

PRESUDA SUDA (drugo vijeće)

10. lipnja 2015.(*)

„Zahtjev za prethodnu odluku – članak 49. UFEU-a – Sloboda poslovnog nastana – Porezno zakonodavstvo – Porez na dobit – Vlasnički instrumenti – Propis države članice koji izuzima kapitalne dobitke istodobno isključuje i pravo na odbitak kapitalnih gubitaka – Prijenos instrumenata koje rezidentno društvo drži u nerezidentnom društvu kćeri – Kapitalni gubici koji proizlaze iz gubitaka po tečajnim razlikama“

U predmetu C-686/13,

povodom zahtjeva za prethodnu odluku na temelju članka 267. UFEU-a, koji je uputio Högsta förvaltningsdomstolen (Visoki upravni sud, Švedska), odlukom od 18. prosinca 2013., koju je Sud zaprimio 27. prosinca 2013., u postupku

X AB

protiv

Skatteverket,

SUD (drugo vijeće),

u sastavu: R. Silva de Lapuerta, predsjednica vijeća, J.-C. Bonichot (izvjestitelj), A. Arabadjiev, J. L. da Cruz Vilaça i C. Lycourgos, suci,

nezavisna odvjetnica: J. Kokott,

tajnik: A. Calot Escobar,

uzimajući u obzir pisani postupak,

uzimajući u obzir očitovanja koja su podnijeli:

- za društvo X AB, R. Persson Österman, *advokat*,
- za Skatteverket, A. Berg, u svojstvu agenta,
- za švedsku vladu, A. Falk, C. Meyer-Seitz, U. Persson i K. Sparrman kao i E. Karlsson, L. Swedenborg i C. Hagerman, u svojstvu agenata,
- za dansku vladu, C. Thorning i M. Wolff, u svojstvu agenata,
- za njemačku vladu, T. Henze i J. Möller, u svojstvu agenata,
- za španjolsku vladu, L. Banciella Rodríguez-Miñón, u svojstvu agenta,
- za francusku vladu, D. Colas i J.-S. Pilczer, u svojstvu agenata,

- za talijansku vladu, G. Palmieri, u svojstvu agenta, uz asistenciju P. Gentilija, *avvocato dello Stato*,
- za nizozemsku vladu, M. Bulterman i M. Gijzen, u svojstvu agenata,
- za portugalsku vladu, L. Inez Fernandes i J. Martins da Silva kao i M. Rebelo, u svojstvu agenata,
- za finsku vladu, J. Heliskoski, u svojstvu agenta,
- za vladu Ujedinjene Kraljevine, L. Christie, u svojstvu agenta, uz asistenciju R. Hilla, *barrister*,
- za Europsku komisiju, W. Roels i J. Enegren, u svojstvu agenata,

saslušavši mišljenje nezavisne odvjetnice na raspravi održanoj 22. siječnja 2015.,

donosi sljedeću

Presudu

1 Zahtjev za prethodnu odluku odnosi se na tumačenje članaka 49. i 63. UFEU-a.

2 Zahtjev je podnesen u okviru spora između X-a AB, društva osnovanog u skladu sa švedskim pravom, i Skatteverketa (porezno tijelo) povodom njegova odbijanja da društvu X AB prizna pravo na porezni odbitak na temelju gubitaka po tečajnim razlikama koje je ono pretrpjelo prilikom prijenosa vlasničkih instrumenata u društvu koje ima sjedište u Ujedinjenoj Kraljevini.

Švedsko pravo

3 Članak 13. poglavlja 24. Zakona (1229:1999) o porezu na dobit (inkomstskattelagen (1999:1229)), u daljnjem tekstu: IL) određuje pojam „vlasničkog instrumenta“ kako slijedi:

„Vlasnički instrument je udio u dioničkom društvu ili zadrugi ako ispunjava uvjete navedene u članku 14. i ako ga drži pravna osoba (poduzetnik imatelj) koja mora biti:

1. dioničko društvo ili zadruga osnovana po švedskom pravu osim investicijskog fonda,
2. zaklada ili neprofitna udruga osnovana po švedskom pravu na koju se ne primjenjuje porezno izuzeće iz poglavlja 7.,
3. štedionica osnovana po švedskom pravu,
4. društvo za uzajamno osiguranje osnovano po švedskom pravu ili
5. društvo osnovano po stranom pravu sa sjedištem u državi Europskoga gospodarskog prostora koje ima sličan oblik kao poduzetnici osnovani po švedskom pravu navedeni u točkama 1. do 4.“

4 Članak 14. istog poglavlja IL-a propisuje:

„Vlasnički instrument treba imati kapitalnu imovinu i ispunjavati sljedeće uvjete:

1. Udio ne smije biti uvršten na burzi.

2. Zbroj glasa?kih prava koja su vezana uz sve udjele koje u predmetnom društvu drži poduzetnik imatelj mora predstavljati najmanje 10 % ukupnog broja glasa?kih prava koja su vezana uz ukupan broj udjela u tom društvu.

3. Držanje instrumenta vezano je uz poslovanje poduzetnika imatelja ili poduzetnika koji mu se može smatrati bliskim uzimaju?i u obzir vlasni?ka prava ili organizaciju.

[...]"

5 Poglavlje 25.a IL-a o, me?u ostalim, dionicama koje ?ine vlasni?ke instrumente propisuje u ?lanku 5.:

„Kapitalni dobitak podliježe oporezivanju samo pod uvjetima iz ?lanka 9. [...]

Kapitalni gubitak može se odbiti samo ako odgovaraju?i kapitalni dobitak podliježe oporezivanju. [...]"

6 Na temelju ?lanka 9. u vezi s ?lankom 18. poglavlja 25.a, a iznimno od op?eg pravila iz ?lanka 5. toga poglavlja, kapitalni dobitci ostvareni po osnovi vlasni?kih instrumenata podliježu porezu na dobit kad se njihov prijenos ti?e ulaganja u fiktivno društvo ili se njime ?ini zlouporaba prava.

Glavni postupak i prethodno pitanje

7 Tijekom 2003. društvo X AB, sa sjedištem u Švedskoj, osnovalo je u Ujedinjenoj Kraljevini društvo k?i Y Ltd, ?ije su dionice izdane u ameri?kim dolarima.

8 Izme?u 2003. i 2009. društvo Y Ltd pove?alo je temeljni kapital ulozima putem izdavanja novih dionica isklju?ivo društvu X AB. U dva navrata potom je društvo potom prenijelo dionice koje je držalo u društvu Y Ltd na svoje društvo majku. Nakon tih prijenosa, društvo X AB držalo je dionice koje predstavljaju oko 45 % temeljnoga kapitala i isto toliko glasa?kih prava.

9 Nije sporno da su te dionice „vlasni?ki instrumenti“ u smislu ?lanka 13. poglavlja 24. IL-a.

10 Budu?i da je društvo X AB željelo okon?ati djelatnosti društva Y Ltd, planiralo je prenijeti navedene dionice. Me?utim, vezano uz tu transakciju, postojao je rizik gubitka po te?ajnim razlikama s obzirom na to da je X AB u razdoblju od 2003. do 2004. u temeljni kapital društva Y Ltd uplatio ulog u novcu po povoljnijem te?aju od te?aja koji se primjenjivao na dan planiranog prijenosa. Društvo X AB je stoga prethodno ispitalo ima li pravo na odbitak toga mogu?ega gubitka, ali se suo?ilo sa švedskim poreznim zakonodavstvom koje odre?uje da se kapitalni gubici ostvareni na temelju „vlasni?kih instrumenata“ na?elno ne mogu odbiti od osnovice poreza na dobit.

11 Društvo X AB zatražilo je prethodno porezno rješenje Skatterättsnämndena (Komisija za porezno pravo) u pogledu pitanja je li takvo izuze?e u skladu s pravom Unije s obzirom na to da se primjenjuje na kapitalni gubitak koji proizlazi iz gubitka po te?ajnim razlikama u vezi s „vlasni?kim instrumentom“ u društvu sa sjedištem u drugoj državi ?lanici Unije.

12 Prethodnim poreznim rješenjem od 18. ožujka 2013. Skatterättsnämnden je odgovorio nije?no na to pitanje zbog toga što se na temelju švedskog poreznog prava ni kapitalni dobitci ni kapitalni gubici ostvareni na temelju udjela koji ?ine „vlasni?ke instrumente“ na?elno ne uzimaju u

obzir prilikom izražavanja porezne osnovice poreza na dobit.

13 Društvo X AB pobijalo je tu odluku pred Högsta förvaltningsdomstolenom (Visoki upravni sud).

14 U prilog osnovanosti svojega zahtjeva pred sudom koji je uputio zahtjev za prethodnu odluku društvo X AB u biti navodi da su ulaganja koja je ono ostvarilo u društvu Y Ltd bila rizičnija od usporedivih domaćih ulaganja zbog švedskog zakonodavstva. Njegova argumentacija se ponajprije oslanja na to da ulaganja u švedskim krunama u švedsko dioničko društvo nisu izložena nesigurnostima poput valutnog rizika za razliku od investicija u drugoj državi članici. Švedski porezni sustav time sprežava slobodno kretanje kapitala i slobodu poslovnog nastana, kako je Sud već odlučio u presudi Deutsche Shell (C-293/06, EU:C:2008:129), gdje rješenje se može prenijeti na spor u glavnom postupku.

15 U tim je okolnostima Högsta förvaltningsdomstolen odlučio prekinuti postupak i uputiti Sudu sljedeće prethodno pitanje:

„Protiveli se članci 49. i 63. UFEU-a nacionalnom propisu u skladu s kojim država članica sjedišta poduzetnika ne priznaje pravo na porezni odbitak gubitka po tečajnim razlikama koji je sastavni dio kapitalnoga gubitka ostvarenog po vlasničkim instrumentima koje ono drži u društvu sa sjedištem u drugoj državi članici, ako država članica sjedišta prvog poduzetnika primjenjuje sustav prema kojem se kapitalni dobiti i kapitalni gubici ostvareni po osnovi te imovine ne uzimaju u obzir prilikom izražavanja osnovice poreza?“

O prethodnom pitanju

Uvodna očitovanja

16 Budući da se prethodno pitanje istodobno odnosi na slobodu poslovnog nastana i na slobodu kretanja kapitala, utvrđene člancima 49. i 63. UFEU-a, valja prethodno odrediti na koju od te dvije slobode može utjecati nacionalno zakonodavstvo poput onoga u glavnom postupku.

17 U tom smislu iz stalne sudske prakse proizlazi da valja uzeti u obzir predmet tog zakona (presude *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707 t. 90. i navedena sudska praksa kao i *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, t. 21.).

18 Nacionalni zakoni koji se primjenjuju samo na udjele koji omogućuju izvršavanje stanovitog utjecaja na odluke nekog trgovačkog društva ili određivanje njegovih djelatnosti potpadaju u područje primjene članka 49. UFEU-a, koji se odnosi na slobodu poslovnog nastana (presude *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, t. 91. i navedena sudska praksa te *Hervis Sport- és Divatkereskedelmi*, C-385/12, EU:C:2014:47, t. 22.).

19 Nasuprot tomu, nacionalne odredbe koje se primjenjuju na udjele koji se stječu samo radi financijskog ulaganja, bez namjere izvršavanja utjecaja na upravljanje i kontrolu nad poduzećem, moraju se razmotriti isključivo s obzirom na slobodu kretanja kapitala (presuda *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, t. 92. i navedena sudska praksa).

20 Kad je riječ o predmetnom švedskom zakonodavstvu u glavnom postupku, o čito je da kategorija „vlasničkih instrumenata“ ne obuhvaća samo udjele kod kojih zbroj glasačkih prava predstavlja najmanje 10 % glasačkih prava koja su vezana uz ukupan broj udjela u tom društvu, nego i udjele koji nisu uvršteni na burzu i to bez uvjeta u pogledu minimalnog postotka.

21 Usto, Sud je već presudio da udjeli od najmanje 10 % u temeljnom kapitalu ili u pravima glasa ne pretpostavljaju nužno da imatelj tih udjela izvršava određeni utjecaj na odluke nekog

trgovačkog društva koji je dioničar (vidjeti u tom smislu presude *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-446/04, EU:C:2006:774, t. 58. i *Itelcar*, C-282/12, EU:C:2013:629, t. 22.).

22 Slijedom toga, predmet nacionalnog zakonodavstva u glavnom postupku ne pomaže u utvrđivanju radi li se pretežno o materiji članka 49. UFEU-a ili članka 63. UFEU-a.

23 U istom slučaju, iz ustaljene sudske prakse Suda proizlazi da, kako bi utvrdio ulazi li situacija u glavnom postupku u područje jedne ili druge odredbe, Sud uzima u obzir činjenične elemente konkretnog predmeta (vidjeti u tom smislu presude *Test Claimants in the FII Group Litigation*, C-35/11, EU:C:2012:707, t. 93. i 94. kao i navedenu sudsku praksu).

24 U tom pogledu, iz spisa dostavljenog Sudu proizlazi da društvo X AB drži 45 % dionica u temeljnom kapitalu i u pravima glasa. Međutim, Sud je već presudio da stjecanje udjela na toj razini imatelju na temelju daje „stanovit utjecaj“ na odluke i djelatnosti dotičnog društva, u smislu sudske prakse navedene u točki 18. ove presude (vidjeti po analogiji presudu *SGI*, C-311/08, EU:C:2010:26, t. 35.).

25 U tim okolnostima zahtjev za prethodnu odluku treba promatrati na način da se odnosi na tumačenje odredaba UFEU-a o slobodi poslovnog nastana.

Postojanje ograničenja slobode poslovnog nastana

26 Svojim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li članak 49. UFEU-a tumačiti na način da se suprotstavlja nacionalnom poreznom zakonodavstvu države članice koje kapitalne dobitke ostvarene po osnovi vlasničkih instrumenata izuzima od poreza na dobit i istodobno isključuje pravo na odbitak kapitalnih gubitaka ostvarenih po osnovi takvih instrumenata, čak i ako ti kapitalni gubici proizlaze iz gubitaka po tječajnim razlikama.

27 Valja podsjetiti da članak 49. UFEU-a nalaže ukidanje ograničenja slobode poslovnog nastana. Stoga, iako prema svojem izričaju odredbe UFEU-a o slobodi poslovnog nastana imaju za cilj osigurati pogodnost nacionalnog tretmana u državi članici primateljici, one također zabranjuju da država članica podrijetla jednom od svojih državljana ili trgovačkih društava koja su osnovana u skladu s njezinim pravom spriječi zasnivanje poslovnog nastana u drugoj državi članici (presuda *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, t. 31.; *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, t. 35. i *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, t. 57.).

28 Prema stalnoj sudskoj praksi, sve mjere koje zabranjuju ostvarivanje te slobode ili ga ometaju ili čine manje privlačnim moraju se shvatiti kao takvo ograničenje (vidjeti presude *National Grid Indus*, C-371/10, EU:C:2011:785, t. 36.; *Finanziaria di Diego della Valle & C.*, C-380/11, EU:C:2012:552, t. 33. i *Bouanich*, C-375/12, EU:C:2014:138, t. 58.).

29 Sud je presudio da takvi ograničavajući učinci osobito mogu nastati zbog poreznog zakonodavstva i u tom se slučaju društvo može odvratiti od osnivanja podređenih jedinica kao što je stalna poslovna jedinica u drugim državama članicama i obavljanja djelatnosti putem takvih jedinica (presude *Marks & Spencer*, C-446/03, EU:C:2005:763, t. 32. i 33.; *Keller Holding*, C-471/04, EU:C:2006:143, t. 35. i *Deutsche Shell*, C-293/06, EU:C:2008:129, t. 29.).

30 U tom pogledu, valja istaknuti da predmetno švedsko porezno zakonodavstvo na temelju isključuje iz osnovice poreza na dobit kapitalne dobitke ostvarene prilikom prijenosa „vlasničkih instrumenata“, u smislu IL-a. Slijedom toga, to zakonodavstvo ne propisuje nikakvo pravo na odbitak kapitalnih gubitaka ostvarenih tim transakcijama i to neovisno o tome imaju li društva, koji su „vlasnički instrumenti“ bili predmet prijenosa, sjedište u Švedskoj.

31 Prema tome, kapitalni gubici po osnovi prijenosa „vlasničkih instrumenata“ koji nastaju zbog gubitka po tečajnim razlikama ne mogu se odbiti niti u slučaju, kao u predmetu u glavnom postupku, kad instrumente drži društvo sa sjedištem u drugoj državi članici niti kad instrumente drži društvo sa sjedištem u Švedskoj – neovisno o tome je li temeljni kapital potonjeg izražen u švedskim krunama ili u bilo kojoj drugoj valuti koju dopušta nacionalno zakonodavstvo.

32 Prema tome, suprotno onomu što navodi tužitelj u glavnom postupku, ne postoji manje povoljno postupanje prema investicijama u „vlasničke instrumente“ ostvarenim u drugoj državi članici, a ne Švedskoj, s obzirom na nepostojanje prava na odbitak gubitaka po tečajnim razlikama, nego što je slučaj sa sličnim investicijama koje su izvršene u Švedskoj.

33 U tom pogledu valja dodati da, čak i pod pretpostavkom da takvo nepostojanje prava na odbitak može dovesti društvo koje je investiralo u „vlasničke instrumente“ društva sa sjedištem na državnom području druge države članice u nepovoljan položaj zbog izloženosti gubitku po tečajnim razlikama kad je, poput predmeta u glavnom postupku, ta investicija izvršena u instrumente koji su izraženi u valuti koja nije valuta države članice primateljice, iz porezne nadležnosti država članica proizlazi da sloboda društava na izbor između različitih država članica svojeg poslovnog nastana nikako ne znači da bi potonje bile dužne prilagoditi vlastiti porezni sustav različitim sustavima oporezivanja drugih država članica kako bi jamčile da se društvo koje odabere svoj poslovni nastan u određenoj državi članici oporezuje na nacionalnoj razini jednako kao i društvo koje je svoj poslovni nastan odabralo u drugoj državi članici, s obzirom na to da taj izbor može, ovisno o slučaju, biti povoljniji ili nepovoljniji za potonje društvo (vidjeti u tom smislu presude *Deutsche Shell*, C-293/06, EU:C:2008:129, t. 43. i *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt*, C-157/07, EU:C:2008:588, t. 50.).

34 Isto tako, što se tiče aktualnog stanja u kojem se nalazi pravo Unije u području izravnog oporezivanja, odredbe UFEU-a o slobodi poslovnog nastana ne mogu se tumačiti na način da državama članicama nameću prilagodbu vlastitog poreznog sustava kako bi one uzele u obzir moguće valutne rizike s kojima su suožena društva zbog mnoštva valuta na području Unije među kojima ne postoji fiksni tečaj ili zbog nacionalnih zakonodavstava koja, kao što je slučaj u predmetu u glavnom postupku, omogućuju izražavanje temeljnoga kapitala u valuti trećih država.

35 Iz toga slijedi da nacionalno zakonodavstvo poput onoga u glavnom postupku ne može ograničiti slobodu poslovnog nastana.

36 Taj zaključak ne može biti doveden u pitanje navodima u presudi *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129) na koju se oslanja društvo X AB.

37 U toj je presudi Sud odlučio da se odredbe UFEU-a o slobodi poslovnog nastana protive tome da država članica izuzme, za potrebe utvrđivanja nacionalne porezne osnovice, gubitak po tečajnim razlikama društva koje ima registrirano sjedište na državnom području te države članice prilikom vraćanja dotacijskoga kapitala koji je ono odobrilo svojoj stalnoj poslovnoj jedinici sa sjedištem u drugoj državi članici.

38 Međutim, Sud je do toga zaključka došao u drukčijem pravnom kontekstu od onoga koji proizlazi iz primjene nacionalnog zakonodavstva o kojemu je riječ u glavnom postupku. Naime, kako je istaknuo sud koji je uputio zahtjev, predmetno nacionalno zakonodavstvo koje je dovelo do presude *Deutsche Shell* (C-293/06, EU:C:2008:129) propisivalo je kao opće pravilo da dobici po tečajnim razlikama podliježu oporezivanju, dok su se istodobno gubici po tečajnim razlikama mogli odbiti, osim ako nije drukčije određeno ugovorom o izbjegavanju dvostrukog oporezivanja.

39 Međutim, to nije slučaj u predmetu u glavnom postupku zbog toga što je, kako je navedeno

u to?ki 30. ove presude, švedsko porezno zakonodavstvo o kojemu je rije? u glavnom postupku na?elno indiferentno prema rezultatima kapitalnih transakcija u vezi s „vlasni?kim instrumentima“, s obzirom na to da je Kraljevina Švedska odabrala, kao op?e pravilo, da ne?e izvršavati svoju poreznu nadležnost.

40 U tim uvjetima, ne može se zaklju?iti iz odredbi UFEU-a o slobodi poslovnog nastana da je ta država ?lanica dužna izvršavati ? štoviše asimetri?no ? svoju poreznu nadležnost kako bi omogućila pravo na odbitak gubitaka nastalih prilikom transakcija ?iji se rezultati, kada bi bili pozitivni, u svakom slu?aju ne bi oporezivali.

41 S obzirom na prethodno navedeno, na postavljeno pitanje valja odgovoriti tako da ?lanak 49. UFEU-a treba tuma?iti na na?in da se ne protivi nacionalnom poreznom zakonodavstvu države ?lanice koje kapitalne dobitke ostvarene po osnovi vlasni?kih instrumenata na?elno izuzima od poreza na dobit i istodobno isklju?uje pravo na odbitak kapitalnih gubitaka ostvarenih po osnovi tih instrumenata, ?ak i ako ti kapitalni gubici proizlaze iz gubitaka po te?ajnim razlikama.

Troškovi

42 Budu?i da ovaj postupak ima zna?aj prethodnog pitanja za stranke glavnog postupka pred sudom koji je uputio zahtjev, na tom je sudu da odlu?i o troškovima postupka. Troškovi podnošenja o?itovanja Sudu, koji nisu troškovi spomenutih stranaka, ne nadokna?uju se.

Slijedom navedenoga, Sud (drugo vije?e) odlu?uje:

?lanak 49. UFEU-a treba tuma?iti na na?in da se ne protivi nacionalnom poreznom zakonodavstvu države ?lanice koje kapitalne dobitke ostvarene po osnovi vlasni?kih instrumenata na?elno izuzima od poreza na dobit i istodobno isklju?uje pravo na odbitak kapitalnih gubitaka ostvarenih po osnovi tih instrumenata, ?ak i ako ti kapitalni gubici proizlaze iz gubitaka po te?ajnim razlikama.

Potpisi

*Jezik postupka: švedski