανέρω από την απόφαση στην ιπόθεση *Bosal*.

Εξάλλου, όπως έχει γίνει ήδη δεκτό στην ιπόθεση *Futura*, ένας φορολογούμενος μπορεί να φορολογείται στη χώρα κατοικίας του για το παγκόσμιο εισόδημά του, αλλά για τον συμψηφισμό ζημιών ενδέκα μη-κινούκου, όπως είναι μια θυγατρική εταιρία εγκατεστημένη σε ένα κράτος μέλος, προς τα κέρδη της μητρικής εταιρίας που είναι εγκατεστημένη στη Μ. Βρετανία, είναι δυνατό να τίθενται προϋποθέσεις όπως η ύπαρξη οικονομικού δεσμού των ζημιών με το εισόδημα που κτήθηκε από τον φορολογούμενο στη Μ. Βρετανία.<sup>46</sup> Οι ζημιές της κοινοτικής θυγατρικής δύναται δεν έχουν κανένα οικονομικό σύνδεσμο με τα κέρδη της βρετανικής μητρικής.

Οι *Special Commissioners* υποστηρίζουν επίσης ότι μια βρετανική θυγατρική, η οποία υπόκειται στο βρετανικό φόρο για το παγκόσμιο εισόδημά της, και μια κοινοτική θυγατρική, η οποία κατ' αρχήν δεν υπόκειται στο βρετανικό φόρο,

urgent issue for the European Court of Justice, EC Tax Review 2003-3, σελ. 149 επ., ίδια σελ. 151

41. Reference for a preliminary ruling by the High Court of Justice (England and Wales), Chancery Division, by order of that court dated 16 July 2003, in the case of *Marks & Spencer plc against David Halsey (HM Inspector of Taxes)*, Case C-446/2003, EEEK C 304/18 της 13.12.2003. Κριτική και σχόλιο στην απόφαση του βρετανού δικαστή για τον τρόπο που έθεσε τα προδικαστικά ερωτήματα στο ΔΕΚ βλ. *L. Doerr*, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ. Παρόμοια θέματα με αυτά που τίθενται οινην υπόθεση *Marks & Spencer* προκαλούν προβληματισμό και στη Γερμανία. Με διάταξη του Ανώτατου Φορολογικού Δικαστηρίου (Bundesfinanzhof) της 13.11.2002, έχει σταλεί προδικαστικό ερώτημα στο ΔΕΚ σε υπόθεση που αφορά τη δυνατότητα διασυνοριακής μεταφοράς και συμψηφισμού ζημιών σε περίπτωση φυσικού προσώπου: Πρόκειται για την υπόθεση *Ritter*, C-152/2003, EEEK C 158/8, της 5.7.2003. Παρόλο που η υπόθεση αφορά φυσικά πρόσωπα και αναφέρεται σε νομοθεσία που δεν ισχύει πλέον, πολλοί σχολιαστές υποστηρίζουν ότι η απόφαση θα έχει οπηματικές συνέπειες και για τις εταιρίες που έχουν ΜΕ στην πλλοδαπή. Το Γερμανικό Δικαστήριο έχει ήδη εκφράσει την πεποίθησή του ότι η σχετική νομοθεσία αντίκειται στο κοινοτικό δίκαιο, (ειδικότερα την ελεύθερη μεταφορά κεφαλαϊον-free movement of capital) κανόνας του γερμανικού Κώδικα Φορολογίας Εισοδήματος ο οποίος προβλέπει την περιορισμένη εκποιούμενη από γερμανική εταιρία της ζημίας την οποία κατέγραφαν άλλες εταιρίες στις οποίες ουμπρέχει αυτή.
42. *Marks and Spencer plc v Halsey (Inspector of Taxes)*, SpC 352; *Special Commissioners*; Dr. John F Avery Jones CBE and Malcolm Gammie QC- 25,26 Νοεμβρίου, 17 Δεκεμβρίου 2002.
43. *BL. D. Weber*, The *Bosal Holding* Case: Analysis and critique, EC Tax Review, 2003-4, σελ. 229 επ.
44. ΔΕΚ 18.9.2003, C-168/2001, *Bosal Holdings*.
45. Πρέπει να ομοιωθεί ότι η Μ. Βρετανία δεν ακολουθεί την αρχή της εδαφικότητας. Αν την ακολουθούσε, όπως π.χ. ουμβαίνει με τη Γαλλία ή την Ολλανδία, τότε πιθανότατα δεν θα γεννιόταν ποτέ το ζήτημα. Βλ. σχετικά και *D. Gutmann*, The *Marks & Spencer* case: Proposals for an alternative way of reasoning, EC Tax Review 2003-3, σελ. 154 επ., ίδια σελ. 156, ο οποίος παρατηρεί επίσης ότι η επιλογή της φορολόγησης με βάση την αρχή της παγκόσμιοτητας ή με βάση την αρχή της εδαφικότητας είναι ζητήμα φορολογικής πολιτικής και δεν είναι επιλογή που πρέπει να επιβάλλει το ΔΕΚ.
46. Βλ. απόφαση ΔΕΚ 15.5.1997, C-250/1995, *Futura*, σκ. 43. Σύμφωνα με *G. Meussen*, The *Marks & Spencer* case: Reaching the boundaries of the EC Treaty, EC Tax Review 2003-3, σελ. 144 επ., ίδια σελ. 147.

δεν είναι αντικειμενικά συγκρίσιμες και επορένως δικαιολογημένα εφαρμόζονται διαφορετικοί κανόνες σε αυτές.<sup>47</sup> Από την άλλη γίνεται επίσης δεκτό ότι στην περίπτωση μητρικής-θυγατρικής, οι εταιρίες διατηρούν την ξεχωριστή νομική τους προσωπικότητα. Η νομοθεσία περί συμψηφιού ζημιών σε επίπεδο ομίλου επιχειρήσεων (group loss relief) δύναται αυτή την αρχή της ανεξαρτησίας των νομικών προσώπων. Εμφανίζεται λοιπόν εύλογο το ερώτημα: από τη σημασία που η αρχή διασπάται, είναι σωστό αυτό να γίνεται μόνο για τις βρετανικές θυγατρικές, αποκλειούμενων των κοινοτικών θυγατρικών; Σε αυτήν την περίπτωση δύναται μόνος οι αρχή της ανεξαρτησίας των νομικών προσώπων. Εμφανίζεται λοιπόν εύλογο το ερώτημα: από τη σημασία που η αρχή διασπάται, είναι σωστό αυτό να γίνεται μόνο για τις βρετανικές θυγατρικές, αποκλειούμενων των κοινοτικών θυγατρικών; Σε αυτήν την περίπτωση δύναται μόνος οι αρχή της ανεξαρτησίας των νομικών προσώπων.

Και αυτό το επιχείρημα έχει δύναμη του αντίλογού του: ο *G. Meussen*<sup>48</sup> παρατηρεί ότι από την υπόθεση AMID συνάγεται ότι σε περιπτώσεις ζημιών σε άλλο κράτος μέλος το ΔΕΚ ενδιαφέρεται μόνο για το αν η συγκεκριμένη ζημία δεν είναι δυνατό να συμψηφισθεί σε κανένα από τα εμπλεκόμενα κράτη μέλη (χώρα πηγής και χώρα κατοικίας). Η άρνηση της δυνατότητας συμψηφισμού δεν σημαίνει ότι οι ζημιές στην αλλοδαπή δεν λαμβάνονται υπόψη σε κανένα κράτος μέλος. Μπορούν να συμψηφισθούν με μελλοντικά κέρδη στη χώρα πηγής ενώ σε πολλές χώρες είναι δυνατή και η μεταφορά τους σε παρελθόντα έτη. Εν τούτοις, αναγνωρίζεται ότι υπάρχει μια εξαίρεση: Πρόκειται για την περίπτωση της λύσης της ζημιογόνου θυγατρικής, όποιες η εταιρία παίνει να υπάρχει και δεν υπάρχει δυνατότητα συμψηφισμού των ζημιών της με (μελλοντικά) κέρδη της.<sup>50</sup> Σε αυτήν την περίπτωση θα έχουμε παραβίαση της ελευθερίας συγκατάστασης κατά την έννοια της AMID, η οποία απαιτεί ότι οι ζημιές θα πρέπει να λαμβάνονται υπόψη αλλά αυτό θα πρέπει να γίνεται μια φορά.<sup>51</sup> Ωστόσο φαίνεται ότι στην περίπτωση της *Marks & Spencer* δεν υπάρχει τέτοιος κίνδυνος.<sup>52</sup>

47. Βλ. δύναται και *D. Gutmann*, The Marks & Spencer case: Proposals for an alternative way of reasoning, EC Tax Review 2003-3, σελ. 154 επ., ο οποίος υποστηρίζει ότι η συγκριση που θα πρέπει να γίνεται προκειμένου να διοπισθεί αν το βρετανικό σύστημα είναι αντίθετο προς το κοινοτικό δίκαιο δεν είναι αυτή μεταξύ ημεδαπής θυγατρικής και κοινοτικής θυγατρικής αλλά αυτή μεταξύ κοινοτικής θυγατρικής και κοινοτικής μόνιμης συγκατάστασης και είναι φανεται τελικά ότι η απόφαση των Special Commissioners είναι η πιοστή απάντηση σε λάθος ερώτηση. Πρόκειται το γεγονός ότι οι ζημιές των κοινοτικών θυγατρικών δεν μπορούν βάσει της βρετανικής νομοθεσίας να συμψηφισθούν με τα κέρδη της μητρικής δεν αποτελεί παραβίαση του κοινοτικού δικαίου. Άλλο δεν είναι αυτή η συγκριση που πρέπει να γίνεται εδώ. Η συγκριση πρέπει να γίνει μεταξύ της κοινοτικής θυγατρικής και της κοινοτικής ΜΕ, και υπό αυτό το πρόστιμο η βρετανική νομοθεσία εισάγει διαφορετική μεταχρήση η οποία δεν είναι δικαιολογημένη. Σύμφωνας ο *I. Doerr*, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ., ιδίως σελ. 183.

48. Στην ελευθερία συγκατάστασης περιλαμβάνεται και η ελευθερία επιλογής νομικής μορφής. Ειδικότερα, για να διαπι-

στώθει αν παραβιάζεται ή όχι η ελευθερία συγκατάστασης πρέπει να προηγηθεί έλεγχος συνδρομής ή μη των εξής τεσσάρων προϋποθέσεων (όπως έχουν τεθεί από τους *Wattel* και *Albert*, βλ. παρόντες και ανάλυση τους, καθώς και σχετικές παραπομπές στο *G. Meussen*, The Marks & Spencer case: Reaching the boundaries of the EC Treaty, EC Tax Review 2003-3, σελ. 144 επ., ιδίως σελ. 146).

- *Πρώτον*: Εγγυάται το κράτος προέλευσης την ελευθερη επιλογή μεταξύ άσκησης οικονομικής δραστηριότητας στο κράτος υποδοχής μέσω θυγατρικής ή μέσω μόνιμης εγκατάστασης (ουδετερότητα νομικής μορφής I - neutrality of legal form I).

- *Δεύτερον*: Το κράτος υποδοχής επιφυλάσσει την ίδια μεταχείριση στη μόνιμη συγκατάσταση όπως και στη θυγατρική (ουδετερότητα νομικής μορφής II - neutrality of legal form II).

- *Τρίτον*: Το κράτος προέλευσης μεταχειρίζεται την αλλοδαπή θυγατρική το ίδιο όπως και την ημεδαιη θυγατρική (ουδετερότητα εξαγωγής συγκατάστασης - export neutrality of establishment).

- *Τέταρτον*: Το κράτος υποδοχής μεταχειρίζεται τη θυγατρική μιας μη-κατοίκου μητρικής το ίδιο όπως και τη θυγατρική μιας κατοίκου μητρικής (ουδετερότητα εισαγωγής συγκατάστασης - import neutrality of establishment). Το ΔΕΚ έχει αντιμετωπίσει το ζήτημα της ουδετερότητας νομικής μορφής II (στις υποθέσεις *avoir fiscal* C-270/1983, *Commerzbank* C-330/1991, *Futura* C-250/95, *Saint Gobain* C-307/1997 και *Royal Bank of Scotland* C-311/1997), την ουδετερότητα εξαγωγής συγκατάστασης (στις υποθέσεις *Baars* C-251/1998 και *Bosal* C-168/2001) και την ουδετερότητα εισαγωγής συγκατάστασης (στις υποθέσεις *Metallgesellschaft* C-397/1998 & C-410/1998 και *Lankhorst-Hohorst* C-324/2000). Η υπόθεση *Marks & Spencer* εντάσσεται μάλλον στην πρώτη περίπτωση, την ουδετερότητα νομικής μορφής I, την οποία για πρώτη φορά αντιμετωπίζει το ΔΕΚ, και λιγότερο στην τρίτη περίπτωση, την ουδετερότητα εξαγωγής συγκατάστασης.

49. *G. Meussen*, The Marks & Spencer case: Reaching the boundaries of the EC Treaty, EC Tax Review 2003-3, σελ. 144 επ., ιδίως σελ. 147.

50. Εκτός αν έχουμε περίπτωση όπως αυτή που αναφέρει ο *E. Kemmeren*, ο οποίος υποστηρίζει ότι η μεταφορά ζημιών σε παρελθόντα έτη θα μπορούσε να επεκτείνεται μέχρι του ομείου επιστροφής φόρων (πρηγκικός φόρος-negative tax) βλ. σχετικά *G. Meussen*, The Marks & Spencer case: Reaching the boundaries of the EC Treaty, EC Tax Review 2003-3, σελ. 144 επ., ιδίως σελ. 148.

51. Αυτό προκύπτει από την αρχή της συνέπειας (consistency) η συμμετρίας (symmetry) ή συνοχής των φορολογικού ουσιώδητος (tax cohesion), βλ. σχετικά *P. Pistone*, Tax treatment of foreign losses: An urgent issue for the European Court of Justice, EC Tax Review 2003-3, σελ. 149 επ., και *I. Doerr*, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ.

52. Πρόκειται για το λεγόμενο double dip, τον κίνδυνο δηλαδή οι ζημιές της θυγατρικής να ληφθούν υπόψη δύο φορές: Μια στο επίπεδο της θυγατρικής (με μεταφορά προς ουμψηφισμό τους με κέρδη είτε επομένων είτε παρελθουσών χρήσεων) και μια στο επίπεδο της μητρικής εταιρίας. βλ. σχετικά *I. Doerr*, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ., ιδίως σελ. 185, όπου και προτάσεις για αντιμετώπιση του κινδύνου του double dip χωρίς να χρειάζεται να καταφύγουμε πιγιά διασυνάλογα αυτοτρή απαγόρευση του ουμψηφισμού των ζημιών της θυγατρικής προς κέρδη της μητρικής.

### 3. Και το ζήτημα της εθνικής (φορολογικής) κυριαρχίας;

Τελικά, πέρα από τα νομικά ζημιάτα το βασικό ερώτημα στην υπόθεση αυτή είναι βέβαια και πολιτικό: Είναι απαραίτητο για τη δημιουργία της κοινής αγοράς οι ζημιές που προκύπτουν αείνα κράτος μέλος να λαμβάνονται υπόψη σε ένα άλλο κράτος μέλος;<sup>53</sup> Υπό το φως των παραδοσιακών κανόνων της εθνικής φορολογικής κυριαρχίας κάτι τέτοιο φαντάζει αδικινότιο. Η υπόθεση *Marks & Spencer* όμως θέτει το ερώτημα με επιφορά: Είναι υποχρεωμένο ένα κράτος μέλος να υποστεί απώλεια φορολογικών εσόδων, έτσι και προσωρινά, «εισάγοντας» φορολογικές ζημιές τις οποίες και τέγραφαν αλλοδαπές (κοινοτικές) θυγατρικές εταιρίες του ομίλου σε άλλα κράτη μέλη; Αν η απάντηση είναι ναι, αυτό θα σημαίνει οιμαντική ρήξη στην αρχή της φορολογικής κυριαρχίας των κρατών μελών της ΕΕ. Αν η απάντηση είναι όχι, τότε ο δρόμος προς την ευρωπαϊκή ολοκλήρωση γίνεται πολύ δύσκολος.<sup>54</sup>

Αναμένεται πάντως ότι η Ευρωπαϊκή Επιτροπή στις παρατηρήσεις της που θα κληθεί να καταθέσει ενώπιον του ΔΕΚ κατά τη συζήτηση της υπόθεσης θα υποστηρίξει τη δυνατότητα ουμψηφισμού των ζημιών στην περίπτωση της *Marks & Spencer*.<sup>55</sup> Τι συνέπειες θα έχει αυτό στα κράτη μέλη; Ήδη κυκλοφορεί η φήμη ότι σε περίπτωση που η *Marks & Spencer* δικαιωθεί από το ΔΕΚ η βρετανική κυβέρνηση θα καταργήσει τη οχετική νομοθεσία περί φορολογησης σε επίπεδο ομίλου (*group taxation*).<sup>56</sup>

## Συμπεράσματα

Κανείς δεν αρνείται τη σπουδαιότητα της διασυνοριακής μεταφοράς και συμψηφισμού των ζημιών μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων και τη ομμασία που έχει για την κοινή αγορά. Η έλλειψη εναρμονισμένων κανόνων στον τομέα αυτό αποτελεί αναμφισβήτητη εμπιδίο προς την ευρωπαϊκή ενοποίηση. Μια έρευνα της Οροσπονδίας Σουηδικών Βιομηχανιών<sup>57</sup> ανέδειξε όχι μόνο το μέγεθος του εμπιδίου αλλά και το οικονομικό κόστος που έχει για τις επιχειρήσεις η έλλειψη εναρμονισμένων οχετικών κανόνων.

Πιο συγκεκριμένα, με βάση τα στοιχεία της έρευνας, το 81% των επιχειρήσεων που είχαν δραστηριότητες και σε άλλα κράτη μέλη είχαν καταγράψει ζημία σε περιούσιερα από ένα κράτη μέλος. Για το 96% των επιχειρήσεων που είχαν καταγράψει ζημιές δεν κατέστη δυνατός ή κατέστη μόνο μερικά δυνατός ο ουμψηφισμός των ζημιών αυτών με κέρδη άλλων επιχειρήσεων του ίδιου ομίλου. Στο 56% των περιπτώσεων αυτό κατέληξε σε οριστική διπλή φορολογία.

Στο πλαίσιο της Ευρωπαϊκής Ένωσης, από την άλλη, παρατηρείται δυσιοικία στη λήψη πολιτικών αποφάσεων-όχι εν τελώς αδικαιολόγητη. Πράγματι υπάρχει ο φόβος ότι, λόγω των μεγάλων διαφορών που υπάρχουν μεταξύ των φορολογικών συστημάτων των κρατών μελών της ΕΕ, τυχόν παροχή της δυνατότητας μεταφοράς και συμψηφισμού ζημιών μεταξύ συνδεδεμένων επιχειρήσεων θα καταστήσει κάποιες χώρες «εισαγωγείς ζημιών» (αυτές με υψηλότερο φορολογικό συντελεστή) και κάποιες άλλες «εξαγωγείς ζημιών» (αυτές με χαμηλότερο φορολογικό συντελεστή). Και

παρόλο που για τις επιχειρήσεις είναι ζήτημα μεγάλης σημασίας, η αποσπασματική εναρμόνιση των κανόνων μάλλον θα επιφέρει μεγαλύτερες στρεβλώσεις και ανισότητες παρά θα βοηθήσει την ανάπτυξη της ευωτικής αγοράς.

Ωστόσο, ότι δεν κατέστη δυνατό ως οπήρα μέσω της πολιτικής, είναι πολύ πιθανό να επιτευχθεί μέσω της νομολογίας του ΔΕΚ.<sup>58</sup>

53 Βλ. The Editorial Board, M&S, EC Tax Review 2003-3, σελ. 134 επ.

54 Βλ. όμως και G. Meussen, The Marks & Spencer case: reaching the boundaries of the EC Treaty, EC Tax Review 2003-3, σελ. 144 επ., ίδιως σελ. 147, ο οποίος υποστηρίζει ότι αν και το ΔΕΚ έχει εκδώσει αξιοπλείστες αποφάσεις στο πεδίο της άμεσης φορολογίας, δεν μπορεί να εξαναγκάσει με τη νομολογία του μια πολιτική απόφαση για την οποία απαιτείται ομοφονία των κρατών μελών.

55. Βλ. I. Doerr, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ., ίδιως σελ. 183.

56. Το γεγονός αναφέρεται από τον I. Doerr, A step forward in the field of European corporate taxation and cross-border loss relief: Some comments on the Marks and Spencer Case, Intertax 2004/4, σελ. 180 επ., ίδιως σελ. 186.

57. Η Ομοσπονδία Σουηδικών Βιομηχανιών αριθμεί ως μέλη της γύρω στις 6.000 εταιρίες, ο οποίες καλύπτουν περίπου το 90% της εξαγωγικής δραστηριότητας της Σουηδίας. Η έρευνα διενεργήθηκε μέσω ερωτηματολογίου το οποίο απετάλλη σε όλες τις εταιρίες μελή με προσωπικό άνω των 25 ατόμων, συνολικά 1.086 εταιρίες, τε των οποίων ανταποκρίθηκαν στο 70% (65%). Βλ. αρχεικά για τα στοιχεία της έρευνας και τα ενδιαφέροντα αποτελέσματά της σε Appendix 4: Survey of losses on cross-border activities within the European Union σε S.O.Lodin & M.Gammie, Home State Taxation-Tax Treaty Aspects, IBFD Research Department, 2001 IBFD Publications BV.

58. Η προοπτική αυτή δεν θα λέγεται ότι είναι είδυτο ικανοποιητική. Αν και αναγνωρίζεται ότι ο κύριος όγκος της εναρμόνισης στο πεδίο της άμεσης φορολογίας προέρχεται από τη νομολογία του ΔΕΚ (βλ. ενδεικτικά P. Farmer, The Court's case law on taxation: A castle built on shifting sands?, EC Tax Review 2003-2, σελ. 75 επ. και R. Lyal, Non-discrimination and direct tax in Community law, EC Tax Review 2003-2, σελ. 68 επ.) δεν είναι λίγες οι φορές που το ΔΕΚ έχει επικριθεί, ως «καταστροφέα» των εθνικών φορολογικών συστημάτων (βλ. ενδεικτικά F.A.G. Prats, The evolution of income taxation under EC law requirements, EC Tax Review 2002-3, σελ. 137 επ., ίδιως σελ. 141 και D. Williams, Asscher: The European Court and the power to destroy, EC Tax Review 1997/1, σελ. 4 επ.). Από την ελληνική αρθρογραφία βλ. Γ. Πισσιλή. Εξελίξεις στη νομολογία του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων: Το Δικαστήριο συνέχιζε το «καταστροφικό» του έργο, ΧρΙΔ 2004, σελ. 77 επ. και 459 επ., τον ίδιο, Η φορολογική διάσταση των θεμελιωδών κοινωνικών ελευθεριών: Δεκαπέντε έτη νομολογίας του Δικαστηρίου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων, ΧρΙΔ 2001, σελ. 541 επ.. Χαρακτηριστικός είναι και ο τίτλος δημοσιεύματος των Financial Times της 11.11.2003: «Time to stop the EU's taxing judges - Intolerable consequences of courts setting Europe's taxes».